

TESIS DOCTORAL

2015

**DOMINIO DEL HECHO Y AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER.**

CUSTODIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ

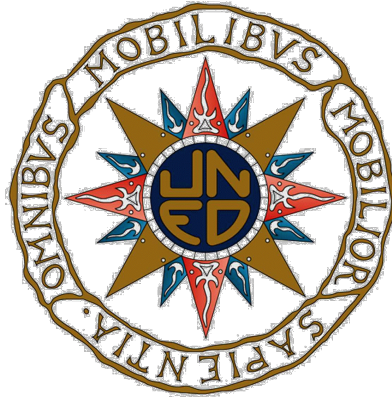
LICENCIADA EN DERECHO

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

FACULTAD DE DERECHO

DIRECTOR: PROF. Dr. D. MARIANO MELENDO PARDOS



DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

FACULTAD DE DERECHO

**DOMINIO DEL HECHO Y AUTORÍA MEDIATA EN APARATOS
ORGANIZADOS DE PODER.**

CUSTODIA JIMÉNEZ MARTÍNEZ

LICENCIADA EN DERECHO

DIRECTOR: PROF. Dr. D. MARIANO MELENDO PARDOS

AGRADECIMIENTOS

A Javier (mi marido) y a Javier Jr. (mi hijo), motores de mi vida. Gracias por aguantarme en mis peores momentos, sin vosotros nada hubiera sido posible.

A mis padres, Severino y Custodia, por darme la vida y su apoyo incondicional.

A Paquita (mi suegra) por su entrañable cariño. A Chechu (mi suegro) aunque ausente hace años, siempre presente.

A mi hermano Ángel (mi mecenas particular), gracias de todo corazón por hacerme una lectora empedernida, a mi cuñada Encarna y a mis sobrinas Adriana y Ángela, por el apoyo que me han profesado.

A mi amiga del alma, Anabel, gracias por todos los años que me has alegrado la vida.

A mi director de tesis, Mariano, por aguantar mis frustraciones y guiarme todos estos años.

A mi amigo y profesor Rafael Rebollo Vargas, nunca sabré agradecer el tiempo que has invertido en mí.

A todas las personas que de alguna manera se han cruzado en mi camino y han aportado su granito de arena para que esta tesis tuviera un final.

También dedico esta tesis a todos aquellos que no creyeron en mí, a aquellos que esperaban mi fracaso en cada paso que daba hacia la culminación de mis estudios, a aquellos que nunca esperaban que lograra terminar la carrera, a todos aquellos que apostaban a que me rendiría a medio camino, a todos los que supusieron que no lo lograría, a todos ellos les dedico esta tesis.

ÍNDICE.-

CAPÍTULO PRIMERO.- PRECEDENTES Y CONCEPTO DEL DOMINIO DEL HECHO.-

- I. LOS CONCEPTOS DE AUTOR, p. 23.
 1. El concepto unitario de autor, p. 27.
 2. El concepto extensivo de autor, p. 28.
 3. El concepto restrictivo de autor, p. 29.

- II. DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN, p. 31.
 1. Teorías subjetivas, p. 32.
 2. Teoría del acuerdo previo, p. 34.
 3. Las teorías objetivas, p. 39.
 - 3.1. Teoría objetivo-formal, p. 40.
 - 3.2. Teoría objetivo-material, p. 50.
 - 3.3. Teoría del dominio del hecho, p. 51.
 - 3.3.1. WELZEL y el dominio final del hecho, p. 54.
 - 3.3.2. El dominio del hecho según ROXIN, p. 59.
 - 3.3.3. Valoración crítica y propuestas discrepantes, p. 67.
 - 3.4. Propuestas doctrinales desarrolladas a partir de la teoría del dominio del hecho, p. 70.
 - 3.4.1. La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, p. 71.
 - 3.4.2. La teoría de la pertenencia del hecho de MIR PUIG, p. 78.
 - 3.4.3. La normativización del concepto de autor propuesta por JAKOBS Y LESCH, p. 82.

CAPÍTULO SEGUNDO.- LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.

- I. INTRODUCCIÓN, p. 95.
- II. EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN COMO SUPUESTO TÍPICO DEL DOMINIO DE LA VOLUNTAD, p. 101.
 1. Especial referencia al principio de responsabilidad, p. 105.
 - 1.1. Acercamiento previo al “principio de responsabilidad”. El “principio de responsabilidad *vs.* El “principio de propia responsabilidad”, p. 105.
 2. La cualidad de “instrumento”, p. 124.
 - 2.1. Del instrumento “mecánico” al instrumento “animado”, p. 124.
 - 2.2. Sobre la compatibilidad de la instrumentalización y la actuación responsable del ejecutor, p. 127.
 - 2.3. El instrumento plenamente responsable. La figura del autor detrás del autor, p. 129.
 - 2.4. Planteamientos excepcionadores del principio de responsabilidad, p. 131.
 - 2.5. El “instrumento” en los aparatos organizados de poder. Salto de la perspectiva “individual” a la “colectiva”, p. 133.
 - 2.6. Conclusiones finales sobre la interpretación del término instrumento, p. 139.
- III. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN.
 1. Criterio de la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento, p. 146.
 - 1.1. Sobre la necesidad de un amplio número de subordinados fungibles, p. 150.
 - 1.2. Perspectivas contrarias a la admisión del dominio de organización. Rechazo absoluto del criterio de fungibilidad, p. 155.
 2. El poder de mando, p. 159.
 - 2.1. Responsabilidad de los mandos intermedios. Especial referencia al caso Eichmann, p. 162.
 3. La desvinculación del derecho, p. 166.
 - 3.1. Mención especial a la Fórmula de Radbruch, p. 169.

3.1.1. El Estado criminal como aparato organizado de poder: apelación a la fórmula de Radbruch en Estados al margen del ordenamiento jurídico, p. 176.

4. La disposición incondicional del ejecutor para realizar el hecho, p. 185.

4.1. ¿Se puede considerar a la persona incondicionalmente dispuesta a la ejecución del hecho como un *omnímodo facturatus*?, p. 188.

IV. PRINCIPALES SENTENCIAS CON APLICACIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER A NIVEL NACIONAL.

1. El caso Argentino: El Juicio de las Juntas Militares, p. 191.

2. El casos de los soldados de la Frontera del Muro de Berlín, p. 202.

3. Chile: El caso contra el General José Manuel Contreras, ex director de la Dirección de Inteligencia (DINA), y su Jefe de Operaciones el Coronel Espinoza, p. 213.

4. El caso Fujimori, p. 216.

5. La Sentencia de Abimael Guzmán Reynoso, p. 229.

6. Colombia: los casos contra parlamentarios relacionados con grupos paramilitares y los procesos contra comandantes paramilitares desmovilizados en aplicación de la Ley 975 de Justicia y Paz, p. 243.

6.1. La configuración de la autoría mediata, la coautoría y la instigación en la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, p. 243.

6.2. Las primeras referencias a la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal: Los casos Machuca, Yamid Amat y La Gabarra, p. 248.

6.3. La aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los casos contra el paramilitarismo y gobernadores aforados relacionados con el paramilitarismo, p. 257.

- 6.3.1. Los casos contra el senador Ricardo Elcure Chacón y el gobernador Salvador Arana Sus como primeros precedentes del recurso a elementos de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, p. 259.
- 6.3.2. La primera aplicación por la Sala de Casación Penal del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder: el caso contra el senador Álvaro Alfonso García Romero, p. 262.
- 6.4. La aplicación de la autoría mediata en causas contra desmovilizados de grupos paramilitares en aplicación de la Ley 975 de Justicia y Paz, p. 269.
 - 6.4.1. El caso contra el comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, p. 269.
 - 6.4.2. El caso contra el comandante del Bloque Elmer Cárdenas, Fredy Rendón Herrera, alias “El Alemán”, p. 276.

CAPÍTULO TERCERO.- PRINCIPALES FIGURAS DE IMPUTACIÓN A TÍTULO DE AUTOR Y PARTÍCIPE EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

- I. INTRODUCCIÓN, p. 281.
- II. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES.
 - 1. La Empresa Criminal Comjuntas (Joint Criminal Enterprise), p. 283.
 - 1.1. Origen, p. 283.
 - 1.2. Descripción y elementos, p. 286.
 - 1.3. Aplicación de la figura por otros Tribunales Internacionales, p. 289.
 - 1.3.1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, p. 289.
 - 1.3.2. Tribunal Especial para Sierra Leona, p. 291.
 - 1.3.3. Salas Especiales en los Tribunales de Camboya, p. 294.
 - 1.3.4. Alto Tribunal de Irak, p. 296.
 - 1.4. Crítica, p. 298.

2. Los ensayos de incluir la coautoría indirecta en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, p. 299.
3. La doctrina establecida por la Corte Penal Internacional: Un concepto de autor basado en el dominio del hecho, p. 302.
 - 3.1. La primera sentencia de la CPI: Reflexiones sobre el caso Lubanga, p. 303.
 - 3.1.1. Introducción, p. 303.
 - 3.1.2. Modo de participación (coautoría) incluyendo el elemento subjetivo (arts. 25 y 30 ER), p. 304.
 - 3.1.3. Requisitos objetivos de la coautoría, dominio del hecho y sistema del art. 25.3 ER, p. 309.
 - 3.1.4. El requisito subjetivo, p. 320.
 - 3.1.4.1. ¿Podría haber sido el caso Lubanga un supuesto de autoría mediata por aparatos organizados de poder?, p. 331.
4. La coautoría directa por dominio funcional en la jurisprudencia de la CPI, p. 335.
5. La coautoría mediata a través de aparatos organizados de poder jerarquizados en la doctrina de la CPI, p. 336.
 - 5.1. Fundamentación de la elección de esta figura, p. 336.
 - 5.2. Descripción y requisitos, p. 341.
 - 5.3. Críticas, p. 346.
6. Responsabilidad del Superior Jerárquico, p. 353.
 - 6.1. Introducción, p. 353.
 - 6.2. La organización compleja como presupuesto de la relación superior subordinado, p. 354.
 - 6.3. La macrocriminalidad como punto de partida de la responsabilidad penal, p. 358.
 - 6.4. Más allá de una mera división del trabajo criminal convencional, p. 358.

- 6.5. El denominado “Estándar Yamashita”, p. 360.
- 6.6. Instrumentos internacionales relevantes, 364.
 - 6.6.1. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, p. 364.
 - 6.6.2. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, p. 367.
- 6.7. La responsabilidad por omisión del superior en la CPI: El caso Bemba, p. 368.
 - 6.7.1. Antecedentes del caso, p. 368.
 - 6.7.2. Cuestiones generales sobre la responsabilidad del superior por omisión (art. 28 ECPI), p. 371.
 - 6.7.3. Concreción de los elementos constitutivos de la responsabilidad del superior, p. 373.
 - 6.7.4. El primer elemento de la responsabilidad del superior: la determinación del sujeto activo, p. 376.
 - 6.7.5. Los jefes militares *de iure* y los jefes militares *de facto*, p. 377.
 - 6.7.6. Los superiores civiles, p. 382.
 - 6.7.7. El segundo elemento de la responsabilidad del superior: el ejercicio del mando o la autoridad y control efectivo sobre sus subordinados, p. 383.
 - 6.7.8. El tercer y cuarto elemento de responsabilidad del superior a) los crímenes deben haberse cometido como consecuencia de la falta de control adecuado de los superiores; b) el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o denunciar la comisión de los crímenes ante las autoridades competentes, p. 391.
 - 6.7.9. El quinto y último elemento de la responsabilidad del superior: el elemento subjetivo, p. 398.
 - 6.7.10. Conocimiento de la situación típica de lesión o peligro, p. 399.
 - 6.7.11. Hubiere debido saber la situación típica de lesión o peligro para el bien jurídico, p. 400.

- 6.7.12. Deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que concurría una situación típica de lesión o peligro del bien jurídico, p. 403.
- 6.7.13. Aspectos complementarios, p. 405.
- 7. La responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho penal español, p. 407.
 - 7.1. Introducción base para la integración del artículo 615 bis al CP, p. 407.
 - 7.2. La responsabilidad penal omisiva por la comisión de crímenes internacionales en el Código penal español, p. 411.
 - 7.2.1. Delimitación con relación a la determinación de la responsabilidad por aportaciones activas en aparatos organizados de poder, p. 412.
 - 7.2.2. El artículo 615 bis del Código penal, p. 415.
 - 7.2.2.1. Introducción, p. 415.
 - 7.2.2.2. Soluciones previas, p. 416.
 - 7.2.2.3. La responsabilidad de la autoridad o jefe militar o cualquier otro asimilado por no evitar la comisión de delitos por sus subordinados (art. 615 bis. 1 y 2 CP), p. 418.
 - 7.2.2.4. Omisión típica: la no adopción de medidas para evitar o perseguir delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, p. 419.
 - i. Delitos que se omite impedir o castigar: resultado típico, p. 419.
 - ii. Naturaleza jurídica del tipo del artículo 615 bis CP: delito de omisión pura o comisión por omisión: el contenido del deber de actuar, p. 424.
 - iii. Análisis de los elementos propios del delito de comisión por omisión, p. 436.

- iv. Posición de garante derivada de la relación de subordinación, p. 436.
 - v. Imputación objetiva: equivalencia estructural, p. 441.
 - vi. Elemento subjetivo, p. 441.
- 7.3. Responsabilidad del superior civil, no comprendido en los aparatos anteriores, por no evitar dolosamente la comisión por sus subordinados de los mencionados delitos (art. 615 bis. 4), p. 448.
- 7.4. El no promover la persecución de la comisión por un subordinado de uno de los delitos citados (art. 615 bis. 3, 5 y 6 CP), p. 451.
8. La responsabilidad del superior militar. Especial referencia al ordenamiento jurídico español, p. 455.
- 1. Introducción, p. 457.
 - 2. Antecedentes normativos, p. 455.
 - 2.1. Ordenamientos domésticos, p. 457.
 - 3. Derecho internacional, p. 461.
 - 4. Concepto, naturaleza y requisitos, p.464.
 - 4.1. Concepto, p. 464.
 - 4.2. Naturaleza, p. 466.
 - 4.3. Requisitos, p. 468.
 - 5. Derecho español, p. 469.
 - 5.1. El Código Penal Militar, p. 470.
 - 5.1.1. El art. 137 del CPM, p. 470.
 - 5.1.1.1. Naturaleza, p. 472.
 - 5.1.1.2. Sujeto activo, p. 475.
 - 5.1.1.3. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, p. 480.
 - 5.1.2. El art. 78 del CPM, p. 481.
 - 5.2. El Código penal, p. 482.
 - 5.2.1. Sujeto activo, p. 483.

5.2.2. Concurso de leyes, p. 486.

5.2.3. El apartado 1º y 2º del art. 615 bis, p. 488.

5.2.4. El apartado 3º del art. 615 bis, p. 490.

9. Las formas de participación delictiva.

1. Introducción, p. 491.

2. La inducción, p. 492.

3. La cooperación, p. 499.

4. El encubrimiento, p. 509.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

ABREVIATURAS.-

AC	Appeals Chamber (Sala de Apelaciones)
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
art./arts.	Artículo, artículos
AUC	Autodefensas Unidas de Colombia
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal de Alemania)
CE	Constitución Española
CESID	Centro Superior de Información de la Defensa de Colombia
CLF	Criminal Law Forum
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CJM	Código de Justicia Militar
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPI	Corte Penal Internacional (ver también ICC)
CS	Corte Suprema
CSJ	Corte Suprema de Justicia
DD HH	Derechos Humanos
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional de Chile
Dir.	Director
EC	Elementos de los Crímenes
ECC	Empresa Criminal Común
ECCC	Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional (ver también ER)
Ed./ed.	Editor

ELN	Ejército de Liberación Nacional
ER	Estatuto de Roma (ver también ECPI)
Et. al.	Y otros.
FFAA	Fuerzas Armadas
FJ	Fundamento Jurídico
HRQ	Human Rights Quarterly
Ibíd.	En el mismo lugar
ICC	International Criminal Court (Ver también CPI)
ICLR	International Criminal Law Review
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (ver también TPIR)
ICTY	International Criminal Tribunal for exYugoslavia (ver también TPIY).
IMT	International Military Tribunal (ver también TMI)
IRRC	International Review of the Red Cross
JCE	Joint Criminal Enterprise
JICJ	Journal International Criminal Justice
LO	Ley Orgánica
n.	nota
ONG	Organización no Gubernamental
ONU	Organización de Naciones Unidas
op. cit.	en el lugar citado
p., pp.	Página, páginas
PA I	Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra
PA II	Segundo Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra
para., paras.	Párrafo, párrafos
PTC	Pre-Trial Chamber (ver también SCP)
RDA	República Democrática Alemana
RDC	República Democrática del Congo
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias Penales
RECPC	Revista Electrónica de Ciencias Penales y Criminología

REJ	Revista de Estudios Jurídicos
RCP	Revista de Ciencias Penales
RDP	Revista de Derecho Penal
RDP ^{Crim.}	Revista de Derecho Penal y Criminología
RP	Revista Penal
PE	Parte Especial
PG	Parte General
PTC	Pre-Trial Chamber (Ver también SCP)
SCP	Sala de Cuestiones Preliminares (ver también PTC)
SCSL	Special Court for Sierra Leone
STL	Special Tribunal for Lebanon
ss.	siguientes
trad.	Traducido
TC	Trial Chamber (Sala de Primera Instancia)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TMI	Tribunal Militar Internacional (ver también IMT)
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TS	Tribunal Supremo
STS/SSTS	Sentencia Tribunal Supremos, Sentencias Tribunal Supremo
Supra.	Arriba
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vid.	Ver
VVAA	Varios autores
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN.

Existen dos tipos básicos de sistemas de regulación legal de la concurrencia de personas en el delito: los que diferencian las figuras del autor y de los partícipes (personas que toman parte en el delito ajeno como cómplices o colaboradores) y los que establecen una única forma de intervención en el hecho punible, considerando autores a todos los que inciden causalmente en su realización. Un caso particular es el del derecho español, que considera autores también a los inductores y a los cooperadores necesarios (art. 28 CP), pero diferencia la figura del cómplice (partícipes no necesarios que cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos, art. 29 CP) para el que prevé la imposición de una pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito (art. 63 CP).

La larga discusión que ha enfrentado a quienes sostienen la preeminencia de la normatividad de los conceptos que integran los distintos niveles de la teoría del delito, con quienes defienden la idea de que la ley debe respetar los datos de realidad que le vienen dados por la experiencia habitual, ha tenido también un capítulo que atañe a las formas de intervención punitiva ante la pluralidad de personas en el delito. Esta discusión, entonces, ha enfrentado a quienes consideraron que los conceptos de autor y partícipes son el resultado de elaboraciones legislativas, y que, por ende, es errónea la accesoriidad de la participación (MAYER, MEZGER), y quienes postularon, en cambio, que la regulación de la concurrencia de personas debe adoptar estructuras prejurídicas (WELZEL, BLOY).

Desde el punto de vista práctico, la diferenciación implica, en principio, en un sistema dual la aplicación de diversas penas para los distintos tipos de intervinientes, mientras que en el sistema de autor único, por lo general, aplica una pena única, admitiéndose en el momento de la individualización de la pena eventuales disminuciones sobre la base de la conducta de cada interviniente. Uno y otro sistema tienen como finalidad extender el tipo penal básico a quienes no son personalmente ejecutores de la acción del delito.

Los sistemas que diferencian la autoría de la participación necesitan de criterios para esta distinción, que han sido aportados por las teorías objetivo-formal, objetivo-material, subjetiva, acuerdo previo, dominio del hecho, etc., que se abordan en el Capítulo I.

En el marco de las teorías material-objetivas, Hans WELZEL formuló en 1939 la *teoría del dominio del hecho*, que se apoya en la finalidad de la conducta, como una consecuencia de la teoría final de la acción. Su mayor contribución, sin embargo, es la superación metodológica del dualismo neokantiano según el cual el mundo del ser y del deber ser eran por completo independientes uno del otro. La diferencia entre autoría y participación para los delitos dolosos, no era el resultado de disposición legal alguna, y tampoco podía la ley eliminar esta distinción, puesto que no se trataba de un producto del legislador, sino de una forma de aparición real de la existencia de la comunidad previamente dada¹.

¹ WELZEL, H., "Studien zum System des Strafrechts" en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *Teoría del delito imprudente: doctrina y regulación legal*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 179, nota a pie de p. n.º 31.

La teoría del dominio del hecho, sin llegar a imponerse totalmente en la dogmática alemana llegó a ser la teoría dominante en la materia. Desde la década del 60 del siglo pasado, fue ampliamente discutida tanto en el ámbito alemán como en España e Iberoamérica, y adquirió un notable desarrollo con la obra de Claus ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), traducida al español como *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal* (1999). Partiendo de la premisa de que el criterio del dominio del hecho no es idóneo para la distinción de las categorías de autoría y participación en todos los delitos, distinguió tres formas del dominio del hecho: dominio de la (propia) acción, dominio de la voluntad (de otro) y dominio funcional del hecho (ejecutado con otro). La segunda de estas formas de dominio del hecho, presenta a su vez tres modalidades: dominio de voluntad por coacción, dominio de voluntad por error, y dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Ésta última hipótesis corresponde al caso en que el sujeto que actúa no lo hace coaccionado ni engañado, y reviste el carácter de ejecutor fungible en el engranaje del aparato de poder.

Se pondrán diferentes ejemplos en los que esta figura fue la base de la imputación, como es el caso del “Juicio a las Juntas” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, sentencia del 9 de diciembre de 1985, en la causa 13/1984), el juicio a Abimael Reynoso o el caso “Fujimori”. Así como la evolución de las últimas sentencias en Colombia.

No obstante lo anterior, en el estado actual del debate existe consenso sobre la dificultad de establecer un criterio universal para la distinción de autoría y participación, válido para todas las especies de delitos. Las posturas más radicales proponen renunciar a la diferenciación de las distintas formas de participación, disolviendo las categorías de autoría y participación mediante criterios normativos de

imputación objetiva. Estas posiciones deben hacer frente a la frecuente objeción de que implicarían un retorno al concepto unitario de autor, sobre todo en las variantes en las que postulan la reducción de la contribución del partícipe a “formas de idoneidad ex ante que transforman el concurso de personas en una tentativa de concurso”².

Por lo tanto, el debate actual continúa una discusión de más de cuatro décadas, centrada en la importancia de la teoría del dominio del hecho como criterio para determinar la autoría, y que en nuestros días llega al punto de poner en cuestión la diferenciación misma de las categorías de autor y partícipe y, por ende, el principio de accesoriadad. Las teorías actuales ponen en duda la importancia del aspecto fáctico del dominio y cuestionan la exigencia de la participación de propia mano en la ejecución. Se registra, evidentemente, un desplazamiento en la doctrina hacia un modelo normativo de participación delictiva.

A grandes rasgos, el debate dogmático ha estado profundamente marcado, después de la elaboración de ROXIN, por las contribuciones de BLEI, FREUND, JAKOBS, ROTSCHE, SCHMIDHÄUSER y SCHRÖDER, entre otros, en el ámbito alemán; BACIGALUPO, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, GIMBERNAT ORDEIG, HERNÁNDEZ PLASENCIA, entre otros, en el ámbito español.

Dentro de los límites que impone la teoría del dominio del hecho al instituto de la autoría mediata –de por sí, un tema complejo e intrincado–, pretendemos concentrarnos aquí en el análisis dogmático de una de las varias modalidades de

² DONINI, M., “La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui”, *RIDPP*, 1984, p. 196 y ss.

dominio del hecho; a saber: el llamado *dominio por organización*. A su vez, dentro de la constelación de casos posibles de imaginar, nos interesa abordar específicamente la compatibilidad de la autoría mediata con el supuesto de un instrumento que obra libre y dolosamente, como integrante de la organización o, si se prefiere, del *aparato organizado de poder*, conforme a la terminología empleada por ROXIN.

Se trata de examinar, entonces, la incidencia que posee la teoría del dominio del hecho y, en particular, si puede sostenerse que media dominio de la voluntad por organización en aquellos casos donde el autor inmediato –quien, supuestamente, obra “*instrumentalizado*”- actúa también libre y dolosamente, dentro de un aparato organizado de poder. Por consiguiente, dejando de lado las restantes hipótesis de instrumentalización del ejecutor directo del delito (v.gr.: los casos de coacción, error o inimputabilidad de este) nuestro enfoque apunta a determinar si es o no admisible atribuirle autoría mediata por dominio de organización al dirigente de la estructura de poder, cuando el autor directo obra en forma libre y con dolo, más allá de que este último pertenezca o integre también el aparato organizado de poder.

Desde luego, no está en tela de juicio la calificación penal ni el título de imputación del ejecutor, quien habrá de responder como autor directo doloso, en tanto ha realizado el tipo de propia mano. En cambio, la duda surge a propósito del “*hombre de atrás*” y pone en cuestión si éste puede mantener su simultánea condición de autor mediato, adjudicándole capacidad de dominar –por organización- la voluntad de un autor inmediato que ejecuta dolosamente el hecho punible.

En definitiva, la pregunta central que se nos plantea es si esta categoría peculiar de autoría mediata y de dominio del hecho (ejercida a través del dominio de la voluntad por organización), puede coexistir y ser compatible con un autor inmediato que realiza dolosamente el delito, dentro del aparato organizado de poder.

He ahí el interrogante. Quien está en la cúspide de la organización como dirigente –o bien en un nivel intermedio, pero de suficiente jerarquía dentro de ella– ¿puede mantener su condición de autor mediato cuando el ilícito se realiza por un autor inmediato que actúa libremente y con dolo? Odicho de otro modo, ¿la autoría dolosa del ejecutor directo hace mutar el encuadramiento jurídico- penal del dirigente de la organización, desde la autoría mediata hacia otra categoría de intervención diferente?

En el fondo –y para enunciarlo del modo más sintético posible–, se trata de establecer si el autor directo doloso es un sujeto *instrumentalizable* por un autor mediato. Vale decir, lo que corresponde despejar es si desde el punto de vista dogmático el “*autor detrás del autor*”, el llamado “*autor de escritorio*” tiene o no dominio de la voluntad por organización, sobre un ejecutor que asume dolosamente la realización del tipo. La respuesta exige indagar qué efectos irradia el dolo del autor directo sobre la posibilidad de dominio de su voluntad. Ella permitirá categorizar, por ende, el rol penal que cumple el dirigente de la organización y en qué calidad –o título de imputación– puede atribuírsele al mismo el delito cometido por el “*hombre de atrás*”.

Como venimos diciendo, en cuanto a la específica cuestión de la atribución de responsabilidad individual a los superiores por las órdenes emanadas para la comisión de graves violaciones a los derechos humanos – a pesar de su difusión en la jurisprudencia argentina y su difundida recepción en la sentencia “Fujimori” de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú del 7 de abril de 2009 – algunas voces critican la supuesta inconsistencia dogmática de la teoría del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, aun cuando también se ha recogido en la CPI a través del Estatuto de Roma en su artículo 25.3.a), el cual desarrollaremos en el Capítulo III, donde estudiaremos los diversos problemas que

pueden dar lugar a que todavía no se haya pronunciado ninguna sentencia que se base en esta figura jurídica.

Por todo lo expuesto, se impone una profundización de la cuestión de la imputación de quienes, sin tomar parte en la ejecución directa, participan del hecho elaborando el plan y dando las órdenes necesarias para dicha ejecución.

CAPÍTULO PRIMERO; PRECEDENTES Y CONCEPTO DEL DOMINIO DEL HECHO.

I. LOS CONCEPTOS DE AUTOR.

El problema central de la teoría de la participación delictiva es el de la distinción entre autor y partícipe.

Son pocos los códigos penales que dan una definición específica y clara de autor, sea cual fuere su especie como veremos, confiriéndose tal delimitación definitoria a la jurisprudencia y la doctrina de cada país.

Y es que no constituye tarea fácil aquella referida a la conceptualización de la autoría, más aún, cuando tal labor está íntimamente relacionada con la estructura jurídico racional que se maneje, o mejor aún, la doctrina derivada de ella³.

Así, podemos señalar como lo hizo en su momento GIMBERNAT⁴ cómo nuestros comentaristas decimonónicos ya se planteaban estos problemas: para PACHECO, la denominación de autor que el art. 14 del CP de 1848 aplicaba a las conductas recogidas en sus tres números no corresponde a la del lenguaje popular: “En éste se aplica con plena propiedad a la primer categoría, mas no a la segunda ni a la tercera”; “Rigorosamente, autor de un hecho –escriben De Vizmanos/Álvarez- no es más que el que toma parte personal e inmediata en su ejecución”⁵. Refiriéndose a la definición del art. 14 núm. 1, escriben Gómez de la Serna/Montalbán: “Esta es la

³ NAVAS CORONA, A., *Autoría y participación delictiva*, ed. Sic, Bucaramanga, 2002, p. 29.

⁴ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, Madrid, 1966, p. 15.

⁵ DE VIEZMANOS, T.M./ÁLVAREZ, C., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Est. Tip. De González y Vicente, 1848, p. 167.

verdadera y natural significación de la palabra autores”⁶. JARAMILLO GARCÍA⁷ estima que “la cooperación (necesaria) para el delito es más bien complicidad que participación a adjudicar al autor”⁸. Y FERRER SAMA⁹ escribe por su parte: “La característica de la autoría en sentido estricto es el hecho de haber tomado parte en la propia ejecución del delito, siendo esta nota la diferencia al verdadero autor de los otros partícipes, que si bien son autores por declaración legal, no lo serían sin la existencia de los párrafos 2º y 3º de este mismo artículo (del 14)”. Para ANTÓN ÓNECA¹⁰, “autores propiamente dichos son los que ejecutan directamente el hecho (núm. 1 del art. 14). Se acostumbra a llamarles autores directos o principales; se podrían también designar ejecutores. Los demás son partícipes en el hecho realizado por el autor principal. Para RODRÍGUEZ MUÑOZ/RODRÍGUEZ. DEVESA¹¹ son “autores en sentido estricto, sólo... los que toman parte directa en la ejecución del hecho. Los inductores y cooperadores... no son autores, sino partícipes”. COBO DEL ROSAL¹² califica de “arcaica la “visión del Código Penal español” sobre la autoría, que “amplía en tonos casi desmesurados la significación jurídico-penal de la autoría en la legislación española”; “valdría la pena –añade- que de *legae ferendae* se medite acerca de la amplitud de autores, , conforme a la técnica del Código, ya que la doctrina tiene por “autor” un concepto más restringido, pues dicho sea de paso no alcanza la proporción de lo preceptuado en nuestro cuerpo punitivo vigente”. Por último, JIMÉNEZ DE ASÚA¹³ señala que la figura de la coparticipación necesaria “es, desde el

⁶ GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN J.M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, precedidos de una reseña histórica, 7ª ed., tomo III, Madrid, 1865, p. 68.

⁷ JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870, Tomo I, Libro I* (artículos 1 al 214), Salamanca, 1928.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 15.

⁹ FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Murcia, 1947, pp. 43 y 44.

¹⁰ ANTÓN ÓNECA, J., *Derecho penal, Tomo I, Parte General*, Madrid, 1949, p. 421.

¹¹ RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A./RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal, Tomo II, Parte especial*, Madrid, 1949, pp. 238 y 239.

¹² COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal español (Lecciones)*, tomo II, Madrid, 1960, p. 117.

¹³ JIMÉNEZ DE ASÚA. L., *La Ley y el delito. Principios de Derecho penal*, 4ª ed., México-Buenos Aires, 1963, p. 507.

punto de vista objetivo, más de complicidad que de auténtica autoría; por eso impera la accesoriadad”¹⁴

Con algunas reservas se adhiere a la opinión dominante QUINTANO RIPOLLÉS¹⁵, quien al comentar la doctrina del TS que restringe hasta tal punto la noción de complicidad “que prácticamente está en vías de desaparecer, absorbida por el correlativo robustecimiento de la de autoría”, indica: “Ya el propio Código ha dado la pauta para ello al admitir en la tercera clase de autor al cooperador necesario, siendo como es su actividad, las más de las veces, de mera complicidad”. Entre los pocos autores que se oponen de manera terminante a esta concepción de la doctrina española de que autores en sentido estricto son sólo los del art. 14 núm. 1, figuran BERNALDO DE QUIRÓS/NAVARRO DE PALENCIA¹⁶. Para ellos, el “se consideran autores” del art. 14 no supone la admisión de una ficción en el CP: “Por el contrario, semejantes codelincuentes (sc. Los de los tres números del art. 14) son y serán siempre autores, si no por participación directa, por inducción o por actos necesarios, sin que la lógica ni la inflexibilidad gramatical tengan nada que oponer”¹⁷.

Y es que como ya advirtiera WELZEL, la doctrina de la autoría en el delito constituye el banco de pruebas de toda la dogmática penal¹⁸ y, en efecto, en países como Alemania, el concepto de autor atraviesa toda la teoría jurídica del delito, entendido como centro de imputación del ilícito y, por tanto, como síntesis máxima de los aspectos objetivos y subjetivos del delito¹⁹. En nuestro país, sin embargo, el concepto de autor y su distinción de la coautoría y la participación, no es un objeto de

¹⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 16.

¹⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal, Tomo I*, Madrid, 1963, p. 250.

¹⁶ BERNALDO DE QUIRÓS, C./NAVARRO DE PALENCIA, A., *Teoría del Código Penal (su examen y crítica)*, Parte general, Madrid, 1911, p. 249, nota 1.

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸ WELZEL, H. *Derecho Penal alemán. Parte General*, 11a ed., Santiago de Chile, 1970, págs. 50-55.

¹⁹ GÓRRIZ ROYO, E., *El concepto de autor en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 227.

estudio tan antiguo como en Alemania, sino que cobra vigor a raíz de diversos estudios publicados a partir de 1966²⁰ y recibe su mayor impronta con la publicación, en 1992, de la obra de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cuyo legado aún se deja sentir en la literatura posterior al Código penal de 1995²¹.

No obstante este desarrollo, no se ha logrado una relativa unidad de criterios para delimitar la autoría como ha sucedido en Alemania, sino que, en España la categoría de doctrina dominante ha estado disputada durante largo tiempo por dos tesis principales: la teoría objetivo-formal y la teoría del dominio del hecho, mayoritaria en Alemania.

Así las cosas, no es de extrañar que la doctrina penal alemana –y a partir de 1966, también la española–, en las diversas fases de su decurso histórico, no haya renunciado por completo a la búsqueda de un concepto general de autor, dado que tal y como viene la concepción de autor en la base legal de nuestro ordenamiento la cual nos proporciona el art. 28. 1 CP, se plantea el problema de la no definición de autor en parte alguna, o, al menos, la no delimitación conceptual ni material, lo que acarrea que no se pueda extraer directamente del texto legal el concepto de autor.

²⁰ Principalmente porque en este año sale a la luz en nuestro país el primer trabajo dedicado, de forma monográfica, al estudio de la autoría y la participación y es ni más ni menos que la obra de GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice, op. cit.* Asimismo, RODRIGUEZ MOURULLO, G., en una monografía no exclusivamente dedicada a la autoría, contribuye notablemente al planteamiento del problema de su concepción. Concretamente en la obra: *La omisión de socorro en el Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, además de las aportaciones que, sucesivamente, realizó a través de su artículo “El autor mediato en Derecho penal español”, en *ADPCP*, T. XXII, Fasc. III, septiembre-diciembre 1969 y su análisis en los *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, 1972, realizados junto al Profesor CÓRDOBA RODA. Finalmente, en el periodo que medió hasta el advenimiento del ordenamiento constitucional en nuestro país, es imprescindible la obra de VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de imprenta)*, Madrid, 1977, pp. 111 y 112, así como diversos artículos de CEREZO MIR, J., recogidos en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

²¹ Puede decirse que desde la publicación de la monografía *La autoría en derecho penal* de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, hasta la actualidad, se han sucedido los estudios sobre las formas de autoría y participación cuya diferencia principal con aquellos otros aparecidos a partir de 1966 es que el tema central de éstos últimos más recientes, sí ha sido de forma exclusiva, bien alguna forma de autoría o participación, bien la delimitación entre dichas modalidades de intervención.

Los conceptos de autor que se han mantenido o se mantienen pueden reducirse a tres: unitario, extensivo y restrictivo.

1. Concepto unitario de autor.

El concepto unitario de autor renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal todo interviniente es autor porque aporta una contribución causal al delito. En su vertiente más moderna o funcional renuncia (correctamente) a una fundamentación causal, distingue entre diversas formas de autoría (o, si se quiere, de intervención) y su rasgo más distintivo es que no existe una relación de accesoriedad entre unos y otros intervinientes. La crítica al concepto unitario de autor ha sido quizá exagerada (máxime cuando a menudo se critica este entendimiento de la autoría para los delitos dolosos, pero se adopta para los imprudentes), pero ciertamente no aporta la simplicidad que le atribuyen algunos de sus defensores y, sobre todo, al renunciar a la accesoriedad, permite una menor precisión o concreción de las fronteras de lo típico y supone que un olvido del legislador en la corrección de sus consecuencias indeseadas conduzca a un exceso de punición (mientras que en concepto restrictivo de autor un olvido de ese tipo conduce a una laguna de punición, siempre más tolerable). En consecuencia el concepto unitario de autor se adapta peor que el restrictivo a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho²².

No es casual que con frecuencia se identifique el concepto extensivo de autor con el concepto unitario. En la doctrina se han indicado diversas razones para explicar

²² Véase, para todo lo anterior, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Ed. S.A. PPU, Barcelona, 1991, pp. 43 y ss.

las similitudes de ambas teorías, siendo la más acertada a juicio de GÓRRIZ ROYO, aquélla que apunta al origen común de las mismas, esto es, a la concepción causal de autor²³. Por otra parte, las diferencias que se han señalado para distinguirlas suelen ser ciertamente dispares, si bien parece imponerse la opinión de que el concepto unitario de autor sería una variedad del concepto extensivo de autor²⁴.

2. Concepto extensivo de autor.

La influencia de la concepción extensiva de autor se dejó sentir especialmente en el Derecho penal alemán anterior a la Segunda Guerra Mundial²⁵, empleándose como criterio con el que diferenciar entre autoría y participación, frente a la llamada concepción restrictiva de autor²⁶.

Centrándonos únicamente en la repercusión de esta concepción extensiva sobre el entendimiento del autor, debe repararse en que se fundamenta en una teoría pretendidamente científica y por ende, con vocación de generalidad. Se trata, como es sabido, de la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual, se considera autor a todo aquel que pone una condición del resultado lesivo, habida cuenta de que todas las condiciones son equivalentes, es decir, igual de necesarias para producir el

²³ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 241

²⁴ En este sentido PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 271 y 272, haciéndose eco del pensamiento de HORST SCHÖDER, para quien la idea básica del concepto extensivo –según el cual es autor todo aquel que contribuye causalmente a la producción del resultado delictivo–, da lugar a dos nociones de autor sustancialmente distintas según lo que se entienda por “resultado” en este contexto. Por tal cabe interpretar, desde luego, una modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos y diferente de la actividad que a ello conduce. Pero también se ha hablado de resultado para referirse a la realización del tipo, es decir, no sólo al resultado que pueda eventualmente corresponder a la figura delictiva en cuestión, sino también al comportamiento típico.

²⁵ Según CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal conforme al “Código penal, texto refundido de 1944” Tomo I (Parte General)* 12ª ed., Barcelona, 1956, p. 612, dicho concepto extensivo de autor inspiraba “el derecho penal alemán en preparación antes de la guerra...” el citado autor también consideraba que aquel concepto influyó en el art. 110 del Código penal italiano de 1930.

²⁶ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 232.

resultado. De ahí que, al decir de VON LISZT, no existe diferencia esencial entre los distintos partícipes en la producción del resultado²⁷. Todo aquel que contribuya causalmente a la realización de un tipo punible –por cuanto lesiona el bien jurídico tutelado por dicho tipo–, debe ser considerado autor según esta concepción, si bien sus partidarios reconocen que la ley obliga a diferenciar varios grados de responsabilidad²⁸. Siendo así, los preceptos que establecen una menor penalidad, esto es, que regulan la complicidad y la inducción, se conciben como “causas de restricción de la pena”²⁹, pues de no existir aquéllos, todos los intervinientes responderían como autores³⁰. En consecuencia, el autor se define negativamente o por exclusión, es decir, se considera autor a quien no sea partícipe³¹. Por todo ello, los defensores de esta teoría entienden que el autor es un concepto secundario, que se define por notas negativas, mientras que la participación pasa a ser el concepto primario³².

3. El concepto restrictivo de autor.

El concepto restrictivo de autor es el que (al menos desde el punto de vista de las declaraciones de principios) se defiende de modo prácticamente unánime por la doctrina española y también por la jurisprudencia, si bien aún hoy (aunque en menor medida que en el pasado) se encuentran sentencias que apuntan más bien en el sentido

²⁷ VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal* (traducción de la vigésima edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.) tomo III, 3ª ed. s.a., p. 71. Para este autor “resulta del concepto de causa, que todo aquel que, poniendo una condición para el resultado sobrevenido, ha contribuido a su producción, ha causado este resultado; que, como todas las condiciones del resultado son de igual valor, no existe una diferencia esencial entre los distintos partidarios en la producción del resultado, y que, por tanto, su diferente penalidad sólo se justifica dentro de la misma escala penal”.

²⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., ed. Reppertor, Barcelona, 2004, p. 368

²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 333, sostiene que serían “causas de extensión de la punibilidad o la tipicidad “porque a través de los preceptos que prevén las acciones de inducción y complicidad se sale del ámbito de la autoría para entrar en el de la participación”.

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 216 . MIR PUIG, *op. cit.* p. 368.

³¹ VIVES ANTÓN, T.S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, pp. 111 y 112. El mismo autor en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte General*, 5ª Edición, Valencia, 1999, pp. 735 y 736.

³² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 233.

de un concepto unitario (limitado) de autor. El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidir en que autor es sólo quien realiza el tipo; mediante las cláusulas de la parte general del CP relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesoria de la del autor. Este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriidad (limitada) de la participación es el preferible, sobre todo por permitir un mejor recorte o determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor grado a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho. Las consecuencias indeseables a que en ocasiones puede conducir el principio de accesoriidad de la participación pueden ser evitadas mediante previsiones específicas del legislador³³

En el CP 1944/73, anteriormente vigente, no estaba claro que se partiera de un concepto restrictivo de autor, sino que los indicios apuntaban en diferentes sentidos, si bien la doctrina normalmente había interpretado los preceptos del CP relativos a la codelinuencia desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor, lo que parece preferible. En el vigente CP, si bien los arts. 27 a 31 y 61 a 64 no hacen imposible interpretar que nuestro CP sustenta un concepto unitario limitado de autor, lo cierto es que hay indicios más fuertes que en el anterior CP de que se ha partido de un concepto restrictivo de autoría que resulta en todo caso preferible. El indicio más importante lo ofrece el art. 28 CP que se refiere a las formas de intervención conminadas con la pena de la autoría, distinguiendo entre quienes “son autores” (“quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”) de quienes “también serán considerados autores” (“los que inducen a otro u otros a

³³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de Justicia*, N° 10, 2008, p. 13.

ejecutarlo” y “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”), lo que da a entender en cierta medida que estos últimos no son autores, sino (junto a la complicidad del art. 29 CP y art. 27 CP) partícipes. No obstante, probablemente habría sido deseable una mayor claridad del legislador (que en otros preceptos parece incluir bajo el término autores a todas las figuras del art. 28, y que no hace referencias claras a la accesoriedad, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos). Esa mayor claridad habría conducido a deshacer totalmente la confusión que se daba (y en parte aún se da) en la jurisprudencia, pues, para muchas sentencias, es prácticamente irrelevante distinguir entre las diversas figuras del art. 28, al estar sometidas todas al mismo marco penal, olvidando así la necesidad de precisión y las diferencias de tratamiento a que conduce la accesoriedad de la participación³⁴.

Conviene insistir por tanto en la defensa de un concepto restrictivo de autor y de la interpretación desde sus premisas de los preceptos legales relativos a autoría y participación. Para que ese concepto restrictivo de autor conserve sus ventajas, ha de ser desarrollado coherentemente, lo que no siempre sucede, en opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia españolas en lo que se refiere a la coautoría, donde se realizan extensiones indeseables e innecesarias del concepto de autor³⁵.

II. DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo-formal, las teorías objetivo-materiales, la teoría del dominio del hecho y algunas otras, como la de la determinación

³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Autoría y participación”, *op. cit.* p. 16.

³⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Autoría y participación”, *op. cit.*, p. 14.

objetiva y positiva del hecho, que están emparentadas con las anteriores. Como no todas las teorías poseen igual relevancia actualmente, no vamos a explicarlas por igual, agrupando las menos importantes hoy en un primer apartado.

1. Teorías Subjetivas.

La escasa acogida que estas teorías han tenido y tiene actualmente en la jurisprudencia y doctrina española³⁶, no dispensa de un exhaustivo análisis de las mismas.

Para hablar de esta teoría, debemos partir de que los criterios subjetivos aparecen históricamente vinculados a la concepción extensiva dado que a ellos tiene que recurrir finalmente esta concepción para diferenciar entre autores y partícipes³⁷.

Habida cuenta de la variedad de criterios sostenidos en la teorías subjetivas, puede decirse que la característica común a todas ellas –basadas o no en la teoría de la equivalencia de las condiciones–, y que las diferencia de las originales teorías extensivas, es que aquéllas ofrecen argumentos para distinguir entre autores y partícipes³⁸.

³⁶ GIMBERTNAT ORDEIG, *op. cit.* p. 47.

³⁷ La relación que vincula a las teorías extensivas y las teorías subjetivas puede calificarse de recíproca puesto que, en un momento dado, se complementan mutuamente. *Vid.* GÓRRIZ ROLLO, apartado V.2.1. De ahí que más allá de comprobar si las teorías extensivas aparecen como consecuencia de las subjetivas (*Vid.* GIMBERTNAT ORDEIG, *op. cit.* p. 216) o más bien si el criterio subjetivo surge en el seno de las teorías extensivas o unitarias (*Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal, Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª edición, Madrid, 1986, p. 473; BERDUGO DE LA TORRE, et. al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Barcelona/Bilbao, 1999, p. 228) interesa destacar que, en efecto, inicialmente aparecían estrechamente relacionadas. (*Vid.* GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* nota a pie de página 118, p. 257).

³⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 258.

La concepción de autor respaldada desde esta tesis se caracteriza por adoptar como ratio divisionis determinados aspectos subjetivos. La formulación más conocida es la que atiende al animus del interviniente, de modo que será autor, solo y siempre, el que actúe con animus auctoris es decir, el que “quiere el hecho como propio”; mientras que será partícipe quien actúe con animus socii, es decir el que “quiera el hecho como ajeno”³⁹. Sin embargo, este entendimiento clásico tuvo multitud de versiones –incluso distintas dentro de las obras de los distintos autores –. A grandes rasgos, las mismas se singularizaron por diferenciar entre autor y partícipe en función, respectivamente, del carácter –propio o ajeno– del interés o –independiente o subordinado– de la dirección del querer⁴⁰.

A pesar de que a lo largo del s. XX las tesis subjetivas fueron en declive entre la doctrina alemana no sucedió lo mismo con la jurisprudencia ya que el alto Tribunal alemán siguió recurriendo a la teoría subjetiva como principal criterio diferenciador durante el pasado siglo, si bien en las últimas décadas del mismo se hizo eco de la teoría del dominio del hecho, combinándola con criterios marcadamente subjetivos⁴¹.

Entre la doctrina española tampoco podrían identificarse abiertamente posturas subjetivas estrictas puesto que, más bien, algunos autores, con diferente amplitud o

³⁹ *Íbid.*, pp. 258 y 259.

⁴⁰ Respecto a estas variantes de la teoría subjetiva, en la doctrina alemana, *Vid.* ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Trad. Joaquín Cuello Contreras, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 56 y 57. En nuestro país, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, *op. cit.* pp. 314 a 236. PÉREZ ALONSO, E. J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Edi. Comares, Granada, 1998, p. 53. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Intervención delictiva e imprudencia*, Edi. Comares, Granada, 2004, p. 28. DONNA, E.A., “El concepto de autor” en “*Dogmática y ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 184 y 185. En definitiva, según la teoría subjetiva del dolo –o teoría subjetiva extrema–, el *animus auctoris* consistiría en la voluntad autónoma e independiente que corresponde al autor y el *animus socii* en la voluntad dependiente y subordinada que sería propia del partícipe. Conforme a la teoría subjetiva del interés, el *animus auctoris* exige que el autor persiga un interés propio en la realización del hecho delictivo; mientras que el *animus socii* requiere que se actúe dirigido por un interés ajeno. (*Vid.* GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 259, nota pie de pág. nº 124).

⁴¹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p. 260.

incluso en ocasiones sólo aparentemente, han utilizado criterios subjetivos⁴². Tampoco la jurisprudencia española –a diferencia de la alemana-, ha mostrado una preferencia hacia las teorías puramente subjetivas salvo que por tales quepa entender la doctrina del acuerdo previo. No obstante, parece más correcto calificarla, a lo sumo, de mixta, al introducir un criterio subjetivo en materia de participación, manteniendo otros aspectos objetivos que, en tiempos recientes, están adquiriendo mayor importancia⁴³.

2. Teoría Del Acuerdo Previo

Alguna relación con las teorías subjetivas (aunque no es una de las teorías subjetivas que se acaban de citar) guarda la llamada doctrina del acuerdo previo defendida durante mucho tiempo por nuestro TS, según la cual todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son (co)autores del mismo, con independencia de cuál sea su aportación objetiva a él.

Nuestro Tribunal Supremo utilizó, en gran número de sentencias mientras estuvo en vigor el Código penal anterior –e incluso, recientemente, aunque con menor frecuencia-, la doctrina a la que estamos haciendo alusión: “el acuerdo previo”.

El origen remoto de la misma, ha sido ubicado en la categoría o doctrina del *complot*, defendida por los juristas italianos de la Baja Edad Media y que influyó notablemente en Alemania en los siglos XVIII y XIX⁴⁴. La influencia que dicha

⁴² A este respecto *Vid.* VIVES ANTÓN, en referencia a las posturas de SILVELA, MONTES, SALDAÑA, CONDE-PUMPIDO Y LUZÓN DOMINGO, DEL ROSAL Y JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Libertad de prensa... op. cit.*, pp. 132 y 133. En sentido similar DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 302 – 305.

⁴³ Califican dicha doctrina jurisprudencial de subjetiva, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et. al. *op. cit.*, p. 288. Por otra parte, la consideran mixta COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal...* *op. cit.* p. 740. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa...*, *op. cit.*, p. 134.

⁴⁴ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 247.

doctrina, en sus posteriores desarrollos⁴⁵, ejerció en la jurisprudencia de nuestro país a finales del s. XIX y principios del XX, cristalizó en la doctrina del acuerdo previo cuyo ámbito de aplicación no abarcaba todos los casos de codeincuencia, sino sólo aquellos en los que existía un concierto previo⁴⁶.

Junto a esta polémica doctrina, la jurisprudencia de nuestro TS, bajo la vigencia del Código penal de 1944/1973, se caracterizó por la ausencia de un criterio unívoco ante las múltiples cuestiones relacionadas con la autoría. De entre ellas, destaca la interpretación que, en líneas generales, realizó del art. 14 ACP puesto que empleaba un confuso y vacilante criterio para delimitar cada una de las distintas categorías de autor allí previstas. Y ello debido a que el alto Tribunal oscilaba entre la opinión de que no todos los supuestos del art. 14 ACP eran casos de autoría en sentido estricto sino sólo los del apartado 1^o⁴⁷ y la opinión que, por el contrario, entendía que todos los supuestos previstos en el art. 14 ACP debían ser considerados formas de autoría⁴⁸.

Este caótico panorama en la interpretación jurisprudencial con respecto al problema de la ubicación de la autoría constituyó el marco genérico en el que se inscribió el desarrollo de la doctrina del acuerdo previo por parte del Tribunal

⁴⁵ En concreto, a raíz de la evolución que la figura del *complot* experimentó merced a las críticas que se le dirigieron, en tanto que forma de intervención delictiva fundamentadora de responsabilidad solidaria. Por virtud de dichas críticas, comenzó a fraguarse el verdadero concepto de coautoría, de modo que la atención se apartó del acuerdo, para centrarse en la realización conjunta del delito y –como indica GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M., “...se empieza a plantear el posible castigo del acuerdo en sí, pero no como una forma autónoma de intervención delictiva”, en *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 200 y 201.

⁴⁶ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 248.

⁴⁷ Por lo general, El Tribunal Supremo consideraba que el interviniente cuya conducta encajara en el art. 14.1 ACP, era *el autor en sentido estricto* o autor *directo* (*Vid.* STS de 19 de febrero de 1979, RA 691, Csd. 1^o). Sin embargo, el alto Tribunal consideraba que el inductor era un partícipe que sólo se asimilaba al autor a efectos punitivos (*Vid.* STS de 26 de enero de 1988, RA 478, F.D., 2^o). Por otra parte, entendía el citado tribunal que “... la coautoría del número 3^o del art. 14 CP y la complicidad del art. 16 ACP, tienen de común el constituir formas de participación en hecho ajeno o realizado por otro, diferenciándose exclusivamente en el grado de participación, o sea, según que la cooperación haya sido o no necesaria para la realización del delito...” Sin embargo, en la misma resolución el TS consideró la conducta enjuiciada “... una colaboración necesaria constitutiva de autoría...” (*Vid.* STS de 10 de febrero de 1982, RA 793, Cdo. 6^o).

⁴⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 248.

Supremo cuyo predominio se extendió hasta finales de los años sesenta del s. XX. Dicha doctrina fue empleada, básicamente, para determinar la responsabilidad de los diversos intervinientes en la comisión de un delito, siempre que aquéllos hubieran concertado sus voluntades previamente para realizarlo.

La consecuencia esencial de dicha doctrina era que, en los casos donde se verificara previamente un acuerdo de voluntades y, por ende una empresa criminal común, no se distinguía entre autores y partícipes. Es decir, todos los intervinientes en dicho acuerdo eran considerados (co)autores, sin atender a la concreta aportación material con la que cada interviniente efectivamente contribuía a la realización del plan inicialmente trazado⁴⁹. Por esta vía se llegaron a suprimir las diferencias existentes entre las figuras de autor individual, coautor, inductor y cooperador necesario previstas en los tres apartados del art. 14 ACP, así como entre los supuestos del art. 14 ACP y la complicidad contemplada en el art. 16 ACP, siendo consideradas todas ellas como formas de auténtica (co)autoría. No obstante, también puede advertirse una evolución en la jurisprudencia del TS a la hora de delimitar los requisitos establecidos para exigir responsabilidad a los sujetos concertados⁵⁰. Así, inicialmente, no se exigía más que la verificación de un acuerdo previo y la mayoría de las veces el TS se conformaba con que el acuerdo fuera simultáneo o coetáneo a la ejecución y no exigía

⁴⁹ CUERDA RIEZU, A., “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión de Derecho penal español” en *ADPCP*, Tomo 45, mes 2, 1992, pp. 499 y 500.

⁵⁰ Dicha evolución puede apreciarse con claridad en la jurisprudencia relativa *al robo con homicidio*. Como se resume en las SSTs de 17 de enero de 1991 (RA 130) y 14 de marzo de 1994 (RA 2154), con respecto a aquel delito pueden distinguirse tres fases: “... en una primera etapa, al conceptuarse el delito de robo con homicidio como delito cualificado por el resultado, la muerte era atribuible a todos los partícipes, por una interpretación extensiva del párrafo 2º del art. 502 (ACP) *Posteriormente*, se siguió imputando igualmente el homicidio a todos cualquiera que fuese su participación, y aun cuando no tomaran parte directa en la ejecución del hecho, ni su intervención hubiese sido necesaria para el resultado letal y, *por último, en la fase final*, aun partiendo de acuerdo previo se construye la responsabilidad con base en el dolo eventual, esto es, exigiendo que el resultado mortal entre en las previsiones de los agentes como altamente probable. (...) Por el contrario, se produce una ruptura del complejo delictivo, si los partícipes convinieron una acción depredatoria con intimidación, desconociendo el porte o empleo de aquellas armas, o explícitamente excluyen “ab initio” todo riesgo para la vida de los atacados...” (cursiva añadida).

en realidad su carácter previo, así como tampoco pedía que fuera expreso. Este acuerdo previo bastaba como fundamento para exigir responsabilidad penal a todos los intervinientes, con independencia de la contribución que individualmente se realizara y al margen incluso de que, a la vista de lo acaecido en el transcurso de los hechos, lo planeado por los intervinientes se correspondiera o no con lo efectivamente ocurrido⁵¹.

En resoluciones posteriores, sin embargo, el mismo tribunal aumentó las exigencias, al requerir no sólo la intervención en el acuerdo, sino también una mínima aportación al hecho delictivo⁵².

A pesar de que esta última versión de la teoría del acuerdo previo, aparentaba ser más acorde con el principio de culpabilidad y con el postulado de responsabilidad individual, la comentada doctrina jurisprudencial fue acreedora de múltiples y merecidas críticas a raíz, principalmente, de las certeras objeciones que le dirigieron los profesores GIMBERNAT ORDEIG, RODRÍGUEZ MOURULLO, VIVES ANTÓN⁵³ y con posterioridad, prácticamente, la mayoría de la doctrina española⁵⁴, incluso tras

⁵¹ Como ejemplo de esta postura, pueden citarse la STS de 21 de septiembre de 1981 (RA 3381; ponente Huerta y Álvarez de Lara) y la STS de 27 de marzo de 1984, (RA 2296, ponente Huerta y Álvarez de Lara) en las que, en términos idénticos, se admite "... la responsabilidad de los procesados como coautores, es decir, como éstos "puestos de acuerdo" en los medios y en los fines realizaron los delitos que describe, pues tiene declarado esta Sala con reiteración que entre todos los que concurren a la ejecución de un delito previamente concertado *se establece, por virtud de la unidad de voluntades, un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tomase, ya que todos coadyuvaron de modo eficaz y directo a la consecución del fin perseguido, independientemente de los actos ejecutivos que individualmente realizaron encaminados al logro de la propia finalidad delictiva...*" (cursiva añadida al Cdo. 5º). En sentido próximo, entre otras muchas, las SSTS de 5 de febrero (RA 438, Cdo. 1º) y de 12 de febrero (RA 471, Cdo. 1º), ambas de 1980.

⁵² A este respecto considérese la STS de 29 de septiembre de 1982 (RA 4985; ponente García Miguel) en la que se declara que "... claramente descrito quedó el concreto apoderamiento violento de cosa ajena, que constituye el elemento integrante del delito de robo, acertadamente calificado por el Tribunal "*a quo*", como la participación en el mismo en concepto de autor del procesado recurrente, ya que, como con tantísima reiteración tiene declarado esta Sala, han de reputarse coautores todos quienes en virtud de un previo acuerdo o resolución conjunta de cometer el hecho participan en su realización con actos ejecutivos individual o conjuntamente cometidos..." (Cdo. 2º).

⁵³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit., passim.*, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal... op. cit.* pp. 828 y ss. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa... op. cit.* pp. 124 a 129.

⁵⁴ Entre otros autores críticos con respecto a la jurisprudencia desarrollada en atención al CP de 1944/1973 destacan, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *op. cit.* pp. 254 y 255. PEÑARANDA RAMOS, *op. cit.* pp. 131 y ss. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, *La autoría en*

entrar en vigor al Código penal de 1995⁵⁵. Entre los primeros críticos a dicha doctrina del acuerdo previo destaca GIMBERNAT quien analizó exhaustivamente tanto el fundamento cuanto el contenido de la misma, llegando a sintetizar la fundamentación de la comentada doctrina jurisprudencial como sigue: “el delito se concibe como una totalidad por la que responden todos los codelincuentes. Al establecerse el concierto, cada sujeto se hace solidario con los demás; lo que cada uno realiza, lo realiza por todos. La intervención concreta que cada uno tenga en el delito es simple accidente, carece de importancia. Por ello es indiferente que se tome o no parte en la ejecución”⁵⁶.

Por todo lo anterior podemos decir que la teoría del acuerdo previo es rechazable, pues, aun suponiendo que el acuerdo significara una disposición a realizar el tipo, la disposición no es todavía realización y, aunque el acuerdo pueda hacer más peligroso el hecho o ser un elemento muy importante o trascendente para el mismo, ni la peligrosidad ni la necesidad o trascendencia para el hecho de una conducta determinan por sí solas la autoría. Además, el TS era inconsecuente con su doctrina, pues a menudo, sin rechazarla, se “olvidaba” de ella para castigar como cómplice (y, por lo tanto, con pena inferior a la del autor) a un sujeto que actuaba en el marco de un acuerdo, pero cuyo castigo como autor le parecía excesivo. De llevarse al extremo, cabría decir que los hechos en que actúan varias personas sin acuerdo son hechos sin autor. En definitiva, la teoría del acuerdo previo, afortunadamente cada vez más arrinconada en la jurisprudencia de nuestro TS, suponía a menudo el revestimiento con un manto argumental impreciso e incorrecto de soluciones tomadas de antemano de un modo más intuitivo, y era un reflejo importante del caos que durante muchos años

Derecho penal..., *op. cit.* pp. 349 y ss.; 363 y ss. 368 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)” en *ADPCP*, tomo 37, 1984. pp. 123 y 124. GONZÁLEZ RUS, J. J., “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría” en *Cuadernos de Derecho Judicial, Problemas de autoría, CGPJ*, Madrid, 1995, pp. 68 a 70.

⁵⁵ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 250.

⁵⁶ GIMBERTNAT ORDEIG, *op. cit.* pp. 228 – 231.

reinó (con honrosas y numerosas excepciones) en la jurisprudencia española en materia de autoría y participación⁵⁷.

3. Las Teorías Objetivas.

El propósito de delimitar un concepto de autor partiendo de la característica esencial de la concepción restrictiva –esto es, la distinción entre autores y partícipes–, ha sido principalmente asumido desde las denominadas teorías objetivas⁵⁸.

Frente al concepto extensivo de autor en el que se delimitaba al autor negativamente, la característica primordial del concepto restrictivo es que concibe al autor como un concepto primario, esto es, que se define por notas positivas. En consecuencia, la participación pasa a ser una calificación secundaria, residual o subsidiaria, en tanto será partícipe quien no sea autor⁵⁹. De ahí que las normas que establecen la penalidad de los partícipes, esto es, que regulan la inducción, la complicidad o la cooperación necesaria constituyan extensiones de la penalidad⁶⁰. Una segunda diferencia respecto al concepto extensivo de autor es que, desde una concepción restrictiva, no se considera autor a todo el que interpone una condición causal del hecho, de modo que causación no equivale a realización típica. La consideración de autor se atribuye, directamente, al que realiza la conducta descrita en el correspondiente tipo⁶¹.

⁵⁷ Sobre la doctrina del acuerdo previo y su doctrina, vi. GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* passim. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.* p. 349.

⁵⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 265.

⁵⁹ VIVES ANTÓN en COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal, P.G. 5ª ed...* *op. cit.*, p. 748.

⁶⁰ VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa...* *op. cit.*, p. 112.

⁶¹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 265.

La característica común a todas las teorías objetivas es que persiguen configurar un criterio con el que delimitar las diferencias entre partícipes y autores, toda vez que concebir a estos últimos en sentido restrictivo. Tanto es así que en el seno de estas teorías se han configurado una multitud de criterios dando lugar a otras tantas tesis que, en la actualidad, dominan en el panorama doctrinal.

Para analizar los diversos conceptos, se partirá de la distinción fundamental entre las llamadas teorías objetivo-formales y las teorías objetivo-materiales, cuya diferencia principal podría cifrarse en que las primeras delimitan al autor en función del criterio normativo que constituye la tipicidad. Por lo tanto, puede decirse que, como rasgo característico del concepto de autor sostenido por estas teorías es el que la conducta se considera como directa realización o ejecución –total o parcial-, del tipo. En consecuencia, cualquier otra contribución material al ilícito, otorgará al sujeto la condición de partícipe⁶².

Frente a este entendimiento, desde las tesis objetivo-materiales se nota de mayor relevancia al valor sustancial de la contribución realizada por el interviniente. De esta suerte, el autor se caracteriza, a grandes rasgos, por realizar una aportación de tal relevancia que, haciendo una valoración material, sea posible imputárselo a un interviniente como propio.

3.1. Teoría objetivo-formal

En la dogmática penal moderna, puede decirse que la configuración de la autoría ha estado marcada, básicamente, por dos hitos recientes. Uno de ellos es el de

⁶² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 266.

la llamadas teorías objetivo-formales y el otro, la propuesta que se ofrece desde la llamada teoría del dominio del hecho.

La concepción objetivo-formal del autor aparece en Alemania a principios del siglo XX donde disfrutó del status de doctrina dominante durante el primer tercio de dicho siglo –en especial de 1910 a 1930-, hasta que le fue arrebatado por la teoría del dominio del hecho que ha conservado su hegemonía hasta la actualidad⁶³. El desarrollo de las teorías objetivo-formales fue distinto en España, pues aunque también conocieron su apogeo a comienzos del siglo pasado, han tenido un peso histórico e importancia mayor, de modo que aún hoy en día se dejan sentir en un destacado sector doctrinal⁶⁴. La diversa evolución de las teorías objetivo-formales en ambos países y el definitivo abandono que experimentaron en Alemania podría explicar que la versión conocida en dicho país sea tildada, de ordinario, como “clásica” o “tradicional”⁶⁵. De lo que pocas dudas caben es de que las teorías objetivas-formales se contraponían a las –por entonces- abandonadas teorías objetivo-materiales en un contexto marcado, además, por la superación de las teorías subjetivas, al menos, entre la doctrina científica⁶⁶.

⁶³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...* *op. cit.*, pp. 56 y 57. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal...*, *op. cit.* p. 411. OLMEDO CARDENETE, M., *Comentarios al Código penal, Tomo III* (dir. COBO DEL ROSAL), Madrid, 2000, p. 189.

⁶⁴ De similar parecer, PÉREZ ALONSO, para quien aunque ya no puede admitirse con rotundidad que sea la doctrina mayoritaria, parece estar al menos en una posición de equilibrio con la teoría del dominio del hecho, sobre todo hasta la entrada en vigor del CP de 1995, en *La coautoría...*, *op. cit.* p. 23

⁶⁵ Para una completa exposición de los numerosos autores que, inicialmente, se adscribieron a la misma, *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal...*, *op. cit.* pp. 412-418. Entre los representantes de la concepción *objetivo-formal* de autor en Alemania, destaca la peculiar concepción de VON LISZT quien, de *lege ferenda* sostenía un concepto unitario de autor si bien, en atención al Derecho penal imperial de aquel momento, consideraba *autor* a quien realizara actos causantes de un resultado, admitiendo la participación –de inductores y cómplices-, en la producción del resultado del autor. Por otra parte, la instigación y la complicidad serían formas de participación “... en la causación del resultado originada por el autor (“naturaleza accesoria” de la participación)” en *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 71.

⁶⁶ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 268.

Aun cuando pueda admitirse que la razón del surgimiento de estas teorías fue la necesidad de deslindar al coautor del partícipe⁶⁷, el rasgo más característico de las mismas es que ofrecen, como principal aportación, un criterio para caracterizar al autor frente al partícipe: la idea de ejecución de la acción típica. Es decir, el autor se caracterizaría por llevar a cabo personalmente los elementos descritos en un concreto tipo de la Parte especial⁶⁸

En España, la doctrina contemporánea suele denominar a la teoría objetivo-formal desarrollada en nuestro país especialmente en la primera mitad del siglo XX “clásica” o “tradicional”⁶⁹, debido, además, a que a partir de 1966 se inicia la crítica a esta doctrina, hasta entonces dominante, de la mano de autores como GIMBERNAT y RODRIGUEZ MOURULLO⁷⁰.

Esta teoría dominó el panorama español hasta finales de los años sesenta del siglo XX sirviendo para interpretar la regulación legal prevista en el art. 14.1 ACP de modo que, desde esta tesis, se consideraba que acogía la categoría del verdadero autor. En consecuencia, por autor del delito, en sentido estricto, se entendía a “el que lo ejecuta...”, es decir, quien “toma parte directa en la ejecución de los hechos”⁷¹.

La mayoría de autores que en relación con el citado precepto –e incluso con el art. 12 del Código penal de 1848-, defendieron la concepción objetivo-formal⁷², basaban

⁶⁷ De esta opinión, RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, *op. cit.* p. 822, nota a pie de p. 79. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 23. PÉREZ ALONSO, *op. cit.* p. 25.

⁶⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 268.

⁶⁹ Como ejemplo, *Vid.* PÉREZ ALONSO, *op. cit.* p. 25.

⁷⁰ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 274.

⁷¹ VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa...*, *op. cit.* p. 148.

⁷² Entre otros, inicialmente, DE VIZMANOS, T./ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., requerían para delimitar al autor del delito, la realización de los actos ejecutivos, o cuanto menos, tomar parte de manera personal e inmediata en su ejecución, en *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848, pp. 166 y ss.. Con posterioridad, entre otros autores, RAMIRO RUEDA, R., emplean en clásico criterio objetivo formal de

sus argumentos en el uso del lenguaje común y del lenguaje legal, de forma semejante a lo defendido por un sector de la doctrina alemana. Así, para comentaristas de la época, de las tres categorías consideradas como autores en el art. 14 ACP, según el lenguaje común, sólo correspondía denominar así a la primera de ellas⁷³. A partir de este razonamiento, de forma mayoritaria, la doctrina de aquella época llegó a la conclusión, según la cual, los autores en sentido estricto eran los recogidos en el apartado 1º del art. 14 ACP, mientras que los restantes números de este artículo, extendían la consideración de autores a quienes en realidad no lo eran en sentido estricto⁷⁴.

Sin embargo, en cuanto a la llamada moderna teoría objetivo formal nos tenemos que remontar a 1966 cuando GIMBERNAT ORDEIG publicó su monografía “Autor y cómplice en Derecho penal”. En estos momentos, en la doctrina alemana ya se habían delimitado con suficiente claridad las principales críticas a la teoría objetivo-formal originaria –tal y como recoge el citado autor en aquella obra⁷⁵–, y ya había comenzado para aquélla una crisis irreversible. Desde entonces, constantemente, la doctrina alemana y española reitera las citadas objeciones para tratar de justificar, en la actualidad, el rechazo a las teorías objetivo-formales⁷⁶.

A diferencia de lo sucedido en Alemania, las consabidas críticas no fueron el detonante para que, en nuestro país, las teorías objetivo-formales originarias pasaran a

la realización, cuando menos, de actos ejecutivos para determinar al autor real frente a los partícipes, en *Elementos de Derecho penal*, Tomo I, 4ª ed. Santiago, 1898, pp. 194, 195 y 197. Vid. también JARAMILLO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 91, 92 y, en especial, 93. Además de los ya citados, para un análisis de la opinión de otros importantes penalistas, como Santamaría de Paredes, Vid. VIVES ANTÓN, *Libertad de prensa... op. cit.* pp. 148 (y nota al pie nº 175) y 149. Para una relación de los autores posteriores incluidos en la corriente objetivo formal, Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal... op. cit.*, pp. 419 a 424.

⁷³ PACHECO, J. F., *El código penal concordado y comentado*, I, 4ª ed., Madrid, 1870, p. 258.

⁷⁴ ANTÓN ÓNECA, *Derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 467 y 268.

⁷⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* pp. 34 – 41.

⁷⁶ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 279.

un segundo plano. Por así decirlo las críticas que en Alemania causaron un efecto demoledor en las teorías objetivo-formales, sólo hicieron tambalear los cimientos de las mismas en nuestro país. Ni siquiera la teoría del dominio del hecho fue suficiente para abandonar esta teoría en nuestro país. Más bien puede decirse que con este movimiento crítico se logró despertar el interés para formular alternativas a las teorías objetivo-formales pero desde dentro de las mismas y sin abandonar todos sus presupuestos. Por esta razón, probablemente, dichas teorías no han sido por completo descartadas en nuestro país, dado que, bien sea en su versión originaria, bien sea en su variante moderna, siguen inspirando la interpretación, que, *de lege lata*, se realiza del autor en sentido estricto a tenor de la regulación legal prevista en el art. 28.1 CP⁷⁷.

De la mano de GIMBERNAT se inauguró la corriente que la doctrina contemporánea ha convenido en denominar “teoría objetivo-formal moderna” o “teoría de la subsunción típica”⁷⁸. La propuesta de GIMBERNAT parte de cuestionar la validez del concepto de autor basado en entender por tal a quien realiza una acción ejecutiva. Para dicho autor un semejante concepto no se basa, en realidad, ni en la tipicidad ni en el lenguaje corriente, puesto que en coherencia con estas premisas la teoría objetivo-formal originaria debiera haber admitido que es autor únicamente el que realiza la acción o acciones consumativas. Sin embargo no lo hizo, dado que según el concepto objetivo-formal de autor, lo es el que realiza una acción ejecutiva⁷⁹.

A la vista de estas y otras contradicciones detectadas por GIMBERNAT, éste llegará a afirmar que autor no es el que lleva a cabo una acción ejecutiva, sino que sólo

⁷⁷ *Íbid*, p. 280.

⁷⁸ Así expresamente HERNÁNDEZ PLASENCIA, *op. cit.* p. 24; PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 38 y ss.; GUTIERREZ RODRIGUEZ, *op. cit.* p. 100.

⁷⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* p. 33.

“aquel cuyo comportamiento es subsumible, sin más, en el tipo de la parte Especial es autor en sentido estricto”⁸⁰.

En su opinión, el autor realiza el “hecho” al que se refería el art. 14 ACP sobre el que existía la discusión acerca de si en él se contemplaba la figura del autor. Según la teoría objetivo-formal dominante en aquél momento, el art. 14.1 ACP abarcaba a todos los sujetos que realizaban actos ejecutivos, si bien no todos ellos podían subsumirse en el tipo concreto. De ahí que GIMBERNAT considerara que, el art. 14 ACP preveía conductas que “... serían impunes si no fuese porque la ley ha penalizado específicamente en el art. 14 núm. 1 toda contribución al delito que consista en un acto ejecutivo”⁸¹. En consecuencia afirmaba que “... para castigar al verdadero autor no hace falta dar el rodeo del art. 14 núm. 1”. Parece pues, que GIMBERNAT reservaba este precepto para coautores ejecutivos, inductores y cooperadores en tanto aportaban contribuciones accesorias, es decir, “... se les castiga en base al hecho cometido por el sujeto que realizó la acción típica”⁸².

A juicio de GIMBERNAT, la tarea de la subsunción del autor en la conducta descrita en la figura delictiva presentaría escasas dificultades en los delitos en que tan sólo se describe una determinada actividad o la causación de un resultado mediante una concreta actividad; sin embargo –según observaba– “el problema de cuál sea la acción típica se complica en los delitos de resultado”⁸³. Y ello porque en los mismos se prohíbe la lesión de un bien jurídico, sin especificar cuál es la actividad que ha de producir la lesión. En los mismos, el citado autor descarta determinar caso por caso cuáles serían las conductas tipificadas que conducen al resultado, de modo que respecto a dichos

⁸⁰ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* pp. 219 y 221.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 218 y 219.

⁸² *Ibid.*, p. 219.

⁸³ GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.*, p. 229.

delitos, sería necesario, aunque no suficiente, poner una condición del resultado delictivo⁸⁴.

Por otra parte, GIMBERNAT también advierte que el principal escollo que deben sortear las teorías objetivo-formales es la explicación de la autoría mediata, puesto que el autor mediato no ejecuta. Para solventarlo –según el citado autor–, se hace preciso subsumir directamente la conducta en el tipo penal⁸⁵. La subsunción directa de la conducta del autor mediato en el tipo resulta más sencilla en los casos de delito de resultado, dado que se plantean menores dificultades para admitir que el autor mediato ha realizado el tipo aun cuando se sirve de otra persona para ejecutar el delito⁸⁶. En definitiva, para GIMBERNAT el problema del autor en sentido estricto se convierte en un problema de Parte especial que debe acometer el intérprete y que resultará más sencillo resolver en los casos de delitos de mera actividad; mientras que en los de resultado se plantearán más dificultades a falta de alusión a la conducta concreta que cause la lesión al bien jurídico⁸⁷, y que permitiría delimitar al autor del delito⁸⁸.

También en 1966, RODRÍGUEZ MOURULLO formuló un concepto de autor, en sentido estricto, muy similar al delimitado por el anterior penalista, puesto que entendía que “el concepto restrictivo de autor, entendido como autor directo –el que realiza personalmente la figura delictiva–, ha de derivarse de los respectivos tipos de delito⁸⁹. Con precisión, define RODRÍGUEZ MOURULLO al autor, en sentido estricto, como “... quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 219 y 220.

⁸⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 249.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 223.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 250.

⁸⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p.282.

⁸⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión del deber de socorro...*, *op. cit.* p. 287.

de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva”⁹⁰.

En la doctrina española, las propuestas de estos penalistas han sido secundadas por diversos autores entre los que destacan OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCIDO, quienes se adhieren expresamente a aquellas opiniones de modo que resuelven el problema de la ubicación del concepto de autor en sentido estricto concluyendo que se encuentra en “... cada uno de los tipos de injusto de cada delito”⁹¹. En términos prácticamente idénticos describen RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ al autor como “... el que realiza el tipo de injusto”, entendiendo que se trata de un “... concepto restrictivo, objetivo y formal de autor” porque “... aunque falta una noción legal, se infiere de los delitos y faltas tipificados en los libros segundo y tercero, y sobre todo de la referencia que contiene el art. 14 a los autores...”⁹²

En definitiva, puede decirse que tanto RODRÍGUEZ MOURULLO como GIMBERNAT, coinciden en negar que el concepto de autor se ubique en el art. 14 ACP de modo que consideran la delimitación al autor como una cuestión de Parte especial y no de Parte general, renunciando además –el primero de ellos-, a ofrecer un concepto material de autor, de carácter general, con las matizaciones expuestas. Asimismo, en la postura de ambos autores se vincula la admisibilidad de la autoría mediata al sentido del verbo típico⁹³. También se adhirió tempranamente a la postura

⁹⁰ Vid. el mismo autor “El autor mediato en Derecho penal español”, *op. cit.*, p. 461. El mismo en *Comentarios al Código penal...*, *op. cit.* p. 802.

⁹¹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOLCIDO, quienes con respecto al “siempre difícil problema de la autoría mediata” entendían que “... también el recurso al tipo la hace determinable, aunque en este caso surjan limitaciones dado que, respecto a ciertos delitos, no cabe la realización mediata de su tipo de lo injusto”. Vid. *Derecho penal...*, *op. cit.* pp. 479, 480, 482 y ss.

⁹² RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *op. cit.* pp. 796 y 797.

⁹³ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p. 283.

de aquellos autores QUINTERO OLIVARES⁹⁴, quien sigue manteniendo en la actualidad una postura similar al concebir al autor en sentido estricto –autor principal–, como aquel cuyo comportamiento puede ser directamente subsumido en el tipo legal. De tal suerte que –en su opinión–, esta subsumibilidad directa se da en tres clases o formas de autoría, enumeradas en el art. 28 CP⁹⁵. Además, según el citado autor, con respecto a la autoría mediata, dado que nuevo Código penal le ha otorgado fundamento positivo, se ha acabado así con la polémica preexistente al respecto⁹⁶.

Entre las recientes posturas que abiertamente defienden la moderna teoría objetivo-formal –modificada o tesis de la subsunción típica– también destaca la de GARCÍA DEL BLANCO⁹⁷. Entre otras razones⁹⁸, por lo que respecta al concepto de autor sostiene que éste deriva de la descripción de los tipos de los Libros II y III, de modo que “autor será el que realice la conducta descrita en el tipo ya sea por sí solo –es decir, ejecutándola directamente, de propia mano–, conjuntamente con otros que igualmente realicen la acción típica, o por medio de otro que se sirva como instrumento”⁹⁹. Con todo y con ello, esta autora se decanta por adoptar los

⁹⁴ QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, CYMYS, 1974, pp. 74 a 77.

⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, G (en colab. Con MORALES PRATS/PRATS CANUT), *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Elcano, 2002, p. 622.

⁹⁶ Se refiere el citado autor a “... la polémica entablada entre los que creían que era imprescindible una declaración legal como la que ahora podemos leer y los que estimaban que se podía resolver la aceptación de esta clase de autoría simplemente derivándola de todos aquellos tipos de delito que permiten la subsunción de la conducta del que para cometer el hecho se vale de otra persona a la que utiliza como instrumento humano (que no lo son todos). *Vid.* QUINTERO OLIVARES, *Comentarios...*, *op. cit.* pp. 318 y 319.

⁹⁷ GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 353.

⁹⁸ Entre dichos motivos, estaría que dicha autora parte de la premisa según la cual para delimitar cuáles son las acciones típicas cuya realización determina el que el sujeto sea autor del hecho, o lo que es lo mismo, el límite mínimo de la acción típica, ha de acudir a la regulación legal de la tentativa (art. 16.1 CP) si bien sostiene que “... no todos los actos realizados durante la fase ejecutiva forman parte de la acción típica, es decir, no todas son conductas propias de autoría”. *Vid.* GARCÍA DEL BLANCO, *op. cit.* p. 353.

⁹⁹ De esta forma –sigue diciendo la autora se podrá decir que es el que mata, el que produce lesiones, el que sustrae con ánimo de lucro, siempre y cuando reúna los requisitos que desde un punto de vista subjetivo pueda establecer el tipo para limitar el círculo de sujetos susceptible de realizar dicha acción”. *Vid.* GARCÍA DEL BLANCO, *op. cit.* p. 348.

presupuestos de la teoría de la imputación objetiva para delimitar al autor en los llamados delitos resultativos puros¹⁰⁰.

En resumen, en España todavía es ampliamente defendida la teoría objetivo-formal, aunque se va imponiendo paulatinamente la del dominio del hecho. Según la teoría objetivo-formal autor es quien realiza (total o parcialmente) la acción (o acciones) descrita(s) en el correspondiente tipo de la Parte especial. A la hora de concretar lo anterior, existen dos versiones de esta teoría: a) la clásica, según la cual es autor todo aquel que realice una acción ejecutiva (en el sentido de la tentativa); b) la modificada o moderna, para la que autor es el sujeto cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial, o sea, el que realiza la acción típica (o alguna de las acciones típicas), no bastando la realización de una acción ejecutiva no típica (así, por ejemplo, para la versión clásica, en un delito de lesiones sería autor, además de quien golpea a la víctima, quien la sujeta para que el otro golpee, mientras que para la versión modificada el que sujeta no es autor).

El acierto de esta teoría es haber hecho hincapié en la conexión entre tipo y autoría. Suele criticárseles el que no sean capaces de explicar la autoría mediata y la coautoría, dado que los críticos parten de determinadas concepciones de esas formas de autoría que no necesariamente han de ser compartidas. La versión clásica, sin embargo, no convence, en opinión DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, porque iguala la realización de acciones ejecutivas no típicas con la realización de acciones típicas, cuando entre ellas se percibe un diferente grado de enfrentamiento a la norma y al bien jurídico protegido en cada caso, lo que debe ser tenido en cuenta desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor (sólo las acciones típicas son de autoría). En cuanto a la

¹⁰⁰ GARCÍA DEL BLANCO, *op. cit.* pp. 363 y ss.

versión modificada, parece en principio correcta (con la duda de si la realización de una sola de las acciones típicas en los tipos que describen varias ha de constituir siempre y necesariamente autoría), pero resulta incompleta pues no ofrece un criterio material para determinar, especialmente en los delitos resultativos (como, por ejemplo, el homicidio) en qué consiste realizar el tipo, aunque se afirme (lógicamente) que no lo realiza cualquiera que contribuya causalmente al resultado¹⁰¹.

3.2. Teoría objetivo-material.

En el análisis del concepto de autor formulado por las distintas elaboraciones teóricas, las antiguas teorías objetivo-materiales son el preludeo del punto de inflexión que constituye la teoría del dominio del hecho. No puede obviarse, sin embargo, que ésta y aquellas teorías difieren en la naturaleza de su fundamento¹⁰². Ciertamente, las llamadas teorías objetivo-materiales, surgidas como intento para obviar los impedimentos formales que la delimitación de las acciones ejecutivas constituía como premisa para determinar al autor del delito, tienen como rasgo distintivo acoge un criterio material situado más allá de la remisión a la descripción típica¹⁰³. Asimismo reciben la consideración de “objetivas” porque, normalmente, recurren a criterios distintos a la actitud interna del sujeto frente a su contribución al hecho¹⁰⁴. Concretamente, a grandes rasgos, consideran autor a quien realiza la contribución objetiva de mayor importancia al hecho¹⁰⁵. Sin embargo, frente a la teoría del dominio del hecho, la mayoría de las teorías objetivo-materiales se fundamentan

¹⁰¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en...* *op. cit.* pp. 411 y ss.

¹⁰² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 310.

¹⁰³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *op. cit.* p. 29.

¹⁰⁴ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 310.

¹⁰⁵ En ello radica, precisamente, la mayor desventaja de estas teorías, dado que dicho criterio material, por lo general desvinculado de la norma penal típica, hace que, como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, estas teorías sean rechazables desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor, *Vid. La autoría en...*, *op. cit.* p. 536.

abiertamente en teorías diferenciadoras de la causalidad, de donde deriva otro de sus principales inconvenientes. Y ello porque –en oposición a la teoría de la equivalencia–, las teorías objetivo-materiales distinguen entre causa y condiciones de modo que caracterizaban al autor por la aportación de una causa y al partícipe, por la contribución con una condición al resultado típico¹⁰⁶. Esta fundamentación las ha hecho, como es correcto, acreedoras de importantes críticas que destacan la inidoneidad de cifrar la distinción entre autores y cómplices a partir de criterios causales diferenciadores que, aun cuando fueran válidos, no pueden ser considerados por sí solos vinculantes para determinar el concepto de autor. De ahí que la fundamentación causalista de estas teorías haya supuesto, con seguridad, la principal razón de la franca decadencia en la que se encuentran en el panorama penal actual¹⁰⁷.

Debido al escaso seguimiento que dichas teorías han tenido por parte de la doctrina de nuestro país así como, en tiempos recientes en la doctrina alemana¹⁰⁸, resultaría ocioso profundizar en las diversas variantes que participan de los rasgos objetivo –materiales tradicionales, habida cuenta además que la caracterización de las mismas ha sido lo suficientemente concretada en la doctrina penal¹⁰⁹.

3.3. La teoría del dominio del hecho

Aun cuando no sea relevante concretar el precedente exacto del concepto actual de “dominio del hecho”¹¹⁰, sí que resulta orientativo partir de que su formulación

¹⁰⁶ Así GIMBERNAT ORDEIG hace especial hincapié en distinguir entre las teorías diferenciadoras de la causalidad y la teoría de la equivalencia de las condiciones, *Autor y cómplice... op. cit.*, pp. 115 y 120.

¹⁰⁷ En este sentido, entre otros, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 741. PÉREZ ALONSO, *op. cit.* p. 64.

¹⁰⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 311.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 311.

¹¹⁰ A este respecto se apuntan diversos precedentes de la denominación y formulación del concepto. Así para DONNA, E.A., quien primero utilizó la expresión “dominio del hecho” fue HEGLER en 1915, en

originaria se debe, sin duda, a WELZEL¹¹¹ al plasmarla en su trabajo *Studien zum System des Strafrechts* (Estudios sobre el sistema del derecho penal) de 1939¹¹². Este origen remoto pone de manifiesto, en primer lugar, la inicial vinculación de la teoría del dominio del hecho con el concepto de autor derivado de la teoría de la acción finalista, lo cual, ciertamente, no ha impedido que sea sustentada desde otras posturas dogmáticas¹¹³. No es de extrañar, por tanto, que en Alemania la teoría del dominio del hecho hundiera sus raíces en la teoría subjetiva hasta entonces acogida en la jurisprudencia¹¹⁴, si bien, también se ha podido decir que, por otra parte, surge como reacción a esta teoría y por contradicción al concepto causalista de autor¹¹⁵. Por último, incluso se apunta, como motivo de su aparición, la necesidad de salir del paso ante el estancamiento provocado por las –hasta entonces–, dominantes teorías objetivo-formales, en temas como la autoría mediata, por su fijación en el impreciso criterio de la ejecución¹¹⁶.

“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*, UNED, 2001, p. 533. Sin embargo, parece más estricta la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quien indica que la idea del dominio del hecho –aunque no se expresara con la palabra *Tatherrschaft*–, ya aparece en autores anteriores a HEGLER toda vez que este autor la utilizó en el ámbito de la culpabilidad y no para definir el concepto de autor. Así se empleó por MITTERMAIER y aparece claramente en las construcciones de HORN (1897), DAHM (1927) y R. SCHMIDT (1931) *Vid. La autoría mediata en...*, *op. cit.* p. 548. Por otra parte consideran que el primero en emplear el concepto de dominio del hecho en su sentido actual fue LOBE, entre otros, PÉREZ ALONSO, *op. cit.* p. 174 y BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 63. Lo cierto es que todos estos autores –y algunos otros más (BRUNS, WEBER)–, son citados por ROXIN, quien destaca la aportación determinante de LOBE a la vez que llama la atención sobre el hecho de que ninguno de los citados autores se refiere a los demás, de manera que entiende que todos ellos llegan independientemente a configurar el concepto del dominio del hecho, en *Täterschaft und Tatherrschaft*, *op. cit.* pp. 64 y 65. A los autores tenidos en cuenta por ROXIN, añadió GIMBERNAT, como precursor de dicha teoría, a BERGES (1934), en *Autor y cómplice...*, *op. cit.* p. 124 y nota a pie de página nº 50.

¹¹¹ *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, pp. 65 y 66. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.*, p. 551. PÉREZ ALONSO, *la coautoría...*, *op. cit.*, p. 175. BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.* p. 63.

¹¹² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 315.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ De esta opinión, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, para quien, la doctrina del dominio del hecho aparece como una continuación de la teoría subjetiva, de modo que la conexión entre ambas ya puede apreciarse en WELZEL, en *Autor y cómplice...* *op. cit.* pp. 124 y 125.

¹¹⁵ WELZEL, H., *Estudios de Derecho penal*, Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2002, p. 96.

¹¹⁶ *Vid.* HERNÁNDEZ PLASENCIA, *op. cit.* p. 30.

En cierto modo, la disparidad de razones apuntadas para explicar el surgimiento de estas teorías es un indicio de las dificultades que, de entrada, se plantean en torno a su naturaleza. Sin obviar el carácter problemático de esta cuestión¹¹⁷, únicamente interesa indicar respecto a la misma que la mayoría de defensores de la doctrina que analizamos convienen finalmente en atribuirle una naturaleza objetivo-subjetiva¹¹⁸. No obstante, es cierto que este problema no puede solucionarse en términos generales pues dicha naturaleza no puede predicarse de todas sus variantes¹¹⁹. En consecuencia con la naturaleza que, comúnmente, se le atribuye a la teoría del dominio del hecho y hechas las matizaciones expuestas, según dicha tesis puede caracterizarse al autor, en líneas generales, como el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito y dirige el proceso que desemboca en dicha producción¹²⁰. Puede observarse, que junto al elemento objetivo de la autoría —el poder de configurar el transcurso de los sucesos derivados de la actuación con relevancia jurídico-penal, realizando una contribución eficaz e importante para dirigir la ejecución del hecho injusto—, la tesis del dominio del hecho exige un elemento subjetivo en la autoría, dado que se requiere el control final, el dolo o voluntad de realizar aquello que

¹¹⁷ En la doctrina de nuestro país dicho aspecto, ha sido discutida por diversos autores. Tempranamente GIMBERNAT, se decantó por entender que la teoría del dominio del hecho era *totalmente objetiva*, negando que tuviera carácter subjetivo, en *Autor y cómplice...*, *op. cit.* pp. 125 y 126. De esta opinión también PÉREZ ALONSO, para quien la teoría del dominio del hecho “no atiende en absoluto, a la disposición de la voluntad o a la actitud interna del sujeto respecto a su forma de intervención: desde el dominio del hecho autor *no* es quien actúa con *animus auctoris*” (cursiva del texto), *La coautoría y la complicidad...*, *op. cit.* p. 178. Por su parte, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, considera conveniente hablar de teoría del dominio del hecho como teoría objetiva para evitar confusiones con las teorías tradicionalmente llamadas subjetivas. Ahora bien, si los propios defensores de esta teoría exigen un elemento subjetivo (finalidad, dolo, consciencia) hasta el punto de considerar que si falta éste, no se puede hablar de dominio del hecho, “... la teoría del dominio del hecho es, en este sentido, y sólo en este sentido, objetivo-subjetiva”. *Vid. La autoría en derecho penal...*, *op. cit.* pp. 575 y 576.

¹¹⁸ Puede decirse que, en efecto, al menos en nuestro país, son más numerosos los autores que han sostenido su carácter mixto, objetivo-subjetivo como constatan: GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, *op. cit.*, p. 82. BOLEA BARDON, para quien esta teoría se presenta en Alemania como la doctrina dominante de carácter objetivo-subjetiva, en *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 63.

¹¹⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 317.

¹²⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal...*, *op. cit.*, p. 547. Por otra parte, puede caracterizarse al *partícipe* como el que, sin dominar dicho proceso, contribuye a la realización del hecho.

objetivamente fundamenta el injusto (dolo típico), como elemento subjetivo del dominio¹²¹.

Posponiendo para un momento posterior, la configuración del dominio del hecho propuesta por su principal propulsor, esto es, ROXIN, conviene remontarse brevemente a sus orígenes. Así entre las primeras versiones de esta teoría, adquiere capital importancia la concepción que alumbrara WELZEL del dominio del hecho¹²² por lo que se desarrolla en el siguiente epígrafe.

3.3.1. *Welzel y el dominio final del hecho.*

Hemos comentado en el epígrafe anterior la importancia de la concepción que WELZEL tiene del dominio del hecho y se nos hace imprescindible su estudio para poder esclarecer si sirvió como criterio general para delimitar la autoría. La concepción de WELZEL arranca, según se ha dicho, de la teoría finalista de la acción que también auspició el citado autor¹²³ y de la que interesa ahora destacar la primordial importancia que otorga a la intencionalidad o finalidad de la acción (desvalor de acción) hasta el punto que ésta se incluye, junto con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (desvalor de resultado), como elemento constitutivo del injusto. De ahí que el desvalor de acción ocupe un primer lugar para fundamentar el injusto, de modo que se atiende especialmente al fin que el sujeto asigna al hecho¹²⁴. Sobre dichos presupuestos WELZEL construye su teoría de la autoría, partiendo de distinguir entre delitos dolosos y delitos imprudentes¹²⁵, de forma que, en los primeros, autor del delito “es

¹²¹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 317.

¹²² *Vid.* al respecto HERNÁNDEZ PALSENCIA, *op. cit.* pp. 31 y 32.

¹²³ WELZEL, *Estudios de derecho...op. cit.*, p. 102.

¹²⁴ WELZEL, *Derecho penal alemán, op. cit.*, p. 147.

¹²⁵ *Íbid.*, pp. 143 y ss.

sólo aquel que, mediante la dirección consciente y final del curso causal hacia el resultado típico, es señor sobre la realización del tipo¹²⁶.

En consecuencia, el dominio del hecho en WELZEL, está claramente basado en un concepto personal de el injusto, de modo que, en los delitos dolosos, autor sería el que domina finalmente el hecho, quien dirige el curso causal de forma consciente hacia la meta. Así pues, la configuración del hecho basada en una decisión de la voluntad es la que convierte en autor al sujeto, porque sólo así puede decirse que él domina el hecho¹²⁷.

Sin embargo, para WELZEL el “dominio final del hecho” no es necesariamente el único criterio de la autoría, sino que entiende que, en ocasiones, la autoría también depende de otros requisitos –objetivos y subjetivos-. De ahí que, en los tipos de la Parte Especial donde se prevean dichos requisitos, sólo si se verifican unos y otros, el autor tiene el dominio del hecho en sentido más amplio. Es decir, no sólo un dominio del hecho final, sino también “social”. Así pues, WELZEL evoluciona del requisito del dominio del hecho final al del dominio social del hecho¹²⁸, esto es, al dominio del hecho en su desvalor ético-social completo, para lo que no sólo sería preciso el dominio final sobre el suceso sino que, en su caso, el autor cumpliera con todos los elementos personales, es decir, objetivos y subjetivos. Estos rasgos elementales de la propuesta de WELZEL, son los que, se mantienen a lo largo de su obra¹²⁹.

¹²⁶ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 318.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Esta evolución ya fue constatada por ROXIN, para quien WELZEL “progresar” desde el dominio del hecho final hasta el dominio social del hecho, en ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁹ Aun siendo ello cierto, cabe apuntar, como indica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, alguna diferencia entre la postura inicialmente adoptada por WELZEL y la sostenida en sus posteriores escritos. Al respecto puede advertirse que en su primera obra, WELZEL señalaba que en determinados delitos, junto al dominio final del hecho, era necesario además que se dieran ciertos elementos personales, “... dejó de hablar con carácter general del dominio social del hecho...” en *La autoría en...*, *op. cit.* p. 552.

Por otra parte, en los delitos imprudentes, WELZEL niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, puesto que cualquier causación evitable del resultado –cualquier acción descuidada que contribuya causalmente al resultado–, configura la autoría. En consecuencia respecto de estos delitos se hizo preciso adoptar otro concepto de autor¹³⁰.

A la vista del concepto de autor delimitado por WELZEL quisiera realizar dos consideraciones relativas a las consecuencias que de aquél se han extraído de la doctrina. De un lado, se pensó haber encontrado la fórmula universal con la que diferenciar, en los delitos dolosos, la autoría de la participación¹³¹. De otro, se ha podido decir que su peculiaridad, frente a otros planteamientos, radicaría en que el dominio del hecho opera directamente sobre la teoría de lo injusto¹³². Con respecto a esta última peculiaridad, advertida ya por CERESO cuando destaca que la doctrina de la autoría y la participación pertenece a la teoría del injusto y no al concepto de acción¹³³, baste ahora dejar indicado que remite a un problema más amplio, puesto que la vinculación del concepto de autor al tipo de injusto –al ámbito de lo material y sustantivo–, podría evidenciar que la teoría del dominio del hecho, y muchas de las propuestas relacionadas con ésta, parten de la idea del necesario sometimiento del legislador a ciertas estructuras prejurídicas¹³⁴. Es decir, a determinadas estructuras del ser, haciendo así prevalecer lo fáctico –la teoría de la realidad– sobre lo normativo. A pesar de que este problema afecta a varias propuestas inscritas en la teoría del dominio

¹³⁰ Concretamente, y como es sabido, en los delitos imprudentes, se mantuvo la teoría de la equivalencia de las condiciones, de modo que al considerarse todas las causas de igual importancia, regía un concepto extensivo de autor. Vid. GÓRRIZ ROLLO, op. cit. p. 319, nota a pie de p. nº 357.

¹³¹ RUÍZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982, p. 109.

¹³² Así lo constata, entre otros, HERNÁNDEZ PLASENCIA, quien además considera, frente al criterio de otros autores, que el concepto de autor en WELZEL, no es un criterio de autoría que se concentre en la ontología de la acción para precisar su dominabilidad, ni tampoco un criterio deducido directamente de los tipos penales, sino que el dominio del hecho “... responde a un reflejo de la teoría final de la acción que debe proyectarse sobre las acciones tal y como las configura el legislador en los tipos penales”. *Vid. La autoría mediata...*, op. cit. pp. 31 y 32.

¹³³ CERESO MIR, J., “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 172.

¹³⁴ GÓRRIZ ROYO, op. cit. p. 320.

del hecho, simplemente interesa ahora dejar constancia de que la conclusión a la que parecen llegar, quienes vinculan el concepto de autor delimitado desde la idea del dominio del hecho a una determinada concepción del injusto, es que dicho concepto constituye un criterio general. De ahí podría derivar la creencia de que el dominio del hecho es una fórmula universal que resuelve todos los problemas de la autoría¹³⁵.

Sin embargo cabe, al menos, poner en duda la validez universal de aquella concepción del autor, incluso para los delitos dolosos pues fue mejorada posteriormente por los propios seguidores de WELZEL. Lo que parece claro, habida cuenta de la distinción que se realiza entre autoría dolosa y autoría imprudente, es que, como indica ROXIN, en la propuesta de WELZEL “no existe un concepto común de autor”¹³⁶. Por esta razón, en los delitos imprudentes se debe acudir a un concepto extensivo de autor en coherencia con el principio de autoría unitaria¹³⁷. A la concepción extensiva de autor propugnada por el finalismo para los delitos imprudentes reprochó RODRÍGUEZ MOURULLO que implica una concepción causal de la acción, produciéndose así una grave contradicción que comprometía la premisa básica del sistema finalista¹³⁸. Sin ánimo de ahondar en esta ardua polémica y pese a las réplicas de CEREZO a esta crítica¹³⁹, no se llegó a demostrar que, en la propuesta de WELZEL, el concepto de autor de los delitos culposos no fuera extensivo, ni que dejara de basarse en un concepto causal de acción¹⁴⁰.

¹³⁵ *Íbid.*

¹³⁶ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 66.

¹³⁷ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* p.813.

¹³⁹ Según CEREZO, cuando WELZEL niega que exista en el ámbito de los tipos culposos, la diferencia entre autoría y participación, “... está pensando en los delitos culposos de resultado, pues son las más importantes” de modo que los delitos culposos pueden ser también de simple actividad y en ellos “... autor puede serlo sólo el que realiza voluntariamente la acción misma” en “La polémica en torno...”, *op. cit.* p. 171.

¹⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 321.

En nuestro país compartió un planteamiento similar a WELZEL, CÓRDOBA RODA, quien igualmente parte del concepto final de acción para derivar de él la teoría del dominio del hecho¹⁴¹. La delimitación del ámbito de la autoría habría de tener lugar –según dicho autor–, en un plano “óntico, prejurídico” mediante “una averiguación del ámbito del concepto material de autor, derivado directamente de la acción”, si bien habría que circunscribir el ámbito de los que sean realmente autores de entre los que la ley considera como tales¹⁴².

Para concluir con este breve análisis de autores que tempranamente adoptaron la doctrina del dominio del hecho –y sin ánimo de exhaustividad¹⁴³, puede decirse que adoptan enfoques afines a los de los penalistas citados, JESCHECK, en Alemania y, en nuestro país, CEREZO MIR¹⁴⁴, y GIMBERNAT ORDEIG en lo tocante a la autoría mediata¹⁴⁵.

Como se ha podido comprobar ninguna de las propuestas de los autores analizados¹⁴⁶ logra ofrecer un criterio general de dominio del hecho que cumpla con el

¹⁴¹ CÓRDOBA RODA, J., *Notas al Tratado de Derecho penal de Reinhart Mourach*, Barcelona, 1962, p. 310, en el que especifica que a partir del concepto final de acción será perfectamente comprensible que se recurra al criterio del “dominio del acto” para circunscribir la esfera de los autores: “autor es quien ostenta el dominio del acto”.

¹⁴² *Ibid.*, p. 311.

¹⁴³ Para un completo análisis de los autores alemanes, *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, pp. 83 y ss. Así mismo, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice...*, *op. cit.* pp. 128 a 130. Junto a los autores alemanes, comenta los españoles DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal...*, *op. cit.* pp. 553 a 563.

¹⁴⁴ En coherencia con el concepto de dominio del hecho defendido por WELZEL, afirmará CEREZO que “el que tenga dominio del hecho será autor *aunque no realice un elemento del tipo si el Código se inspira en una concepción personal de lo injusto*” en “Autoría y participación...”, *op. cit.* p. 338.

¹⁴⁵ Y ello porque GIMBERNAT acude a la teoría del dominio del hecho para explicar la autoría mediata, si bien no la acoge para definir al autor individual ni para distinguir entre autor y cómplice, *Vid. Autor y cómplice...*, *op. cit.* pp. 135 y 136.

¹⁴⁶ La elección de las posturas de los autores expuestos ha venido motivada por cuanto, como ha podido comprobarse, históricamente aparecen más vinculadas a los primeros desarrollos de la teoría del dominio del hecho. Y además porque a partir de ellos puede observarse que la citada teoría va abandonando paulatinamente el presupuesto ontológico de la acción para adquirir una fisonomía más normativa. Incluso, algunos autores han observado que ya en las concepciones de GALLAS y JESCHECK cabe advertir que al sustrato fáctico originario del concepto finalista de autor se le han añadido tintes normativos que prevalecen sobre la realidad ontológica, lo cual se pone de manifiesto, especialmente, en la autoría mediata. Así HERNÁNDEZ PLASENCIA, *op. cit.* p. 32.

papel de criterio general de la autoría. No faltan, sin embargo, elaboraciones que se hayan aproximado a este objetivo. Una de las propuestas más acabadas a la hora de configurar un criterio general con el que delimitar la autoría en el seno de la teoría del dominio del hecho es la ofrecida por ROXIN.

3.3.2. *El dominio del hecho según Roxin.*

Innecesario resulta detallar la poderosa influencia que la propuesta de este penalista ha ejercido en la teoría de la autoría y la participación por virtud de su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963). De entrada sorprende y merece una valoración positiva que el propio ROXIN reconozca la incorrección del método deductivo para la configuración de los conceptos. En concreto destaca lo improcedente que resulta imponer un concepto de autor para todas las manifestaciones del delito, tales como hechos dolosos e imprudentes, delitos de comisión y omisión y para los tipos concretos, de índole absolutamente diversa¹⁴⁷. De ahí que declare su propósito de investigar aquellos fenómenos teniendo en consideración la índole de las distintas materias objeto de regulación. Mas no renuncia, el citado autor, a investigarlos con arreglo a puntos de vista metodológicos unitarios¹⁴⁸.

La forma de proceder que ROXIN declara seguir para investigar dichos fenómenos, guarda lógica coherencia con los presupuestos metodológicos que adopta y a los que conviene aludir brevemente. Dicho autor, se decanta por adoptar una metodología en la que se conjugan aspectos del método “captador de la esencia y el sentido”. En correspondencia con aquel primer método, entiende que el legislador, el juez o el operador jurídico no otorgan el contenido de sentido a la regulación jurídica,

¹⁴⁷ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 326.

¹⁴⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho...*, *op. cit.* p. 22.

sino que dicho sentido es algo previo dado a través de estructuras de desarrollo ontológicas, éticas y, en sentido amplio, sociales. No obstante, considera que –en atención al método– debe ser el legislador el que, conforme a determinados criterios valorativos, determine cuál de las diferenciaciones previas que le vienen dadas, va a convertirse en base de su regulación¹⁴⁹. Parece ser que, en lugar de decantarse, unilateralmente, por uno de estos métodos, opta por una vía intermedia que le lleva a concebir la teoría de la autoría mediata a partir de criterios valorativos determinantes, es decir –a su modo de ver–, diferenciaciones previamente dadas, que orienten la regulación legal¹⁵⁰.

Pues bien, estas premisas metodológicas –sucintamente descritas–, son las que llevan a ROXIN a adoptar, como presupuestos de partida, dos criterios rectores para desarrollar su idea de dominio del hecho: 1) en primer término, la consideración del autor como figura central del delito; 2) la delimitación del dominio del hecho como un concepto abierto.

Con respecto a la “figura central” del suceso con apariencia o forma de acción¹⁵¹, se trata de un principio orientador para determinar el concepto de autor y por tanto, no

¹⁴⁹ ROXIN destaca la importancia de tratar de compaginar ambos métodos habida cuenta de lo incorrecto que resulta intentar vincular al legislador a determinados datos previos, sin que los representantes de las diversas direcciones metodológicas hayan reparado en dicha incorrección. Se remite a LASK para recordar las dificultades con las que dicho autor se enfrentó para hacer prevalecer la “idea básica copernicana” según la cual, los significados no residen en las cosas, sino que son impresiones en éstas por el hombre y para destacar la influencia de la formación precientífica de conceptos en el ámbito jurídico. Para hacer valer su opinión, el citado autor se enfrentó a numerosas dificultades con las que también tropezó RADBRUCH, otro representante de la filosofía de los valores sudoccidental alemana preocupado por negar que de los datos ontológicos puedan derivarse proposiciones del deber ser. Por otra parte, tampoco los representantes de la corriente según la cual la formación jurídica de concepto sólo debe reproducir datos ontológicos con sentido (WELZEL y sus discípulos), pudieron negar la influencia de la valoración del legislador. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 38 – 40.

¹⁵⁰ Según ROXIN esta opción pone de manifiesto que el recurso a la incorrecta metodología causal y también al empleo unilateral y acrítico de criterios como el bien jurídico, lenguaje común, merecimiento de pena, peligrosidad, estructura final, etc..., no es vinculante y sí arbitrario, por cuanto no se indica por qué y en qué medida se basa en ellos la regulación legal. *Vid.*, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 41.

¹⁵¹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 327. La citada autora en su nota a pie de pág. n° 392, prefiere traducir en alemán como “der Täter als Zentralgestalt des handlungsmäßigen Geschehens”, para poner de

es una descripción del contenido de la autoría. Más bien, ROXIN ofrece un punto de partida metodológico¹⁵², en coherencia con la síntesis que trata de realizar entre las consideraciones ontológicas y teleológicas que previamente ha analizado. A la vista del concepto de “figura central”, es un lugar común en la doctrina destacar que ROXIN no admite que el dominio del hecho sea una fórmula universal para definir la autoría¹⁵³ en toda clase de delitos sino tan sólo en alguno de ellos, atendiendo a las peculiaridades de cada tipo penal.

El criterio de la “figura central” debe caracterizar, por un lado, el baremo prejurídico de diferenciación y, por otro, el punto de vista legal valorativo decisivo para delimitar al autor¹⁵⁴. En este sentido, constituye un criterio formal de modo que, puede decirse, que, en su punto de partida, la concepción de ROXIN se aproxima a las teorías objetivo-formales¹⁵⁵. Lo cierto es que esta apreciación no va desencaminada, habida cuenta que el citado autor parte de que el legislador describe al autor por medio del concepto de “ejecutar”. Sin embargo, al propio tiempo, el citado autor entiende que el concepto de “figura central” es un recurso a una idea plástica inserta en la conciencia común, cual es, que todas las formas de autoría (autor, coautor y autor mediato) son las figuras principales del suceso. Dicha figura refleja una diferenciación prejurídica y

manifiesto las dificultades de traducción que comporta. Como ya advirtiera DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, la última parte de esta frase (des handlungsmäßigen Geschehens) es de difícil traducción al castellano, por lo que, generalmente, se evita traducirla de modo literal. Así, el citado autor propone entenderla como *el proceso de actuación* o “... algo así como el acontecer relativo a la acción, el suceso actuativo, el acontecimiento o acontecer propio de la acción”, en *La autoría...*, *op. cit.* p. 585 y nota nº 161. Por su parte CUELLO CONTRERAS, J/SERRANO GÓMEZ DE MURILLO, proponen hablar del “acontecer en forma de acción”, *op. cit.* p. 44. Sin embargo al modo de ver de GÓRRIZ ROYO puede emplearse indistintamente cualquiera de estas traducciones, así como la que emplea ella en el texto, dado que, en mayor o menor medida, todas se aproximan al sentido que, según entiende la autora, quiso otorgarle ROXIN, y, que agrandes rasgos, vendría a incidir en la idea de que sólo puede ser autor y dominador del hecho, la figura central y clave de los sucesos con forma de acción.

¹⁵² ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 42.

¹⁵³ Así entre otros autores en nuestra doctrina RUÍZ ANTÓN, *op. cit.* p. 112. PÉREZ ALONSO, *op. cit.* p. 182. OLMEDO CARDENETE, M., “Artículos 27, 28 y 29”, en *Comentarios al Código penal* (Dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo III (artículos 24 a 94), Edersa, Madrid, 1999.

¹⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.* p. 585.

¹⁵⁵ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p. 328.

quedarían al margen de ella el inductor y el cómplice¹⁵⁶. No obstante, en la delimitación del concepto de figura central que inicialmente realiza ROXIN no indica cuáles son los criterios materiales con los que ha de colmarse¹⁵⁷, pues a ellos hace referencia, posteriormente, a través de las características del dominio del hecho, de la infracción de deber esencial o de la actuación de propia mano, en atención al delito de que se trate¹⁵⁸.

Sin embargo, la “figura central” no es el único criterio rector adoptado por ROXIN para explicar, conforme a la idea de dominio del hecho, la autoría y las formas fundamentales en que ésta se manifiesta. En efecto, –como se ha indicado–, dicho autor parte de la configuración del dominio del hecho como un concepto abierto¹⁵⁹. En propiedad, se trataría de una descripción que se contrapondría a la posibilidad de considerar al dominio del hecho como una definición exacta, fija o un concepto indeterminado. Entendido el dominio del hecho como una descripción, frente a cualquier concepto ofrece –a juicio del citado autor– la ventaja de poder adaptarse a los casos concretos cambiantes y, por tanto, a los nuevos casos que se puedan presentar en el futuro. Y ello porque la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, no está definitivamente concluida sino que constituye un común centro de sentido que habrá de detallarse. De esta forma, ROXIN se ratifica en su oposición a un concepto fijo o fijado de autor que configurara al dominio del hecho como una definición conceptual exacta en sentido técnico¹⁶⁰. Se trataría, por el contrario –y

¹⁵⁶ En efecto, el inductor y el cómplice, se situarán en las orillas del suceso en el que el autor sería la “figura central”. La “esencia” previa de la participación –si tal cosa puede admitirse–, consistiría en que el partícipe se apoya en la figura central del autor, lo que se expresa jurídico-penalmente, en la accesoriadad. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 45. Se hace así evidente que, en la concepción de ROXIN, la participación sería “un concepto secundario” en tanto implica “cooperación sin dominio del hecho”. En este sentido *Vid.* OLMEDO CARDENETE, *op. cit.* p. 185.

¹⁵⁷ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 46.

¹⁵⁸ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 329.

¹⁵⁹ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 145.

¹⁶⁰ Según ROXIN, un concepto es fijo cuando “... desde la perspectiva de la definición puede explicarse a partir de determinados elementos individuales, que se pueden comprender mediante un acto de

abundando en lo dicho-, de una descripción que presenta la ventaja de poder ajustarse a los datos materiales de la constelación de casos concretos que pueden plantearse en la realidad¹⁶¹. Bajo este entendimiento cobra sentido hablar de dominio del hecho como un concepto “abierto”. Configurado así el dominio del hecho, ROXIN justifica que haya sido imposible, a los diversos defensores de esta teoría, definir dicho concepto de forma acabada, de modo que el fracaso en este sentido no significaría –según el citado autor– que el concepto de autor defendido fuera inútil¹⁶². Esta crítica velada de ROXIN a las teorías que, con anterioridad a la por él propuesta, trataron de ofrecer un concepto de dominio del hecho, encubre dos ideas de gran interés para este trabajo: la primera de ellas es que dicho autor no sólo considera erróneo delimitar un concepto “acabado”¹⁶³ de dominio del hecho sino también un concepto indeterminado que constituyera una cláusula general o simple “imagen”¹⁶⁴, en segundo lugar, reconoce el fracaso de las

subsunción objetivamente verificable y con la ayuda de los cuales puede resolverse sin más cualquier caso concreto a través de un procedimiento deductivo”. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 141.

¹⁶¹ ROXIN, rechaza configurar un concepto de dominio del hecho fijado o definición conceptual exacta, que implicaría fijar el contenido de concepto, indicando el *genus proximum* (el concepto genérico superior) y la *differentia specifica* (la diferencia caracterizadora de la especie). Según ROXIN la abstracción de los elementos que aparecen en las diversas manifestaciones de la vida, conlleva, en la determinación de la autoría, diversos inconvenientes como el riesgo del alejamiento de la realidad y el vaciamiento de sentido toda vez que conduce a la jurisprudencia de conceptos. *Vid.*, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 145.

¹⁶² En opinión de ROXIN el que haya sido imposible definir un concepto de autor conforme al dominio del hecho por las sucesivas teorías que lo han intentado es, más bien, “... expresión de una legalidad objetiva más profunda”. Frente a ello recomienda centrar el debate doctrinal de dichas teorías, en los problemas que plantean los casos concretos. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 146. Parece, por tanto, que ROXIN achaca el fracaso de las anteriores teorías en la búsqueda de un concepto general de dominio del hecho, en el erróneo enfoque adoptado, al centrarse éstas en la búsqueda de un concepto cerrado, desatendiendo los problemas prácticos en cada caso.

¹⁶³ El rechazo a este concepto por parte de ROXIN trae causa en la acertada constatación de que son inalcanzables los fines establecidos por la metodología jurídica que arrogaba a las teorías objetivas (hasta la aparición de la tesis del dominio del hecho) la búsqueda de una fórmula de delimitación conceptual y que, además de definir con exactitud y de forma precisa, fuera aplicable directamente a cada caso concreto. Esta concepción, a su vez, arrancaba, entre otras ideas, de la creencia procedente del positivismo jurídico, según la cual, se podía asimilar la formación de conceptos procedentes de las ciencias del espíritu, al de las ciencias naturales exactas. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...* *op. cit.* pp. 140 y 141.

¹⁶⁴ Se puede entender que ROXIN también renuncia a la posibilidad de construir el concepto del dominio del hecho sobre la base de “... elementos determinables y decidir la cuestión de quien tiene el dominio del hecho, en cada caso, en función de una visión global de todas las circunstancias del concreto supuesto de hecho”. *Vid.*, ROXIN, *Autoría y dominio...* *op. cit.* p. 130. Como resume PÉREZ ALONSO, el rechazo de aquel autor alemán a los conceptos indeterminados y vagos se debe a que éstos favorecen la inseguridad jurídica, no dan respuesta a preguntas concretas, por su ambigüedad, no establecen pautas de resolución para los casos difíciles y finalmente, mediante una fórmula global, se equipara la tipicidad y la ejemplaridad de situaciones vitales. En ello cree encontrar PÉREZ ALONSO, un planteamiento similar al que en nuestro país defendió ya GROIZARD, *Vid.*, *La coautoría...*, *op. cit.* p. 182.

teorías que precedieron a su propuesta, precisamente, porque se fijaron aquél erróneo objetivo¹⁶⁵.

Sentados los rasgos de la idea del dominio del hecho y puesto que, entre ellos, incluye el rechazo a un concepto fijado, cerrado y ajeno a las peculiaridades de los casos concretos, ROXIN atribuye a dicha idea un papel bastante más modesto del que, hasta entonces, le habían asignado el resto de defensores de esta doctrina. En efecto, considera que el dominio del hecho no sería una característica general de la autoría sino un criterio delimitador de la misma sólo en determinados delitos dolosos de comisión¹⁶⁶. Concretamente, como es por todos conocido, ROXIN diferencia, de un lado, los llamados delitos de dominio y, de otro lado, los delitos consistentes en la infracción de un deber¹⁶⁷, e, incluso, los delitos de propia mano. Dentro de este último grupo, destaca los delitos de autor jurídico-penal¹⁶⁸. En estas dos últimas clases de delitos –de infracción de deber y propia mano–, el dominio del hecho no fundamentaría la autoría, sino que para admitirla bastaría, respectivamente, la lesión del deber extralegal específico contemplado en el tipo penal y la ejecución de propia mano¹⁶⁹. Sin embargo, el criterio del dominio del hecho sí jugaría un papel determinante para

¹⁶⁵ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 331.

¹⁶⁶ En efecto, según ROXIN, la teoría del dominio del hecho contiene, por lo que respecta a los delitos dolosos de comisión, los rasgos determinantes de un concepto general de autor. Pero el *alcance del concepto de dominio del hecho* ha de establecerse a la vista de los tipos concretos, de modo que puede ser adecuado para delimitar las formas de intervención atendiendo a dos parámetros: primero, sólo puede caracterizar la figura central allí donde la conducta considerada punible por el legislador sea *dominable*; segundo, no cabe recurrir al concepto del dominio, en casos en que el legislador delimite a la persona del autor, mediante particulares elementos. *Vid.*, ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 352.

¹⁶⁷ Según ROXIN en el caso de estos delitos, el criterio determinante para la autoría es una infracción de deber, tratándose éste de un deber extrapenal que no se extiende necesariamente a todos los implicados en el delito, pero que se precisa para la realización del tipo. En estos delitos –según el citado autor– el obligado sobresale entre el resto de cooperadores por una especial relación con el contenido de injusto del hecho toda vez que el legislador lo considera la figura central del suceso con forma de acción. Es decir, lo considera autor, justamente a raíz de aquélla obligación. Por ello mismo, en estos delitos no desarrolla ninguna función relevante el dominio del hecho a la hora de fundamentar la autoría. *Vid.*, ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 360 y 370.

¹⁶⁸ Por tales entiende ROXIN aquellos delitos en los que no se castiga determinada “acción” sino una “actitud” personal o una determinada forma de vida o clase de personalidad que podría calificarse de “asocial”. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 427 a 430.

¹⁶⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 332.

fundamentar la autoría en los llamados delitos de dominio, incluidos en los delitos dolosos de comisión. De ahí que resulte de mayor importancia, en lo que ROXIN entiende en éstos últimos delitos, que el dominio puede presentarse de tres formas, en función de las diferentes clases de autoría: así, en la autoría individual e inmediata, se verificaría el dominio de la acción; en la autoría mediata, habría dominio de la voluntad y en la coautoría existiría dominio funcional¹⁷⁰.

En cuanto al dominio del hecho como dominio de la acción sería el elemento característico de la autoría directa e inmediata, en la mayoría de los delitos dolosos de acción, porque es inherente a estos casos la libre realización, de modo que quien "... realiza de propia mano todos los elementos del tipo, es autor". Ésta sería, por tanto, la expresión más evidente de la figura central, dado que el que realiza de propia mano todos los elementos típicos, tiene, en todos los casos imaginables, el dominio del hecho¹⁷¹. Así pues, en los delitos de autoría única e inmediata ROXIN asume la premisa básica de las teorías objetivo-formales¹⁷², por cuanto, según dicho autor, el que ejecuta por completo, libremente y de propia mano es la figura central dominante¹⁷³.

Por otra parte, en la autoría mediata, ROXIN concibe el dominio del hecho como dominio de la voluntad. Las formas de autoría mediata por dicho autor serían

¹⁷⁰ *Íbid.*

¹⁷¹ En estos casos ROXIN, parte de la premisa de que es autor quien realiza todo el tipo de propia mano y actúa sin estar coaccionado y sin depender de otro más allá de lo socialmente normal, en *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 152. Sin embargo, téngase en cuenta que ROXIN, al margen de los casos de *vis absoluta*, considera que en los supuestos en que el sujeto obra impulsado por violencia o intimidación no afectan al dominio sobre el suceso. Así por ejemplo, en opinión de ROXIN, en los que casos en que alguien, para salvar de la muerte a su hijo, secuestrado por unos gansters, comete un asesinato por orden de los secuestradores, no puede negarse el pleno dominio del hecho al individuo. Así *Vid. Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁷² En ello reside, según el citado autor, el contenido más verdadero de la teoría objetivo-formal. Y en esta idea radica, además, una ventaja especial, puesto que al ser las descripciones de los hechos que realiza el legislador, todo lo exactas posible, de modo que caracterizan al autor individual, el legislador, ahorra buena parte del trabajo a realizar en este sentido. *Vid., Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 152.

¹⁷³ Y ello con independencia de que el que actúa de propia mano no sea el principal responsable en sentido moral o criminológico, pues –según ROXIN– aún en los casos en que ha sido instigado y ha ocasionado la comisión de un delito, el que ejecuta libremente es la figura central. *Vid., ROXIN, Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 151 y 152.

cuatro: mediante coacción¹⁷⁴, a través del empleo de jóvenes o inimputables¹⁷⁵, mediante la utilización de aparatos de poder organizados –o “dominio por organización”-¹⁷⁶ y por error¹⁷⁷. Asimismo, cada una de las citadas formas de autoría mediata es fundamentada, respectivamente, por ROXIN, en diversos principios rectores¹⁷⁸.

En último lugar, la coautoría se caracteriza por el dominio funcional del hecho, concepto que alude a la intervención de varios sujetos en la realización del hecho según el criterio de la división de “trabajo” o de “funciones”¹⁷⁹. Así pues, esta clase de dominio supone, al igual que el resto, un dominio del suceso global pero en cooperación con los demás. Es decir, cada coautor no ostenta individualmente dicho dominio –como autor mediato o inmediato-, ni de modo parcial, sino que el dominio completo reside en las manos de varios¹⁸⁰. El dominio funcional del hecho se constituye –según ROXIN-, por tres elementos típicos: esencialidad de la contribución¹⁸¹, acuerdo de voluntades de los intervinientes respecto a la ejecución del hecho¹⁸², e intervención en la fase ejecutiva¹⁸³.

¹⁷⁴ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 155 y ss.

¹⁷⁵ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 259 y ss.

¹⁷⁶ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 269 y ss.

¹⁷⁷ El citado autor distingue varios niveles de dominio, dependiendo de la clase de error: error excluyente del dolo, la culpabilidad o con imprudencia inconsciente. *Vid.*, ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, pp. 195 y ss. 203 y ss.; error del que actúa sin consciencia de la antijuricidad, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; error sobre el sentido concreto de la conducta, *op. cit.*, pp. 230 y ss.

¹⁷⁸ Según el orden de clases de autoría mediata citado, los principios serían: principio de responsabilidad –en caso de coacciones-; el criterio de la forma de intervención del sujeto de detrás en relación con la clase de incapacidad del sujeto e delante; el carácter fungible del instrumento fundamenta el dominio en los casos de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder; por último, en casos de error, el dominio de la voluntad se fundamenta en la dirección final del curso causal. *Vid.*, ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

¹⁷⁹ *Vid.*, al respecto destacando la importancia del “dominio funcional del hecho” en la moderna teoría de la autoría y la participación, GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho en la autoría...”, *op. cit.*, pp. 109 a 113.

¹⁸⁰ En consecuencia, según ROXIN, todos ellos han de actuar conjuntamente, teniendo de este modo cada uno de ellos en sus manos, el destino del hecho global. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 309.

¹⁸¹ Dicha esencialidad implicaría, a grandes rasgos, que la contribución del coautor sea necesaria para la realización del delito, de modo que su no presencia pudiera frustrar la ejecución. *Vid.* ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 310 y ss.

¹⁸² Se trata de un requisito subjetivo que se fundamenta en la dependencia recíproca que, según ROXIN, caracteriza la coautoría. De modo que, los coautores son interdependientes y, por tanto, necesariamente tienen que ponerse de acuerdo, para obrar de manera conjunta. Así, si la aportación al hecho de un

3.3.3. *Valoración crítica y propuestas discrepantes.*

La formulación de la teoría del dominio del hecho realizada por ROXIN ha suscitado, junto a la adhesión de muchos, algunas críticas que, en los últimos tiempos se han abierto paso entre la doctrina penal, aunque no todas esas objeciones pueden recogerse en el presente trabajo por lo que, sólo se reparará en aquellas que aporten criterios válidos para dilucidar si la propuesta del citado autor o sus ulteriores desarrollos, ofrecen un concepto de dominio del hecho válido para configurar un concepto general de autor, siquiera sea en los delitos dolosos de comisión.

En primer término, la doctrina no ha pasado por alto la artificiosidad de la construcción de la figura rectora, pues aun cuando se pueda estar de acuerdo en que, en el plano prejurídico, existe la imagen en la conciencia colectiva de que el autor está en el centro del suceso y los partícipes en sus márgenes, parece lógico pensar que de ello no pueden extraerse consecuencias para concretar el concepto de autor, sino que para obtener éstas hay que acudir a las valoraciones legales. A este reparo, apuntado inicialmente por STEIN, añade este mismo autor que, desde el punto de vista normativo, la propuesta de ROXIN no ofrece una descripción con la que introducir el concepto de autor en la escena valorativa del sistema del delito, sino que, sencillamente evidencia que las formas de intervención han de determinarse en relación con el tipo¹⁸⁴. STEIN plantea como problema claramente derivado de la concepción de la “figura

interviniente contribuye al resultado sin estar aquél de acuerdo con el resto, no puede considerarse como coautor. *Vid. ROXIN, Autoría y dominio..., op. cit.* pp. 316 y ss.

¹⁸³ Este elemento se deduciría en atención al criterio de la figura central y de la propia estructura del dominio del hecho. Asimismo, ROXIN destaca la importancia de negar, desde el concepto del dominio del hecho, la coautoría del que realiza un mero acto preparatorio. Y ello porque el dominio sobre la preparación no puede fundamentar ningún dominio del hecho. *Vid. Autoría y dominio..., op. cit.* pp. 331 a 334. Para delimitar la ejecución y los actos preparatorios, ROXIN se hace eco de la distinción entre éstos y la tentativa en *op. cit.* pp. 334 a 336.

¹⁸⁴ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 337, nota a pie de p. n° 434.

central” que, pese a carecer prácticamente de contenido y ser “rellenada” con aspectos valorativos de aquella figura, ROXIN extrae consecuencias muy precisas¹⁸⁵. No obstante, ello parece contradecirse –según el citado autor- con la propuesta de una figura de marcado contenido prejurídico, pues a lo sumo la misma revela una cierta “importancia” de la conducta de uno de los intervinientes, si bien ni siquiera entendida como principio rector, proporciona un contenido normativo inteligible¹⁸⁶. Aunque sin ir tan lejos como STEIN también puede considerarse crítica la opinión de DÍAZ Y GRACÍA CONLLEDO, según la cual, la imagen de figura central tiene una relativa significación, siempre que se dé un contenido normativo mayor que el que le otorga ROXIN¹⁸⁷. En efecto, la “figura central” proporciona escasos datos a la hora de delimitar al autor, pues a la postre debe ser colmada con criterios materiales (dominio del hecho, infracción de deberes especiales, realización de propia mano) que son, en definitiva, los aspectos valorativos susceptibles de relacionarse con los tipos concretos. En este sentido, según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, habría que descartar incluso que la figura central sirviera como punto de partida metodológico muy general que hay que concretar, pues resulta más correcto atender a la ley, como presupuesto, a partir del cual dilucidar qué modelo de autor se configura, es decir, si uno unitario o uno restrictivo y, cuando ello no esté claro, cuál es el más conveniente¹⁸⁸.

¹⁸⁵ Entre otras conclusiones extraídas de esta figura central, STEIN alude, por ejemplo, al rechazo de ROXIN a todos los conceptos de autor que no tengan, un carácter primario restrictivo o la búsqueda de criterios para delimitar la autoría en los tres grupos de delitos que ROXIN propone. *Vid.* GÓRRIZ ROYO, E., *op. cit.* p. 337.

¹⁸⁶ Y, por tanto –para el citado autor-, no sería posible extraer de dicho principio rector, ninguna consecuencia racional. Frente a estas objeciones ROXIN, ha contestado, en diversas ediciones de su obra –por ejemplo en la 7ª (*op. cit.* pp. 647 y 648-), indicando su desacuerdo con la postura de STEIN. Y ello por cuanto para ROXIN, la fundamentación normativa que aquel otro autor echa en falta en la figura central y en los criterios materiales que la completarían, reside –según ROXIN- en la teoría del tipo: “Autor es el que actúa típicamente, aquel al que puede imputársele la realización del tipo como su obra, bien sea por sí solo o con otros”. “Frente a ello los partícipes se caracterizarían por realizar un ataque accesorio al bien jurídico pero sin ejecutar el tipo”. En definitiva, considera ROXIN que la fundamentación normativa (de política jurídica y constitucional) de la distinción entre autor y partícipe, reside precisamente en el Derecho penal del hecho, del tipo, como consecuencia derivada del principio *nullum crimen sine lege*.

¹⁸⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 591.

¹⁸⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 589. El autor sostiene que una vez delimitado que la ley sigue un concepto restrictivo de autor, “... desde esta premisa, que debe ser el

Esta objeción da idea de la dirección del principal reparo que se plantea a la propuesta de ROXIN y que remite a la desvinculación que se produce entre el criterio del dominio del hecho y la regulación legal y, por ende, de la realización típica. Esta escisión hace necesario proceder por dos caminos, igualmente criticables: o bien se conecta la idea del dominio del hecho, y por ende el concepto de autor, a nociones prejurídicas o valoraciones sociales; o bien, se amplía el sentido de los tipos hasta llegar a considerar autor incluso a quien no realiza ningún elemento del mismo, bastando el que se tenga el dominio del hecho. Ciertamente, estas consecuencias pueden ser ventajosas a la hora de fundamentar formas de autoría –como por ejemplo la autoría mediata–, de modo que justifican que el verdadero autor sea el hombre de atrás y no quien materialmente realiza el tipo. Sin embargo, la búsqueda de una solución de justicia material a estos supuestos –incidentales con relación a la autoría directa–, no justifica la configuración de soluciones semejantes en el resto de forma de autoría. Y ello porque, llevado hasta sus últimas consecuencias, el dominio del hecho puede incluso comportar interpretaciones, no sólo más amplias y “relajadas” que lo permitido por el tenor literal de los preceptos, sino incluso contrarias al mismo, en relación, por ejemplo, con la coautoría¹⁸⁹ o en la delimitación de esta forma de autoría respecto a la complicidad.

eje central, la idea rectora, el principio general que guíe la búsqueda de criterios diferenciadores de la autoría y la participación, ya quizá si podremos afirmar que autor es la figura central de la descripción típica...”.

¹⁸⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 338. La autora dice que para justificar cierta “relajación” de las previsiones típicas, ROXIN apela a argumentos que, a su juicio, requieren de alguna matización. Así, ROXIN llega a afirmar que “el ámbito de la realización y por ende, el ámbito de la posible coautoría ha de extenderse, pues, más allá de la realización formal del tipo, a todas las formas de conducta que junto a ella aparecen como partes del mismo complejo de acción inseparable. Cuando se dan estos requisitos en concreto no puede establecerse mediante una fórmula susceptible de medida científico-natural. Lo cual no supone una carencia, sino que reside en la naturaleza de las figuras de sentido jurídicas que se resisten a la cuantificación toda vez que sus fronteras son cambiantes. Allí donde el Derecho trabaja con números y medidas exactas, como al fijar el límite de la mayoría de edad o la edad hasta la que alcanza la tutela penal ante los abusos sexuales, *siempre incurre, desde la perspectiva de la justicia material, en cesuras arbitrarias cuya necesidad únicamente se deriva del mandato de seguridad jurídica (cursiva añadida)*”. Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, *op. cit.* p. 303. GÓRRIZ ROYO considera que, dado que el punto de vista de justicia material no es el determinante en la determinación del sentido de los tipos, en modo

3.4. Propuestas doctrinales desarrolladas a partir de la teoría del dominio del hecho.

La obra de ROXIN ha tenido una repercusión trascendental en la doctrina y, en tiempos recientes, ha dominado la problemática de la autoría y, en general, de la intervención criminal, siendo múltiples las propuestas encaminadas a su desarrollo. De las mismas, interesa analizar de forma breve, las realizadas en el seno de la doctrina española de la mano, respectivamente, de MIR PUIG, LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO¹⁹⁰. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que ha sido en Alemania, principalmente, donde la obra de ROXIN ha tenido mayor predicamento dado que, como se ha reiterado, adopta como premisa la regulación penal de aquél país. Por esta misma razón sería prácticamente imposible analizar la multitud de propuestas vinculadas a la teoría del dominio del hecho allí desarrolladas.

Sin embargo, sí interesa poner de manifiesto que la postura de ROXIN ha sido el punto de partida de una dirección firmemente encaminada hacia la normativización del dominio del hecho¹⁹¹, habida cuenta que el citado autor parte del abandono de la concepción ontológica de autor, auspiciada desde el finalismo, para proponer una

alguno puede calificarse de “cesuras arbitrarias” determinadas nada más –pero tampoco menos– que por el mandato de seguridad jurídica.

¹⁹⁰ Con respecto a los autores que, antes de la entrada del Código penal de 1995, acogieron la propuesta del dominio del hecho de ROXIN, *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal...*, *op. cit.* pp. 561 y ss. También CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría...”, *op. cit.* p. 288 y nota a pie de página nº 31. Ambos citan a otros autores, CÓRDOBA RODA, BACIGALUPO, CERZO MIR, GÓMEZ BENÍTEZ, MUÑOZ CONDE Y JAÉN VALLEJO. Con posterioridad al Código penal de 1995, puede decirse que suscriben dicha teoría –aunque con matices de unos autores a otros–: MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 203 y 204; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 448 y 449. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 360 a 362 y 364. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.* pp. 62 a 66. BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALARÉE, H., *Nuevo Sistema de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 117 y 118. ARROYO ZAPATERO et al., (dirs.) en *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 152 y 153.

¹⁹¹ Así lo constata también, entre otros autores, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.* p.110.

concepción a caballo entre las teorías objetivo-material y objetivo-formal, como ha tenido ocasión de analizarse. Concretamente, ha sido JAKOBS el que, en tiempos actuales, ha patrocinado la tendencia a considerar el dominio del hecho como un concepto normativo, de modo que se hace necesario tomar en cuenta su propuesta, cosa que se hará en los siguientes apartados.

3.4.1. *La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho de LUZÓN PEÑA y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO.*

Con el declarado propósito de abordar la delimitación de la autoría en los delitos de resultado, LUZÓN PEÑA desarrolla una teoría que, principalmente, se caracteriza por ocuparse de delimitar la autoría en los delitos de resultado imprudentes, si bien también es extensible –con matices–, a los delitos dolosos¹⁹². Dicho autor parte de considerar inadecuada una concepción unitaria de los intervinientes en un delito imprudente tal y como sostiene un sector mayoritario de la doctrina alemana en atención a la regulación jurídico-penal de aquél país¹⁹³. Por esta razón, trata de ofrecer un criterio de dominio del hecho que permita diferenciar entre autor y partícipe en los delitos imprudentes y que sea igualmente válido para delimitar la autoría y participación en los delitos dolosos. Puede decirse que LUZÓN PEÑA, en última instancia, se caracteriza porque lo que pretende es ofrecer un criterio unitario o

¹⁹² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en...*, *op. cit.* p. 625.

¹⁹³ En opinión del citado autor, la difundida admisión, entre la doctrina alemana dominante, de la idea según la cual, en los delitos imprudentes, será autor cualquier interviniente aunque sólo sea mero favorecedor del acontecimiento, representa una *situación de retraso y estancamiento* de la teoría del delito imprudente en el ámbito de la codelincuencia. *Vid.* “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría” en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, Curso 1998-1999, número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. D. Luis García San Miguel, vol. VIII, Alcalá de Henares, 2000, p. 890. *Vid.* asimismo LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, quienes explicitan que la concepción mayoritaria del dominio del hecho que entiende que éste, además de elementos objetivos, posee un componente subjetivo, es la razón principal por la que el dominio del hecho se considera inaplicable a los delitos imprudentes. De ahí que, mayoritariamente, se abogue por un concepto unitario de autor respecto a dichos delitos, en “Determinación objetiva...”, *op. cit.* p. 64.

general para diferenciar la autoría de la participación en los delitos dolosos e imprudentes de resultado, puesto que de lo que se trata es de delimitar la misma base objetiva de la autoría y participación en ambas clases de delitos cuando tengan por consecuencia un resultado¹⁹⁴. No elude, por tanto, una de las mayores dificultades en la que fracasan otras tesis basadas en el dominio del hecho, sino que la afronta decididamente, al analizar una cuestión que ya había tenido respuesta desde las teorías objetivo-formales aunque no en el seno de la teoría del dominio del hecho¹⁹⁵.

La postura de LUZÓN se aparta de la concepción más ortodoxa del dominio del hecho pues, de entrada, cuestiona si realmente el criterio del dominio del hecho requiere componentes subjetivos, tales como la dirección final o la dirección consciente. Es decir, desvincula el criterio del dominio del hecho de la exigencia de un elemento subjetivo, de manera que considera que éste no es necesario para determinar dicho criterio¹⁹⁶. Asimismo, por la mayor connotación subjetiva del término “dominio”, LUZÓN considera preferible hablar de “determinación objetiva, destacando así la base objetiva del dominio del hecho como característica objetiva de la situación y de la conducta que permite apreciar la autoría, y no la simple participación, en el delito imprudente”¹⁹⁷. Así pues, el criterio de la determinación objetiva del hecho propuesto por LUZÓN descansa en “... la posición de control del hecho, con independencia de su

¹⁹⁴ Es decir, en opinión del citado autor se trataría de precisar –pues la teoría objetivo-formal no lo hace–, el concepto de realización del tipo en los delitos puros de resultado. Porque, en ellos, la ley no describe las modalidades de acción de entre las posibles conductas que contribuyen causalmente a la producción del resultado, en “La determinación...”, *op. cit.* p. 892.

¹⁹⁵ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p. 351.

¹⁹⁶ Y ello por cuanto llega a la conclusión de que existe un *dominio objetivo o control objetivo y positivo* (no meramente negativo) del hecho, que concurrirá con independencia de la voluntad del agente si la conducta está objetivamente en condiciones de controlar o determinar el curso del suceso hacia el resultado y efectivamente lo hace. Este núcleo objetivo podrá concurrir también en un comportamiento imprudente, como ya apuntaron MAURACH/GÖSSEL, a quienes LUZÓN apela. Así *Vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales” en *Revista de Derecho de la Circulación* 6/84, p. 278. El mismo autor en “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado” ADPCP, tomo XLII, fascículo II, spt-dic., 1989, pp. 892 y 893.

¹⁹⁷ LUZÓN PEÑA, *Autoría e imputación...*, *op. cit.*, p. 279.

intención, por parte del sujeto, aislada o conjuntamente con otras personas, sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el sí y el cómo de la misma”. La determinación –o control. Objetivo positivo supone que para ser autor importa, más que el mero dominio negativo del hecho, “... que el sujeto está en tales condiciones que si obrara dolosamente, decidiría por su actuación la producción (y el cuándo y el cómo) del resultado”¹⁹⁸.

Según esta concepción, existe una cualidad de la acción o característica fáctica de la autoría en los delitos de resultado que permite hablar de control o dominio cuando se le añade la conciencia y la voluntad. Y ello por cuanto, a LUZÓN PEÑA le resulta evidente que “... por mucho que alguien quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso quiera dominar, controlar o dirigir el acontecimiento, no será autor si realmente no domina o controla el hecho”¹⁹⁹.

Dicha base o sustrato objetivo sería común tanto para los delitos de resultado dolosos como para los delitos imprudentes²⁰⁰. En consecuencia, también el autor de la conducta imprudente realiza un comportamiento que “... consciente o inconsciente, de hecho marca o configura lesivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta, el curso del acontecer típico (el curso causal), fija el sí y el cómo del mismo e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente hacia la producción del resultado”²⁰¹.

¹⁹⁸ LUZÓN PEÑA, “Autoría e imputación objetiva...”, *op. cit.* p. 279.

¹⁹⁹ LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado”, *op. cit.*, p. 895.

²⁰⁰ Así lo advierte ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002, p. 342. Sin embargo, en los delitos dolosos “... ese sustrato pasa a denominarse dominio del hecho cuando al mismo se añade una decisión y dirección consciente y final. Pero igualmente en el delito imprudente la autoría requiere la misma realización objetiva del hecho típico –y no sólo contribución a la misma-, por lo que sólo es autor imprudente aquél cuya conducta determine objetivamente (y positivamente) la producción del resultado”. *Vid.* LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva...”, *op. cit.* p. 894.

²⁰¹ LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva...”, *op. cit.* p. 898.

De acuerdo con esta concepción de la autoría, en los delitos imprudentes cabrían las mismas formas de autoría que en los delitos dolosos de resultado²⁰² pues lo que, en definitiva, se requeriría para afirmar la autoría de los delitos de resultado – dolosos o imprudentes-, sería comprobar tres aspectos:

- a) La determinación objetiva del hecho, del acontecer típico, del curso causal o de la producción del resultado, serviría de sustrato válido tanto para delimitar la autoría en los delitos dolosos como en los imprudentes, dado que en este sustrato no se precisa la concurrencia de un elemento subjetivo. Dicho criterio constituiría la base objetiva de la autoría, esto es, de la auténtica realización del tipo²⁰³ y hallaría su fundamento material –según LUZÓN- en la autonomía o no dependencia de otras acciones o factores para la producción del resultado²⁰⁴, frente a las conductas de favorecimiento que son totalmente dependientes de otras acciones para que se produzca el resultado. Es decir, el dato fáctico que caracterizaría a la autoría sería la mayor independencia que tiene la conducta del autor que la que tiene la conducta de los partícipes²⁰⁵.
- b) A partir de la anterior base objetiva, en los delitos dolosos habría que constatar la concurrencia del llamado elemento subjetivo, mientras que en los delitos imprudentes, habría de concurrir un dominio potencial (positivo)

²⁰² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p. 352.

²⁰³ LUZÓN PEÑA/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Determinación objetiva y positiva...”, *op. cit.* pp. 67 y 68.

²⁰⁴ Es decir: “la conducta que, sola o través de otra, determina objetivamente el curso del acontecer típico, o que, unida a otra, ya lo co-determina objetivamente, no depende de otros factores para provocar o configurar el curso causante de resultado; o, si ha habido una cooperación necesaria, ha dependido parcialmente, pero, si la consigue, la acción determinante ya sería un dato prejurídico que luego el Derecho penal puede tener en cuenta para valorar la conducta como autoría. *Vid.* “La determinación objetiva...”, *op. cit.* p. 907.

²⁰⁵ Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, este dato fáctico que propone LUZÓN habría de conectarse con el fundamento normativo de la autoría restrictiva, en *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 638.

del hecho. Es decir, tendría que producirse una real determinación objetiva del acontecimiento típico, con potencialidad para dirigirlo y dominarlo voluntariamente, en el caso en que concurriera dolo²⁰⁶.

- c) Por último se requiere la determinación positiva del acontecimiento que más que, el mero poder de interrupción o capacidad de impedir el curso del hecho o dominio “negativo” propio de la cooperación necesaria, supone capacidad de dirigir o dominar el acontecimiento hacia el resultado²⁰⁷.

Precisamente en atención a este tercer aspecto considera DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que la propuesta de LUZÓN sólo es compatible con un concepto restrictivo de autor pues el dominio positivo –frente al negativo–, caracteriza a la figura que tiene el máximo dominio del hecho, entre los intervinientes en el mismo²⁰⁸. En opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, su maestro logra ofrecer un criterio material que superaría la mera mención al encaje en el tipo o a la realización directa del injusto, “... conceptos no necesariamente falsos, pero necesitados de concreción”²⁰⁹. No obstante, según este último autor, el criterio de LUZÓN, aun siendo el último paso en la construcción del concepto restrictivo de autor, carecería de una previa fundamentación normativa que es la que dicho autor cree que consigue darle²¹⁰. Al

²⁰⁶ El “dominio potencial del hecho” no se referiría a una mera posibilidad sino a una determinación objetiva y positiva del suceso, realmente puesta en práctica y habida cuenta de que si el agente tuviera dolo, podría convertirse en dominio final del hecho en sentido propio. De ahí, que según LUZÓN, se trata de una fórmula *heurística auxiliar*. Es decir, el dominio potencial sería un criterio auxiliar para precisar la autoría imprudente por cuanto, expresado en la fórmula que este autor propone, “determinación objetivo + dolo= dominio del hecho; determinación objetiva (sin dolo) = dominio potencial del hecho”. Vid. LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva...”, *op. cit.* pp. 897, 899 y 900.

²⁰⁷ LUZÓN PEÑA, “La determinación objetiva...”, *op. cit.* pp. 895 y 896.

²⁰⁸ Es decir, el dominio positivo caracterizaría a quien realmente tiene el sí –no sólo si no– y “... el cómo de la producción del resultado, en los delitos puramente resultativos y, con ello, caracteriza la conducta que la norma primera de los tipos tiene mayor interés en evitar...”. Vid. *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* pp. 631 y 632.

²⁰⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 632.

²¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 632 y nota a pie de pág. nº 338. El autor matiza que “... la falta (o escasez) de lo que yo he llamado fundamentalmente normativa previa en la construcción de mi maestro no se debe a que él olvide inconscientemente este aspecto o no lo considere necesario, sino que no se aborda precisamente por el carácter limitado de los trabajos en que se ha desarrollado, hasta el presente, su criterio”.

mismo tiempo, DÍAZ Y GARCÍA sostiene que, a su entender, el aspecto más dudoso de la construcción de LUZÓN es que se refiera al llamado “dominio potencial” dado que cree que podría inducir a confusión²¹¹. Por todo ello DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO dirige su propuesta, primordialmente a dotar de un fundamento normativo a la autoría de modo que, conforme a una concepción restrictiva de la misma, dicho fundamento se hallaría en el ataque más directo a la prohibición, en la mayor peligrosidad objetiva para la lesión del bien jurídico, o en el mayor interés o perentoriedad (urgencia) en la prohibición, entre otros criterios²¹².

Sobre el núcleo de la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, puede decirse, muy resumidamente, que parte de considerar insuficiente el criterio objetivo-formal según el cual, el autor sería quien realiza los actos ejecutivos o, incluso, quien realiza actos ejecutivos típicos. Adoptando una concepción restrictiva de autor, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO defiende que no todos los que realizan actos ejecutivos se enfrentan de igual modo a la norma contenida en el tipo, por lo que sus conductas no tienen el mismo merecimiento y necesidad de pena. Sólo el infractor más directo de la norma puede ser considerado autor y por tal habrá que entender, de entre todos los que realizan acciones ejecutivas, a quien tenga una responsabilidad autónoma. Frente al partícipe, el autor se caracteriza por ser el sujeto directo de la norma primaria contenida en cada tipo del delito, dado que respecto a éste existe el mayor

²¹¹ Por ello, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, duda sobre el mantenimiento de dicha expresión para caracterizar el criterio auxiliar a que LUZÓN se refiere. De ahí que, dado que el mismo sería una ayuda secundaria práctica, convendría no darle ningún nombre o, al menos, no llamarlo potencial, en *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 637.

²¹² A partir de estas consideraciones entiende DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO que es muy plausible que el legislador se fije “... en el dato fáctico de la mayor independencia (reflejada en el dominio positivo del hecho) a la hora de seleccionar las conductas que más urgentemente quiere prohibir...”. De este modo DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO reinterpreta la propuesta de LUZÓN, proponiendo conectar el fundamento material o dato fáctico delimitado por este autor –mayor independencia de la conducta del autor–, con el fundamento normativo de la autoría restrictiva. *Vid. La autoría en Derecho...*, *op. cit.* p. 638.

merecimiento y necesidad de pena y su responsabilidad debe ser autónoma²¹³. En definitiva, para ser autor -cumpliendo el resto de requisitos típicos-, no basta, la realización de cualquier acción típica sino que hay que realizar, cuando el tipo describa más de una, "... la acción típica nuclear, aquélla en que descansa el centro de gravedad del injusto del hecho"²¹⁴. Basándose en toda la argumentación que realiza en su obra, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, ofrece finalmente un concepto de autor entendiendo por tal "... quien, reuniendo los elementos personales o especiales de la autoría exigidos por algunos tipos, y cumpliendo el resto de los elementos del tipo, solo e inmediatamente (autor inmediato individual, concurren o no otros intervinientes), a través de otro al que utiliza como instrumento (autor mediato), o mediante la actuación conjunta de otros (coautor), domina el hecho, es decir, determina objetiva y positivamente el curso del suceso"²¹⁵.

En la línea de estos autores, pero centrándose en el estudio específico de la autoría en los delitos imprudentes, la propuesta de ROSO CAÑADILLAS parte de considerar autor a aquél que determine el hecho, lo que implica, "... en los delitos en que el legislador describe las acciones típicas, que lo será el que las lleve a cabo, sin distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares; sin embargo, en los tipos de resultado será autor aquél que determine el hecho y por tanto realice la única acción típica nuclear, puesto que al no existir acciones descriptivas se debe optar por la interpretación más restrictiva posible²¹⁶. Dicha autora defiende un concepto restringido de autor tanto para los delitos dolosos como para los imprudentes considerando que, para ambos, será autor el que lleve a cabo acción -(es) típica -(s), de

²¹³ Según DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, a diferencia de las acciones que realiza el autor, las acciones ejecutivas no nucleares o no típicas, demuestran un alto grado de enfrentamiento a la norma, por lo que se insertan en el mismo marco penal. Sin embargo, su responsabilidad es dependiente y no autónoma, en *La autoría en Derecho...*, *op. cit.* pp. 472 y 473.

²¹⁴ Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal...*, *op. cit.* pp. 513; 530 a 531.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 691.

²¹⁶ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, *op. cit.*, p. 376.

modo que toda conducta que no pueda o no quede subsumida en el tipo no sería de autoría²¹⁷. A partir del criterio de la determinación objetiva y positiva, considera ROSO CAÑADILLAS que es posible seleccionar, en los delitos de resultado, la acción típica nuclear o el centro de gravedad de todo el injusto. Para delimitar el concepto de autor el criterio elegido tiene –en su opinión– un carácter normativo, dado que se parte de la creación de un riesgo penalmente relevante para llevar a cabo el análisis de la autoría. Por último, dicha autora considera que este concepto de autor es aplicable a todas las formas de autoría y tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes, dado que admite que, en la imprudencia, quepan las mismas clases de autoría que en los delitos dolosos²¹⁸.

3.4.2. *La teoría de la pertenencia del hecho de MIR PUIG.*

La propuesta de MIR PUIG no abandona por completo el ámbito de la teoría del dominio del hecho, si bien añade un nuevo criterio corrector a la misma, como es la pertenencia que, como enseguida veremos, utiliza para delimitar la figura de autor. La lectura que MIR PUIG realiza de la teoría del dominio del hecho está motivada, como punto de partida, por la conveniencia de superar la perspectiva ontológica en la que –a su entender–, sigue anclada dicha teoría. Y ello porque la teoría del dominio del hecho

²¹⁷ Puede decirse que dicha autora adopta como premisa en la delimitación de la autoría un *criterio objetivo-formal*, dado que en su opinión “el no atenerse a lo previsto por la ley violaría el principio de legalidad”. De ahí que aunque materialmente una conducta se considerara subsumida en el tipo, entiende que ello sólo daría lugar a una proposición *de lege ferenda*. El criterio material de la determinación objetiva del hecho jugaría, en los delitos de mera actividad, un papel de principio rector interpretativo. Sin embargo, en los delitos de resultado en que la ley no describe la acción típica, la comprobación de la autoría en los delitos de resultado es más compleja y será un criterio material presidido por el principio de legalidad el que fije la figura del autor en estos delitos. Dicho criterio sería el de la determinación objetiva y positiva del hecho de modo que entiende que los delitos de resultado, será autor quien “... determina el curso de los acontecimientos que conducen directamente a la producción del resultado”. *Vid. Autoría y participación...*, *op. cit.* p. 536.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 538.

“... desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor”²¹⁹.

Aun cuando –quizá por obvio–, de ordinario no se repara en ello, se considera que en esta reflexión de MIR PUIG, se evidencia claramente que, además del nuevo criterio que propone otorga importancia a la idea de la imputación en la delimitación del autor. Sin embargo, no construye su teoría sobre la imputación –o por lo menos no lo hace abiertamente–, sino sobre la crítica a determinados aspectos del dominio del hecho. Así considera que el control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Sobre esta premisa, ofrece una nueva perspectiva para orientar el problema de la distinción entre autoría y participación. En efecto, considera que el delito pertenece al sujeto como suyo²²⁰. Así pues, autor, para MIR PUIG, sería el que, reuniendo las condiciones personales requeridas en el tipo, aparece como el protagonista del mismo, como sujeto principal de su realización²²¹.

En los delitos de acción, lo anterior significa, como mínimo que el sujeto ha “... (Co)-causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la imputación objetiva y subjetiva del resultado: presupone la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia”. Sin embargo, el anterior concepto no basta para delimitar al autor porque lo mismo puede predicarse de los partícipes que inducen o cooperan con aquél. De ahí que, al

²¹⁹ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General, op. cit.*, p. 373.

²²⁰ MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General, op. cit.* p. 373.

²²¹ *Íbid.*

decir de MIR PUIG, "... sólo son autores aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida del delito"²²².

La relación de pertenencia o imputación del delito al sujeto como suyo, puede apreciarse, según el citado autor, respecto del ejecutor material individual al que puede imputarse el delito en el sentido de imputación objetiva y subjetiva²²³. Pero también corresponde la pertenencia de la acusación de la acción típica, al autor mediato por cuanto la llamada "persona de atrás" es el único causante del delito al que puede imputársele como propio, "... puesto que el instrumento, pese a hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del mismo"²²⁴.

Por último, MIR PUIG también admite la pertenencia del hecho, en la coautoría por cuanto puede compartirse "... por quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito"²²⁵.

Entre los discípulos de MIR PUIG que suscriben su propuesta²²⁶, recientemente BOLEA BARDON ha interpretado que la concepción de autoría que acabamos de analizar tiene la ventaja de poner de manifiesto que la realización del tipo

²²² MIR PUIG, *Derecho penal, op. cit.* p. 373, dice que el criterio de la ejecución material del hecho o su control efectivo no siempre puede servir para afirmar el protagonismo que caracteriza al autor. De esta forma, como indica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, parece que MIR PUIG "acusa" a la teoría del dominio del hecho de falta de precisión a la hora de determinar qué se entiende por tal. Por eso considera, que MIR PUIG exige algo más que la posibilidad de interrupción, es decir, requiere la comentada pertenencia. Así, *Vid. La autoría en Derecho..., op. cit.* p. 613.

²²³ Según MIR PUIG, con respecto al ejecutor material individual puede suceder que sólo exista un único causante al que es imputable el tipo —es decir, no habría inductores ni ningún otro causante del hecho—, porque no existe posibilidad de atribuirle a otro aquella pertenencia. Pero también puede suceder que concurren otras personas no ejecutores que desempeñan un papel previo menos próximo y decisivo (un inductor), "... porque dependen de que el primero ejecute o no un delito que queda en sus manos a título propio. *Vid.* MIR PUIG, *Derecho penal, ..., op. cit.* p. 374.

²²⁴ *Íbid.*

²²⁵ *Íbid.*

²²⁶ Antes del Código penal de 1995 fueron defensores de la misma, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., "Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario" en *CPC*, nº 38, 1989, p. 388 y nota a pie de pág. 98; p. 391. CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989, pp. 347, 348 y 363 y ss.

no está vinculada exclusivamente a la importancia objetiva de una determinada contribución "... sino que depende del papel relativo de la aportación al conjunto de intervinientes". No obstante, como esta misma autora indica, el criterio de la pertenencia podría quedarse estancado como una mera cláusula de cierre, si no se aportan criterios materiales para la definición de dicho criterio²²⁷.

A pesar de esta matización parece que BOLEA BARDON coincide en lo esencial con la propuesta de su maestro. Y ello por cuanto, al igual que MIR PUIG, asume las críticas realizadas a las versiones del dominio del hecho que identifican dicho dominio con el control fáctico del hecho y se sitúan en un plano exclusivamente naturalístico²²⁸. De ahí que dicha autora considere justificado –como hace MIR PUIG–, aceptar el sentido social-normativo de imputación que caracteriza a la calificación de autor. Sin embargo, resulta de interés la aclaración que realiza BOLEA, en el sentido de que lo anterior no obliga a prescindir de todo referente fáctico, sino que entiende necesario el equilibrio entre el ontologismo y el normativismo. En definitiva, lo interesante de la postura de esta autora es que aclara que la defensa de dicho equilibrio en el contexto de su propuesta, no implica necesariamente desconocer toda realidad fáctica vinculable, junto a aquel sentido social-normativo de imputación para delimitar la caracterización de autor²²⁹. Sobre estas premisas, BOLEA trata de hallar un concepto normativo de autor, que pueda abarcar tanto al que ejecuta materialmente el hecho como al que sólo realiza una ejecución parcial del mismo, o al que utiliza a aquél al que podamos imputar el hecho como suyo en términos normativos y no pre

²²⁷ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 74. En opinión de BOLEA la teoría según la cual es autor el que tiene más números para serlo o el único de entre los intervinientes al que se puede imputar el hecho en términos de imputación objetiva y subjetiva, "... aunque no se base exclusivamente en el criterio de la causalidad, no pasará de constituir una *cláusula de cierre*, si no se hallan criterios materiales de definición de la *pertenencia del delito*".

²²⁸ A este respecto, BOLEA BARDON hace suya la crítica expresada en este sentido por VIVES ANTÓN, en *Autoría mediata en...*, *op. cit.* p. 73.

²²⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 359.

jurídicos²³⁰. Se trata de una propuesta en la que, como la propia autora indica, carece de importancia la cuestión de si conviene denominar a este criterio normativo como dominio del hecho, dominio de acción o dominio de la decisión²³¹. Por encima de ello, “... lo decisivo es que quede claro cuál es el contenido que se da a esta fórmula...”²³². De ahí que profundice en la delimitación de la autoría precisando que la clase de dominio del hecho que la caracteriza es el dominio del riesgo. En definitiva, para BOLEA, “la autoría, como realización del tipo, presupone responsabilidad por el peligro. Quien pone en marcha un proceso lesivo para el bien jurídico, de forma objetiva y subjetivamente imputable, se convierte en responsable del peligro, por realizar una injerencia penalmente relevante en la esfera organizativa de otra persona”²³³.

*3.4.3. La normativización del concepto de autor propuesta
por JAKOBS Y LESCH.*

Como ha podido observarse, las posiciones doctrinales más recientes derivadas de la teoría del dominio del hecho, tienden, en mayor o menor medida, hacia la normativización de los criterios de delimitación de la autoría. La propuesta clave en este sentido es, sin duda, la de JAKOBS, quien, sin desvincularse por completo de la teoría del dominio del hecho, aunque vaticinando su ocaso, sostiene un planteamiento singular en materia de autoría que, en líneas generales, puede denominarse

²³⁰ BOLEA BARDON, *op. cit.* p. 129. Para delimitar dicho concepto se apoya en concepciones que –a su modo de ver-, se alejan también de una concepción naturalística, como –también en su opinión-, las propuestas por SILVA SÁNCHEZ, VIVES ANTÓN, MIR PUIG o HRUSCHKA.

²³¹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 359.

²³² BOLEA BARDON, *op. cit.*, p. 130.

²³³ BOLEA BARDON, *op. cit.* pp. 134 y 135. Dicha autora parte de entender que “... para establecer la relación de autoría no es suficiente, y ni siquiera es indispensable, una ejecución inmediata del hecho por parte del autor, pero sí que es necesario que a éste se le pueda imputar objetiva y subjetivamente”.

normativista²³⁴. Centrándonos en el ámbito de la autoría²³⁵, interesa analizar resumidamente, la postura del citado autor.

Para una aproximación al pensamiento de JAKOBS respecto a la autoría, a modo de breve introducción, cabe recordar que, según el citado autor, sólo es posible apreciar que el comportamiento humano adquiere relevancia penal mediante una interpretación social basada en la interacción entre individuos y en la adecuación o desviación de su conducta respecto a las expectativas que se derivan de su rol²³⁶. Para dicho autor, los límites de los roles funcionan como límites de la responsabilidad penal habida cuenta de que el fin del Derecho penal no es tanto la protección de los bienes jurídicos como el posibilitar el funcionamiento de la sociedad, al permitir interacciones entre los individuos²³⁷. Así pues, para JAKOBS la responsabilidad jurídico-penal se fundamenta, ante todo, en la superación o quebrantamiento de un rol²³⁸. Como se observa, en la propuesta del citado autor, adquiere eminente importancia el llamado principio de autorresponsabilidad que, en esencia, implica que cada persona debe

²³⁴ Lo cierto es que no sólo en el ámbito de la intervención delictiva mantiene JAKOBS una postura decididamente normativista, sino que, como se evidencia de sus últimos escritos, prácticamente, ensalza la idea de la normativización en todos los aspectos del delito, dado que, -en su opinión-, “el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no queda preconfigurado por la naturaleza”, en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (traduc. CANCIO MELIÁ, M./FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.) Civitas, Madrid, 2003, p. 44. También con respecto a la idea de normatividad en JAKOBS, G., *Vid.* “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad” (traduc. CANCIO MELIÁ, M.), en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen II, Edisofer, Madrid, 2006, en especial, pp. 97 a 101. (93 – 116).

²³⁵ No se abordará, por tanto, toda la propuesta de JAKOBS en otros ámbitos de la intervención delictiva.

²³⁶ Se hace necesario aclarar que JAKOBS concibe el “rol” como “... un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”. Y se obtiene “por medio de una generalización de las facultades de las que disponen las personas de las que se espera que participen en la actividad en cuestión”, en JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, (traduc. CANCIO MELIÁ, M.), ed. Ad Hoc, Madrid, 1996, pp. 97 y 135. Para un análisis más exhaustivo de la concepción de JAKOBS, es especial, en tanto se le considera paradigma de lo que hoy se denomina funcionalismo en Derecho penal, *Vid.* PEÑARANDA RAMOS, E., “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 228 y ss.

²³⁷ Según JAKOBS “... quien se mantiene dentro de un rol, no responde de un curso lesivo aun en el caso en que bien pudiese perfectamente evitarlo”, en *La imputación objetiva...*, *op. cit.* pp. 102 a 104.

²³⁸ Sin la superación de los límites establecidos a los roles, “... no debe imputarse un curso lesivo aunque haya sido causado de modo perfectamente evitable”, *Vid.* JAKOBS, G., *La imputación objetiva op. cit.*, p. 103. Con carácter general, sobre las implicaciones del concepto de rol social en el sistema jurídico-penal, *Vid.* PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pp. 347 y ss.

responder de las consecuencias de su comportamiento, para lo cual es fundamental atender al rol que ocupa dicha persona²³⁹.

Teniendo presentes estas consideraciones, cabe advertir, primeramente, que en el ámbito de la autoría y la participación, JAKOBS parte, como criterio para diferenciar entre autores y partícipes, de la determinación de las competencias en un hecho delictivo. El concepto de competencia o incumbencia (*Zuständigkeit*)²⁴⁰ adquiere así eminente importancia en la propuesta de JAKOBS, de suerte que la determinación de dicha competencia puede realizarse de dos modos: de un lado, adoptando el modelo de los delitos de infracción de deber y, de otro, mediante el modelo de los delitos de dominio²⁴¹. Con respecto a cada uno de estos modelos, puede apreciarse que la responsabilidad o competencia se fundamenta de forma distinta²⁴².

El criterio del dominio del hecho sólo cumple una función en los delitos de dominio o delitos (en virtud) de organización que, prácticamente, son la mayoría de delitos dado que, en ellos, la competencia se fundamenta en la libertad de organización –o facultad de la persona de configurar el mundo libremente– que corresponde a los

²³⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 361.

²⁴⁰ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 361. En su nota a pie de página nº 526 explica que, el término “*Zuständigkeit*”, suele traducirse de diversos modos si bien, en el sentido empleado por JAKOBS, puede decirse que englobaría, al menos, tres significados sinónimos: competencia, incumbencia o incluso –en sentido amplio–, responsabilidad. Así por ejemplo, traduce como “competencia” LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Autoría y participación...*, *op. cit.* pp. 32 a 36. Por otra parte, se decanta por la traducción “incumbencia” FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997” en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor J. M. Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, p. 230 y nota a pie de página. GÓRRIZ ROYO en su exposición del libro *El concepto de autor en Derecho penal*, pone de manifiesto la dificultad de la traducción de JAKOBS, sobre todo por el constante empleo de tecnicismos en el lenguaje, para cuya completa interpretación se requiere relacionar el concreto término con el resto de su obra.

²⁴¹ Y ello básicamente porque, según JAKOBS, dentro de los roles sociales cabe distinguir entre roles especiales y roles comunes. Esta distinción también está en el origen, asimismo, de la diferencia *entre delitos institucionales y delitos de organización*. Los *delitos institucionales* son aquellos delitos que se cometen con el quebrantamiento de un deber especial que establece el ordenamiento jurídico para determinadas personas o determinadas situaciones. Los *delitos de organización* se producirían por el quebrantamiento del rol común, es decir, por el quebrantamiento de rol de ciudadano. *Vid.* JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 62.

²⁴² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 362.

titulares de una esfera de organización. Dicha libertad la ostenta la generalidad de los ciudadanos siendo la contrapartida de su ejercicio el surgimiento de una responsabilidad o incumbencia por las consecuencias que se deriven del incorrecto uso de la misma²⁴³.

En los delitos de infracción de deber, la competencia del autor se fundamenta sólo a través de la lesión de un deber institucional, que afectan a determinados sujetos que poseen un determinado status. Dichos sujetos no pueden ser meros partícipes porque en estos delitos, la contravención del deber especial conduce directamente a la autoría, sin atender a la importancia o alcance de la intervención del garante que lesiona su deber, puesto que los efectos de ese deber son de carácter personalísimo²⁴⁴. Por consiguiente, sólo en los delitos llamados “de organización” sería posible admitir la participación.

Como puede apreciarse, esta distinción entre los modelos de delitos guarda un claro paralelismo con la propuesta por ROXIN²⁴⁵, si bien hasta aquí llegarían las similitudes porque, en la concepción de JAKOBS destaca sobremanera el concepto de competencia. Tanto es así que dicho concepto sirva para completar el criterio de dominio del hecho así como para describir el componente normativo de la autoría²⁴⁶. Su forma de concebir así el concepto de competencia trae causa en la constatación de

²⁴³ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 362.

²⁴⁴ Y ello incluso en los casos en que el obligado por un deber positivo, infringiendo la prohibición, colabora con otro sujeto. Al respecto JAKOBS cita el siguiente ejemplo: “el médico responsable del tratamiento que ordena o tan sólo permite la administración de medicamentos nocivos por una enfermera es autor como si él mismo los hubiera administrado. *Vid.* FELJÓO SÁNCHEZ, “La participación imprudente... *op. cit.* p. 132.

²⁴⁵ Así parece admitirlo el propio JAKOBS, quien, en principio, adoptaría como presupuesto, la concepción de ROXIN de la teoría del dominio del hecho, si bien, mediante la crítica de determinados aspectos de la misma, introduciría su propia concepción. *Vid.* “El ocaso del domino del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en JAKOBS, G./CANCIO MELIÁ, M., en *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, Grijley Editores, Lima, Perú, 2000, pp. 165 a 167.

²⁴⁶ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 363.

que la doctrina alemana ha entendido el dominio del hecho desde un punto de vista excesivamente naturalista, en el sentido de dominio como hecho y en escasas ocasiones de forma normativa (dominio como fundamento de la competencia). Sin embargo, para JAKOBS el dominio no es *per se* relevante para ser autor, sino en tanto dicho dominio permitía fundamentar la plena competencia sobre el hecho.

Entendido el dominio del hecho –según JAKOBS– como manifestación de las diferentes posibilidades de realización de un hecho mediante división de trabajo, debe reconducirse a determinados principios²⁴⁷. Así pues, el autor individual puede decidir acerca del hecho, toda vez que realiza la concreta configuración –del hecho– de propia mano. En todo caso, dado que –como se ha dicho–, el dominio no determina por sí solo la autoría sino que fundamenta la competencia sobre el hecho, no cabría admitir que en las esferas del dominio se reúnan elementos heterogéneos vinculados nominalmente a la autoría (autoría mediata y coautoría), sino que todos estos elementos tendrían carácter homogéneo en tanto serían actos de organización que fundamentan la competencia²⁴⁸.

La propuesta de JAKOBS respecto a la autoría necesariamente debe ponerse en relación, siquiera a título meramente indicativo, con su concepción de la teoría de la participación puesto que, en su seno, aquel autor ha incidido, de forma novedosa, en la

²⁴⁷ En primer término, cabe identificar el *dominio formal* entendido como dominio vinculado al tipo. Éste acontecería cuando se verificara el dominio en la ejecución del hecho. Por otra parte, distingue el *dominio material*, que puede manifestarse de dos modos: como *dominio de la decisión* –en tanto implica un dominio basado en la decisión sobre el “sí” del hecho–, propio de la competencia predominante del autor mediato; y como *dominio de la configuración* –fundamentado en la configuración del hecho–, que remite a la competencia de organización en común, característica de los supuestos de coautoría. Dichos dominios no serían excluyentes, sino cumulativos, es decir, pueden concurrir incluso en la misma persona. Como el propio JAKOBS indica las formas de dominio descritas se basarían en la diferenciación de ROXIN. *Vid.*, GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 363 y nota a pie de pág. n° 536.

²⁴⁸ Además de negar las diferencias nominales entre las formas de autoría, JAKOBS también rechaza la existencia de diferencias cualitativas entre las distintas formas de intervención. En consecuencia, entre éstas últimas las diferencias son cuantitativas. Es decir, dependiendo del *quantum* de la organización. *Vid.*, GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 364 y nota a pie de pág. n° 537.

institución de la “prohibición de regreso”, en un claro intento de engarzar dicho instituto en la teoría de la imputación objetiva²⁴⁹. Para ello propone, como principal instrumento, una concepción que va mucho más allá de la tradicional “prohibición de regreso”, por más que haya decidido denominarlo con este nombre²⁵⁰. En esencia, dicha prohibición aparece en la propuesta de JAKOBS como el reverso de la participación punible, por cuanto se produce en aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito, por parte de otro sujeto, no pertenece, en su significado objetivo, a ese delito, es decir, puede ser “distanciado” de él. Por consiguiente, la prohibición de regreso configura, en sus justos términos, los límites de la responsabilidad y, por ende, el ámbito de intervención no delictiva en el suceso. Asimismo determinaría el ámbito de la “no-participación (punible)”²⁵¹.

A la vista de la compleja construcción elaborada por JAKOBS y, especialmente, a raíz de sus últimas propuestas, se ha podido decir que dicho autor se ha retractado de su inicial adhesión a la teoría del dominio del hecho, optando radicalmente por un concepto normativista de autor²⁵². Lo cierto es que, cuando menos, puede advertirse una ulterior evolución en la propuesta de JAKOBS, en la que el concepto del dominio

²⁴⁹ De esta opinión también SUÁREZ GONZÁLEZ, M./CANCIO MELIÁ, C. “Estudio Preliminar” en *La imputación objetiva en Derecho penal*, ed. Civitas, Madrid, 1996, p. 72.

²⁵⁰ En efecto, como recuerda MARAVER GÓMEZ, en la conocida formulación de FRANK la prohibición de regreso se construía a partir de la constatación de que no toda condición ha de verse necesariamente como “causa” del resultado. Según FRANK existiría una prohibición de regreso que impide definir como causas “las precondiciones de una condición que se ha dirigido libre y consciente (dolosa y culpablemente) a la producción del resultado”. *Vid.*, MARAVER GÓMEZ, M., “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad” en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, p. 636. Por consiguiente, dicha prohibición, imponía una interrupción del nexo de imputación entre un primer comportamiento (imprudente) y un posterior comportamiento doloso. En nuestra doctrina FEIJÓO SÁNCHEZ ha considerado inadmisibles, en principio, que la limitación de la responsabilidad se haga depender exclusivamente de que el partícipe actúe de forma dolosa o de forma imprudente. En consecuencia: “la tradicional “teoría de la prohibición de regreso” de FRANK, conforme a la cual todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable es impune no puede ser aceptada como criterio general porque carece de una fundamentación suficiente”, en *Límites de la participación criminal “¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?”*, Ed. Comares, Granada, 1999, pp. 20, 21 a 34. Según FEIJÓO, actualmente la cuestión de la “prohibición de regreso” se suele ubicar en el ámbito de la “teoría de la imputación objetiva”, dado que se entiende que se trata, en primer lugar, de un problema de imputación de resultado, “... dentro del *topos* del ámbito de la norma” (cursiva en el texto). *Vid. op. ult. cit.*, pp. 34 y 35.

²⁵¹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 365.

²⁵² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 365.

del hecho sólo se emplea como premisa para introducir la problemática de la autoría y su solución²⁵³, porque el citado autor, considera que la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio, de modo que éste determinaría, en todos los casos, la cantidad de intervención²⁵⁴.

Uno de los rasgos más distintivos de los últimos desarrollos de la propuesta de JAKOBS es que, a partir de la crítica a la concepción de ROXIN aunque atendiendo especialmente a la categoría de los delitos de deber²⁵⁵, considera que el concepto de dominio en la autoría, se fundamenta en algo normativo, comparable a un deber de modo que incluso los delitos de dominio, se basarían en infracción de los deberes surgidos en virtud de competencia por organización²⁵⁶. Esta idea conduce al entendimiento de que la comisión propia o de propia mano no coincide con la causación directa, "... tampoco cuando ésta es consciente, sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de la responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo". De este modo, JAKOBS se ratifica en su postura anterior según la cual "el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico penalmente ni en los demás aspectos de la vida social". Pero ahora introduce claramente un componente

²⁵³ JAKOBS, G., "El ocaso del dominio del hecho, *op. cit.*, pp. 165 a 167.

²⁵⁴ Para JAKOBS la cuestión del dominio implicaría, en el caso de los sujetos que intervienen en la fase previa, la cuestión de en qué medida determinan el marco de la ejecución y, con ello, la ejecución misma. En el caso de los ejecutores, el dominio del hecho sería una cuestión acerca del margen de configuración que aún permite el marco. "Por lo tanto, de los intervinientes en función de que exista una intervención sin dominio del hecho". *Vid.* "El ocaso del dominio...", *op. cit.* pp. 167 y 179.

²⁵⁵ A juicio de JAKOBS, los estudios de ROXIN no sólo destacan por "... la sistematización, realizada con extraordinaria diferenciación, la precisión y el afianzamiento de la teoría del dominio del hecho..." sino por "... un ulterior resultado, que considero más sensacional, mucho más poderoso en su potencial desarrollo y al estar orientado normativamente, también más moderno: el descubrimiento de los delitos de deber...". Parece por tanto, que JAKOBS orienta su propuesta, ante todo, hacia dichos delitos, de modo que incluso objetará a la teoría del dominio del hecho que no sirva como criterio común para unificar los delitos de dominio y de deber, en "El ocaso del dominio...", *op. cit.* pp. 166 y 167.

²⁵⁶ Según JAKOBS, "... al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución, y ello no sólo en los delitos de deber, sino también en el caso de los deberes –como suelo denominarlos– en virtud de competencia por organización", en "El ocaso del dominio...", *op. cit.* p. 168. Sobre la ampliación que efectúa JAKOBS de los contornos del delito de infracción de deber "... todos los casos en los que se constata la concurrencia de una institución o, lo que es lo mismo, en los que el autor sea un obligado especial", *Vid.* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLEZ, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 43 a 47.

normativo delimitador de dicha competencia y, por ende, de la autoría en los delitos de comisión propia, cual es la necesidad de que en el interviniente recaiga un deber de ocuparse de las consecuencias de su actuar²⁵⁷. En definitiva, según esta concepción, la comisión directa no se fundamentaría en el dominio –cuya importancia quedaría muy limitada en esta concepción–, sino que también tendría un componente normativo consistente en la existencia de un deber, al que, en definitiva, habría que atender para delimitar la autoría²⁵⁸.

Junto a este rasgo, JAKOBS fortalece el criterio de la “división de trabajo vinculante”, especialmente, en los casos de codelinquencia, de modo que el interviniente en el hecho sería competente por la totalidad del hecho cuando hubiera proporcionado un aporte al ejecutor que vinculara a aquel interviniente con la ejecución, por tener el sentido de darle una determinada forma a ésta –a la ejecución–²⁵⁹. Asimismo, JAKOBS parece realizar una interpretación propia del llamado elemento objetivo o co-ejecución en la coautoría, defendiendo que la ejecución pierde toda posición especial en la fundamentación de la competencia, respecto a la mayor importancia que adquiere la relación interna en el colectivo²⁶⁰. Con ello, se entiende, no se renuncia por completo a la exigencia de un principio de ejecución en la coautoría, pero sí que se desplaza el

²⁵⁷ En opinión de JAKOBS, cuando no existe un deber del último (interviniente) de ocuparse de las consecuencias de su actuar, si a pesar de ello concurre un conocimiento sobre dichas consecuencias, semejante conocimiento sólo puede ser especial, es decir, sólo coloca al último interviniente en exactamente la misma posición que cualquiera tiene en caso de disponer de conocimientos casuales. *Vid.* “El ocaso del dominio...”, *op. cit.* p. 169.

²⁵⁸ Y ello, porque, según JAKOBS, “... se intuye que el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la cuestión cualitativa –¿quién responde?– no se determinaría en función de la concurrencia del dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de sus consecuencias”, en “El ocaso del dominio...”, *op. cit.* p. 170.

²⁵⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 367.

²⁶⁰ Así pues, puede decirse que JAKOBS, contempla la ejecución desde dos perspectivas: desde un *punto de vista externo*, es decir, aquella que “... constituye hacia afuera el quebrantamiento del Derecho, esto es, la arrogación de organización ajena...” respecto a la cual “... no hay hecho sin ejecución, o, dicho con mayor exactitud, sólo la ejecución es hecho...”; y, de otro lado, desde un punto de vista interno o “... hacia adentro...” en donde la ejecución –a su entender– “... sigue siendo una prestación más, aunque sea la última, junto con otras que han precedido en el tiempo;” y puede suceder que las prestaciones anteriores, dependiendo de las circunstancias, caractericen al hecho con mayor claridad de lo que hace el último acto. En tal caso, puede que lo adecuado sea penar al ejecutor a título de cómplice”, en “El ocaso del dominio...”, *op. cit.* p. 183.

mayor peso de esta forma de autoría hacia la infracción colectiva del deber, de modo que "... éste es el concepto fundamental del que aquí se trata"²⁶¹.

Nótese el calado del cambio de perspectiva que propone el citado autor, pues comporta una ampliación del ámbito de la coautoría dado que cada interviniente sería responsable penal porque la ejecución, a través de una división vinculante de trabajo, es también una ejecución suya. Siendo ello así, todos los intervinientes ejecutarían el hecho –puesto que, por mínima que sea su aportación, llevan a cabo una ejecución de propia mano–, de modo que el dominio del hecho lo tendría el colectivo. En consecuencia, pierde importancia la pregunta acerca de ¿quién tiene el dominio del hecho? a favor de la cuestión relativa a quién ha configurado el acto tal y como se ha producido.²⁶²

Para fundamentar su propuesta JAKOBS ha tratado, en sus últimos trabajos al respecto, de ubicar la distinción entre autoría y participación en el ámbito comunicativo-simbólico del significado²⁶³. Parte para ello, como premisa, de atender al significado social de la aportación al hecho, de modo que cada interviniente debería tender a que su aporte tuviera el sentido de posibilitar la ejecución, o bien la aportación debería tener, desde el principio, ese sentido, es decir, estar especialmente referida al delito²⁶⁴. En estos casos, cada interviniente sería competente con respecto a la totalidad del hecho²⁶⁵, de modo que la diferencia entre la autoría y la participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. Así pues no

²⁶¹ JAKOBS, "El ocaso del dominio...", *op. cit.* p. 183.

²⁶² GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 367.

²⁶³ Según JAKOBS, en casos de varios intervinientes, el que ejecuta no sólo recibiría una contribución a través del aporte del otro interviniente, sino un aporte con tendencia delictiva y, en consecuencia, la competencia del interviniente se extendería también a la realización del tipo penal destinatario. *Vid.* GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, pp. 367 y 368.

²⁶⁴ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.*, p. 368.

²⁶⁵ *Ibid.*

habría una diferencia objetiva entre coautor y partícipe y tampoco una restricción de la autoría al momento de la ejecución²⁶⁶.

Ésta sería una consecuencia que extrae JAKOBS de su propuesta de desplazar la distinción entre autoría y participación al nivel comunicativo-simbólico del significado²⁶⁷. En esencia, implicaría que los límites entre la autoría y la participación se diluirían, puesto que al ser el dominio del hecho un concepto relativo a la cantidad de participación, dicho dominio lo tendrían todos los intervinientes, y por tanto, la definitiva divisoria entre ellos habría de establecerse en atención a criterios de medición de la pena²⁶⁸.

A la vista de los últimos desarrollos en la postura de JAKOBS, en suma, actualmente, su propuesta en torno a la autoría puede resumirse en cinco puntos: primero, conduce a un regreso teórico al concepto unitario de autoría y también un concepto extensivo del mismo; segundo, caracteriza claramente la distinción entre autoría y participación como una mera cuestión de medición de pena; tercero, niega cualquier validez real, en esta distinción, a las diferencias cualitativas derivadas, por ejemplo, del criterio del dominio; en cuarto lugar, sólo admite diferencias cuantitativas y desplaza la distinción entre autoría y participación al nivel comunicativo-simbólico del significado; en quinto y último lugar, la idea de deber y su infracción se convierte en el elemento normativo con el que trata de delimitar no sólo la autoría —en sus distintas formas— en los llamados “delitos de deber”, sino también en los denominados

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Desde este nivel, el mundo exterior —identificado por JAKOBS, generalmente, con la base ontológica del dominio del hecho—, tendría significación pero no “per se”, sino sólo en tanto comunicado mediante la estructura normativa de la sociedad. Vi. GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 368.

²⁶⁸ Es decir, el dominio sería un concepto relativo a la cantidad de la participación y, por tanto, la divisoria entre autoría y participación sería tan solo una cuestión de cuotas de dominio (unos tienen poco y otros mucho). Podría incluso admitirse que el papel esencial se atribuyera al autor y los aspectos accesorios al partícipe, pero en definitiva, la distinción entre ambos se producirá en el ámbito de la medición de la pena. En sentido próximo, *Vid.* DONNA, “El concepto de autor...”, *op. cit.* p. 198.

delitos de organización (delitos de dominio o delitos comunes), respecto a los cuales adquiere primordial importancia la idea de “reparto de tareas”²⁶⁹.

Así expuesta –a grandes rasgos–, la construcción de JAKOBS, cabe constatar que, en la doctrina alemana, ha tenido su continuación en la propuesta de su discípulo LESCH, quien ha dirigido, principalmente, sus esfuerzos a explicar las formas de intervención criminal únicamente desde la perspectiva normativa que proporciona la teoría de la imputación objetiva. Sucintamente puede decirse que la propuesta de este autor se configuraría a partir de dos ideas básicas como serían: de un lado, sustituir el concepto restrictivo de autor por una teoría de la imputación de carácter restrictivo; y, de otro, proponer un criterio cuantitativo para diferenciar entre autor y partícipe, negando, por tanto, las diferencias cualitativas entre ellos²⁷⁰. Con respecto a la primera idea, LESCH propone abandonar el concepto restrictivo de autor dado que entiende que lo que se debe formular y estructurar de manera restrictiva, no es el concepto de autor, sino el concepto de tipo, así como el de injusto y de imputación objetiva²⁷¹. Asimismo, propone que más allá de entender los tipos de autoría y participación como tipificación de una determinada forma de intervención, deben considerarse expresiones de la cuota de responsabilidad respectiva, como momentos de la imputación. Es decir,

²⁶⁹ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 369.

²⁷⁰ LESCH, H. H., *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traduc. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995, pp. 46 y ss., en especial, 57 a 59.

²⁷¹ Dicho autor considera que el concepto restrictivo de autor sólo es un aparente factor delimitador al que se atribuye importancia desde una perspectiva naturalista, que interpreta el injusto como merma causal o doloso –causal de bienes jurídicos. Asimismo, en el campo de la participación dicho concepto restrictivo deja un espacio excesivo a la imputación. A su modo de ver puede realizarse una razonable delimitación de la responsabilidad de mejor forma, mediante una imputación de carácter normativista. Especialmente, mediante la prohibición de regreso. De ahí que más allá de la noción de autor, deben formularse restrictivamente el tipo, el injusto y la imputación. *Vid. Intervención delictiva...*, *op. cit.*, p. 56. Debe advertirse que la única coincidencia de LESCH con un concepto restrictivo de autor es el concepto de ejecución, si bien entendido de forma distinta. También adquiere un significado distinto la citada *prohibición de regreso*, distanciándose del atribuido originariamente por FRANK. Para LESCH dicha prohibición aparece vinculada al *principio de autorresponsabilidad*. En este sentido, el principio de autorresponsabilidad no establece una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sino sólo una frontera de responsabilidad en general. Asimismo, la prohibición de regreso no es tratada como un problema de participación en un hecho ajeno, sino como un momento general de imputación. *Vid. Intervención delictiva...*, *op. cit.* p. 55.

remitirían a consideraciones de medición de la pena integradas en la imputación²⁷² o, lo que es lo mismo, manifestarían un determinado grado de merecimiento y necesidad de pena²⁷³.

Enlazando con lo anterior, el abandono de un concepto restrictivo de autor también se explica por la negación de diferencias cualitativas entre autor y partícipe. Con otras palabras, tan sólo se admitiría una diferencia cuantitativa entre autoría y participación. Para justificar esta idea, LESCH parte de que el fundamento y objeto de la responsabilidad jurídico-penal es idéntico en aquellas dos formas de intervención en el delito, existiendo sólo distintas cuotas de responsabilidad. La diferencia, por tanto, entre autoría, inducción y complicidad sería –en su opinión– simplemente cuantitativa²⁷⁴.

De lo dicho se desprende que la propuesta de LESCH implica, *de facto*, un abandono de la teoría del dominio del hecho, como criterio general para distinguir entre autor y partícipe. Ello no obstante, dicho criterio general es sustituido, en la postura de LESCH, por otros criterios normativos vinculados a la teoría de la imputación objetiva. Así, el citado autor ofrece un concepto aproximado de autor, entendiéndolo como aquél que, en contraposición al partícipe, configura primariamente el delito, de modo que entre su correspondiente quantum de intervención y los del resto de concurrentes existiría una diferencia significativa, es decir, relevante²⁷⁵. Por

²⁷² LESCH, *Intervención delictiva...*, *op. cit.* pp. 57 a 63. Dicho autor construye la crítica a la teoría del dominio del hecho a partir de la consideración de ésta, como la *teoría* de la dogmática penal naturalista por excelencia.

²⁷³ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 370.

²⁷⁴ Por diferencia “cuantitativa” habría que entender –según LESCH–, “... que cada una de las cuotas de responsabilidad cuando el delito se organiza en forma de trabajo dividido, se rige, en principio, según la *envergadura* de la intervención” (cursiva en el texto), en *Intervención delictiva...*, *op. cit.* pp. 70 y 71.

²⁷⁵ Para LESCH una diferenciación gradual entre autoría y participación no tropieza con dificultades relativas al Estado de Derecho, “... puesto que no se trata de una cuestión relativa a la tipicidad o a la determinación de la zona de punibilidad, sino que se trata de una cuestión de determinación de pena y la determinación de la pena no es cosa de exactitud matemática”, en *Intervención delictiva...*, *op. cit.* p. 73.

último sostiene LESCH que, desde el punto de vista de la imputación objetiva, entre el delito doloso y el imprudente no existirían diferencias, de modo que si la intervención accesoria se fundamentara en esta teoría, se abriría la posibilidad de admitir dicha intervención accesoria también respecto al delito imprudente²⁷⁶.

En suma, puede hacerse un somero resumen de la propuesta de LESCH, llegando a cuatro conclusiones: primera: rechaza el concepto restrictivo de autor y traslada las restricciones de la responsabilidad al tipo, al injusto y a la imputación objetiva. Segunda: en el seno de la teoría de la imputación propuesta, la accesoriedad se interpreta de forma distinta –a la configurada desde un concepto restrictivo de autor–, transformándose en un principio objetivo de imputación general, de modo que se refiere, sin más, a la imputación de un hecho. Tercera: las formas de intervención no aportan contenido alguno a la imputación objetiva sino que, una vez valorada la conducta normativamente, a través de los criterios de la imputación objetiva, dichas formas servirían para señalar las cuotas de responsabilidad, es decir, tales cuotas tendrían relevancia a efectos de medición de la pena. Cuarta: la dogmática normativista de la imputación que se propone se caracterizaría por convertir al interviniente en una parte, junto con otros miembros de un colectivo, de modo que le incumbe a él la acción del colectivo. Con todos estos criterios LESCH trataría, en definitiva, de ofrecer una propuesta alternativa a la concepción restrictiva del autor sustituyéndola por una teoría de la imputación objetiva que abarcara el campo “completo” de la intervención en casos de división del trabajo, de modo que el fundamento de la responsabilidad sería idéntico para la autoría y la participación²⁷⁷.

²⁷⁶ LESCH, *Intervención delictiva...*, *op. cit.* p. 77.

²⁷⁷ GÓRRIZ ROYO, *op. cit.* p. 371.

CAPÍTULO SEGUNDO; LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.

I. INTRODUCCIÓN.

La imputación de un hecho delictivo no sólo se hace en contra de quien materialmente lo ha efectuado de forma directa o inmediata, también puede recaer en quien sin intervenir de propia mano es portador del dominio del hecho y se vale de otra persona a quien utiliza como instrumento. En tal caso se habla de autoría mediata. Adquiere la categoría de autor cuando tiene el dominio del hecho y le atribuimos el calificativo de “mediato” en cuanto que no ejecuta el hecho por sí.

La autoría mediata hizo su aparición para limitar las graves consecuencias del concepto restrictivo de autor y de la accesoriedad extrema²⁷⁸. En el primer caso, porque autor sólo lo era quien de manera inmediata cometía el hecho punible y, por consecuencia, la intervención mediata era considerada participación. En el segundo, porque cuando el autor era no culpable, aplicada la accesoriedad extrema, también era impune el partícipe, de manera que como afirma WELZEL, “parecía, pues, necesaria la figura jurídica independiente de la autoría mediata, para el caso de utilización de otro hombre con el objeto de ejecutar la acción típica...”²⁷⁹.

²⁷⁸ La llamada accesoriedad extrema hacía depender la punibilidad del partícipe de que el hecho del autor principal satisficiera a la vez la triple exigencia de ser típico, antijurídico y culpable. La premisa conducía necesariamente a conclusiones inadmisibles, esto es, a la absolución del partícipe en el acto de un enfermo mental, de un menor inimputable, de quien obró por coacción o error excluyente del dolo. El concepto de autor mediato acudía a reparar el absurdo, pues si la inimputabilidad, el estado de coacción o el error del ejecutor físico lo convertirían en mero instrumento inconsciente de quien lo utilizaba, era éste el que dejaba de ser mero partícipe para devenir autor y precisamente autor mediato. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/644/13.pdf>

²⁷⁹ WELZEL, *Derecho Penal alemán, op. cit.*, p. 122.

Autor mediato es quien para cometer el delito se sirve de otro como instrumento. La autoría mediata no compagina con la teoría subjetiva ni con la formal–objetiva de autor, pues no es el *animus auctoris* ni la ejecución de propia mano del hecho punible lo que da la categoría de autor. La autoría mediata sólo es explicable bajo los postulados de la teoría del dominio del hecho, porque sin lugar a dudas es el hombre de atrás el que tiene en sus manos la voluntad del instrumento y el mando de la realización causal. “En la autoría mediata —dice HIRSCH— queda claro que el dominio del hecho constituye el decisivo punto de partida; cuando el que actúa directamente es simplemente un instrumento del hombre de atrás, es precisamente porque éste tiene el dominio sobre los acontecimientos”²⁸⁰.

En la actualidad se admiten tres formas de autoría mediata. En todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material. Por consiguiente, “el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir *de facto* el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito”²⁸¹.

Inicialmente, sólo se reconocían dos modalidades de autoría mediata:

- a) La primera provenía del “domino por error”, ya que en ella el autor mediato dominaba la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que éste realizaba, o al darle al suceso donde aquél intervenía, un sentido o significado distintos del que realmente le correspondía.

²⁸⁰ HIRSCH HANS, J.: *Acerca de los límites de la autoría mediata. Derecho Penal. Obras completas. Libro homenaje*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 197.

²⁸¹ HURTADO POZO, J.: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, ed. Grijley, Lima, 2005, p. 865.

- b) La segunda modalidad era la del “domino por coacción”. Aquí, el hombre de atrás conducía la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que estaba en sus facultades realizar.

En ambos casos, pues, era el hombre de atrás quien condicionaba y decidía la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta sólo podía imputársele como obra suya.

- c) La tercera modalidad es conocida como “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”, cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán objeto de nuestro estudio.

La autoría mediata en el marco de organizaciones criminales queda totalmente descartada si se sigue la premisa según la cual es conceptualmente imposible construir una autoría mediata a través de un ejecutor que, a su vez, es autor plenamente responsable. Desde esta perspectiva, basada en una aplicación estricta del criterio de responsabilidad penal, surgen dificultades a la hora de calificar conductas de los mandos de poder dado que, la doctrina se había limitado prácticamente a los dos grupos de casos que ya conocemos: error y coacción²⁸².

No cabe duda (y cada vez con mayor frecuencia) de la existencia de grandes organizaciones criminales, las cuales, al disponer de numerosísimos medios materiales

²⁸² BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 343.

y personales, ocultan a quienes se sitúan en la cúspide librándolos de toda responsabilidad y de ésta manera, dirigen la ejecución de todas aquellas conductas delictivas que no sólo se llevan a cabo con su conformidad, sino que, en la mayoría de las ocasiones, provienen de una orden emitida por los mismos²⁸³, pero con una salvedad, estos dirigentes no llevan a cabo de forma personal la conducta delictiva y lo que es más peculiar, no están presentes durante la ejecución del delito y ni siquiera saben (en la mayoría de ocasiones) quién es el sujeto encargado de ejecutar el delito ni cuándo va a realizarlo.

Estos aparatos de poder tienen una estructura muy particular, está basada en la supremacía y la subordinación de las órdenes, con una estructura jerárquica totalmente reconocible, es decir, en la que los eventuales ejecutores de los mismos, componen la base de la pirámide de mando.

Estas complejas organizaciones se basan, como hemos dicho, en los principios de jerarquía y división del trabajo con reparto de funciones lo que da lugar a que en el seno de estas organizaciones los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva no coincidan con los responsables de la decisión criminal, que son los que han trazado el plan delictivo y han ordenado su realización. Esta existencia de relación de subordinación mediante una jerarquía vertical produce problemas de imputación subjetiva cuando, parte de los participantes en el delito, obran con conocimiento de que se está realizando una conducta típica y otra parte desconoce ese dato. Este problema de relación jerárquica entre quien decide y quien ejecuta plantea numerosas preguntas, en particular, a la hora de determinar qué posición ocupa el dirigente.

²⁸³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 19.

Lo que está más o menos claro es que aplicar los esquemas tradicionales de autoría y participación, centrados en la responsabilidad penal del ejecutor material del delito, produce en la práctica un traslado de la imputación personal hacia los miembros que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, toda vez que sólo ellos realizan por sí mismos materialmente la conducta típica descrita por la ley²⁸⁴. Este traslado de la responsabilidad penal hacia los ejecutores no solo puede tener consecuencias negativas para el fin preventivo del Derecho penal, sino que no permite apreciar correctamente la influencia que quien ocupa el vértice de la organización ha tenido en la comisión del delito²⁸⁵.

La atribución de responsabilidad a los miembros de organizaciones criminales se enfrenta de forma inevitable a las dificultades derivadas de su especial estructura. Formulada por ROXIN²⁸⁶ en 1963, la teoría de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder fue utilizada debido a la insuficiencia de la autoría tradicional (supuestos de error en el instrumento, coacción e inimputabilidad) la cual no podía hacer frente a las nuevas formas de criminalidad de lesa humanidad, ya que las teorías tradicionales de imputación penal no permitían atribuir responsabilidad penal a los altos mandos. En consecuencia, los superiores jerárquicos no respondían a título de autor por los hechos cometidos, pues veían diluida su responsabilidad penal en los mandos medios y en los ejecutores directos.

Para poder superar estas dificultades, ROXIN desarrolló una teoría en la que caracterizaba estos aparatos de poder con una estructura de dominio integrada por tres elementos, que, en su opinión, fundamentaban una autoría mediata del “hombre de

²⁸⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 197.

²⁸⁵ FARALDO CABANA, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 20.

²⁸⁶ ROXIN *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 240.

atrás”²⁸⁷, aunque el ejecutor del hecho fuera plenamente responsable. Esta especie de “autor tras el autor”, que ya había sido aceptada por la jurisprudencia alemana con la teoría subjetiva del *animus auctoris*, fue fundamentada por ROXIN con la teoría 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 del “hombre de atrás”, a saber, el dominio de la organización, la fungibilidad del ejecutor inmediato, la limitación del dominio de la organización a aparatos al margen del Derecho y posteriormente la disposición incondicionada del ejecutor a la realización del hecho.

Debemos añadir que el argumento del funcionamiento automático del aparato, sea basado en la fungibilidad, sea en la obligación incondicional, ha venido siendo objeto de numerosas críticas que se han apoyado mayoritariamente en la plena responsabilidad del hombre de delante. Para estos autores resulta difícilmente conjugable el reconocimiento de “responsabilidad” en el hombre de atrás con el “automatismo” de las órdenes. Surgen así un gran número de cuestiones. ¿Cómo puede resultar automático el comportamiento de una persona que puede decidir libre y responsablemente si llevar a cabo o no la orden recibida? ¿Dónde se apoya esa confianza del hombre de atrás, en virtud de la cual es segura la ejecución de las instrucciones? Y por otro lado, ¿de qué manera puede hacerse compatible esa reconocida libertad y plena responsabilidad del ejecutor -y en consecuencia imprevisibilidad de comportamiento- con la cualidad de instrumento que tanto doctrina, jurisprudencia, como la propia legislación se habían esforzado en exigir para el reconocimiento de una autoría mediata? La admisión de un “instrumento libre y responsable” a través del cual el autor mediato realiza el delito, ¿no supone una

²⁸⁷ MUÑOZ CONDE, F.: “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?”, en *Revista Penal*, n° 6, 2000, p. 104.

contradicción en esencia –o al menos en sentido terminológico- por permitir la convivencia en un mismo sujeto, y a la vez, de las cualidades de “libre” y de “no libre”? Y, por último, ¿podía realmente ser relativizado el “principio de responsabilidad”, que para muchos sigue representando una directriz ineludible en todos los casos típicos de autoría mediata, hasta el punto de su absoluta abstracción, sin suponer ello ni una quiebra de las categorías tradicionales de autoría y participación ni un desconocimiento de las exigencias de la regulación en vigor?²⁸⁸

A continuación, vamos a examinar más detenidamente los requisitos que exigen los defensores de la aplicación de la autoría mediata, así como las críticas y planteamientos alternativos. Para ello nada mejor que atender a la aplicación que de esta figura han hecho los diversos Tribunales.

II. EL DOMINIO DE ORGANIZACIÓN COMO SUPUESTO TÍPICO DEL DOMINIO DE LA VOLUNTAD.

Como ya hemos dicho al principio de este trabajo el origen de esta forma de autoría fue con la tesis de CLAUS ROXIN quien a partir de 1963 comenzó a construir las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata, a la que denominó “autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados”. De esta manera buscaba aportar una solución dogmática a los problemas de autoría que surgían en el debate sobre la vinculación y el status penal que debía imputarse a los órganos centrales o entes estratégicos de aparatos de poder organizados, que si bien no intervenían directamente en la ejecución de delitos realizados desde estas estructuras, sí los decidían, programaban y planificaban.

²⁸⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 142.

La obra de ROXIN se tradujo de forma tardía al castellano (*Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*); pasaron más de treinta años. Sin embargo, en 1970 se editó un libro en homenaje a Luis Jiménez de Asúa en el que Enrique Bacigalupo tradujo un ensayo de aquel autor titulado “Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal”. En ese artículo el escritor alemán expuso:

“Creo posible indicar una tercera forma de ejecución del tipo que no es de propia mano, y que designaremos como dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado. Se trata del caso en que alguien sirve a la ejecución de un plan de ejecución para una organización jerárquicamente organizada. Puede tratarse de una banda de gánsteres, de una organización política o militar y aun de una conducción delictiva del Estado (como por ejemplo el régimen de Hitler)”²⁸⁹.

Esta hipótesis de autoría mediata no encaja en el molde tradicional porque encontramos un doble dominio del hecho, uno atribuido al que ordena (dominio de la voluntad) y otro al que ejecuta el hecho (dominio de la acción) por lo que “no sólo el autor mediato es responsable, sino también el inferior, pues en ambos casos se da un dominio sobre el hecho”²⁹⁰. La doctrina opositora rechaza esa posibilidad y argumenta inducción del sujeto de atrás o bien coautoría. El punto de partida para dirimir el conflicto es el concepto que se tenga sobre el dominio del hecho y quizá sea esa la premisa primordial de la conclusión.

ROXIN renuncia a un concepto “indeterminado” o “fijado” de dominio del hecho y basándose en LARENZ establece que: “no cabe formular un concepto de autor

²⁸⁹ ROXIN, “Sobre la autoría mediata y la participación en el Derecho Penal”, *op. cit.* p. 63.

²⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZÁBAL MALARÉE, H., *Lecciones de Derecho Penal, T. II*, ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 293.

delimitado firmemente mediante la indicación exhaustiva de sus elementos siempre irrenunciables”²⁹¹. Así, parte de un concepto abierto de dominio del hecho; no comprende una definición o fórmula exacta, sino más bien una descripción, como primer elemento, que “presenta la ventaja de poder ajustarse a los cambiantes casos concretos (...)se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes (...) al no delimitar el concepto de autor mediante fórmulas nunca está concluida y es concebible que en el curso de la evolución se descubran formas de cooperación hasta ahora desconocidas, o se las cree mediante la introducción de nuevos tipos (...)”²⁹². Por otra parte, junto a la descripción, como segundo elemento, aparecen los principios regulativos u orientadores dejados a la valoración judicial como tope de soluciones.

Bajo este concepto abierto de dominio del hecho, ROXIN cree posible encontrar autoría mediata no sólo en los casos de coacción o de error del ejecutor, sino también cuando el instrumento es responsable pero forma parte del engranaje de un aparato organizado de poder, porque ésa es la conclusión después de describir el caso y de aplicar los principios orientadores, como elementos de la teoría del dominio del hecho.

El surgimiento de esta propuesta tuvo como punto de partida el análisis de los casos Eichmann²⁹³ y Staschynski²⁹⁴. La evaluación de estos procesos judiciales

²⁹¹ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* pp. 130-145.

²⁹² *Ibid.*, pp. 146-147.

²⁹³ Adolf Eichmann era un funcionario administrativo alemán que tenía a su cargo la Oficina Central para la Migración Judía, cuya función era perseguir, seleccionar y capturar a los judíos establecidos en Europa, para luego trasladarlos a los diversos campos de concentración, pero que directamente no había intervenido en la ejecución de persona alguna. A finalizar la Segunda Guerra Mundial se refugió en Argentina, país donde vivió con una identidad falsa, y en la que fue capturado por agentes de los servicios secretos israelíes, quienes lo trasladaron a este país en el que fue condenado como autor de los homicidios cometidos. CASTILLO ALVA, J.L.: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. En: AA.VV.: Sistema Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto Aniversario, ARA Editores, Lima, 2003, p. 626 (nota 181).

²⁹⁴ El agente Staschynsky, por encargo de un servicio secreto extranjero, eliminó a tiros, en la vía pública, a dos altas personalidades políticas exiliadas. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso, sino que cometió el delito en interés de su mandante. ROXIN, C., *Sobre la Autoría y la Participación en el Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 56.

demonstró que no era posible vincular a los procesados con las opciones clásicas de autoría mediata. Sin embargo, ROXIN constató que ambos implicados estuvieron integrados en un aparato de poder organizado y que los delitos que les fueron atribuidos en realidad respondían a designios y órdenes centrales de dichas estructuras, los cuales dominaban y conducían su realización. A partir de ello, se podía concluir que el ejecutor inmediato del delito, los mandos intermedios y el órgano central de la estructura de poder que ordenó su ejecución poseían distintas formas de dominar el hecho, pero que no eran excluyentes entre sí. Así, mientras el primero de ellos tenía en sus manos el dominio de la acción, esto es, la producción material del hecho punible, el segundo y el tercero poseían el dominio de la organización, es decir, la posibilidad de influir y controlar la realización del evento delictivo, desde su respectivo nivel funcional, a través del aparato de poder que estaba a su disposición. Lo que hacía de estos últimos verdaderos autores mediatos, ya que “el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error, que son reconocidos unánimemente como casos de autoría mediata”²⁹⁵.

Por tanto, se trata de un dominio concreto que ejerce el mandante sobre la organización y no de un dominio directo o relación de persona a persona sobre el ejecutor inmediato. Siendo así, el fundamento de esta forma de autoría mediata no puede basarse, pues, en un dominio o control sobre la “persona interpuesta”, ya que ésta finalmente “es una persona libre y responsable en la realización de sus propias

²⁹⁵ ROXIN, “El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *REJ*, n° 7, 2006, p. 243.

acciones”²⁹⁶ . El dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor.

1. Especial referencia al principio de responsabilidad.

1.1. Acercamiento previo al “principio de responsabilidad”. El “principio de responsabilidad” vs. El “principio de propia responsabilidad”.

En la doctrina tiende a hablarse de modo indistinto del “principio de responsabilidad” y del “principio de propia responsabilidad”. Sin embargo, no se trata de términos absolutamente equivalentes²⁹⁷. Desde luego que la práctica identidad terminológica no facilita en nada la cuestión, más al contrario, por eso se considera adecuado en un primer momento acercarse brevemente al contenido de cada uno de ambos principios para proceder a continuación a un análisis más exhaustivo de aquél al cuál se irá haciendo constante referencia a lo largo de esta investigación, a saber, “el principio de responsabilidad”.

En un primer intento de concreción del “principio de propia responsabilidad” o “autorresponsabilidad cabe aludir a la fórmula ofrecida por M. E. MAYER²⁹⁸ a finales de la década de los sesenta del siglo pasado, en el sentido de que “la persona es responsable frente al Derecho no por lo que quiere, sino por lo que hace y no por lo que otro hace, sino por lo que ella misma hace”²⁹⁹ y, más recientemente, a la aseveración de SCHUMANN³⁰⁰, monografista en la materia, de que la consecuencia

²⁹⁶ PARIONA ARANA, R., *Autoría mediata por organización*, ed. Grijley, Lima, 2009, p. 59.

²⁹⁷ Así lo expresa claramente BOLEA BARDON, C., “La autoría mediata en algunos supuestos de error” *RDPCr*, n° 23, 2003, p. 24.

²⁹⁸ MAYER, M. E., *Der Casualzusammenhang*, p. 104, en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 21 nota a pie de p. n° 41.

²⁹⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 21, nota a pie de p. n° 41.

³⁰⁰ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, p. 6 en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 21 nota a pie de p. n° 42.

más evidente del principio de autorresponsabilidad consiste en la limitación del ámbito de responsabilidad de cada uno al propio actuar de cada sujeto. Según este principio, entonces, el ámbito de responsabilidad de cada uno quedará limitado a su propio actuar, de modo que cada sujeto finalmente sólo podrá responder por su propio comportamiento³⁰¹. Esta idea, ha venido siendo repetida por la doctrina desde diversas formulaciones. La idea principal, que subyace a todas ellas ha sido reflejada con claridad, por destacar una formulación, por parte de BLOY³⁰², al insistir en que “el principio de propia responsabilidad” impediría la existencia de una “responsabilidad general por el actuar ajeno”³⁰³.

Del análisis de los diversos posicionamientos doctrinales en este sentido, se trasluce cómo progresivamente ha ido ganando mayor número de adeptos aquel planteamiento que ya adelantara JAKOBS y que hace derivar del “principio de propia responsabilidad” la necesidad de delimitación de esferas organizativas y, en consecuencia, de ámbitos de responsabilidad. Así por ejemplo, RENZIKOWSKI deduce de la separación de las esferas jurídicas el que cada uno sea responsable exclusivamente de las consecuencias que resulten de la organización de su propia esfera, puesta en marcha a través de una acción. El “principio de propia responsabilidad” se opondrá entonces a todo traspaso de la responsabilidad a una persona distinta³⁰⁴. De “esferas de responsabilidad” en este ámbito hablan también en la doctrina española, entre otros, BALDÓ LAVILLA, BOLEA BARDON, CANCIO MELIÁ, FEIJÓO SÁNCHEZ, PEÑARANDA RAMOS Y ROBLES PLANAS, en el sentido de que esta idea de

³⁰¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, op. cit. p. 21, nota a pie de p. n° 42.

³⁰² BLOY, R., GA (1996), p. 438 en FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, op. cit. p. 21, nota a pie de p. n° 43.

³⁰³ *Íbid.*, En la doctrina española, en el particular ámbito de la omisión impropia, *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa” en *ADPCP* Vol. LIV, 2001, p. 5, que precisa que en virtud del principio de propia responsabilidad de cada persona “*en principio* está excluido que una persona tenga que responder por el comportamiento antijurídico de un tercero”.

³⁰⁴ *Íbid.*

responsabilidad personal no sólo tendrá reflejo “en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infrinjan las normas jurídico penales, sino que debe tener repercusión también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios los sujetos que intervienen en un hecho”³⁰⁵. De este modo, el “principio de propia responsabilidad” afirmará “que alguien responda única y exclusivamente por aquello que jurídicamente se le atribuya a su propia esfera de organización y no a una ajena”³⁰⁶. Así, en la separación de estas esferas de responsabilidad, sean “primarias” o “secundarias”³⁰⁷, no solo se atenderá a la regulación legal, sino que devendrá imprescindible “poner en relación criterios regulativos derivados de los principios de autonomía individual y de propia responsabilidad”³⁰⁸. Desde este principio de responsabilidad “por el propio comportamiento organizador”, además, se extraerán consecuencias “tanto para la teoría de comisión como para la teoría de la omisión, para la teoría de la autoría, para la teoría de las causas de justificación, etc.”³⁰⁹

Por otro lado, desde algunos sectores doctrinales ha venido a afirmarse que el “principio de propia responsabilidad” tuvo su origen en el marco del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, surgiendo precisamente como complemento al principio de la imputación, y ello en razón de la insuficiencia de una mera conexión causal para la imputación del resultado, que exigía una conexión normativa entre la acción y el resultado. Se ha llegado incluso a constatar su aplicación privativa al ámbito de la imputación objetiva, a la que sería inmanente, ejerciendo exclusivamente desde

³⁰⁵ CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 277-278.

³⁰⁶ ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003, pp. 109, 164.

³⁰⁷ Sobre esta distinción véase, PEÑARANDA RAMOS, *La participación... op. cit.* p. 291.

³⁰⁸ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata...*, *op. cit.* pp. 119, 139-140.

³⁰⁹ BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 54.

ese lugar su influencia sobre el resto de los elementos del tipo³¹⁰. Desde otro sector doctrinal, sin embargo, y destaca en este lugar el planteamiento de ROSO CAÑADILLAS, “el principio de responsabilidad por actos propios es un principio rector e informador que está en la cúspide, como otros principios limitadores y de política criminal, del sistema y que afecta a cada uno de los elementos o instituciones de éste, exista o no exista la imputación objetiva”. Según su concepción, entonces, “lo más lógico es que el principio esté presente a la hora de conformar los criterios de la imputación objetiva y de fundamentar los criterios de autoría”³¹¹. También ROBLES PLANAS reconoce su valor de “eje sobre el que gira toda la teoría de imputación –en sentido amplio, esto es, de la responsabilidad jurídico-penal-”³¹². Sólo estas posturas parecen lo suficientemente convincentes.

De todo lo anterior se deduce con claridad que pese a que el contenido material que se otorga al “principio de propia responsabilidad” es prácticamente indiscutido, no lo es tanto su fundamentación. Sobre esta cuestión conviene citar en primer lugar a SCHUMANN, que concluye con el rechazo a todo intento de fundamentación del “principio de autorresponsabilidad” que, según su concepción, no constituirá sino un presupuesto del análisis dogmático realizado, cuya existencia quedará probada mediante la vigencia del principio de confianza³¹³. La estrecha vinculación del principio de confianza con el “principio de propia responsabilidad” es puesta de manifiesto también por STRATENWERTH, llegando a reconocer que “nadie debe responder por

³¹⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, en *La Ley*, Nº 1, 2000, p. 1604, que tras rechazar el dominio del hecho de carácter final propone “moldear la concepción del injusto a través de la teoría de la imputación objetiva”, que gira alrededor de la idea de refuerzo de “la importancia del tipo objetivo a través de una interpretación teleológica que intenta superar una visión formal de la tipicidad y en la que no sólo opera el bien jurídico como criterio interpretativo, sino también otros principios como, por ejemplo, el de autorresponsabilidad”; el mismo, *Resultado lesivo*, pp. 340, 346 y ss., 384-385, 390-391, 398.

³¹¹ ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente...*, *op. cit.* p. 390.

³¹² ROBLES PLANAS, *La participación...* *op. cit.* pp. 112, 161, 290.

³¹³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 24, nota a pie de p. nº 57.

la conducta descuidada ajena, sino que debe confiarse en que cualquier persona cumplirá con sus deberes de cuidado” y ello, en atención a que “con respecto a comportamientos riesgosos que provienen de otras personas (...) no es necesario que se tome en cuenta si el riesgo es previsible, pues la otras personas son también seres responsables. Si se comportan descuidadamente, ello sólo afectará ante todo su propia responsabilidad”³¹⁴.

Crítico con el principio de confianza en este sentido, y privándole de todo contenido normativo, sin embargo, se manifiesta recientemente ROBLES PLANAS. Para este autor, pese a poder afirmarse que el principio de confianza, como manifestación del “principio de autorresponsabilidad”, puede explicar sin dificultades “el complejo funcionamiento de las actividades que se caracterizan por la división del trabajo”, en realidad éste no rige de forma ilimitada ni posee relevancia normativa alguna como criterio de imputación. Según su concepción, la fórmula principal del principio de confianza de que “al primer sujeto le está permitido confiar en la conducta correcta del segundo siempre que no exista un motivo (...) para afirmar lo contrario, es completamente inadecuada para responder a la pregunta por la creación de un riesgo penalmente relevante”. Este autor, además, le reprocha los tintes subjetivistas de los que sufre, así como la obviedad de las soluciones a las que llega, lo que justificaría su escasa incidencia. En opinión de ROBLES PLANAS, además “si (...) lo que excluye la imputación al primer interviniente es la autorresponsabilidad del segundo, ello deberá seguir siendo así, incluso cuando el primero prevea con toda seguridad que el segundo utilizará su aportación para cometer un delito, puesto que no por ello dejará de ser un sujeto autorresponsable”³¹⁵. En realidad, este autor cree reconocer el fundamento del “principio de propia responsabilidad”, del modo en que ya lo hiciera BALDÓ

³¹⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 42, nota a pie de p. n.º 58.

³¹⁵ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op. cit.* pp. 109-115, 291.

LAVILLA³¹⁶, en “la idea más amplia de la autonomía individual reconocida en todo el ordenamiento jurídico”³¹⁷. El reconocimiento a cada individuo de un ámbito de libertad en el que organizar sus propios intereses, sin que nadie pueda responder “por los efectos que su propia conducta pueda ocasionar en otros sujetos a su vez autorresponsables” (aspecto negativo del “principio de autorresponsabilidad”) llevará como contrapartida, además, que cada uno deberá responder por su propia organización cuando ésta sea defectuosa (aspecto positivo)”³¹⁸.

Desde la concepción que se defiende en esta investigación, sin embargo, se puede mantener la opinión de que el “principio de propia responsabilidad” tiene como fundamento la concepción de injusto personal que inspira el Código. De este modo se está de acuerdo con RENZIKOWSKI cuando asevera que de un traslado consecuente del injusto personal al ámbito de la autoría, del modo anunciado previamente por WELZEL³¹⁹, se deduce que “cada uno sólo puede ser castigado por su propio injusto”. Cobra entonces aquí pleno sentido la afirmación de este último autor en el sentido de que “el injusto es un injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Así como el autor contribuye a acuñar el injusto, así pertenece también a la teoría del injusto cómo éste llega a ser autor. La teoría del autor tiene por objeto establecer el centro personal de acción del injusto”. De aquí concluye RENZIKOWSKI, y son varios los autores los que le siguen en las conclusiones, que el fundamento de la participación, como el de la autoría, no podrá ser la imputación de un injusto ajeno, sino sólo “la

³¹⁶ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad...*, *op. cit.* p. 47, confirma que “en todo sistema jurídico-penal respetuoso con el individuo, la idea rectora que constituye el *punto de partida* – que no el final- de las distintas reglas que regulan las situaciones de conflicto en las que están en juego bienes jurídico-penales de sustrato individual reside en el principio de “autonomía individual”. Ello presupone la *separación entre esferas autónomas* – separación de esferas individuales de intereses-. Conformar a esta idea reguladora, en todo sistema social hay que reconocer una división o separación entre esferas jurídicas de intereses autónomas, en las que cada individuo ejerce su *libertad organizativa*, su propia autodeterminación”. Con cursivas en el original.

³¹⁷ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op. cit.* p. 162. Con cursivas en el original.

³¹⁸ ROBLES PLANAS, *La participación...*, *op. cit.* pp. 162-163, 290.

³¹⁹ WELZEL, *Derecho penal alemán...* *op. cit.* p. 142.

lesión de una norma de conducta independiente³²⁰. Los partícipes responderán entonces exclusivamente por lo que ellos mismos hacen³²¹.

El traslado inmediato que del “principio de propia responsabilidad” se ha hecho al ámbito de la codelincuencia, concretamente al ámbito de la autoría mediata³²², ha llevado frecuentemente a conclusiones desacertadas. Y ello, según mi parecer (que coincide plenamente con el de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ), debido a una errónea interpretación de las diversas formas de intervención en el delito, desconociendo que tanto en el caso de conductas principales como accesorias, siempre se responde por el injusto propio y en ningún caso por el ajeno. Esta cuestión entronca directamente, en lo que aquí interesa, con la figura de la autoría mediata. Si bien desde algún sector doctrinal se mantiene la idea de que la autoría mediata no representa sino una excepción al “principio de propia responsabilidad” por acabar imputando al hombre de atrás la conducta realizada por otro, en este lugar voy a mantener la postura contraria, al igual que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en el sentido de que el autor mediato que, como sabemos, realiza la conducta delictiva pese a no ejecutar de propia mano la acción típica, se le imputa únicamente la realización típica propia y en ningún caso una conducta ajena³²³. Por ello se está plenamente de acuerdo con BOLEA BARDON

³²⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 26, nota a pie de p. n° 64.

³²¹ A esta misma conclusión llegan, si bien a partir de razonamientos diversos, BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 119; la misma, *La cooperación necesaria: análisis jurídico y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp.27 y 36, para quien el hecho de que la participación constituya “una forma de intervención en un hecho ajeno, (...)”, no conduce necesariamente a entender que al partícipe se le imputa un injusto ajeno”; y ROBLES PLANAS, R., “Participación en el delito e imprudencia”, *op. cit.*, p. 242; el mismo, *La participación...*, *op. cit.* p. 165. Deriva este autor de un entendimiento normativo del principio de autorresponsabilidad que “la estructura de la imputación en la participación se caracteriza, al igual que en la autoría, por la atribución al partícipe del hecho como obra también suya”.

³²² FARALDO CABANA, *Responsabilidad...*, *op. cit.* pp. 41-42, deduce que la exclusión de la autoría mediata del hombre de atrás que obra a través de ejecutores plenamente responsables “alude al reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico de que cada uno sólo puede ser hecho responsable por su propio comportamiento, sin que sea admisible la atribución de responsabilidad por conductas ajenas”; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.* p. 465, nota a pie de p. n° 584, para quien la aplicación del principio de autorresponsabilidad en materia de intervención delictiva implica que “en los supuestos en los cuales el ejecutor actúa de forma (plenamente) responsable, el hombre de atrás sólo puede ser inductor”.

³²³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 27.

cuando reconoce que la propia conducta no tiene por qué identificarse siempre con una actuación inmediata³²⁴, por lo que “cometer un hecho en autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito”³²⁵. Como veremos, tampoco la admisión de la figura del “autor tras el autor plenamente responsable”, como se pretende hacer ver desde algún sector doctrinal³²⁶, supone ruptura alguna del “principio de propia responsabilidad”. Es evidente, como con acierto señala BOLEA BARDON, que con la admisión de la figura del “autor tras el autor” se está produciendo una ampliación de la responsabilidad, “en el sentido de que se extiende la autoría a esferas de responsabilidad normalmente relegadas al ámbito de la participación”, pero ello “nada tiene que ver con hacer responder por la conducta de otro”³²⁷, sino que simplemente deriva del reconocimiento de poder imputar el hecho a más de una persona. Tanto en la autoría mediata con instrumento parcialmente responsable como con instrumento plenamente responsable –figura del “autor tras el autor”–, el hombre de atrás responde por su propio hecho y no por una conducta ajena. Al estudio concreto de esta particular forma de intervención delictiva me dedicaré en un momento posterior.

³²⁴ En una línea similar, pero fundamentalmente referido a las conductas accesorias, *Vid.* ROBLES PLANAS, *La participación... op. cit.* p. 113, 164. Señala este autor que “actuar” no siempre es actuar de propia mano; no necesariamente presupone una relación física directa entre el sujeto y el bien, sino que el “actuar responsable” de un sujeto puede también manifestarse indirectamente”. En consecuencia ROBLES PLANAS no negará relevancia jurídico-penal a las “creaciones indirectas o mediatas de riesgos referidas a conductas de personas responsables con la mera apelación a la autorresponsabilidad de quien actúa en último lugar”.

³²⁵ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata... op. cit.* pp. 120, nota a pie de p. n° 41, 152; la misma, RDPCr (2003), pp. 13-14. Que algo puede ser “propio” sin necesidad de haberlo realizado de propia mano es puesto de manifiesto también por JAKOBS, *La imputación objetiva... op. cit.* p. 152. Reconociendo que podrá serlo asimismo “cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido”.

³²⁶ En la doctrina española RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, *La responsabilidad... op. cit.* pp. 189-190, 465, precisa que la figura del autor tras el autor “y su inclusión, con carácter general, dentro de los supuestos de la autoría mediata sin delimitar previamente sus contornos, supone una infracción del principio de auto-responsabilidad”.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 161-162. En su opinión, además, solamente podría reconocerse que la figura del autor tras el autor supone una ruptura del principio de “propia responsabilidad” cuando “fuese utilizada para convertir en autoría conductas básicas de participación, con remisión a criterios arbitrarios o simplemente vagos”.

Diferente al “principio de propia responsabilidad” se presenta el conocido simplemente como “principio de responsabilidad”. Éste último, desde su versión más estricta, no hace sino establecer una máxima en virtud de la cual la plena responsabilidad jurídico-penal del último interviniente en el hecho excluye de manera inmediata todo posible castigo como autor de cualquier codelincuente anterior. Se trata de un criterio de naturaleza estrictamente normativa, originado con el propósito de huir de todos aquellos planteamientos puramente fácticos-psicológicos en la verificación del dominio del hecho. El respeto al mismo llevó, y sigue llevando, a un número nada desdeñable de autores a excluir el castigo como autor mediato de todo aquel hombre de atrás que se sirva para la realización del delito de un ejecutor inmediato que, al mismo tiempo, pueda ser hecho responsable en términos de autor de la conducta realizada³²⁸. En hipótesis como ésta, el hombre de atrás sólo podría ser castigado como partícipe³²⁹.

Fue en GALLAS donde apareció con especial claridad la formulación originaria del “principio de responsabilidad”. Del modo en que él lo formuló, “el dominio del hecho mediante la utilización de otro como instrumento encuentra su límite allí donde el Derecho valora al autor inmediato como libre, y por tanto, como persona responsable”³³⁰, lo que le sirvió para negar la autoría mediata allí donde el ejecutor inmediato fuera un autor plenamente responsable. Tras él, autores de la talla de BLOY, CHARALAMBAKIS, CHARCHULLA, DIEL, DROST, HAFT, HERZBERG, HRUSCHKA, JAKOBS, JESCHECK, JOERDEN, KINDHÄUSER, KREY, KÜHL, LESCH, MAIWALD, OTTO, RENZIKOWSKI, RUDOLHI, SAMSON, SPENDEL,

³²⁸ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, *La autoría mediata...*, *op. cit.* p. 28.

³²⁹ Con claridad hace notar GÓMEZ RIVERO que el principio de responsabilidad conduce a la construcción del binomio “responsabilidad del autor-inducción/falta de responsabilidad-autoría mediata”, *Vid.* GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 224.

³³⁰ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, *op. cit.*, p. 29 y nota a pie de p. n° 75.

STRATENWERTH y WELZEL en la doctrina alemana³³¹, así como COBO/VIVES, CONDE- PUMPIDO, DÍEZ RIPOLLÉS, GÓMEZ BENÍTEZ, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MORENO Y BRAVO, OCTAVIO DE TOLEDO, OLMEDO CARDENETE, ROBLES PLANAS Y SÁNCHEZ VERA en la española³³², han vuelto a retomar la misma argumentación al reclamar que el instrumento del que se sirve el autor mediato no sea en sí mismo autor plenamente responsable, aunque no todos ellos han conseguido mantener una estricta fidelidad al principio de responsabilidad en todos los casos en los que un sujeto actúa “a través de otro”³³³. El mantenimiento del “principio de responsabilidad” y, por consiguiente, el rechazo a la admisión de un autor mediato tras un autor jurídico-penalmente responsable, fue lo que llevó también a la Corte Suprema de Justicia de Argentina a castigar como partícipes (cooperadores necesarios) a los miembros de la Junta Militar Argentina que impartieron las órdenes y brindaron los medios materiales para realizar una serie de conductas delictivas (torturas, asesinatos, privaciones de libertad...) con el propósito de la lucha contra la subversión terrorista³³⁴.

Pese a la conformidad de todos estos planteamientos (no siempre normativos) a acudir al “principio de responsabilidad”, cabe considerar que sin embargo éstos no son del todo coincidentes, pues si bien unos otorgan al “principio de responsabilidad” una función meramente delimitadora del dominio del hecho, otros, por el contrario, llegan más allá al atribuirle una función fundamentadora del mismo. Como con acierto señala BOLEA BARDON, desde los propios defensores del “principio de responsabilidad” se han ido presentado posturas que han venido progresivamente abandonando la consideración puramente normativa de que la falta de responsabilidad en el ejecutor

³³¹ *Íbid.*

³³² *Íbid.*

³³³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 31.

³³⁴ *Íbid.*

inmediato fundamenta el dominio del hecho del hombre de atrás, “empleando elementos psicológicos para explicar en qué se basa el dominio del hecho”. El “principio de responsabilidad” aparece entonces, también en las formulaciones de sus propios defensores, más como límite del dominio que como fundamento del mismo, lo que se consigue mediante el recurso a planteamientos psicologicistas, que proporcionarán los criterios materiales necesarios para justificar “por qué la falta de responsabilidad penal del autor inmediato determina la autoría del hombre de atrás”³³⁵. Sólo si se le atribuye al “principio de responsabilidad” una función fundamentadora del dominio del hecho podrá afirmarse que la privación legal de responsabilidad del autor inmediato implica el simultáneo traslado de la misma al hombre de atrás³³⁶. En virtud de la función delimitadora, que fue la que GALLAS propusiera inicialmente, sin embargo, sólo podrá reconocerse que la responsabilidad del hombre de delante excluye el dominio del hecho del hombre de atrás. En contra del mantenimiento de un “principio de responsabilidad” fundamentador del dominio del hecho, autores como GRUNERT y ROSENKAYMER han objetado que la inmediata imputación como autor del hombre de atrás una vez acreditada la falta de responsabilidad como tal del hombre de delante, supone desconocer la reconocida posibilidad de que ni el ejecutor ni el hombre de atrás sean jurídico-penalmente responsables por el hecho. La supresión inicial de la alternativa de que ninguno de los intervinientes sea autor, exigida desde un principio en caso de admisión de un principio de responsabilidad entendido de este modo, no puede desde luego ser aceptada. Además todavía quedaría por probar la estrecha vinculación existente entre la exclusión de la responsabilidad del hombre de delante y el dominio del hecho del hombre de atrás³³⁷.

³³⁵ BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 158, nota a pie nº 44.

³³⁶ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 34.

³³⁷ *Íbid.*

Debemos tener en cuenta, que a toda esta serie de planteamientos, sin embargo, es común la exigencia de que no pueda reconocerse una responsabilidad plena en el autor inmediato. No obstante, de la exigencia de que el ejecutor no sea “plenamente responsable” por el hecho ejecutado se ha pasado casi imperceptiblemente a exigir que el ejecutor no sea “penalmente responsable” por el mismo. Es esencial, por lo tanto, matizar esta diferencia. Siendo fieles a la terminología empleada, quien niegue la calificación de autor mediato cuando el ejecutor sea “plenamente responsable”, no debería cerrar las puertas a castigar al hombre de atrás de tal modo cuando el de delante actúa con responsabilidad atenuada. Si, por el contrario, lo que impide la calificación de autoría mediata es la simple responsabilidad jurídico-penal del ejecutor, sin precisión alguna sobre su carácter pleno o atenuado, debería llegarse a negar la condición de autor mediato, por ejemplo, a quien se sirve de un ejecutor en error de prohibición vencible. Estas consecuencias que parecen deducirse lógicamente de la admisión de una u otra suerte de “principio de responsabilidad apenas han obtenido reflejo en la doctrina³³⁸.

Dejando a un lado estos posicionamientos normativos y haciendo una recapitulación al aludido “principio de responsabilidad”, debemos tener en cuenta como ya se hizo al principio del epígrafe y sobre en todo en referencia al título del trabajo de investigación que les presento, es decir, qué representa el “principio de responsabilidad” en la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, es que en materia de autoría y participación, de acuerdo con la formulación habitual del principio de responsabilidad, en la medida en que el ejecutor (autor inmediato) comete el delito de forma libre, voluntaria y consciente no sería

³³⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 34.

posible ya hablar de dominio del hecho en relación con quien le determinó a ello, de forma que el hombre de atrás no podría ser considerado autor (mediato), sino mero inductor. Por tanto, el desarrollo lineal del citado principio lleva a negar la posibilidad de autoría mediata cuando el ejecutor directo actúa de forma plenamente responsable, quedando restringida su admisión a los casos en que el ejecutor sea inimputable o actúe en estado de error o bajo coacción, que son los admitidos por la doctrina mayoritaria, es decir, a supuestos en los que el ejecutor inmediato es un mero instrumento carente de libertad en manos del hombre de atrás³³⁹.

Es por eso que en el marco de la discusión sobre la coautoría ROXIN afirma que resulta "difícil de armonizar con el principio de culpabilidad, el que hubiera que castigar a alguien por algo que otro ha hecho responsablemente"³⁴⁰. ¿Acaso no es precisamente esto lo que propone con su tesis del dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder? El principio de responsabilidad es uno de los principales obstáculos que ha encontrado la autoría mediata con aparatos organizados de poder.

Pues bien, ROXIN no niega que éste deba ser el criterio general, pero afirma que debe admitirse una excepción en el caso de aparatos organizados de poder, opinión que comparte un destacado sector de la doctrina alemana. La razón última de que se proponga dicha excepción, y de que ésta sea aceptada por numerosos estudiosos de la materia, es que la calificación del hombre de atrás como mero inductor no parece que permita captar de forma adecuada la relevancia de su intervención en el hecho.

³³⁹ FARALDO CABANA, P.: "Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa", en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, ed. Colex, Madrid, 2008, p. 22.

³⁴⁰ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 305.

Piénsese que en el marco de una organización fuertemente jerarquizada y con numerosos miembros dispuestos a ejecutar las órdenes procedentes de la cúpula la emisión de una orden por parte de quien ocupa el vértice de la organización se constituye en factor decisivo para la realización del delito. De esta forma, el hombre de atrás posee un dominio del hecho al menos igual que el que se comprueba en situaciones que unánimemente se incluyen en la autoría mediata, como ocurre cuando la persona utilizada como instrumento es un inimputable o actúa en estado de error o bajo coacción³⁴¹. Además, el principio de responsabilidad, entendido en sentido estricto, debería llevar a rechazar la autoría mediata también cuando el instrumento actúa en error vencible de tipo, o con culpabilidad disminuida, puesto que en ambos casos responde penalmente, aunque se le imponga una pena notablemente reducida³⁴².

Ahora bien, ¿es cierto que la autoría mediata con aparatos organizados de poder es una excepción al principio de responsabilidad? ¿La construcción del autor tras el autor supone la imputación de una conducta ajena? En opinión de BOLEA BARDON, no. "Cometer un hecho en autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta, que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito. De ahí que no quepa decir que la autoría mediata supone una excepción al "principio de propia responsabilidad"³⁴³. La construcción dogmática que nos ocupa no constituye una excepción al principio de responsabilidad, sino a la regla según la cual la plena responsabilidad del último interviniente en el hecho (autor

³⁴¹ En este sentido, FIGUEIREDO DÍAS, J., "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el "dominio de la organización", en FERRÉ OLIVÉ, J.C./ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, p. 102.

³⁴² FARALDO CABANA, *Responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 21.

³⁴³ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 120, nota núm.41. Parece coincidir con esta afirmación NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Edi. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 178, cuando afirma que "es evidente que, dada la situación de amplio dominio de todo el marco y condiciones de la ejecución del hecho, por parte de tales "hombres de atrás", que de hecho determina que el ejecutor inmediato pueda llegar a ser un sujeto fungible, que incluso no conozca el sentido último del hecho, parece que el principio de autonomía o autorresponsabilidad no puede operar aquí como barrera de imputación".

doloso) excluye la autoría en relación a las intervenciones anteriores³⁴⁴. Y es que en esta cuestión han de distinguirse al menos dos nociones de responsabilidad: por una parte, nos encontramos con una responsabilidad por el propio comportamiento organizador, que deriva de la imputación al sujeto de los riesgos que surgen de su esfera de organización; y en segundo lugar, la responsabilidad criminal, que resulta de atribuir el hecho antijurídico a su autor en un contexto de ausencia de causas de inimputabilidad y de exculpación. La responsabilidad a título de autor no implica necesariamente hacer responder penalmente al autor de su hecho. "Para calificar al sujeto como autor, en sentido jurídico-penal, nos conformamos con que se le pueda hacer responsable del hecho en términos de imputación objetiva y subjetiva. Una vez establecida la relación de autoría, habrá que determinar si concurren los presupuestos para atribuirle responsabilidad penal. El autor no responderá penalmente de su hecho si concurre alguna causa de justificación o de exculpación, tampoco si se encuentra en una situación de inimputabilidad, pero seguirá siendo autor del mismo, pues no deja de ser responsable del peligro"³⁴⁵. El principio de responsabilidad no debe interpretarse en términos de responsabilidad criminal, pues conduce a afirmar que la posibilidad de admisión de la autoría mediata termina "allí donde el instrumento es en sí mismo autor plenamente responsable", sino en términos de posibilidad de imputación objetiva y subjetiva del riesgo creado con la propia conducta, lo que permite admitir que existen situaciones en las que el ejecutor material (autor inmediato) actúa de forma libre y plenamente responsable y el hombre de atrás conserva una especial relación con el

³⁴⁴ BOLEA BARDON, *Autoría mediata, op. cit.*, p. 120, nota núm.41. Esta regla está basada en la prohibición de regreso de FRANK, que en la controversia acerca del concepto de causalidad señaló que hay "condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia, ... rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden considerarse como causas: no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado". Ampliamente sobre la fórmula y su aplicación en la distinción entre autoría mediata e inducción, HRUSCHKA, J., "Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias", en RDPC, n° 5, 2000, pp. 189 ss; en España, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, pp. 20-34.

³⁴⁵ BOLEA BARDON, *Autoría mediata, op. cit.*, p. 121.

peligro (que le convierte en autor mediato). "Nos referimos a supuestos en que se aprecia un dominio compartido del riesgo, dominio ejercido desde distintas posiciones, que sirve de base a la figura del autor tras el autor"³⁴⁶. En conclusión, "lo decisivo es poder constatar que (los hombres de atrás) comparten el dominio del riesgo con el hombre de delante desde una posición de control de la organización"³⁴⁷. Se trata, como puede observarse, de hacer depender la cualidad de autor del hombre de atrás de su propia conducta y no de la cuestión de si el instrumento es o no penalmente responsable³⁴⁸.

Cabe destacar que a favor de la necesidad de distinguir entre injusto individual e injusto colectivo o de la organización también se ha manifestado AMBOS, quien entiende que de esta forma se resuelve la aparente contradicción que supone afirmar el dominio sobre un ejecutor que actúa de modo responsable³⁴⁹. Injusto colectivo sería "aquel injusto que se presenta en contextos organizados de poder y acción (macrocriminalidad)". En este marco no sería aplicable un principio estricto de responsabilidad, "porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto que parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual"³⁵⁰. Por este motivo AMBOS considera necesario poner en cuestión las reglas tradicionales del Derecho penal del individuo cuando se trata de supuestos de ejecución del hecho por parte de otro en el contexto de conductas de macrocriminalidad: "la circunstancia de que el hombre de atrás -a diferencia de los casos "normales" de autoría mediata- no domina de modo directo, sino (sólo) indirecto a través del aparato, conduce a una responsabilidad en virtud de competencia funcional

³⁴⁶ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 140. Sobre lo que esta autora entiende por "dominio del riesgo", *Vid. op. cit.*, pp. 134-136.

³⁴⁷ *Ibid.*, p. 368.

³⁴⁸ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* en su nota 47, p. 122.

³⁴⁹ AMBOS, "Dominio del hecho...", *op. cit.*, p. 147. Sigue este autor la tesis mantenida por el sector doctrinal representado por BLOY y otros.

³⁵⁰ AMBOS, "Dominio del hecho...", *op. cit.*, p. 147.

(como "autor de escritorio", emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.), dicho brevemente: a una responsabilidad con base en un injusto de organización en lugar de injusto individual"³⁵¹. Por consiguiente, para la imputación es decisivo que se pruebe el dominio por organización del hombre de atrás, pues "el dominio de la organización presupone siempre dominio sobre una organización, es decir, un instrumento colectivo reemplazable y, con ello, también dominio por medio de esta organización". Este dominio tiene lugar de forma más intensa cuanto más poder de decisión y más disponibilidad de recursos humanos se posea³⁵². La autoría mediata del hombre de atrás termina sólo en aquel punto en el que "faltan los presupuestos precisamente de ese dominio por organización". A la hora de delimitar y concretar esos presupuestos sigue AMBOS los criterios elaborados por ROXIN, "organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles"³⁵³, limitándose, como única originalidad, a relativizar el requisito de la desvinculación del aparato respecto del Derecho: "la desvinculación del Derecho de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización"³⁵⁴.

Sobre estas propuestas de construcción de un injusto de organización se ha pronunciado ROXIN, quien no obstante de reconocer su interés prefiere limitarse a analizar las conductas de los que toman parte en los acontecimientos bajo la perspectiva dogmática del delito individual³⁵⁵, aunque se trate de una perspectiva que otros consideren superada.

³⁵¹ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal...*, *op. cit.* nota 193, p. 112.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ AMBOS, "Dominio del hecho...", *op. cit.*, p. 164.

³⁵⁴ AMBOS, "Dominio del hecho...", *op. cit.*, p. 147.

³⁵⁵ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, p. 270.

La idea de que el instrumento en manos del hombre de atrás es la organización y no el ejecutor individual, de que el dominio del hombre de atrás se ejerce sobre el aparato de poder, permitiría vincular la posibilidad de sustitución o intercambiabilidad de los integrantes de la organización con el dominio que ejerce el hombre de atrás sobre la organización, que le faculta para prescindir de ejercer coacción de cualquier tipo o de causar o aprovechar un error en el ejecutor, pues no necesita llevar a cabo dichas conductas para tener el dominio sobre el hecho. En este punto se unen las propuestas de BOLEA BARDON y de los partidarios de un injusto de organización: el funcionamiento automático del aparato de poder, del que es síntoma la intercambiabilidad de los ejecutores materiales, permite a los dirigentes estar seguros de que sus órdenes se cumplirán, con independencia de que un miembro concreto se niegue a ejecutarlas. Pero en cualquiera de los dos casos se trata siempre de un injusto individual, tanto para el hombre de atrás como para el ejecutor. Para los partidarios de un injusto de organización, tanto el hombre de atrás como el ejecutor son responsables por el hecho, aunque desde niveles distintos (el hombre de atrás por el injusto de organización y el ejecutor material por el injusto individual). Somos de la opinión de que, en ambos casos, se trata nuevamente de supuestos de atribución de responsabilidad por el hecho individual, por el delito concreto cometido, pues si el ejecutor material responde por la realización libre y plenamente responsable del delito, el hombre de atrás lo hace por su dominio del aparato, cuya estructura y funcionamiento ha permitido que de la emisión de la orden se derivase de forma prácticamente automática la comisión de la infracción penal³⁵⁶. Ahora bien, pese a lo sugestivo de la propuesta, la tesis del injusto de organización, conforme a la cual el instrumento en manos del hombre de atrás no es el ejecutor sino el aparato organizado de poder, se enfrenta a una objeción insuperable *de lege lata* en el Derecho penal

³⁵⁶ Así lo señala BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 388, nota núm.154, respecto de la construcción de BLOY.

español: el art. 28 CP considera autores mediatos a quienes realizan el hecho "por medio de otro del que se sirven como instrumento", y ese otro indudablemente no puede ser más que "otra persona", sin que pueda referirse a una organización³⁵⁷.

No obstante a lo anterior en la doctrina española también se han ido levantando en los últimos años voces contrarias al mantenimiento de un estricto principio de responsabilidad. Las críticas se han vertido fundamentalmente frente a la función fundamentadora del dominio del hecho que todavía algunos sectores doctrinales se han esforzado en mantener, es decir, frente al inmediato desplazamiento de la responsabilidad jurídico-penal como autor al hombre de atrás con la legalmente constatada exención de la misma al hombre de delante. Así, según el parecer de HERNÁNDEZ PLASENCIA, el mantenimiento del principio de responsabilidad no provocará sino que "la realización del tipo de un tipo penal por un sujeto, su autoría, (...) no dependa siquiera ya del juicio de culpabilidad que se emita sobre el mismo, sino del juicio de culpabilidad de otra persona". La calificación del hombre de atrás tendría que retrasarse entonces hasta el momento en que se concreta si el ejecutor actúa o no de forma responsable, emergiendo una suerte de método de determinación de la autoría de carácter "formal-negativo y accesorio"³⁵⁸ del modo en que ya BAUMANN y

³⁵⁷ Sobre las posibilidades que ofrece el injusto de organización para fundamentar la responsabilidad penal de la propia empresa, *Vid.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización?: algunas consideraciones previas", *Cuadernos de Política Criminal*, N° 88, 2006, pp. 150-153.

³⁵⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* en su nota 145 HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.*, pp. 10, 163. OLMEDO CARDENETE, pretende hacer frente a esta objeción con el argumento de que la calificación de autor mediato no se hace depender "de modo riguroso (...) de la declaración de responsabilidad o irresponsabilidad del instrumento, puesto esto supondría en la relación autor mediato-instrumento una suerte de hiperaccesoriedad sustantiva y procesal". Desde su punto de vista, en realidad, se trata únicamente de "valorar la gravedad del comportamiento del hombre de atrás, para lo cual es necesario valorar la eficacia de la instrumentalización" (cfr. OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesorio*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 574-575). Desde el punto de vista de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, sin embargo, OLMEDO está siguiendo un razonamiento circular. Si bien pretende alejar aquí la calificación del hombre de atrás como autor mediato de una decisión basada exclusivamente en el principio de responsabilidad y apoyarla en la "gravedad" de la conducta del hombre de atrás, no puede olvidarse que previamente (p. 574) había reconocido que tal "gravedad" sólo se produciría cuando la instrumentalización del ejecutor fuera tan relevante que excluyera la responsabilidad del agente. La "gravedad del comportamiento del hombre de atrás" provocará en todo

SCHROEDER lo advirtieran. BOLEA BARDON por su parte, continúa esta misma argumentación, insistiendo en que un planteamiento fiel al principio de responsabilidad tendría como consecuencia acabar fundamentando la responsabilidad del hombre de atrás en función de cómo califica el Derecho la conducta del autor inmediato³⁵⁹, lo que según su parecer descuidaría “la propia conducta que realiza el de detrás” y en consecuencia, supondría “una quiebra intolerable del “principio de propia responsabilidad”³⁶⁰. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ no puede por menos estar absolutamente conforme con estas formulaciones³⁶¹.

2. La cualidad de “instrumento”.

2.1. Del instrumento “mecánico” al instrumento “animado”. Reconocimiento de la autoría mediata.

Tradicionalmente la naturaleza del “instrumento” venía siendo deducida de la exclusiva equiparación con un instrumento mecánico (empleo de armas, piedras, artificios mecánicos, etc....) y, desde luego, no venía vinculada a la figura de la autoría mediata.

La restricción del concepto de autoría como realización exclusiva del hecho de propia mano fue progresivamente superada, abriéndose paso a la posibilidad de extender el concepto de instrumento también a seres animados y a la calificación de

caso la exclusión de la responsabilidad del agente, entonces, ¿qué diferencia hay en basar la calificación como autor o partícipe en uno u otro aspecto? Ninguna en opinión de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ.

³⁵⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* en su nota 148 dice que “En este sentido se interpretan las palabras de RUÍZ ANTÓN, *op. cit.*, p. 163.: La determinación del comportamiento realizado por el instrumento y su valoración dogmático penal es decisiva para considerar si el hecho es o no constitutivo de una autoría mediata. De ahí que la condición de autor mediato en rigor esté más en función de la conducta del instrumento que de la conducta del hombre que actúa en la sombra, en contra de lo que afirma la teoría del dominio del hecho”. Críticamente con él, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.* pp. 520-523.

³⁶⁰ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 287.

³⁶¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 40.

autor de quién de ellos se servía. Fue BINDING quien llamó la atención sobre cómo el delincuente había venido aprendiendo para la ejecución de sus planes de la utilización de “instrumentos vivos”³⁶². En lugar de golpear por sí mismo, se azuzaba a un perro mordedor; y en lugar de robar por sí mismo, se enviaba a un esclavo o a un criado. Si bien la utilización de animales provocaría pocas dificultades, pues no habría otra persona a quien imputar la culpabilidad que de quien ellos se servía, cuando el instrumento del autor era también una persona, cabía cuestionarse si la cualidad de autor se atribuía al instrumento, y, siendo así, cómo se debía interpretar y enjuiciar la conducta de quien había ordenado o encargado la ejecución del delito. En lo que ahora interesa, cabe hacer ver que BINDING equiparaba penalmente el recurso a un animal y el recurso a un incapaz de imputación. En el segundo caso, la concurrencia de dos personas en la realización del delito, el autor sería autor mediato³⁶³. La equiparación llevada a cabo por BINDING entre las personas intermedias y las cosas interpuestas de las que se vale el autor, sin embargo, no pueden convencer³⁶⁴. Además, se ha convertido en una cuestión muy debatida en el seno de nuestra doctrina. La necesaria distinción entre una y otra clase de “herramienta” deviene esencial –como mayoritariamente sucede– proponen limitar la autoría mediata exclusivamente a los casos en los que el instrumento es una persona humana, pues sólo su conducta (y no la de un animal ni la de un aparato mecánico) “puede revestir en sí misma un significado jurídico-penal”³⁶⁵. Es por esta razón que al igual que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, considero desacertados estos planteamientos como el recientemente asumido por SÁNCHEZ-VERA que, reconocen “una total equiparación entre el instrumento

³⁶² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 42.

³⁶³ Ídem., nota a pie de p. n° 155. BINDING califica de errónea la expresión de “autor mediato”, pues “lógicamente el autor mediato necesita del autor inmediato”.

³⁶⁴ Al igual que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, opino que tampoco es acertada la idea de GONZÁLEZ RUS en el sentido de que “si nadie discute que es autor quien para realizar el delito se sirve de un instrumento mecánico o de un animal, no se ve por qué habría de negársele esa condición cuando se sirve de otros hombres, que actúan como si fueron ellos también un puro instrumento” La instrumentalización de una persona y de una cosa no siempre son identificables y, en consecuencia, tampoco se reconducen a la misma forma de autoría (*Vid.* GONZÁLEZ RUS, “Autoría única inmediata...”, *op. cit.* p. 102).

³⁶⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho penal español”, *op. cit.*, p. 469.

humano y el no humano”³⁶⁶, lo que desde la particular concepción del autor español le sirve además para apoyar al mismo tiempo una equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata³⁶⁷. Toda distinción del instrumento-cosa (un arma de fuego, por ejemplo) del instrumento-hombre (un inimputable o alguien sometido a error o coacción) no supone para SÁNCHEZ-VERA sino “una concepción naturalista del Derecho penal y que, por lo tanto, habría de ser considerada ajena al mismo”. Desde su punto de vista, entonces, habría de atenderse exclusivamente a una valoración puramente normativa, que no repararía en si el instrumento empleado era o no un hombre, ya que en cualquier caso estaría “ante un pedazo de naturaleza”³⁶⁸, ante un “mero objeto”. La diferencia entre “persona” y “cosa” será de carácter meramente jurídico, no procedería de la esencia misma de las cosas. Si no fuera coincidente la cualidad de instrumento de un hombre de delante y la de una cosa, no quedaría para SÁNCHEZ-VERA sino “afirmar la “autoría mediata” como una forma de participación accesoria”. En definitiva, para este autor “o bien hablamos de instrumento, de comportamiento sin sentido social, y con ello de autoría mediata, o bien hablamos de comportamiento personal y por tanto poseedor de sentido, pero entonces habrá que hablar, indefectiblemente, de coautoría o de participación por parte del sujeto “de atrás”³⁶⁹. Con esta afirmación, SÁNCHEZ-VERA parece decir que, por ejemplo, la conducta de quien, instrumentalizado, lleva a cabo una acción típica, antijurídica e inculpable carece de “sentido social”, el cual parece solo poder lograrse cuando puede atribuirse una responsabilidad jurídico-penal (sea como partícipe o autor) plena o atenuada. Y también parece querer decir, si no lo comprendo mal, que la misma ausencia de sentido social puede predicarse de la conducta de un sonámbulo (falta de

³⁶⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia”, en *ADPCP*, T LI, 1998, pp. 347, 349.

³⁶⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pp. 88, 92, 94, 155, 156, 182, 191-192.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 192.

³⁶⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Sobre la figura de la autoría mediata...”, *op. cit.* pp. 344-345.

acción), de quien actúa sin dolo (atipicidad) o de quien actúa amparado en una causa de justificación, de inculpabilidad o de inimputabilidad. El único comportamiento poseedor de sentido será, retomando aquí la formulación de JAKOBS, el de la “persona”, pero no el del “hombre”. El hombre podrá ser utilizado como instrumento y en este sentido se equiparará al de un objeto, pues no es sino “un factum sin cualidad jurídica alguna”³⁷⁰. El planteamiento de SÁNCHEZ-VERA sólo resultaría adecuado si se vinculara con exclusividad a las hipótesis de instrumentalización de una persona que no realiza acción alguna. Desde el momento en que se hace extensivo a todo género de instrumentalización, no se puede por menos que mostrar desacuerdo tanto con la equiparación de instrumento-persona con el instrumento mecánico³⁷¹, como con la pretendida equiparación entre autoría mediata e inmediata.

2.2. Sobre la compatibilidad de la instrumentalización y la actuación responsable del ejecutor.

Desde los primeros planteamientos citados, y una vez reconocida la posibilidad de que el autor mediato llevara a cabo el hecho “a través de” otra persona, se procedía a la equiparación de la instrumentalización con la irresponsabilidad. Solo podía ser instrumento la persona incapaz de responsabilidad. Esta equivalencia ha sido sostenida con posterioridad por un sector nada desdeñable de la doctrina. Sin embargo, ¿supone ello cerrar la puerta a la admisión de un instrumento responsable y, en consecuencia, a la autoría mediata?³⁷²

³⁷⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 44.

³⁷¹ En el mismo sentido BOLEA BARDON, “La autoría mediata en algunos supuestos de error”, *op. cit.*, p. 15, que con razón remarca que en todo caso el instrumento ejecutor deberá tener “un mínimo de voluntad” que impedirá “al hombre de detrás controlar la acción del de delante como si de un objeto mecánico se tratase”.

³⁷² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 46.

Se trata de dos cuestiones distintas, pero estrechamente unidas. Por un lado, se trata de averiguar si existe algún supuesto de instrumentalización en el que no pueda reconocerse al mismo tiempo que el “instrumentalizado” es incapaz de imputación. Por otro, se trata de tomar postura sobre si la autoría mediata está necesariamente obligada a los dictados del “principio de responsabilidad” y, en consecuencia, si resulta del todo inviable una autoría mediata cuando la persona de la que se sirve actúa con plena responsabilidad. Ambas cuestiones podrían resolverse simultáneamente tomando partido sobre la compatibilidad de la instrumentalización y la responsabilidad que caracteriza al ejecutor.

El concepto de instrumento no sería concretado más en virtud de la capacidad o incapacidad de imputación de responsabilidad y habría que buscar nuevos elementos definidores. Lo que no puede negarse es que, *de lege lata*, la redacción del artículo 28 CP se limita a la exigencia de la condición de “instrumento” de la persona interpuesta, no apareciendo en lugar alguno que tal condición implique su irresponsabilidad. La propuesta es entonces ver si existen claros supuestos de instrumentalización que no convierte al ejecutor en irresponsable. Para ello debemos partir de la comprensión del instrumento como aquello “que sirve de medio para hacer una cosa o conseguir un fin”³⁷³. No hay nada en la redacción legal que obligue a adoptar como punto de partida una definición del concepto de instrumento diferente a la del lenguaje común. Sin tomar todavía una postura definitiva sobre esta cuestión, puedo adelantar ya, que si bien puede ser cierto que la condición de instrumento exigida por la ley, a primera vista parece no ser equivalente a la condición de ejecutor irresponsable, de modo que en principio podría admitirse una autoría mediata siendo el instrumento tanto responsable como irresponsable, no puede también desconocerse que vamos también a

³⁷³ *Ibid.*, p. 47.

encontrarnos con supuestos en los que el ejecutor aparece ciertamente instrumentalizado, pero que no atribuyen al hombre de atrás el carácter de autor mediato por razones diversas a la inimputabilidad del que actúa de propia mano.

El carácter de instrumento asociado con la figura de la autoría mediata, en consecuencia, deberá ir vinculado a algún otro requisito que justifique por qué determinadas instrumentalizaciones desembocan directamente en la autoría directa antes siquiera de entrar a analizar si el ejecutor actuó o no culpablemente. Se coincide, en definitiva, con HERNÁNDEZ PLASENCIA en reconocer que “nos podemos encontrar (...), ante claras situaciones de instrumentalización que conforme a Derecho hacen al sujeto de delante responsable (...); es decir, que no toda instrumentalización convierte al ejecutor en irresponsable”³⁷⁴.

2.3. El instrumento plenamente responsable. La figura del autor detrás del autor.

Se puede deducir sin apenas dificultad que la condición de “instrumento” ni siempre va vinculada a la autoría mediata ni, en caso de la referente a ella, exige en todo caso la responsabilidad del instrumentalizado, habiendo ejemplos claros de instrumentalización en los que no puede negarse el superior dominio del hecho por parte del hombre de atrás. Ello es indudable cuando no puede responsabilizarse jurídico-penalmente al instrumento por sufrir un defecto en su imputación (bien la tipicidad, en la antijuricidad o en la culpabilidad), no absolutamente claro cuando, pese a la atenuación de su responsabilidad, ésta no queda excluida, y tremendamente discutido cuando la responsabilidad de quien interviene de forma inmediata en la

³⁷⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, op. cit. p. 160.

ejecución del hecho no queda atenuada de forma alguna. Sobre si cabe hablar o no de instrumentalización en estos últimos casos, y sobre si tal instrumentalización es la típicamente exigida para apreciar la autoría mediata del hombre de atrás pretendo ocuparme con profundidad en lo que sigue.

En este punto, al tratar de la responsabilidad del sujeto que actúa “a través de otro” plenamente responsable, prefiero al igual que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, inclinarme por la terminología del “autor tras el autor”. La doctrina no se pone de acuerdo sobre su verdadero significado. Si bien desde algún sector doctrinal se reserva esta calificación exclusivamente para aquellos supuestos en los que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, desde otros, sin embargo, se acepta su extensión a todas aquellas hipótesis donde el ejecutor actúe con responsabilidad, sea ésta plena o atenuada, de forma que los ejemplos de instrumento en error de prohibición o de tipo vencibles o en error sobre un presupuesto que sirve de base a una causa de inculpabilidad, serían subtipos de esta figura del “autor tras el autor”³⁷⁵. Siendo absolutamente rigurosos, sin embargo, y partiendo de la idea de que la correcta ubicación sistemática del concepto de autor en la estructura del delito es el tipo, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva, no quedaría sino reservar el término “autor detrás del autor” para aquellos casos en los que simplemente se constatará que el ejecutor lleva a cabo una conducta típica, por mucho que no fuera antijurídica y por tanto no fuera a ser castigado por la conducta realizada³⁷⁶. De este modo las hipótesis a incluir dentro de la figura del “autor detrás del autor” quedarían notablemente

³⁷⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* pp. 85-86.

³⁷⁶ Asimismo, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.* p. 132, nota nº 242, al admitir la figura del “autor tras el autor” también “cuando el instrumento actúa típicamente”, lo que le lleva a proponer cambiar la terminología de modo que se hablara de “autor tras el autor responsable para referirse a los supuestos en que autor mediato e instrumento son los dos culpables por el hecho”. De forma paralela, pero desde una posición que considera la correcta ubicación de la autoría en el injusto *Vid.* COBO/VIVES, *Derecho Penal*, que renuncia a la reserva de la denominación “autor tras el autor” a los casos en los que el instrumento resulta penado. Desde su punto de vista, “el autor es autor cuando realiza el injusto, resulte su conducta punible o no y, en tal supuesto, el autor mediato es autor tras el autor inmediato”.

ampliadas. Por esta razón, así como por la generalizada vinculación de esta extendida terminología a los casos en los que el instrumento es jurídico-penalmente responsable, asumo, al igual que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la interpretación más estricta del término. De este modo, en adelante cuando haga referencia a la figura del “autor tras el autor” atenderé en exclusividad a aquellos supuestos en los que un sujeto responsable realiza un hecho a través de otro que asimismo responde jurídico-penalmente de forma plena³⁷⁷.

La figura del “autor tras el autor”, en definitiva, quedará casi exclusivamente relegada a las hipótesis que centran esta investigación. La discusión doctrinal y jurisprudencial sobre la admisibilidad de este tercer supuesto de autoría mediata, junto con la autoría mediata en virtud de error y de coacción, se ha centrado únicamente en la figura que ROXIN ha venido a calificar como “dominio de organización”. Sin perjuicio de dedicarle una atención pormenorizada a cada uno de los presupuestos fundadores de esta figura, en este lugar no puedo dejar de analizar el modo en que se ha ido excluyendo la aplicación del “principio de responsabilidad” en éste ámbito, incluso, y esto no puede dejar de llamar la atención, desde aquellos que hasta entonces no habían admitido quiebra alguna a tal principio. Además, devendrá también imprescindible un análisis concreto sobre la figura del instrumento en estos casos particulares de dominio del hecho del hombre de atrás que actúa amparado en un aparato organizado de poder. En este lugar no podremos escapar de la problemática que suscita trasladar el análisis de estas cuestiones del ámbito del “injusto colectivo” al propio del “injusto individual”³⁷⁸.

2.4. Planteamientos excepcionadores del principio de responsabilidad.

³⁷⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 87.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 88.

Desde que en 1963 ROXIN diera a conocer su original figura del “dominio de organización”, el “principio de responsabilidad” ha venido siendo excepcionado incluso por quienes se habían instituido hasta entonces como guías de su propio respeto. De este modo llama la atención que autores como BLOY, HERZBERG antes de su último cambio de opinión y STRZTENWERTH en la doctrina alemana y GÓMEZ BENÍTEZ en la española, que pese a mantener la defensa del principio de responsabilidad en el dominio del hecho y en virtud de coacción y de error –incluso en los casos de error de prohibición vencible-, no hagan lo mismo cuando el hombre de atrás, sirviéndose de un aparato de poder, se aprovecha del carácter fungible de sus subordinados responsables para llevar a cabo determinadas conductas delictivas³⁷⁹. Indudablemente, también desde los sectores donde con mayor firmeza se pregona la defensa del principio de responsabilidad, otro grupo de autores no cede a su relativización siquiera para este supuesto particular. Así, autores como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, JAKOBS, FERRÉ OLIVÉ, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, LESCH, MARÍN DE ESPINOSA Y OLMEDO CARDENETE entre otros, niegan toda posibilidad de reconocer como autor mediato al hombre de atrás en la cúspide de un aparato organizado de poder y ello precisamente, en la línea de su anterior argumentación, porque el ejecutor inmediato actúa de forma libre y plenamente responsable. Más interesante resulta en este lugar investigar qué es precisamente lo que ha llevado a aquel otro grupo de autores mencionado a renunciar a aplicar el “principio de responsabilidad” en estos casos de dominio organizativo. En la mayor parte de estos casos, como veremos, se lleva a cabo una reinterpretación del término “instrumento”, que permitirá conciliar mejor la idea de que el ejecutor inmediato sea al

³⁷⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 88.

mismo tiempo plenamente responsable por su hecho, por lo que lo analizaremos seguidamente con más detalle.

2.5. El “instrumento” en los aparatos organizados de poder.

La idea de que la determinación del instrumento del cual se sirve el hombre de atrás situado en la cúpula de la organización no debe hacerse atendiendo a los baremos del injusto individual, en referencia a los concretos ejecutores que llevan a cabo las conductas delictivas, sino en consideración a una perspectiva mucho más amplia, referida al conjunto de la organización, no es nueva. Ya HERZBERG propuso excepcionar el principio de responsabilidad para estos casos en atención a que la razón que fundamenta que la libertad de decidir del receptor de la orden –que actuaba con conocimiento y casi siempre libre de toda coacción- no afecte al dominio del hecho de las personas de atrás, es que “su verdadero instrumento no era la persona individual, sino un mecanismo de poder que funciona casi automáticamente, el “aparato” sin alma que sigue actuando sin dificultades incluso cuando el instrumento rehúse obedecer”³⁸⁰.

Esta misma idea ha venido siendo retomada posteriormente desde otros sectores doctrinales, normalmente aportando fundamentaciones más amplias. De este modo, también para BLOY, la mencionada, y por él mismo criticada, contradicción interna que supone reconocer que un autor plenamente responsable (libre) puede ser al mismo tiempo instrumento (no libre) en manos del hombre de atrás, “se diluye” precisamente al analizar la singular estructura del dominio de organización. Desde su punto de vista, asimismo, la imputación de la acción en este caso, a diferencia de los

³⁸⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 89.

otros casos de dominio de la voluntad, no se basa en que el dominio de atrás domine a los ejecutores, sino que “él sólo domina el aparato”³⁸¹.

De este modo se atribuye al ejecutor un doble posicionamiento, por un lado, como sujeto jurídico penalmente responsable por su acción y, por otro, como instrumento a través del cual actúa la organización misma. Esto último, sin embargo, no le exonera como individuo, pero “por la acción de la organización como tal sólo es responsable quien tiene el dominio de la organización. El principio de responsabilidad, de este modo, solo tendrá aplicación cuando la autoría mediata se base en el dominio individual del hombre de atrás sobre el ejecutor inmediato”³⁸². En la medida que se trate de un dominio organizativo sobre el suceso típico, por el contrario, “la autoría mediata termina allí donde falten precisamente los presupuestos de este dominio de la organización”. Ello, en opinión de BLOY, está lejos de suponer una quiebra del principio de responsabilidad y lleva aparejada, en realidad, una delimitación más precisa de sus contornos”³⁸³. El “principio de responsabilidad” ganaría de este modo en concreción, al limitarse exclusivamente a los casos de dominio individual. Que también STRATENWERTH acaba asumiendo la postura original de HERZBERG ha sido defendido desde algún sector doctrinal³⁸⁴, reconociendo que en lugar de centrarse en el dominio del hecho del hombre de atrás sobre los concretos ejecutores, STRATENWERTH en realidad pone el acento “en el dominio del hombre de detrás sobre la propia organización” y en ello en razón de su reconocimiento de que “el hombre de atrás es el verdadero dueño del suceso” o de que tiene “la organización en

³⁸¹ *Íbid.*, p. 90.

³⁸² *Íbid.*, p. 90, nota a pie de p. n.º 366.

³⁸³ Críticamente, con acierto, BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 368, al reconocer que “la tendencia actual a calificar como autores mediatos a los dirigentes de organizaciones criminales no hace más que (...) poner de manifiesto, una vez más, que el criterio de responsabilidad criminal no es el más adecuado para establecer los límites de la autoría mediata”.

³⁸⁴ Así BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 353; FARALDO CABANA, *Responsabilidad...*, *op. cit.* p. 108 y MEINI, I., *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 119.

sus manos”³⁸⁵. Desde luego que estas dos últimas aseveraciones son defendidas por STRATENWERTH, pero no obstante, quizás no podría considerarse que se extrae la conclusión de que también este autor considere que es una suerte de dominio colectivo el que le convierte en autor mediato. STRANTENWERTH, asumiendo la fundamentación de ROXIN, se limita a reconocer que “el autor de la mesa de escritorio”, que no interviene por sí mismo en la ejecución del hecho, aparece como señor real del suceso, y ello en virtud de que “las estructuras organizadas que utiliza garantizan que sus órdenes sean realizadas a través de “instrumentos” intercambiables a voluntad”³⁸⁶.

De ahí, sin embargo, no puede deducirse según el parecer de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, ni una asunción por su parte de que la condición de instrumento la ostente el aparato ni el consiguiente rechazo de un dominio del hecho efectivamente sobre esos “instrumentos” intercambiables. La postura de STRANTENWERTH, en definitiva, será, en lo que la autora alcanza a dilucidar, la única que tras excepcionar el principio de responsabilidad en exclusividad para estos supuestos –recordemos que tampoco acepta la autoría mediata de quien se sirve de un instrumento en error de prohibición vencible- no recurre a una fundamentación diversa a la de ROXIN (como sí hacen HERZBERG y BLOY desde la perspectiva de un injusto colectivo), sino que la asume en su integridad. La distinción entre injusto individual y colectivo, sin embargo, sí aparece de forma clara en la formulación de AMBOS³⁸⁷.

Desde la consideración de AMBOS, además, y siguiendo a BLOY, será precisamente tal distinción la que permitirá diluir “el principal argumento que se opone

³⁸⁵ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 353.

³⁸⁶ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 91.

³⁸⁷ AMBOS, K., “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *RDPCr*, UNED, 1999, nº 3, pp. 133-165.

a la afirmación de la autoría mediata, la aparente contradicción del dominio sobre un ejecutor que actúa de modo responsable”. Comparte con este autor el fracaso de un estricto principio de responsabilidad en el contexto del injusto colectivo, y ello “porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto parte de la autorresponsabilidad como principio liberal y jurídico-individual”. El dominio indirecto –a través del aparato- que ejerce el hombre de atrás conducirá para AMBOS, en consecuencia, a una “responsabilidad en virtud de competencia funcional (como “autor de escritorio”, emisor de las órdenes, planificador, autor intelectual, etc.)”, es decir, una responsabilidad qua injusto de organización. Tras reconocer AMBOS que el dominio de organización exige la existencia de una organización estructurada de modo jerárquico, llega a reconocer por un lado que el dominio se ejerce “sobre” y “mediante” una organización³⁸⁸ para, por otro, afirmar que éste se ejerce realmente “sobre ejecutores fungibles”³⁸⁹. ¿Suponen tales afirmaciones una contradicción interna en el planteamiento de AMBOS? En realidad, tal contradicción es sólo aparente y puede ser fácilmente superada atendiendo a la definición que el propio AMBOS aporta sobre la “organización”, en el sentido de “colectivo de ejecutores sustituibles”. Es decir, que no es el dominio que el hombre de atrás ejerce sobre los concretos ejecutores lo que permite atribuirle a aquél la condición de autor mediato, sino el dominio que ejerce sobre todos ellos en conjunto, reunidos bajo el concepto más amplio de “organización”, por mucho que finalmente sea sólo uno el que lleva a cabo el delito. Esta línea de argumentación iniciada con HERZBERG, parece haber sido asumida recientemente por CARUSO FONTÁN³⁹⁰ y MEINI³⁹¹. Éste último trata del mismo modo de hacer ver “que el principio de responsabilidad que se opone a la autoría mediata sobre la base

³⁸⁸ *Íbid.*, p. 164.

³⁸⁹ AMBOS, “Dominio del hecho por dominio...”, *op. cit.*, p. 164.

³⁹⁰ CARUSO FONTÁN, V., “La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial”, en *RDP*, nº 9, 2003, pp. 48, 65, destaca que esta postura “permite comprender el carácter complejo del mecanismo puesto en marcha por la organización, y que posibilita la realización de los hechos antijurídicos”.

³⁹¹ MEINI, *Responsabilidad...*, *op. cit.* pp. 118-119, 169-172.

del autor (responsable) detrás del autor (responsable), no puede ser el mismo que se reivindica como límite de la autoría mediata en los supuestos de error y coacción”. En virtud de ellos, asume MEINI el razonamiento de BLOY al reservar el principio de responsabilidad exclusivamente a aquellos supuestos en que se descubre un “dominio individual del hombre de atrás”, descartándolo cuando, como en los casos de aparatos de poder, “el dominio recae sobre la organización”³⁹².

Interesante resulta comprobar que también la Cámara Nacional de Apelaciones argentina en el caso de las Juntas Militares que, frente al definitivo fallo de la Corte Suprema, propuso el castigo por la vía de la autoría mediata en relación directa con la tesis del dominio por organización de ROXIN, argumentó en el sentido que ahora analizamos que “el instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto”. De este modo, sigue razonando la Cámara, “el dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una “voluntad indeterminada”, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá”³⁹³.

La valoración anterior es la que lleva a HERNÁNDEZ PLASENCIA a reconocer que en estos casos no puede constatarse de modo alguno un dominio sobre “el que ejecuta materialmente la acción”. El hecho de que los ejecutores puedan negarse libremente al cumplimiento de la orden, evidencia para él “que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes”, sino que éstos, más bien ejercerán un dominio “sobre la organización”³⁹⁴. Tal dominio, sin embargo, no supone para HERNÁNDEZ

³⁹² Idea que también parece defender GARCÍA VÍTOR, E., “La tesis del “dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”, *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 346.*

³⁹³ Sentencia de la Cámara de 9-12-1985, en Fallos-CS, t. 309-I/II, p. 1602. Extracto tomado de AMBOS, *Dominio del hecho por dominio...*, *op. cit.*, p. 154.

³⁹⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.* p. 275.

PLASENCIA un dominio sobre la voluntad del instrumento del modo exigido por ROXIN³⁹⁵, por lo que no puede sino rechazar esta tercera forma configuradora de la autoría mediata.

Desde mi punto de vista, que no es otro que el de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en realidad, todas estas consideraciones caen *de lege lata* en el vacío. La definición legal del art. 28 CP exige para la autoría mediata la realización del hecho “por medio de otro” y ese “otro” indudablemente debe ser una persona³⁹⁶ y no una institución supraindividual, por mucho que ésta se halle conformada por un número elevado de individuos. La descripción legal deja la vía abierta a la interpretación a cuestiones tan relevantes como la condición de responsable o irresponsable de “instrumento”, pero la cierra en cuanto a que necesariamente éste habrá de ser una persona física. Si quiere aceptarse el dominio de organización como tercera forma del dominio del hecho junto a las hipótesis de coacción y de error no queda sino ajustarse a la letra de la ley y reconocer que el dominio se ejerce sobre quien efectivamente lleva a cabo el hecho, por mucho que éste sea sólo uno más entre la multiplicidad de individuos sustituibles que conforman la organización. Que el hombre de atrás actúa amparado en esta organización, que le permite llevar cabo sus propósitos gracias a su particular estructura jerárquica, a su dimensión y la infraestructura de que dispone es absolutamente innegable, pero de ello no cabe deducir que el instrumento sea el aparato y no quien efectivamente ejecuta el hecho punible³⁹⁷. En este mismo sentido, BOLEA BARDON, además de atender a razones de seguridad jurídica³⁹⁸, deja clara constancia de que por mucho que sea evidente que a la hora de establecer la

³⁹⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.* p. 275.

³⁹⁶ Así, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.* p. 383; y FARALDO CABANA, *Responsabilidad...*, *op. cit.* p. 114.

³⁹⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 95.

³⁹⁸ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 388. Advierte que resulta preferible seguir vinculado a los presupuestos propios del injusto individual y ello, en atención a “la complejidad que estos casos plantean”.

responsabilidad de los hombres de atrás por los hechos cometidos por sus subordinados no puede desconocerse que “el control efectivo de la organización es un dato fáctico a tener en cuenta” ello no obliga a transformar el carácter del injusto –de individual a colectivo– por el cual se atribuye la responsabilidad. Seguimos estando, como prosigue BOLEA BARDÓN y FARALDO CABANA, ante supuestos de atribución de responsabilidad por el hecho individual, por el delito concreto cometido, en definitiva, ante una cuestión de Derecho Penal individual. Pese a todo lo dicho, lo que en ningún caso puede desconocerse, sin embargo, es que esta tendencia a optar por la perspectiva colectiva frente a la individual en la concreción del instrumento no hace sino reflejar el creciente interés de la doctrina en emanciparse de la dogmática tradicional de la participación, que parece no poder enmarcar satisfactoriamente todas las hipótesis de comisión colectiva en la criminalidad organizada³⁹⁹. En este lugar, sin embargo, asumo completamente el punto de partida de ROXIN, en el sentido de que pese a la conciencia de que “los crímenes de Guerra, de Estado y de organizaciones (...) no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual (...), ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual, con arreglo a cuyos presupuestos los juzgan predominantemente nuestros Tribunales⁴⁰⁰.

2.6. Conclusiones finales sobre la interpretación del término “instrumento”.

De toda la exposición precedente se evidencia con claridad que la interpretación que en este lugar asumo sobre el término legal de “instrumento” es una de carácter

³⁹⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 96.

⁴⁰⁰ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 270.

fundamentalmente extensivo⁴⁰¹, que posibilite no solo la inclusión de los supuestos tradicionales de autoría mediata donde el ejecutor es absolutamente irresponsable, sino también aquéllos en los que la responsabilidad del ejecutor queda parcialmente atenuada, así como las hipótesis de “autor detrás del autor” en que la responsabilidad jurídico-penal es plena⁴⁰². Ello, como señala BOLEA BARDON, no resultaría ilegítimo “en cuanto no supone una extensión teleológica del mismo”⁴⁰³. Una interpretación restrictiva del mismo implicaría, por el contrario, identificar el carácter de instrumento del hombre de delante con la existencia de un defecto en el mismo (déficit de voluntad, de conocimiento...), lo que evidente cerraría las puertas al reconocimiento de un instrumento libre y plenamente responsable. Instrumentalizar a otro para la comisión de un delito, en consecuencia, no siempre va a suponer el aprovechamiento de un defecto en el ejecutor material para manipular la situación⁴⁰⁴, ni tampoco lleva de suyo el rechazar, del modo que lo hace HERNÁNDEZ PLASENCIA⁴⁰⁵, que la asunción voluntaria de las consecuencias de la propia conducta (la asunción voluntaria de la instrumentalización, en suma) pueda ser aprovechada por otro para cometer un delito. La instrumentalización necesaria para el castigo por autoría mediata, en definitiva, y como se ha ido desarrollando en la exposición previa, ni exige la existencia de defecto alguno en la imputación ni, en consecuencia, implica necesariamente un déficit de responsabilidad jurídico-penal en el instrumento ejecutor⁴⁰⁶.

Desde algunos sectores doctrinales había venido siendo reconocido que, para poder castigar al hombre de atrás como autor mediato, el instrumento no podía en

⁴⁰¹ Sobre la licitud de la interpretación extensiva, “pues no se opone al principio de legalidad”, *Vid.* CEREZO MIR, *Curso de derecho T. I...*, *op. cit.*, pp. 209-210.

⁴⁰² Comparto la misma opinión que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁰³ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* pp. 171-172, 254, 367.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 371.

⁴⁰⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.* p. 275.

⁴⁰⁶ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 98.

modo alguno tener dominio sobre el hecho que ejecutaba⁴⁰⁷. Ello, indiscutiblemente, les llevaba a equiparar la instrumentalización con la ausencia de responsabilidad jurídico-penal. Sin embargo, parecía estar pasándose por alto la cuestión de la ubicación sistemática que incluso desde estos mismos sectores se atribuía al criterio del dominio del hecho y, en consecuencia, al concepto de autor. Si el dominio del hecho se ubica en el tipo, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, y llega a aceptarse como autor mediato, por ejemplo, a quien se sirve de un instrumento en error de prohibición vencible (conducta típica, antijurídica y con culpabilidad disminuida), ¿cómo podrá no reconocerse que el instrumento domina el hecho? ¿Realmente puede llegar a afirmarse que quien lleva acabo una conducta típica y antijurídica, independientemente de que ésta resulte culpable o no, no domina el hecho que ejecuta de propia mano? Se puede decir, que no sólo no es descabellado afirmar que el instrumento puede dominar el hecho, sino que generalmente sucede de esta manera⁴⁰⁸. Desde el momento en que completa el tipo objetivo y subjetivo con su actuación de propia mano ya será autor del hecho, por mucho que todavía quede por constatar si responderá o no jurídico penalmente por el hecho⁴⁰⁹.

Sin embargo, no puede desconocerse que existen hipótesis de autoría mediata apenas discutida por la doctrina en las que no llegan a completarse ambos aspectos y, donde, en definitiva, no podría afirmarse que el instrumento ostente el dominio del hecho. Se trata, por ejemplo, de los casos en los que el instrumento actúa en error de tipo invencible provocado o aprovechado por el hombre de atrás. La ausencia de dolo

⁴⁰⁷ CEREZO MIR, *Curso derecho T.III...*, *op. cit.*, p. 211, señala que “el instrumento en un supuesto de autoría mediata no tiene el dominio del hecho, es el autor mediato el que lo tiene”; REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 149, 151-152.

⁴⁰⁸ JAKOBS, G., *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Joaquín Cuello Contreras), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 764, reconoce que “también el instrumento es (...) autor, por lo general mediante dominio de la acción, y casi siempre mediante dominio de la configuración.

⁴⁰⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 99.

en el comportamiento del ejecutor impide la satisfacción del tipo subjetivo. En estos casos, en consecuencia, el ejecutor no podrá dominar el hecho, pues el dominio ejercido por el ejecutor de propia mano –dominio de la acción- exige en todo caso el dolo del ejecutor⁴¹⁰. Inevitablemente surge la cuestión de si puede aseverarse la existencia de algún supuesto reconocido de instrumentalización por parte del autor mediato donde el sujeto ni siquiera realice la parte objetiva del tipo. La respuesta a esta cuestión nos dará la clave sobre la condición de instrumento.

De este modo, para un sector doctrinal, el instrumento deberá llevar a cabo, como mínimo, el tipo objetivo del hecho punible a que impulsó el hombre de detrás. Por debajo de este requisito no cabría hablar de ningún género de instrumentalización por parte del autor mediato. Precisamente esta razón es la que ha llevado a autores como LUZÓN PEÑA o DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO a exigir para la determinación mediata del hecho por parte del hombre de atrás que el instrumento, a su vez, realice una acción que determine objetiva y positivamente el hecho, con independencia de que éste “esté sometido a responsabilidad penal o su conducta sea o no típica”⁴¹¹. En realidad, y como hemos visto, ello no supone más que la exigencia de que el instrumento lleve a cabo el tipo objetivo, independientemente de que no se complete el tipo subjetivo o la conducta no sea antijurídica o culpable⁴¹².

Esta consideración merece sin embargo una ulterior precisión. Como ya se ha venido anunciando a lo largo de la exposición, el instrumento que obra sin acción en modo alguno hace responsable a quién de él se sirve como autor mediato, pero desde el momento en que el instrumento realiza una acción típica, aun sin dolo, al estar, por

⁴¹⁰ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p. 195.

⁴¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría...*, *op. cit.* pp. 646, 649-651, 690.

⁴¹² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 100.

ejemplo, sometido a un error de tipo vencible, queda abierta ya la incriminación del hombre de atrás por la vía de la autoría mediata. ¿Pero qué ocurre si el hombre de delante realiza una acción atípica? ¿Podrá seguir manteniéndose en estos casos que la realización de la parte objetiva del tipo por parte del instrumento supone el requisito mínimo imprescindible para la instrumentalización legal exigida por la autoría mediata y que, en consecuencia, toda instrumentalización de quien actúa atípicamente deberá resolverse por la vía de la autoría directa?⁴¹³ Desde los sectores que responden afirmativamente a esta cuestión, entonces, el instrumento ejecutor deberá necesariamente realizar el tipo objetivo del hecho punible, pudiendo en determinadas ocasiones completar también la vertiente subjetiva del mismo y actuar con dominio del hecho, lo que en modo alguno implicará la exclusión de la condición de autor del hombre de atrás. Desde otros sectores, sin embargo, y esta opinión es mayoritariamente compartida por la doctrina, el hecho de que el instrumento lleve a cabo una conducta atípica no cierra las puertas al castigo del hombre de detrás como autor mediato⁴¹⁴.

Sería suficiente entonces con la constatación de que el instrumento realiza una acción, siempre y cuando, eso sí, resultara típica para el hombre de atrás. Basta con imaginar los casos en los que el hombre de atrás coacciona al hombre de delante a que se autolesione o se suicide, conductas atípicas en nuestro Derecho. El instrumento actúa atípicamente, es cierto, ¿pero es ello obstáculo para el castigo del hombre de atrás como autor mediato? Desde algún sector doctrinal si lo es, y se propone castigar al hombre de atrás por la vía de la autoría directa⁴¹⁵. Puede pensarse, sin embargo, que no es así dado que también en estos casos puede comprobarse el dominio

⁴¹³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 100.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.* pp 85-87.

relevantemente superior del hombre de atrás, sea éste ejercido mediante coacción o sometiendo a error al ejecutor, por ejemplo, haciéndole creer al sujeto que le ha sido diagnosticada una enfermedad incurable de durísimos padecimientos, de forma que éste opte por suicidarse para evitar éstos últimos, tal y como pretendía aquél. Sólo podrá imputarse el hecho a la persona de detrás como autor, pues de lo contrario, como se advierte desde la doctrina, se llegaría a dejar impune al hombre de atrás, al no poder ser castigado como partícipe el hombre de delante por no realizar éste ningún hecho típico ni antijurídico⁴¹⁶. La solución de la autoría directa queda excluida ante la imposibilidad de equiparar al que se suicida o se autolesiona con un mero factor causal ciego y la de coautoría, principalmente, por no llevar a cabo ambos actos ejecutivos. La única solución que resulta viable será pues la de la autoría mediata que, como vemos, impondrá al instrumento como límite mínimo la realización de una acción⁴¹⁷.

Desde luego que si sólo se realiza una acción atípica, ya sea objetiva o subjetivamente, el instrumento no va a ostentar dominio del hecho de ninguna clase, pero una vez que el tipo está satisfecho en sus dos aspectos, por mucho que la conducta esté amparada por una causa de justificación o no sea reprochable, no podrá negarse que el instrumento actúa con dominio. El dominio del hecho que podría ser ejercido por el hombre de delante, sin embargo, no es idéntico al que ejerce el hombre de detrás ni es un dominio funcional compartido con éste. Se trata de un dominio de acción que poseen incluso los que actúan sometidos a coacción⁴¹⁸ y que se verifica en todo aquel

⁴¹⁶ CERESO MIR, *Curso de Derecho, T.III...*, *op. cit.* pp. 222 y ss, reconoce que “no es posible castigar al autor mediato como inductor o cooperador necesario cuando el instrumento realice una acción que no sea típica”.

⁴¹⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, p. 100.

⁴¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal...*, *op. cit.* p. 370, para quien “el que obra coaccionado lo hace, sin duda, con dolo: coactus voluit. Tiene, por tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente también la posibilidad de obrar de otra manera”. También ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.* p.167, reconoce que tanto el coaccionado como el coaccionador poseen dominio del hecho, pero no compartido (coautoría), sino doble, de manera que “ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos; uno en virtud de su hacer; el otro en virtud de su voluntad.

que actúa de propia mano realizando el tipo objetiva y subjetivamente. El dominio del hombre de atrás será sin embargo el dominio de la voluntad necesario para poder castigarlo como autor mediato. En este sentido, se coincide con BOLEA BARDON cuando reconoce que el dominio del hecho no requiere el dominio del instrumento por parte del hombre de atrás, sino que, por el contrario, “el dominio se consigue a través de la instrumentalización de otro, el ejecutor material, lo que no debe confundirse con el dominio de su persona”⁴¹⁹.

Efectivamente, si el dominio del hecho del autor mediato dependiera del dominio sobre la persona del instrumento, sería difícil de reconocer cuando la misma actúa libremente y con plena responsabilidad. Sin embargo, si el dominio del hecho del hombre de atrás se obtiene a través de la instrumentalización y ésta, como hemos visto, no es equivalente a la ausencia de responsabilidad jurídico-penal, no habrá inconveniente alguno en admitir la figura del “autor detrás del autor” y resolverlo por la vía de la autoría mediata. La instrumentalización, entonces, como coinciden en reconocer HERNÁNDEZ PLASENCIA y LUZÓN PEÑA, debe suponer la atribución del dominio del hecho al autor mediato, y ello a través del dominio que éste tiene sobre las acciones del instrumento⁴²⁰. Para HERNÁNDEZ PLASENCIA no sucederá sólo cuando el autor mediato “domina la cualidad lesiva que posee la conducta que realiza el instrumento (...), cuando de forma consciente el sujeto de atrás configura directa o indirectamente la actuación del instrumento dotándola de una cualidad que necesariamente produce la lesión del bien jurídico”⁴²¹. La influencia directa o indirecta sobre el instrumento provocará entonces, como indica el citado autor, “que éste actúe en la forma querida por el sujeto de atrás y que el instrumento haya actuado de esta

⁴¹⁹ BOLEA BARDON, “La autoría mediata...”, *op. cit.* p. 38-39.

⁴²⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 102.

⁴²¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.*, pp. 126-127.

forma precisamente debido a la influencia que ha ejercido sobre él el sujeto de atrás”⁴²². De ello, como venimos viendo, se deriva la cuestión de la naturaleza que debe tener la conducta del instrumento y se responde a cuestiones tales como si puede apreciarse autoría mediata cuando el instrumento actúa atípicamente, qué ocurre cuando su comportamiento está justificado y, más allá, si puede calificarse de instrumento a quien actúa de forma típica, antijurídica y culpable. Posibilidad, ésta última, que entronca directamente con la figura del “autor detrás del autor”⁴²³.

III. PRINCIPIOS ESTRUCTURALES DEL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN.

Reconocido el dominio de organización como tercera forma del dominio del hecho junto al dominio por error y por coacción y ya anticipados brevemente los fundamentos estructurales de ROXIN, vamos a ver ahora de forma detallada los mismos.

1. Criterio de la fungibilidad o intercambiabilidad del instrumento.

La fungibilidad constituye el primer presupuesto de carácter objetivo que sirve a la imputación de una autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Se le ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso. En tal sentido, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, parafraseando la posición de JOECKS, señala que un elemento central de esta forma del dominio de la voluntad lo constituye el poder de sustitución que tiene el

⁴²² FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit* p. 103.

⁴²³ *Ibid.*

hombre de atrás⁴²⁴ . Esta jurista, además, da constancia que en la actual doctrina española y sudamericana, se concede a la fungibilidad igual condición.

Pero, si bien se representa a la fungibilidad como una facultad de absoluto control del nivel estratégico superior, ella se cimienta, en realidad, en la propia configuración que tienen los niveles intermedios y ejecutores que se integran en la estructura criminal de poder que aquél controla totalmente. En tal sentido, como destaca FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, la fungibilidad no depende, entonces, del modo de comisión del hecho punible que realiza el ejecutor, sino de su particular integración en la estructura criminal: “La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable... Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad... Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto”⁴²⁵ .

De allí que ROXIN, al exponer las características de la fungibilidad, resalte, continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho.

El ejecutor es, pues, simplemente una “ruedecilla sustituible en la máquina del poder”⁴²⁶, un “engranaje”⁴²⁷ sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos. Ahora bien, desde ese enfoque la fungibilidad incide, justamente, en la mayor probabilidad de concreción del resultado delictivo ya que el aparato criminal contará siempre con un grupo

⁴²⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 130.

⁴²⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* pp. 126 – 127.

⁴²⁶ ROXIN, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 403.

⁴²⁷ ROXIN, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 224.

indeterminado de ejecutores potenciales, con lo cual en ningún momento el cumplimiento de la orden estará, siquiera mediatamente, en riesgo.

En suma, como reconoce la doctrina extranjera y nacional, “la fungibilidad debe indudablemente existir durante la ejecución del delito, pero será difícil imaginar un supuesto en el que ésta no existiera también previamente”⁴²⁸ . De allí que: “la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis *ex ante*”.

Existe un buen número de autores que reconocen las bondades de esta figura pero, hay que decir que si bien la mayoría de ellos asumen el dominio de organización con base en la misma fundamentación, es decir, reconociendo el carácter esencial de la fungibilidad como piedra fundamental de la estructura, no son pocos los autores que se esfuerzan en ofrecer una fundamentación diversa, renunciando o relativizando la esencialidad del criterio de intercambiabilidad⁴²⁹ En la doctrina alemana: BLOY, BRAMMSEN, CRAMER/HEINE, EBERT, HERZBERG, JOECKS, JUNG y, en la actualidad SCHMIDHÄUSER, coinciden con la formulación de ROXIN al aceptar la fungibilidad como fundamento esencial de la misma, de manera que la arbitraria intercambiabilidad del ejecutor será precisamente lo que fundamenta el “dominio de organización”, sin ser preciso servirse de error o coacción alguna.

En la doctrina española y sudamericana, la fungibilidad ha sido reconocida expresamente como criterio fundamentador esencial por BACIGALUPO

⁴²⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* pp. 126 – 127.

⁴²⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 127.

ZAPATER⁴³⁰, CARUSO FONTÁN⁴³¹, CHOCLÁN MONTALVO⁴³², FARALDO CABANA⁴³³, GÓMEZ BENÍTEZ⁴³⁴, GÓMEZ TOMILLO⁴³⁵, JAÉN VALLEJO⁴³⁶, MUÑOZ CONDE⁴³⁷ en el concreto ámbito del delito de rebelión, POSADA ECHEVARRÍA⁴³⁸ y POLITOFF⁴³⁹. Todos ellos insisten en que precisamente la posibilidad de sustituir o reemplazar al ejecutor que tiene quien da la orden fundamenta el dominio de voluntad a través del aparato. JOSHI JUBERT⁴⁴⁰, por su parte, si bien plantea la necesidad de resolver estos casos a través de una autoría intelectual, considera como requisito fundamental de la organización (entendida por ella como sinónimo de “aparato organizado de poder”), además de la estructura jerárquica y de la existencia de un centro de decisiones, la fungibilidad, que dota de gran flexibilidad a la organización y que es comprendida, en palabras del Tribunal Supremo, como “posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización”, lo que permite hablar de

⁴³⁰ BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios constitucionales de derecho penal*, *op. cit.*, p. 372

⁴³¹ CARUSO FONTÁN, “La autoría mediata de aparatos organizados de poder...” *op. cit.*, pp. 49-51, 58-59.

⁴³² CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 56.

⁴³³ FARALDO CABANA, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.* pp. 88-92.

⁴³⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito: derecho penal parte general*, *op. cit.*, p. 131, 142.

⁴³⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelinuencia*, ed. Comares, Granada, 1998, p. 267.

⁴³⁶ JAÉN VALLEJO, M., *Código penal comentado*, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./ RODRÍGUEZ RAMOS, J. (Coords.), ed. Akal, Madrid, 1990, p. 118

⁴³⁷ MUÑOZ CONDE, F., “¿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 organizada y empresarial?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 2001, pp. 507 – 509.

⁴³⁸ En la doctrina colombiana POSADA ECHEVARRÍA, P., “Una visión del dominio de la voluntad por organización y su aproximación al derecho penal colombiano”, *NFP*, 1999, N° 62, sep. – dic. p. 28, n. 11

⁴³⁹ En la doctrina chilena, asume completamente la posición de ROXIN, POLITOFF LIFSCHITZ, S., “Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata. El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam. VOL. I. ARROYO ZAPATERO, L.A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L. (Dirs.). Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 1242-1243, 1270-1273.

⁴⁴⁰ JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del TS”, *ADPCP*, 1995, pp. 662, 665, 672-673.

la existencia de una “empresa criminal”⁴⁴¹ y diferenciarla de los propios casos de coautoría.

1.1. Sobre la necesidad de un amplio número de subordinados fungibles.

Quienes defienden la esencialidad o bien la simple validez de este criterio, exigen como condición indispensable para su concurrencia que los miembros de aquellas organizaciones de los que se predica tal carácter no aparezcan en número muy limitado, pues en tal caso la intercambiabilidad devendría imposible. Ésta es la razón por la que es sistemáticamente negada la extensión de esta figura del dominio a aquellas organizaciones basadas en relaciones estrictamente familiares y de círculo muy reducido⁴⁴². STRANTENWERTH exige, con razón según el punto de vista de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, al cual tengo que sumar el mío propio, que para que sea posible la libre intercambiabilidad de los ejecutores, la estructura de la organización debe disponer de una reserva de personas lo suficientemente grande, de las que pueda servirse en caso de necesidad, ya que de lo contrario el agente individual no sería sin más reemplazable⁴⁴³. La misma argumentación sigue HERZBERG al matizar que casi en ningún caso podría ser adjudicado un dominio así fundamentado al jefe de una banda de gánsters contraria al Estado ni a un servicio secreto extranjero (en referencia al caso Staschynski) que ordena en la RFA la comisión de asesinatos políticos, al no disponer de una gran reserva de “obedientes ayudantes” que pudieran ser sustituidos a voluntad⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ STS 19 de enero de 1995 (A. 569).

⁴⁴² SSTs 21 de enero de 1993 (A.284) y 19 de enero de 1995 (A.569), citadas por JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de *organización* en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del TS”, en ADPCP, 1995, p. 661.

⁴⁴³ STRANTENWERTH, G., *Derecho Penal PG., El hecho punible*, 4ª edición, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 242.

⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ *op. cit.* p. 124.

Reserva a la que se refiere también SCHMIDHÄUSER, calificándola de “decisiva” aunque, eso sí, en la línea de argumentación, se refiere a una reserva necesariamente de personas dispuestas y determinadas al hecho⁴⁴⁵.

El requisito de la existencia de una pluralidad de posibles ejecutores resulta, sin embargo, para CHARCHULLA y ROTSCHE “abstracto”, “desligado del hecho concreto” y generador de “considerables inconsecuencias”. Desde el punto de vista de CHARCHULLA y, en consonancia con lo defendido por MURMANN, el criterio de la fungibilidad presenta como punto débil su incompatibilidad con el concepto del dominio del hecho y ello, porque para la autoría “siempre es necesario el dominio sobre un suceso concreto”, lo cual resulta de la generalmente reconocida referencia del concepto del dominio del hecho al tipo. La intercambiabilidad del ejecutor inmediato permite al hombre de atrás, en virtud de su posición sobresaliente, instigar a la comisión de hechos punibles generales, pero en modo alguno va referido ni a un hecho determinado ni a un autor concreto. El dominio sobre el suceso concreto, de esta manera, sólo podría ser reconocido en el autor inmediato⁴⁴⁶.

ROTSCHE, por su parte, se basa en la afirmación hecha por ROXIN de que “en una concreta situación (como una orden telefónica del Führer a un comando de misión especial o el caso Staschynskij) se necesita la participación de muy pocas personas, sin que a través de la forma de funcionamiento del aparato cambie en nada la condicional autoría del hombre de atrás”⁴⁴⁷. Correcto considera ROTSCHE que la primera y fundamental condición de un dominio del hecho basado en la fungibilidad es la existencia de un gran número de personas (junto a las otras condiciones relativas a la

⁴⁴⁵ *Íbid.*

⁴⁴⁶ *Íbid.*, p. 124, nota a pie de p. n.º 16.

⁴⁴⁷ *Íbid.*, p.124 nota a pie de p. n.º 17.

organización jerárquico-vertical del aparato y la desvinculación jurídica) de las que pueda servirse para la comisión del hecho. Cuando el dominio sobre el funcionamiento automático de la organización fundamenta la autoría, la persona utilizada para la realización del hecho puede ser sustituida como una mera “ruedecilla en el engranaje” y la “regularidad en el desarrollo de los procesos está asegurada cuanto mayor sea el número de potenciales ejecutores”.

Sin embargo, para ROTSCH, si en la construcción de ROXIN se reconoce que el número de posibles instrumentos es un requisito necesario del elemento de la fungibilidad y si este elemento conduce a un automatismo con respecto a la realización del resultado y fundamenta de esa manera el dominio del hecho, entonces “su fundamentación prescinde del hecho concreto” porque en la afirmación que exhaustivamente analiza se considera suficiente la participación de pocas personas. Para ROTSCH, la declaración de ROXIN, podría salvarse si se centrara no en el criterio objetivo de la fungibilidad sino en la representación del propio hombre de delante. Sería suficiente, por tanto, que este último actuara sólo porque cree que en cualquier caso otro ocupará su lugar, de manera que el dominio del hecho del hombre de detrás resultara que éste se sirve del hombre de delante, cuya representación (es decir, la decisión del hecho) él conoce⁴⁴⁸. No obstante, reconoce ROTSCH que ROXIN elude tal posibilidad y matiza que “la simple representación del sujeto de delante no puede fundamentar el dominio objetivo del hombre de atrás” y que esta situación se corresponde mucho más “a la construcción de SCHROEDER de utilización de una persona decidida al hecho, criterio que ROXIN, se niega, con razón, a utilizar. En opinión de ROTSCH, una contemplación objetiva del criterio llevará a comprender que en realidad se está utilizando el criterio de la mayor probabilidad del resultado basado

⁴⁴⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 125.

en la posibilidad, garantizada a través de la organización, de sustituir al hombre de delante de manera que la realización del resultado esté asegurada. Critica por tanto este autor que, si tras una valoración práctica de los casos planteados (por ejemplo en el fusilamiento de judíos), acaba concluyéndose, como hace ROXIN, que efectivamente sólo participaron pocas personas, entonces el requisito de la pluralidad de instrumentos fungibles peca de gran “abstracción” porque “el dominio del hecho supone dominio en y no antes de la ejecución del hecho” y porque “autor detrás del autor en el marco de aparatos organizados de poder sólo puede serlo aquel que puede ser sustituible en el momento de la comisión del hecho”⁴⁴⁹.

Se puede compartir con este autor sus dos últimas afirmaciones, si bien tampoco puede predicarse de ellas el rechazo del requisito de la pluralidad de instrumentos fungibles en función de su abstracción. Efectivamente que en el momento de la comisión del hecho no están presentes todos los eventuales instrumentos fungibles, pero ello no es obstáculo para predicar su sustituibilidad. Presencia y fungibilidad no son términos equivalentes. Estamos analizando unos supuestos de inducción muy particulares, donde el hombre de detrás, si partimos del ejemplo del régimen de la ex RDA, y más concretamente, de la orden de disparar en la frontera, no ordena la muerte de una persona determinada en un momento preciso, sino que induce en general a evitar por todos los medios cualquier intento de huida. Desde luego que en momento de la emisión de la orden, y durante todo el proceso de transmisión de la misma hasta el concreto ejecutor, el hombre de atrás confía en ésta fungibilidad, realmente concurrente, del ejecutor que llevará a un automático cumplimiento de la orden y es indudable que para poder castigarle por el delito consumado es necesario que el ejecutor que definitivamente lleva a cabo el hecho sea fungible también en el momento

⁴⁴⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 125, nota a pie de p. nº 20.

de la comisión del hecho, pero tal fungibilidad, en relación con el hecho en particular, no desaparece por mucho que sea un concreto actor directo, y no otro, quien lo consume. Incluso si el ejecutor desiste, o si el delito queda en grado de tentativa, sigue siendo fungible. La fungibilidad no depende del modo de comisión del delito, sino de la particular integración del individuo en la organización en cuestión. La disposición del aparato convierte al ejecutor en un instrumento arbitrariamente intercambiable. En el seno del aparato en el que se incluye, no puede obviarse tal carácter. Es fungible desde el momento en que el hombre de atrás puede contar con su sustituibilidad, por ejemplo, ante el previo conocimiento de que va a negarse a cumplir la orden cometida, pero un desconocimiento de este tipo o una simple inactividad por parte del autor de la mesa de escritorio no hace perder la posibilidad de predicar del concreto ejecutor su carácter sustituible.

Desde luego que el ejecutor es sustituible, por mucho que no haya sido sustituido en el hecho concreto. La fungibilidad como posibilidad cierta de la que dispone el hombre de atrás para asegurarse el cumplimiento de la orden no desembocaría, según mi humilde opinión, en una insalvable abstracción del requisito⁴⁵⁰, desde el momento en que el carácter fungible es un dato fáctico, empíricamente demostrable en el mismo momento de la comisión del delito. Diferente sería si quedara acreditado que quien definitivamente hubiera cometido el delito, por una especial cualificación o especialización, en caso alguno hubiera podido ser sustituido⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ A la “*posibilidad* de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado” se refiere igualmente el Tribunal Supremo, en STS de 19 de enero de 1995 (A. 569, Ponente: Bacigalupo Zapater), fundamento 6º, al plantear los requisitos imprescindibles para la agravante de “organización” del delito del anterior art. 344 bis a) 6 CP y STS de 10 de marzo de 2000 (A. 2209), Ponente: Prego de Oliver Tolivar) Fundamento Jurídico 4º, que arguye, al hilo también de un delito de tráfico de estupefacientes que las “dificultades sobrevenidas se van venciendo con sustituciones personales (...) asegurándose así mediante una verdadera organización de estructura jerarquizada la consecución del plan”.

⁴⁵¹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 126.

En definitiva, no estamos predicando tal carácter exclusivamente de un momento anterior a la ejecución⁴⁵² tal y como objeta ROTSCH, sino que, al contrario, una fungibilidad basada únicamente en criterios *ex ante* debería ser rechazada⁴⁵³. Pero si estamos afirmando la existencia de un dominio de voluntad en virtud del dominio de organización, sería un sinsentido negar su validez por apoyarse en las condiciones marco (entre ellas la pluralidad de posibles ejecutores o la estructura jerárquico-vertical) que efectivamente configuran tal organización durante la ejecución del delito, pero también, y en virtud de ello es emitida la orden, antes de la ejecución del mismo⁴⁵⁴. Lógicamente, si puede predicarse la fungibilidad de los miembros del aparato en el momento de la ejecución del delito es porque vienen ya dadas las condiciones marco que permiten que la orden llegue del superior jerárquico al subordinado. En definitiva, la crítica de ROTSCH llevaría al absurdo de caracterizar de abstractas a todas las circunstancias previas que facilitan la comisión del delito⁴⁵⁵.

1.2. Perspectivas contrarias a la admisión del dominio de la voluntad por dominio de organización. Rechazo absoluto del criterio de fungibilidad.

Este criterio ha sido blanco de severas críticas fundamentalmente en virtud de su abstracción y no consideración del hecho concreto. De este modo critica HEINE que ese dominio superior configurado por la arbitraria sustituibilidad del instrumento

⁴⁵² FARALDO CABANA, *Responsabilidad...*, *op. cit.* p. 89, propone comprobar la fungibilidad no “en el momento de la ejecución del delito, sino antes, cuando el hombre da la orden, momento en el cual deben existir suficientes sujetos dispuestos a cumplirla con independencia de que final sea sólo uno o unos pocos los que la ejecuten”.

⁴⁵³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 127.

⁴⁵⁴ En el mismo sentido, MEINI, *Responsabilidad...*, *op. cit.* p. 163, quien de modo expreso reconoce que “la posibilidad y capacidad de intercambiar a los ejecutores del hecho delictivo acaecido en el seno de una maquinaria de poder organizado no puede prescindir de un análisis *ex ante*, de manera que se pueda precisar si, para la realización del delito, los mandos superiores (...), contaban previamente con dicha posibilidad”.

⁴⁵⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 127.

se trata de un dominio del hecho “muy abstracto”, porque basta que (en relación con el caso de los disparos del muro) cualquier soldado de frontera dispare a cualquiera que intente huir en el marco de una pluralidad de procesos más o menos reglados. Por ello se pregunta este autor si no se trata primero de una responsabilidad de autor “por organización original o por injusto de sistema”⁴⁵⁶.

El mismo grado de abstracción le predica ROTSCH, como ya se anticipó, y es seguido en esta crítica por parte de BOSCH, en relación con el particular requisito de pluralidad de posibles ejecutores, Este autor distingue diferentes constelaciones de casos para estudiar la admisibilidad del criterio de fungibilidad. En un primer grupo incluye aquellos supuestos en los que la realización del delito no es por naturaleza “recuperable”, poniendo el ejemplo de los disparos del muro. En estos supuestos, en el marco del hecho concreto, participaban sólo unos pocos soldados de frontera (generalmente una patrulla de dos), de manera que si el soldado de frontera no cumplía la orden de disparar inmediatamente o no conseguía detener a quien intentaba escapar, entonces la huida tenía éxito y el hecho no podía ser otra vez llevado a cabo⁴⁵⁷. Según ROTSCH, y en esta línea coincide completamente con el planteamiento de LANGEFF, no puede por tanto en estos casos hablarse de una “específica seguridad de realización del resultado que se deba a la intercambiabilidad del ejecutor inmediato”. En estos casos, en definitiva, participan solo unas pocas personas y a pesar de la (abstracta) existencia de una pluralidad de ejecutores, falta “la posibilidad de sustituirlos y de emplearlos para la (general) realización del delito”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 127.

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 148.

⁴⁵⁸ *Íbid.*

Siguiendo el criterio de ROXIN, tanto ROTSCH como LANGNEFF parecen olvidar que el hombre de atrás no debe ser en todo caso castigado como autor mediato de un delito consumado, sino que cabe, como en el resto de los supuestos de participación, fracasar, quedando entonces la autoría mediata en grado de tentativa⁴⁵⁹. Esto es lo que ocurre en los supuestos que ROTSCH califica de “no recuperables” y LANGNEFF de “urgentes” en el particular ámbito de los aparatos organizados de poder. Son casos pues, de autoría mediata intentada, donde el ejecutor, sin haber dejado de ser eventualmente fungible, no fue sustituido en el caso concreto o fue sustituido por quien finalmente tampoco consumó el delito. Además, añade ROXIN que ha quedado probado cómo en la mayoría de los casos, los soldados que desde un principio se negaban a ejecutar las muertes en los campos de concentración o en el muro eran sustituidos por quienes sí estaban dispuestos a ello, lo que no podía suceder en caso de encontrarnos ante una mera inducción, de manera que con “trágica claridad” quedaba acreditado que el automatismo en la ejecución de la orden funcionaba generalmente⁴⁶⁰.

La crítica a la fungibilidad se repite en aquellos autores que no reconocen en estos casos un supuesto de autoría mediata. A JAKOBS⁴⁶¹, firme defensor de apreciar coautoría en todos los ejemplos mencionados (a salvo de reconocer excepcionalmente la inducción), no le resultan tampoco convincentes las fundamentaciones dadas ya que, en su opinión, durante la ejecución violenta de delitos durante el régimen nazi todos los ejecutores no eran intercambiables simultáneamente, negando además, igualmente, que la posible intercambiabilidad de los distintos cooperantes uno por uno (intercambiabilidad sucesiva, única posible en estos supuestos) sea presupuesto exclusivo de la autoría mediata (en el caso Staschynskij el ejecutor probablemente no

⁴⁵⁹ ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organiza”, en *Revista Penal*, n° 2, 1998, p. 197.

⁴⁶⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 149.

⁴⁶¹ JAKOBS, *Derecho Penal...*, *op. cit.* p. 783.

era en absoluto intercambiable). La directa “intercambiabilidad” de los sujetos que actúan y el “automatismo” con el que se lleva a cabo la ejecución de órdenes, constituirían en definitiva, para este autor, intrascendentes “datos naturalísticos”⁴⁶².

En la doctrina española, si bien ya CEREZO MIR, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, FERRÉ OLIVÉ y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, aunque sin profundizar en ello, han mantenido una postura contraria a su validez como criterio fundamentador de la autoría mediata en estos casos, la posición más crítica la adopta HERNÁNDEZ PLASENCIA, para quien la fungibilidad “es un argumento que se vuelve en contra de la construcción de la autoría mediata”. En su opinión, la eventual negativa del ejecutor a cumplir la orden, basada en una resolución libre de voluntad, no conduce sino a calificar como inducción la influencia recibida a través de una orden y a negar el dominio de los dirigentes sobre los que ejecutan materialmente la acción⁴⁶³. Para BOLEA BARDON, esta argumentación, que parte de negar la instrumentalización en la autoría mediata siempre que el propio ejecutor la asuma voluntariamente, evidencia la equivocada tendencia “a identificar la noción de instrumentalización con la autoría mediata en sentido estricto (es decir, con la utilización de quien no puede ser autor del hecho que ejecuta materialmente)”. Se comparte la misma opinión que la autora en esta crítica y en la afirmación de que “asumir voluntariamente las consecuencias de la propia conducta no impide que la misma sea aprovechada por otro para cometer un delito, siempre que ello se realizase partiendo de determinados presupuestos y bajo unas condiciones concretas.

⁴⁶² Contrariamente, AMBOS, K./GRAMMER, C., “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en RP, núm. 12, 2003, p. 30.

⁴⁶³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., p. 275. Precisa este autor que el dominio lo tendrán los dirigentes sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción ya que “la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás”.

Instrumentalización de otro para cometer un delito no siempre implica aprovechar un defecto del ejecutor material para manipular la situación”⁴⁶⁴.

En definitiva, al igual que FERNÁNDEZ IBÁÑEZ admito las virtudes de este criterio de fungibilidad y parto de su requisito para poder considerar en cualquier caso un dominio de organización del hombre de detrás, pero la esencialidad del requisito tal y como fue predicada por ROXIN queda efectivamente limitada desde el momento en que su existencia depende de la simultaneidad de otra serie de presupuestos, entre ellos, la estructuración jerárquica del aparato, aceptando tal disposición que finalmente el ejecutor pueda ser arbitrariamente sustituible.

2. El poder de mando.

Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realización del tipo. El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores. De ahí que puedan encontrarse en los distintos niveles de la jerarquía de mando varios autores mediatos en cadena. Por el contrario, el personal de servicio en un Campo de Concentración semejante sólo puede ser castigado por complicidad si de verdad ha promovido conscientemente los delitos mediante cualesquiera acciones, pero no ha ordenado personalmente homicidios y tampoco ha cooperado en su ejecución⁴⁶⁵.

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás- de impedir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está

⁴⁶⁴ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* pp. 370-371.

⁴⁶⁵ ROXIN, C., “El domino de organización como forma de autoría mediata”, *op. cit.*, p. 251.

subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.

El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando órdenes, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena, deba además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Sobre todo porque, como se detallará más adelante, el ejecutor directo comparte los objetivos delictivos que persigue la organización y tiene una predisposición al cumplimiento de la orden que expresa la concretización de un hecho ilegal. Lo cual significa que el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado⁴⁶⁶.

En este ámbito, cabe distinguir entre el poder de mando que se ejerce en el nivel superior estratégico y el que se realiza en los niveles intermedios. Es, pues, importante distinguir que el poder de mando se puede expresar de dos formas. La primera, desde el nivel superior estratégico hacia los niveles intermedios fácticos u operativos. Y, la segunda, desde los niveles intermedios hacia los ejecutores materiales. En ambos casos, dicho poder de mando se manifestará siempre en línea vertical. Esto último será determinante para la atribución de una autoría mediata hacia todos los mandos en la cadena del aparato de poder, ya que no se pueden equiparar la forma y alcance con las cuales el nivel estratégico superior imparte o transmite sus decisiones, con aquellas que realizan los mandos intermedios hacia los ejecutores directos,

⁴⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL. PARTE III – CAPÍTULO II

justamente por la posición diferente que ocupa cada estamento al interior de la organización criminal. El dominio de la organización que se ejerce desde el nivel estratégico superior será, pues, distinto del que detenta el mando intermedio, ya que quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene la posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete⁴⁶⁷.

El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann. En esa ocasión se señaló que “la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando,...” [...] [De esta forma] se verificó judicialmente lo que ROXIN refiere en torno a “... que la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo”.

Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. En estos casos, pues, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquél abusando de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y criminal, a la vez que paralela y encubierta. Primero, por haberse alejado del orden legal establecido y que era la fuente del uso legítimo de su poder; y, luego, porque al ser conocedor del marco jurídico existente diseña y activa

⁴⁶⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. SALA PENAL ESPECIAL, PARTE III – Capítulo II.

dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

2.1. Responsabilidad de los mandos intermedios. Especial referencia al caso Eichmann.

Una vez analizado el grado de responsabilidad del que se encuentra en la base de la pirámide y que ejecuta directamente el delito (autor inmediato) y del que se encuentra en su cima (autor mediato), se plantea el problema de cómo castigar a los que se encuentran en los escalones centrales, es decir, queda por determinar la responsabilidad de los mandos intermedios⁴⁶⁸. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿puede realmente equiparse a quien ocupa un puesto intermedio en la escala de mando con aquel situado en la cúpula y que goza de mayor rango? En principio se parte de que no existe inconveniente alguno para que la figura del autor tras el autor pueda reconocerse en distintos niveles del sistema, de que en tal estructura jerárquica aquél ubicado en una posición intermedia no será únicamente “emisor de la orden”, sino también “receptor” de la misma y, en consecuencia, autor tras otro autor⁴⁶⁹.

Nada mejor para detallar toda esta información que un estudio detallado de la argumentación antes dada a través del análisis de la sentencia dictada en 1961 por el Tribunal de Distrito de Jerusalén en referencia a la responsabilidad de Adolf Eichmann, mando intermedio de toda una estructura organizada jerárquicamente donde las órdenes pasaban de unos a otros, desde la cima hasta el concreto ejecutor, de manera que desde su posición, disponía de un gran poder de decisión sobre el destino de cientos de personas⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ FERNÁNDEZ IBAÑEZ, *op. cit.* p. 159.

⁴⁶⁹ *Íbid.*

⁴⁷⁰ BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 341.

Adolf Eichmann ostentó desde 1941 el cargo de jefe del negociado IV B 4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich, siendo responsable de las deportaciones y de numerosos asesinatos de judíos durante la II Guerra Mundial⁴⁷¹, si bien él no llevó a cabo ninguno con sus propias manos⁴⁷². En el escrito de acusación presentado ante el Tribunal de distrito de Jerusalén, que constaba de 15 puntos, se le imputan delitos “contra el pueblo judío”, “con ánimo de destruir su pueblo” (puntos 1 a 4), delitos “contra la humanidad” (puntos 5 a 7 y 9 a 12), crímenes de guerra (punto 8) y la pertenencia a las organizaciones criminales de las SS, Servicio de Seguridad (SD) y Policía Secreta del Estado (Gestapo) (puntos 13 a 15). La sentencia lo consideró culpable de todos y cada uno de los puntos formulados por la acusación (aunque le absolvieron con respecto a ciertos actos concretos), imponiéndole la pena de muerte que, pese a ser recurrida y pese a solicitarse amparo en la petición de clemencia, fue finalmente ejecutada el 31 de mayo de 1962.

La sentencia dictada es de especial interés con relación a la cuestión de si la participación del acusado en la planificación en la “solución final” debía o no ser considerada también como autoría y si había existido o no conspiración, concluyendo el Tribunal que la mera planificación y acuerdo para la comisión de un delito no eran suficientes para fundamentar la responsabilidad como autor por el hecho cometido. No obstante, consideró todas las acciones efectuadas con vistas a la “solución final” como una unidad, de manera que, independientemente del lugar que ocupaba en la jerarquía de mando, equiparaba su conducta a la del resto de los miembros de la escala y lo

⁴⁷¹ La tarea del Departamento Central para la Emigración judía que dirigió Eichmann, consistía en la localización de judíos esparcidos por la Europa ocupada, en su detención y transporte a los campos de concentración para acabar en las cámaras de gas. (BOLEA BARDON, *Autoría mediata, op. cit.*, p. 341)

⁴⁷² MUÑOZ CONDE, F., “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?”, en *Revista Penal*, n° 9, 2002, p. 63.

castigaba como coautor. Expresamente decía el Tribunal que toda persona individual que conoció el plan de la “solución final” y colaboró en el exterminio judío debía ser considerado autor (coautor) principal⁴⁷³, sin que su conducta pudiera estar en absoluto justificada por obrar en cumplimiento de ninguna orden⁴⁷⁴.

La conclusión a la que llega el Tribunal no convence, precisamente porque toda la argumentación empleada conduce sin duda alguna al reconocimiento de la autoría mediata y no de la coautoría. A lo largo de la sentencia, en la descripción de las condiciones estructurales del aparato de poder en que estaba integrado Eichmann, se ven manifestados todos los requisitos estructurales del dominio de la voluntad, específicamente del de organización y ninguno que conduzca al reconocimiento del dominio funcional propio de la coautoría, pues en la sentencia se constata que Eichmann “no era una marioneta en manos de otros”, sino que tenía “su lugar entre los directivos”⁴⁷⁵.

Si procediéramos a compartir la posición y la función de Eichmann (como funcionario de cierto rango que normalmente se encontraba alejado de la escena de los hechos cometidos y era considerado una “ruedecilla en el engranaje del aparato”) con la de que aquellos que efectivamente se encontraban en la cima del aparato (los miembros de la dirección del Estado, como principales criminales de guerra: Hitler, Himmler, Goebels, Göring...) nos encontramos con la ya debatida cuestión de si es posible o no la equiparación de sus conductas. Así lo reconoce el Tribunal de Distrito de Jerusalén y ya antes las bases jurídicas de Nüremberg habían abierto la posibilidad de equiparar meras conductas de apoyo con acciones de ejecución de propia mano, al exigirse

⁴⁷³ Sentencia del tribunal de distrito de Jerusalén, p. 194.

⁴⁷⁴ BAUMAN afirma que la orden de exterminio de los judíos no sólo era antijurídica, sino que Eichmann conocía tal antijuricidad, de manera que quedaba también cerrada toda posibilidad de exculpación basada en un error de prohibición. *Vid.* FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 162.

⁴⁷⁵ Sentencia del Tribunal de distrito de Jerusalén, p. 180.

únicamente de manera muy genérica la prueba de una intervención criminal. Lo que esta equiparación está posibilitando es, en definitiva, el reconocimiento de un dominio de organización en varios escalones⁴⁷⁶.

No obstante lo anterior, debemos indicar que se dan diferentes argumentos a lo anteriormente expuesto, entre otros, GIMBERNAT, para quien estos mandos intermedios, que van transmitiendo las órdenes, no pueden ser equiparados a aquellos situados en la cumbre del aparato. En opinión de este autor, funcionarios de corte medio, como Eichmann, si bien reconoce que ocupó un puesto clave en el exterminio de judíos defiende la solución de la inducción frente al de la autoría mediata para los hombres de atrás⁴⁷⁷.

Desde un planteamiento favorable, en la doctrina española, HERNÁNDEZ PLASENCIA⁴⁷⁸ califica a todos los mandos intermedios que van comunicando la orden como cómplices, a salvo del último que la transmite directamente al concreto ejecutor, que será en opinión de este autor, inductor.

Para FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, desde el momento en que aceptamos la concurrencia de un supuesto de autoría mediata en la conducta de Eichmann y del último integrante de esta cadena de emisión de la orden, parte, para apreciar la concurrencia del dominio de la voluntad en estos, de la misma razón ontológica que otorga el dominio sobre la organización a aquél que se encuentra en la cúspide. De esta manera, no considera necesario limitar la posibilidad de apreciar tal dominio a la posición intermedia ocupada por Eichmann porque siempre será posible bajar todavía

⁴⁷⁶ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 166.

⁴⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice, op. cit.* pp. 191-193.

⁴⁷⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 276.

más en la escala de mando, siempre y cuando se pueda seguir apreciando que quien da la orden, por muy abajo que se encuentre en la jerarquía de poder, dispone bajo su mando de un número suficiente de ejecutores fungibles⁴⁷⁹.

3. La desvinculación del derecho.

ROXIN, ya desde su primera formulación de la figura en 1963 y en sus posteriores actualizaciones del *Täterschaft und Tatherrschaft*, venía reconociendo como requisito fundamentador de toda autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, además de la fungibilidad del instrumento y la particular estructura jerárquica basada en relaciones de supremacía y subordinación, la desvinculación del aparato de poder (estatal o no estatal) del ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo reconocía este autor al criterio de la desvinculación jurídica un sentido práctico, en la medida en que servía a la delimitación entre autoría mediata e inducción en el caso de instrucciones en el seno de estructuras jerárquicas⁴⁸⁰. La citada extensión de la figura a ámbitos ajenos al estrictamente estatal lleva a plantear la satisfacción de este requisito bajo dos tipos distintos de estructuración del aparato: estatal y extra estatal.

La cuestión parece indiscutible en el ámbito de estructuras de poder organizadas extra estatales, ya que se trata de asociaciones ilegales⁴⁸¹, pero no lo es tanto cuando el aparato de poder jerarquizado es de carácter estatal. El problema es el siguiente: si en una estructura organizada estatal, los delitos cometidos por aquellos que se encuentran en una posición subordinada (indudablemente de carácter fungible)

⁴⁷⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 170.

⁴⁸⁰ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 181

⁴⁸¹ MUÑOZ CONDE, "Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico...", *op. cit.*, p. 60.

lo han sido en virtud de órdenes recibidas por los superiores jerárquicos, órdenes que, aunque eminentemente delictivas para la comunidad internacional, aparecen conformes con las leyes en vigor en ese concreto Estado, ¿puede entonces considerarse que ese aparato estatal se encuentra desvinculado del Derecho? ¿Qué ordenamiento jurídico debe tomarse como punto de referencia para determinar si una concreta actuación está o no desvinculada del Derecho? ¿Acaso no existen en muchos países órdenes e instrucciones provenientes de las autoridades o superiores jerárquicos, evidentemente contrarias a los Pactos Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos, paradójicamente suscritos por esos mismos países? ¿Supone esto la consideración de sus sistemas jurídicos y políticos como organizaciones criminales al margen del Derecho?⁴⁸² Y por otra parte: ¿la obligatoriedad de una orden antijurídica es el criterio definitivo delimitador de una absoluta vinculación al Derecho? ¿Hay órdenes antijurídicas obligatorias o sólo puede predicarse tal carácter de una orden en forma de ley vigente⁴⁸³?

ROXIN afirmaba en un primer momento que de la propia estructura del dominio de la organización se deducía como condición indispensable de su existencia, que ella en su conjunto se encontraba al margen del ordenamiento jurídico⁴⁸⁴. Justificaba este autor la ausencia de dominio en aquéllas órdenes de cometer delitos en las que la dirección y órganos ejecutores se mantenían, en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, en razón al rango supremo de todas las leyes, que “normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás”⁴⁸⁵.

⁴⁸² MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico...”, *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 182.

⁴⁸⁴ ROXIN, *Autoría en Derecho Penal*, pp. 276-277.

⁴⁸⁵ ROXIN, *Autoría mediata...*, *op. cit.* p. 249.

La introducción de esta característica, que ha sido objeto de arduas discusiones, responde a que “en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se mantienen ligados, en principio, a un orden jurídico que sea independiente de ellos, la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, la voluntad del poder del inspirador”⁴⁸⁶. Debe advertirse que el orden jurídico al que alude ROXIN no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho natural. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder de un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose con ello la aludida nota de actuación fuera del marco del Ordenamiento jurídico como característica del dominio de la organización⁴⁸⁷.

Conviene puntualizar que el dominio por organización no tiene un ámbito de aplicación muy amplio, lo que se debe en buena medida a que ROXIN exige que el aparato actúe por completo al margen del Ordenamiento jurídico, hecho que solo se produce en casos muy concretos. En efecto, esta forma de autoría mediata basada en el dominio por organización tiene su campo de aplicación natural según su más destacado representante, en los delitos de genocidio. Retomando las palabras de JÄGER, quien siguiendo una tesis bastante extendida en el Derecho penal internacional apunta que el genocidio es un delito de todo punto inimaginable como hecho individual completamente privado, señala ROXIN que “los delitos de guerra, estatales y cometidos por organizaciones... no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se

⁴⁸⁶ ROXIN, C., “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, *DP*, 1985, pp. 407-408.

⁴⁸⁷ FARALDO CABANA, P., “La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”. *AFDUDC*, N° 13, 2009, p. 150.

manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual. Es por ello por lo que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están cortadas asimismo por el patrón del hecho individual, no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así cuando lo contemplamos como fenómeno total”⁴⁸⁸.

Por tanto ROXIN no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió en el régimen nacionalsocialista alemán, o en los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas⁴⁸⁹.

3.1. Mención especial a la Fórmula de Radbruch.

Habíamos dicho que en lo que respecta a la actuación al margen del Ordenamiento Jurídico, ¿cómo puede afirmarse que el Estado criminal actúa fuera del Ordenamiento jurídico cuando las leyes que conforman dicho orden en el ámbito interno emanan del propio Estado? En los casos de Estados totalitarios el logro del objetivo criminal perseguido por los detentadores del poder estatal comporta la utilización del propio Ordenamiento jurídico nacional, que se pervierte para conseguir el fin propuesto. Esto se puede conseguir de dos formas: haciendo que de hecho parte de las leyes existentes dejen de tener vigencia, pues aunque formalmente nunca son

⁴⁸⁸ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch”, *op. cit.* p. 150.

⁴⁸⁹ ROXIN, *Autoría en derecho penal*, pp. 277-278.

derogadas ya no se aplican⁴⁹⁰; o bien elaborando nuevas leyes que permitan la implementación de los objetivos perseguidos por el Estado, de lo que son ejemplo algunas leyes que entraron en vigor durante el periodo nacionalsocialista en Alemania, que son contrarias a los principios fundamentales que deben regir en un Estado de Derecho. A la cuestión planteada puede responderse, como hace ROXIN, con una apelación a un derecho suprapositivo cuyo punto de referencia está constituido por los principios fundadores del Derecho Internacional: “solo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos”⁴⁹¹. Por tanto, el orden jurídico al que se hace alusión no es únicamente del Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría pensarse incluso que se alude al Derecho natural⁴⁹². Ello permite seguir afirmando que los detentadores de poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principio básicos del Estado de Derecho, manteniéndose de esta forma la aludida nota de la actuación fuera del marco del orden jurídico como característica del dominio de la organización⁴⁹³.

Esta discusión se relaciona estrechamente tanto con la aceptación de un fundamento transpositivo de la incriminación, que permite afirmar la injusticia fundamental de la legalidad vigente en un Estado injusto, de “no-Derecho”, como con la aplicación retroactiva de las normas penales tras la caída del régimen totalitario,

⁴⁹⁰ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...” en su nota 38, p. 154. Como pone de relieve VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 320, éste es un elemento característico del Estado criminalmente pervertido que lo diferencia radicalmente de las asociaciones delictivas y de las empresas.

⁴⁹¹ ROXIN, “Voluntad por dominio de organización”, *op. cit.*, p. 408.

⁴⁹² FIGUEREIDO DIAS, J., “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada...”, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁹³ FARALDO CABANA, “La Fórmula de Radbruch...”, *op. cit.* p. 155.

pues si en la actualidad se juzgan hechos que en el momento de su comisión no estaban tipificados o se encontraban amparados por una causa de justificación en el Ordenamiento jurídico del Estado donde se realizaron, ¿acaso no se vulnera el principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables? Una forma de entender que esa vulneración no se produce es afirmar que por encima del Ordenamiento Jurídico positivo de un Estado injusto se encuentra un Derecho suprapositivo cuyo punto de referencia serían los principios generales del Derecho recogidos en los Convenios y Tratados internacionales que prohíben la comisión de delitos graves contra las personas y los pueblos. Esta tesis se plasma en la fórmula de RADBRUCH, conforme a la cual “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, excepto cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un grado tan insoportable que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia”⁴⁹⁴. Esta magistral fórmula, que en su versión reducida puede expresarse como “la extrema injusticia no es Derecho”⁴⁹⁵, es un apasionado alegato contra el positivismo y los efectos perniciosos a que condujo durante la dictadura nacionalsocialista, cuyo origen se encuentra en la constatación de que “el positivismo, con su convencimiento de que “la ley es la ley”, ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo”⁴⁹⁶. La ley positiva ofrece seguridad jurídica, un valor sin duda muy importante, pero “donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo

⁴⁹⁴ RADBRUCH, G., *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 83-93, y en concreto p. 89. Existe traducción al español de M.I. Azareto de Vásquez, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962. La fórmula se recoge en la p. 37.

⁴⁹⁵ ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, nº 5, 2001, p. 76.

⁴⁹⁶ RADBRUCH, *Arbitrariedad legal, op. cit.* p. 35.

misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera”⁴⁹⁷. RADBRUCH considera imposible delimitar con mayor detalle los casos de injusto legal y los de leyes válidas aunque de contenido injusto, esto es, concretar su fórmula con más precisión, pero afirma que “se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye el núcleo de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no sólo es “derecho injusto” sino que más bien carece de naturaleza jurídica”⁴⁹⁸.

La nota característica de la fórmula de RADBRUCH es que no exige una coincidencia completa entre el Derecho y la moral, pues únicamente cuando se traspasa el umbral de la extrema injusticia las normas promulgadas conforme al Ordenamiento jurídico y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica⁴⁹⁹. Pero sí es cierto que la aceptación de la fórmula supone el alejamiento del positivismo y la admisión de una vinculación, parcial, entre Derecho y moral⁵⁰⁰.

¿Cómo sortear la objeción basada en la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables? ALEXY⁵⁰¹ señala que ese principio constitucional, pese a estar garantizado ilimitadamente según su tenor literal, ha de ser integrado con una cláusula limitativa no escrita, basada en la fórmula de RADBRUCH, que permita excluir de su ámbito de protección las causas de justificación especiales, constitutivas de derecho extremadamente injusto establecidas por Estados injustos. Igualmente se entiende que no merece protección la confianza en la irretroactividad de las normas penales desfavorables de quienes cometen delitos

⁴⁹⁷ RADBRUCH, *Arbitrariedad legal*, *op. cit.* pp. 36-37.

⁴⁹⁸ RADBRUCH, *Arbitrariedad legal*, *op. cit.* pp. 37-38.

⁴⁹⁹ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁰⁰ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁰¹ ALEXY, R., “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *DOXA*, N° 23, 2000, pp. 207-208.

internacionales en el marco de Estados donde no se han tipificado expresamente. La jurisprudencia alemana de la segunda posguerra respondió decididamente en sentido afirmativo a la cuestión acerca de si podía considerarse entonces injusto lo que en la época nacionalsocialista era Derecho, y siguiendo estos precedentes el Tribunal Supremo Federal ha hecho lo mismo después de la reunificación alemana. Esta jurisprudencia utiliza expresamente la fórmula de RADBRUCH⁵⁰². Sin embargo, la polémica generada en torno a esta cuestión en la doctrina alemana es prácticamente inabarcable, ya que la fórmula de RADBRUCH no ha tenido una acogida unánime, siendo rechazada de plano por los positivistas más estrictos, y con más cautela por quienes consideran preferible acudir al Derecho positivo cuando con él se consiguen los mismos resultados⁵⁰³.

Podríamos resumir por tanto, que la fórmula de RADBRUCH ofrece un fundamento suprapositivo a la incriminación y permite explicar como un Estado totalitario puede actuar como un todo fuera del marco del Ordenamiento jurídico, al ser ese marco no el proporcionado por el Derecho estatal sino otro más amplio, llámese internacional, suprapositivo, supralegal o natural. Esta concepción del ordenamiento jurídico como conjunto de principios y valores reconocidos por las naciones civilizadas tiene notable predicamento en la doctrina⁵⁰⁴. Se muestran críticos con este punto de vista aquellos autores para quienes este concepto de Ordenamiento no es aceptable porque no se trata de un Ordenamiento jurídico propiamente dicho, sino más bien de un conjunto de valores y principios que inspiran, por ej., el Derecho penal internacional, dejando de ser un Ordenamiento jurídico para convertirse en un Derecho ideal, virtual y utópico, entendiendo que si se acepta este concepto de

⁵⁰² *Vid.* las citas jurisprudenciales que ofrece ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *op. cit.* pp. 77-81.

⁵⁰³ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...”, *op. cit.* p. 158.

⁵⁰⁴ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch”, *op. cit.* p. 160.

Ordenamiento entonces todas y cada una de las infracciones cometidas en el mundo civilizado, independientemente de que supongan la trasgresión o no de la legislación vigente en el país en que actúe el aparato de poder o en el que se verifiquen los resultados de su actuación, serían siempre opuestas a los valores de la convivencia humana en democracia. FARALDO CABANA no comparte la misma opinión ni la misma crítica ya que señala que aplicando la fórmula de RADBRUCH no se crea un derecho virtual, sino que se considera que no es Derecho, que carece de eficacia jurídica, aquella parte del Ordenamiento jurídico positivo de la que se puede predicar la característica de la extrema injusticia. Además, según la autora, la aplicación de la fórmula de RADBRUCH no supone declarar que el Derecho promulgado conforme al Ordenamiento jurídico y socialmente eficaz tiene que ser justo y correcto para ser Derecho, antes bien, sólo la injusticia extrema hace que la norma pierda el carácter jurídico o la validez jurídica, por lo que no es suficiente con la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos propia de los delitos “normales” para afirmar esa extrema injusticia, siendo necesario que se produzca una contradicción insoportable entre la norma y un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración representa una injusticia extrema⁵⁰⁵. Si no se acepta la existencia de este Derecho suprapositivo se llegaría al absurdo de castigar a quien, dentro de un Estado de Derecho, abusa de su función como órgano del Estado, pero no poder hacer lo mismo con la persona que, yendo más allá, consigue ocupar el poder del Estado para abusar de él en su conjunto, lo que sin duda resulta mucho más peligroso para bienes jurídicos fundamentales, como demostró el régimen nacionalsocialista y siguen demostrando actualmente otros regímenes que perpetran genocidios u otros crímenes internacionales contra su propio pueblo o contra otros. Concluye FARALDO CABANA que partiendo de que el cumplimiento de ciertas exigencias mínimas de justicia es presupuesto necesario para

⁵⁰⁵ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *op. cit.* p. 91.

el carácter jurídico o la validez jurídica de las disposiciones normativas emanadas del Estado, pudiendo argumentar que el Estado actúa en su globalidad desprendido o al margen del Ordenamiento jurídico⁵⁰⁶.

3.1.1. El Estado criminal como aparato organizado de poder: apelación a la fórmula de Radbruch en Estados al margen del ordenamiento jurídico.

De forma más o menos general los partidarios de la autoría mediata con aparatos organizados de poder consideran que la construcción sólo es aplicable en el marco del Estado criminal. Así FARALDO CABANA nos dice que es cierto que la tesis del dominio de la organización nace fuertemente vinculada a la experiencia alemana de la segunda posguerra, y en particular a la condenas de los dirigentes nazis por el exterminio de los judíos y opositores de todo tipo a raíz de los procesos de Nüremberg, a lo que se añade la labor de los Tribunales de la RFA centrada en eliminar las consecuencias perturbadoras de la legislación nacionalsocialista. Sigue diciendo la autora que tanto la espectacular escala que alcanzó el genocidio judío en número de víctimas como la participación voluntaria en su ejecución de amplios grupos de la población no sólo alemana y austríaca, sino también de otros países aliados u ocupados, llevaron a varios estudiosos alemanes, en fecha muy temprana, a resaltar la aparición de una nueva categoría de ilícitos penales en la que se puede comprobar cómo en lugar de la autoría entendida tal y como se viene haciendo, esto es, desde la óptica del hecho individual, existe una red de conexiones funcionales en las que se diluye la intervención personal; cómo el individuo integrado en la maquinaria estatal de muerte se ve incapaz de poner fin a los homicidios; cómo el alejamiento respecto de la ejecución típica no supone una disminución de la responsabilidad como es habitual en

⁵⁰⁶ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...”, *op. cit.* p. 161.

el marco de la responsabilidad individual, antes bien, son los hombres de atrás, los autores de escritorio, quienes tienen el poder de decisión, y no el ejecutor individual, fungible, intercambiable, convertido en un mero engranaje más de una maquinaria terrorífica. La necesidad de dar respuesta a esta nueva forma de criminalidad estatal está en la génesis de la autoría mediata por dominio de la organización⁵⁰⁷.

Se puede hablar de “Estado criminal” cuando nos referimos a los casos en que las autoridades nacionales, siguiendo la política fijada por las más altas Instituciones del Estado y en el ejercicio de su cargo, utilizan el aparato estatal para la comisión sistemática de delitos internacionales⁵⁰⁸. FARALDO CABANA utiliza este concepto de “delitos internacionales” en sentido estricto, de forma que incluya tan sólo el crimen de agresión, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el delito de genocidio, tal y como se definen en la actualidad en los diversos instrumentos internacionales y nacionales⁵⁰⁹.

Siguiendo este esquema y remontándonos a la primera sentencia sobre los centinelas del muro de 1994, el Tribunal Supremo Federal ha desarrollado una jurisprudencia que ya a estas alturas deberíamos llamar “constante” o “permanente” de la Fórmula de Radbruch, la cual, el propio tribunal había ya manejado en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo⁵¹⁰.

La fórmula de Radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Este autor planteó su famosa fórmula en 1946 y se enfrentó, en el momento de la redacción de su trabajo a un hecho práctico inevitable: ¿Cómo administrar justicia en la zona de ocupación, luego de la guerra y de haber sido vencida Alemania? ¿Cuáles tendrían que ser los principios jurídicos que guiarían a los jueces en esa tarea de

⁵⁰⁷ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...”, cit. p. 150.

⁵⁰⁸ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...”, cit. p. 151.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 151.

⁵¹⁰ ALEXY, R., “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal...”, *op. cit.*, p. 204.

administrar justicia?, y más concretamente en el caso del derecho penal, ¿qué hacer, por ejemplo, con un juez que en el régimen nazi impuso la pena de muerte a un comerciante alemán por haber escrito en una pared una alusión contra Hitler?⁵¹¹. Su fórmula dice lo siguiente:

"El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica."⁵¹²

Lo característico de la fórmula de Radbruch es que no exige una coincidencia completa entre el Derecho y la moral. Permite que el Derecho promulgado y eficaz - Radbruch habla del Derecho "asegurado por el estatuto y el poder"- sea también válido cuando es injusto, y en absoluto exige una orientación de la totalidad del Derecho hacia la moral. Más bien, incorpora al Derecho un límite extremo. En general es Derecho lo promulgado conforme al ordenamiento y socialmente eficaz; sólo cuando se traspasa el

⁵¹¹ APONTE, A., "Gustav Radbruch: ¿constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal?" en *Derecho penal y Criminología como fundamento de la política criminal, estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, coord. por Francisco Bueno Arús, José Luis Guzmán Dalbora, Alfonso Serrano Maíllo, ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 563.

⁵¹² El famoso artículo de Radbruch fue publicado por primera vez en 1946, en el primer volumen de *Süddeutschen Juristen-Zeitung*, pp. 105 – 108.

umbral de la extrema injusticia, las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica. Por ello, se le puede dar la siguiente versión sucinta a la fórmula de Radbruch:

“Las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”.

Más breve incluso:

“La extrema injusticia no es Derecho”⁵¹³.

Un ejemplo práctico de la Fórmula de Radbruch como hemos apuntado anteriormente se invoca en la jurisprudencia alemana acerca de las muertes de los fugitivos en la frontera interna alemana. En noviembre de 1992, o sea, dos años largos después de la reunificación, en su primera sentencia sobre los guardianes del muro, el Tribunal Supremo Federal afirmó la punibilidad de los soldados rasos fronterizos. Dos años después, en 1994, decidió que también los funcionarios superiores y de más alto rango de la RDA, como por ejemplo el último Ministro de Defensa de la RDA, el General del Ejército Kébler, eran penalmente responsables de las muertes en la frontera. Los consideró culpables de homicidio en autoría mediata. El caso en particular fue el siguiente: En la noche del 14 al 15 de febrero de 1972, el guardia fronterizo era centinela jefe de una patrulla de frontera, compuesta por él y por otro soldado, destinada entre la orilla del río Reichstag y la Rudover Chausse. La frontera seguía aquí el curso del río Spree. Sobre las diez y media de la noche, un hombre de 29

⁵¹³ ALEXY, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *op. cit.*, p. 76.

años, natural de Berlín oriental, había saltado al río con la intención de cruzarlo a nado hasta la orilla de Kreuzberg y quedarse en la zona occidental de la ciudad. Cuando los dos guardias fronterizos le descubrieron, había alcanzado ya la mitad del río. Como no reaccionara ante el alto de los soldados, éstos, casi al mismo tiempo, dispararon sobre él desde una distancia de unos cuarenta metros. Las ametralladoras estaban en posición de fuego continuo. El soldado que presenta el recurso de amparo apretó tres veces el gatillo, mientras el otro lo hizo dos veces, descargando cada uno dos disparos por ráfaga. Ambos disparan sin apuntar. Según resulta de la práctica de las pruebas, no pudo refutarse que los primeros disparos fueran de aviso. Los restantes disparos fueron efectuados inmediatamente después. Ambos soldados eran conscientes de que podían herir de muerte al fugitivo, pero asumieron esta posibilidad afirmativamente. Después de las ráfagas ya no pudo verse más al nadador. Había sido alcanzado por un disparo en la cabeza y se había ahogado. Sigue sin aclararse de cuál de ambos soldados provino el disparo letal, pero, en cualquier caso, ambos actuaron con el objetivo común de cumplir la orden recibida en el relevo de guardia e impedir la fuga. Las instrucciones recibidas antes de la incorporación al servicio de frontera establecían, de acuerdo con el número 89 del Reglamento de servicio 30/10 del Ministerio de Defensa Nacional del año 1967, que “la patrulla... vigilará la frontera estatal con la misión de no permitir que nadie atraviese la línea fronteriza y de detener provisionalmente o, en su caso, abatir, a quienes traspasen ilegalmente la frontera, así como de garantizar bajo cualquier circunstancia la protección de la frontera estatal”⁵¹⁴.

Ambos soldados fueron esa misma noche relevados del puesto de vigilancia, y al día siguiente se les otorgó una distinción por méritos de servicio y un premio de 150

⁵¹⁴ ALEXY, “Derecho injusto...”, *op. cit.* p. 199.

marcos. A la viuda del fallecido se le comunicó, cuatro semanas más tarde, que se había tratado de un suicidio y que el cadáver había sido ya incinerado.

La pregunta que nos hacemos entonces es, ¿cómo puede afirmarse que el Estado criminal actúa fuera del Ordenamiento jurídico cuando las leyes que conforman dicho orden en el ámbito interno provienen del propio Estado? A la cuestión planteada puede responderse como hace ROXIN, con una apelación a la Derecho suprapositivo cuyo punto de referencia está constituido por los principios fundadores del Derecho internacional: “solo porque los pueblos de mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivas y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos”⁵¹⁵. Por tanto, el orden jurídico al que se hace alusión no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que se alude al Derecho natural. Ello permite seguir afirmando que los detentadores del poder del Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho⁵¹⁶.

Ahora bien, una vez establecida la fórmula de Radbruch surgen otra serie de preguntas en el caso que hemos puesto como ejemplo: ¿se puede reemplazar un derecho insoportable o extremo por un derecho internacional positivamente vigente?, ¿ésta invocación a un derecho supralegal basado en los Derechos Humanos vulnera la prohibición de retroactividad de la ley penal?

⁵¹⁵ ROXIN, “Voluntad de dominio...” *op. cit.*, p. 408. *Vid.* FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...”, *op. cit.*, p. 155, en su nota 40.

⁵¹⁶ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...” *op. cit.*, p. 155.

En respuesta a la primera pregunta y si se trata de un positivista estricto la respuesta es indudablemente que no, puesto que la base fundamental del positivismo es el principio por el que se rige: *Nullum crimen sine lege praevia* (ningún delito sin una ley previa), ahora bien, el que tal principio sea suficiente es una cuestión distinta. Debemos tener en cuenta que el valor de la fórmula de Radbruch estriba en que se presenta como un instrumento o criterio para aplicar justicia en casos límite y en función de órdenes jurídicos en transición, con la complejidad adicional de que se trató de una transición ocasionada por la guerra. Al mismo tiempo, la fórmula ha servido como punto de partida para hallar en el derecho positivo esos mínimos de justicia como aquellos mínimos sin los cuales no es posible concebir válidamente la idea del derecho; para encontrar respuestas, en el ámbito de los derechos humanos positivizados, a demandas urgentes de justicia material”⁵¹⁷.

En respuesta a la segunda pregunta, el primer problema que se presentó frente al ejemplo antes propuesto fue que orden jurídico debía aplicarse: o el de la antigua República de Alemania Oriental o el derecho de la República Federal. Se decidió que se aplicaría el derecho de la República Federal, aun así, surgió otro aspecto fundamental de discusión: ¿Se aplicaron en las sentencias normas penales, concretamente aquellas que en la Alemania Federal regulan casos de justificación de la conducta delictiva, de manera retroactiva, o las sentencias se basaron en el estudio de las causales de justificación que en su momento eran reguladas por el derecho de la República oriental?

Las respuestas fueron diversas como diversas fueron las sentencias: algunos jueces simplemente establecieron que de acuerdo con el derecho en aquél momento

⁵¹⁷ APONTE, “Gustav Radbruch: ¿constituye hoy...”, *op. cit.*, p. 68.

vigente en la República Democrática no podían ser amparados por causales de justificación y otros jueces aplicaron la fórmula de Radbruch, cuyas decisiones han sido criticadas en base a que en el punto de partida se hizo una indebida hipóstasis de un derecho natural y, que, además, de manera confusa, se hizo una aplicación retroactiva de la ley penal violando la prohibición constitucional expresa de retroactividad: si la decisión que se tomó desde el principio era la de aplicar el derecho de la República Federal, sus jueces eran los primeros obligados a respetar la Constitución Política⁵¹⁸.

Ahora bien, una forma de entender que esa vulneración no se produce es afirmar que por encima del Ordenamiento jurídico positivo de un Estado injusto se encuentra un Derecho suprapositivo cuyo punto de referencia serían los principios generales del Derecho recogidos en los Convenios y Tratados Internacionales que prohíben la comisión de delitos graves contra las personas y los pueblos, por consiguiente, aplicar la fórmula de Radbruch que como habíamos señalado antes, en su versión reducida puede expresarse como “la extrema injusticia no es Derecho”, de hecho, es un apasionado alegato contra el positivismo y los efectos perniciosos a que condujo durante la dictadura nacionalsocialista, cuyo origen se encuentra en la constatación de que “el positivismo, con su convencimiento de que “la ley es la ley”, ha desarmado de hecho a los juristas alemanes frente a leyes de contenido arbitrario y delictivo”. La ley positiva ofrece seguridad jurídica, un valor sin duda muy importante, pero “donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera”⁵¹⁹. RADBRUCH considera imposible delimitar con mayor detalle los casos de injusto legal y los de leyes válidas aunque de

⁵¹⁸ APONTE, “Gustav Radbruch: ¿constituye hoy...”, *op. cit.*, p. 71.

⁵¹⁹ RADBRUCH, *op. cit.*, p. 36 – 37. La fórmula se recoge en la p. 37.

contenido injusto, esto es, concretar su fórmula con más precisión, pero afirma que “se puede efectuar otra delimitación con toda exactitud: donde ni siquiera una vez se pretende alcanzar la justicia, donde la igualdad que constituye el núcleo de la justicia es negada claramente por el derecho positivo, allí la ley no sólo es “derecho injusto” sino que más bien carece de naturaleza jurídica”⁵²⁰.

Según lo anterior FARALDO CABANA se hace la siguiente pregunta: ¿Cómo sortear la objeción basada en la vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones legales desfavorables? La autora⁵²¹ nos dice que ALEXY⁵²² señala que ese principio constitucional, pese a estar garantizado ilimitadamente según su tenor literal, ha de ser integrado con una cláusula limitativa no escrita, basada en la fórmula de RADBRUCH, que permita excluir de su ámbito de protección las causas de justificación especiales, constitutivas de derecho extremadamente injusto y establecidas por Estados injustos. Igualmente se entiende que no merece protección la confianza en la irretroactividad de las normas penales desfavorables de quienes cometen delitos internacionales en el marco de Estados donde no se han tipificado expresamente. La jurisprudencia alemana de la segunda posguerra respondió decididamente en sentido afirmativo a la cuestión acerca de si podía considerarse entonces injusto lo que en la época nacionalsocialista era Derecho, y siguiendo esos precedentes el Tribunal Supremo Federal hizo lo mismo después de la reunificación alemana. Esta jurisprudencia utiliza expresamente la fórmula de RADBRUCH. Sin embargo, la polémica generada en torno a esta cuestión en la doctrina alemana es prácticamente inabarcable, ya que la fórmula no ha tenido una acogida unánime, siendo rechazada de plano por los positivistas más estrictos, y con más cautela por quienes consideran

⁵²⁰ FARALDO CABANA, “La fórmula de Radbruch...”, *op. cit.*, p. 157.

⁵²¹ *Ibid.* pp. 157 – 158.

⁵²² ALEXY, “Derecho injusto...”, *op. cit.*, pp. 207 – 208.

preferible acudir al Derecho positivo cuando con él se consiguen los mismos resultados⁵²³. Sobre todo se muestran críticos con este punto de vista aquellos autores para quienes este concepto de Ordenamiento no es aceptable porque no se trata de un Ordenamiento jurídico propiamente dicho, sino más bien un conjunto de valores y principios que inspiran, por ejemplo, el Derecho penal internacional, dejando de ser un Ordenamiento jurídico para convertirse en un Derecho ideal, virtual y utópico, entendiendo que si se acepta este concepto del Ordenamiento entonces todas y cada una de las infracciones cometidas en el mundo civilizado de que supongan la trasgresión o no de la legislación vigente en el país en que actúe el aparato de poder o en el que se verifiquen los resultados de actuación, serían siempre opuestas a los valores de la convivencia humana en democracia.⁵²⁴

4. La disposición incondicional del ejecutor para realizar el hecho.

Los tres presupuestos hasta ahora analizados: fungibilidad, poder de mando y desvinculación del derecho, constituyeron por mucho tiempo los tres pilares básicos sobre los cuales ROXIN apoyó su tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Sin embargo, este autor en los últimos estudios⁵²⁵ ha considerado la inclusión e integración de un cuarto presupuesto denominado: disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho⁵²⁶.

El origen de este nuevo presupuesto se relaciona con el enfoque que a la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización aportó SCHROEDER quien, al

⁵²³ FARALDO CABANA, "La fórmula de Radbruch...", *op. cit.*, p. 158.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁵²⁵ ROXIN, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *op. cit.*, pp. 242-248.

⁵²⁶ ROXIN, "El dominio de organización...", *op. cit.*, p. 242.

ocuparse casi al mismo tiempo que ROXIN del estudio de la figura del “autor tras el autor”, erigió el criterio de la disposición del ejecutor a la realización del hecho, previa al momento de su comisión, como requisito del dominio del hecho del hombre de atrás, y ello para poder afirmar la concurrencia de la figura del “autor tras el autor”. Particularmente lo consideró, junto con la ausencia de fuerzas inhibitorias contrarias en el ejecutor, elemento central del dominio de organización, frente a la fungibilidad propuesta por ROXIN. Esta fungibilidad, en opinión de SCHROEDER, no podía sin embargo configurar el fundamento material del dominio del hecho. Para este autor, el elemento decisivo desde el punto de vista material radicaría en que en todo momento existan “personas dispuestas a llevar a cabo el hecho”⁵²⁷. En términos concretos, esta categoría alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito. Ya no es la fungibilidad del ejecutor lo que asegura el cumplimiento de aquélla sino el internalizado interés y convencimiento de este último en que ello ocurra. Se trata, entonces, de factores eminentemente subjetivos y a los que algunos autores identificaron con el proceso de una motivación justificativa, los que podían transformar a “millones de personas en potenciales y obedientes instrumentos”⁵²⁸.

Sobre el carácter incondicional o condicional de tal predisposición no se ha alcanzado todavía consenso en la doctrina y en la jurisprudencia. Sin embargo, hay acuerdo en reconocer que este rasgo aparece ligado a la posición e integración del ejecutor con el aparato de poder, con sus órganos de dirección y con los objetivos que ambos representan y desarrollan. Su fundamento, entonces, radica, pues, en que el ejecutor que realiza la conducta delictiva desde una estructura de poder jerarquizada de naturaleza u origen estatal, pero apartada del Derecho, actúa con una motivación

⁵²⁷ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 204.

⁵²⁸ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 136.

distinta de aquél otro autor que pueda intervenir en la comisión particular de cualquier delito. Cabe señalar que una característica de las estructuras criminales, sobre todo de aquéllas que configuran una jerarquía vertical, es que el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

En tal sentido, el ejecutor está más cohesionado e identificado con el aparato de poder, por lo que se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos de éste que cualquier otro delincuente común. Él tiene conocimiento de que el hecho no le pertenece tanto como pertenece al aparato de poder del que es parte. Si no se sintiera ni actuara, pues, como parte integrante de la estructura, difícilmente hubiese cometido el hecho por su iniciativa y riesgo propios. En su comportamiento él verá reflejados los objetivos de ese ente colectivo, de sus jefes y mandos superiores a los cuales obedece y se encuentra subordinado⁵²⁹. Esto tiene una explicación psicosocial, la cual se basa, principalmente, en la valoración de legitimidad que hace el ejecutor de su propia pertenencia a la estructura criminal, lo cual desarrolla en él una tendencia a la adaptación positiva de toda meta, acción o rol que se le asigne, aunque estos tengan un contenido manifiestamente delictual. Por lo que, la probabilidad del éxito de la orden emitida por los niveles estratégicos superiores de la organización será mayor y contribuirá al dominio del hecho que se traslade a estos como autores mediatos⁵³⁰. Esta predisposición psicológica hace que el ejecutor le refiera al superior jerárquico, de manera implícita o indirecta, con su conducta y sujeción, que se someterá a sus

⁵²⁹ Véase el fundamento jurídico 13 de la Sentencia emitida por la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado 560 – 2003). En internet www.gacetajuridica.com.pe

⁵³⁰ ROXIN, “El dominio...”, *op. cit.* p. 243.

designios. De esta manera, como interpreta PARIONA ARANA, el hombre de atrás habrá alcanzado el dominio de la persona interpuesta “a través del comportamiento preexistente a la comisión del hecho”⁵³¹.

4.1. ¿Se puede considerar a la persona incondicionalmente dispuesta a la ejecución del hecho como omnímodo facturus?

Se habla de “omnímodo facturus” para referirse al destinatario de una provocación para la ejecución de un delito que estaba previamente resuelto a cometer ese mismo hecho. La doctrina viene a incluir en esta definición, de modo equívoco, también todos aquellos supuestos en los que la actuación se limita a reforzar la decisión originalmente tomada por el autor, e incluso aquellos otros en los que, pese a estar el destinatario resuelto a cometer un hecho determinado, la intervención del instigador va dirigida precisamente a la “modificación” de la resolución original⁵³².

Entiendo que el concepto exacto de omnímodo facturus como casos típicos de esta figura aquellos en los que el hombre de atrás, al instigar al de delante no consigue provocar, ni reforzar, ni modificar la decisión de ejecutar el hecho, ya que éste la había conformado firme y previamente. Parece en principio que estamos ante un sujeto decidido incondicionalmente a la ejecución del delito. ¿Es posible apreciar la condicionalidad en la resolución de un omnímodo facturus? ¿Sería punible la conducta

⁵³¹ PARIONA ARANA, R., *La doctrina de la “disposición al hecho” ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?* JUS Doctrina & Práctica, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 44 [nota 32].

⁵³² BALDÓ LAVILLA, F., “Algunos aspectos conceptuales de la inducción. A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos”, en *ADPCP*, 1989, p. 1096, plantea el ejemplo de un sujeto al que se le propone que colabore en el apoderamiento con fuerza en las cosas de unos objetos de valor, quien, a pesar de declinar éste la oferta, aconseja a su vez al proponente que ejecute el hecho violentamente.

de este hombre de atrás? Y en caso afirmativo, ¿lo sería en grado de autor o de partícipe?⁵³³

La doctrina mayoritaria afirma con práctica unanimidad que en ningún caso cabe la inducción de un omnímodo facturus, ya que éste no constituye un objeto idóneo, al estar previa y definitivamente resuelto a la comisión del hecho concreto, con todos sus elementos objetivos y subjetivos. Diferentes serán entonces los casos en los que se instiga a un hecho “concreto” al sujeto que únicamente manifiesta una predisposición a la comisión de delitos de cierta clase o una inclinación a la realización de hechos determinados.

La cuestión a la que conducen las preguntas anteriormente expuestas en el seno de este estudio es evidente, ¿puede considerarse al instrumento fungible de un aparato de poder como omnímodo facturus, es decir, como dispuesto incondicional, firme y previamente a la ejecución de un delito en particular? Una respuesta afirmativa nos llevaría por tanto, inevitablemente, a negar toda posibilidad de calificar de inductores a los “hombres de detrás”. GÓMEZ BENÍTEZ, por su parte, reconoce que en el seno del aparato de poder “muchas veces” el hipotéticamente inducido sí será un omnímodo facturus⁵³⁴. Se discrepa absolutamente de tal afirmación⁵³⁵. Tal y como afirman FARALDO CABANA, GUTÍERREZ RODRÍGUEZ y HERNÁNDEZ PLASENCIA, una cosa es estar inclinado o predispuesto a la ejecución del delito y otra muy distinta estar firmemente resuelto a la comisión del mismo delito al que es instigado⁵³⁶.

⁵³³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 223.

⁵³⁴ GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho...” *op. cit.*, p. 113.

⁵³⁵ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 233, se sirve del argumento de LANGNEFF de que el ejecutor ni en el caso de un aparato organizado estatal ni en uno de carácter mafioso está “decidido ya el hecho” para rechazar toda posibilidad de castigar al hombre de atrás como cómplice. Los soldados de frontera, antes de recibir la orden de disparar “nunca tuvieron la voluntad de disparar a los fugitivos”, *Vid.* nota a pie de p. n.º 526.

⁵³⁶ *Íbid.*

Evidentemente que son los dirigentes del aparato de poder los que emiten la orden que finalmente es acatada y llevada a cabo por un ejecutor que actúa libremente, pero “en modo alguno puede decirse que la resolución delictiva la toma éste sin que cuente para nada la orden recibida”⁵³⁷. No obstante, la afirmación de no encontrarnos ante un omnimodo facturus, por mucho que deje la puerta abierta a un posible supuesto de inducción por parte del hombre de atrás, no nos lleva de forma evidente a su reconocimiento⁵³⁸. Todavía faltaría por analizar si se dan todos los requisitos estructurales de la misma.

Lo que se trata de constatar aquí es la revelada contrariedad de la caracterización del ejecutor en un aparato de poder como omnimodo facturus y llegar a una conclusión definitiva en relación a la cuestión de si puede equipararse la “disposición incondicional” de la que habla la doctrina y la jurisprudencia, con la decisión firmemente adoptada, ambas previas, eso sí, a la instigación. La pregunta decisiva es la siguiente, ¿cabe acaso afirmar la existencia de un omnimodo facturus que estuviera firme pero condicionalmente decidido a la ejecución del hecho? Imaginemos el siguiente ejemplo: A quiere matar a B, y para ello decide contratar a C, asesino profesional. C, sin embargo, ya había sido contratado previamente por D para cometer ese mismo delito, por lo que la instigación de A no es eficaz. En principio C aparece como un omnimodo facturus frente a A, pero además, según la propia naturaleza del sicario, tal y como se ha venido defendiendo, su disposición es en principio condicionada. ¿Supone esto una compatibilidad entre la condicionalidad y la previa y firme decisión? La respuesta no puede ser otra que negativa. C condicionó su decisión a

⁵³⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 271. Recoge su argumentación también BOLEA BARDON, *Autoría mediata...*, *op. cit.* pp. 365-366.

⁵³⁸ En opinión de MEINI, para que la orden emitida por el mando superior pueda ser constitutiva de inducción, “habrá de ser una idea novedosa y original de cara al ejecutor”, lo que desde su punto de vista, “por definición, no concurre en los aparatos de poder organizados”, *vid.* MEINI, *Responsabilidad...*, *op. cit.* p. 144.

la entrega de dinero por parte de D y no a la de A. En el momento en el que A le propone la comisión del delito, su decisión ya está firmemente adoptada, porque el ofrecimiento ya ha sido realizado y la condición ya se ha materializado, pudiendo basta asimismo la mera promesa de entrega del dinero. Su decisión ya es incondicional, sólo su disposición era condicionada en el momento anterior al ofrecimiento de esta recompensa. Es por tanto omnímmodo facturus con respecto a A, pero no lo es con respecto a D. Por tanto, no cabe en ningún caso la existencia de un omnimodo facturus que condicione la ejecución del delito, entendiendo que si se está firme y previamente decidido a la ejecución del mismo delito al que se le instiga, entonces también está decidido, y no sólo dispuesto, incondicionalmente al mismo.

Este razonamiento no puede por menos que llevar a concluir, que en el seno de un aparato de poder, los subordinados (ejecutores inmediatos) a uno o varios hombres de atrás, no sólo no están dispuestos incondicionalmente a llevar a cabo el delito que se le ordena cometer, sino que, y en consecuencia, tampoco podrán ser caracterizados como omnímmodo facturus, desde el momento en que esta figura igualmente exige tal incondicionalidad en la decisión⁵³⁹.

IV. PRINCIPALES SENTENCIAS CON APLICACIÓN DE AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER.

1. El caso argentino: El Juicio de las Juntas Militares.

La primera aplicación de la tesis de ROXIN acerca de la autoría mediata con aparatos organizados de poder tuvo lugar en Argentina, concretamente en las

⁵³⁹ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.* p. 235.

sentencias que juzgaron a los Comandantes en Jefe de las respectivas Fuerzas Armadas argentinas por hechos realizados durante la dictadura militar en dicho país.

La Cámara considera probado que “en una fecha cercana al 24 de Marzo de 1976, día en que las Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno, algunos de los procesados en su calidad de Comandantes en Jefe de sus respectivas Fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí, interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumana, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente”⁵⁴⁰. A consecuencia de estas órdenes, la Cámara considera que “también ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de una gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros

⁵⁴⁰ Sentencia de la Cámara, pp. 1584-1585.

delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado”⁵⁴¹. Por supuesto, los Comandantes no realizaron personalmente ninguno de los delitos mencionados, ni indujeron a nadie directamente a cometerlos.⁵⁴²

La Cámara afirma que “además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando el poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno”⁵⁴³.

Ante los hechos relatados, el Ministerio fiscal solicitó que los enjuiciados fueran considerados autores mediatos de los delitos cometidos por el personal bajo su mando, en el entendimiento de que “dominaron el hecho a través de un aparato organizado de poder que les permitió sobredeterminar la causalidad mediante la fungibilidad de los ejecutores, lo que aseguró la consumación del delito”⁵⁴⁴.

La Cámara afirma que “lo característico (de esta forma de autoría mediata) es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si

⁵⁴¹ Sentencia de la Cámara, p. 1586.

⁵⁴² FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal... op. cit.* p. 34.

⁵⁴³ Sentencia de la Cámara, p. 1595. Sobre estos datos hace especial hincapié la Cámara en otros párrafos del texto. *Vid.* las pp. 1600-1601, y en particular la 1603, en la que considera que la impunidad proporcionada por los procesados a los ejecutores fue una circunstancia de vital importancia para el éxito de los planes ilegales.

⁵⁴⁴ Sentencia de la Cámara, p. 1589.

alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total”⁵⁴⁵. Para demostrar que concurre esta característica, se hace particular hincapié en que “los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres” de forma 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”⁵⁴⁶. Se utilizó pues, la estructura militar montada para luchar contra la subversión, sometida al Estado de Derecho y, por tanto, sujeta a una serie de disposiciones legales y reglamentarias, pero emitiendo unas órdenes que tuvieron la virtualidad de dejar sin efecto las directivas en vigencia, sólo en los puntos que se opusieran a lo ordenado, en particular todo lo referente al lugar de detención, trato al detenido, inmediata puesta a disposición del prisionero al juez civil o militar, etc.⁵⁴⁷. De esta forma, el control de los encausados sobre los hechos es total, “pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria”⁵⁴⁸. En estos supuestos de autoría mediata, por tanto, el instrumento del que se vale el hombre de atrás no es ya el ejecutor concreto, sino “el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del bien propuesto... El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel

⁵⁴⁵ Sentencia de la Cámara, pp. 1597-1598.

⁵⁴⁶ Sentencia de la Cámara, p. 1601.

⁵⁴⁷ Sentencia de la Cámara, p. 1600.

⁵⁴⁸ Sentencia de la Cámara, pp. 1601-1602.

secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran”⁵⁴⁹.

Cierto que ante la constatación de que “la intervención de los procesados desde el vértice máximo de la estructura de poder no se limitó a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyeron positivamente a la realización de los hechos” con actos constitutivos de complicidad, la Cámara se plantea si calificar los hechos como constitutivos de complicidad, y no de autoría mediata, optando por la segunda “pues es sabido que en el concurso entre distintas formas de intervención en el delito, la autoría desplaza a cualquier otra”⁵⁵⁰. Asimismo, entre la alternativa entre coautoría y la autoría mediata, “el Tribunal estima más útil mantener la calificación de autoría mediata para la conducta de los procesados”⁵⁵¹, sin justificar con mayor profundidad su decisión en este aspecto.

La apreciación de autoría mediata de los superiores conjuntamente con autoría inmediata de los subordinados que actúan de forma libre y responsable encuentra apoyo en el Derecho penal militar argentino, pues el art. 514 del Código de Justicia Militar, en redacción anterior a la actualmente vigente, consideraba autor principal del delito cometido por un subordinado al superior que le ha dado la orden, al rezar que “se impondrán las penas de la complicidad al inferior que haya obedecido:... 2) cuando haya... ejecutado la orden... que tenga por expreso objeto la comisión de un delito común o militar”⁵⁵².

⁵⁴⁹ Sentencia de la Cámara, p. 1602.

⁵⁵⁰ Sentencia de la Cámara, pp. 1602-1603.

⁵⁵¹ Sentencia de la Cámara, p. 1603.

⁵⁵² FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal...*, *op. cit.* p. 38.

Afirmada la autoría mediata de los encausados, el tribunal se plantea la posibilidad de aplicar la eximente de obediencia debida o el error invencible de prohibición tanto a los ejecutores como a quienes impartieron las órdenes. Con respecto a “quienes por su ubicación en la cadena de mandos conocieron de la ilicitud del sistema”, niega cualquier posibilidad de aplicar las eximentes apuntadas, si bien con relación a los subordinados reconoce que es presumible que puedan alegar a su favor cualquiera de estas dos causas de exención de responsabilidad penal⁵⁵³. Pero en cualquier caso, se admita o no la aplicación de una eximente a los ejecutores, “para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores..., pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos”⁵⁵⁴.

En casación, la Corte Suprema rechaza la autoría mediata, pese a que en los votos particulares una mayoría de tres magistrados frente a dos se pronunció a su favor, siguiendo dos de los magistrados expresamente la tesis del dominio de organización elaborada por ROXIN⁵⁵⁵. En este aspecto coinciden sustancialmente con la opinión sustentada por la Cámara, por lo que no es necesario reproducir los argumentos⁵⁵⁶. En cuanto a quienes se mostraron en contra de la autoría mediata, los

⁵⁵³ Sentencia de la Cámara, p. 1599.

⁵⁵⁴ Sentencia de la Cámara, p. 1600.

⁵⁵⁵ SANCINETTI, M.: *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, ed. Lerner, Buenos Aires, 1988, p. 243. Aclara este autor que “la parte dispositiva en la que constan las firmas de los cinco ministros no se corresponde con los votos, especialmente en punto al título de la imputación de la responsabilidad personal. Según una tradición de la Corte, cuando los votos de los ministros forman mayoría diferente con relación a cada aspecto controvertido, la firma final de los jueces es insertada en la parte dispositiva que corresponde al voto del presidente. Sin embargo, esto genera una discordancia, al menos en este caso, entre el dispositivo aparente y los considerandos de la sentencia. En punto a la autoría, en particular, la mayoría del tribunal, mediante voto de Bacqué, Fayt y Petracchi, resolvió el problema de imputación de la responsabilidad personal, como caso de *autoría mediata*. Y no lo contrario, como dice el voto del presidente, Caballero, y de Beluscio”.

⁵⁵⁶ *Vid.* Sentencia de la Corte Suprema, pp. 1762, 1781 ss, 1796 ss y 1802 ss.

ministros Caballero y Belluscio rechazan que la teoría del dominio del hecho haya alcanzado reconocimiento general en Alemania, Francia, Italia o España, pues consideran que siguen siendo mayoritarias las teorías formal-objetivas sobre la autoría. En particular afirman que el dominio de la organización todavía no ha sido aceptado ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, tratándose además de una construcción abierta que carece por el momento de la necesaria concreción, además de que su aplicación en Argentina vulneraría los límites trazados por el art. 45 del Código penal de la Nación argentina⁵⁵⁷. Deducen del principio de responsabilidad la imposibilidad de que exista un ejecutor responsable y autoría mediata del hombre de atrás, considerando preferible una coautoría o una inducción, siguiendo en este aspecto a JESCHECK⁵⁵⁸. Por todo ello llegan a la conclusión de que los acusados son cooperadores necesarios, es decir, que “su actividad contribuyó a la realización del delito”, nunca autores, ya que su conducta no supuso en ningún momento realización de los tipos delictivos cometidos por los ejecutores”⁵⁵⁹.

El fallo de la Cámara Nacional en la causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional sigue punto por punto la tesis de ROXIN sobre autoría mediata con aparatos organizados de poder.

⁵⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema, pp. 1703 y ss. El art. 45 CP argentino señala que: “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”. Entiende la Corte que la inclusión de la autoría mediata en la última parte de este precepto supone una dilatación del concepto de instigador, que llevaría a la contradicción de que quien domina el hecho sería a la vez persuasor y ejecutor. El concepto de instigación, a su juicio, enmarca una participación puramente psíquica, que el instigador dirige directamente a la concreta finalidad de que el instigado tome la resolución de cometer el delito, de forma voluntaria, libre y consciente. Esta actividad intelectual se agota una vez tomada la resolución, de manera que la realización del delito depende del instigado, que se convierte en autor único. Y si ese obrar psíquico se completa con alguna aportación material, la actividad del sujeto se desplaza del concepto de instigación e ingresa en el de partícipe.

⁵⁵⁸ Sentencia de la Corte Suprema, pp. 1701 ss.

⁵⁵⁹ Sentencia de la Corte Suprema, p. 1708.

Hemos visto que la Cámara parte del principio de responsabilidad, pero afirma que en casos excepcionales debe aceptarse la autoría mediata del hombre de atrás que obra a través de ejecutores plenamente responsables. Con este principio se alude al reconocimiento por parte del Ordenamiento jurídico de que cada uno sólo puede ser hecho responsable por su propio comportamiento, sin que sea admisible la atribución de responsabilidad por conductas ajenas. En este sentido se parte de que el ser humano tiene capacidad para autodeterminarse, y esta representación del ser humano tiene repercusiones en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando varias personas intervienen en un hecho. A este respecto ROXIN ya había puesto de relieve que existen delitos que no pueden ser interpretados con los parámetros del hecho delictivo individual, puesto que el intento de interpretar casos de este tipo con ayuda de las categorías dogmáticas tradicionales sólo logra, las más de las veces, ocultar la problemática subyacente⁵⁶⁰.

El dominio del hecho por parte del hombre de atrás se fundamenta, según la Cámara, en la fungibilidad de los ejecutores, que eran sustituibles. Ésta es la tesis fundamental de ROXIN, quien considera que “si se piensa cómo hacer para dominar predominantemente un acontecimiento provocado por otro, pero sin intervenir por propia mano, sólo existen tres posibilidades: 1) se puede obligar a quien actúa; 2) se lo puede emplear como un factor causal ciego en lo que respecta a las circunstancias decisivas de la autoría; 3) o el ejecutor tiene que ser cambiante, si no puede ser coaccionado ni engañado”⁵⁶¹. La organización no se ve afectada por ocasionales deserciones o desobediencias a las órdenes, puesto que “si uno fracasa, entra el

⁵⁶⁰ ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.*, p. 400.

⁵⁶¹ ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.*, p. 400.

siguiente en su lugar, y precisamente esta circunstancia transforma al autor en una simple herramienta del inspirador, sin perjuicio del propio dominio de sus actos”⁵⁶².

Para ROXIN también es de gran relevancia que la organización funcione como una totalidad al margen del Ordenamiento jurídico, ya que si actúa ligada a los principios propios de un Estado de Derecho, sometido a la ley, “la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de las órdenes antijurídicas y, con ello, el poder de la voluntad del inspirador”⁵⁶³. Como hemos visto, la Cámara pone de relieve que las Fuerzas Armadas argentinas, como organización, durante la etapa de lucha ilegal contra la subversión obedecieron las leyes en todo lo que no contradijera las órdenes impartidas por los comandantes en jefe acerca de las tácticas de combate contra la guerrilla revolucionaria, de forma que a lo largo de dicho periodo de tiempo convivieron dos sistemas normativos que se negaban mutuamente, “engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles”⁵⁶⁴. ¿En qué medida son compatibles estas afirmaciones con la tesis roxiniana? Como cabe observar, en Argentina se utilizó una parte del poder estatal para lograr un objetivo querido por el Estado, pero utilizando medios que se encontraban tipificados en las normas penales internas del propio Estado. La actuación de los comandantes dio origen dentro de las Fuerzas Armadas argentinas a una especie de “Estado dentro del Estado”, emancipado del Ordenamiento jurídico general a través de la ocultación y constante negación de los hechos, lo que, unido a la inexistencia de una autoridad que pudiera controlar eficazmente lo que acontecía, garantizaba la impunidad de los ejecutores⁵⁶⁵. Por su

⁵⁶² ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.* p. 406.

⁵⁶³ ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.* p. 407.

⁵⁶⁴ Sentencia de la Cámara, p. 1603.

⁵⁶⁵ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal... op. cit.* p. 43.

parte, hemos visto que ROXIN menciona al menos dos grupos de casos que considera reconducibles a la autoría mediata con aparatos organizados de poder: en primer lugar, los supuestos en los que el propio detentador del poder estatal comete delitos con la ayuda de las organizaciones que le están subordinadas, lo que ocurre en particular en los Estados totalitarios; en segundo lugar, casos en los que los hechos “son cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas delictivas y asociaciones de tipo parecido”, siempre que exista “no sólo una rígida organización independiente del cambio de sus miembros individuales, sino también que tenga objetivos que choquen contra las normas penales internas del Estado”⁵⁶⁶. ROXIN reconoce que en aparatos estructurados de este modo, en los que “los miembros, en la comisión de sus hechos penales, no actúan por cuenta propia y en contradicción con las metas de su grupo, sino como órganos de la cúspide conductora, cuya autoridad reconocen... se puede probar también el criterio distintivo del dominio organizativo, dado que las acciones puestas en movimiento por el inspirador se vuelven independientes de la persona del ejecutor”⁵⁶⁷. En el caso argentino, por tanto, la actuación de los comandantes puede encajar en la segunda modalidad de dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder⁵⁶⁸.

Aunque no se plantea directamente, es presumible que el Tribunal argentino admita la posibilidad de una cadena de autores mediatos que se van pasando las órdenes hasta llegar a los ejecutores, pues dispone que “en cumplimiento del deber legal de denunciar, se ponga en conocimiento del Consejo Supremo de las FF.AA. el contenido de la sentencia, y cuantas piezas de la causa sean pertinentes, a los efectos del enjuiciamiento de los oficiales superiores que ocuparon los comandos de zona y

⁵⁶⁶ ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.* p. 408.

⁵⁶⁷ ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.* p. 409.

⁵⁶⁸ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal...*, *op. cit.* p. 44.

subzona de defensa, durante la lucha contra la subversión, y de todos aquellos que tuvieron responsabilidad operativa en las acciones”. Ello supone la admisión completa del dominio por organización elaborado por ROXIN, quien, poniendo como ejemplo el caso Eichmann, en el que el acusado no tuvo participación directa ni al comienzo ni al final de los hechos, limitándose su intervención a la parte intermedia del desarrollo de los acontecimientos, considera que es perfectamente admisible que se dé el caso de “una larga cadena de autores detrás del autor”⁵⁶⁹. Cada eslabón de esa cadena puede ser considerado penalmente responsable como autor mediato de los hechos ejecutados.

No obstante lo anterior, debemos tener en cuenta que la Corte Suprema modificó la calificación de autores mediatos por la de partícipes, en concreto, cooperadores necesarios, en el entendimiento de que la estructura de su conducta no se correspondía con la autoría, por estar en todo caso muy alejada de la verdadera realización típica⁵⁷⁰. Al optar por las teorías objetivo-formales de la autoría la Corte se ve abocada a un concepto de autoría mediata limitado estrictamente a los supuestos en que el ejecutor carece de libertad (coacción) o actúa ciegamente (error), y en cualquiera de los dos casos no pasa de ser un mero instrumento en las manos del hombre de atrás⁵⁷¹.

Recordemos que ROXIN apunta como característica de la nueva forma de autoría mediata que propone que el aumento de la distancia entre el hombre de atrás y el ejecutor es signo de un aumento en el grado de dominio del hombre de atrás, pues quien se encuentra en la cúspide de la organización domina el aparato en mayor medida que los escalones intermedios. Por lo demás, la afirmación de la autoría

⁵⁶⁹ ROXIN, “Voluntad de dominio”, *op. cit.* p. 406.

⁵⁷⁰ Sentencia de la Corte Suprema, p. 1708.

⁵⁷¹ BRUERA, M., “Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder”, AAVV., *Nuevas Formulaciones en las Ciencias penales*. Homenaje a Claus Roxin, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2002, pp. 266-269.

mediata del hombre de atrás supone afirmar que también él realiza el tipo, aunque no lo ejecute de modo directo-corporalmente, por lo que la Corte parece utilizar un argumento circular: no admite que el hombre de atrás realice el tipo porque no admite la autoría mediata, y no admite la autoría mediata porque el hombre de atrás no realiza el tipo⁵⁷².

Considera la Corte que la admisión de la autoría mediata sin haber realizado acciones típicas contraviene el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la “ley previa”, proclamado en el art. 18 de la Constitución argentina, a lo que añade que, en vista de que los cuadros inferiores tenían amplia libertad para determinar la suerte del aprehendido, no existía el grado de sometimiento de los ejecutores que supone la tesis de Roxin, y finalmente opta por calificar la conducta de los comandantes como inducción. Se rechaza, como puede observarse, la tesis que identifica la autoría inmediata con la realización típica y la autoría mediata con la realización típica por medio de otro que actúa como instrumento. La Corte desconoce que la propuesta de ROXIN no exige el sometimiento del ejecutor, antes bien, parte de que el ejecutor es libre, aunque fungible. Partiendo de la prohibición de regreso y de la libertad de actuación del ejecutor, un sector de la doctrina argentina se ha mostrado favorable a esta conclusión, aun reconociendo que la figura del dominio de la organización puede ser admitida excepcionalmente cuando no existe Estado de Derecho, como fue el caso del régimen nacionalsocialista o del estalinista, y que por tanto quizá también podría aplicarse a la dictadura argentina⁵⁷³.

2. El caso de los soldados de la Frontera del Muro de Berlín.

⁵⁷² FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal... op. cit.* p. 46.

⁵⁷³ NStZ 1989, p. 176.

El tribunal Supremo Federal alemán aplicó la autoría mediata con aparatos organizados de poder a los delitos cometidos por los dirigentes de la República Democrática alemana, declarando a los miembros del Consejo de Defensa Nacional responsables como autores mediatos de los delitos de homicidio y lesiones cometidos por los soldados de frontera en las personas de quienes trataban de huir del país atravesando clandestinamente el Muro de Berlín⁵⁷⁴.

El Tribunal Federal juzga la muerte de siete personas que entre 1971 y 1989 quisieron huir de la RDA atravesando la frontera entre las dos Alemanias. El Tribunal Territorial de Berlín consideró en primera instancia a los procesados, como miembros del Consejo de Defensa Nacional, (co) responsables de la muerte de estos fugitivos. Los hechos considerados probados son los siguientes: “Desde comienzos del año 1949 hasta mediados del año 1961 huyeron de la RDA hacia Occidente unos 2,5 millones de alemanes. Como en 1961, a consecuencia de la situación política mundial, la corriente de fugitivos aumentó de forma considerable, el Consejo de Ministros de la RDA decidió, después de mantener conversaciones con los responsables de la URSS y con otros estados miembros del Pacto de Varsovia, cerrar completamente la frontera entre la RDA y la RFA. Durante la madrugada del 13 de agosto de 1961 se rodeó la frontera del sector berlinés con alambres y barricadas y más tarde fue “asegurada” con un muro. En las restantes zonas fronterizas entre la RDA y la RFA se construyeron dispositivos de seguridad o se aumentaron los ya existentes. Fuera en la frontera berlinesa se colocaron minas y dispositivos de disparo automático. Numerosos intentos de fuga a través de la así “asegurada” frontera de la RDA terminaron con la muerte de los fugitivos que pisaron las minas, activaron los dispositivos de disparo automático o

⁵⁷⁴ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal... op. cit.* p. 61.

recibieron disparos de los miembros de las tropas de la frontera realizados para evitar la fuga⁵⁷⁵.

Con el fin de determinar la estructura de la organización estatal, el Tribunal Territorial se extiende acerca del Sistema de gobierno en la RDA. “Según el art. 48 de la Constitución de la RDA la Cámara del Pueblo era el máximo órgano de poder estatal de la RDA, encargado simultáneamente de la elaboración y aplicación de las leyes. En las sesiones de la Cámara del Pueblo se produjeron las autorizaciones de la misma al Consejo de Estado, según el artículo 66 de la Constitución de la RDA. Éste organizó, de acuerdo con el artículo 73 de la Constitución de la RDA, la defensa territorial con la ayuda del Consejo de Defensa Nacional. El Consejo de Defensa Nacional era el órgano estatal central que se ocupaba en solitario de la dirección de las medidas de defensa y seguridad de la RDA...El número de los miembros del Consejo de Defensa Nacional osciló de forma casi imperceptible: en 1971 la Cámara del Pueblo eligió al presidente del Consejo de Defensa Nacional (art. 50 de la Constitución de la RDA) y llamó a los miembros del Consejo de Estado (art. 73 de la Constitución de la RDA). Desde 1971 fue Presidente del Consejo de Defensa Nacional Honecker, Presidente del Consejo de Estado y Secretario General del Comité Central del SED⁵⁷⁶. Además de él eran miembros, entre otros, el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Defensa nacional, los Jefes de Estado mayor del ejército Popular Nacional y de la Administración Política central del Ejército Popular Nacional, de la sección del Ministerio de Defensa Nacional dependiente del Comité central del SED, así como los Primeros Secretarios de las direcciones regionales de determinados distritos fronterizos. El papel dirigente señalado al SED por el art. 1 de la Constitución de la RDA como partido marxista-leninista dio lugar a que se produjera un fuerte enlace

⁵⁷⁵ BGHSt 40, p. 2703.

⁵⁷⁶ Partido Socialista Unificado de Alemania.

personal entre el partido y los órganos del Estado, que determinó de hecho la política de la RDA a través del SED y de sus entidades, especialmente el Comité Central, el Politburó y la Secretaría. Politburó y Secretaría estaban ocupados por el primer Secretario del Comité Central, que desde 1971 era Honecker. El ejército Popular Nacional y la “tropas de frontera de la RDA”, separadas desde comienzos de los años setenta del ejército Popular Nacional, estaban subordinados al Ministerio de Defensa Nacional. Todas las actuaciones de las tropas de frontera, incluyendo la colocación de dispositivos de disparo automático y de minas y el uso de armas de fuego contra los fugitivos, respondían a órdenes que se basaban en las “órdenes anuales” del Ministerio de Defensa Nacional. Presupuesto necesario de éstas órdenes anuales eran las decisiones precedentes del Consejo de Defensa Nacional”⁵⁷⁷.

A continuación, el Tribunal Territorial detalla los cargos de los procesados y las fechas en las que los obtuvieron, explicando el proceso de elaboración de la orden de disparar contra los fugitivos. “La situación de las órdenes en la frontera de la RDA y la RFA respondía a las decisiones del consejo Nacional de Defensa, y se trataba de evitar en todo caso y usando cualquier medio la “violación de la frontera”. Los equipos de la frontera, cuya disposición técnica hacía ver que, en primer lugar, evitaban la huida de la RDA, eran vigilados por las tropas de frontera, que habían sido especialmente entrenadas para este cometido. Los miembros de las tropas de frontera recibieron instrucciones en el sentido de que una “violación de la frontera” exitosa tendría “consecuencias” para los soldados implicados. Puesto que en muchos casos un fugitivo no podía ser detenido sin el empleo selectivo de armas de fuego, ello significaba que no se excluía el uso de armas de fuego con resultado mortal, teniendo en cuenta en particular que la ametralladora empleada en la frontera, “Kalaschnikow

⁵⁷⁷ BGHSt 40, p. 2703.

Modelo 47”, tenía una gran puntería especialmente con fuego continuo. La orden dio a los soldados la impresión de que la “inviolabilidad de la frontera” tenía prioridad sobre las vidas humanas. Para evitar escándalos, las acciones de salvamento debían realizarse de manera que no fueran advertidas por terceros. Esto llevó a un importante retraso temporal a la hora de solicitar asistencia médica. No se informó a los médicos hospitalarios de la causa de las lesiones. Los médicos forenses obtuvieron ninguna o sólo una vaga aclaración sobre las circunstancias que rodeaban la muerte, y el certificado de defunción tampoco contenía información alguna acerca de la causa de la muerte. Incluso después de la entrada en vigor de la Ley de Frontera de 1982..., se siguió ordenando a los soldados el empleo de armas de fuego en los supuestos del anterior reglamento. Cuando se producían daños personales en los “incidentes fronterizos”, se hacía cargo de la investigación el Ministerio de Seguridad estatal, cuyo objetivo principal era aclarar las circunstancias “en las que se había permitido al fugitivo llegar tan lejos”. Soldados de frontera que evitaron una tentativa de huida fueron felicitados, incluso cuando el fugitivo había resultado muerto. Esta situación de las órdenes en la frontera respondía a las decisiones del Consejo de Defensa Nacional, en las cuales habían coparticipado los procesados, y que fueron el fundamento de las órdenes del Ministerio de Defensa Nacional a las tropas de frontera. Ya en su reunión de 14.9.1962, esto es, antes de que los procesados se convirtieran en miembros del Consejo de Defensa Nacional, éste había hecho saber que “quienes intentan atravesar la frontera deben ser considerados como enemigos, y si es necesario eliminados”⁵⁷⁸. A consecuencia de estas decisiones, en diferentes sesiones del Consejo de Defensa Nacional que tuvieron lugar a lo largo de los años setenta y ochenta se decidió la instalación de diversos dispositivos en la frontera y la mejora de los existentes, siempre

⁵⁷⁸ BGHSt 40, p. 2703.

destinados a evitar las huidas⁵⁷⁹. Como consecuencia de las medidas adoptadas se produjo la muerte de al menos siete personas, cuyas circunstancias detalla el Tribunal, y se causaron lesiones a otras varias⁵⁸⁰. El Tribunal Territorial de Berlín condena a los procesados K y S como inductores de homicidio, fundándose en que el art. 22 I DDR-StGB no permitía considerarles autores mediatos puesto que los ejecutores inmediatos eran completamente responsables, ni coautores, ya que según la jurisprudencia de la RDA sólo puede ser coautor quien al menos ha realizado personalmente uno de los elementos típicos del delito en cuestión (art. 22 II núm. 2 DDR-StGB), mientras que la complicidad (art. 22 II núm.3 DDR-StGB) presupone la colaboración con un autor que ya está decidido a la comisión del hecho, lo que falta en el caso que nos ocupa. Al ser más favorable para los reos el código penal de la RFA, éste es el que resulta aplicable al caso, permitiendo la condena de dos de los procesados como inductores de homicidio, y de un tercero, A, como cómplice de homicidio. De nuevo se descarta la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, puesto que, según el Tribunal Territorial de Berlín, la RDA no puede ser considerada un Estado totalitario comparable a la dictadura de Hitler, a lo que añade que los procesados no tuvieron el dominio del hecho puesto que no dominaban ni el sí ni el cómo de las muertes, tanto en el caso de las producidas por disparos de las tropas de fronteras como por la explosión de minas. Asimismo, el Tribunal Territorial excluye también la coautoría, puntualizando respecto de la complicidad que la mera participación en el Consejo de Defensa Nacional no puede ser suficiente para fundamentarla. Después de estas observaciones, el Tribunal Territorial considera al procesado A cómplice de Honecker, que a su vez es inductor de homicidio, mientras que los procesados K y S son sancionados como inductores de homicidio⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ BGHSt 40, pp. 2703-2704.

⁵⁸⁰ BGHSt 40, p. 2704.

⁵⁸¹ BGHSt 40, p. 2705.

El Tribunal Supremo Federal alemán modifica el fallo del Tribunal Territorial, y considera a tres de los procesados juzgados por el Tribunal Territorial⁵⁸² culpables de homicidio en autoría mediata (arts. 212 y 25 StGB, aplicables por ser más favorables a los reos que los correspondientes del DDR-StGB, observación en la que coincide con el Tribunal inferior)⁵⁸³.

Después de afirmar que la conducta de los soldados de frontera es antijurídica y dolosa no sólo de acuerdo con el Derecho de la RFA sino también atendiendo al de la propia RDA, pues la justificación otorgada en su día por el derecho positivo germano-oriental⁵⁸⁴ debe ser eliminada a la luz del derecho suprapositivo⁵⁸⁵, el Tribunal

⁵⁸² Se trata de Heinz Kessler, Fritz Streletz y Hans Albrecht.

⁵⁸³ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal...*, *op. cit.* p. 70.

⁵⁸⁴ El Tribunal Supremo Federal rechaza la tesis central sostenida en la sentencia de primera instancia, según la cual las muertes eran antijurídicas incluso de acuerdo con el derecho positivo entonces vigente en la RDA. Ya en 1992, al juzgar por primera vez a los soldados de fronteras, el Tribunal Territorial de Berlín había realizado una interpretación del derecho de la RDA, y en concreto del art. 27 de la Ley de Fronteras (DDR-GrenzG), a la luz de los principios del Estado de Derecho, y en especial del principio de proporcionalidad, que prohibiría “sacrificar la vida, como bien jurídico supremo, frente a otros intereses y, en cualquier caso, frente a intereses de menor valor”, como sería la seguridad de la frontera. LG Berlin, *NSiZ* 1992, p. 484. Según el razonamiento seguido en esta resolución judicial, el comportamiento de los soldados de la frontera no estaba justificado de acuerdo con las propias disposiciones de la Ley de Fronteras, en particular después del 1 de mayo de 1982, fecha de su promulgación. Parte el Tribunal Territorial de que si se considera que las minas, las minas de fragmentación y los dispositivos de disparo automático son mecanismos de protección de la frontera, previstos en el art. 8.2 de la Ley de Fronteras, su utilización contra los fugitivos era ilícita, puesto que la utilización de medios peligrosos para evitar la realización de hechos punibles estaba regulada en los arts. 26 y 27 de la Ley de Fronteras, exigiendo este último precepto que antes de proceder al uso de armas de fuego tuviera lugar una ponderación de intereses que, naturalmente, no existía en el caso de utilización de minas. Por cuanto se refiere al empleo de armas de fuego se trataba de una ponderación delicada, puesto que los soldados de frontera estaban obligados a impedir la fuga /art. 18 II de la Ley de Fronteras), preservando en la medida de lo posible la vida. El recurso a las armas de fuego estaba previsto para impedir la ejecución inminente o la continuación de un hecho punible que, de acuerdo con las circunstancias, apareciese como peligroso para los intereses de la sociedad. Los hechos cometidos habrán revelado, de esta forma, una falta de respeto grave frente a la legalidad socialista, correspondiéndoles según el Derecho entonces vigente una pena de prisión superior a dos años. Ahora bien, ningún soldado fue nunca sancionado por los homicidios y lesiones cometidos. La única censura dirigida a los soldados tuvo como motivo un caso de homicidio ocurrido en la madrugada de 1 de diciembre de 1984, en Berlín, por haber desperdiciado demasiadas municiones.

Llegado el momento de juzgar a los dirigentes de la RDA por los homicidios en el Muro de Berlín, el tribunal Territorial de Berlín llega a la conclusión de que en el momento de los hechos y según el Ordenamiento jurídico de la RDA no había ninguna causa de justificación que pudiera amparar la conducta de los soldados de la frontera, ya que el §17.2ª de la Ley de la Policía Popular (VoPoG) no serviría a estos efectos, al no haber concurrido uno de los presupuestos necesarios para la utilización legítima de arma de fuego, como era la presencia de un delito. El cruce ilegal de la frontera no era un delito grave (arts. 1.3.2 y 213.1 DDR-StGB). No existiendo otras posibles causas de justificación, el

Supremo Federal considera, respecto de la autoría mediata, que es admisible en casos en que el ejecutor obra de forma plenamente responsable, recibiendo la calificación de autor (inmediato)⁵⁸⁶, puesto que el legislador ha dejado la cuestión abierta a sabiendas, y se ha limitado a establecer que también puede ser autor quien comete un hecho punible “a través de otro” (art. 25 I StGB). La cuestión se discutió en la Gran Comisión para la reforma del Derecho penal. La solución finalmente adoptada fue un compromiso que pretendía no decidir la calificación del intermediario plenamente responsable... La doctrina tampoco ofrece una solución única. “Fuera de cuestión apenas existe algo más que el principio general conforme al cual también el autor mediato debe reunir en su persona todos los presupuestos de la autoría”⁵⁸⁷. Después de una visión en conjunto de la situación doctrinal acerca de la autoría mediata, con especial alusión a ROXIN, el Tribunal Supremo Federal afirma que “existe considerable unidad en la literatura a la hora de juzgar a los autores que han actuado en el marco de un aparato organizado de poder. Aquí, a pesar de que el intermediario actúa de forma típica y completamente responsable, el hombre de atrás y quien con mando independiente en el marco de la jerarquía da curso... a la orden delictiva deben ser autores mediatos, porque la fungibilidad del intermediario confiere al autor de escritorio el dominio del hecho...”⁵⁸⁸. Tras analizar y descartar la tesis de la coautoría⁵⁸⁹, el Alto Tribunal

hecho sería antijurídico tanto conforme al Ordenamiento de la RFA como al de la RDA. Cfr. BGHSt 40, 241.

El Tribunal Supremo Federal consideró que esta aproximación al caso, inspirada en el modelo del Estado de Derecho, resultaba inadecuada en un Estado en el que la división de poderes se había desdibujado y el concepto de ley había perdido el significado que tiene en sistemas de corte occidental. Partiendo de que lo que sea el derecho positivo depende no sólo de lo que ha sido positivizado, sino también de lo que es socialmente vigente y eficaz, el Alto Tribunal llega a la conclusión de que tanto el art. 17.2ª de la Ley de la Policía Popular como disposiciones de rango inferior justificaban los disparos a matar, tanto según su tenor literal como según la práctica estatal de la RDA en el momento de los hechos. Cfr. BGHSt 40, p. 243 y ss.

⁵⁸⁵ BGHSt 40, p. 2705.

⁵⁸⁶ Los soldados de la frontera fueron considerados autores inmediatos plenamente responsables de los homicidios en la BGHSt 39, 1, pp. 31-32, publicada en la *NJW* 1993, pp. 141 y ss.

⁵⁸⁷ FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal...*, *op. cit.* p. 68

⁵⁸⁸ BGHSt 40, p. 2706.

⁵⁸⁹ Señala el Tribunal que los partidarios de un principio de responsabilidad ilimitado aplican a estos casos la coautoría, y a veces también la inducción, porque básicamente no aceptan un autor detrás del autor. A la primera opción cabe oponer, en palabras del Tribunal, el hecho de que el hombre que ocupa

dedica unas líneas al estudio de la jurisprudencia anterior, demostrando la existencia de una línea interpretativa de progresiva ampliación de los supuestos admitidos de autoría mediata con un intermediario que actúa de forma –limitadamente- responsable, puesto que se encontraba en un error evitable de prohibición”⁵⁹⁰.

Después de esta detallada exposición de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales, el Tribunal Supremo Federal es de la opinión de que “(1) si alguien actúa sin error y de forma plenamente responsable, normalmente el hombre de atrás no es autor mediato. Esto vale especialmente para los casos en los que el autor inmediato domina, y quiere dominar, completamente el hecho no sólo jurídicamente sino también de hecho. Por regla general el hombre de atrás no tiene, entonces, el dominio del hecho. (2) Sin embargo, hay casos en los que, pese a un intermediario que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir cuando mediante estructuras organizadas el hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares. Tales condiciones marco con desarrollos regulares se presentan especialmente en estructuras organizativas de tipo estatal, empresarial o similares a estas últimas, y en jerarquías. Si en tales supuestos el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, y en especial aprovecha la disposición incondicionada del ejecutor inmediato para realizar el tipo, y el hombre de atrás quiere el resultado como consecuencia de su propia actuación, entonces es autor en la forma de la autoría mediata. Él posee el dominio del hecho. Él domina de hecho los acontecimientos de forma materialmente más amplia de lo que es necesario en otros grupos de casos en los

la posición central cede completamente la ejecución al instrumento, muchas veces seleccionado sin su personal conocimiento, lo que habla en contra de la coautoría, caracterizada por la resolución común y la división del trabajo, que es mucha más que la simple conciencia de pertenecer a la misma organización. BGHSt 40, p. 2706.

⁵⁹⁰ BGHSt 40, p. 2706.

que la autoría mediata se acepta sin dificultades, como en la utilización de un instrumento completamente responsable que, sólo por carecer de una especial posición de deber personal o de una especial intención exigida por el tipo, no puede ser autor. También en la utilización de instrumentos que actúan por error o de inimputables son frecuentes los casos en que el autor mediato tiene mucho menos control sobre la producción del resultado que en los supuestos descritos. El hombre de atrás tiene en los casos descritos completa voluntad de dominio del hecho, cuando sabe que la decisión ilícita que debe tomar el ejecutor, al venir preestablecida por las condiciones estructurales, no representa obstáculo alguno al logro del resultado por él pretendido. En estos casos, no considerar al hombre de atrás como autor no haría justicia a la importancia objetiva de su contribución al hecho, más teniendo en cuenta que frecuentemente la responsabilidad, con una mayor distancia relativa al lugar del hecho, lejos de disminuir, aumenta (F. C Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 166). Una autoría mediata así entendida viene en consideración no sólo cuando se abusa del poder estatal, sino también en los casos de delitos organizados de tipo mafioso, en los que la distancia espacial, temporal y jerárquica entre las órdenes de la cúspide responsable de la organización y el ejecutor inmediato impide hablar de coautoría con división del trabajo. También el problema de la responsabilidad en las empresas económicas puede solucionarse de esta forma⁵⁹¹.

Continúa señalando el Tribunal Supremo Federal que de igual manera puede entrar en consideración esta forma de autoría mediata en los casos en que, como sucedía en la sentencia BGHSt 3, 110 (NJW 1952, p. 1024), el autor en cuestión se aprovecha de un aparato estatal que actúa ilícitamente para la consecución de fines

⁵⁹¹ BGHSt 40, p. 2706.

propios. Esta solución no depende de la buena o mala fe del autor inmediato que, en el caso individual se trata de una cuestión de respuesta probablemente difícil⁵⁹².

“cc) De acuerdo con estos principios no puede ponerse en duda que los tres procesados, también A, han matado dolosamente en autoría mediata (párrafos 2121, 25 I StGB)... Los procesados, como miembros del Consejo de Defensa Nacional, pertenecían a un gremio cuyas decisiones eran presupuesto necesario de las órdenes fundamentales a las que obedecía el régimen de frontera de la RDA. Sabían que las órdenes fundadas en las decisiones del Consejo de Defensa Nacional eran ejecutadas. Tenían a las vista los informes acerca de las víctimas de la colocación de minas en la frontera y de las órdenes de disparar. Los ejecutores de las acciones que condujeron directamente a la muerte han actuado como subordinados en una jerarquía militar, en la que su papel estaba fijado de antemano”⁵⁹³. Los imputados no tenían una posición completamente subordinada frente a Honecker, como alegaron, detallando el Tribunal los puestos ocupados por cada uno de ellos y su importancia relativa en el conjunto de la organización del Estado y del Partido”⁵⁹⁴.

Esta calificación de los miembros del Consejo de Defensa Nacional como autores mediatos de los disparos mortales en la frontera interalemana recibió el apoyo expreso del Tribunal Constitucional Federal, que tuvo ocasión de pronunciarse sobre los hechos a raíz de los recursos presentados por los tres condenados⁵⁹⁵.

⁵⁹² BGHSt 40, p. 2707

⁵⁹³ BGHSt 40, p. 2707.

⁵⁹⁴ BGHSt 40, p. 2707.

⁵⁹⁵ BVerfGE 95, 96, 137-138, en *NJW* 1997, pp. 929 y 931-932.

3. Chile: El caso contra el General José Manuel Contreras, ex director de la Dirección Nacional de Inteligencia (DINA), y su Jefe de Operaciones el Coronel Espinoza.

El concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder fue aplicado por primera vez en Chile el 12 de noviembre de 1993 en la sentencia de la primera instancia dictada por un tribunal de instrucción en el caso contra el General José Manuel Contreras (ex director de la agencia chilena de inteligencia durante el régimen del General Augusto Pinochet, DINA) y su jefe de operaciones (Coronel Espinoza). Ambos fueron condenados por el asesinato de Orlando Letelier (Ministro de Asuntos Exteriores del gobierno de Salvador Allende), quien en el momento de producirse los hechos se encontraba exiliado en Washington, donde era miembro del Instituto de Estudios Políticos y cumplía una función clave en promover la oposición internacional contra el régimen de Pinochet.

Según la sentencia, el General Contreras, quien tenía un control absoluto sobre el DINA (que se había militarizado desde 1974), adoptó la decisión de asesinar a Orlando Letelier, y encargó a su jefe de operaciones, el Coronel Espinoza, que tomase las medidas necesarias para crear las condiciones idóneas para llevar a cabo el asesinato (incluyendo la puesta en marcha de actividades de espionaje durante varios meses). Finalmente, se encargó a un agente de la DINA llamado Townley, la misión de asesinar a la víctima, para lo cual fue enviado a los Estados Unidos, donde cumplió con su cometido haciendo estallar una bomba colocada en el automóvil de Letelier el 21 de septiembre de 1976⁵⁹⁶.

⁵⁹⁶ OLÁSULO ALONSO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 253.

La sentencia abordó, en primer lugar, la cuestión de si, a la luz de los arts. 14, 15 y 16 del Código penal chileno de 1874, Contreras y Espinoza podían ser considerados autores o partícipes del asesinato de Letelier. Según el art. 15, autores eran quienes i) tomaban parte en la ejecución del hecho directa e inmediatamente, o impidiendo o procurando impedir que se evitase; ii) inducían a una tercera persona a cometer el delito; o iii) facilitaban, actuando de común acuerdo, los medios para la comisión del delito, o se encontraban presentes mientras el hecho estaba siendo ejecutado⁵⁹⁷.

Según la sentencia, para determinar si Townley actuó cumpliendo órdenes impartidas por un tercero, o en base a un acto de instigación o a un acuerdo, era necesario tomar en consideración que Townley: i) formaba parte de la estructura jerárquica de la DINA como consecuencia de su posición como agente de hecho de la misma; ii) vivía, junto con su familia, bajo la protección y el control de la DINA; y iii) había desarrollado un sólido sentimiento de lealtad hacia la DINA. En consecuencia, incluso en el caso de que, legalmente, Townley no pudiera haber sido obligado a cumplir con la orden de asesinar a Letelier, la fuerte autoridad e influencia que el director de la DINA ejercía sobre el mismo, lo colocaron en una situación en la que inevitablemente debía ejecutar el asesinato.

Por otra parte, como se subraya en la sentencia, la existencia de un acuerdo hubiera requerido una deliberación con un nivel de libertad e independencia más elevado del que Townley tuvo tras recibir la orden de asesinar a Letelier. Además, para aplicar la figura jurídica de la instigación se hubiera requerido un acto de persuasión

⁵⁹⁷ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 253.

sin la naturaleza coercitiva que tuvo la orden de asesinar recibida por Townley a través del director de la DINA y de su jefe de operaciones.

Como consecuencia, en la sentencia se resaltó que, a pesar de que Townley no pertenecía formalmente a la DINA, sin embargo actuaba como un verdadero agente de hecho de la misma. Además, la prueba presentada ponía de relieve que la dirección de la DINA dominaba la voluntad de sus subordinados como ocurre con los dirigentes que se encuentran en el vértice superior de la cadena de mando de las Estructuras Organizadas de poder (EOP). En éstas últimas los dirigentes tienen la facultad de impartir órdenes y asegurarse de su cumplimiento debido a la fungibilidad de los subordinados a quienes van dirigidas, lo que hace casi imposible que la resistencia u oposición de un miembro de la organización a cumplir con una orden pueda evitar que, en última instancia, no sea ejecutada por los otros miembros de la organización⁵⁹⁸.

Debido a la proximidad jerárquica entre el director de la DINA y su jefe de operaciones, y ante la ausencia de pruebas que mostrasen que el Coronel Espinoza dependía del General Contreras, la sentencia condenó a ambos como coautores mediatos por haberse puesto de acuerdo con la utilización de sus subordinados en la DINA con el fin de generar el asesinato de Orlando Letelier.

Algunos juristas chilenos han criticado la decisión porque, en su opinión, se aparta sin necesidad de la jurisprudencia chilena anterior a 1993, según la cual el concepto de autoría mediata resulta sólo aplicable en aquellos supuestos en los que los autores materiales no eran responsables penalmente. Para estos autores, cuando, como ocurría en el presente caso, el nivel de determinación por el dirigente no equivale a

⁵⁹⁸ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de Autoría...*, *op. cit.* p. 254.

subyugar la voluntad del autor material, sólo cabía aplicar las figuras jurídicas de la instigación o la complicidad necesaria, supuestos para los cuales el Código penal chileno de 1874 preveía la misma pena que para los autores⁵⁹⁹. De esta manera, aún si Contreras y Espinoza hubieran sido condenados como instigadores (Contreras) o cómplices necesarios (Espinoza), de todos modos su injusto hubiera sido castigado adecuadamente. En opinión de estos autores, el concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder sólo alcanzó algún grado de aceptación en la jurisprudencia chilena años después⁶⁰⁰, como lo refleja la decisión de la Corte Suprema de Chile de 21 de septiembre de 2007, al acoger la demanda de extradición de Perú con respecto a su antiguo presidente Alberto Fujimori. En esta decisión, la Corte Suprema admite expresamente la posibilidad de aplicar la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder⁶⁰¹.

4. El caso Fujimori.

Se imputó a Alberto Fujimori ser autor mediato por domino de la organización de los delitos de homicidio calificado en los casos conocidos como Barrios Altos y La Cantuta. Los hechos del caso Barrios Altos indican que el 3.11.1990 los miembros del Grupo Colina atacaron sorpresivamente en un local del centro de Lima donde se realizaba una reunión popular y dispararon contra sus asistentes, presuntos terroristas, con el resultado de quince muertos y cuatro heridos graves⁶⁰². En el caso La Cantuta, el 18.7.1992 los miembros del Grupo Colina “irrumplieron en la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle, identificaron a nueve alumnos y un profesor,

⁵⁹⁹ AMBOS, K., “J. L. “Guzmán, “El caso chileno” en *Imputación de Crímenes de los subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, ed. Temis, Bogotá, 2008, pp. 77-82.

⁶⁰⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, “Cometer” y “hacer cometer...”, *op. cit.*, p. 1272.

⁶⁰¹ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de Autoría...*, *op. cit.* p. 255.

⁶⁰² Sentencia de 7.4.2009, Sala Penal Especial de la Corte Suprema contra Alberto Fujimori Fujimori (en adelante, Sentencia), considerando N. 33.

les privaron de su libertad y los condujeron a un lugar desconocido. Con posterioridad, se estableció que los mataron y sus cuerpos fueron enterrados en la localidad de Huachipa (a las afueras de Lima) y, luego de desenterrarlos, los trasladaron a un paraje del distrito de Cieneguilla, donde volvieron a enterrarlos, previa incineración. Los estudiantes y el profesor no sólo fueron secuestrados, sino mantenidos en la calidad de desaparecidos durante un período indeterminado de tiempo”⁶⁰³. En ambos casos la responsabilidad de Fujimori se habría dado por ordenar las ejecuciones. La primera mención oficial al dominio de la organización de Fujimori en estos hechos se encuentra en la sentencia de la Corte Suprema de Chile que aprobó la demanda de extradición solicitado por el Perú. En efecto, si bien el 11.7.2007 la justicia chilena rechazó en primera instancia la extradición, la Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, en sentencia del 21.9.2007 y actuando como segunda instancia, revocó el fallo de primera instancia y concedió parcialmente la extradición por siete de los quince cargos solicitados. De esos siete cargos, dos correspondieron a los casos Barrios Altos y La Cantuta. Sin embargo, en la sentencia de extradición no se profundizó ni explicó en qué consistiría el dominio de la organización; solo se hizo mención a ella. La acusación del Ministerio Público que dio lugar al juicio oral recogió la calificación de autor mediano por dominio de la organización, y lo hizo profundizando en su contenido, aunque en términos todavía generales de manera que sería en el juicio oral en donde se discutiría sobre ella en detalle.

Así, en la Sentencia, luego de acreditarse que la regulación vigente de autoría permite incluir en ella la autoría mediata cuando el ejecutor es un sujeto responsable⁶⁰⁴, y de repasar su evolución histórica y estado actual de desarrollo⁶⁰⁵, se señala que el

⁶⁰³ Sentencia, considerando N. 33.

⁶⁰⁴ Sentencia, considerandos N. 721 y 722. El artículo 23 del CP peruano define al autor como “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente”.

⁶⁰⁵ Sentencia, considerandos N. 723 a 725.

dominio de la organización presupone la existencia de una organización jerárquica⁶⁰⁶ y, además, la concurrencia de cuatro condiciones marco: 1. Poder de mando; 2. La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3. La fungibilidad del ejecutor material; y, 4. La elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho. De estas cuatro condiciones marco, las dos primeras la califica la Sala de condiciones objetivas, y a las dos últimas de condiciones subjetivas⁶⁰⁷. El dominio de la organización sería posible entonces ahí donde se dieran estas condiciones, sin que eso signifique que la adición aritmética de las mismas de lugar al dominio⁶⁰⁸. Esta concreta versión del dominio de la organización se sostendría en las últimas contribuciones de Roxin⁶⁰⁹.

En cuanto a la sentencia de extradición, el 21 de septiembre de 2007 la Sala Penal de la Corte Suprema de Chile expidió en segunda y última instancia la sentencia extraditorial de Alberto Fujimori Fujimori. En relación a los casos de la Cantuta y Barrios Altos aceptó íntegramente la solicitud de extradición del Estado Peruano, mientras que en el caso de los sótanos del SIE lo hizo sólo parcialmente al limitarlo a los secuestros del periodista Gustavo Gorriti y del empresario Samuel Dyer. Dicha Sala Penal estimó que existían presunciones fundadas de que el encausado Alberto Fujimori intervino como autor mediato de los delitos de homicidio calificado (15 personas en el caso de Barrios Altos y 10 personas en el caso de La Cantuta), lesiones graves (cuatro personas en el caso de Barrios Altos) y secuestro agravado (dos personas en el caso de los sótanos del SIE)⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Sentencia, considerando N. 726.

⁶⁰⁷ Sentencia, considerando N. 727.

⁶⁰⁸ Sentencia, considerando N. 727.

⁶⁰⁹ Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 2006, p. 405.

⁶¹⁰ GARCÍA CAVERO, P., "La autoría mediara por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori, en www.zis-online.com p. 597.

Como fundamento fáctico de su decisión, el máximo tribunal chileno concluyó que existían antecedentes probatorios que, si bien no demostraban la participación de Alberto Fujimori en la ejecución material de los hechos imputados, si permitían afirmar el dominio de un sistema oculto de represión de presuntos terroristas. En concreto señaló que “hay indicios claros de que Alberto Fujimori Fujimori, habría tenido, después del autogolpe, la concentración de todos los poderes del Estado y el mando superior de las Fuerzas Armadas y Servicios de Inteligencia, propició la creación de un organismo especial dentro de las Fuerzas Armadas para realizar operaciones en contra de personas sospechosas de subversión o de enemigos ideológicos del régimen; estando el requerido en antecedentes de la existencia y finalidad del “Grupo Colina” y de las acciones que se llevaban a cabo por el mismo grupo, lo que se demuestra por los premios, ascensos y condecoraciones otorgadas por Fujimori a los integrantes de este grupo y porque muchas personas lo vieron dar órdenes a Montesinos, quien a su vez las entregaba al mencionado Grupo Colina, con lo que habría tenido una participación de “autor mediato”⁶¹¹.

En cuanto a la fundamentación jurídica, el referido tribunal chileno puso sobre el tapete la llamada teoría de la autoría mediata por el dominio de aparatos organizados de poder con la que se podría dar relevancia penal a la actuación de Alberto Fujimori en los hechos por los que se solicitaba su extradición. En concreto, afirmó que “[...] en la autoría mediata el autor, obviamente, no realiza o ejecuta una conducta típica, ya que mantiene el dominio de la realización del hecho por un tercero a quien su voluntad se somete a sus propósitos. Según Claus Roxin, junto al dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. [...] “De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una estructura

⁶¹¹ *Ibid.*

organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera que sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá”⁶¹².

En cuanto a la Sentencia dictada el 7 de abril de 2009 por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú en la que se condenó a Alberto Fujimori como autor mediato de los delitos de asesinato y secuestro agravado, ofrece la oportunidad de reflexionar sobre una serie de aspectos históricos, sociales, políticos y jurídicos que en ella se abordan.

Como ya sabemos en el contexto en que se produjeron los hechos que fueron materia del proceso penal seguido contra Alberto Fujimori por crímenes de lesa humanidad, el ex presidente fue condenado por dos casos. El primero es el denominado caso “Barrios Altos”. Así, el 3.11.1991, alrededor de las 22,30 horas, efectivos pertenecientes al Destacamento Colina, la mayoría con el rostro cubierto con pasamontañas y usando armamento de guerra con silenciadores, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta N° 840, Barrios Altos-Lima, donde se llevaba a cabo una actividad social. Luego de acusar a los asistentes de terroristas, los obligaron a arrojar al piso para luego dispararles. Posteriormente, huyeron del lugar en dos camionetas de uso oficial, que tenían luces y sirenas policiales, y que contaban con placas de rodaje. Como consecuencia de éstos hechos fallecieron quince personas y nueve resultaron con lesiones graves⁶¹³.

⁶¹² Fundamento 97 de la Sentencia.

⁶¹³ Descripción a partir de la Acusación Fiscal Suprema, del 29 de Octubre del 2007, hoja 11.

El mismo Destacamento Colina fue el autor directo de otro de los casos materia del proceso penal, llamado caso “La Cantuta”. Así, el 18.7.1992, este grupo ingresó a la Universidad “Enrique Guzmán y Valle” – conocida como “La Cantuta” –, a bordo de dos camionetas pick up, organizados en varios sub grupos, todos ellos encapuchados y portando armas de fuego con silenciadores. Se dirigieron a la residencia de los estudiantes, los sacaron de sus dormitorios y los llamaron en base a una lista, separando del grupo a 9 estudiantes. Luego de la operación, procedieron a llevarse a los intervenidos en las camionetas antes indicadas, y cuando se encontraban por el Km. 1.5 de la autopista Ramiro Prialé, detuvieron los autos y bajaron a los detenidos. Fue en ese lugar donde los mataron y enterraron. Sin embargo, posteriormente, cuando el Destacamento Colina verificó la forma en que se había intentado desaparecer las huellas del delito, informó que los cadáveres no estaban adecuadamente enterrados; razón por la cual, se procedió a retirar algunos cadáveres, trasladándolos a un lugar denominado Quebrada de Chavilca en el distrito de Cieneguilla-Lima, donde finalmente fueron dejados sus restos; los mismo que más adelante, fueron encontrados e identificados⁶¹⁴.

Estos hechos se encuentran debidamente probados⁶¹⁵ de acuerdo a lo sentenciado por la Sala Penal Especial⁶¹⁶, presidida el vocal supremo Dr. César San Martín Castro y los también vocales supremos Dr. Víctor Prado Saldarriaga y Sr. Hugo Príncipe Trujillo; quienes estuvieron a cargo de juzgar a Alberto Fujimori por los hechos anteriormente expuestos. Cabe resaltar la imparcialidad y el respeto a las

⁶¹⁴ *Íbid.*, pp. 13-14.

⁶¹⁵ Sentencia de la Sala Especial (nota 6). Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE. Cuestiones del hecho 117° a 180°.

⁶¹⁶ En la sesión descentralizada del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, del 14 de noviembre de 2007, se determinó que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia juzgue en forma exclusiva al ex presidente Alberto Fujimori.

normas del debido proceso que mostró dicho Colegiado en la conducción del proceso, cuya labor fue reconocida no solamente por los demás sujetos procesales⁶¹⁷, sino también por los observadores internacionales acreditados en el Perú⁶¹⁸.

En la Sentencia se asume que el presupuesto general de la autoría mediata por dominio de la organización es la existencia de una organización que, como característica esencial, está estructurada de manera jerárquica. Dicha estructura jerárquica se expresaría, por un lado, en la asignación de roles de sus miembros, es decir, en el hecho que se pueda diferenciar entre quién emite la orden y quién la ejecuta; y por otro lado, en el funcionamiento automático del aparato.⁶¹⁹ Así, según la Sentencia, solo en una organización de tales características sería posible valorar la existencia del dominio de la organización⁶²⁰. A este respecto, la Sala Penal Especial señaló que estaba probado que el acusado Alberto Fujimori estructuró y ejecutó una estrategia político-militar paralela a la que se pregonaba públicamente, cuyo objetivo era la eliminación de los terroristas, decisión que se articulaba por medio de su asesor Montesinos Torres y del aparato de poder organizado que formó⁶²¹.

En la Sentencia se precisa que el aparato de poder fue formado por Alberto Fujimori desde su rol formal de órgano central de gobierno conjuntamente con su

⁶¹⁷ La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, entidad que agrupa a los abogados de la Parte Civil, ha manifestado “que resalta la integridad de los magistrados que integraron la Sala Penal Especial, quienes a lo largo del juicio demostraron imparcialidad, transparencia y objetividad, garantizando un justo y debido proceso, en el cual Fujimori gozó de la mayor amplitud y garantías para ejercer su defensa”. Estas palabras fueron pronunciadas por el Sr. Ronald Gamarra, abogado de la parte civil el 7 de abril de 2009 en <http://www.dhperu.org/prensa.php?op=noticia&id=92>.

⁶¹⁸ Maria MacFarland, representante de Human Rights Watch, destacó “la voluntad, capacidad e independencia” del tribunal peruano que permitió a Fujimori “tener el debido proceso”, en http://www.rpp.com.pe/2009-04-06-juristas-extranjero-caso-fujimori-es-paradigmatico-en-la-region-noticia_174315.html

⁶¹⁹ Considerando N. 727.

⁶²⁰ MEINI, I./AMBOS, K., *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori*, Ara editores, Lima, 2010, p. 604.

⁶²¹ Cuestión de hecho número 244.

asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del Gral. EP Hermoza Ríos. Este aparato de poder se organizó con base en las unidades centrales y derivadas del SINA (Sistema de Inteligencia Nacional). Mediante el Decreto Legislativo 746 se colocó al SIN (Servicio de Inteligencia Nacional) a la cabeza del SINA⁶²², a partir del cual Vladimiro Montesinos, como jefe real de ese organismo⁶²³ reestructuró el área del aparato de poder estatal referido a la comunidad de inteligencia y a los sectores de seguridad pública. Al SIN le correspondía el más alto nivel de planteamiento y decisión de las operaciones especiales de inteligencia, mientras que a la Dirección de Inteligencia del Ejército (DINTE) era el órgano central o patrocinador y el Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE) el órgano ejecutivo. Para la ejecución de operaciones de eliminación de presuntos terroristas se constituyó el destacamento especial de inteligencia Colina como núcleo ejecutor básico.

Con el apoyo de una cita de Faraldo Cabana⁶²⁴, la sentencia de la Sala Penal Especial parte de entender que el aparato organizado de poder creado por Alberto Fujimori no era ya el Estado en su conjunto, sino una concreta organización estatal, a saber, el formado a partir de las unidades centrales y derivadas del SINA. No obstante, debe precisarse en cada uno de los hechos juzgados si la intervención de los órganos de inteligencia se hizo como parte del aparato de poder organizado por Alberto Fujimori o no. En los casos de La Cantuta y de Barrios Altos, se consideró probado que las operaciones especiales de inteligencia (OEI) de Barrios Altos y La Cantuta ejecutadas por el Destacamento Especial de Inteligencia Colina, a partir de la intervención directa de los estamentos de mayor jerarquía del Ejército y el SIN (Servicio Nacional de Inteligencia), significó la intervención de un aparato organizado de poder que se colocó

⁶²² Cuestión de hecho número 71.

⁶²³ Cuestión de hecho número 69.

⁶²⁴ Considerando N. 747.

al margen del Derecho⁶²⁵. Al respecto no parece haber mayor duda sobre la intervención del aparato de poder formado a partir de las unidades centrales y derivadas del SINA, cuyo destacamento básico de ejecución fue el grupo Colina.

Respecto de la privación de la libertad de Samuel Dyer Ampudia (una de las privaciones de libertad llevadas a cabo en los llamados sótanos del SIE), la Sala Penal Especial consideró igualmente probado que la privación ilegal de libertad del agraviado Dyer Ampudia se produjo en el contexto de un gobierno autoritario, al margen de la Constitución y que se trató de un crimen de Estado a través del aparato organizado de poder constituido desde el SIN⁶²⁶. Se partió de la existencia del aparato institucional que desde el SIN, con el concurso de los organismos de inteligencia castrense, específicamente del ejército, funcionó en esa ocasión para detener ilegalmente a Samuel Dyer⁶²⁷, siendo la decisión de detenerlo tomada por Alberto Fujimori como integrante de la cúspide del aparato organizado de poder. Con independencia de que se pueda compartir o no la valoración de la prueba hecha por la Sala respecto de este hecho, ésta resulta plausible y, por tanto, no es posible afirmar arbitrariedad alguna en esta conclusión probatoria. En el caso del secuestro de Gustavo Gorriti la intervención del aparato organizado de poder no se muestra tan clara, pues en la votación de las cuestiones de hecho referidas a este punto se señala que este secuestro fue ordenado, en el contexto del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, por Fujimori como jefe de Estado y jefe supremo de las FFAA y PNP, y ejecutado por los organismos de inteligencia y las fuerzas armadas. No obstante, en el punto 748 de la sentencia se hace la afirmación general de que los secuestros en los sótanos del SIE se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder

⁶²⁵ Cuestión de hecho Número 158.

⁶²⁶ Cuestión de hecho Número 180.

⁶²⁷ Punto 572.

organizado. Sin embargo, parece que este punto de la sentencia no está suficientemente determinado en el plano fáctico como para poder sostener que el secuestro de Gustavo Gorriti (sin negar la existencia de un delito) fue la ejecución de una orden emanada del aparato organizado de poder identificado en la sentencia de la Sala Penal Especial, o si se trató, más bien, de la comisión de un delito mediante el aprovechamiento de una relación de subordinación jerárquica de los miembros de la Fuerzas Armadas o Policía Nacional respecto del Presidente de la República. Al parecer, la base fáctica solamente permitiría llegar al aprovechamiento de las estructuras jerárquicas del Estado para la realización del delito, por lo que la imputación del delito de secuestro a Alberto Fujimori como autor mediato solamente habría podido sostenerse bajo el supuesto del dominio sobre un instrumento que actuó en error, coacción o en una situación de justificación. Por el contrario, si se hubiese entendido que no se dio ninguna de estas circunstancias, entonces todos los ejecutores de la privación de la libertad de Gustavo Gorriti debieron haber sido igualmente procesados y condenados, siendo Alberto Fujimori un inductor del delito (en una cadena de inducción).

La Sala Penal consideró probado que el aparato organizado de poder formado por Alberto Fujimori se colocó al margen del Derecho⁶²⁸. Respecto de los hechos de La Cantuta y Barrios Altos, la sentencia indica que las operaciones especiales de inteligencia que se dieron en estos casos son de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se aparta plenamente o lo subordinan sistemáticamente⁶²⁹. En el caso de los secuestros a Dyer y Gorriti, la Sala señala que constituyó una expresión del control ilícito de la disidencia o crítica políticas al régimen de facto de Fujimori, practicado por la fuerza y

⁶²⁸ Cuestión de hecho Número 158.

⁶²⁹ Punto 745.6.

en notorio desconocimiento de garantías y derechos fundamentales⁶³⁰. Estas afirmaciones no permiten constatar, aunque parezca lo contrario, la desvinculación del Derecho del aparato organizado de poder, sino la ilegalidad propia de los delitos cometidos a través del aparato organizado de poder. En este sentido, no resultan pertinentes para sostener la existencia del requisito de la desvinculación del Derecho. La Sala Penal Especial debió desarrollar en el punto referido a la condición de autor mediato de Alberto Fujimori que el aparato de poder que formó y dirigió fue paulatinamente apartándose del Derecho, algo que la sentencia admite en el planteamiento teórico de la figura de los aparatos de poder. En este sentido, debió indicar primero que se utilizó el aparato de poder para asegurar incluso con métodos o medios ilegales la consecución de los objetivos del gobierno de facto, pasando luego a controlar igualmente por medios ilegales la disidencia para terminar formando una unidad dedicada a ejecutar extrajudicialmente a los elementos subversivos detectados por el servicio de inteligencia. La desvinculación del Derecho que se exige para la afirmación de una autoría mediata por dominio en virtud de un aparato organizado de poder no está referida a los actos ejecutados por la organización (los cuales deben ser ilegales), sino a los objetivos, métodos y medios de la organización. Desde el momento en que el aparato de poder se condujo a asegurar el gobierno de facto con métodos ilegales, comenzó el apartamiento del Derecho que terminó en la conformación de un grupo clandestino de exterminio de personas calificadas de terroristas.

El poder de mando del autor mediato no debe quedarse en una sola potencialidad, sino que, como lo precisa la Sala Penal Especial, debe manifestarse en una orden que dispone que el subordinado realice un hecho o cumpla una misión. En los cuatro hechos juzgados, se determinó que estaba probada la orden expedida por

⁶³⁰ Punto 745.7.

Alberto Fujimori para su ejecución. Respecto de las operaciones especiales de inteligencia que se llevaron a cabo en el caso de La Cantuta y Barrios Altos, la Sala Penal tuvo por probado que el acusado Alberto Fujimori Fujimori es responsable de dichas operaciones porque las ordenó a partir de su dominio del aparato organizado de poder que instituyó desde el SIN⁶³¹. El método de eliminación física de personas vinculadas con la subversión fue selectivo y constituyó una actividad dispuesta por quienes dominaban el régimen estatal. En el caso del secuestro de Gustavo Gorriti, la Sala concluye igualmente que Fujimori decidió desde el momento en que organizó el golpe de Estado la privación de libertad de determinados hombres de prensa, dentro de quienes estaba el periodista Gustavo Gorriti. En el caso del secuestro de Samuel Dyer también llegó a la conclusión por prueba indirecta de que el ex mandatario autorizó su privación de libertad, así como el desarrollo de una actividad persecutoria contra el referido empresario. Puede decirse, en suma, que este requisito de la autoría mediata por el dominio de un aparato organizado de poder se desarrolló suficientemente en la sentencia, tanto en su base fáctica como en su estimación jurídica, posiblemente porque uno de los puntos más discutidos por la defensa de Fujimori fue la falta de prueba de una orden del ex mandatario para ejecutar las operaciones especiales de inteligencia.

En cuanto a la fungibilidad del ejecutor significa que éste no opera como persona individual, sino como engranaje mecánico. Esta fungibilidad tiene, como se dijo, una expresión negativa y otra positiva. La primera significa que si el ejecutor se niega a actuar, el mando superior puede disponer de otro ejecutor igualmente eficaz, mientras que la segunda está referida a la posibilidad de elegir entre varios ejecutores en la organización. Debe quedar claro que no se trata de un aspecto o circunstancia fáctica del hecho juzgado, sino de un juicio de valoración (hipotético). Esta situación

⁶³¹ Cuestión de hecho Número 246.

explica que en las votaciones de hecho no se haga ninguna afirmación sobre si estuvo probada la fungibilidad de los ejecutores, pues al ser una cuestión valorativa y no fáctica, no constituye objeto de prueba. La verificación de este presupuesto de la autoría mediata por el dominio de la organización se encuentra, más bien, en la parte jurídica que se ocupa de la calidad de su autor mediato. En concreto, se dice en el punto 745.8., textualmente lo siguiente: “Por lo demás, en todos los delitos sub judice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios”.

Como puede verse, el desarrollo argumentativo de la sentencia respecto del presupuesto de la fungibilidad del ejecutor es bastante conciso. Se dice que, en todos los delitos imputados a Fujimori, los ejecutores tuvieron la condición de fungibles. En qué se basa esta afirmación en el caso concreto, no se encuentra suficientemente explicitado. No se entra a determinar en los hechos juzgados lo afirmado de manera general sobre los aspectos negativo y positivo de la fungibilidad, es decir, si Alberto Fujimori tuvo a disposición en todos los delitos a otros ejecutores que hubiesen ejecutado los delitos en caso que los que los ejecutaron hubiesen decidido finalmente no hacerlo o si la organización al margen del Derecho tenía a disposición a otros miembros igualmente capaces de ejecutar el hecho⁶³². En este punto, se echa en falta la pulcritud argumentativa que se ve en otros puntos de la sentencia, cerrando la cuestión con una afirmación sin mayor motivación en el caso concreto y sin entrar a un análisis delito por delito. La pregunta que cabe hacerse es si en los secuestros de los sótanos

⁶³² Por ello, MEINI, *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori* (nota 651), p. 45, señala que en casos como éstos que no hay fungibilidad de los ejecutores pero no niega el dominio de la organización, sino la necesidad de este elemento de la autoría mediata por el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

del SIE, si en la matanza de Barrios Altos o en la ejecución extrajudicial de los alumnos y el Profesor de La Cantuta, Alberto Fujimori, como el mando superior del aparato de poder que dio la orden de privar de la libertad o matar, tenía a su disposición otros ejecutores incorporados a la organización con los que poder ejecutar los hechos si es que los que los ejecutaron se hubiesen negado a hacerlo. A mi entender, existen serias dudas para afirmar esto en cada caso de manera tan rotunda que no merezca un análisis más detenido y en cada caso.

En cuanto al presupuesto de la predisposición a la realización del hecho ilícito es afirmado igualmente de manera escueta por la Sala Penal Especial, por lo que cabe hacerle el mismo reproche de falta de mayor argumentación y de análisis en cada caso. Incluso habría que indicar que este presupuesto sí requiere, a diferencia del anterior, una base fáctica de carácter psicológico, pues la predisposición de una persona es un estado interno que debe probarse de manera indirecta por las circunstancias externas del hecho (por ejemplo, el aseguramiento de impunidad, recompensas como ascensos, bonificaciones, etc.⁶³³). Este trabajo no se ha hecho en la sentencia de la Sala Penal Especial, sino que se ha dado por cumplido este requisito con su sola exposición teórica y su afirmación en el caso concreto. En este aspecto, la sentencia resulta, en contraposición a otros puntos, en buena medida cuestionable.

5. La Sentencia de Abimael Guzmán Reynoso.

La sentencia de la Sala Penal Nacional (SPN) del 13 de octubre de 2006 (expediente acumulado 560-03)⁶³⁴ plantea una serie de temas jurídico-penales,

⁶³³ Así, MEINI (nota 651) p. 180. Por su carácter eminentemente interno, Pariona Arana (nota 562), p. 90, considera que este criterio seguro para determinar autoría e inducción.

⁶³⁴ En adelante SSPN. Las frases consignadas entre comillas se corresponden literalmente con extractos de los considerandos décimo tercero y décimo cuarto de la SSPN.

procesales y políticos de importancia. Aquí interesa que en dicha sentencia se plantea y acepta, por primera vez en la jurisprudencia peruana, la, así denominada, teoría de la autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización. Conforme a dicha tesis, se imputa responsabilidad penal a Abimael Guzmán Reynoso por el delito de terrorismo a título de autor (mediato) por dominar la organización desde la cual se cometieron una serie de actos de terrorismo (Sendero Luminoso), sin que ello impida que los ejecutores materiales de los actos respondan también como autores (directos), y sin que entre ellos exista un régimen de coautoría. A los ejecutores se les imputa el delito como autores directos por tener el dominio del riesgo prohibido, es decir, el dominio del curso de riesgo en los actos terroristas. Al organizador (Guzmán Reynoso) se le imputa el delito por tener dominio sobre la organización. La particularidad de este planteamiento radica en que, a diferencia de los tradicionales casos de autoría mediata, el ejecutor no puede ni debe ser calificado de instrumento, pues se trata de un sujeto que no actúa bajo ninguna causa que atenúe o exima su responsabilidad. Y ello no impide que el hombre de detrás (organizador) sea también penalmente responsables. Por lo tanto se analiza la forma cómo en la SSPN se atribuye a Guzmán Reynoso el dominio de la organización criminal, y si ello es factible a partir de los cargos que se le imputan. Para ello se parte de los hechos declarados como probados en la misma SSPN, se estudia el sustento dogmático de la autoría mediata por dominio de la organización y se confronta si sus requisitos son, realmente, necesarios. Esto se justifica desde que la tesis que suscribe la SPN sobre la autoría mediata por dominio de la organización no es la tesis original que en 1963 propuso Roxin, sino que se aparta en ciertos momentos de su argumentación y se orienta a fundar el dominio del hombre de detrás en la predisposición del ejecutor a realizar ordenes ilícitas; y, por último, se estudia si, como se sostiene en la SSPN, esta tesis puede ser aplicada incluso a delitos perpetrados antes

de la entrada en vigencia del Código Penal (CP) actual, ya que el CP 24 no preveía expresamente a la autoría mediata⁶³⁵.

Los hechos que configuran la imputación contra Guzmán, según la SSPN, consisten en que, desde su posición como máximo dirigente de Sendero Luminoso, presidente del Comité Central, del Comité Permanente y del Buró Político (organismos de la más alta jerarquía dentro de la organización) lideró la denominada lucha armada desde sus inicios, provocando, a través de actos terroristas cometidos por la organización criminal, alarma, temor, zozobra en la población, graves daños materiales y pérdida de vidas humanas. «Asimismo, en su condición de máximo jefe de la organización se le imputa el hecho de haber ordenado la masacre contra sesenta y nueve pobladores de la localidad de Lucanamarca y lugares aledaños».

En la SSPN se declara como hecho probado que Guzmán Reynoso «[...] no sólo es en términos orgánicos el líder máximo y principal» de Sendero Luminoso, «[...] sino el artífice del llamado Pensamiento Gonzalo, del que se deriva la línea política general, a cuyo centro se encuentra la línea militar, conforme a la cual su organización decidió militarizarse y realizar acciones armadas en nuestro país». Así, Guzmán Reynoso « [...] no sólo aprobaba los planes militares u ordenaba la ejecución de concretos atentados, sino que también planificaba dónde, cómo, a quién y de qué manera se podían realizar determinados atentados».

Guzmán Reynoso dominaba desde la cúspide del aparato toda la organización terrorista; emitía las directivas o consignas para ejecutar acciones armadas a través de

⁶³⁵ MEINI IVÁN, I., “La autoría mediata de Abimael Guzmán por dominio de la organización”, en *idehpucp (Instituto de democracia y Derechos Humanos)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 4. http://www.alfonsozambrano.com/fujimori/autoría/am_abimael.pdf

las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités. «No sólo ejercía ampliamente su capacidad de definición y decisión de las actividades ilícitas, en términos de dar órdenes directas o a través del desarrollo y aplicación del programa criminal, sino también se servía de determinados principios como el centralismo y la disciplina para tener bajo sujeción a los miembros de la organización. [...] El dominio que ejercía en la organización, además de las órdenes directas o los planes generales, se complementaba en rigor con un control de las actividades de sus miembros, elemento indispensable para verificar la eficacia en el cumplimiento de las órdenes previamente fijadas».

Por último, en la SSPN se consigna que «[...] en el caso de la masacre a los pobladores de Lucanamarca y lugares aledaños fue la Dirección Central con [...] Guzmán Reynoso a la cabeza, quienes decidieron darle un golpe contundente [a los pobladores], a los que calificaba de mesnadas, por estar en contra de su organización. Se trató de una acción en represalia porque los miembros de la citada comunidad campesina dieron muerte a un líder local de Sendero Luminoso».

La primera idea que conviene destacar es que la responsabilidad penal se imputa, y no siempre y no solo a quien materialmente comete el delito, a quien causa el delito. Esto es bastante claro en los casos de comportamientos omisivos y en los casos usualmente aceptados de autoría mediata en los que el instrumento actúa por error o coacción⁶³⁶. Si se pretende imputar el delito al hombre de detrás por detentar el dominio de la organización, habrá entonces que determinar si tal criterio de imputación de autoría mediata (el dominio de la organización) es compatible con los postulados del derecho penal de hecho y suficiente para atribuir a título de autor, y no

⁶³⁶ MEINI, “La autoría de Abimael...”, *op. cit.* p. 2.

de cómplice o instigador, un injusto. Y ello no puede hacerse sin perder de vista el escenario natural en que se dan los casos que se pretenden solventar con arreglo a la autoría mediata por dominio de la organización: un aparato de poder.

Esto significa que no habrá que buscar algún indicio de error, coacción o cualquier otro déficit en el ejecutor, sino que habrá que aceptar que los aparatos de poder son algo más que la simple suma de sus miembros. En la propia SSPN se sigue esta línea, al establecerse que «[...] los ejecutores son parte de una organización a la cual voluntariamente “prestan sus servicios” y, por otro lado, que el hombre de detrás, al aprovecharse de la funcionalidad de la organización, se aprovecha de la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué suponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto».

Así, si bien la organización no va a funcionar a no ser que sus miembros, con sus comportamientos, la hagan operativa, es verdad también que es la propia organización la que, merced a la jerarquía que detenta el hombre de detrás, y también debido a la comunicación e interacción entre sus miembros, propia de la división del trabajo, genera que su funcionamiento no se encuentre supeditado a la concreta voluntad de cada uno de sus miembros ejecutores y que, por el contrario, sea la propia maquinaria (con arreglo a las directrices que emite el hombre de detrás) la que busque su propio mantenimiento y funcionamiento automático.

A partir de este dato la SPN asume con acierto que la tesis del dominio de la organización responde al hecho de que las demás categorías penales de autoría y participación no resultan del todo satisfactorias para explicar y resolver los casos de

intervención delictiva de quienes dirigen y controlan una organización criminal⁶³⁷. Ello, sin embargo, no significa que todos los casos de imputación de responsabilidad penal al superior jerárquico deban solventarse de conformidad con el dominio de la organización; simplemente que, de verificarse sus presupuestos, ella pueda ser tomada en cuenta. En otras palabras, el organizador puede responder como cooperador (cómplice o instigador) o como coautor, pero también como autor mediato, dependiendo de las concretas particularidades en que se ha cometido el delito.

Es pues menester, y así se procede en la SSPN, valorar cada uno de los requisitos de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización (a saber, a) que el aparato de poder opere al margen del Ordenamiento Jurídico, b) que los ejecutores sean fungibles y c) que exista una rígida jerarquía). Y esta valoración se realiza aceptando que «debido en parte a la crítica a la que ha sido sometida, ha alcanzado un mayor grado de desarrollo en comparación con las demás» formas de imputación.

La defensa de Guzmán Reynoso sostuvo que la teoría del dominio de la organización no podía ser aplicada al caso porque, en primer lugar, el grupo era uno paraestatal, y dicha teoría « [...] no es aplicable a las organizaciones no estatales, pues en ellas no hay el deber de obediencia y la transferencia de responsabilidad al superior»⁶³⁸. Llama la atención la paupérrima preparación académica de la defensa pues, aun sin ser partidario de la tesis del dominio de la organización, la revisión de cualquier escrito sobre la materia le hubiera aclarado que la autoría mediata por dominio de la organización no ha descartado, ni descarta, su aplicación a

⁶³⁷ En detalle, con múltiples referencias, AMBOS, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad...” *op. cit.*, p. 137 y ss.

⁶³⁸ MEINI, “La autoría de Abimael...”, *op. cit.* p. 4.

organizaciones no estatales. Lo que sí es cierto, es que, al menos en la versión de ROXIN, esta teoría adquiere su verdadero valor en aquellos aparatos de poder que operan desligados del Ordenamiento Jurídico, a partir de lo cual algunos autores, descartan que sea utilizada en las organizaciones empresariales. La razón es que en una organización que opere dentro del Ordenamiento Jurídico, la fuerza normativa de las leyes tiene más fuerza que las órdenes ilícitas que se den al interior del grupo; mientras que en una organización desligada del Ordenamiento Jurídico tal fuerza normativa de las leyes no opera. Así, salvo que se quiera hacer creer que Sendero Luminoso es una empresa, está claro que todo grupo terrorista opera al margen del Ordenamiento Jurídico⁶³⁹.

Pero es que incluso el concepto mismo de ajenidad al Ordenamiento Jurídico pierde sentido como elemento fundante del dominio de la organización. Si por Ordenamiento Jurídico se entiende el conjunto de leyes y normas jurídicas, se caería en el sinsentido de que, por ejemplo, los gobiernos de facto tienden a cubrirse con un manto de leyes dadas, precisamente, para darle visos de legalidad a sus acciones. Si se entiende que el Ordenamiento Jurídico es el conjunto de valores y principios que rigen la vida en democracia y que, como tales, operan para toda sociedad con independencia de que están formalmente reconocidos o no, también perdería capacidad como elemento fundante del dominio. Pues no solo los delitos cometidos desde aparatos de poder confrontarían con tal Ordenamiento Jurídico, sino que lo haría cualquier delito y hasta las infracciones administrativas. Si la razón por la cual ROXIN sostuvo que el aparato de poder ha de operar al margen del Ordenamiento Jurídico es porque las leyes tienen una mayor fuerza vinculante para el ejecutor que las órdenes que reciba de sus superiores, en realidad se pretende llamar la atención sobre que una ley tiene que

⁶³⁹ *Ibid.*

primar sobre cualquier orden (ilícita) que se emita en cualquier organización, incluso en una paraestatal o criminal⁶⁴⁰. Las leyes priman sobre cualquier orden que se emita en cualquier aparato de poder, opere dentro o fuera de los límites del derecho. Una orden ilícita nunca puede vincular normativamente a su destinatario. Para decirlo con otras palabras, si, efectivamente, en un aparato de poder que opera al margen del Ordenamiento Jurídico las leyes no priman sobre las órdenes ilícitas, simplemente no se podría juzgar ni condenar a quienes las cumplen.

La defensa del terrorista Guzmán Reynoso sostuvo con ocasión del juicio que « [...] la fungibilidad del ejecutor no está adecuadamente fundamentada. Los cuadros del Partido Comunista del Perú no son intercambiables». Con ello pretendía desvirtuar la tesis de la autoría por dominio de la organización pues, se sabe – tal como su creador, ROXIN, sostiene – que la fungibilidad del ejecutor (en realidad, posibilidad de sustituirle) es un elemento fundante del dominio, significando la fungibilidad que si el ejecutor destinatario de la orden se desiste de cumplirla – y ello por las razones que fueran – la organicidad del aparato del poder le garantiza al superior que automáticamente otro le suplirá y ejecutará la orden. De ahí que si se acepta, como pretende la defensa, que los cuadros del grupo terrorista Sendero Luminoso no son intercambiables ni sustituibles porque sus miembros requieren cierta especialización criminal (algo que es verdad), parecería que la posibilidad de invocar la autoría mediata por dominio de la organización quedaría vedada. Sin embargo, el argumento de que al no ser intercambiables los cuadros de Sendero Luminoso luego no se pueda imputar responsabilidad penal a Guzmán Reynoso como autor mediato, pasa por alto que la posibilidad de sustituir a los ejecutores no es, en realidad, un elemento del dominio sobre la organización.

⁶⁴⁰ ROXIN, *Autoría y dominio...*, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

Hace ya varios años que la doctrina especializada viene criticando que la mal llamada fungibilidad otorgue al superior algún tipo de dominio⁶⁴¹. Concede, a lo sumo, mayores posibilidades de que la orden sea cumplida. Esto se demuestra si se analiza con detenimiento la propia razón sobre la cual se erige la posibilidad de sustituir al ejecutor: cuando el ejecutor destinatario de la orden desiste de cumplirla otro le suplirá, pero no se responde a la pregunta, porque simplemente no se puede, de qué pasa si la razón que llevó al destinatario original a no obedecer la orden es compartida por el resto de los ejecutores del aparato de poder. Pero es que aun cuando la orden sea ejecutada por el destinatario original, la posibilidad de sustituirle no es sino una expectativa o prognosis de comportamiento criminal que se atribuye al resto de miembros del aparato de poder⁶⁴².

Y puede que, en efecto, el resto de posibles ejecutores estén dispuestos, de negarse el destinatario original, a ejecutar la orden, pero ello simplemente no se da. De hecho, estos no cometen delito alguno, salvo, en su caso, el de organización para delinquir⁶⁴³. El argumento de la fungibilidad pretende así establecer que el dominio del autor mediato sobre el ejecutor se da con arreglo a un posible (pero no seguro) comportamiento de un tercero, pero no sobre la base de algo que concurra en el ejecutor⁶⁴⁴.

Visto así, cuantos más posibles ejecutores tenga a su disposición el superior, mayores y mejores probabilidades de que su orden sea ejecutada. La posibilidad de

⁶⁴¹ Con referencias, MEINI, I., "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal", en *Nuevo foro penal*, n° 68, 2005, pp. 66 y ss.

⁶⁴² MEINI, I., "La autoría de Abimael...", *op. cit.* p. 4.

⁶⁴³ Art. 317 CP.

⁶⁴⁴ MEINI, I., "Responsabilidad penal del superior jerárquico». En *Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs*, Lima: Ara, 2005, p. 470 ss.

reemplazar a los ejecutores no es sino un dato fáctico. Así lo entiende la SPN, cuando cita: «El dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden. Si cuando el encargado de llevar a cabo la orden desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores están dispuestos a ejecutar la orden. En otras palabras, están dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. La posibilidad de sustituir a los ejecutores representa únicamente la existencia de mayores probabilidades de que el hecho se realice, pero no fundamenta dominio alguno».

Se llega así a desvirtuar el argumento de defensa de Guzmán Reynoso, consistente en que los ejecutores de los actos terroristas eran difícilmente sustituibles y que por ello no se puede aplicar la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización.

En algo, sin embargo, sí tiene razón, los terroristas no eran fácilmente reemplazables. No muchos estaban dispuestos a vivir al margen de la legalidad, cometer las atrocidades que cometieron, requerían cierta especialización, etcétera), pero ello no es elemento alguno que hable a favor o en contra del dominio de la organización.

El dominio sobre la organización requiere la existencia de una férrea jerarquía. Esta jerarquía se advierte y capta en su verdadera dimensión si se analiza sin perder de vista el contexto en el cual se da: el aparato de poder. En el marco de un aparato organizado de poder y desde la perspectiva del hombre de detrás, la organización en cuanto mecanismo de poder que funciona automáticamente es ya un instrumento o

herramienta de la cual se vale el autor mediato. Por lo mismo, y siempre desde la perspectiva del hombre de detrás, los ejecutores pueden ser considerados también como una herramienta o instrumento, tan semejantes a los recursos financieros o materiales, pues todos por igual se utilizan para la consecución del plan. La relación entre quien domina la organización y el ejecutor, es que el primero domina y aprovecha el funcionamiento de la organización en la cual el segundo actúa. Si los ejecutores son los encargados de llevar a cabo las órdenes que se den, parece lógico que ellos sean una parte de la maquinaria que, desde el punto de vista de su funcionalidad, es importante que estén predispuestos a cumplir con su rol dentro de la organización. Esto implica que los ejecutores son parte de la organización a la cual voluntariamente prestan sus servicios, que el hombre de detrás (el autor mediato), se aprovecha de la funcionalidad de la organización que presupone la disposición de los ejecutores para realizar el delito. Y este aprovechamiento no tiene por qué presuponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto.

Para decirlo en otras palabras, el elemento «jerarquía» manifiesta que el dominio que sobre el ejecutor ostenta el hombre de detrás se encuentra supeditado al dominio que este tiene sobre la organización. El dominio sobre el ejecutor, que permite considerar al sujeto de detrás autor mediato, no es un dominio directo —y no puede serlo desde el momento en que el hombre de detrás no conoce a quien domina—, sino uno indirecto, pero suficiente, tan igual al que se tiene sobre los restantes elementos de la maquinaria, que se logra a través del dominio directo sobre el aparato⁶⁴⁵. En la SSPN se sigue este criterio y se sostiene que « [...] el hombre de atrás no domina la voluntad del ejecutor de modo directo, sino sólo de un modo indirecto, a través del aparato, que no es poco si tenemos en cuenta dos factores: primero, lo decisivo de la

⁶⁴⁵ MEINI. “Problemas de autoría y participación...”, *op. cit.*, p. 286.

conducción del aparato, y segundo, la vinculación, la pertenencia y subordinación por parte del ejecutor a la jerarquía del aparato».

Incluso la posibilidad de sustituir a los ejecutores (sin dejar de ser un dato fáctico) confirma que el dominio sobre la organización consiste en el aprovechamiento de la predisposición del ejecutor para realizar la orden. Si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así el cumplimiento de la orden, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores están dispuestos a ejecutar la orden. En otras palabras, se encuentran dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. Si se comparte este razonamiento, se advierte que la razón de por qué el ejecutor realiza la orden y, por lo mismo, la razón de por qué puede ser sustituido por otro que también ejecutará la orden, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido⁶⁴⁶. Y esta predisposición es anterior a su participación en la realización en el hecho delictivo, de donde se sigue que es un presupuesto de su intervención en la ejecución del hecho dominado por el hombre de detrás.

Una de las consecuencias naturales de admitir la autoría medita en virtud del dominio de la organización es que dicho dominio lo pueden tener únicamente aquellas personas cuya posición al interior de la organización les permita aprovecharse del funcionamiento del aparato y, con ello, aprovecharse también de los cursos causales que se dan al interior de la organización, dentro de los cuales hay que ubicar a las intervenciones de los ejecutores. Esta posibilidad se apreciará con nitidez en los altos mandos, pues ellos tienen información, poder de mando, conocimientos sobre el funcionamiento de la organización y capacidad de dirección administrativa. Sin

⁶⁴⁶ MEINI. “Problemas de autoría y participación...” *op. cit.*, p. 288 ss.; Ib. “Responsabilidad penal del superior jerárquico”, *op. cit.* p. 482.

embargo, como bien se señala en la SSPN, nada impide que « [...] la calificación de autor mediato en virtud del dominio sobre la organización recaiga sobre cualquier persona que ocupe un lugar desde el cual pueda impartir órdenes al personal subordinado. Lo único relevante es que detente la capacidad de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito».

Si a lo dicho anteriormente⁶⁴⁷ se añade ahora otros datos comprobados en el juicio seguido contra la cúpula de Sendero Luminoso («[...] la Dirección Central ejercía el poder real de dominio de toda la organización, pues se encargaba de presidir las reuniones con los organismos intermedios y de controlar la marcha permanente de todo el colectivo», «los actos terroristas se llevaban a cabo sobre la base de órdenes que se derivaban de decisiones de la Dirección Central y de los acuerdos del Comité Central, las que se traducían en directivas o consignas, las mismas que eran retransmitidas por los propios dirigentes a sus aparatos o transmitidas a través de enlaces a los diversos comités, para que éstos, dependiendo si era una orden para una concreta acción decidida o también planificada por la dirección o se trataba del desarrollo de una campaña, procedieran a reunir a los comités de acciones o a elaborar los planes operativos tácticos, reunir a los destacamentos o pelotones que ejecutarían las acciones, dependiendo si era en la ciudad o en el campo respectivamente, así como los “medios” (armas) y otros para la realización del ilícito [...]», «[...] la cúpula controlaba el accionar de los ejecutores, adoptando medidas correctivas cuando no se había cumplido con lo planificado [...] », «[...] el poder de decisión de la Dirección era tal, que muchas de las órdenes consistían en una serie de gestos y prácticas que sólo los miembros de la organización y particularmente sus dirigentes manejaban

⁶⁴⁷ De los hechos que se imputan.

[...]», «[...] la Dirección Central reconoció que se reservaba disponer determinadas acciones, que tuvo que hacer planes concretos para Ayacucho, Cangallo, cómo golpear, qué día golpear, dónde golpear, con qué fuerzas y qué golpear primero, qué golpear después [...]»), queda bastante claro que desde la posición que ocupó en el grupo terrorista, Abimael Guzmán Reynoso detentaba el dominio sobre la organización (Sendero Luminoso).

La defensa de Guzmán Reynoso pretendió también hacer creer que la aplicación de la teoría de autoría mediata para juzgar hechos cometidos antes de la entrada en vigencia del CP 91 (en el cual, a diferencia del CP 24, se prevé expresamente la autoría mediata) sería una aplicación retroactiva en contra del reo: «La autoría mediata recién se halla contemplada en el Código Penal de mil novecientos noventa y uno, por lo tanto no es aplicable retroactivamente para hechos producidos bajo la vigencia del Código Penal derogado».

Esta afirmación es contundentemente contestada en la SSPN, señalándose « [...] que no hay un concepto ontológico de autor, sino un concepto doctrinal únicamente. Mucho menos el artículo 100 del Código Penal de 1924 contenía una definición de autor, de modo tal que correspondía a la doctrina y a los jueces establecer los alcances del concepto de autoría o de los tipos o formas de autoría», y que « [...] no todas las normas de la parte general del Derecho penal están positivadas en los Códigos Penales. Incluso muchos conceptos que encontraron asiento legal en el proceso codificador como las reglas de error, del dolo, etcétera, no se agotan en las palabras de la ley. La obligada generalidad y, por tanto, relativa indeterminación de las normas de la parte general ha exigido al práctico y al teórico el desarrollo de reglas y criterios allende lo positivado, que permitan la adecuada aplicación de las normas de la

parte especial». Para concluir que « [...] los jueces interpretan las normas en el momento en que las van aplicar, por ende siempre es posible una interpretación evolutiva, no siendo pertinente sostener que estamos frente a un supuesto de retroactividad de la jurisprudencia». Cabría añadir simplemente que aun cuando el CP del 91 no contuviera precepto alguno referido a la autoría - y por ende, a la autoría mediata- ello no sería obstáculo para aplicar cualquier teoría sobre la materia, pues los tipos de la parte especial son tipos que recogen comportamientos de autoría. El art. 23 CP del 91, así como el art. 100 CP cumplen una función declarativa, y no constitutiva. De ahí que la forma como se encuentre redactado el precepto legal que prevé la autoría sea algo secundario⁶⁴⁸.

6. Colombia: los casos contra parlamentarios relacionados con grupos paramilitares y los procesos contra comandantes paramilitares desmovilizados en aplicación de la Ley 975 de Justicia y Paz.

6.1. La configuración de la autoría mediata, la coautoría y la instigación en la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El art. 29 de la Ley 599 de 2000 recoge por primera vez de manera expresa en Colombia las figuras de la autoría mediata y la coautoría al afirmar que: “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento; son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo a la importancia del aporte. Previamente, la autoría mediata y la coautoría solo eran reconocidas a nivel jurisprudencial y doctrinal, que ni los arts. 23 y

⁶⁴⁸ MEINI, “La autoría de Abimael...”, *op. cit.* p. 8.

24 del decreto 100 por el que se aprueba el Código penal de 1980, ni los arts. 19 y 20 del Código penal de 1936 que definen las formas de autoría y participación hacen mención alguna a la autoría medita o a la coautoría⁶⁴⁹.

Tradicionalmente, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de puesto Colombia (“Sala de Casación Penal”) ha entendido el concepto de la autoría mediata como limitado a aquellos casos en los que el hombre de atrás se vale de un instrumento que no es penalmente responsable para cometer el delito. Así, según se expone en sentencia de febrero de 2009:

[...] en la figura de la autoría mediata, entre autor mediato (también denominado “el hombre de atrás” o el “que mueve los hilos”) y ejecutor instrumental, se establece una relación persona a “persona objetivada” o cosa, pues se soporta en una coacción ajena insuperable, en una inducción en error o en el aprovechamiento de un error, de manera que solo el autor mediato conoce la tipicidad, ilicitud y culpabilidad del comportamiento, en tanto, que el ejecutor instrumental obra –salvo cuando se trata de inimputables– bajo una causal de exclusión de responsabilidad, motivo por el cual, mientras el autor mediato responde penalmente, el ejecutor instrumental, en principio, no es responsable⁶⁵⁰.

Al mismo tiempo, según la jurisprudencia clásica de la propia Sala de Casación Penal, la figura del determinador (instigador o autor intelectual), que se recoge ya expresamente en el art. 19 del Código penal colombiano de 1936 con una pena idéntica a la del autor, se define como la de aquel partícipe o responsable accesorio que, a través de inducción, mandato, instigación, consejo, coerción no insuperable, orden no

⁶⁴⁹ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de Autoría...*, *op. cit.* p. 269.

⁶⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso (radicado) núm. 29.418 (de 23 de febrero de 2009), p. 32.

vinculante acuerdo o cualquier otro medio viable, se asegura la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor material del hecho punible⁶⁵¹. De esta manera, la aplicación del concepto de instigación requiere que el tipo de comunicación entre el instigador y el propio autor material sea tal que permita a éste último decidir, aunque sea en una situación precaria, sin efecto llevará a cabo el delito propuesto por el instigador, de modo que la decisión final acerca de la ejecución del hecho punible no es tomada por el instigador, sino por el propio autor material⁶⁵².

En este sentido, la Sala de Casación Penal ha afirmado:

Lo que sí merece una reflexión separada es el significado jurídico y gramatical de la conducta determinadora. En efecto, “determinar a otro”, en el sentido transitivo que lo utiliza el artículo 23 del Código Penal, es hacer que alguien tome cierta decisión. No es simplemente hacer nacer a otro la idea criminal sino llevarlo o ir con él a concretar esa idea en una resolución. Esa firme intención de hacer algo con carácter delictivo, como sostiene la doctrina jurisprudencial y lo acepta el impugnante, puede lograrse por distintos modos de relación intersubjetiva; el mandato, la asociación, el consejo, la orden no vinculante o la coacción superable. Así entonces, si una de las posibilidades conductuales para determinar es la asociación entendida como concurrencia de voluntades para la realización de un fin común, no podría circunscribirse la determinación a la sola actividad unilateral de impulso del determinador para sembrar la idea criminosa en el determinado o reforzar la que apenas se asoma en él, sobre todo porque, como lo señala la jurisprudencia citada, siempre se

⁶⁵¹ LÓPEZ DÍAZ, C., “El caso Colombiano”, en *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, ed. Temis, Bogotá, 2008, pp. 169-175.

⁶⁵² OLÁSULO ALONSO, *Tratado de Autoría...*, *op. cit.* p. 270.

requiere la presencia de una comunicación entre el determinador y el determinado⁶⁵³.

De lo anterior se puede concluir que la Sala de Casación Penal ha entendido tradicionalmente la distinción entre la autoría mediata y la instigación de manera que la primera requiere que el autor material no se encuentre en posición de decidir si comete o no el hecho punible porque (i) su función como autor material le viene impuesta por el autor mediato; y (ii) no es plenamente consciente de la dimensión real de su contribución a la comisión del delito⁶⁵⁴.

Como la Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá (“Sala de Justicia y Paz de Bogotá”) afirmó en la primera decisión de control de legalidad dictada contra un comandante paramilitar en aplicación de la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal sobre el concepto de autoría mediata impide su aplicación tanto a los dirigentes como a los superiores intermedios de los grupos armados al margen de la ley (grupos paramilitares y guerrillas)⁶⁵⁵.

La Sala de Justicia y Paz de Bogotá llegó a esta conclusión a pesar de que, como subrayó la propia Sala:

No puede desconocer la Sala que existen unas explicaciones que en principio aparecen como razonables en el derecho penal internacional, para

⁶⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia en el caso contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus, caso (radicado) núm. 32672 (de 3 de diciembre de 2009), párrs. 4.10 y 4.12 (en adelante: sentencia en el caso Arana Sus).

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 271.

atribuir responsabilidad a los jefes máximos o medios de las organizaciones criminales y que no es otra que la teoría de la “autoría mediata [...]”⁶⁵⁶.

En un marco jurídico como el derivado de la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal, donde la figura de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder no es aceptada, adquiere particular importancia el concepto de coautoría, en el que según la propia Sala de Casación Penal se pueden distinguir: (i) la coautoría material propia, que tiene lugar cuando cada uno de los coautores lleva a cabo todos los elementos objetivos del delito; y (ii) la coautoría material impropia, que se produce cuando una pluralidad de personas, actuando de manera concertada en ejecución de un plan común, llevan a cabo diferentes contribuciones a la comisión del delito siguiendo el principio de división de funciones. Conforme a ésta última modalidad de coautoría, serían coautores quienes realizan sus aportaciones durante la fase de ejecución del delito⁶⁵⁷.

La coautoría material impropia ha sido generalmente aplicada a quienes despliegan su comportamiento dentro de una organización criminal, siempre y cuando se encuentren unidos por un plan común, puesto que, como la Sala de Casación Penal ha señalado, en éstos casos:

Se predica la coautoría, cuando plurales personas son gregarias por voluntad propia de la misma causa al margen de la ley, comparte conscientemente los fines ilícitos propuestos y están de acuerdo con los medios delictivos para lograrlos, de modo que cooperan poniendo todo de su parte para

⁶⁵⁶ Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito de Bogotá, control de legalidad en el caso contra el comandante paramilitar del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano”, caso (radicado) núm. 2006 80281, de 7 de diciembre de 2009, párr.. 4.4.1 [en adelante: control de legalidad en el caso Iguano].

⁶⁵⁷ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 272.

alcanzar esos cometidos, realizando cada uno las tareas que le corresponden, coordinadas por quienes desempeñan a su vez el rol de liderazgo [...] En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por si mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les corresponde efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal⁶⁵⁸.

6.2. Las primeras referencias a la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal: Los casos Machuca, Yamid Amat y La Gabarra.

Las primeras referencias de la Sala de Casación Penal al concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder se encuentran en las sentencias anteriormente citadas de 7 de marzo de 2007, 8 de agosto de 2007 y 12 de septiembre de 2007 en los casos Machuca, Yamid Amat y La Gabarra, relativos a delitos cometidos por miembros de grupos guerrilleros (Ejército de Liberación Nacional “ELN”, y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia “FARC”) y paramilitares (si bien en éste último caso, los acusados fueron los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional actuando en connivencia con aquellos). Sin embargo, en ninguna de estas tres sentencias, la Sala de Casación Penal aplicó la (co) autoría mediata por estructuras organizadas de poder al entender que se trataban de supuestos de coautoría material impropia caracterizados por la existencia de “ideologías compartidas,

⁶⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso (radicado) núm. 23.825 de 7 de marzo de 2007. *Vid.* también, las sentencias de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso (radicado) núm. 25.974 de 8 de agosto de 2007, y en el caso (radicado) núm. 24.448 de 12 de septiembre de 2007.

voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división pre-acordada del trabajo criminal. En consecuencia, “todos (eran) coautores globalmente en la conducta delictiva realizada y responsables por sus consecuencias⁶⁵⁹.”

Para algunos autores, estos casos son el resultado de la aplicación de la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal en materia de autoría mediata, coautoría e instigación a delitos cometidos sistemáticamente, o a gran escala, contra la población civil por estructuras organizadas de poder que actúan al margen de la ley. Sin embargo, un análisis más minucioso nos permite observar que esta conclusión no responde necesariamente a la realidad⁶⁶⁰.

El caso Yamid Amat, tuvo como objeto el intento de asesinato el 19 de septiembre de 2001 del reconocido periodista Yamid Amat por dos guerrilleros de las FARC cuando aquél se encontraba cerca de los estudios del canal Caracol en el Parkway de Bogotá. La Sala de Casación Penal condenó como coautores de los delitos de rebelión y tentativa de homicidio agravado a John Buitrago y Luis Alberto Puerta, a quienes las FARC habían encargado la ejecución material del asesinato de Yamid Amat una vez que éste último saliera de las instalaciones del Canal Caracol (lo que se vio frustrado porque las autoridades los capturaron a pocos metros del lugar con un artefacto explosivo en las manos)⁶⁶¹.

En cuanto al caso La Gabarra, éste tuvo lugar en el municipio de Tibú (del cual La Gabarra es uno de sus corregimientos) situada en la llamada región del Catatumbo (toma el nombre del río que le rodea), situada en el Departamento del Norte de

⁶⁵⁹ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 273.

⁶⁶⁰ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 274.

⁶⁶¹ *Ibíd*

Santander, cerca de la frontera con Venezuela. En los años noventa, varios grupos guerrilleros desplegaron su actividad en esta región para controlar los cultivos ilícitos y el tráfico de sustancias estupefacientes, lo que motivó una disputa por el control territorial del área con el Bloque Catatumbo de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) que desde mayo de 1999 incursionó en el sector de Las Vetas en la carretera que lleva de Tibú a La Gabarra, realizando permanentes retenes ilegales y ejecuciones extrajudiciales que generaron terror en la población y numerosos desplazamientos forzados.⁶⁶²

El 29 de mayo de 1999 se produjo la primera actuación armada del Bloque Catatumbo en la zona con el asesinato selectivo de varias personas, lo que originó que las unidades del ejército y policía nacional desplegadas en la zona dispusieran un plan encaminado para impedir el asesinato de más campesinos. Según el Comandante de la V Brigada del Ejército, este plan incluyó la orden del Comandante de Batallón Contraguerrillas núm. 46 de Tibú de hacer presencia activa y efectiva con sus fuerzas a fin de prevenir los ataques a la población civil en su área de responsabilidad⁶⁶³.

En este contexto, a las 21,00 h00 del sábado 17 de julio de 1999, un grupo de uniformados que se identificaron como paramilitares detuvieron en la zona urbana del municipio de Tibú a varias personas en la calle y sacaron a otras de establecimientos públicos, llevando a todas ellas a un lugar a pocos metros del puesto de policía ubicado en el centro de la localidad, donde las registraron y ejecutaron a siete de ellas tras ser señaladas por dos informantes. A continuación varios de los detenidos fueron transportados por la vía que lleva de Tibú a La Gabarra, pasando sin ningún problema

⁶⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso (radicado) núm. 24.448 de 12 de septiembre de 2007.

⁶⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso (radicado) núm. 24.448 de 12 de septiembre de 2007.

por el puesto de policía de las “Refinerías”, y en una de las veredas asesinaron a tres personas más, alcanzando uno de los detenidos a escapar con vida⁶⁶⁴.

La Fiscalía acusó de los delitos a las dos personas responsables del orden público en Tibú: el Mayor del Ejército al mando de Batallón Contraguerrillas núm. 46, ubicado en las afueras del núcleo urbano de Tibú (quien era responsable del orden públicos en la zona de Catatumbo), y el Comandante del Quinto Distrito de Policía de Tibú, situado en el casco urbano municipal. Así mismo, también imputó a los agentes que se encontraban en turno de vigilancia en la estación de policía de las “Refinerías” cuando se produjeron los hechos. Todos ellos fueron acusados como coautores, al entender que la coautoría, surge también de un deber jurídico, y que la conducta de permitir no sólo el ingreso de un grupo de asesinos, sino también su salida triunfal, reflejaba por sí misma el acuerdo criminal de los autores materiales, con quienes están constituidos constitucional y legalmente para proteger a los ciudadanos⁶⁶⁵.

En relación con el Mayor del Ejército, la Sala de Casación Penal concluyó que:

- (i) Tenía conocimiento previo de la incursión del grupo ilegal en la población;
- (ii) Incumplió con su obligación constitucional y legal de proteger a la misma;
- (iii) No prestó asistencia para perseguir a los atacantes ante el aviso dado por los afectados sobre los hechos que estaban ocurriendo;
- (iv) Envío el día anterior a una tropa a doce kilómetros del casco urbano y en una dirección opuesta al lugar por el cual se retiraron los agresores (reduciendo de esta manera el número de efectivos en la base militar

⁶⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁶⁵ *Ibíd.*

cuando era públicamente conocido que los paramilitares realizarían su acción criminal);

- (v) No mantuvo la habitual presencia de sus fuerzas a las entradas del pueblo;
- (vi) No se ajustó al plan operativo dispuesto previamente para contraatacar y perseguir a cualquier grupo alzado en armas y ;
- (vii) Deliberadamente actuó para mostrar debilidad como consecuencia de la disminución del personal disponible⁶⁶⁶.

Además, la Sala de Casación Penal desestimó las alegaciones del Mayor del Ejército relativas a que el Batallón fue atacado desde diferentes puntos geográficos, porque pese a la contundencia de las armas que según declaró utilizaron los miembros del grupo paramilitar atacante, no se registró ningún daño en la entrada de la base militar del Batallón⁶⁶⁷.

Con respecto al Comandante del Quinto Distrito de Policía, la Sala de Casación Penal concluyó que:

- (i) Conocía que el día de los hechos hombres uniformados se encontraban alrededor del municipio;
- (ii) Dedicó el personal a labores de distensión y actividades recreativas mientras la población estaba expuesta al riesgo de un ataque violento;
- (iii) Los familiares de los policías fueron llevados al cuartel para que éstos no tuvieran preocupación de lo que pudiera pasar afuera;

⁶⁶⁶ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.*, p. 276 y nota a pie n° 386.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

- (iv) No adoptó las medidas necesarias para mantener la seguridad pese a que era sábado (el día de la semana de mayor afluencia de personas a la localidad);
- (v) El ataque tuvo lugar a escasos metros del puesto de policía del centro de Tibú, desde donde se escucharon con toda claridad los disparos;
- (vi) No hubo ningún tipo de hostigamiento a los atacantes desde el puesto de policía del centro de Tibú; y
- (vii) Desatendió las instrucciones relativas a que el personal debía hacer presencia las veinticuatro horas en el pueblo, no podían quedarse en el cuartel y debían proteger la vida de la población local⁶⁶⁸.

Finalmente, la Sala de Casación Penal estimó que algunos de los agentes que se encontraban en la estación de policía de la “Refinerías” en la vía que lleva de Tibú a La Gabarra prestaron una cooperación necesaria a los miembros del grupo paramilitar que realizaron la masacre cuando estos últimos pasaron en un camión con varios de los residentes retenidos y, en lugar de parar el camión, entablaron un diálogo con los paramilitares que lo conducían mostrando complicidad y conocimiento con la actividad criminal que desarrollaban (los agentes les preguntaron “cómo les había ido con la pesca”)⁶⁶⁹.

En base a estas consideraciones, la Sala de Casación Penal procedió a condenar a todos los imputados a título de coautores materiales impropios al entender que:

Dados el número de efectivos con que contaba, la ubicación del cuartel policial y la extrema cercanía de éste con el lugar donde se perpetró la masacre,

⁶⁶⁸ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.*, p. 276 y nota a pie n° 386.

⁶⁶⁹ *Ibíd.*

además de la necesaria colaboración que debía tener con los miembros del Ejército apostados expresamente en la zona para reprimir los hechos delictivos provenientes de la subversión y del paramilitarismo, no queda duda alguna que la acción criminal omitida para frenar o repeler la incursión armada habría sido apropiada para disminuir el riesgo de lesión de los bienes jurídicos vitales de los pobladores, ora al implementar medidas preventivas con mayores controles, bien al repeler el ataque, o emprender la correspondiente persecución de los violentos, con lo cual la Sala advierte la eficacia del no hacer encaminado claramente a la consecución del resultado, muerte de los pobladores de la localidad.

El análisis de las circunstancias fácticas de los casos Yamid Amat y La Gabarra aquí realizado permite afirmar que el hecho de que la Sala de Casación Penal no haya optado por recurrir a la figura de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder en los mismos no tiene su causa principal en la aplicación de su jurisprudencia tradicional en esta materia a delitos cometidos sistemáticamente, o a gran escala, contra la población civil por estructuras organizadas de poder que actúan al margen de la ley. Por el contrario, en opinión de OLÁSOLO, la principal razón por la que la Sala de Casación Penal no recurrió a la autoría mediata por estructuras organizadas de poder en los casos antes expuestos es que los mismos no tienen por objeto el tipo de situaciones fácticas en las que la aplicación de dicho concepto encuentra fundamento, al referirse ambos casos a individuos que no se encontraban alejados y jerárquicamente ni de la escena de los crímenes, ni de los autores materiales de los mismos⁶⁷⁰.

⁶⁷⁰ OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 278.

De esta manera, únicamente, en el caso Machuca, en el que junto con los autores materiales se imputa a los siete miembros del Comando Central del ELN, podría ser teóricamente procedente la aplicación del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder. Si bien, su no aplicación, además de resultar explicable por responder a que dicho concepto no es aceptado por la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal, también podría ser justificada por las dificultades que para su aplicación parecen plantear los hechos concretos del caso que tuvieron lugar el 18 de octubre de 1998 en la localidad de Machuca, perteneciente al municipio de Segovia en el Departamento de Antioquia⁶⁷¹. Pasemos por tanto a analizarlos.

Con el fin de perjudicar la economía e infraestructuras de explotación petrolífera de Colombia, varios miembros de la Compañía Cimarrón del ELN hicieron explotar una bomba en el oleoducto Cusiana-Coveñas, provocando su destrucción y el derrame de una considerable cantidad de petróleo. Dado que la explosión tuvo lugar en un cerro, el petróleo derramado descendió por las laderas del cerro a la localidad de Machuca, destruyendo numerosas viviendas y provocando la muerte de más de cien habitantes. Aunque la Fiscalía no pudo identificar a los autores materiales del ataque, acusó de los delitos a los siete miembros del ELN, así como a los tres comandantes de la Compañía Cimarrón que operaba en el área en la que se produjeron los hechos⁶⁷².

La sentencia dictada por la Sala de Casación Penal el 7 de marzo de 2007 condenó a todos los acusados a título de coautoría material impropia. Mediante esa condena, la Sala de Casación Penal –apoyada en informes de los servicios de

⁶⁷¹ *Ibíd.*

⁶⁷² OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 278. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso (radicado) núm. 23.825 de 7 de marzo de 2007.

inteligencia del Ejército colombiano y otras agencias de seguridad que describieron en detalle la organización interna del ELN y el área de responsabilidad de la compañía Cimarrón- concluyó que los responsables de la tragedia de Machuca pertenecían a una organización criminal jerárquicamente organizada que actuaba al margen de la ley. Dentro de la estructura jerárquica de dicha organización, los miembros del Comando Central del ELN estaban a cargo de diseñar y promocionar la política general dirigida a interrumpir, mediante actos de violencia, el suministro de petróleo que iba desde Caño Limón hasta Estados Unidos. Las unidades que operaban en esa zona, como la Compañía Cimarrón, poseían amplia autonomía para planificar cada una de las operaciones a través de las cuales dicha política tenía que ser puesta en marcha. El Comando Central retenía el poder de sancionar a los autores materiales que incurrieran en errores a la hora de ejecutar la política general de la organización⁶⁷³.

Para la Sala de Casación Penal, los autores materiales de la Compañía Cimarrón, decidieron libremente y con conocimiento llevar adelante el ataque, como una manera de contribuir a la puesta en marcha de la campaña dirigida a interrumpir el suministro de petróleo. Las actividades que llevaron a cabo para cumplir su cometido no fueron realizadas como resultado de haber sido víctimas de engaño por el Comando Central. Así mismo, tampoco las desarrollaron movidos por una estricta adhesión a sus convicciones ideológicas, ni fueron instrumentalizados por el Comando Central, porque ni el Comando Central tenía dominio sobre su voluntad, ni ellos mismos eran herramientas del Comando Central. Como consecuencia, según la Sala de Casación Penal, no era posible en estas circunstancias recurrir al concepto de autoría mediata⁶⁷⁴.

⁶⁷³ *Ibíd.*

⁶⁷⁴ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 278. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, caso (radicado) núm. 23.825 de 7 de marzo de 2007.

Por otra parte, la figura jurídica de la instigación tampoco resultaba aplicable debido a que éste no era un caso en el que los delitos fueran cometidos únicamente en cumplimiento de órdenes impartidas por los superiores en la cadena de mando⁶⁷⁵.

Por el contrario, para la Sala de Casación Penal, se trataba éste de un supuesto donde una pluralidad de personas, actuando libremente y compartiendo la política general diseñada por el Comando Central para interrumpir el suministro de petróleo, colaboró en la comisión de los delitos de una manera coordinada y de acuerdo con el principio de división de funciones. En consecuencia, según la Sala de Casación Penal, los miembros del Comando Central, los comandantes de la Compañía Cimarrón y los autores materiales que atacaron el oleoducto en las cercanías de Machuca debían ser todos considerados coautores en la medida en que formaron parte de la misma empresa criminal común⁶⁷⁶.

6.3. La aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los casos contra el paramilitarismo y gobernadores aforados relacionados con el paramilitarismo.

Como consecuencia, de las confesiones (versiones libres) realizadas a partir del año 2006 por los miembros desmovilizados de grupos paramilitares conforme a la Ley 975 de Justicia y Paz, se ha puesto de manifiesto que la actividad de dichos grupos se promovió, financió y facilitó a través de la colaboración recibida de sectores políticos, militares y empresariales, además de miembros de las distintas administraciones públicas, lo que para comienzos de 2010, había generado más de 6000 solicitudes

⁶⁷⁵ *Ibíd.*

⁶⁷⁶ *Ibíd.*

formales de investigación (compulsa de copias) realizadas por la Unidad de Fiscalía de Justicia y Paz a otras unidades de la Fiscalía General de la Nación⁶⁷⁷.

En cuanto a la promoción, financiación y apoyo a dichos grupos por sectores políticos nacionales, regionales y locales, la Sala de Casación Penal ha afirmado en auto de 18 de noviembre de 2009 y en sentencia de 23 de febrero de 2010 que:

Como es ya de público conocimiento, la agrupación paramilitar se fijó como meta ingresar el mayor número de candidatos a todas las corporaciones públicas, siendo indiferentes los partidos políticos o vertientes representados por ellos, en tanto lo relevante era el compromiso con el expansión del proyecto paramilitar⁶⁷⁸. Ello determinó insólitas alianzas entre grupos tradicionalmente opuestos ideológicamente, o entre enconados enemigos que representaban distintas vertientes de un mismo partido⁶⁷⁹.

En este contexto, la Corte Suprema ha procedido a investigar desde el año 2008 a 85 senadores y congresistas aforados (casi en su totalidad electos en las elecciones generales de 2002 y/o 2006), y 8 gobernadores, habiendo proferido hasta el momento más de veinte sentencias condenatorias. Es en este contexto, en el que la Sala de Casación Penal ha aplicado la figura de la autoría mediata por estructuras organizadas

⁶⁷⁷ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 280. Se cita en nota a pie de página n° 395 La Sala de Conocimiento de Justicia y Paz de Bogotá, control de legalidad en el caso contra el comandante paramilitar del Bloque Héroes de los Montes de María, Edwar Cobos Tellez, alias Diego Vecino, y del Frente Canal del Dique, Uber Enrique Bánquez Martínez, alias Juancho Dique, caso (radicado) núm. 110016000253200680077 de 25 de enero de 2010.

⁶⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia condenatoria en el caso contra el ex senador Álvaro García Romero, caso (radicado) núm. 32805 de 23 de febrero de 2010.

⁶⁷⁹ *Ibíd.*

de poder a delitos cometidos sistemáticamente, o a gran escala, contra la población civil por estructuras organizadas de poder que actúan al margen de la ley⁶⁸⁰.

6.3.1. Los casos contra el senador Ricardo Elcure Chacón y el gobernador Salvador Arana Sus como primeros precedentes del recurso a elementos de autoría mediata a través de una estructura organizada de poder.

La adición de voto de los magistrados Yesid Ramírez Bastias, Alfredo Gómez Quintero, María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán, a la sentencia de 16 de septiembre de 2009 en el caso sobre el ex senador Ricardo Elcure Chacón fue la primera instancia en la que la Sala de Casación Penal utilizó los conceptos de “aparatos organizados de poder” y “hombre de atrás”, característicos de la dogmática de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder, para definir la naturaleza y forma de funcionamiento de los grupos paramilitares⁶⁸¹.

Dos meses y medio después, en la sentencia de 3 de diciembre de 2009 contra el ex gobernador del Departamento de Sucre, Salvador Arana Sus, la Sala de Casación Penal recurrió por unanimidad a estos mismos conceptos para definir los grupos y el actuar paramilitar. Además, en esta última decisión, la Sala de Casación Penal señaló:

Se observa que Salvador Arana Sus, responsable del delito de asociación para delinquir aquí identificado, se concertó con la finalidad de promover un grupo armado al margen de la ley, para que inclusive los apoyara en sus proyectos públicos y dicho aparato organizado fue puesto al servicio de esa causa, con el evidente propósito de que quien

⁶⁸⁰ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* pp. 280-281.

⁶⁸¹ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* pp. 280-281.

ejercía funciones públicas ejerciera el poder que detentaba al servicio del proyecto paramilitar, que es precisamente como se manifiesta el concepto para promover aparatos organizados de poder ilegales, categoría en la que tiene cabida toda clase de organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder que cuenta con una estructura jerárquica, a partir de la cual la relación que se establece entre los miembros de la organización es vertical y piramidal. En la cúspide la pirámide se sitúan los órganos o mandos directivos, desde donde se toman las decisiones y se imparten órdenes. Los encargados de cumplirlas, los ejecutores, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho ni tampoco en la planificación del mismo, aunque decidan llevar a cabo el encargo. En muchas ocasiones los subordinados, ni siquiera conocen el plan en su globalidad, siendo conscientes únicamente de la parte del plan que les toca ejecutar [...] No cabe duda que quienes fungían como voceros políticos legalmente reconocidos, que inclusive escalaron a posición dirigente, realmente hacían parte de la cúpula de los grupos paramilitares y en tal condición integraban el directorio de mando que diseñaba, planificaba, proyectaba forjaba e impulsaba las acciones que debía desarrollar la empresa criminal en aras de consolidar su avance y obtener más réditos dentro del plan diseñado [...] El político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no sólo a obtener la permanencia del irregular grupo sino que pretendía ejercer en espacios o crear los mismos en procura de resultar funcionales a la empresa delictiva, en pro de la estrategia del crimen constituyéndose en un paso más en el proceso de la toma mafiosa de todos los poderes e instancias de decisión del Estado [...] En ese entorno se puede afirmar que en la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos: 1) Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores; 2) Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de los integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de una organización, el control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición a través del impulso sostenido de

la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y 3) Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales. Conforme con lo anterior, imperioso se ofrece compulsar copias para que se investigue la concurrencia de hechos que en ejercicio del plan criminal de la organización a la cual pertenecía Salvador Arana Sus, éste efectuó y se establezca su eventual grado de responsabilidad⁶⁸².

Sin embargo, a pesar de la utilización de estos conceptos propios de la figura de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder para explicar la naturaleza y actuar de los grupos paramilitares, la Sala de Casación Penal no aplicó dicha figura para reflejar la responsabilidad penal de los acusados en estas dos decisiones. Así, mientras en el caso del ex senador Elcure Chacón recurrió a la autoría material impropia, en el caso del ex gobernador Arana Sus se decantó por la instigación⁶⁸³.

Ahora bien, una vez más, la razón última de esta decisión parece haber estado más bien en la proximidad geográfica y estructural de los imputados a la escena de los crímenes y a los autores materiales que en un rechazo de la Sala de Casación Penal a la aplicación de autoría mediata por estructuras organizadas de poder. Así, por ejemplo, en el caso contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus, la Sala, después de calificar al Bloque Héroe de los Montes de María como un aparato organizado de poder, y de considerar al imputado como uno de los hombres de atrás que integraban el directorio y se encontraban al frente del mismo, decidió condenarle como instigador

⁶⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia en el caso contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus, caso (radicado) núm. 32672 de 3 de diciembre de 2009.

⁶⁸³ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 283.

del asesinato de Eudaldo León Díaz Salgado (alcalde del municipio de El Roble en del Departamento de Sucre) puesto que:

- (i) El imputado, que era uno de los principales financiadores del Bloque Héroes de los Montes de María, había generado personalmente en Rodrigo Mercado, alias “cadena” (comandante militar del Bloque) la decisión final de asesinar y hacer desaparecer el cuerpo de la víctima;
- (ii) Rodrigo Mercado fue quien asesinó personalmente a la víctima, procediendo a continuación a ocultar su cuerpo; y
- (iii) El nexo causal entre la acción de Salvador Arana Sus y el asesinato de la víctima consistió en la inducción realizada por el imputado en las diversas reuniones que convocó al efecto con Rodrigo Mercado⁶⁸⁴.

Por esta razón sería necesario esperar dos meses y medio más antes de que la Sala de Casación Penal aplicase por primera vez la figura de la autoría mediata por estructuras organizadas de poder en su sentencia de 23 de febrero de 2010 contra el senador Álvaro Alfonso García Romero.

6.3.2. La primera aplicación por la Sala de Casación Penal del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder: el caso contra el senador Álvaro Alfonso García Romero.

En su sentencia de 23 de febrero de 2010 en el caso contra el senador Álvaro Alfonso García Romero, co-fundador del grupo paramilitar conocido como Frente Héroes de los Montes de María (“el grupo paramilitar”), la Sala de Casación Penal condenó al imputado en aplicación de la figura de la autoría mediata por estructuras

⁶⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia en el caso contra el ex gobernador de Sucre Salvador Arana Sus, caso (radicado) núm. 32672 de 3 de diciembre de 2009, párr. 5.12.

organizadas de poder por la masacre de Macayepo ocurrida entre el 9 y el 16 de octubre de 2000 en varios asentamientos del municipio del Carmen de Bolívar (incluyendo Macayepo). Esta masacre fue llevada a cabo materialmente por varios cientos de miembros del grupo paramilitar y consistió en el asesinato múltiple de numerosos habitantes de dichos asentamientos, lo que provocó el desplazamiento masivo de su población⁶⁸⁵. García Romero se encontraba en el momento de los hechos alejado geográfica y estructuralmente de los autores materiales de la masacre⁶⁸⁶.

Según se explicaba en la sentencia, el grupo paramilitar era una estructura organizada de poder, con una estricta jerarquía vertical, que operaba en el departamento de Sucre (al norte de Colombia). Sus más altos comandantes diseñaban las operaciones específicas a desarrollar, e impartían instrucciones detalladas a un amplio número de subordinados (pronto superó los cientos) que se encargaban de ejecutarlas⁶⁸⁷.

El margen de discrecionalidad de los comandantes desplegados en el terreno y de los miembros de rango inferior del grupo en la ejecución de las instrucciones recibidas era muy limitado (mucho menor que en algunas organizaciones guerrilleras como el ELN, tal y como se vio en el caso Machuca). Según la Sala de Casación Penal, las numerosas reuniones y las continuas comunicaciones establecidas por radio y teléfono entre los más altos comandantes del grupo y los comandantes desplegados en el terreno permitía a los primeros mantener un estricto control sobre el desarrollo de las operaciones en grupo⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 285.

⁶⁸⁶ *Ibíd.*

⁶⁸⁷ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 285.

⁶⁸⁸ *Ibíd.*

La estrategia del grupo paramilitar se dirigió a asegurar el control militar del territorio en las áreas en que operaban. Su cometido consistía en brindar protección a hombres de negocios y comerciantes de ganado, a cambio de obtener apoyo financiero, eliminar a cualquier persona que consideraban cooperaba con la guerrilla, y usurpar el territorio abandonado por los numerosos pobladores que dejaban el área a causa de la presencia del grupo paramilitar. En una etapa posterior, la estrategia del grupo paramilitar, además de irse progresivamente extendiendo a nuevas áreas territoriales, se dirigió también a obtener el control de los gobiernos locales y regionales en las zonas en las que el grupo operaba. Para ello brindaba apoyo a sus propios candidatos en las elecciones locales y regionales.

En este contexto, la Sala de Casación Penal basó su condena a García Romero como autor mediato en los siguientes argumentos:

- (i) El imputado tenía el control sobre el grupo paramilitar, que compartía con los más altos comandantes paramilitares el mismo;
- (ii) La masacre fue una actividad regular del grupo paramilitar que García Romero cofundó, apoyó financiera y políticamente, y asesoró; y
- (iii) García Romero contribuyó al “éxito” de la operación al conseguir que los batallones contra-guerrilla de la I Brigada de Infantería Naval desplegados en la zona en la que se produjeron los hechos fueran enviados a otras áreas por el Comandante al mando de la I Brigada, para así evitar cualquier posible interferencia con el accionar del grupo paramilitar⁶⁸⁹.

⁶⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia condenatoria en el caso contra el ex senador Álvaro García Romero, caso (radicado) núm. 32805 de 23 de febrero de 2010. Según la Sala de Casación Penal, en una conversación grabada entre García Romero y su asistente de confianza, Joaquín García, este último informó al acusado sobre dicha operación el día anterior de su inicio y resaltó la necesidad de sacar a los batallones contraguerrilla del ejército colombiano fuera del área en que se iba a desarrollar la operación. En la mencionada conversación, García Romero aceptó hablar, en horas

Es importante subrayar que en esta misma sentencia de 23 de febrero de 2010, la Sala de Casación Penal condenó a García Romero como instigador (y no como autor mediato) por ordenar el asesinato de Georgina Narváez. Según la Sala, García Romero ordenó a miembros del grupo paramilitar asesinar a Georgina Narváez el día 27 de octubre de 1997, tras llegar a la conclusión de que, en virtud de los pobres resultados electorales obtenidos por “su candidato” (Morris Taboada), éste sólo podría convertirse en gobernador del departamento de Sucre si los votos emitidos en la localidad de San Onofre eran “contados de nuevo”. Para ello, Georgina Narváez, la persona que como integrante de la mesa electoral había tomado nota de los votos durante el primer escrutinio, tenía que ser asesinada⁶⁹⁰.

Ahora bien, es preciso señalar que, mientras la Sala de Casación Penal concluyó que García Romero había dado la orden de asesinar a Georgina Narváez, en relación con la masacre de Macayepo no se comprobó que García Romero hubiera participado en el diseño de la operación (de hecho, fue únicamente informado sobre la misma por uno de sus asistentes de confianza, Joaquín García, el día anterior a su inicio), o en su puesta en marcha (su contribución consistió en desplegar su influencia con el

tempranas de la mañana siguiente, con el comandante de la I Brigada de la Infantería Naval. Así quedó demostrada la vinculación de García Romero con las órdenes posteriormente recibidas por los batallones contraguerrilla de salir del área en la que sería cometida la masacre, lo que impidió a estos batallones interferir con la operación paramilitar. Sólo una vez que los atacantes paramilitares dejaron el área donde se cometió la masacre, el comandante de la I Brigada de la Infantería Naval ordenó a los batallones contraguerrilla bajo su mando que retornaran a su área de operaciones para ubicar y detener a los supuestos autores (esta operación fue conocida como la “Operación Tranquilidad”).

⁶⁹⁰ Según la Sala de Casación Penal, García Romero dio la orden de matar a Georgina Narváez y ofreció una suma de 2500 dólares a fin de obtener ese resultado lo antes posible. La orden fue transmitida por Joaquín García (asistente de confianza de García Romero) a Salomón Feris (que estaba a cargo de las operaciones militares del grupo paramilitar), quien pasó la orden a Danilo (el comandante de la unidad desplegada en la localidad de San Onofre). La víctima fue asesinada unos días después por dos individuos no identificados que le dispararon desde una motocicleta.

comandante de la I Brigada de Infantería Naval para evitar así que el ejército colombiano interfiriera en la ejecución de la operación)⁶⁹¹.

La explicación a esta situación se encuentra en que la Sala de Casación Penal:

- (i) Recurrió a su jurisprudencia tradicional sobre el concepto de instigación (según la cual, la instigación se aplicaría siempre que el imputado haya promovido directamente al autor material a cometer el delito, y no haya intervenido posteriormente durante la fase de ejecución) para condenar a García Romero como instigador (y no como autor mediato) del asesinato de Georgina Narváez; y
- (ii) No pudo recurrir a su concepto tradicional de instigación para declarar responsable a García Romero por su contribución a la masacre de Macayepo, debido a la contribución que aquel realizó durante la ejecución de dicha operación, al evitar cualquier interferencia en la misma por aquellas unidades del ejército colombiano desplegadas en la zona; y ante esta situación, la Sala de Casación Penal, decidió aplicar por primera vez en Colombia la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, en lugar del concepto de coautoría que venía siendo tradicionalmente utilizado cuando los imputados realizan su comportamiento punible dentro de una organización criminal en ejecución de un plan común⁶⁹².

Sin embargo, en relación con el asesinato de Georgina Narváez es preciso señalar que, cuando en el marco de organizaciones caracterizadas por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes (característica que el grupo paramilitar poseía

⁶⁹¹ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 287.

⁶⁹² *Ibid.*

según la Sala de Casación Penal), los miembros de rango inferior cometen un determinado delito (como el asesinato de Georgina Narváez) en cumplimiento de las instrucciones dadas por un superior jerárquico que posteriormente no participa en su ejecución material (en nuestro caso García Romero, quien, según la Sala de Casación Penal, tenía el co-dominio del grupo junto con los comandantes paramilitares), la aplicación del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder hace que éste último incurra en responsabilidad principal a título de autor mediato, y no en responsabilidad principal a título de autor mediato, y no en responsabilidad accesoria como instigador⁶⁹³.

Además, la existencia de un control compartido de la estructura organizada de poder entre García Romero y los comandantes paramilitares del grupo, exige inevitablemente analizar el grado de participación de éstos últimos en el asesinato de Georgina Narváez para determinar si existió o no un plan común entre todos los que poseían el control compartido del grupo paramilitar (aunque luego haya sido García Romero quien se haya encargado directamente de impartir la orden de asesinato de la víctima). Esta exigencia deriva del hecho de que, de probarse la existencia de dicho plan común, nos encontraríamos ante un supuesto de coautoría mediata entre todos los que compartían el control del grupo paramilitar (incluido García Romero), y no ante un supuesto de autoría mediata de este último⁶⁹⁴.

Por otra parte, en relación con la masacre de Macayepo, la Sala de Casación Penal condena a García Romero como autor mediato cuando, si bien se trataba de un Senador de la República con mucha influencia en el área en la que se produjeron los hechos, lo cierto es que: i) no dominaba completamente al grupo paramilitar, puesto

⁶⁹³ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 287.

⁶⁹⁴ OLÁSOLO ALONSO, H., *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 288.

que compartía su dominio con los comandantes paramilitares del grupo; ii) no intervino en el diseño de la operación; y iii) no parece haber contribuido a la puesta en marcha de la operación⁶⁹⁵).

En consecuencia, ante estas circunstancias, entendemos que la aplicación de la coautoría mediata, tal y como ha sido aplicada hasta el momento por la CPI (es decir, aplicando conjuntamente la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder) resulta mucho más apropiada, siempre y cuando se hayan dado efectivamente las siguientes condiciones:

- (i) Que el grupo paramilitar haya constituido una auténtica estructura organizada de poder cuyo dominio era compartido por García Romero y los comandantes paramilitares del mismo;
- (ii) Que la masacre de Macayepo haya sido fruto de la ejecución de un plan común acordado por García Romero y los comandantes paramilitares del grupo;
- (iii) Que García Romero haya realizado la contribución acordada, la cual fuera esencial para el desarrollo de la operación; y
- (iv) Que los otros coautores mediatos hayan realizado sus contribuciones mediante la instrucción a los autores materiales que realizasen la incursión y cometiesen la masacre en la localidad de Macayepo⁶⁹⁶.

En conclusión, se puede decir que, si bien la sentencia en el caso García Romero constituye la primera aplicación en Colombia del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, presente al mismo tiempo notables confusiones en cuanto al contenido de este concepto y a su relación con otras formas de

⁶⁹⁵ *Ibíd.*

⁶⁹⁶ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 287.

responsabilidad penal individual, lo que, en nuestra opinión, no es sino el resultado de tratar de encajar la autoría mediata por estructuras organizadas de poder dentro del sistema tradicional colombiano de formas de autoría y participación⁶⁹⁷.

6.4. *La aplicación de la autoría mediata en causas contra desmovilizados de grupos paramilitares en aplicación de la Ley 975 de Justicia y Paz.*

6.4.1. *El caso contra el comandante del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”.*

Particularmente significativo es el caso contra el comandante del Frente de Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata, alias “El Iguano”, a quien se le imputaron 170 asesinatos, agrupados en 32 cargos (1 cargo de concierto para delinquir agravado, 26 masacres y 5 homicidios descritos por la Fiscalía como selectivos)⁶⁹⁸.

Según la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, “El Iguano” llegó a la región del Catatumbo el 5 de mayo de 1999 como comandante del Frente Fronteras. Una vez allí recibió órdenes de Salvatore Mancuso para que iniciase una campaña de violencia sistemática y exterminio selectivo contra los habitantes de la región que eran percibidos como auxiliares de la guerrilla o miembros de la misma⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ *Ibíd.*

⁶⁹⁸ OLÁSOLO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 290.

⁶⁹⁹ *Ibíd.*

Para la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, los objetivos plasmados en los estatutos y régimen disciplinario de las AUC, se materializaban a través de la estructura del Bloque Catatumbo y del Frente Fronteras, por medio de las órdenes impartidas por los comandantes superiores, y las que de manera directa transmitía “El Iguano” como máxima autoridad de dichos Frente, a quienes formaban parte del mismo y estaban bajo su mando⁷⁰⁰.

Por todo ello, según la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, se podía afirmar que la comisión de los delitos no era decisión de quien los ejecutaba directamente, sino que respondía a una política de la organización, desarrollada a través de sus mandos responsables, quienes, precisamente por ese poder que ostentaban, tenían el dominio del hecho punible, en la medida en que tenían la capacidad material para determinar cuál de sus subordinados debería realizar el delito, pudiendo incluso cambiarlo si así lo consideraban oportuno (esto les permitía designar a personas especializadas, dependiendo de la complejidad o importancia de la operación)⁷⁰¹.

Según la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, la actuación de “El Iguano” consistió en impartir la orden para que se cometieran los homicidios, en cumplimiento de los objetivos de la organización o retransmitirla cuando el mandato sobre la parte de la estructura que dirigía “El Iguano” era tal que le permitía, como superior intermedio retirar la orden criminal recibida y evitar el resultado lesivo⁷⁰².

⁷⁰⁰ Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, control de legalidad en el caso del comandante paramilitar del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano, caso (radicado) núm. 2006 80281 de 7 de diciembre de 2009, párrs. 311 y 314.

⁷⁰¹ *Íbid*, párr. 316.

⁷⁰² Sala de Conocimiento de Justicia y Paz del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, control de legalidad en el caso del comandante paramilitar del Frente Fronteras del Bloque Catatumbo, Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano, caso (radicado) núm. 2006 80281 de 7 de diciembre de 2009, párr. 314.

Según la Sala, este dominio sobre el Frente Fronteras, generó la fungibilidad de los miembros del mismo, lo que permitía la aplicación del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. De hecho, fue de tan poca importancia para “El Iguano” saber quién materializó los asesinatos, que en su momento no se enteró de este detalle y fue con la reconstrucción de los hechos cuando conoció de los patrulleros que cumplieron las órdenes genéricas previamente impartidas⁷⁰³.

A este respecto, es importante señalar que, luego de anunciar la presencia del grupo paramilitar en la zona a través de las primeras masacres, fueron los miembros del Frente Fronteras quienes se encargaron de individualizar y ejecutar a las víctimas conforme a los lineamientos dados por alias El Iguano. La única exigencia que hizo a sus patrulleros fue la de reportar periódicamente el número de personas muertas. La excepción a esta regla dio únicamente en los casos de alguna connotación de las víctimas, donde había una designación al grupo especial que tenía el Frente para garantizar el éxito de la ilícita operación⁷⁰⁴.

Sin embargo, a pesar de estas consideraciones, la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, en su decisión de control de legalidad de 7 de diciembre de 2009, modificó los cargos 5 a 8, 11 a 20, 25 a 27, 31 y 32 formulados originalmente por la Fiscalía a título de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder porque, según su lectura de la jurisprudencia tradicional de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, la figura de la autoría mediata requería que el “instrumento” a través del cual

⁷⁰³ *Ibíd.*, párr. 315.

⁷⁰⁴ *Ibíd.*

actúa el hombre de atrás no sea penalmente responsable⁷⁰⁵. En consecuencia, según concluyó la Sala de Justicia y Paz de Bogotá:

En el caso [...] no existe prueba demostrativa de inimputabilidad, coacción o error en los ejecutores del hecho. Por el contrario, [...] se constató su conocimiento en los objetivos de la organización paramilitar, su identidad con los métodos utilizados para lograr los fines propuestos y su capacidad para auto determinarse. Entonces, no puede concluirse que el comandante utilizó a los miembros de su grupo como meros “instrumentos” [...] ⁷⁰⁶.

Por tanto, la Sala decidió variar la imputación de la Fiscalía, legalizando los cargos contra “El Iguano” a título de coautoría material impropia (sólo el concierto para delinquir se legalizó a título de autoría material) ⁷⁰⁷.

Sin embargo, apenas unos meses después de que la Sala de Casación Penal aplicara por primera vez el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en su sentencia de 23 de febrero de 2010 en el caso contra el ex senador García Romero, la propia Sala de Justicia y Paz de Bogotá, al emitir su sentencia de primera instancia el 2 de diciembre de 2010 en el caso contra “El Iguano”, decidió también aplicar la figura de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

Esto provocó una nueva modificación de la forma de responsabilidad penal atribuida al acusado. Así, la Sala de Justicia y Paz, en lugar de declararlo culpable como

⁷⁰⁵ Decisiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso (radicado) núm. 23.825 de 7 de marzo de 2007; en el caso (radicado) núm. 25.974 de 8 de agosto de 2007; y en el caso (radicado) núm. 24.448 de 12 de septiembre de 2007.

⁷⁰⁶ Control de legalidad en el caso El Iguano, *op. cit.* párr. 314.

⁷⁰⁷ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 292.

coautor material impropio de los delitos imputados, lo condenó como autor mediato de tales delitos. Al explicar las razones que motivaron este nuevo cambio de posición, la Sala subrayó:

Del mismo artículo 29, surge el concepto de autor mediato. Califica de tal manera al que realiza el comportamiento utilizando a otro como instrumento, “también denominado “el hombre de atrás” o el que “mueve los hilos”. Tradicionalmente considerado por la Jurisprudencia, como “la persona que desde atrás en forma dolosa domina la voluntad de otro al que determina o utiliza como instrumento para que realice el supuesto de hecho, quien en todo evento actúa ciego frente a la conducta punible, a través del error invencible o de la insuperable coacción ajena”, constituye una interpretación que hacía imposible aplicar esta forma de autoría a las personas que formaban parte de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos por la guerrilla y autodefensas, quienes eran considerados como autores o coautores [...] Esta postura fue modificada por la Corte Suprema de Justicia gracias a los debates doctrinales y los desarrollos de la jurisprudencia foránea, unidos a la mejor solución político-criminal, predicando la autoría mediata como instrumentos responsable cuando se trata de aparatos de poder organizados. De esta manera puntual señaló:

Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delictivo derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes –gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus coordinadores en cuanto dominan la función encargada –comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados –soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o

milicianos- pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad”⁷⁰⁸.

En esta misma sentencia, la Sala de Justicia y Paz de Bogotá desarrolló su definición de la figura de la autoría mediata mediante estructuras organizadas de poder. Para ello, comenzó por subrayar que este concepto refleja aquellas situaciones en las que lo que se instrumentaliza no es el accionar humano, sino el accionar de una estructura organizada de poder⁷⁰⁹. Por eso, citando la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú en el caso Fujimori, afirma que “el dominio del autor mediato se ejerce, pues, sobre el aparato y su estructura, dentro de la cual está integrado y cohesionado el ejecutor”⁷¹⁰.

Para la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, el concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder tiene cuatro elementos fundamentales: i) un poder de mando; ii) la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico; iii) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y iv) la considerablemente elevada disponibilidad del ejecutor al hecho. Estos cuatro elementos se definirían en opinión de la Sala de la siguiente manera:

Es indispensable que el supuesto autor mediato se encuentre ubicado dentro de la estructura de mando de la organización, sea en el nivel superior o en el nivel intermedio, con la capacidad de impartir órdenes y ejercer dicha autoridad para causar

⁷⁰⁸ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, caso contra el comandante paramilitar del Frete Fronteras del Bloque Catatumbo Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano, caso (radicado) núm. 2006 80281 de 2 de diciembre de 2010, párrs. 298-300.

⁷⁰⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, caso contra el comandante paramilitar del Frete Fronteras del Bloque Catatumbo Jorge Iván Laverde Zapata, alias El Iguano, caso (radicado) núm. 2006 80281 de 2 de diciembre de 2010, párr. 302

⁷¹⁰ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 293.

realizaciones del tipo; como se mencionó anteriormente, una de las características que confiere autoría mediata a quienes dominan una máquina de poder, es precisamente el dominio de la estructura de poder [...] Otro elemento fundamental para la configuración de la mencionada figura jurídica, es la desvinculación del aparato de poder del ordenamiento jurídico, lo que significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional [...] La fungibilidad del ejecutor inmediato, significa que los ejecutores son intercambiables, no siendo siquiera necesario que el hombre de atrás los conozca para que éste pueda confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su rechazo a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan solo sustraer su contribución al mismo [...] Como nota característica de este tipo de autoría mediata, lo es que el ejecutor es responsable, motivo por el que la elevada disponibilidad al hecho del ejecutor, se erige como la cuarta característica de la teoría. Alude a una predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito, situación que se presenta cuando el ejecutor deja de actuar como ente individual y pasa a ser parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra y conduce la existencia de la organización. Todo ello va configurando una psicología colectiva que se expresa en la adhesión y en la elevada predisposición del ejecutor hacia el hecho ilícito que disponga o planifica la estructura.

Ahora bien, si atendemos a la manera en que el concepto de autoría mediata ha sido articulado por la CPI, el TPIY o la CESL, donde se ha venido utilizando de manera autónoma, o conjuntamente con la coautoría (configurando así la coautoría mediata), lo cierto es que en ningún momento se recoge el requisito de la elevada disposición del ejecutor al hecho punible. En realidad, este elemento ha sido utilizado por la Sala de Apelaciones de Lima en el caso contra Abimael Guzmán como criterio determinativo del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la

organización para aquellos casos en los que no cabe fundamentar dicho automatismo en la fungibilidad de sus miembros⁷¹¹.

Así mismo, el tercer requisito consistente en la desvinculación de la estructura organizada de poder del ordenamiento jurídico, tampoco ha sido exigido hasta el momento por la jurisprudencia de la CPI en esta materia. Si bien, a diferencia del punto anterior, en el que había una concurrencia entre las posiciones adoptadas por los tribunales internacionales y las acogidas por el precursor del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder (ROXIN), en el presente caso no parece producirse dicha concurrencia puesto que este último, al igual que la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, aboga por la relevancia de la cultura ilícita dentro de la estructura organizada de que se trate⁷¹².

6.4.2. *El caso contra el comandante del Bloque Elmer Cárdenas, Fredy Rendón Herrera, alias “El Alemán”.*

En la decisión de control de legalidad de 23 de septiembre de 2011 en el caso contra Frey Rendón Herrera, alias “El Alemán”⁷¹³, la Sala de Justicia y Paz de Bogotá aplicó nuevamente el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder tras recordar que la Sala de Casación Penal había aceptado dicho concepto a partir de la sentencia de 23 de febrero de 2010 contra el ex senador Álvaro Alfonso García Romero. Según explicó la Sala de Justicia y Paz:

⁷¹¹ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, op. cit. p. 294.

⁷¹² OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, op. cit. p. 294.

⁷¹³ Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, sentencia en caso contra Fredy Rendón Herrera, alias El Alemán, caso (radicado) núm. 110016000253200782701 de 16 de diciembre de 2011.

Con relación a los punibles como de reclutamiento ilícito de menores, homicidio en persona protegida, y secuestro simple, lo será como autor mediato, por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, institución considerada como una creación jurídica del derecho penal internacional, bajo cuya égida puede hacerse responsable al dirigente militar o superior civil por crímenes de derecho internacional, cometidos por subordinados, aclarando que en este caso nos encontramos frente a criminalidad no estatal [...] La anterior postura fue modificada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y de manera reiterada se ha aceptado la responsabilidad del autor mediato por dominio de la voluntad, en aparatos de poder organizados⁷¹⁴.

En su análisis de la posible responsabilidad del imputado como autor mediato, la Sala de Conocimientos constató que i) “El Alemán” se vinculó con las ACCU a finales de 1995; ii) se desempeñó como comandante militar del Bloque Elmer Cárdenas entre 1996 y 2005, bajo el mando de Carlos Alberto Hoyos, alias “Carlos Correa”⁷¹⁵; iii) al ser asesinado este último en octubre de 2005, asumió la comandancia general de la estructura criminal hasta su desmovilización el 15 de agosto de 2006; y iv) desde octubre de 2005 hasta agosto de 2006, dirigió acciones militares, políticas, estratégicas y dinámicas de expansión de la estructura paramilitar⁷¹⁶. Hechas estas consideraciones, la Sala de Justicia y Paz analizó los actos cometidos por el acusado en calidad de comandante del Bloque Elmer Cárdenas, vinculado a la Casa Castaño, de la siguiente manera:

La existencia de una organización ilegal bien articulada, como fue el Bloque Elmer Cárdenas, articulada a la Casa Castaño, comandada por el aquí postulado Fredy

⁷¹⁴ Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, sentencia en caso contra Fredy Rendón Herrera, alias El Alemán, caso (radicado) núm. 110016000253200782701 de 16 de diciembre de 2011, párrs. 394, 396.

⁷¹⁵ *Ibid.*, párr. 3.

⁷¹⁶ *Ibid.*

Rendón Herrera, quien impartía órdenes siguiendo la ideología de sus fundadores, siguiendo el objetivo trazado y claramente compartido –acabar con la subversión– utilizando como medios de ejecución de graves atentados contra la población civil y que en esta diligencia aparecen como un muestreo o ejemplo de lo que fue la actuación de esta organización ilegal, permiten a la Sala inferir que se trató de un autor mediato [...] “El Alemán” como comandante máximo de este Bloque y como miembro de la cúpula central de las AUC, fue quien tuvo el dominio de su bloque y frentes, trazó directrices a cumplir en aras del objetivo que desde la casa Castaño habían diseñado, utilizando a quienes fungieron como patrulleros y/o autores materiales, quienes solo tuvieron dominio de la acción específica a ejecutar. Estos, los patrulleros, decidían como asesinar, como secuestrar, como reclutar, pero Alias El Alemán fue quien realmente dominó la organización [...] El dominio lo ejerció Rendón Herrera de manera absoluta, las órdenes fueron más bien directrices; “ejecutar a quienes fueran señalados de subversivos o auxiliadores”⁷¹⁷, “combatir contra la guerrilla”, y no sobre cada una de las conductas de los ejecutores o patrulleros que iban a cumplir esas órdenes, pues ni siquiera se sabía cuál de los integrantes la iba a ejecutar. “El Alemán” tenía la certeza que las directrices impuestas desde la cúpula de su bloque y desde la casa Castaño se cumplirían, así desconociera cuál de sus integrantes lo haría. No necesitó recurrir a la coacción o al engaño para convencer a sus subalternos del cumplimiento de una orden, porque los patrulleros también compartían los objetivos delictivos de la ilegal organización [...] “El Alemán” siempre estuvo en una posición privilegiada y desde allí impartía las órdenes. Aunque tuvo la calidad de comandante de Bloque, y los hermanos Castaño como la cúpula, recuérdese que no hubo una línea jerárquica de dependencia, sino más bien de articulación; esto es que una vez designaban a una persona como comandante y le daban una zona, estos eran

⁷¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Sala de Conocimiento de Justicia y Paz, sentencia en caso contra Fredy Rendón Herrera, alias El Alemán, caso (radicado) núm. 110016000253200782701 de 16 de diciembre de 2011, párr. 399.

autónomos; se trató de una organización confederada. Así las cosas fue Rendón Herrera el jefe máximo de esa ilegal organización denominada Elmer Cárdenas⁷¹⁸.

Cuatro meses más tarde, el 16 de diciembre de 2011, la Sala de Justicia y Paz dictó sentencia en este mismo caso, condenando a “El Alemán” como autor mediano al encontrar probado que:

- (i) Fue un miembro de la cúpula central de las AUC, al tiempo que tenía el dominio sobre el Bloque Elmer Cárdenas y sus respectivos frentes⁷¹⁹; y
- (ii) Trazó directrices a cumplir en aras del objetivo que desde la casa Castaño habían señalado, utilizando a quienes actuaron como patrulleros y/o autores materiales, quienes solo tuvieron dominio de la acción específica a ejecutar⁷²⁰.

Según la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, los miembros de rango inferior del Bloque Elmer Cárdenas (“patrulleros”) dispusieron de un amplio grado de autonomía para determinar “como asesinar, como secuestrar, como reclutar”⁷²¹. Sin embargo, para la Sala, fue “El Alemán” quien “realmente dominó la organización, sin tener que utilizar la coacción o el engaño para convencer a sus subalternos de cumplir las órdenes, pues éstos compartían los objetivos delictivos de la ilegal organización”⁷²².

De esta manera, la Sala de Justicia y Paz de Bogotá, ha aceptado la tesis de que la aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder no requiere la existencia de una orden o instrucción del dirigente para la victimización de una determinada persona. Por el contrario, como cuando en el caso de “El Alemán” nos

⁷¹⁸ Sentencia de primera instancia en el caso El Alemán, párr. 710.

⁷¹⁹ *Ibid.*

⁷²⁰ Sentencia de primera instancia en el caso El Alemán, párr. 399.

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² *Ibid.*

encontramos con una campaña de delitos de lesa humanidad en los que miles de víctimas se ven afectadas, la aplicación de la autoría mediata sólo requiere que el dirigente haya instruido a sus subordinados sobre los lineamientos generales de la campaña (es decir, la comisión de determinados actos de violencia contra un cierto grupo poblacional), sin que sea necesario que el dirigente entregue a sus subordinados el nombre de aquellos individuos contra los que haya que realizar los actos de violencia, ni que apruebe a estos efectos las listas de nombres que le son entregadas por sus subordinados una vez que han identificado a las posibles víctimas. Con ello, la Sala de Justicia y Paz de Bogotá ha seguido la posición adoptada por la CPI en los casos Al Bashir (Sudán), Gaddafi y al Senussi (Libia), Gbagbo (Costa de Marfil), en el caso contra los dirigentes del Frente Unido Revolucionario (RUF), así como en los casos contra las Juntas Militares argentinas o el ex presidente de Perú Alberto Fujimori, por dar sólo algunos ejemplos⁷²³.

⁷²³ OLÁSULO ALONSO, *Tratado de autoría...*, *op. cit.* p. 297.

CAPÍTULO TERCERO; PRINCIPALES FIGURAS DE IMPUTACIÓN A TÍTULO DE AUTOR Y PARTÍCIPE EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL.

I. INTRODUCCIÓN.

En los últimos años, el Derecho penal internacional se ha convertido en una realidad. Desde los años 90 asistimos a una reactivación y desarrollo hasta entonces inimaginable de esta rama del Derecho internacional, impulsada por la creación de los Tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda y la reapertura del proceso de creación de una Corte penal internacional, que se vio completada además por la asunción por diversas jurisdicciones internas, entre ellas la española, del enjuiciamiento de delitos internacionales, fundamentando su competencia especialmente en el principio de jurisdicción universal. Es preciso recordar que en la actualidad están abiertos ante tribunales españoles y de otros países numerosos procesos por crímenes internacionales.

Esta actividad, junto con la firma y ratificación del Estatuto de Roma, ha llevado a numerosas legislaciones internas a incorporar tipos penales, reglas y principios propios del Derecho penal internacional, que en ocasiones eran desconocidos anteriormente en las legislaciones internas. Entre esas reglas y principios nacidos en el ámbito del Derecho penal internacional que se incorporan al derecho penal interno encontramos algunas referidas a la intervención delictiva. No sólo el Estatuto de Roma ha hecho introducir en nuestro Código penal nuevas formas de responsabilidad penal, como la responsabilidad del superior jerárquico, sino que, además, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha ido forjando nuevas figuras o nuevas interpretaciones de

algunas ya conocidas que han tenido influencia en las jurisprudencias nacionales, entre ellas la española.

Un estudio de los criterios utilizados para definir a los autores y partícipes en la jurisprudencia, tanto internacional como nacional, sobre crímenes internacionales demuestra una clara influencia mutua y el trasvase de nuevos conceptos e interpretaciones de una a otra para hacer frente a una forma de delincuencia que se muestra especialmente compleja en materia de intervención delictiva. Los tribunales internacionales se han nutrido de los conceptos de la dogmática penal basados en las regulaciones nacionales, pero con frecuencia los han transformado y desarrollado para hacer frente a la específica problemática que presenta en este terreno el delito internacional y a los fines que en cada caso se planteaba el tribunal. Los tribunales nacionales con frecuencia han asumido explícita o implícitamente esos nuevos desarrollos que acaban creando nuevas formas de imputación.

El Derecho penal internacional se caracteriza, por una parte, por abordar crímenes atroces en cuya comisión intervienen una pluralidad de sujetos generalmente incardinados, a distintos niveles, en organizaciones o estructuras de poder complejas. Por otro lado, esta rama del ordenamiento internacional se caracteriza por una complejidad normativa que ha surgido históricamente de diversas y muy variadas fuentes y que se encuentra en un constante desarrollo, jugando en él un papel muy importante el fenómeno conocido como de fertilización cruzada de jurisprudencias. Aunque la jurisprudencia no es fuente del Derecho, se considera en general en Derecho internacional que las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones son un medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho⁷²⁴, y, aunque no se menciona en el concreto sistema de fuentes

⁷²⁴ Art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

previsto en el Estatuto de Roma, las decisiones de las jurisdicciones estatales pueden constituir la prueba de la práctica estatal, mientras que las de los tribunales internacionales se consideran un argumento de autoridad en la identificación de la costumbre y de los principios generales del Derecho⁷²⁵.

La suma de estos dos fenómenos ha dado como resultado la aparición de nuevas formas de imputación de crímenes o el desarrollo de otras ya conocidas, que se nutre por una parte de figuras propias de las legislaciones, las construcciones doctrinales y las jurisprudencias nacionales, pero a las que la jurisprudencia y el derecho internacional ha hecho evolucionar para dar respuesta a las peculiaridades de la comisión de crímenes internacionales y, en particular, al deseo de encontrar la forma de imputar a los máximos dirigentes los crímenes cometidos por sus subordinados. En este trabajo pretendemos exponer los criterios de imputación de crímenes internacionales por intervención activa a título de autor. Por ello nos detendremos en el tratamiento jurisprudencial de las figuras más emblemáticas: la empresa criminal conjunta (joint criminal enterprise –JCE–), la coautoría por dominio funcional y la coautoría mediata por aparatos de poder jerarquizados. Trataremos también la responsabilidad por omisión que incluye la responsabilidad del superior jerárquico. Nos detendremos especialmente en la jurisprudencia del Tribunal *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y en las decisiones de la Corte Penal Internacional.

II. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE CRÍMENES INTERNACIONALES

1. La Empresa Criminal Conjunta (*JOINT CRIMINAL*

⁷²⁵ HENCKAERTS, J.M. Y DOSWALD-BECK, L., Customary International Humanitarian Law (Cambridge: CUP, 2005), citado por CRYER, R., “Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study”, en [HTTP://EPRINTS.BHAM.AC.UK/165/1/ICRC_STUDY_-_R._CRYER.DOC](http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC_STUDY_-_R._CRYER.DOC). *Vid.* También *Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para. 289.

ENTERPRISE -JCE-⁷²⁶).

1.1. Origen

La figura de la empresa criminal conjunta proviene del derecho anglosajón⁷²⁷, aunque tal y como aquí vamos a estudiarla ha sido una creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY)⁷²⁸. En realidad esta figura no se encuentra mencionada de manera expresa en el art. 7 del Estatuto del TPIY⁷²⁹. A pesar de ello el TPIY consideró que la figura se encontraba implícita en dicho artículo, como una forma de “comisión” del crimen⁷³⁰, argumentando que proviene de la jurisprudencia relativa a la segunda guerra mundial y que está claramente establecida en el derecho internacional consuetudinario. La doctrina, sin embargo, rechaza mayoritariamente la afirmación de que la JCE sea una figura existente en la costumbre internacional y algunos autores han concluido que por tanto esta figura infringiría el principio de legalidad y sería además contraria al principio de responsabilidad

⁷²⁶ Sobre esta figura extensamente *Vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ M., “La doctrina de la “empresa criminal conjunta” en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia”, en MUÑOZ CONDE, F., (coord.) *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, 2008, pp. 1089-1110, y la misma autora, “Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?” en GIL GIL, A. Y MACULAN, E., (Coords.), *Dykinson*, Madrid, 2013, pp. 413-467. *Vid.* Asimismo GIL GIL, A., “Principales figuras de imputación a título de autor y partícipe en Derecho penal internacional: Empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, Época II, mayo, 2013, pp. 112-118.

⁷²⁷ La figura se conoce en Inglaterra y Gales o en Australia, sin que haya acuerdo en su naturaleza y contenido en estos países. Así, por ejemplo, se discute si es una forma de autoría (postura australiana y también del TPIY), una forma de participación que seguiría las mismas reglas que *aiding and abetting* (postura británica) o algo distinto. Según la versión que la trata como una forma de intervención delictiva debería distinguirse después entre aquellos participantes en la JCE que han realizado actos ejecutivos, que deben ser castigados como autores y los que no, considerados partícipes accesorios.

⁷²⁸ La figura nace en la sentencia de la Cámara de Apelación en el caso *Tadic*, *vid.* ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999. Así también WERLE, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 293, nota 975.

⁷²⁹ Artículo 7. Responsabilidad penal individual. 1. La persona que haya planeado, instigado u ordenado la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

⁷³⁰ ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras. 187 y ss.

individual que consagra el Estatuto del TPIY⁷³¹. Lo que ocurre es que al remitirse a la jurisprudencia posterior a la segunda guerra mundial el Tribunal acude a sistemas que manejaban un criterio unitario de autor⁷³², incompatible por tanto con la concepción acogida por el moderno derecho penal internacional⁷³³ y por la mayoría de los derechos nacionales actuales.

La propia sentencia Tadic hizo pensar a la doctrina⁷³⁴ que el TPIY había adoptado un modelo de responsabilidad monista acorde con el precedente histórico al que se remitía⁷³⁵. Sin embargo, el Tribunal para la antigua Yugoslavia ha afirmado posteriormente que el derecho penal internacional adopta un sistema dualista que distingue entre autoría y participación y que también su Estatuto lo hace⁷³⁶, lo que desde luego no quedaba en absoluto claro en la sentencia Tadic⁷³⁷. Esta afirmación debería haberle llevado a rechazar acudir a una jurisprudencia que se basa en el principio contrario y por lo tanto resulta inservible. En cambio el Tribunal nos deja

⁷³¹ La doctrina mayoritaria niega que la JCE tal y como la define el tribunal forme parte de la costumbre internacional y critica además la forma en la que el tribunal llega a tal conclusión, sin hacer un análisis de la práctica y la *opinio iuris* de los Estados. *Vid.*, con ulteriores citas GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la “empresa criminal conjunta”, *op. cit.*, p. 1103, AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, nota 79. En realidad el empeño en buscar precedentes en los juicios posteriores a la segunda guerra mundial para justificar la supuesta naturaleza consuetudinaria de la JCE había llevado al tribunal a un aparente concepción monista de la intervención delictiva –así también OLÁSULO ALONSO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, en *InDret*, 3/2009, pp. 4–5.

⁷³² Aunque la imputación como autor sobre la base del plan común proviene de la jurisprudencia de la segunda guerra mundial, lo cierto es que en aquel entonces, en realidad, no se distinguía autoría y participación. El Estatuto de Londres no distinguía autoría de participación, como tampoco lo hacía la Ley n. 10 del Consejo de Control Aliado. Se manejó en general un concepto unitario de autor. Los tribunales alemanes, aunque sí pretendían distinguir, llegaron a soluciones similares a través de un concepto subjetivo de autor—. Critica también por otros motivos el dudoso valor de los precedentes citados por el tribunal OHLIN, J.D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), pp. 75 y ss.

⁷³³ El moderno Derecho penal internacional pretende distinguir autores de partícipes y castigar a cada uno según su forma de intervención. Sobre esta evolución plasmada ya en los proyectos de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991 y 1996, *vid.* El art. 25 del Estatuto de Roma (ER).

⁷³⁴ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la “empresa criminal conjunta”, *op. cit.*, p. 1092, nota 12.

⁷³⁵ Lo que sirve al TPIY para afirmar que la JCE existe en la costumbre internacional, eligiendo como prueba de tales precedentes ICTY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No.: -94-1-A, Judgment, 15 July 1999, paras. 194 y ss.

⁷³⁶ *The Prosecutor v Milan Milutinovic et al*, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction, 21 May 2003, paras. 20, 31.

⁷³⁷ Véase OLÁSULO ALONSO, “Reflexiones sobre la Doctrina...”, *op. cit.*, p. 4.

aquí un ejemplo dramático de la llamada fertilización cruzada⁷³⁸, en su versión o enfoque “silvestre”⁷³⁹.

Con posterioridad la figura ha sido aplicada también por otros tribunales internacionales, aunque también en los últimos años se han producido algunas decisiones que rechazan al menos algunas de las formas de JCE⁷⁴⁰.

1.2. Descripción y elementos

La doctrina de la JCE exige una pluralidad de personas que se pongan de acuerdo para la ejecución de un plan común dirigido a la comisión de delitos o que, al menos, la comisión de dichos delitos sea el medio elegido para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común⁷⁴¹.

A través de la JCE los tribunales *ad hoc* han establecido la responsabilidad penal en tres supuestos o sub-categorías⁷⁴²:

Variante básica: Aquél en quien se pruebe acuerdo de voluntades (expreso o

⁷³⁸ Véase sobre la fertilización jurisprudencial cruzada (*jurisprudential cross-fertilization*) DELMAS-MARTY, M., The Contribution of comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law”, en *J Int Criminal Justice*, 1 (1), 2003, pp. 13-25, la misma, “Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional” accesible en http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVISTA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.-MIREILLE%20DELMAS.PDF.

⁷³⁹ El término fue acuñado por CASSESE, A., “La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales” en CASSESE Y DELMAS-MARTY, (Eds.) en *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004, p. 196 y ss.– para referirse al uso defectuoso, selectivo o interesado de la jurisprudencia ajena, contrario al “enfoque erudito” que exigiría de estudios doctrinales sobre la jurisprudencia y sobre los principios fundamentales del derecho penal, así como sobre el derecho comparado y derecho penal internacional, en especial sobre el contenido real de la tan invocada costumbre internacional en cada momento histórico, que sirvan de base a los tribunales para la correcta utilización de la jurisprudencia ajena. Sobre este tema véase también GIL GIL, A., “La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de Derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena” en *Revista de Derecho penal*, no extraordinario, 2012, pp. 111 y ss.

⁷⁴⁰ Principalmente por el TPIR y también en algunas decisiones del Tribunal Especial para Sierra Leona. En detalle sobre esta jurisprudencia BOAS, G., BISHOFF, J. L., REID, N.L., *International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2008, p. 7 y ss.

⁷⁴¹ Con detalle y ulteriores citas jurisprudenciales OLÁSULO ALONSO, “Reflexiones sobre la Doctrina...”, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

⁷⁴² Con detalle y ulteriores citas jurisprudenciales BOAS, BISHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner, op. cit.*, p. 7 y ss.

tácito, anterior o coetáneo), una contribución –de cualquier clase, pero significativa⁷⁴³– a la consecución del plan común y dolo directo respecto de la ejecución del hecho, forma parte de la empresa criminal común y responde, con independencia de la importancia objetiva de la contribución, como coautor de cualquier delito cometido por otro miembro dentro de la empresa común.

Variante sistémica: La JCE incluye también los supuestos en que el sujeto participa en el mantenimiento de campos de concentración u otros sistemas de maltrato a través de los cuales se cometen los delitos, conociendo dicho sistema y con la intención de favorecerlo.

Variante amplia: Y todo miembro del acuerdo también será responsable a título de autor de cualquier otro delito cometido por cualquier otro miembro de la empresa, aunque ese otro delito no formara parte del plan (supuestos de exceso respecto del plan común), siempre que su comisión fuera una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común⁷⁴⁴. Para poder aplicar esta variante amplia debe encontrarse siempre entre los delitos imputados alguno que sí forme parte del plan común⁷⁴⁵.

Además el TPIY ha extendido la responsabilidad de los miembros de la JCE a los hechos cometidos por no miembros siempre que los mismos hayan sido “utilizados” por un miembro de la JCE para la consecución del plan común⁷⁴⁶. E incluso en la variante amplia, ha afirmado que no es necesario para el interviniente en la empresa criminal conjunta actuar con el propósito específico exigido por un determinado tipo penal (por ej. el genocidio) para responder de este delito, bastando con que la comisión

⁷⁴³ ICTY, Trial Chamber, Kvočka et al. – Judgement, 2 Nov 2001, para. 309.

⁷⁴⁴ Sobre la evolución de este requisito, inicialmente descrito con menor exigencia de probabilidad, y definido en ocasiones como previsibilidad objetiva, otras como objetiva y subjetiva, véase BOAS, BISHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner*, op. cit., pp. 68 y ss.

⁷⁴⁵ *The Prosecutor v Monćilo Krajićnik*, Judgment, 27 Sep 2006, para. 1096.

⁷⁴⁶ *Prosecutor v. Momćilo Krajićnik Appeals Chamber Judgement*, 17 March 2009, para. 235, *Brđanin Appeal Judgement*, para. 413.

del mismo fuera una consecuencia previsible⁷⁴⁷.

La figura de la JCE fue la preferida del TPIY para la imputación de crímenes a los dirigentes, lo que en opinión de la doctrina habría permitido a los jueces obviar los escollos de prueba que se plantean en la búsqueda de la responsabilidad individual en casos tan complejos, donde en ocasiones ni siquiera se ha podido identificar al ejecutor⁷⁴⁸. El hecho de que la “contribución significativa” (elemento objetivo) no se exija para el crimen concreto sino para el plan común⁷⁴⁹, definido de una manera mucho más amplia y vaga que los elementos de los crímenes⁷⁵⁰ y que se relaje incluso a una mera aprobación por omisión⁷⁵¹, no exigiéndose siquiera la presencia del acusado en el lugar y momento de comisión del delito, puede conducir, si no se fundamentan con mayor cuidado ulteriores requisitos, a una responsabilidad por el estatus, saltándose, sin embargo, los criterios de la figura de la responsabilidad del superior jerárquico, o a una responsabilidad por asociación que infringiría los principios de responsabilidad por el hecho propio y de culpabilidad individual, afirmados por el propio Tribunal⁷⁵².

La cuestión se complica más si cabe por la ausencia de criterios claros y restrictivos para definir el propósito criminal de la empresa⁷⁵³ o la previsibilidad de los

⁷⁴⁷ *Brdanin* Appeal Judgement, 19/03/2004, marg 6. Crítica HAAN, V., “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *International criminal law review*, 5, 2005, p. 200, quien afirma que ello va contra la idea de que la JCE es una forma de autoría y no de participación accesoria. Sin embargo el partícipe, en contra de lo que parece sugerir esta autora, debe actuar con el elemento subjetivo exigido en el tipo. Aunque personalmente entiendo que el genocidio no excluye el dolo eventual –véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 258 y ss.

⁷⁴⁸ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la “empresa criminal conjunta”, *op. cit.*, p. 1097.

⁷⁴⁹ ICTY, Appeals Chamber, *Vasiljević*, Judgement, 25 Feb 2004, para. 102: “(i) The aider and abettor carries out acts specifically directed to assist, encourage or lend moral support to the perpetration of a certain specific crime (murder, extermination, rape, torture, wanton destruction of civilian property, etc.), and this support has a substantial effect upon the perpetration of the crime. By contrast, it is sufficient for a participant in a joint criminal enterprise to perform acts that in some way are directed to the furtherance of the common design”.

⁷⁵⁰ HAAN, *op. cit.*, 2005, p. 174.

⁷⁵¹ ICTY, Trial Chamber, *Kvočka et al.* – Judgement, 2 Nov 2001, para. 309.

⁷⁵² GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la “empresa criminal conjunta”, p. 1104, con ulteriores citas.

⁷⁵³ La empresa criminal se ha definido de manera cada vez más amplia y así el pro-pósito común ha llegado a definirse como la intención de expulsar a los no serbios de determinados territorios de modo

crímenes que no son objeto del propósito común⁷⁵⁴.

1.3. Aplicación de la figura por otros Tribunales Internacionales.

La doctrina de la JCE ha encontrado también apoyo, e incluso en alguna ocasión rechazo, en las sentencias de otros tribunales internacionales, a los que se alude de forma breve a continuación. En ocasiones, como se comprobará, los requisitos establecidos por el TPIY han sido objeto de una reinterpretación⁷⁵⁵.

1.3.1. Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) es asimismo un tribunal *ad hoc* constituido por Naciones Unidas. El artículo 6.1 del Estatuto del TPIR contiene una redacción idéntica a la del artículo 7.1 del Estatuto del TPIY. La figura de la JCE no ha sido utilizada con tanta frecuencia por el TPIR como lo fue por el TPIY, aunque también ha considerado que podía ser aplicada en el ámbito del Estatuto y ha fundamentado en algunos casos la responsabilidad de los acusados en esta figura⁷⁵⁶.

Así, el TPIR consideró en el caso “Rwamakuba” que la responsabilidad basada en una JCE puede aplicarse a todos los delitos contemplados en el Estatuto, incluso al genocidio, pues esta figura era reconocida por el Derecho internacional consuetudinario antes del año 1992, tal y como se desprende de la sentencia del caso “Tadić”⁷⁵⁷. También en el caso “Karemera et al.”, el Tribunal consideró que la JCE III era aceptada en el Derecho internacional consuetudinario en 1994 y que no existe una

que cualquier actuación tendente a conseguir este objetivo haría responder a los intervinientes de todos los crímenes cometidos con el mismo fin -Gutiérrez Rodríguez, 2008, p. 1106-1107.

⁷⁵⁴ Con detalle sobre los elementos objetivos y subjetivos de la JCE según la jurisprudencia internacional véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la “empresa criminal conjunta”, *op. cit.*, p. 1095 y ss. Sobre las diversas fórmulas para describir la previsibilidad de la comisión de crímenes y la indeterminación de las mismas véase BOAS, BISHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner*, *op. cit.*, p. 70 y ss.

⁷⁵⁵ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint Criminal Enterprise...”, *op. cit.* p. 436.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ ICTR, “Decision on Interlocutory Appeal Regarding Application of Joint Criminal Enterprise to the Crime of Genocide”, 22.10.2004.

limitación geográfica, de modo que esta categoría de responsabilidad penal puede abarcar crímenes cometidos en una empresa criminal conjunta amplia, refiriéndose a supuestos en los que los crímenes cometidos se encuentran estructural y geográficamente alejados del acusado; reconoce, no obstante, que para valorar la “previsibilidad” la distancia (estructural o geográfica) es importante⁷⁵⁸.

El TPIR fundamentó en la forma básica de JCE la condena por genocidio y exterminio del acusado *Simba*, soldado profesional y miembro del parlamento ruandés, por su intervención en masacres contra los fugitivos tutsi en varios puntos del sur de Ruanda, al entender que su presencia física en el lugar de los hechos y la distribución de armas para la ejecución de las muertes demuestran la existencia de un dolo común (*shared intent*)⁷⁵⁹.

La Sala de Apelaciones confirmó la condena y destacó además que para hacer responsable al acusado aplicando la JCE no es preciso que éste haya intervenido en la planificación de la empresa común⁷⁶⁰.

En los casos “Gacumbitsi” y “Seromba”, el TPIR acoge un concepto amplio del término “comisión” (*committing*) y considera que junto a la ejecución física, también engloba la intervención en una empresa criminal conjunta y la omisión culpable de una acción⁷⁶¹. En estas sentencias se pone de manifiesto que la naturaleza de la aportación del interviniente en una JCE es discutida, contando con opiniones separadas de varios

⁷⁵⁸ ICTR, “Decision about jurisdiction and JCE”, 12.04.2006, paras 11-18.

⁷⁵⁹ ICTR, TC, *Prosecutor v. Semba*, ICTR-01-76, Judgment, 13.12.2005, paras 397 y ss. Muy crítico con estos pronunciamientos, LYONS, B., (co-defensor del acusado), “Tortured Law/Tortured Justice –Joint Criminal Enterprise in the Case of Aloys Simba”, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, n° 17, 2010-2011, pp. 459-471.

⁷⁶⁰ ICTR, AC, *Prosecutor v. Semba*, ICTR-01-76, Judgment, 27.11.2007, para 250.

⁷⁶¹ ICTR, AC, *Prosecutor v. Gacumbitsi*, ICTR-01-64, Judgment, 07.07.2006, para 158; ICTR, AC, *Prosecutor v. Seromba*, ICTR-2001-66, 12.03.2008, para 161.

magistrados del Tribunal al respecto⁷⁶².

1.3.2. *Tribunal Especial para Sierra Leona.*

El Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL o SCSL, según las siglas en inglés) fue establecido en el año 2002 para castigar a los máximos responsables de las violaciones del Derecho humanitario internacional y de la ley interna cometidas en Sierra Leona desde el 30 de noviembre de 1996 (art. 1 Estatuto). El artículo 6.1 de su Estatuto es del mismo tenor literal que el art. 6.1 del Estatuto del TPIR⁷⁶³.

La JCE ha sido utilizada por el TESL para condenar a los acusados en la mayoría de los enjuiciamientos que ha llevado a cabo: en tres de ellos se juzgaba a los líderes de los tres grupos armados que actuaron durante la guerra civil en Sierra Leona –*Civil Defence Forces* (CDF), *Revolutionary United Front* (RUF), *Armed Forces Revolutionary Council* (AFRC)– y en el cuarto al ex presidente de Liberia, Charles Taylor⁷⁶⁴.

Las acusaciones de la Fiscalía se basaron en la existencia de una JCE o plan común que consistía en “llevar a cabo las acciones necesarias para ganar y ejercitar poder político y control sobre el territorio de Sierra Leona, en especial las áreas con minas de diamantes”. La propia Fiscalía señalaba además que “los crímenes objeto de la acusación, incluyendo homicidios, desapariciones, trabajos forzados, violencia física o sexual, uso de niños soldado, así como saqueos y quema de instalaciones civiles, eran bien acciones previstas dentro de la empresa criminal o consecuencias razonablemente

⁷⁶² Vid. la opinión separada del magistrado Schomburg, quien propone aplicar la teoría del dominio del dominio del hecho para definir las formas de autoría y la opinión parcialmente discrepante del magistrado Güney, quien critica que la mayoría acoja un concepto distinto de “comisión” al que habían aplicado hasta entonces, sin fundamento alguno; sentencia de apelación del caso “Gacumbitsi”, pp. 100 y ss. Igualmente, la opinión discrepante del magistrado Liu en la sentencia de apelación del caso “Seromba”, pp. 88 y ss.

⁷⁶³ El Estatuto puede consultarse en <http://www.scsl.org/LinkClick.aspx?ileticket=uClnd1MJeEw%3D&>

⁷⁶⁴ GUTIERREZ RODRÍGUEZ, “Joint Criminal Enterprise: ¿Una especie en vías...”, *op. cit.* p. 437.

previsibles de la empresa criminal conjunta”⁷⁶⁵.

Aunque inicialmente la Sala de Enjuiciamiento consideró que la descripción realizada por la acusación de la JCE no era correcta porque el propósito de la empresa criminal no era una actividad inherentemente criminal⁷⁶⁶, la Sala de Apelaciones revocó la sentencia al considerar que el acuerdo es inherentemente criminal tanto si la comisión de alguno de los crímenes previsto en el Estatuto es el objetivo del plan como si éstos son “contemplados” (*contemplated*) como medios para conseguir el objetivo⁷⁶⁷. De esta forma, aunque el objetivo de conseguir el control sobre una parte del territorio no constituya en sí un crimen previsto en el Estatuto, las acciones contempladas como medio para ello sí lo eran⁷⁶⁸.

La sentencia de la Sala de Enjuiciamiento del caso “RUF” condenó a los líderes de este grupo rebelde (*Sesay, Kallon y Gbao*) por los crímenes cometidos en todo el país como parte de una JCE partiendo de la misma acusación. El Tribunal consideró que aunque el objetivo de tomar el control de Sierra Leona no fuera criminal, se pretendía (*intended*) implementar a través de la comisión de crímenes previstos en el Estatuto⁷⁶⁹. Respecto al acusado *Gbao*, en lo referente a su imputación subjetiva, se considera probado que solo pretendió cometer los crímenes que tuvieron lugar en uno de los distritos de Sierra Leona, pero no en el resto (*did not share the intent of the principal perpetrators*). Sin embargo, la condena abarca todos, sobre la base de JCE I (respecto a los crímenes objeto del acuerdo que pretendió cometer) y JCE III (respecto de los crímenes cometidos en otros distritos, porque de forma voluntaria aceptó el riesgo de que estos crímenes se cometieran por otros miembros de la JCE en la consecución del

⁷⁶⁵ *Ibid.*

⁷⁶⁶ SCSL, TC, *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, caso 16 (“caso RUF”), 29.06.2007, paras 56-85 y 66-70.

⁷⁶⁷ SCSL, AC, *Prosecutor v. Brima, Kamara, Kanu*, caso 16, 22.02.2008, para 80.

⁷⁶⁸ GUTIERREZ RODRÍGUEZ, “Joint Criminal Enterprise: ¿Una especie en vías...”, *op. cit.* p. 438

⁷⁶⁹ SCSL, TC, *Prosecutor v. Sesay, Kallon y Gbao*, caso 15 (“caso AFRC”), 02.03.2009.

plan común)⁷⁷⁰. La condena fue confirmada por mayoría simple (3 votos frente a 2) por la Sala de Apelaciones⁷⁷¹.

Finalmente, el TESL, en la reciente sentencia de primera instancia en el caso “Taylor” condena al ex presidente de Liberia como partícipe (colaboración y planificación) en los crímenes cometidos contra la población civil de Sierra Leona, como consecuencia del suministro de armas y municiones a los grupos AFRC y RUF a cambio de diamantes y su continuado consejo para que ocuparan la zona de diamantes (Kono)⁷⁷². El Tribunal considera que no es aplicable la figura de la JCE en este caso al no haber quedado acreditada la existencia de una empresa común para aterrorizar a la población civil de Sierra Leona, sino más bien una relación bilateral (*quid pro quo*) entre el acusado y el RUF⁷⁷³. En cualquier caso, resulta interesante destacar que exige como elementos de la JCE un acuerdo común que incluya o implique la comisión de los crímenes y una contribución significativa al propósito común⁷⁷⁴ y que no considera aplicable la JCE III en crímenes que exigen un ánimo especial, como el terrorismo⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ La sentencia cuenta con una opinión separada de la magistrada Boutet, que expresa sus dudas sobre si *Gbao* participó dolosamente en la JCE y considera que su intervención no fue significativa.

⁷⁷¹ SCSL, AC, *caso RUF*, cit. No obstante, ha originado una gran controversia y cuenta con una opinión separada de la magistrada Fisher, quien considera que la condena se basa en una argumentación circular y peligrosa, que elimina el requisito de un propósito criminal común compartido y que castiga al acusado por crímenes que no tuvo intención de cometer, a los que no contribuyó de forma significativa y que no eran una consecuencia razonablemente previsible. En efecto, la doctrina ha criticado que la aplicación de la JCE por el TESL conduce a una división del acuerdo o propósito común en dos niveles: la consecución de un objetivo no criminal (nivel 1) y la comisión de crímenes internacionales como medio (nivel 2). Respecto a la imputación subjetiva, se corre el riesgo de entender que quien conoce y quiere el objetivo del primer nivel lo hace también respecto de la utilización de los medios criminales y que si esto no sucede de forma directa, sí indirectamente al ser considerados una consecuencia previsible. Mientras que en la jurisprudencia del ICTY para poder aplicar JCE III era preciso probar que el acusado compartía la intención de cometer los crímenes acordados en JCE I (aunque fuera como medios inherentes a la consecución del objetivo propuesto), la nueva interpretación del TESL parece introducir un nuevo matiz, saltándose este requisito al permitir que los crímenes no fueran necesariamente acordados, sino sólo contemplados, es decir, previsibles. Vid., EASTERDAY, J., “Obscuring Joint Criminal Enterprise Liability: The Conviction of Augustine Gbao by the Special Court of Sierra Leona”, en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 3, 2009, pp. 40-42; JORDASH, W., VAN TUYL, P., “Failure to Carry the Burden of Proof”, en *JICJ*, vol. 8, 2010, pp. 599-608; también crítico, METTRAUX, G., “Joint Criminal Enterprise has Grown Another Tentacle!”, en *The International Law Bureau*, 18 de noviembre de 2009. <http://www.internationallawbureau.com/index.php/author/guenael-mettraux/>

⁷⁷² SCSL, TC, *Prosecutor v. Taylor*, Judgment, 18.05.2012.

⁷⁷³ *Ibid.*, para 6904.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, paras 463 y 6897.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, para 468.

Aun así, entiende que la pena aplicable debe ser elevada, entre otras cosas, por tratarse de una persona con un estatus especial como presidente de un Estado que debió dar ejemplo en la persecución de crímenes y, sin embargo, defraudó la confianza pública⁷⁷⁶.

1.3.3. Salas Especiales en los Tribunales de Camboya.

Las denominadas Salas Especiales de los Tribunales de Camboya (SETC o ECCC, según las siglas en inglés) son un tribunal que se inserta dentro de la estructura judicial del país, instaurado a través de un acuerdo entre las Naciones Unidas y el gobierno camboyano en el año 2002 para juzgar los crímenes cometidos por los jemes rojos⁷⁷⁷. Este Tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la JCE. El Tribunal ha llevado a cabo dos enjuiciamientos de diversos oficiales: el caso 01 frente a *Kaing Guek Eav* (alias *Dutch*) y el caso 02 frente a otros cuatro acusados (*Nuon Chea, Ieng Sary, Ieng Thirith* y *Khieu Samphan*)⁷⁷⁸.

En el mes de julio de 2008 la defensa de uno de los acusados presentó una impugnación en la que defendía que la aplicación de la doctrina de la JCE, teniendo en cuenta que no se encuentra expresamente prevista en la ley que estableció el Tribunal ni en el derecho camboyano, ni tampoco reconocida como derecho consuetudinario internacional en el momento en el que sucedieron los hechos (1975-1979), supondría una violación del principio *nullum crimen sine legem*⁷⁷⁹. La Oficina de los Co-Jueces de

⁷⁷⁶ SCSL, TC, *Taylor*, Sentencing Judgement, 30.05.2012, paras 100-103: la pena de prisión impuesta fue de 50 años.

⁷⁷⁷ Más referencias en www.eccc.goc.kh/english.

⁷⁷⁸ GUTIERREZ RODRÍGUEZ, “Joint Criminal Enterprise: ¿Una especie en vías...”, *op. cit.* p. 439.

⁷⁷⁹ Las impugnaciones fueron presentadas por Karnavas (codefensor del acusado Ieng Sary). La decisión del Tribunal a la que se alude en el texto ha sido polémica. Mientras que SCHEFFER, D., DINH, A., “The Pre-Trial Chamber’s Significant Decision on Joint Criminal Enterprise for Individual Responsibility”, en *Cambodia Tribunal Monitor*, 3 de junio de 2010 (http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_scheffer_dinh_jce_commentary_3_june_2010.pdf), consideraron que la decisión era inconsistente, el magistrado SCHOMBURG, W., “Jurisprudence on JCE – Revisiting a Never Ending Story”, en *Cambodia Tribunal Monitor*, 3 de junio de 2010 (http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_blog_6_1_2010.pdf) la estimó acertada. Respecto a la críticas recibidas se pronunció KARNAVAS, M.K., “Joint Criminal Enterprise at the ECCC. A critical analysis of two divergent commentaries on the Pre-Trial Chamber’s

Instrucción dictó una resolución en la que defendió la posible aplicación de la JCE a los hechos objeto de investigación⁷⁸⁰. Tras el correspondiente recurso, la Sala de Pre-Enjuiciamiento llevó a cabo un análisis completo de la JCE (a fin de comprobar si la figura existía en la ley aplicable o en el derecho internacional consuetudinario y si podía ser conocida por los acusados en el momento de comisión de los hechos, para no llevar a cabo una aplicación retroactiva de la norma penal), tras el que concluyó que las categorías I y II de JCE podían ser aplicadas por el Tribunal, pero no la JCE III, porque ni los textos legales ni los casos que fueron citados por el TPIY en la sentencia de apelación del caso “Tadić” en apoyo del reconocimiento de esta figura en el derecho internacional consuetudinario, ofrecen suficiente prueba sobre su existencia en 1975-79⁷⁸¹.

Posteriormente, en este mismo asunto otra Sala de Enjuiciamiento ha corroborado esta posición estableciendo, además, que tampoco puede considerarse que nos encontremos ante un principio general de derecho, pues tras analizar la regulación de varios ordenamientos nacionales considera que no existe la suficiente uniformidad para afirmar que se trate de una figura (JEC III) reconocida con carácter general⁷⁸². Esta misma decisión, al analizar si la acusación basada en la JCE goza de la suficiente precisión, señala que el plan común no tiene que ser necesariamente de naturaleza criminal siempre que se contemple la comisión de delitos como medio para conseguir el

decision against application of JCE”, en *Criminal Law Forum*, vol. 21, diciembre de 2010, pp. 445-494; le siguen, MARSH, M. P./RAMSDEN, L., “Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to *Tadić*” en *International Criminal Law Review*, 2011, pp. 152-153. Más información en WATKINS, J.L., DEFALCO, R.C., “Joint Criminal Enterprise and the Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia”, en *Rutgers Law Review*, vol. 63, 2010-2011, pp. 193 y ss., y GUSTAFSON, K., “ECCC tackles JCE”, en *JICJ*, vol. 8, 2010, pp. 1323 y ss.

⁷⁸⁰ ECCC, “Resolución sobre la aplicación por el ECCC de la forma de responsabilidad conocida como empresa criminal conjunta”, 09.12.2009.

⁷⁸¹ ECCC, “Decisión sobre la apelación frente a la resolución de los co-jueces de instrucción sobre la empresa criminal conjunta”, 20.05.2010. En este sentido se pronunciaba también el *Amicus Curiae* de AMBOS, K., “Amicus Curiae Brief in the matter of the Co-prosecutors’ Appeal of the Closing Order against Kaing Guek Eav “Duch” dated 8 August 2008”, en *Criminal Law Forum*, 2009, pp. 385-388.

⁷⁸² ECCC, “Decisión sobre la aplicabilidad de la empresa criminal conjunta”, 12.09.2011, para 37.

objetivo⁷⁸³.

Por otra parte, la Sala de Enjuiciamiento emitió su sentencia sobre el caso 01, en la que condena a *Dutch* como autor, mediante la aplicación de la JCE II, por haber dirigido durante más de tres años el centro de detención S-21, que fue considerado un sistema de maltrato dedicado a torturar y ejecutar a supuestos opositores políticos⁷⁸⁴. Desde un punto de vista objetivo, se afirma que el acusado contribuyó de forma sustancial a su instauración y desarrollo y, desde un punto de vista subjetivo, que conocía la naturaleza criminal del sistema y actuó con la intención de favorecerlo y de discriminar a los detenidos por sus ideas políticas⁷⁸⁵. La sentencia ha sido confirmada por la Sala del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2012.

1.3.4. *Alto Tribunal de Irak.*

El 10 de diciembre de 2003 se aprobó el Estatuto de constitución del Tribunal Especial Iraquí, cuyo nombre fue posteriormente modificado por el de Alto Tribunal de Irak cuando en 2005 pasó a formar parte del sistema judicial iraquí. El propósito del Tribunal era juzgar a nacionales iraquíes por determinados crímenes cometidos entre el 17 de julio de 1968 y el 1 de mayo de 2003. El artículo 15 de su Estatuto, regulador de las formas de intervención, tiene el mismo tenor literal que el artículo 25 del Estatuto de Roma⁷⁸⁶.

En el denominado caso “Al Dujail”, ocho personas fueron acusadas por los hechos ocurridos en los años 80, cuando un grupo de personas intentó asesinar a Saddam Hussein en esta localidad⁷⁸⁷. Como respuesta y siguiendo las órdenes de

⁷⁸³ *Ibid.*, para 17, citando entre otros los pronunciamientos analizados del TESL.

⁷⁸⁴ ECCC, TC, *caso 01*, Judgment, 26.07.2010, para 514.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, paras 514-515.

⁷⁸⁶ El Estatuto puede consultarse en <http://www.hrcr.org/hottopics/statute/>

⁷⁸⁷ La sentencia de primera instancia fue emitida en noviembre de 2006; una traducción no oficial al inglés está disponible en <http://law.case.edu/saddamtrial/dujail/opinion.asp>. La Sala de Apelaciones

Saddam Hussein, Barzan Ibrahim Al-Hasan y Taha Yassin Ramadan, varias unidades militares iraquíes entraron en Al Dujail de forma violenta, matando y destrozando propiedades. Aproximadamente 150 personas fueron arrestadas, encarceladas y torturadas. Tras un juicio sumario fueron condenadas a muerte por el juez *Al-Bandar*. *Saddam Hussein* ratificó la sentencia y 148 personas fueron ejecutadas. Junto a estos cuatro acusados (altos dirigentes) se acusó a otros cuatro oficiales menores, que fueron condenados como autores o como cómplices según los casos. La doctrina de la JCE fue utilizada por el Tribunal para condenar a los acusados de mayor rango⁷⁸⁸.

En efecto, el Tribunal consideró que cada uno de los otros cuatro acusados había contribuido a una empresa criminal conjunta⁷⁸⁹. Precisamente el carácter oficial de los puestos que desempeñaban (presidente, jefe del servicio de inteligencia, vicepresidente y comandante general del ejército popular y juez presidente del tribunal revolucionario) sirve al Tribunal para imputarles su intervención en una JCE de la segunda categoría, lo que junto con la emisión de órdenes, la emisión de la condena a muerte o la ratificación de la sentencia, sirven de base, respecto a cada uno de los acusados, para la condena⁷⁹⁰. La sentencia contiene algunos razonamientos cercanos a la responsabilidad del superior, pero finalmente fundamenta la responsabilidad en la JCE II e infiere el elemento subjetivo necesario para la comisión de los crímenes del

confirmó todas las condenas mediante una breve decisión el 26.12.2006, lo que ha suscitado dudas sobre el respeto del principio de doble instancia; sobre este aspecto y otros errores de la sentencia, BHUTA, N., "Fatal Errors. The Trial and Appeal Judgments in the Dujail Case", en *JICJ*, vol. 6, no 1, 2008, pp. 39 y ss. El 30 de diciembre de 2006 el ex presidente *Sadam Hussein* fue ejecutado mediante ahorcamiento. Los otros tres acusados principales también fueron condenados a muerte y ejecutados posteriormente.

⁷⁸⁸ GUTIERREZ RODRÍGUEZ, "Joint Criminal Enterprise: ¿Una especie en vías...", *op. cit.* p. 441.

⁷⁸⁹ El Tribunal manifiesta haber llegado a la conclusión de que existía una conspiración o trama conjunta para cometer crímenes contra la humanidad, pues los miembros del partido pretendían mantenerse en el poder mediante la aniquilación de los adversarios políticos y de todas aquellas personas de las que tuvieran dudas sobre su lealtad al régimen (pp. 36-38 del 3^{er} archivo de la traducción al inglés).

⁷⁹⁰ Principalmente de su posición de autoridad dentro del sistema extrae el Tribunal la convicción de que conocían y querían apoyar la empresa criminal, aunque también se alude a las actuaciones concretas de cada uno de los acusados que llevaron a la muerte de las víctimas y la comisión del resto de crímenes contra la humanidad (firma de la sentencia de muerte, dirección de las detenciones y de los interrogatorios en los que se cometieron torturas, firma del decreto confirmatorio de la condena, confiscación de tierras, etc.). Finalmente se condena a todos los acusados por los distintos crímenes.

cargo oficial que ostentaba cada uno de los acusados dentro del sistema, junto a su propia contribución en apoyo del mismo⁷⁹¹.

1.4. *Crítica.*

La figura de la JCE ha sido duramente criticada tanto por la doctrina continental como por la del *common law*. Las variantes básica⁷⁹² y sistémica plantean el problema de diluir los límites entre autoría y participación en detrimento de esta última, pues no olvidemos que la JCE se concibe como una forma de autoría y no de participación accesoria⁷⁹³, pero sin distinguir para su afirmación según la importancia objetiva de la contribución⁷⁹⁴. La variante amplia es contraria a los principios de legalidad, culpabilidad⁷⁹⁵ y responsabilidad por el hecho propio⁷⁹⁶, pues, como ha

⁷⁹¹ La sentencia pone especial énfasis en los fundamentos del ICTY en la sentencia del caso “Krnjelac” al considerar parte de la empresa criminal la realización de actos que sirven de “apoyo a un régimen especial durante el cual se comete el delito” (p. 34 del 2o archivo de la traducción al inglés); sin embargo, el caso en cuestión no trataba realmente un “sistema de maltrato” como lo entendía el ICTY (centro de detenidos, campo de concentración, prisión...); advierte esta confusión, BHUTA, “Fatal Errors”, *op. cit.*, pp. 45 y ss.; más ampliamente, RALBY, I.M., “Joint Criminal Enterprise Liability in the Iraqi High Tribunal”, en *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, pp. 281 y ss.

⁷⁹² En opinión de AMBOS esta variante podría equipararse con una coautoría por dominio funcional del sistema continental si se insiste en la contribución sustancial y la intención de cometer el delito conforme al plan común, Vid. AMBOS, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *op. cit.* p. 170 y ss. WERLE, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 297-298 considera que la JCE nos es trasladable al Estatuto de Roma porque la regulación de la coautoría en su artículo 25.3.a) (“Commits such a crime... jointly with another ... person”) exige tanto el plan común (“common plan, design or purpose”) de cometer uno de los crímenes definidos en el Estatuto como la aportación objetiva esencial a la realización de ese plan común, aunque admite que dicho aporte pueda realizarse en la fase preparatoria como por ej la planificación y la organización del delito, lo que otorga al sujeto el co-dominio del hecho. La aportación esencial es según WERLE aquella sin la cual el resto de delincuentes no podrían ejecutar el delito. Y el acuerdo común no existe por la mera previsibilidad de un resultado delictivo no incluido en el plan inicial. Es necesario, por el contrario, que el sujeto al menos prevea ese resultado como consecuencia probable de la actuación acordada en el plan común –p. 299–. También la CPI ha descartado que la JCE sirva para integrar la definición de la coautoría del ER en fase preparatoria como por ej. la planificación y la organización del delito, lo que otorga al sujeto el co-dominio del hecho. La aportación esencial es según WERLE aquella sin la cual el resto de delincuentes no podrían ejecutar el delito. Y el acuerdo común no existe por la mera previsibilidad de un resultado delictivo no incluido en el plan inicial. Es necesario, por el contrario, que el sujeto al menos prevea ese resultado como consecuencia probable de la actuación acordada en el plan común –p. 299–. También la CPI ha descartado que la JCE sirva para integrar la definición de la coautoría del ER en su decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga de 29 de enero de 2007.

⁷⁹³ Así lo explica el TPIY en *The Prosecutor v Tadic*, Appeal Chamber, Judgement, 15 July 1999, para. 190 a 192, y *The Prosecutor v Milan Milutinovic et al*, Appeals Chamber Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction, 21 May 2003, paras. 20 y 31.

⁷⁹⁴ Esta crítica también se ha hecho desde la doctrina anglosajona, véase OHLIN, *op. cit.*, pp. 76 y ss. y 85 y ss.

⁷⁹⁵ De la misma opinión WERLE, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 297.

puesto de manifiesto la doctrina, además de compartir el defecto de las anteriores variantes, extiende la autoría a casos en los que no concurre el elemento subjetivo, o aspecto interno del hecho⁷⁹⁷. Se ha señalado con razón que al prescindirse del acuerdo de voluntades se rompe la base de la imputación recíproca de las aportaciones de cada codelincuente, que es el fundamento de la coautoría, además de que el criterio de lo previsible es sumamente impreciso⁷⁹⁸. Esta ampliación contradice la regulación de la mayoría de los ordenamientos internos, que no reconocen responsabilidad respecto de los hechos que van más allá del acuerdo común⁷⁹⁹.

La doctrina de la JCE ha sido rechazada como forma de autoría por la Corte penal internacional, como veremos, y limitada, con determinados requisitos, a una forma residual, la menos relevante, de participación accesoria⁸⁰⁰.

2. Los Ensayos de incluir la Coautoría Indirecta en la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para a Antigua Yugoslavia

La *indirect coperpetration* trató de ser implantada también por algunos jueces y fiscales del TPIY en detrimento de la JCE, sin éxito. Cuando hablamos de la autoría y la coautoría indirecta en la jurisprudencia del TPIY no podemos identificar este término con el de autoría mediata de la doctrina continental de origen germánico, ni tampoco con la fusión de la coautoría funcional y la autoría mediata que prosperará en la jurisprudencia de la CPI. Al contrario con "*indirect coperpetration*" se ha intentado abarcar toda conducta que merece el calificativo de autoría, pero sin que el acusado

⁷⁹⁶ AMBOS, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *op. cit.*, p. 168 afirma que esta modalidad se asemeja a la responsabilidad por pertenencia a una organización, manejada en Núremberg.

⁷⁹⁷ Así BADAR, M.E. "Just Convict Everyone!" – Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again" en *International Criminal Law Review*; Apr 2006, Vol. 6 Issue 2, p. 301."

⁷⁹⁸ AMBOS, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *op. cit.*, p. 174.

⁷⁹⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, "La doctrina de la "empresa criminal conjunta", *op. cit.*, p. 1107.

⁸⁰⁰ Ya el fiscal era de esta opinión, véase *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, marg. 323, 334, 335.

haya realizado los actos ejecutivos. Es decir, bajo el término “*indirect coperpetration*” unas veces se alberga una coautoría directa por dominio funcional y otras a una verdadera autoría o coautoría mediata⁸⁰¹.

En realidad la jurisprudencia del TPIY sobre coautoría indirecta es bastante escasa y deficiente. En la única sentencia que se castigó por coautoría indirecta (luego corregida en apelación) se fundamentaba la coautoría en el dominio funcional, pero sin explicar después por qué quien no realiza materialmente la contribución esencial es autor⁸⁰², es decir, sin hacer ninguna referencia a la doctrina de Roxin o a ninguna otra

⁸⁰¹ GIL GIL, “Principales figuras de imputación a título de autor...”, *op. cit.* p. 119.

⁸⁰² Se hace referencia como precedente de la coautoría indirecta, identificándolo algunos autores como un caso de coautoría mediata dentro de la jurisprudencia del TPIY al caso Stakic – así BOAS, BISHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner, op. cit.*, p. 105. Stakic era un alcalde que ordenó a sus subordinados que se suministrara al ejército los medios necesarios para el transporte y la reclusión en un campo de concentración de las víctimas, pero se le imputan después todos los delitos cometidos por los militares dentro de ese campo de concentración, con el argumento de que la probabilidad de su ejecución había sido prevista por él. El tribunal hubiera podido argumentar que el acusado tuvo el dominio funcional realizando a través del aparato de poder que él dominaba, la administración local, una aportación esencial para la consecución de un plan ejecutado por sus coautores a través, a su vez, de la instrumentalización (por estos últimos) de otro aparato, el ejército. Pero lo cierto es que el tribunal no argumenta la responsabilidad de Stakic en ninguno de los elementos que fundamentan la autoría mediata por aparatos de poder (en particular ningún análisis se hace de si los empleados del ayuntamiento eran o no fungibles o si formaban un aparato de poder que actuaba al margen de la ley, o que obedecían de manera cuasi automática sus órdenes, etc. No hay en la sentencia ninguna referencia a la fungibilidad del instrumento y al dominio del aparato), sino que solo se hace referencia al dominio conjunto del hecho, es decir, al dominio funcional propio de cualquier coautoría, remitiéndose expresamente a la doctrina de Roxin al respecto –La sentencia cita a Roxin, Claus, (que traduce como Perpetration and control over the act). Es cierto que en otro pasaje de la sentencia el tribunal utiliza la expresión co-perpetrator behind the direct perpetrators/actors –Marg. 741, 744–, pero de nuevo no fundamenta tal afirmación en la predisposición al hecho del ejecutor o, en definitiva, en los argumentos en los que la doctrina alemana basa esta construcción, sino que parece adjudicarla a partir de la posición de liderazgo político del acusado. Por lo tanto, no es cierto que esta sentencia sea un precedente de la utilización de la coautoría mediata, simplemente es un precedente del uso de la coautoría por dominio funcional, calificada de indirecta porque Stakic no llegó a realizar materialmente ni siquiera la aportación y, por lo demás, exenta en este punto de ulterior y necesaria fundamentación. OLÁSULO ALONSO, “Reflexiones sobre la Doctrina...”, *op. cit.*, p. 161, afirma, sin citar fuente, que la autoría mediata por aparatos de poder se aplicó también en otros casos como por ej. el caso Brdanin, Krajisnik, y otros, pero lo cierto es que en ninguno de estos casos se ha condenado por autoría mediata por aparatos de poder. En el primero ciertamente el fiscal había intentado ampliar el ámbito de la JCE basándose en la idea de co-perpetration, lo que fue rechazado por el tribunal. El problema radicaba en que el tribunal no podía probar que el acusado hubiera participado en un plan común con los ejecutores de los crímenes que se le imputaban, ni tampoco que tuviera control efectivo sobre ellos –así lo reconoce la Trial Chamber, Judgement in the Case the *Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, 1 September 2004, punto IV. *Criminal Responsibility of the Accused*. Finalmente se aplicó a Brdanin las figuras de aiding y abetting, que deberían ser formas de complicidad, pero el Tribunal sorprendentemente excluye para ellas la necesidad de acuerdo con los autores principales, con lo que las desnaturaliza como forma de participación –véase también *Prosecutor v. Radoslav Brđjanin*, Appeals Chamber Judgement, 3 April 2007, marg. 263, 320, 351. En el segundo Krajisnik se castigó por JCE – *Momčilo Krajišnik Appeals Chamber Judgement*, 13 March 2009. Sobre las conductas de aiding y abetting, BOAS, BISHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner, op. cit.*, p. 304 y ss.

que explicara una instrumentalización de los ejecutores, con lo que se acercaba más a una coautoría directa en la que simplemente se reconoce el dominio del hecho de quien aun actuando en fase preparatoria realiza una contribución considerada esencial. Podemos encontrar también algunas acusaciones del fiscal que intentaron fundamentar una coautoría mediata por instrumentalización de los ejecutores⁸⁰³. Pero todos estos intentos fueron rechazados por el tribunal que descarta finalmente el propio concepto de coautoría indirecta⁸⁰⁴, con el argumento de que no forma parte de la costumbre internacional, mientras que la JCE sí estaría firmemente establecida⁸⁰⁵.

En todo caso, la deficiente descripción que hizo el TPIY tanto de la coautoría por dominio funcional como de la autoría mediata, incluyendo de nuevo entre los delitos imputados al acusado las desviaciones del plan común por parte de los ejecutores calificadas como previsibles, hace que la “*indirect co-perpetrationship*” se acerque en esta jurisprudencia demasiado a la JCE III. La prueba de ello es que el mismo acusado pasa de una calificación a otra sin variar un ápice los hechos

⁸⁰³ Sí encontramos una verdadera fundamentación de la autoría mediata, en el Indictment del fiscal en el caso Prlic, noviembre de 2005, donde como forma de responsabilidad alternativa o acumulativa el fiscal propone la condena por la comisión indirecta a través de otras personas utilizadas como instrumentos mediante aparatos de poder organizados controlados por el acusado y en los que éste jugaba un papel clave. La propuesta del fiscal en este caso fue rechazada por el tribunal por no encontrarse recogida en el derecho consuetudinario –véase *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.* Case No. IT-05-87-PT, Trial Chamber, Decision on Ojdanic’s Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration Decision of:22 March 2006.

⁸⁰⁴ Muy importante es la decisión de marzo 2006 en el caso Milutinovic, ya mencionada, ya que en ella se plantea la cuestión de si la coautoría indirecta es una forma de autoría recogida en el derecho consuetudinario en el momento de los hechos. En este caso la sala estaba formada por una mayoría de jueces de formación en el *common law*. Tras recordar los elementos de la costumbre: la práctica o repetición (elemento material) y la actuación en la creencia de la obligatoriedad de dicha práctica, u *opinio iuris* (elemento espiritual), la Sala, en primer lugar, pone en duda que se haya usado correctamente la construcción de Roxin, y en segundo lugar, rechaza que dicha postura sea una norma consuetudinaria. Véase también Stakic Appel Judgement, para 62 y Milutinovic pre trial para 39-40.

⁸⁰⁵ AMBOS, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *op. cit.*, p. 170, califica esta afirmación de “ignorancia flagrante de los principios básicos del derecho penal”. Sin embargo, la cuestión no es tan clara cuando descendemos a definir el dominio funcional y entramos, por ejemplo, en las discusiones sobre si quien realiza un mero acto preparatorio y no lo actualiza en la fase de ejecución tiene el dominio funcional. De la misma manera, no existe en absoluto acuerdo doctrinal ni jurisprudencia ni siquiera en el ámbito continental, sobre la figura de la autoría mediata por aparatos de poder.

probados⁸⁰⁶.

3. La doctrina establecida por La Corte Penal Internacional: Un Concepto de Autor basado en el Dominio del Hecho.

Como ya se ha adelantado, la doctrina de la JCE ha sido rechazada la Sala I de Cuestiones Preliminares de la CPI en el caso Lubanga Dyilo⁸⁰⁷. La Sala afirma que el Estatuto distingue entre autores (principales) y partícipes (accesorios). Pero rechaza tanto una concepción objetivo-formal de autor⁸⁰⁸ como un criterio meramente subjetivo de distinción⁸⁰⁹. Para ello se fija en la definición de la autoría en el Estatuto, de la que destaca que incluye la comisión a través de otro⁸¹⁰, en su forma más amplia, es decir, incluso cuando ese otro no es un agente inocente, sino una persona plenamente responsable⁸¹¹. Por ello adopta como base para la definición del autor la teoría del dominio del hecho⁸¹², que incluye el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad del o de los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría)⁸¹³, siguiendo así la doctrina más clásica y extendida sobre autoría en el *civil law*. Este concepto de autor y la afirmación de que el art. 25.3.a del Estatuto engloba tres posibles formas de autoría: autoría directa, autoría a través de otra persona o autoría indirecta (o mediata) coautoría basada en el control conjunto y co-autoría indirecta (o mediata), que aúna en realidad otras dos formas: la coautoría por dominio funcional (control conjunto) y la

⁸⁰⁶ GIL GIL, "Principales figuras de imputación a título de autor...", *op. cit.* p. 121.

⁸⁰⁷ Pre-Trial Chamber I, Lubanga Decision on the Confirmation of Charges... para. 328 y ss.

⁸⁰⁸ Este concepto considera autor a quien realiza la acción típica o alguno de sus elementos. En general se considera superado en la doctrina continental por no poder abarcarlos supuestos de autoría mediata. Sobre todo ello CEREZO MIR, *Curso t. III, op. cit.*, p. 208 y ss.

⁸⁰⁹ Pre-Trial Chamber I, Lubanga Decision on the Confirmation of Charges... Para. 338.

⁸¹⁰ Para. 333.

⁸¹¹ Para. 339. En el Common Law los casos de comisión a través de otro se incluyen en ocasiones y no siempre, bajo la doctrina del Agente Inocente.

⁸¹² Concepto basado en la doctrina de la acción finalista de WELZEL, para quien autor era quien tenía el dominio finalista del hecho, es decir, quien "mediante la dirección consciente del curso causal hacia la producción del resultado típico tiene el dominio de la realización del tipo". El concepto del dominio del hecho fue después desarrollado por Roxin.

⁸¹³ Pre-Trial Chamber I, Lubanga Decision on the Confirmation of Charges... Para. 332.

autoría mediata (indirecta, a través de otras personas)⁸¹⁴ ha sido repetido posteriormente en varias decisiones⁸¹⁵. En opinión de la Sala el concepto de autor basado en el dominio del hecho tiene una amplia aceptación en los sistemas nacionales, citando para ello doctrina alemana e hispanoamericana en su favor.

3.1. La primera sentencia de la CPI: Reflexiones sobre el caso Lubanga.

1.1.1 *Introducción.*

La Sala I de Primera Instancia de la Corte Penal Internacional⁸¹⁶ pronunció el 14 de marzo de 2012 la tan esperada Sentencia ante el Tribunal por la que Thomas Lubanga Dyilo es culpable, 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 hostilidades a partir del 1 de septiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003. Se trata del primer veredicto emitido por una Sala de Primera Instancia de la CPI.

En la actualidad los crímenes de guerra de alistar y reclutar niños menores de 15 años de edad, y su utilización para participar activamente en las hostilidades fueron cometidos en el contexto de un conflicto armado interno que tuvo lugar en el distrito de Ituri (República Democrática del Congo) y contó con la Fuerza Patriótica para la Liberación del Congo (FPLC), dirigido por Thomas Lubanga Dyilo y sus compañeros para construir un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar en Ituri. Esto dio lugar a que niños y niñas menores de 15 años fueran

⁸¹⁴ “Direct perpetration, perpetration through another person or indirect perpetration, co-perpetration based on joint control and indirect co-perpetration”.

⁸¹⁵ Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No.: ICC-02/05-01/09, 4 Marzo 2009, para. 210 y ss. Y Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges in the Katanga and Ngudjolo, 30 sept 2008, ICC-01/04-01/07-717, para. 480 y ss., 514.

⁸¹⁶ Desde ahora: Resolución

llamados a filas para alistarlos y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

No obstante e independientemente de las cuestiones jurídicas tratadas en la resolución, como son: la definición y la participación de las víctimas, la presentación y la evaluación de pruebas, la naturaleza del conflicto armado, el crimen de guerra de reclutamiento y utilización de niños menores de quince años (art. 8.2.e) vii)) del Estatuto de Roma (en adelante ER), las siguientes reflexiones se centran exclusivamente en el análisis crítico de la coautoría como modo relevante de responsabilidad incluyendo el elemento subjetivo (artículos 25 y 30 ER).

1.1.2. Modo de participación (coautoría) incluyendo el elemento subjetivo (arts. 25 y 30 ER).

La Sala I encuentra a Lubanga culpable a título de coautoría (artículo 25.3 segunda alternativa ER) del reclutamiento y utilización de niños de conformidad con el artículo 8.2e) vii)⁸¹⁷ ER.

Su evaluación de los hechos presentados culmina con la conclusión general siguiente:

“El acusado y sus coautores acordaron y participaron en un plan común para construir un ejército con el propósito de establecer y mantener el control político y militar en Ituri. Ello dio lugar, en el curso normal de los acontecimientos, al reclutamiento y alistamiento de niños y niñas menores

⁸¹⁷ Resolución, para. 1358.

de 15 años, y a su utilización para tomar parte activa en conflictos armados”⁸¹⁸.

La Sala I ratifica la confirmación de la Sala de Cuestiones Preliminares⁸¹⁹ (desde ahora SCP); en este caso la mayoría de la Sala (jueces Odio Benito y Blattmann), el magistrado Fulford en contra⁸²⁰, también sigue la SCP⁸²¹ en su interpretación de la coautoría, sobre la base de la teoría del dominio del hecho⁸²². La sentencia de la SCP realizó un giro hacia categorías más dogmáticas para fundamentar la coautoría que las sostenidas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) y concretamente la llamada “empresa criminal conjunta” (*Joint Criminal Enterprise*) desarrollada desde el caso “Tadic”, y adoptó una concepción muy parecida a la que contemporáneamente sigue Roxin para definirla. Este autor destaca la circunstancia de que la ejecución material del hecho sólo puede realizarse con la concurrencia de los aportes de los coautores:

“El interviniente no puede ejecutar nada solo; la intimidación de los empleados del banco o el sujetar a la víctima no realizan el resultado:

⁸¹⁸ Resolución, para. 1351. La Sala concluye además que durante el tiempo pertinente (principios de septiembre de 2002 al 13 de agosto de 2003) “un número significativo de miembros de alto rango de la UPC / FPLC [organización de Lubanga] y otro personal, llevó a cabo un proceso de reclutamiento a gran escala dirigido a los jóvenes, incluyendo menores de 15 años, ya sea voluntariamente o por coacción” (para. 1355, trad. libre). Los niños fueron utilizados “para participar activamente en las hostilidades, incluso durante las batallas. También se utilizaron, durante el período de referencia, como soldados y como guardaespaldas de altos funcionarios, incluido el acusado” (*Ibid*). Lubanga ejerció como presidente de la UPC / FPLC “un papel de coordinación general”, estaba “muy implicado” en las decisiones de reclutamiento y “utilizó personalmente los niños [...] entre sus guardaespaldas”, es decir, hizo aportaciones “fundamentales” al plan común (para. 1356). Así pues Lubanga “actuó con la intención y el conocimiento necesarios”, en el sentido del artículo 30 (para. 1357, trad. libre).

⁸¹⁹ ICC, PTC I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/06, 29.01.2007 (“Confirmación de la Decisión”).

⁸²⁰ Opinión aparte del Magistrado Adrian Fulford, adscrito a la Sentencia, (en lo sucesivo, “Fulford Disiente”).

⁸²¹ “Confirmación de la Decisión”, supra nota 4, paras 317-348 (responsabilidad penal, en particular, la coautoría) y paras 349-67 (requisitos subjetivos), para un debate véase AMBOS, K., “Comentario sobre la Decisión de Confirmación de Lubanga”, en KLIP, A. Y SLUITER, G., *Comentarios sobre los Casos Principales de los Tribunales Penales Internacionales*, Vol. 23, 2010, p. 736.

⁸²² Resolución, supra nota 1, paras 976-1018 (véanse también los paras 918-33 en los que la Sala presenta la opinión de la SCP de manera sistemática).

únicamente si el compinche coopera “funciona” el plan. Pero también el otro se ve igualmente “desamparado”; de no quedar inmovilizados los empleados del banco, sería detenido, y de no sujetar nadie a la víctima, ésta se defendería o huiría. Así pues, para ambos la situación es la misma: sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación. En esta medida cada uno tiene el hecho en sus manos... Este género de “posición clave” de cada interviniente describe con exactitud la estructura de la coautoría”⁸²³.

De esta característica concluye Roxin que cada coautor tiene la capacidad de impedir la realización del delito, de no realizar su aportación: “El reverso de este proceder consiste necesariamente en que cada uno, denegando su intervención, determina que la medida fracase”⁸²⁴. ROXIN utiliza el término “dominio del hecho funcional” para describir el fenómeno de la coautoría, como forma autónoma del llamado “dominio del hecho”, en el cual “el dominio conjunto del individuo resulta (...) de su función en el marco del plan global”⁸²⁵.

⁸²³ ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 309. En general, a favor de la concepción de ROXIN sobre la coautoría, por todos, BACIGALUPO, E., *Principios de Derecho*, op. cit., p. 366; igualmente, CEREZO MIR, J., “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia penal española”, op. cit., p. 177, también GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del delito*, op. cit., pp. 129 y ss.; IDEM, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)” op. cit., pp. 119 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho penal*, op. cit., pp. 389 y 390 -13 y 14-.

⁸²⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, op. cit., p. 309.

⁸²⁵ *Íbid*, p. 310. Aunque ROXIN deja claro que el criterio determinante de la coautoría es que “ambos sólo puedan optar conjuntamente” (*Íbid*, p. 311), no descarta el papel que juega el acuerdo, o plan común, en la coautoría, como también lo ratifica la sentencia de la Sala de Cuestiones Preliminares: “El acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias es, también para la postura aquí mantenida, requisito indispensable de la coautoría... (como) los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. Y viceversa: si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva” (*Íbid*, p. 316). En todo caso, el acuerdo previo entre los coautores es un elemento más de la coautoría, pero no su piedra angular, a diferencia de lo que sostuvo el ICTY en el caso *Tadic*.

En sentido similar, la sentencia comentada de la SCP, hace expresa referencia a la necesaria participación de todos los sujetos para la consumación del hecho, además de asumir también, como criterio definidor, que cada coautor puede abordar la ejecución del plan:

“Si bien ninguno de los participantes tiene el control del conjunto de la infracción, porque dependen unos de otros para su comisión, todos ellos comparten el control porque cada uno podría comprometer la comisión del crimen si no ejecuta su tarea”⁸²⁶.

Debemos recordar que la SCP analizó el concepto de coautoría y sostuvo que el art. 25.3.a) ECPI, mediante la referencia a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, recoge un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho (paras 338 ss.). Al asumir esta posición, la SCP, como se ha dicho anteriormente no siguió el enfoque subjetivo que había sido utilizado por los tribunales *ad hoc*⁸²⁷.

⁸²⁶ “Confirmación de la Decisión”, para 342.

⁸²⁷ La Sala expresamente descartó que el ECPI adopte un enfoque subjetivo de autor. Este enfoque fue adoptado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* a través de la doctrina de la empresa criminal conjunta (Joint Criminal Enterprise). Dicha doctrina establece que cuando el delito es cometido por varias personas, todos aquellos que realizan su aporte con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores, con independencia del alcance y naturaleza de sus respectivos aportes. Para la Sala, la doctrina de la empresa criminal conjunta presenta muchas semejanzas con la forma residual de responsabilidad prevista en el sub-apartado (d) del artículo 25.3 ECPI mediante la fórmula “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. De este modo, según su opinión, en el ECPI la empresa criminal conjunta no formaría parte del concepto de autoría (art. 25.3.a), sino que sería un supuesto de responsabilidad limitado a los casos en los que no procede ninguna de las formas de responsabilidad previstas en los sub-apartados (b) a (c) del art. 25 ECPI (paras. 335-337). La Sala también rechazó que el ECPI adopte un enfoque objetivo-formal, debido a que el artículo 25.3.a) admite expresamente la autoría mediata con independencia de que el autor directo sea penalmente responsable; al respecto, indicó que esta figura resulta incompatible con un concepto objetivo de autor (para 333). Para la Sala, entonces, es autor quien domina la comisión del delito porque tiene el poder de decidir si el delito será cometido y cómo será cometido (párr. 330). La Sala distinguió tres formas en las que se puede manifestar el dominio del hecho: (i) como autoría directa, es autor quien realiza físicamente los elementos objetivos del delito (art. 25.3.a) en la parte que se refiere a quien comete el delito “por sí solo”); (ii) como autoría mediata, es autor quien tiene el control de la voluntad de aquéllos que realizan los elementos objetivos del delito (art. 25.3.a), en la parte que se refiere a quien comete el delito “por conducto de otro”) y (iii) como coautoría, es autor

La SCP señaló que el concepto de coautoría se sustenta en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por varias personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos del delito, cada uno de los individuos que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por tanto, es autor del delito en su conjunto (para. 326). La coautoría, entonces, según su opinión, debe reunir los requisitos objetivos: 1) la existencia de un plan común entre dos o más personas: aquí es suficiente que el plan común contenga un “elemento de criminalidad” (que la ejecución del plan conlleve el riesgo de comisión de un delito de manera evidente, por lo que no necesita dirigirse directamente a su comisión) y 2) la existencia de una aportación esencial y coordinado a la realización de los elementos objetivos del delito por cada uno de los coautores; aquí es determinante que cada uno de los individuos tenga la posibilidad de frustrar el plan en caso de no realizar su contribución, de modo que solo detenta el codominio funcional del hecho quien, debido a la importancia de la función que le ha sido encomendada, puede impedir la comisión del delito si se niega a llevar a cabo su aportación (paras. 346 y ss., 342, 347, 377). En el plano subjetivo es necesario que el sujeto cumpla con los elementos subjetivos en cuestión, que sea consciente y acepte (junto con los demás coautores) el riesgo que implica el plan para la realización de los elementos objetivos del crimen y que sea consciente de las circunstancias de hecho que permiten ejercer el dominio del hecho (paras. 349 ss., 361, 362, 366, 367).

La SCP concluyó que Lubanga, aunque no había realizado directamente los elementos de los delitos imputados (fueron otros miembros del plan común quienes directamente lo llevaron a cabo), tuvo el codominio del hecho en virtud de la posición

quien tiene el control sobre el delito en función de la tarea esencial que le ha sido asignada (art. 25.3.a) en la parte que se refiere a quien comete el delito “con otro”) (para. 332).

que ostentaba dentro de la UPC/RP y las FPLC (lo que incluía el control *de iure* y *de facto*) del carácter esencial de sus funciones como coordinador, en la ejecución del plan común, en caso de negarse a desarrollar sus funciones como coordinador, también estableció que Lubanga fue consciente de estas circunstancias y de la posibilidad (aceptada mutuamente por todos los integrantes del plan) de que en el curso normal de los acontecimientos niños menores de 15 años fueron alistados o reclutados en las FPLC y utilizados activamente en las hostilidades⁸²⁸.

Como se ha señalado, la Sala I confirma los cargos de la SCP pero con la disidencia del magistrado Fulford, el cual presenta unas alegaciones bastante interesantes, las cuales serán expuestas para su debate y se va a tratar, por una parte, con los requisitos objetivos de la coautoría y las cuestiones estructurales teóricas de fondo en relación con el sistema del artículo 25 ER, y también se va a discutir el elemento subjetivo en la coautoría.

3.1.3 *Requisitos objetivos de la coautoría, dominio del hecho y sistema del artículo 25.3 ER.*

En cuanto a la naturaleza del plan común que es motivo de controversia, es decir, si el plan en sí mismo debe ser “intrínsecamente criminal”⁸²⁹ o si sólo debe incluir un “elemento de criminalidad”⁸³⁰, la Sala I aprueba el último punto de vista, básicamente a raíz de la decisión de la SCP, a pesar de que requiere “un elemento crítico de criminalidad”, “como mínimo”, es decir, la implementación del plan debe

⁸²⁸ *Íbid.*

⁸²⁹ Fue la posición de la Defensa, véase la Resolución, paras. 955, 983 (“intrinsically criminal”).

⁸³⁰ “Confirmación de la Decisión”, *supra* nota 4, para 344. Véase también ICC, PTC I, *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, “Decision declining to confirm the charges”, ICC-01/04-01/10-465, 16.12.2011, para. 291 (en relación con el art. 25 (3) (d)); ICC, PTC II, *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta, Ali* “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/09-02/11, 23.01.2012, para. 399 y ICC, PTC II, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey y Sang*, “Decision on the confirmation of charges, ICC-01/09-01/11, 23.01.2012, para. 301.

incorporar “un riesgo suficiente de que en el curso normal de los acontecimientos, se cometerá un crimen”⁸³¹.

La Sala I llama a una lectura combinada de los artículos 25.3.a) y 30⁸³² ER en apoyo de su resolución, pero no está nada claro lo que quiere decir exactamente con eso. Por un lado, la Sala I pretende “establecer el alcance legal” de la exigencia del plan por contraposición con el elemento mental. Por otro lado, la lectura pretende “conducir a la conclusión de que la comisión del delito en cuestión no tiene por qué ser el objetivo primordial de los coautores”⁸³³.

Si bien se está de acuerdo en que el plan, teniendo en cuenta la estructura objetivo-subjetiva, debe ser interpretado centrándose en la voluntad original de los coautores en su decisión conjunta de cometer un delito, no parece que este recurso al elemento subjetivo (la “lectura combinada”) pueda demostrar que un plan contiene un objetivo superior más allá de la mera comisión del delito. Ni siquiera convence que un “elemento crítico de criminalidad” sea suficiente para ser el objetivo último de los coautores⁸³⁴.

Después de todo, como dice AMBOS, no se trata aquí de un plan (por ejemplo, para hacer una visita a Londres el próximo fin de semana), sino de un plan que constituye la base de la comisión conjunta del delito⁸³⁵ y, en consecuencia, de la atribución mutua de las contribuciones respectivas de los coautores⁸³⁶. Dicho plan no

⁸³¹ Resolución, paras. 984 y 987, trad. libre.

⁸³² Resolución, para. 985, trad. libre.

⁸³³ *Ibid*, trad. libre.

⁸³⁴ AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret*, 2012, p. 27.

⁸³⁵ AMBOS, K., “Critical issues in the Bemba confirmation decision”, en *LJIL*, n° 22, 2009, pp. 715, 721; en castellano en *Revista Penal*, n° 25, 2010, pp. 12-21.

⁸³⁶ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 27.

puede ser predominantemente no delictivo, sino que debe, por lo menos –sería el mínimo–, contener los delitos concretos que serán cometidos, sino no habría nada (en que se hayan puesto de acuerdo) que pudiera ser atribuido mutuamente⁸³⁷. En cualquier caso, este aspecto debería ser tratado por la jurisprudencia de la Corte en el futuro.

En cuanto a la naturaleza de contribución, la Sala I confirma la opinión general de la jurisprudencia de que debe ser esencial⁸³⁸. Esto no valdría la pena mencionarlo si la Sala I no hubiera tratado de ofrecer un razonamiento más de principios para esta posición. En esencia, la mayoría sostiene que con la estructura jerárquica de los modos de participación que figuran en el apartado 3 del artículo 25, que da a las formas de autoría en el subpárrafo (a), en términos del nivel de responsabilidad de los autores que indica las formas de intervención punible de los mismos y de la reprochabilidad de su conducta, se ve la prevalencia sobre las otras formas de participación secundaria (incisos (b) a (d))⁸³⁹. Bajar el umbral de la contribución, por tanto, “privaría a la noción de responsabilidad principal de su capacidad para expresar la culpabilidad de las personas que son los máximos responsables de los crímenes más graves de trascendencia internacional”⁸⁴⁰. La mayoría encuentra un apoyo concreto en la diferencia, basada en el valor implícito, de las diferentes formas de participación, en particular, en la exigencia de contribución del subpárrafo (a) en comparación con (c)⁸⁴¹ y (d)⁸⁴², en la limitación exclusiva de la responsabilidad por tentativa de acuerdo con el

⁸³⁷ *Íbid*, p. 27.

⁸³⁸ Resolución, paras. 999 y 1006.

⁸³⁹ *Íbid*

⁸⁴⁰ *Íbid*, trad. libre.

⁸⁴¹ Resolución, para. 997: “Si los partícipes deben haber tenido un efecto sustancial en la autoría del delito debe ser considerado responsable, luego los coautores deben haber tenido, en virtud de una lectura sistemática de esta provisión, más que un efecto sustancial” (trad. libre, la nota al pie de página de la original ha sido omitida).

⁸⁴² Resolución, para. 966: “... la lectura sistemática de estas disposiciones lleva a la conclusión de que la contribución del coautor que “comete” un delito es necesariamente de mayor importancia que la de un individuo que “contribuye de alguna otra manera a la autoría” de un crimen” (trad. libre).

subpárrafo (f) a aquellas personas que “cometan” (es decir, a los autores en el sentido del párrafo (a))⁸⁴³ y en la dependencia (fáctica) en la que se encuentra la participación secundaria respecto de la participación primaria como se denota en la referencia a la tentativa de los subpárrafos (b) y (c)⁸⁴⁴.

El magistrado Fulford tiene una visión radicalmente diferente alegando que las diferentes formas de participación en el artículo 25.3 ER no son claramente distinguibles⁸⁴⁵ ni existe ninguna jerarquía entre ellas⁸⁴⁶. También duda de que las distinciones rigurosas sean de alguna ayuda al Tribunal, en particular, porque no tienen impacto en la fase de la determinación de la pena⁸⁴⁷. En cuanto al calificativo de “esencial”, Fulford argumenta que no encuentra ningún apoyo en la redacción del párrafo (a), en particular, no hay un requerimiento especial de causalidad⁸⁴⁸. Por lo tanto es suficiente “que el individuo contribuyera al delito cometiéndolo por sí solo o con otros⁸⁴⁹, para que la contribución esté directa o indirectamente vinculada al delito⁸⁵⁰. Esto también evita una investigación hipotética de cómo se habrían desarrollado los acontecimientos sin la participación del acusado⁸⁵¹.

⁸⁴³ Resolución, para. 998: “sólo aquellos individuos que intentan “cometer” un crimen, a diferencia de aquellos que participan en un crimen cometido por otra persona, pueden ser considerados responsables en virtud de esta disposición” (trad. libre).

⁸⁴⁴ Resolución, para. 998: “La misma conclusión se apoya en el lenguaje corriente de los artículos 25.3.b) y c), que requieren de responsabilidad subsidiaria que el autor al menos haya intentado cometer el crimen. Como tal, la responsabilidad secundaria depende de si el autor actúa” (trad. libre).

⁸⁴⁵ “Fulford disiente”, para. 7: “... a menudo indistinguibles en su aplicación frente a frente en una situación particular, y mediante la creación de un claro grado de convergencia entre los distintos modos de responsabilidad, el artículo 25.3 cubre todas las eventualidades... no pretenden ser mutuamente excluyentes”. (trad. libre).

⁸⁴⁶ “Fulford disidente”, para. 8. (refiriéndose en particular a los apartados (a) 3ª alternativa) (“a través de otra persona”/“through another person”) vs (b) y subpárrafos (c) (d)).

⁸⁴⁷ “Fulford disiente”, para. 9.

⁸⁴⁸ *Íbid*, para.15.

⁸⁴⁹ *Íbid*, “that the individual contributed to the crime by committing it with another or others”.

⁸⁵⁰ *Íbid*, para. 16, letra c (‘Una contribución al delito, que puede ser directa o indirecta, siempre y en cualquier caso que haya una relación de causalidad entre la contribución del individuo y el delito’). (“A contribution to the crime, which may be direct or indirect, provided either way there is a causal link between the individual’s contribution and the crime”).

⁸⁵¹ *Íbid*, para. 17 (“[...] avoids a hypothetical investigation as to how events might have unfolded without the accused’s involvement”).

Antes de tomar partido en esta controversia vale la pena señalar que existe un acuerdo dentro de la Sala I⁸⁵² y en general en la jurisprudencia y la doctrina⁸⁵³ en que la comisión coordinada o colectiva de los coautores, de conformidad con un plan común o acuerdo, implica la atribución mutua de las respectivas contribuciones. Como consecuencia de ello, un coautor no necesita participar personal y directamente en la ejecución del delito, en particular, no necesita estar físicamente presente en la escena del crimen, sino que la contribución física de otros coautores le puede ser atribuida⁸⁵⁴, dejando abierta la posibilidad, de conformidad con el Estatuto, de permitir una forma de coautoría en la cual el coautor no concorra en la ejecución material⁸⁵⁵. Sin embargo, aquí también existe una diferencia de principio en el enfoque de la mayoría y el del magistrado Fulford⁸⁵⁶.

Mientras que los argumentos y la interpretación de la mayoría respecto de la coautoría se basan en la teoría del dominio del hecho⁸⁵⁷, Fulford la rechaza⁸⁵⁸ y hace su interpretación de conformidad con una lectura del sentido ordinario del texto del

⁸⁵² Resolución, para. 994 y “Fulford disiente”, para. 16.

⁸⁵³ AMBOS, K., “Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals”, en *The International Criminal Court 2005–2007*, Vol. 23, Cambridge, 2010, pp. 744–746.

⁸⁵⁴ Paras. 1003–5 y la “disidencia Fulford” paras. 12, 15. Al contrario (“la participación personal y directa”) de la posición de la defensa (Resolución, *supra* nota 1, paras 949 y 1002).

⁸⁵⁵ En igual sentido, defiende Ambos el tratamiento como coautor de un sujeto que planifica el delito que no concurre en la ejecución en razón de un concreto ámbito de responsabilidad penal, en su caso el del Derecho penal internacional (igual hace OTTO en relación a la responsabilidad por el producto). En efecto, aludiendo al elemento de contexto de estos delitos, expresa AMBOS: “La consideración de los actos preparatorios del plan del hecho tiene importancia justamente en el terreno del derecho penal internacional, pues los crímenes contra la humanidad presuponen un contexto sistemático de comisión, el cual por su parte, implica una planificación preparatoria. De modo similar, los crímenes de guerra deben ser juzgados por la CPI especialmente cuando “se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes” (art. 8.1 ER), *Vid.* AMBOS, K., *La parte general del Derecho penal internacional* (trad. Malarino), Montevideo, 2005 (Reimpresión Bogotá, 2006).

⁸⁵⁵ Resolución, paras 1003–5. La SCP, más precisamente se basó en la teoría del dominio del hecho”, véase la “Decisión de la Confirmación”, paras. 330–4, 342.

⁸⁵⁶ AMBOS, “El primer fallo...”, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁵⁷ Resolución, paras. 1003–1005. Más precisamente, la SCP se basó entonces en la teoría de “*functional control over the act*”; así, véase “Confirmación de la Decisión”, paras. 330–334 y 342; y AMBOS, *Annotated Leading Cases...*, *op. cit.* p. 745.

⁸⁵⁸ “Fulford disiente”, paras. 10–12.

artículo 25 ER⁸⁵⁹. Por lo tanto, de hecho, el desacuerdo entre la mayoría y Fulford va mucho más allá de la mera interpretación de un elemento definitorio de un modo de responsabilidad (contribución) y más bien se refiere a una cuestión de principio, a saber, ¿cuánta teoría jurídica puede aguantar el derecho penal internacional? (en este caso el derecho de la responsabilidad penal), o, dicho de manera más positiva, ¿cuánta necesita? Aparentemente, el juez Fulford adopta una interpretación muy pragmática y, desde el punto de vista práctico, aparentemente razonable, esencialmente interpreta el derecho aplicable basado en el sentido ordinario del texto de las disposiciones y recurre a (cualquier) teoría jurídica únicamente como último recurso⁸⁶⁰. En efecto, Fulford no descarta la teoría del dominio del hecho basándose en un debate de fondo de sus méritos y carencias⁸⁶¹ (como de hecho lo hace una parte importante de la doctrina), pero, en sus consideraciones entiende que no valen debido a sus orígenes alemanes y la consiguiente falta de apoyo en el Estatuto⁸⁶². Ambos argumentos son deficientes, sin embargo. El primero por la razón bastante evidente, sin duda también compartida por Fulford, de que la validez de una posición moral o teórica no depende de su origen geográfico o de su autoría, sino más bien de la valoración sustancial de sus factores normativos y prácticos, los cuales tal y como menciona AMBOS anteriormente, no son

⁸⁵⁹ “Fulford disiente”, paras. 12 (“La simple lectura del artículo 25.3.a), [...] es innecesario invocar la teoría del dominio del hecho”), 13 (“el enfoque del Tribunal para este problema debe basarse en el texto del Estatuto”) y 16.

⁸⁶⁰ AMBOS, “El primer fallo” *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶¹ Según AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.* p. 29, existe un pequeño debate considerable en la nota a pie de página 20 (“Fulford disiente”, *supra* nota 5, para 10) en el que Fulford pretende descubrir una desviación de la SCP de la teoría de Roxin. Sin embargo, en primer lugar, Fulford sólo cita aquí unas pocas páginas (280-5) de ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, un libro de un total de 820 páginas (en su 8ª edición de 2006; Fulford cita la 6ª edición de 1994), y estas páginas no sólo se refieren a la teoría del dominio del hecho, es decir, la teoría que constituye la base del concepto de Roxin de la coautoría y está en sí mismo basado en la teoría del dominio del hecho”, que Fulford de hecho rechaza. En segundo lugar, Fulford pasa por alto que la “frustración media” aplicada (*inter alia*) por la SCP no es más que una consecuencia de esa teoría del dominio del hecho, adoptada por la SCP (*supra* nota 42), y como tal de hecho un criterio clave del concepto de Roxin. En tercer lugar, en cuanto a la aplicación o no de la norma del *dolus eventualis*, Fulford ignora que Roxin aplica solamente - como la Sala y Fulford con razón también lo hacen- la norma general del *mens rea* Alemán, pero la redacción y la interpretación de estas dos disposiciones son diferentes (en la p. 285, de *Täterschaft*, citado por Fulford, Roxin sólo empieza a discutir la decisión conjunta en relación con la ley, pero no el elemento subjetivo en general).

⁸⁶² “Fulford disiente”, paras. 10-12.

abordados por Fulford⁸⁶³. Como consecuencia de ello, y esto nos lleva a su segundo argumento relacionado: una teoría no está limitada geográficamente o culturalmente, su alcance depende meramente de la fuerza y eficacia que tenga para convencer⁸⁶⁴. Si es lo suficientemente convincente, podrá ser acogida en varias jurisdicciones (como en efecto lo ha sido la teoría del dominio del hecho)⁸⁶⁵ y entonces podrá también equivaler a un principio general del derecho en el sentido del artículo 21.1.c) ER⁸⁶⁶. En cualquier caso, echando una mirada más atenta a la esencia del argumento de Fulford, queda claro que su rechazo a esta teoría se basa en una “simple lectura” muy positivista del Estatuto que hace que cualquier otra teoría para la interpretación del mismo sea superflua. Pero Fulford confía demasiado en el significado “ordinario” del texto legal. El derecho no es una ciencia natural que puede ser abordada de una manera totalmente empírico-naturalista. Los textos legales están plagados de términos altamente normativos y por esa razón son necesarias consideraciones teóricas para encontrar los significados⁸⁶⁷ más plausibles y razonables. Más concretamente hablando, Fulford considera irrelevante la teoría del dominio del hecho (como podría decirse de cualquier otra teoría), ya que rechaza las dos razones aducidas por la SCP en favor de la teoría, es decir, “la necesidad percibida de establecer una línea divisoria clara entre las diversas

⁸⁶³ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.* p. 30.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ En particular en el mundo de habla hispana y portuguesa, véase por todos MUÑOZ CONDE, F., OLÁSULO, H., “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, en *JICJ*, n° 9, 2011, pp.113-135.

⁸⁶⁶ El art. 21.1.c) dice: “En su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos”.

⁸⁶⁷ Este punto metodológico fue hecho recientemente por el Tribunal Especial para el Líbano en su importante decisión en apelación sobre el crimen (internacional) de terrorismo, lamentablemente fue también la última decisión del magistrado ANTONIO CASSESE (STL, *Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging*, de 16.02.2011 (STL-11-01/I/AC/R176 bis), paras 19-21, 29-30 y 37); véase, para una discusión con más referencias, AMBOS, K., “Judicial creativity at the Special tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law”, en *LJIL*, n° 24, 2011, pp. 657-659. Sobre la doctrina como una “*residual third source*” del derecho, véase recientemente FLETCHER, G. P., “New Court, Old Dogmatik”, en *LJIL*, n° 9, 2011, p. 180, y también en más detalle IDEM, “Truth in Codification”, en *University of California Davis Law Rev.*, n° 31, 1998, pp. 746 y 750.

formas de responsabilidad en virtud del artículo 25.3.a)-d)” y el establecimiento de la responsabilidad primaria también para aquellas personas que están ausentes de la escena del crimen⁸⁶⁸. Se entiende, por lo tanto, que en ambos casos, la SCP y la mayoría de la Sala están en lo cierto⁸⁶⁹.

En cuanto a la estructura jerárquica del artículo 25.3 ER, Fulford hace caso omiso de la decisión consciente de los redactores de abandonar la pura concepción unitaria de la autoría, tal como se utiliza en los tribunales *ad-hoc*, a favor de un sistema más diferenciado que, por lo menos terminológicamente pretende distinguir entre diferentes formas de participación desde el nivel de distribución de responsabilidad (nivel de imputación)⁸⁷⁰. Esta diferenciación implica la necesidad –no solo “percibida”, sino muy real- de desarrollar algunas líneas de actuación teóricas para delimitar las diferentes formas de participación del artículo 25.3 ER. El hecho de que estas formas de participación puedan superponerse⁸⁷¹ es la misma razón por la que en los sistemas legales con modelos diferenciados de participación –e incluso en aquellos con un concepto unitario, como por ejemplo en el mismo ordenamiento (inglés) del juez Fulford⁸⁷²- los eruditos tratan de desarrollar teorías de delimitación para evitar en la medida de lo posible esa superposición. En otras palabras, la decisión de contar con un

⁸⁶⁸ Fulford disiente, para 12.

⁸⁶⁹ AMBOS, “El primer fallo...”, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁷⁰ Por esta razón, no queda claro por qué razón DUBBER, M. D., “Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis”, en *JICJ*, n° 5, 2007, pp. 977 y ss., en la p. 1000 sostiene sin mayores argumentos, que “el enfoque americano [en la complicidad] parece ajustarse mejor” al artículo 25.3.

⁸⁷¹ Fulford, citado supra. Señalo de paso que Fulford (párrafo 8) sólo compara los apartados a) frente a (b) y frente a (c) y (d) - sin duda las más cercanas de las formas de participación-, pero la Sala se centra en los apartados a) en comparación con (c) y (d), véase *supra* notas 29 y 30.

⁸⁷² En el derecho penal inglés, la doctrina ha discutido por muchos años las diferentes formas de participación, distinguiendo, en particular, entre la responsabilidad principal y secundaria/accesoria/derivada; así, véase por ejemplo GLANVILLE LLEWELIN, W., *Criminal Law. The General Part*, London, 1953, pp. 175-237 (responsabilidad primaria v. accesoria); ORMEROD, D., *Smith and Hogan’s Criminal Law*, 2011, pp. 184-245 (delincuente principal v. participación secundaria); ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 6ª ed., Oxford, 2009, pp. 403-436 (principales v. accesorios); CARD, R., *Card, Cross and Jones Criminal Law*, Oxford, 2010, pp. 765-814 (autores v. cómplices); y SIMESTER, A. P., *et al.*, *Simester and Sullivan’s Criminal Law – Theory and Doctrine*, Oxford, 2010, pp. 203-262 (especialmente en la p. 205, donde explica los “modes of participation”); véase también WILSON, W., *Central issues in criminal theory*, Portland (Oregon), 2002, pp. 95-223 (participación secundaria).

Estatuto que diferencia entre las formas de participación demanda alguna fundamentación teórica que justifique esta diferenciación. Es importante señalar en este contexto que la lucha permanente de las teorías existentes o el desarrollo de teorías alternativas se debe a la íntima convicción de que la diferenciación entre las formas de autoría que ya están en el nivel de la imputación y la elección consiguiente del título de imputación “correcto” contribuye a un sistema de justicia penal más justo y más equitativo, es decir, no está, como sugiere Fulford, meramente orientado a la determinación de la pena⁸⁷³. Todo esto, por supuesto, no significa que la teoría del dominio del hecho tenga la última palabra o sea la única en la materia. De hecho, esta teoría ha sido ampliamente criticada en su país de origen y se han desarrollado teorías alternativas⁸⁷⁴. De este modo, el camino a seguir dentro del marco legal de la Corte Penal Internacional es un debate informado acerca de estas teorías (alternativas), en lugar de un rechazo total a la única teoría existente hasta ahora. De hecho, el enfoque de Fulford implica el abandono del sistema diferenciado de Roma y el retorno a un sistema unitario puro. Aunque esto ciertamente podría ser propuesto *de lege ferenda* en obras de índole académica (como lo demuestra recientemente Stewart⁸⁷⁵), una propuesta de este tipo no es del dominio de los magistrados de la Corte sino que debe ser decidida por los Estados parte.

⁸⁷³ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 31.

⁸⁷⁴ AMBOS, K., “The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus”, en *JICJ*, n° 9, 2011, pp. 147-148 y las notas a pie de página 59 y 60 (con un enfoque sobre el dominio del hecho en virtud de un aparato de poder organizado); Además, véase un interesante análisis crítico reciente sobre el dominio por organización en WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept”, en *JICJ*, n° 9, 2011, pp. 100-101.

⁸⁷⁵ Cfr. STEWART, J. G., “The End of “Modes of Liability” for International Crimes”, en *LJIL*, n° 25, 2012, p. 165 (argumentando, sin embargo, basado en algunas suposiciones incorrectas o imprecisas [la más importante la suposición de “Hitler-as-accomplice”, en la página 167, la cual permea todo el artículo], tomando como ejemplo el sistema austríaco como su modelo de un sistema unitario [cfr. p. 205; aparentemente, a pesar de la nota al pie de página 194, sin aprehender completamente su orientación funcional unitaria similar a la del artículo 25] y lo más importante, sin tampoco ofrecer un análisis del artículo 25 [aparentemente suponiendo que se basa en un sistema diferenciador] ni desarrollar en más detalle su “teoría” [alternativa]).

La ventaja de contar con la teoría del dominio del hecho (o tal vez otra teoría) en vez de confiar únicamente en la “simple lectura” del Estatuto se demuestra también por la segunda justificación ofrecida por la SCP, a saber, que explica convincentemente que la presencia física en la escena del crimen no es necesaria. Para Fulford esto se desprende sin más del texto estatutario ya que el verbo “cometer” supone una contribución y en ninguna parte del Estatuto se dice que esta contribución “debe contar con la participación directa y física en la fase de ejecución del delito...”⁸⁷⁶. Esta es sin duda una interpretación plausible, pero el texto estatutario, como es el caso típico de textos de leyes de derecho penal, no informa de manera positiva sobre el significado del término “comete” en el contexto del párrafo (a), y mucho menos sobre la naturaleza de la contribución. De hecho, el término “contribución” ni siquiera aparece en el texto (sólo en el subpárrafo d) y su reconocimiento como un elemento de la coautoría es, por sí mismo, el producto de un ejercicio teórico, es decir, está basado en las teorías de la interpretación que van más allá del significado literal del texto. Por lo tanto, a la luz del sentido ordinario del texto estatutario, es poco sorprendente que la interpretación de Fulford no llegue a explicar por qué la contribución del individuo ausente será suficiente para hacerle responsable como coautor. Para argumentar esta explicación es necesaria una teoría y la teoría del dominio del hecho proporciona una explicación convincente y al menos plausible⁸⁷⁷. Esta teoría se centra en un concepto normativo de control que ofrece diferentes explicaciones de cómo el control se puede ejercer incluso en ausencia de un potencial coautor, por ejemplo, dirigiendo la

⁸⁷⁶ “Fulford disiente”, para 15 (trad. libre).

⁸⁷⁷ Esta es la razón por la cual el requisito de la no-presencia es prácticamente indiscutible en Alemania, pero no así en Inglaterra. Ahí, normalmente se requiere que los dos coautores deben satisfacer juntos la definición sustantiva del delito, “together [...] satisfy the definition of the substantive offence”, cada uno de ellos por su propio acto “each of them by his own act” contribuyan a la causación del elemento de conducta del delito, si todos sus actos, juntos, cumplen todos los elementos de la conducta, “to the causation of the conduct element of the offence, if all their acts together fulfill all the conduct elements [...]” (ASHWORTH, *Principles of Criminal Law, op.cit.*, p. 404) o “cada uno con la correspondiente *mens rea* que en conjunto constituyen el acto suficiente para el *actus reus* de un delito” “each with the relevant *mens rea* does distinct acts which together constitute the sufficient act for the *actus reus* of an offence” (así, CARD, Card, Cross and Jones, *Criminal Law, op. cit.*, p. 766).

ejecución del delito a distancia con medios técnicos o ejerciendo el control como maestro de un plan criminal que está meticulosamente ejecutado. En otras palabras, la ausencia física de un coautor puede ser así suplida por su contribución psicológica o intelectual superior que incluso puede ser previa a la comisión misma del crimen⁸⁷⁸.

La posición (dogmáticamente correcta) de que el artículo 25.3 ER establece un sistema jerárquico de tipos de intervención punible y, en particular, de que el autor en el sentido del subpárrafo (a) carga con una responsabilidad y reprochabilidad especial, prueba que la contribución de un autor tiene que ser mayor que la contribución de un partícipe secundario de conformidad con los subpárrafos (b)-(d). Esto es menos evidente respecto del subpárrafo (b) – y aquí el magistrado Fulford según AMBOS sí tiene razón – especialmente en cuanto a que “ordenar”, según el punto de vista de Ambos, pertenece estructural y sistemáticamente al subpárrafo (a), pero sí que lo es respecto de las formas clásicas de la intervención punible de los subpárrafos (c) y (d). Como consecuencia, se debería encontrar algún calificativo que exprese, sin ambigüedades, el mayor peso específico de la contribución del autor, en comparación con aquella del partícipe secundario (*accessory*); más concretamente, la contribución tiene que ser más que “sustancial” en vista de que este calificativo ya ha sido usado por los tribunales *ad-hoc* para la contribución del cómplice (*aider and abettor*). En efecto, Ambos no puede pensar en un mejor calificativo que “esencial” el cual, por supuesto, tendrá que ser refinado por medio de la jurisprudencia. En cualquier caso, la fórmula de Fulford, que meramente requiere una contribución “al crimen” y un “vínculo causal entre la contribución del individuo y el crimen” es demasiado amplia (se extiende fácilmente a la responsabilidad de los partícipes) y, además, poco precisa. Las fórmulas

⁸⁷⁸ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 32.

tan amplias de este tipo son difíciles de conciliar con el estándar alto de justicia y equidad que ha sido debidamente mantenido por Fulford en el proceso Lubanga.

Por último, pero no por eso menos importante, Fulford no es coherente respecto del requisito de la causalidad: por un lado, lo rechaza en relación con el estándar de la llamada “esencialidad” de la contribución pero por otro, lo exige como un vínculo causal general entre la contribución y el delito. La última de estas dos posiciones en cuanto a la causalidad es evidentemente la correcta (la causalidad es un requisito básico e implícito de cualquier delito de resultado), pero Fulford interpreta la causalidad como parte del estándar de esencialidad, pasando por alto que ésta es otro producto de la estructura jerárquica del artículo 25.3 y de la resultante necesidad de graduar las diferentes formas de intervención⁸⁷⁹.

3.1.4. *El requisito subjetivo.*

El controvertido requisito subjetivo “toma de conciencia en cuanto a las circunstancias del control conjunto”, introducido por la SCP en el caso “Lubanga”⁸⁸⁰, aprobada por SCP en el caso “Bemba”⁸⁸¹, pero implícitamente rechazada por la SCP en “Katanga y Chui”⁸⁸², es citado por la Sala I⁸⁸³ pero no se aplica finalmente. La Sala I propone la siguiente norma: (i) el acusado y al menos otro coautor tenían la intención de reclutar, alistar o usar niños menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades o tenían conocimiento de que al implementar su plan común, esta consecuencia ‘ocurriría en el curso ordinario de los acontecimientos’; y (ii) el acusado

⁸⁷⁹ AMBOS, “El primer fallo...”, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁸⁰ Resolución, para. 366.

⁸⁸¹ ICC, PTC II, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/05-01/08, 15.06.2009, para 351.

⁸⁸² ICC, PTC I, *Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/07, 30.09.2008, paras. 534-5.

⁸⁸³ Resolución, para. 1008.

tenía conocimiento de que estaba proveyendo una contribución esencial a la implementación del plan común⁸⁸⁴.

Con esta propuesta, la Sala I, incluido el juez Fulford, solo aplica el artículo 30 al modo de coautoría y al crimen de guerra pertinente del artículo 8.2.e)vii). Además, abandona el requisito (por otra parte controvertido) del “conocimiento sobre las circunstancias fácticas del dominio conjunto” (“*the awareness as to the factual circumstances of the joint control*”)⁸⁸⁵. Ambos está de acuerdo con este enfoque en general y en particular con respecto a la controvertida exigencia de la conciencia dado que este requisito exige demasiado del coautor que (al contrario del autor mediato) sólo ejerce el control sobre el crimen junto con los otros coautores, es decir, existe solo una forma de control horizontal en lugar de vertical. Sin embargo, en cuanto a la aplicación general del artículo 30, bien acogida en principio, no está claro según la norma de la Sala I, qué partes de esta disposición se aplican exactamente. El artículo 30 distingue entre diferentes objetos de referencia (conducta, consecuencia y circunstancia) y define el elemento subjetivo en consonancia⁸⁸⁶. Por lo tanto, la Sala I debería haber dicho más claramente qué objetos de referencia tenía en mente. Del texto propuesto solo se desprende claramente la expresión “consecuencia” en la segunda parte de la sección (i) que probablemente se refiere al artículo 30.2.b) segunda alternativa. No está claro, no obstante, si la primera parte de esta sección (“tenían la intención de reclutar”) constituye una aplicación del artículo 30.2.a) o b) primera alternativa. Según Ambos, si se tiene en cuenta que se refiere a la conducta del artículo 8.2.e) vii) la primera

⁸⁸⁴ *Íbid.*, para. 1013 (trad. libre).

⁸⁸⁵ AMBOS, “El primer fallo...”, *op. cit.*, p. 34.

⁸⁸⁶ Véase, al respecto, la importante obra de CLARK, R. S., “The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences”, en *Criminal Law Forum*, n° 12, 2001, pp. 291 y ss., pero muy especialmente las pp. 305-307; y AMBOS, *La parte general*, *op. cit.*, pp. 389-399. Para una aplicación concreta de los crímenes, véase AMBOS, K., “Some Preliminary Reflections on the *Mens Rea* Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes”, en VOHRAH ET AL. (eds.), *Man’s Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, 2003, p. 11.

conjetura sería que se refiere al artículo 30.2.a), pero esto entra en conflicto con la interpretación de la conjunción disyuntiva “o” que solo aparece en el artículo 30.2.b). Dicho de otro modo, una lectura alternativa de la sección (i), como implica la conjunción “o”, hace que la aplicación del artículo 30.2.a) sea imposible, ya que los apartados (a) y (b) son requisitos acumulativos por los respectivos objetos de referencia. Otra norma alternativa “o” es la ofrecida por el artículo 30.3 ER pero se refiere, respectivamente, a una circunstancia o consecuencia, es decir, no puede aplicarse a la conducta. Tampoco queda claro a qué parte del artículo 30 se refiere la sección (ii) dado que utiliza un estándar de conocimiento que solo es aplicable a la consecuencia (artículo 30.2.b) 2ª alternativa) o a la circunstancia (artículo 30.3 1ª alternativa). Pero, ¿no es cierto que pertenece ya la contribución del coautor al plan común a la descripción de la conducta de la coautoría? Ciertamente no es ni una consecuencia (un resultado) ni una circunstancia (los hechos pertinentes que conciernen la definición del delito, como por ejemplo la edad del niño soldado)⁸⁸⁷.

También, según Ambos de forma correcta, la Sala I excluye el dolo eventual⁸⁸⁸ siguiendo a la SCP en el caso “Bemba”⁸⁸⁹. Le agrega peso a esta posición el no solo

⁸⁸⁷ AMBOS, “El primer fallo...”, *op. cit.*, p. 35.

⁸⁸⁸ AMBOS, “El primer fallo...”, *op. cit.*, p. 35. *Vid.* también, WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, 2ª ed., London, 1983, p. 115.

⁸⁸⁹ Con argumentos discutibles, partiendo de una errónea equiparación entre dolo eventual y *advertent recklessness* que tanto la doctrina continental como la anglosajona han rechazado – véase MELENDO PARDOS, M. J., *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte penal Internacional*, Barcelona, 2008, p. 86, FLETCHER, G., *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Valencia, 1997, pp. 175 y 176. Como indica este autor en la definición del Model Penal Code la *recklessness* equivale a nuestra imprudencia consciente y en la doctrina inglesa a una imprudencia grave (consciente o inconsciente), no engloba pues el concepto de dolo eventual. También BADAR, M. E., “Drawing the Boundaries of Mens Rea in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *ICLR*, n° 6, 2006, p. 315. En la doctrina admite que el art. 30 puede comprender el dolo eventual por ej. OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal en Derecho Penal Internacional”, *InDret*, n° 3, 2009, p. 15, y GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional” en MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.). *El Estatuto de Roma*, México, 2004, pp. 136 y ss. Aunque algunos autores españoles y alemanes ciertamente identifican el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias como aquel en el que el resultado se prevé como seguro o prácticamente seguro, muchos otros autores rechazan que el dolo directo de segundo grado se corresponda con la previsión de un determinado grado de certeza o de probabilidad del resultado. Véase GIL GIL, A., LACRUZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho*

referirse a los *travaux* sino también al inferirlo de la formulación del artículo 30.2.b) que dispone “se producirá” y no únicamente “se podría producir”. Para la Sala, un estándar tal de conocimiento se fundamenta, según sus propias palabras⁸⁹⁰, en un diagnóstico de riesgo del respectivo autor o partícipe de que su conducta podría conllevar ciertos efectos dañosos que resulten “del curso ordinario de los acontecimientos”:

“[...] en el momento en que los coautores se pongan de acuerdo en un plan común y durante su implementación, deberán tener conocimiento del riesgo de que la consecuencia se produzca”⁸⁹¹.

El riesgo que se anticipa “debe incluir como un mínimo, el conocimiento” de que la consecuencia dañosa podría producirse, es decir, un “bajo riesgo no será suficiente”⁸⁹².

No obstante a la explicación de AMBOS, debemos tener en cuenta que cuando no se hace referencia en los Elementos de los Crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el

Penal, Parte General, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 235 y ss. Cuando la realización del tipo, o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, pero es una consecuencia que el sujeto prevé como *necesariamente unida* a la consecución de su fin, ese tipo o ese resultado han sido abarcados con dolo directo de segundo grado. Por tanto si el sujeto estima que para conseguir su fin es necesario realizar el resultado típico lo abarcará con dolo directo de segundo grado, por pocas posibilidades que asigne tanto a la consecución de su fin, como consecuentemente también a la producción del resultado necesariamente unido a aquél. Aún representaciones de una probabilidad más alta continuarían siendo casos de dolo eventual si el resultado no es el fin ni se ve como necesariamente unido a la consecución del fin sino como una consecuencia probable con cuya probabilidad se cuenta, mientras que si el sujeto confía en que su dominio del curso causal conseguirá evitar tal resultado estaremos ante una imprudencia consciente.

⁸⁹⁰ Sin embargo, la redacción de la Sala es poco elegante: “[...] means that the participants anticipate, based on their knowledge of how events ordinarily develop, that the consequence will occur in the future” (*Judgment, supra* nota 1, para. 1012). Además, si “*risk*” es definido refiriéndose a “*danger*”, este último no es un estándar diferente tal como fue sugerido por la Sala (“[...] inherent to the notions of ‘risk’ and ‘danger’”).

⁸⁹¹ Resolución, para. 1012 (trad. libre).

⁸⁹² AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 35.

elemento de intencionalidad que corresponda según el art. 30 ER, esto es, la intención, el conocimiento o ambos⁸⁹³. A continuación se indican excepciones a la norma del art. 30 sobre la base del Estatuto y con inclusión del derecho aplicable en virtud de las disposiciones del Estatuto en la materia. En opinión de GIL GIL, la palabra “intención” debe ser interpretada como sinónimo de “voluntad”, y no limitada al dolo directo de primer grado, sino que, por el contrario, cabe en principio cualquier tipo de dolo⁸⁹⁴. Esta opinión no es, sin embargo, unánime en la doctrina, pues algunos autores entienden que el artículo 30 excluye el dolo eventual⁸⁹⁵. Ello se debe, por una parte, a las distintas concepciones de dolo eventual manejadas, a las diferencias existentes entre el concepto de dolo eventual de la doctrina continental de origen germánico y el concepto anglosajón de *recklessness*⁸⁹⁶, y, sobre todo, a la interpretación que se dé al párrafo 2, letra b, inciso final, del art. 30⁸⁹⁷. Algunos autores interpretan las palabras “se producirá en el curso normal de los acontecimientos” como sinónimo de exigencia de una alta o especial probabilidad, excluyendo la mera posibilidad, y entienden que por tanto queda excluido el dolo eventual, al identificar éste con aquél cuyo elemento intelectual consiste en la representación de la mera posibilidad⁸⁹⁸. Sin embargo en

⁸⁹³ El art. 30 establece: “1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) en relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) en relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por conocimiento se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

⁸⁹⁴ Sobre ello con mayor detenimiento véase GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999, pp. 231 y ss.: IDEM, “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, en *RDPC*, 2ª Época, nº 6, 2000, pp. 103 y ss.

⁸⁹⁵ AMBOS, K., WIRTH, S., “The current Law of Crimes Against Humanity”, en *Criminal Law Forum*, nº 13, 2002, pp. 37 y ss. y p. 43, PIRAGOFF, D. K., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 1999, art. 7, marg. 22.

⁸⁹⁶ Véase AMBOS, WIRTH, “The current Law of Crimes Against Humanity”, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

⁸⁹⁷ GIL GIL, A., “Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/2%20alicia%20gil.pdf p. 6 (último acceso el 12.02.2014).

⁸⁹⁸ PIRAGOFF, *op. cit.* (nota 82), identifica la frase “se producirá en el curso normal de los acontecimientos” con la existencia de una “alta probabilidad”. AMBOS, expresa que aun defendiendo la existencia de un elemento volitivo en el dolo, reduce el dolo eventual a los supuestos en que su elemento

opinión de GIL GIL esta interpretación no es acertada. En primer lugar porque ni la frase comentada significa necesariamente en su tenor literal la exigencia de un determinado grado de probabilidad, ni la exclusión de la mera posibilidad se identifica con una cualificación de la probabilidad⁸⁹⁹.

Toda previsión de un hecho o consecuencia futura es la representación de un riesgo, es preciso, por tanto, determinar qué grado de probabilidad exige el art. 30 para que esa representación sea entendida como relevante a efectos de la competencia de la Corte. La redacción del art. 30 ECPI permite excluir los supuestos de representación de una mera posibilidad improbable. Pero entre lo posible pero improbable y lo posible y altamente probable existe todo un abanico que no se puede ignorar ni asimilar sin más a lo “meramente posible”⁹⁰⁰.

Por otro lado, desde una concepción meramente cognoscitiva del dolo, que prescinda del elemento volitivo del mismo, la representación de la mera posibilidad se identifica con la imprudencia consciente, por lo que el dolo eventual (representación de la probabilidad) seguiría estando incluido en el art. 30. Pero, incluso desde una concepción del dolo que aúna elemento intelectual y volitivo, que es la que personalmente sigue GIL GIL, la interpretación que excluye el dolo eventual le parece equivocada, pues no es cierto, como se pretende, que tales concepciones del dolo eventual exijan que el elemento intelectual del mismo se limite a la representación de una mera posibilidad. La autora entiende que, para una concepción del dolo que admite

intelectual consiste en un mero “tener por posible “el resultado, e interpreta también el art. 30 en el sentido de exigencia de una “relativa seguridad” o “alta probabilidad”. En cambio, entiendo que admite el dolo eventual con una interpretación similar a la aquí propuesta GÓMEZ BENITEZ, J. M., “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la CPI y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español”, en *El Derecho penal internacional, Cuadernos de Derecho Judicial EJ CGPJ*, VII, 2001, p. 33.

⁸⁹⁹ GIL GIL, “Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio ...”, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰⁰ *Íbid.*

en éste un elemento volitivo, la diferencia entre las clases de dolo radica precisamente en dicho elemento y no en el intelectual⁹⁰¹, y de la misma manera que es posible un dolo directo de primer grado cuando el resultado es el fin del autor, sin necesidad de que lo vea como seguro sino que basta con que lo prevea como no absolutamente improbable⁹⁰², también será un supuesto de dolo eventual aquél en el que el sujeto prevé una consecuencia secundaria que no constituye su fin (dolo directo de primer grado) ni va necesariamente unido al mismo (dolo directo de segundo grado), como no absolutamente improbable y cuenta con dicha probabilidad⁹⁰³.

El artículo 30 vendría, según esta interpretación, a excluir únicamente algunos supuestos de dolo eventual, que serán, precisamente, los mismos que quedarían excluidos si se hubiese introducido en el Estatuto de la CPI un criterio de imputación objetiva que exigiera la peligrosidad de la conducta, como ocurre en el Código penal español⁹⁰⁴, pues el dolo de realizar un resultado meramente posible pero absolutamente improbable (que no se produciría en el curso normal de los acontecimientos) es en el Código penal español el dolo de una tentativa inidónea atípica y por tanto impune⁹⁰⁵, pero quedan otros supuestos de dolo eventual típicos y punibles, pues, aun representándose el sujeto algo más que la mera posibilidad, la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado⁹⁰⁶, estaremos ante un supuesto de dolo eventual, punible según nuestro Código, competencia de la Corte según el Estatuto, si dicho resultado previsto no era el fin perseguido ni una consecuencia necesariamente

⁹⁰¹ CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General*, II, *op. cit.*, p. 150.

⁹⁰² *Ibid.*, p. 146.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 151.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁹⁰⁵ Sobre el concepto de tentativa inidónea manejado véase CERESO MIR, *Derecho penal, Parte general*, III, *op. cit.*, pp. 201 a 204.

⁹⁰⁶ Aún representaciones de una probabilidad más alta continuarían siendo casos de dolo eventual si el resultado no es el fin ni se ve como necesariamente unido a la consecución del fin sino como una consecuencia probable con cuya probabilidad se cuenta, mientras que si el sujeto confía en que su dominio del curso causal conseguirá evitar tal resultado estaremos ante una imprudencia consciente. El aumento de la probabilidad hace más difícil, pero no imposible que el sujeto pueda seguir confiando en que conseguirá evitar el resultado CERESO MIR, *Curso*, II, *op. cit.*, p. 151.

unida a la consecución de dicho fin, y el autor contaba con esa no absoluta improbabilidad⁹⁰⁷.

Por supuesto la difícil prueba de los elementos subjetivos habrá de inferirse de los datos objetivos del caso concreto: “La existencia de la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso”.

Respecto de los elementos normativos, no es necesaria una valoración o subsunción jurídicamente exacta por parte del autor, sino que será necesaria, conforme a la doctrina dominante, una valoración paralela del autor en la esfera del profano⁹⁰⁸. La Introducción de los Elementos de los Crímenes establece que “con respecto a los elementos de intencionalidad relacionados con elementos que entrañan juicios de valor, como los que emplean los términos “inhumanos” o “graves”, por ejemplo, no es necesario que el autor haya procedido personalmente a hacer un determinado juicio de valor, a menos que se indique otra cosa”. Sin embargo, como veremos a continuación, en los elementos de las figuras concretas se exige el conocimiento de la gravedad o naturaleza de la conducta, lo que le parece más acorde con la exigencia del carácter doloso de los delitos. En opinión de GIL GIL, esta explicación debería interpretarse, por lo tanto, en el sentido de que no hace falta que el sujeto haya realizado conscientemente el juicio de valor, pero sí al menos que sea consciente de alguna manera del carácter de su conducta exigido en el tipo⁹⁰⁹.

También se especifica que “los elementos correspondientes a cada crimen no se refieren en general a las circunstancias eximentes de responsabilidad penal o su

⁹⁰⁷ GIL GIL, “Los Crímenes contra la Humanidad”, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰⁸ Véase por todos CEREZO MIR, *Curso*, II, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁰⁹ GIL GIL, “Los Crímenes contra la Humanidad...”, *op. cit.*, p. 8

inexistencia”. Podríamos decir que se ha rechazado la teoría de los elementos negativos del tipo, o que por lo menos se deja claro que los siguientes elementos se refieren únicamente al “tipo positivo” de cada delito⁹¹⁰.

Se especifica respecto de todos los delitos que “el término "autor", tal y como se emplea en los Elementos de los Crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia”. Es decir, la autoría y la participación son elementos que pertenecen al tipo de lo injusto y que en absoluto prejuzgan los elementos posteriores del delito: antijuridicidad y culpabilidad. Además, se añade que “los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables *mutatis mutandis* a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los arts. 25 y 28 del Estatuto”, previsión muy acertada que pone de manifiesto, conforme a la doctrina penal mayoritaria, la necesaria concurrencia de dolo en el partícipe de un delito doloso⁹¹¹.

Por último, resulta también digna de alabanza la advertencia de que “una determinada conducta puede configurar uno o más crímenes”, puesto que, la relación entre los distintos preceptos puede ser de concurso de delitos, que, en opinión de GIL GIL, debería resolverse mediante un aumento de la pena, por ej., siguiendo el principio de absorción agravada que establece el Código Penal español⁹¹². Aunque éste es un tema que, a falta de regulación expresa en el Estatuto, debiera haber resuelto, por lo menos mediante la inclusión de unas pautas mínimas sobre la medición de la pena en casos de concurso, el instrumento de las Reglas de Procedimiento y Prueba⁹¹³.

⁹¹⁰ *Íbid.*

⁹¹¹ Véase por todos CEREZO MIR, *Derecho penal, Parte general, III, op. cit.*, p. 203.

⁹¹² BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 141.

⁹¹³ Ya que en dicho instrumento se incluyen otras previsiones que afectan a la pena, según dispone el art. 78 del Estatuto.

El Juez Fulford, una vez más, considera que esta investigación (teórica) del significado del nivel de conciencia es “inútil” ya que “las palabras son sencillas y de fácil comprensión, y se puede inducir a error al reformular o interpretar esta prueba usando otras palabras”⁹¹⁴. Una vez más, se está en desacuerdo con Fulford. Es cierto que la primera parte de la explicación de la norma por parte de la Sala I no es muy sencilla y por lo tanto puede dar lugar a confusión pero, en principio, la explicación de normas jurídicas abstractas es necesaria y útil si se hace correctamente. Una vez más, Fulford confía demasiado en el significado jurídico “simple” del texto⁹¹⁵.

Por último, pero no menos importante, la Sala se refiere al asunto del estándar de conocimiento respecto del requisito de edad (niño menor de quince años) del artículo 8.2.e) vii) ER. Dado que, tal y como comenta AMBOS, la edad de la víctima es una circunstancia en el sentido del artículo 30.3, 1ª alternativa, el acusado deberá actuar con conocimiento, es decir, deberá saber la edad de la víctima sin lugar a dudas. No obstante, para el artículo 8.2.e)vii), los Elementos de los Crímenes permiten un estándar menor “debería haber tenido conocimiento”⁹¹⁶ y así hace surgir la duda de si, primero, los Elementos pueden alterar la definición de un delito del Estatuto y, si así es, segundo, ¿qué significa “debería haber tenido conocimiento” en este contexto? La Sala no contesta estas preguntas ya que las partes (incluyendo la Fiscalía)⁹¹⁷ solicitaron la aplicación del estándar más alto. Por ende, en la opinión de la Sala I, “no es necesario abordar el caso de ninguna otra perspectiva y sería inapropiado decidir sobre estos

⁹¹⁴ “Fulford Disiente”, para. 15 (trad. libre).

⁹¹⁵ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 36.

⁹¹⁶ En este sentido, véase *Elements of Crimes* (ICC-ASP/1/3(part II-B)); versión disponible online en la página web: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Elements+of+Crimes.htm> (última visita: 16 de agosto de 2012).

⁹¹⁷ Resolución, paras. 1014-1015.

asuntos en abstracto”⁹¹⁸. Este punto de vista no convence a AMBOS. Primero porque, bajo el régimen procesal del Estatuto de Roma, una Sala no queda obligada por las solicitudes de las partes. Aunque una Sala puede dejar la responsabilidad de la presentación de las pruebas en las manos de las partes, como efectivamente lo ha hecho, esta parte no está obligada a hacerlo ya que el procedimiento de la Corte no es puramente litigante. En efecto, la Sala tiene amplios poderes en materia probatoria y puede, sin lugar a dudas, decidir cuestiones de derecho cuando así lo considere apropiado. Hay que admitir que hay límites prácticos a esto y ciertamente no iría tan lejos como la magistrada Odio Benito, quien le solicita a la Sala que decida todas las restantes cuestiones jurídicas relevantes “independientemente de la valoración de la prueba” y de los cargos concretos, en particular en vista de los intereses de las víctimas, ya que a la larga esto produciría una carga muy onerosa para una corte penal que, al fin y al cabo, no es ni una corte de derechos humanos ni una comisión de la verdad. Sin embargo, Ambos cree que la Sala debería haber decidido sobre este asunto por la simple razón de que la SCP lo había decidido en detrimento del acusado al invocar el estándar que reza “debería haber tenido conocimiento” de los Elementos y al argumentar que esto constituye una modificación permitida del artículo 30 ER a la luz de la formulación del mismo que indica “salvo disposición en contrario”. De este modo, la pregunta que debe ser contestada es la siguiente: ¿es una modificación del estándar del artículo 30 basada en una fuente ajena al Estatuto de Roma, en particular los Elementos, posible? La SCP decidió de forma afirmativa sin entrar en análisis, es decir, evitó la pregunta (como lo hace ahora la Sala) de cómo el artículo 9.3, que clasifica a los Elementos como una fuente subsidiaria del derecho con rango inferior al Estatuto; y el artículo 21.1.a), que coloca al Estatuto, a los Elementos y a las Reglas en igualdad,

⁹¹⁸ *Ibid*, para 1015; cfr. también Fulford Disiente, quien quiere aplicar el estándar de conocimiento por razones de justicia. *In casu*, la Sala concluye que Lubanga estaba “*fully aware*” “plenamente consciente” de la edad de los niños (de hecho, así se afirma claramente en la Sentencia, paras. 1347-1348: “[...] it is unnecessary to approach the case on any other basis, and it would be inappropriate to rule on these substantive issues in the abstract”).

pueden ser conciliados. Dado que la SCP en “Al-Bashir” propuso un test de “contradicción irreconciliable” de conformidad con el cual el Estatuto prevalecerá sobre los Elementos o Reglas únicamente si existe una “contradicción irreconciliable” entre las respectivas normas⁹¹⁹ –una posición que, según Ambos, no es compatible con el requisito de “compatibilidad” del artículo 9.3 – la Sala debería haber aprovechado la oportunidad para aclarar este asunto candente⁹²⁰.

3.1.4.1. ¿Podría haber sido el caso Lubanga un supuesto de autoría mediata por aparatos organizados de poder?

Si nos hacemos esta pregunta es por lo siguiente: ¿por qué la Sala de Cuestiones Preliminares siguió en gran parte a ROXIN para fundamentar la coautoría en la sentencia e incluso mencionó que – “la FPLC admitió” en su seno a jóvenes reclutados, incluidos menores de 15 años, y los envió a sus campamentos de entrenamiento, inculcándoles una estricta disciplina militar”⁹²¹ –, no se ha recurrido a esta figura para fundamentar la responsabilidad de Lubanga, ya que, inconscientemente la decisión alude a la propia organización como ejecutora del delito y al dominio de Lubanga sobre la estructura?. Además, dicho sujeto era el máximo jerarca de los dos aparatos de poder mencionados (la UPC/RP y el FPLC⁹²²), todo lo cual hacía más fácil imputarle una autoría mediata dentro de una estructura jerarquizada de poder que atribuirle el rol de coautor en los delitos mencionados⁹²³.

⁹¹⁹ Resolución, paras. 523-542. La discusión es poco profunda y sistemática, en particular respecto del asunto crucial del impacto de la ocupación en la índole del conflicto armado y posible internacionalización del mismo debido a la participación de Uganda y Ruanda.

⁹²⁰ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 37.

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² UPC/RP (Ugandan People Defence Forces) y el FPLC (Forces Patriotiques pour la Libération du congo)

⁹²³ AMBOS, “El primer fallo”, *op. cit.*, p. 37.

Sin embargo, en el caso “Lubanga”, debido a las múltiples disputas internas en el seno de las FPLC, es improbable que la noción de coautoría mediata, tal y como fue aplicada en la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso “Stakic”, hubiera podido ser aplicable⁹²⁴. Recordemos que la SCP retomó el concepto de coautoría mediata, previamente aplicado en el 2003 en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) en el caso contra Milomir Stakic, y que desde entonces no había vuelto a ser utilizado, debido a que la Sala de Apelaciones del TPIY declaró en su sentencia de apelación en este mismo caso que el concepto de coautoría mediata ni formaba parte de la costumbre internacional en el momento en que se produjeron los delitos imputados (primavera y verano de 1992), ni había sido acogido por la jurisprudencia del TPIY. La elaboración del concepto de coautoría mediata en derecho penal internacional, aplicable por lo general a situaciones en que un pequeño grupo de altos líderes políticos y/o militares acuerdan la ejecución de un plan criminal común mediante la utilización de las diversas organizaciones que dirigen, se produce en un momento en que las fiscalías de la Corte, del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para la Rwanda (TPIR), así como aquéllas de la Corte Especial para Sierra Leona y de los Tribunales para Camboya y Líbano, han dejado claro que, con independencia de que algunas de sus primeras actuaciones pudieran haberse centrado en soldados y mandos medios de las unidades y grupos involucradas en los crímenes de guerra y de lesa humanidad investigados, sus actuaciones se centran en la actualidad en la responsabilidad de los líderes políticos y militares de dichos grupos, que por lo general se encuentran geográfica y estructuralmente alejados del lugar de los hechos⁹²⁵.

⁹²⁴ OLÁSULO, H., “El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de Crímenes de Guerra conforme al derecho penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, n° 132, 2008, pp. 83-119.

⁹²⁵ OLÁSULO, “El impacto de la primera jurisprudencia...”, *op. cit.* p. 75.

Ahora bien, ¿cómo debe ser tal organización criminal no estatal para poder basar la autoría mediata por parte del vértice que la dirige en virtud de un dominio de la organización? En este caso, en primer lugar, la práctica del Derecho penal internacional sobre los conflictos africanos muestra que la macrocriminalidad discurre, a menudo de manera desordenada, por fuera de la organización burocrática⁹²⁶ y que la cohesión de los grupos milicianos paramilitares, más allá de ser producto de la organización burocrática formal, se basa más bien en factores “débiles” como en la afiliación de origen así como en los vínculos socio-familiares o fácticos⁹²⁷. En grupos violentos también es usual el reclutamiento de niños que son sometidos a un adoctrinamiento⁹²⁸ y a un régimen de entrenamiento especialmente estricto⁹²⁹, lo que conduce a una cultura del mando y de la obediencia (ciega)⁹³⁰. Lo decisivo es que el control sobre los ejecutores también se pueda lograr a través de otros medios diferentes a una organización estrictamente jerárquica y muy formal⁹³¹. La estructura anónima y estrictamente jerárquica como paradigma clásico del dominio de la

⁹²⁶ OSIEL, M., *Making sense of mass atrocity... op.cit.*, p. 99.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 104.

⁹²⁸ Confróntese ALLENT, T., *Trial Justice - The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, London, 2008, p. 42, quien manifiesta que ha sido una “llave estratégica” del grupo ugandés Ejército de Resistencia del Señor, “Lord's Resistance Army” (LRA) “raptar a los jóvenes, incluidos los niños, y educarlos para ser parte de una nueva sociedad”. A parte de eso, indica los planteamientos espirituales de su líder Kony, los cuales dan lugar tanto al “miedo” como también al “respeto por su poder” (pp. 42 y ss.). AKHAVAN, P., “The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court”, en *Am. J.Int. L.*, 2005, p. 403 (p. 407), hace hincapié (de igual forma referido al LRA) en el “doble papel de los niños soldados como autores y víctimas” y en la cultura del “mando y control” resultante, así como también en la explotación de “la inocencia y la vulnerabilidad de los niños con el fin de transformarlos en una potente combinación de dócil subordinación y feroces asesinos”.

⁹²⁹ ICC, PTC I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, “Decision on the confirmation of charges”, ICC-01/04-01/07 del 30.09.2008, o véase también nota 61.

⁹³⁰ Sobre la “espiritualidad” de Kony, el líder del LRA, y el correspondiente seguimiento ciego de sus combatientes, véase TRAYLOR, A., “Uganda and the ICC: Difficulties in Bringing the Lord's Resistance Army Leadership before the ICC”, *Eyes on the ICC*, vol. 23, 2009-2010, p. 25: “His followers often believe that these spirits allow Kony to watch current and former LRA members and to predict the future. These claims of divine guidance work to effectively insulate Kony against any possible questioning or criticism. For example, when soldiers, many of them children, are ordered to walk directly into oncoming fire during an attack, those who instead seek cover are accused of questioning Kony, and by extension, the “Holy Spirit” itself. Such offenses are often punished by mutilation and/or death. When an individual is killed during combat, it is said that he personally angered the Holy Spirit and thus forfeited protection. Such intimidation results in a group of highly motivated and dedicated followers who are more than willing to carry out Kony's often brutal orders”.

⁹³¹ OSIEL, *Making sense... op. cit.*, p. 114.

organización en aparatos burocráticos se sustituye en este tipo de organizaciones por elementos estructurales “débiles” informales, aunque esto no significa la ausencia total de una estructura vertical jerarquizada con una cadena de mando clara, pero sí fundamenta el control de los ejecutores no primariamente en la formalidad de una jerarquía (o de otras formalidades), sino más bien en los mencionados factores “débiles”⁹³². Tomados en su conjunto estos factores crean un tipo de autoridad “personal” en torno al líder de las milicias, lo que garantiza el control de la organización y de sus integrantes. Sin embargo, autoridad “personal” no significa necesariamente que el líder conozca personalmente a todos los miembros de su organización o que la ejecución de las órdenes se base en una relación personal estrecha entre estos y el líder. Una “personalización” demasiado fuerte conduciría a que la influencia represiva para la actuación que surge de la cúspide de la organización y que garantiza la ejecución de la orden se debilitara de tal modo que desaparecieran los controles basados en la relación de subordinación entre la cúpula de la organización y sus miembros⁹³³. ROXIN ya reconoció esto en 1963, cuando hizo hincapié en que la unión de “media docena de elementos asociales” no constituye todavía un “aparato de poder”, puesto que la “comunidad se basa en las relaciones individuales de los participantes entre sí y no tiene aquella continuidad que le es independiente al cambio de los miembros” y que es presupuesto del dominio de la organización⁹³⁴. En todo caso, la organización tiene que estar estructurada jerárquicamente y debe ser grande, de tal manera que la influencia represiva para la actuación que parte del vértice de la organización pueda ser transmitida de manera anónima a todos los miembros (tanto los conocidos personalmente como los que no) con la firmeza suficiente.

⁹³² AMBOS, K. “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”, en *InDret*, n° 3/2011, julio 2011, p. 16.

⁹³³ AMBOS, “Sobre la “organización”, *op. cit.*, nota a pie 86.

⁹³⁴ ROXIN, *Autoría y Dominio del hecho*, *op. cit.*, p. 206.

4. La Coautoría directa or dominio funcional en la jurisprudencia de la CPI.

La Corte penal internacional ha imputado crímenes cometidos en calidad de coautor directo por dominio funcional (control conjunto) del hecho en los casos Lubanga⁹³⁵, y Banda y Jerbo⁹³⁶.

La coautoría por dominio funcional del hecho (*co-perpetration based on the joint control over the crime*) se basa, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, y acudiendo de nuevo a la doctrina clásica continental, en la división de las tareas esenciales entre dos o más personas con el propósito de cometer el crimen⁹³⁷. El primer elemento de la coautoría sería la existencia de un acuerdo o plan común⁹³⁸. Pero a la hora de explicar en qué consiste el acuerdo o plan común, la Sala⁹³⁹ afirma que basta con que los coautores acuerden llevar a cabo un plan con un propósito no criminal y solo cometer el crimen si se dan ciertas circunstancias. También entiende la Sala que se da el acuerdo común si los coautores son conscientes del riesgo de que la realización del plan común (no dirigido a un propósito criminal) resultará en la comisión el crimen y aceptan tal resultado.

Como segundo elemento la Sala exige la realización coordinada de una contribución esencial que resulte en la realización de los elementos objetivos del tipo⁹⁴⁰. Solo quien realiza una contribución esencial y puede frustrar la comisión del delito no aportando su contribución tiene el dominio del hecho⁹⁴¹. A continuación rechaza que solo tenga tal dominio quien actúa en la fase ejecutiva a pesar de reconocer

⁹³⁵ Véase Lubanga Judgment Trial Chamber I Judgment pursuant to Article 74 of the Statute In The Case Of *The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo* 14 March 2012 para. 978.

⁹³⁶ *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed JerboJamus*, Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011.

⁹³⁷ *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/06-803-Ten, de 29 de enero de 2007, Para. 342.

⁹³⁸ Para. 344.

⁹³⁹ Para. 346.

⁹⁴⁰ Para. 347.

⁹⁴¹ Para. 347.

que es una opinión doctrinal extendida, con el argumento de que el Estatuto no prevé tal restricción. La restricción sin duda no proviene de ninguna redacción legal sino de qué se entienda por el dominio del hecho y de si quien actúa solo en fase preparatoria puede considerarse poseedor de tal dominio⁹⁴², lo que la Sala no estudia.

Como tercer elemento según la Sala el coautor debe actuar con el dolo y demás elementos subjetivos exigidos por el delito en concreto⁹⁴³. Y entiende que el art. 30 del Estatuto comprende todas las clases de dolo⁹⁴⁴. Este criterio será corregido posteriormente en el caso Bemba⁹⁴⁵, a partir del cual se rechaza el dolo eventual⁹⁴⁶.

⁹⁴² La doctrina mayoritaria ha afirmado que no, pues el que actúa solo en fase preparatoria tiene que dejar en manos de otro la decisión última sobre si el delito se comete o no (CEREZO, Curso III, *op. cit.*, p. 224, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, “La doctrina de la “empresa criminal conjunta...” *op. cit.*, p. 369 y ss. con ulteriores citas. En contra MUÑOZ CONDE, F., “¿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 organizada y empresarial?” *op. cit.*, p. 512 y ss. La propia sala cita autores a favor y en contra sin explicar por qué entiende preferible una solución a otra y en que se basa.

⁹⁴³ Para. 359. La Sala distingue con acierto el dolo eventual de la recklessness nota 438.

⁹⁴⁴ Para. 352.

⁹⁴⁵ Con argumentos discutibles, partiendo de una errónea equiparación entre dolo eventual y advertent recklessness que tanto la doctrina continental como la anglosajona han rechazado, *vid.* MELENDO PARDOS, *op. cit.*, p. 86; FLETCHER, G. P., *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 175 y 176, Como indica este autor en la definición del *Model Penal Code*, la *recklessness* equivale a nuestra imprudencia consciente y en la doctrina inglesa a una imprudencia grave (consciente o inconsciente), no engloba pues el concepto de dolo eventual. Además la Corte añade una particular definición tanto del dolo eventual como del dolo directo de segundo grado, que parece seguir la explicación de ESER, A., “Mental Element” en CASSESE, GAETA, JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, 2002, p. 915, aunque relajándola pues ESER habla de la certeza de la producción del resultado como una consecuencia inevitable, lo que obviamente no llega a exigirse en las decisiones de la CPI. En la doctrina admite que el art. 30 puede comprender el dolo eventual por ej. OLÁSULO ALONSO, “El impacto de la primera jurisprudencia...”, *op. cit.*, p. 15, y GIL GIL, A., “Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional” *op. cit.*, pp. 136 y ss.

Aunque algunos autores españoles y alemanes ciertamente identifican el dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias como aquel en el que el resultado se prevé como seguro o prácticamente seguro, muchos otros autores rechazamos que el dolo directo de segundo grado se corresponda con la previsión de un determinado grado de certeza o de probabilidad del resultado. Véase GIL GIL, LACRUZ, MELENDO NÚÑEZ, *op. cit.*, pp. 235 y ss., CEREZO MIR, *Curso*, t. II, *op. cit.*, p. 146 y ss., STRATENWERTH, *Derecho penal Parte general*, *op. cit.*, p. 164, marg. 108. Cuando la realización del tipo, o la producción del resultado no es el fin que persigue el sujeto al actuar, pero es una consecuencia que el sujeto prevé como *necesariamente unida* a la consecución de su fin, ese tipo o ese resultado han sido abarcados con dolo directo de segundo grado. Por tanto si el sujeto estima que para conseguir su fin es necesario realizar el resultado típico lo abarcará con dolo directo de segundo grado, por pocas posibilidades que asigne tanto a la consecución de su fin, como consecuentemente también a la producción del resultado necesariamente unido a aquél. Aún representaciones de una probabilidad más alta continuarían siendo casos de dolo eventual si el resultado no es el fin ni se ve como necesariamente unido a la consecución del fin sino como una consecuencia probable con cuya probabilidad se cuenta, mientras que si el sujeto confía en que su dominio del curso causal conseguirá evitar tal resultado estaremos ante una imprudencia consciente. Véase Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article

Además la Sala establece que los coautores deben ser conscientes y aceptar mutuamente que la realización de su plan puede llevar a la realización de los elementos objetivos del tipo⁹⁴⁷.

Y, por último, el sujeto debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le otorgan el co-dominio del hecho, lo que implica ser consciente de su rol esencial y de que puede frustrar la comisión si no aporta su contribución⁹⁴⁸.

5. La coautoría mediata a través de aparatos de poder jerarquizado en la doctrina de la CPI.

5.1. Fundamentación de la elección de esta figura

Pese a que algún autor ha querido ver una aplicación de la autoría mediata por aparatos de poder en múltiples decisiones de los tribunales internacionales⁹⁴⁹, lo cierto es que hasta el momento solo encontramos tres decisiones de confirmación de cargos en las que verdaderamente se aplica la teoría del dominio por aparatos de poder. Son las de la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Katanga y Ngudjolo⁹⁵⁰, de 30 de septiembre de 2008, y de la Sala de Cuestiones Preliminares II en el caso contra William Samoei Ruto⁹⁵¹ y en el caso Francis Kirimi Muthaura y Uhuru Muigai Kenyatta⁹⁵², ambas de 23 de enero de 2012. En estas tres decisiones las Salas de Cuestiones Preliminares I y II han elegido, como veremos a continuación, algunos de

61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the *Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 June 2009.

⁹⁴⁶ Véase en el mismo sentido *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta* Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012 para. 411.

⁹⁴⁷ Para. 361 y ss.

⁹⁴⁸ Para. 367.

⁹⁴⁹ OLÁSULO ALONSO, H., *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 159 y ss.

⁹⁵⁰ *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of the Charges, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07-717, de 30 de septiembre de 2008.

⁹⁵¹ Pre-Trial Chamber II In The Case Of *The Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang* Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

⁹⁵² Pre-Trial Chamber II *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta* Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

los criterios en los que ROXIN fundamenta el dominio del hecho por dominio de la organización y han analizado su posible concurrencia en el caso concreto.

Lo cierto es que hay otros casos en los que podrían haber obrado del mismo modo y no lo han hecho, optando en cambio por una coautoría directa por dominio funcional, sin que quede claro por qué se elige una u otra teoría.

La doctrina que defiende la coautoría por dominio funcional del dirigente y afirma que contribuciones como la planificación, organización y dirección en la fase preparatoria pueden proporcionar tal dominio⁹⁵³, suele oponerse a la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder⁹⁵⁴. Es precisamente esa oposición la que suele llevar a ampliar la coautoría afirmando el dominio de quien actúa en fase preparatoria⁹⁵⁵. En cambio, la Corte admite ambas formas de dominio del hecho que amplían la autoría notablemente más allá del concepto objetivo-formal, de la autoría mediata tradicional, limitada al instrumento irresponsable, e incluso de la coautoría

⁹⁵³ MUÑOZ CONDE, “¿Cómo imputar a título de autores...”, *op. cit.*, p. 518, en contra de la opinión mayoritaria, y a favor de la interpretación más amplia que están *op. cit.* haciendo los tribunales, considera que en determinados casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria. De esta opinión son también otros autores españoles que defienden que igualmente que el que actúa solo en fase preparatoria puede tener el codominio del hecho, como FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, *op. cit.*, pp. 96-97 o MARÍN DE ESPINOSA, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 pp. 140-141. Aunque puede decirse que esta opinión es en nuestra doctrina todavía minoritaria. Así lo constata FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 283.

⁹⁵⁴ En España algunos de los autores que rechazan la construcción de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder organizados proponen castigar al hombre de atrás como coautor. Por ej. CONDE PUMPIDO, C., *Código penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, 1997, p. 21 FERRÉ OLIVÉ, “Blanqueo de capitales...”, *op. cit.*, pp. 96-97, MARÍN DE ESPINOSA, *Criminalidad de empresa...*, *op. cit.*, p. 134, 137 y ss. Y MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *op. cit.*, p. 456 para las organizaciones criminales no estatales ni paraestatales En cambio para las estatales y paraestatales acepta la autoría mediata por aparatos de Roxin, véase MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN, *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, *op. cit.*, p. 454.

⁹⁵⁵ La jurisprudencia española nunca ha condenado a nadie en aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder. Por el contrario, ha imperado la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes los delitos cometidos por los subordinados. Unas veces exigiendo la actualización de la dirección en la fase ejecutiva, otras presuponiendo que el dirigente organizador tiene el dominio del hecho aun cuando solo actúe en la fase preparatoria, y otras muchas por la vía de considerar verdaderos autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Véase sobre ello GIL GIL, “El caso español” en AMBOS, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, *op. cit.*, p. 89 y ss. Sobre la tendencia de nuestra jurisprudencia a considerar a los inductores y cooperadores necesarios como verdaderos autores y sus causas véase BACIGALUPO ZAPATER, E., “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, N° 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX (La Ley 20145/2008) pp. 3 y ss.

funcional mayoritariamente aceptada, limitada a quien sin realizar actos ejecutivos al menos actúa o actualiza su aportación en la fase ejecutiva⁹⁵⁶. Admitiendo pues ambas posibilidades, la opción por una u otra debería radicar en si el superior actúa junto con sus subordinados o en cambio actúa a través de sus subordinados⁹⁵⁷. La Corte sin embargo no analiza este dato para elegir una u otra forma de intervención. Parece que la elección es más bien oportunista, según como haya definido los cargos el fiscal o, cuando el fiscal ha presentado ambas posibilidades la Corte ve incluso la coautoría mediata como una posibilidad subsidiaria de la coautoría directa, que entiende preferente⁹⁵⁸.

⁹⁵⁶ La mayoría de la doctrina española defensora de un concepto de autor basado en la idea del dominio del hecho exige que el coautor actúe en la fase ejecutiva con una contribución que aún no siendo típica se considere esencial según el plan común para la realización del delito. La doctrina además suele entender que no basta para considerar como esencial una aportación con afirmar la capacidad del codeficiente de impedir la comisión del delito, aunque el TS interpretó la esencialidad en este sentido en alguna ocasión, sino que se trataría de al menos la posibilidad de evitar el hecho mediante la no prestación de su aportación desde una perspectiva ex ante. véase sobre todo ello GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., pp. 392 y ss. con abundantes citas doctrinales CERESO MIR, J., “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española” op. cit., p. 176-177, GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, op. cit. pp. 120, 135-136.

⁹⁵⁷ Una parte de la doctrina ve otra diferencia en la ausencia en su opinión de acuerdo mutuo entre el dirigente y el ejecutor material en estos casos, rechazando por ello la solución de la coautoría y optando autoría mediata por aparatos de poder, Entre otros sostiene este argumento contra la solución de la coautoría FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente...*, op. cit., p. 129, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, op. cit., p. 260, CERESO MIR, *Curso*, t. III, op. cit., p. 218, nota 52, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., p. 375, PÉREZ CEPEDA, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, op. cit., p. 117. Sin embargo hay que decir que el TS español ha interpretado el elemento del mutuo acuerdo de manera muy amplia, se acepta el acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos, pero además al TS le basta en ocasiones el mero conocimiento o incluso el no oponerse para imputar en coautoría. El TS aprecia el acuerdo de voluntades por tanto sin necesidad de contacto entre todos los coautores, bastando con que la información haya llegado a todos ellos a través de los eslabones que hacen de intermediarios. Podría por tanto afirmarse que el TS acepta que el cumplimiento de una orden o encargo es sumarse a un acuerdo de forma tácita, como lo es también el aprobar o consentir la operación diseñada por unos subordinados para ser ejecutada por otros que aceptan el encargo. Sobre la aceptación del acuerdo tácito y coetáneo en la doctrina española véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., p. 160 y s. con ulteriores citas en nota 135, y p. 164 y ss. con citas de doctrina y jurisprudencia del TS en nota 142 y GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, op. cit., pp. 557 y ss., que destaca la escasa prueba que exige el TS para afirmar la existencia de un acuerdo coetáneo y tácito, bastando con estar presente y no oponerse, o deduciéndose de la acción conjunta realizada, etc.

⁹⁵⁸ Véase por e j. *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011. La Sala confirma los cargos por coautoría directa, aquí además la Sala especifica que la coautoría es entre los superiores y los subordinados. El fiscal los había acusado como coautores o como coautores mediatos alternativamente (para 124). La Sala opta por la coautoría directa, y previamente había decidido que solo si no encontrara fundamento a la coautoría directa examinaría la mediata (para 125), como si esta última fuese una forma de responsabilidad subsidiaria.

En opinión de la Corte penal internacional respecto de la autoría mediata (*indirect perpetration*): El líder debe utilizar su control sobre el aparato para ejecutar los delitos, lo que significa que el líder, como el autor detrás del autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes. El cumplimiento debe incluir la comisión de alguno de los crímenes bajo la jurisdicción de este Tribunal. Y en relación con la coautoría mediata (*indirect coperpetration*), la misma es aplicable cuando todos o algunos de los co-autores llevan a cabo sus respectivas contribuciones esenciales al plan común a través de otra persona.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Katanga y Ngudjolo la Sala explica con detalle la teoría de la autoría mediata por dominio de la organización siguiendo a Roxin, y así establece que es autor el hombre de atrás que controla la voluntad del ejecutor⁹⁵⁹. Recuerda la Sala que a pesar de las críticas de la doctrina a esta construcción lo cierto es que los redactores del Estatuto decidieron introducir la figura del autor que utiliza a un instrumento responsable⁹⁶⁰. Y en opinión de la Sala, siguiendo a algunos comentaristas del Estatuto⁹⁶¹, esa referencia conduce directamente a la teoría de la autoría mediata por el dominio de la organización⁹⁶². Lo que es cierto es que dentro de la amplia oposición doctrinal que ha recibido la idea del autor mediato con instrumento responsable, la doctrina aparentemente más seguida en las pocas decisiones judiciales que en el derecho comparado han castigado aplicando esta figura ha sido la de Roxin (aparatos de poder) o ésta completada por la de Schroeder (disposición al hecho).

Pero a pesar de sus infructuosos esfuerzos por argumentar el reconocimiento

⁹⁵⁹ *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus* Para. 486: “has control over the will of those who carry out the objective elements of the offence (commission of the crime through another person)” y marg. 497.

⁹⁶⁰ Para. 499.

⁹⁶¹ Cita por ej. a AMBOS, K., “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2a ed., 2008, n. 10-13.

⁹⁶² *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus* Para. 501.

nacional⁹⁶³ e internacional de esta figura, tiene razón la Sala al afirmar que la oposición a la figura del dominio del hecho por dominio de la voluntad se basa fundamentalmente en el rechazo a la autoría mediata con instrumento responsable, y que si el Estatuto impone el reconocimiento de esta figura debe buscársele el mejor fundamento, y desde luego el de ROXIN tiene hoy por hoy más apoyo que otros.

5.2. Descripción y requisitos.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Katanga y Ngudjolo la Sala explica cómo funciona el dominio del hecho mediante el dominio de la organización⁹⁶⁴. Señala la necesidad de que se trate de una estructura basada en relaciones jerárquicas, que el acusado ejerza autoridad y control sobre la organización de manera que los subordinados cumplan sus órdenes y ese cumplimiento debe incluir la comisión de crímenes de competencia de la Corte. Además el aparato debe actuar de una manera casi automática, lo que permite al líder asegurarse del cumplimiento. Ello se consigue mediante la fungibilidad del ejecutor que garantiza que la negativa de un subordinado no frustrará los planes del dirigente.

Si no se dan estos requisitos que fundamentan el dominio del hecho del superior que da la orden, éste responderá como partícipe del art. 25.3 b) y no como autor⁹⁶⁵.

Sin embargo en esta decisión, que se da en un caso que tiene que ver con el empleo de niños soldado, la Sala añade otro fundamento al dominio del hecho por dominio de la organización, que no aparece en otros casos. En su opinión no solo la fungibilidad garantiza el automatismo de la organización en el cumplimiento de las órdenes, sino también otros métodos como regímenes violentos, estrictos e intensos de

⁹⁶³ De la misma opinión WERLE, G., y BURGHARDT, B., "Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?" en *Revista penal*, n. 28, julio, 2011, pp. 200 y 201.

⁹⁶⁴ *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, para. 511 y ss.

⁹⁶⁵ *The Prosecution vs Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, para. 517.

entrenamiento, como por ejemplo cuando los subordinados han sido secuestrados y entrenados de forma dura desde niños⁹⁶⁶. La sala no apoya en ninguna doctrina o jurisprudencia esta ampliación de la fundamentación del dominio del hecho, pero quizás podría pensarse que con esta apreciación nos acerca a la doctrina de la disposición al hecho del ejecutor, o simplemente, como señala AMBOS⁹⁶⁷, que se apuntalan en ciertos factores “débiles” una estructura jerárquica en defecto de una jerarquización más formal, propia de los aparatos estatales, pero por lo general ausente en los no estatales.

No menciona en cambio la Sala el requisito de la desvinculación o apartamiento de la organización del Derecho, requisito discutido por una parte de la doctrina⁹⁶⁸, pero que ha sido mantenido por algunas de las sentencias nacionales más relevantes que han aplicado la construcción de ROXIN⁹⁶⁹.

La Sala resume además como puede cometerse el delito en coautoría mediata:

⁹⁶⁶ *Ibid*, para 518.

⁹⁶⁷ AMBOS, “Sobre la “organización” en el dominio...”, *op. cit.*, p. 9 y ss., no renuncia a exigir también en los aparatos no estatales un cierto grado de jerarquización vertical, con una cadena de mando clara, pero parece que en su opinión este requisito podría relajarse algo y completarse con otros sistemas de control, de manera que el control de los ejecutores se fundamentaría no *primariamente* en la formalidad de una jerarquía (o de otras formalidades), sino más bien en ciertos factores “débiles”, como el citado o la afiliación de origen así como en los vínculos socio-familiares o fácticos. Tomados en su conjunto estos factores crean un tipo de autoridad “personal” en torno al líder de las milicias, lo que garantiza el control de la organización y de sus integrantes. –p. 16–. En todo caso, reitera que la organización tiene que estar estructurada jerárquicamente y debe ser grande, de tal manera que la influencia represiva para la actuación que parte del vértice de la organización pueda ser transmitida de manera anónima a todos los miembros (tanto los conocidos personalmente como los que no) con la firmeza suficiente.

⁹⁶⁸ A favor de prescindir del requisito de la desvinculación al Derecho en la doctrina española, cfr. BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 337 y ss.; NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18 2 y ss.; MARÍN DE ESPINOSA, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, *op. cit.*, p. 89; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 235. A favor de mantener el requisito de la desvinculación al Derecho en su sentido originario, en cambio, FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente...*, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁶⁹ Así por ej. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, de 7 de abril de 2009, y sentencia confirmatoria de la Primera Sala Transitoria, de 30 de diciembre de 2009. También a favor del requisito la Audiencia Nacional española: Id Cendoj: 28079220022008200024, Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, Sección: 2 No de Recurso: 12/2007 AUTO n° 8/2008, de 28/04/2008, FJ 7o: “La aplicación de la teoría de la autoría mediata construida por la dogmática alemana exige que la organización funcione como una totalidad al margen del Ordenamiento jurídico, ya que si actúa ligada a los principios propios de un Estado de Derecho, sometido a la ley, “la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, el poder de la voluntad del inspirador”.

cuando cada uno de los acusados, realiza una parte del delito, habiéndose dividido las tareas de común acuerdo, y cada uno realiza su parte (que puede ser ejecutiva o no) a través de otro u otros⁹⁷⁰. Esta construcción permite a la Sala atribuir a un acusado los crímenes cometidos por sujetos que no son sus subordinados ni obedecen sus órdenes con el argumento de la mutua atribución de las aportaciones de cada coautor⁹⁷¹.

Según la doctrina propulsora de la aplicación hecha por los tribunales internacionales de la coautoría mediata, la coautoría basada en el dominio funcional compartiría con la JCE el partir, para definir al autor del plan común y una contribución a dicho plan, aun cuando la misma no consista en la realización de actos ejecutivos, pero a diferencia de ésta añadiría como elemento esencial la importancia de la contribución ejercida por el sujeto, que aún no siendo ejecutiva, le proporcionaría el dominio funcional del hecho⁹⁷². Y, por otro lado, si a esta comprensión amplia del dominio funcional sumamos la teoría del dominio del hecho a través del dominio de un aparato de poder organizado tenemos, en opinión de OLÁSULO⁹⁷³ varias posibles formas de coautoría mediata:

(i) cuando varios superiores que tienen un control compartido sobre una determinada organización y lo utilizan de manera coordinada para asegurar la comisión del delito; (a esta variante de la ha denominado también autoría mediata en

⁹⁷⁰ Para. 519 y ss.

⁹⁷¹ Así lo destaca también AMBOS, “Sobre la “organización” en el dominio de la organización” *op. cit.*, p. 12: “No obstante, la Sala de Asuntos Preliminares de la CPI imputó a los procesados – mediante una curiosa combinación de autoría mediata (dominio de la organización) y coautoría como *coautoría mediata* (“*indirect co-perpetration*”) – no sólo los hechos de los propios subalternos, sino también los de cada uno de los otros, ya que habían intervenido en virtud de un plan común, siempre habían efectuado una contribución fundamental y habían controlado conjuntamente la totalidad del asalto” en relación con el caso Katanga y Ngudjolo Chui.

⁹⁷² OLÁSULO ALONSO H, y PÉREZ CEPEDA, A., “The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case1” en *International Criminal Law Review* 4: 2004, p. 477.

⁹⁷³ OLÁSULO ALONSO, *Ensayos de Derecho penal ...*, *op. cit.*, p. 162.

co-autoría)⁹⁷⁴ y

(ii) cuando varios superiores, que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), utilizan dichas organizaciones para ejecutar de manera coordinada un plan común. A esta variante se la ha denominado co-autoría mediata⁹⁷⁵ o coautoría entre autores mediatos⁹⁷⁶.

Sin embargo sería posible todavía una tercera modalidad de combinar coautoría y autoría mediata: cuando uno de los coautores lo es simplemente por aportar de propia mano una contribución esencial, es decir por dominio funcional, mientras que los otros ejercen su parte a través de una organización bajo su control. De esta manera el primero es coautor directo de un coautor mediato. Aceptar esta modalidad facilitaría la imputación como autor en casos como Ruto, en el que el acusado realiza una importante tarea de organización, coordinación o aportación de medios esenciales, pero no queda claro su poder de mando, y ni siquiera la existencia de una organización jerárquica en la maraña de pequeñas organizaciones dirigidas por diversos líderes que se unen aparentemente sólo en torno a un objetivo común. Ésta podría haber sido también la fundamentación del caso Stakic, ante el TPIY, pues se argumentó su contribución esencial al hecho, al facilitar medios esenciales para la comisión del delito, pero sin explicar a su vez la comisión de su parte a través de otros según alguna de las teorías del dominio del hecho. Si las tareas de dirección y organización o la aportación de ciertos medios son definidas por la Corte como aportaciones esenciales de propia mano que confieren el dominio funcional del hecho –lo que personalmente no me

⁹⁷⁴ WERLE y BURGHARDT, “Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?” *op. cit.*, p. 205.

⁹⁷⁵ *Íbid.*, p. 204.

⁹⁷⁶ SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina posdictatorial*, *op. cit.*, p. 31.

parece en sí convincente⁹⁷⁷—, no es necesario ya forzar una argumentación del dominio de una organización que muchas veces no se corresponderá con la realidad.

Las órdenes de arresto por el contrario son de poca ayuda para apreciar la decisión de la Corte en la materia, en primer lugar porque suelen contener una serie de títulos de imputación de forma alternativa, sin decidirse todavía por ninguno, y sin fundamentarlos⁹⁷⁸. En ambas se califica provisionalmente a Bemba como coautor o autor mediato (“*through other persons*”), recogidos en el art. 25.3 a del ER. OLÁSOLO afirma que en esta decisión la Sala aplica la autoría mediata por aparatos de poder organizados. Sin embargo, no hay datos suficientes en las decisiones citadas que lleven a poder afirmar que sea ésa la doctrina aplicada. Nada se argumenta en ellas acerca de la existencia de un aparato de poder organizado que actúe al margen de la ley, la fungibilidad de sus integrantes, el dominio de Bemba sobre dicha organización y que la haya utilizado o controlado para cometer el delito. Pero cuando las órdenes de arresto optan claramente por una calificación de coautoría indirecta⁹⁷⁹, lo cierto es que también carecen de fundamentación suficiente, pues no se analizan los elementos que según la teoría de ROXIN fundamentan esta figura. También la Orden de arresto contra Al Bashir fue apoyada en la calificación exclusiva como coautor mediato, y la doctrina se ha apresurado a explicar que se fundamenta en la teoría del dominio del hecho por dominio de la organización⁹⁸⁰. La Sala afirma que Omar Al Bashir y los otros altos dirigentes políticos y militares sudaneses dirigieron las ramas del “aparato” del Estado de Sudán, que se llevó, de manera coordinada, con el fin de ejecutar de manera conjunta

⁹⁷⁷ Como explicaremos infra se plantea el problema de cómo definir la contribución “esencial” y por tanto otorgadora del dominio funcional del hecho, y de la distinción del coautor así configurado del cooperador necesario.

⁹⁷⁸ Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for Jean Pierre Bemba Gombo, 23.05.2008 y Warrant of arrest replacing the one issued on 23 May 2008, 10 June 2008. Véase por ej. las de Jean Pierre Bemba Gombo.

⁹⁷⁹ Así por ej. Sala De Cuestiones Preliminares I, Orden de detención de Saif Al-Islam Qadhafi, 27 de junio de 2011.

⁹⁸⁰ Jessberger, F., y Geneuss, J., “On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?” en *Journal of International Criminal Justice* 6, 2008, pp. 853 y ss.

el plan común⁹⁸¹. Dicho plan es descrito previamente como comprensivo de la intención de lanzar un ataque ilícito contra la población civil que incluía traslados forzosos de población, asesinatos, y otros crímenes⁹⁸².

Sin embargo, nada dice la Sala de los elementos que fundamentan el dominio del hecho por aparatos de poder jerarquizados. Nada se argumenta acerca de la ubicación del aparato fuera de la ley, ni de la fungibilidad de los ejecutores, por ejemplo. Es decir, lo único que nos relaciona con tal teoría es el hecho de que la Sala la define como autoría mediata por dominio del hecho y menciona la realización de unos crímenes a través de un aparato estatal⁹⁸³. A partir de ahí la fundamentación del dominio podría serlo tanto la no mencionada fungibilidad del ejecutor, como podría serlo la disponibilidad al hecho, una combinación de ambas, como se argumentó en el caso Fujimori, o cualquier otra teoría⁹⁸⁴.

Es de esperar que las órdenes de arresto carezcan de un análisis detallado de los requisitos del dominio del hecho solamente por su finalidad y carácter preliminar, y que esos déficits sean corregidos después en las Decisiones de confirmación de cargos, como hemos visto en las analizadas anteriormente⁹⁸⁵.

5.3. *Críticas.*

La construcción de la coautoría mediata utilizada por la CPI combina dos

⁹⁸¹ Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, No.: ICC-02/05-01/09, 4 Marzo 2009, para. 216: "Omar Al Bashir and the other high-ranking Sudanese political and military leaders directed the branches of the "apparatus" of the State of Sudan that they led, in a coordinated manner, in order to jointly implement the common plan".

⁹⁸² Para. 215.

⁹⁸³ Más datos para fundamentar la aplicabilidad de la teoría del dominio del hecho por dominio de la organización parece haber en el escrito del fiscal. Véase Prosecutor's Application for Warrant of Arrest under 58 Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 14 July 2008. Y sobre la misma Jessberger, F., y Geneuss, J., ob. cit., 2008, p. 853 y ss.

⁹⁸⁴ Véase las múltiples y variadas teorías elaboradas para fundamentar la responsabilidad del dirigente de la organización recogidas por AMBOS, *La parte general del Derecho penal internacional*, op. cit., pp. 228 y 229.

⁹⁸⁵ GIL GIL, "Principales figuras de imputación...", op. cit. p. 138.

teorías expansivas del dominio del hecho muy discutidas. Por un lado el dominio funcional mediante una aportación en la fase no ejecutiva y por otro lado el dominio por la utilización de un aparato de poder jerarquizado. El optar por posturas tan minoritarias en la doctrina hubiera merecido una argumentación mayor por parte de la Corte que parece haberse limitado a elegir una teoría que le permitía el castigo, sin tan siquiera explicar por qué se desvía en aspectos esenciales de la construcción tal y como la idearon sus creadores.

Sobre lo primero que hay que advertir es sobre el peligro de la tendencia a relajar bien la exigencia o bien la prueba de los elementos que fundamentan el dominio de la organización. Es preciso prevenir contra la tentación de afirmar los elementos sin más, sin hacer un análisis exhaustivo de los mismos. Pues ello llevaría a la Corte a construir una nueva categoría de autoría mediata por utilización de un aparato de poder, en la que el dominio del hecho deja de ser un elemento normativo establecido sobre un dato fáctico referido a la dirección del curso causal para convertirse en una mera etiqueta que califica como autor y que se atribuye (si fuera un dato fáctico se probaría). Se corre el riesgo de imputar el dominio a partir de la prueba de la posición jerárquica y del poder y ejercicio de mando en la organización, prescindiendo del elemento “fungibilidad del ejecutor”, verdadera esencia de la teoría de ROXIN, o incluso atribuyendo un poder efectivo a partir del estatus formal. Tales construcciones nos acercarán más a versiones normativizadas de la teoría, como la de AMBOS, para quien “el criterio de la fungibilidad se muestra inidóneo desde el punto de vista empírico para explicar convincentemente el dominio por organización y debe ser complementado por una consideración normativa, que transporta la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho”⁹⁸⁶. Esta construcción de AMBOS

⁹⁸⁶ AMBOS, *La parte general del Derecho penal internacional, op. cit.*, p. 225-226, pretende no abandonar la teoría del dominio del hecho al sumarle el fundamento normativo, pero lo cierto es que tal afirmación

limita la figura del autor mediato a los vértices de la organización estatal, que al dar la orden antijurídica infringirían los especiales deberes del Estado con sus ciudadanos⁹⁸⁷. La postura de AMBOS conduce a una calificación por el estatus. En sus palabras: “Consideraciones normativas hacen autor a quien ordena” “...la responsabilidad por el hecho individual crece en la organización... con la ubicación elevada del nivel de mando”⁹⁸⁸. También mantiene una construcción normativa por ej. JAKOBS⁹⁸⁹, que entiende que existen dos vías para considerar autor al dirigente, por su co-organización del delito (delitos de organización, o de dominio) y por la lesión de sus deberes positivos (delitos de infracción de deber)⁹⁹⁰.

El concepto de autor basado en la doctrina de los delitos de infracción de un deber⁹⁹¹ no es mayoritario ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional de los países de *civil law*.

Y es que, de entrada esta construcción plantea el problema de no permitir distinguir autor de partícipe según la contribución o la omisión de ca

resulta muy cuestionable, puesto que el dominio del hecho es un dato fáctico, no normativo. Recordemos que se trata del dominio del curso causal hacia el resultado. Si, como reconoce Ambos, el dato fáctico de la fungibilidad del ejecutor no es suficiente para explicar el dominio y tampoco lo es en sí mismo el dato normativo no veo como una suma de dos criterios insatisfactorios pueda dar una explicación convincente del dominio del hecho. Ambos simplemente ha decidido que quien dirige la organización es algo más que un inductor y por ello *le atribuye* el dominio del hecho. Pero en realidad no ha demostrado que tenga realmente en sentido fáctico tal dominio de la ejecución de delito. Todo criterio normativo supone una atribución, que es lo contrario a la prueba de un dato fáctico.

⁹⁸⁷ AMBOS, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori”, *op. cit.* pp. 84 y ss. AMBOS, *La parte general del Derecho penal internacional*, *op. cit.*, pp. 221 y ss. No queda claro qué título de imputación debe aplicarse al dirigente de una organización no estatal.

⁹⁸⁸ AMBOS, *La parte general del Derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 228.

⁹⁸⁹ JAKOBS, “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori” en AMBOS Y MEINI, *La autoría mediata. El caso Fujimori*, *op. cit.*, pp. 110 y ss.

⁹⁹⁰ También desde la defensa de un concepto normativista según el cual el garante siempre es autor, entiende que la referencia al actuar por medio de otra persona penalmente responsable incluida en el art. 25 ER tipifica expresamente una forma de (co)autoría que no tiene que ver con la idea de dominio del hecho SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ –TRELLES, J., “En los límites de la inducción” en *InDret*, 2/2012, p. 13.

⁹⁹¹ Concepto también ideado por ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 383 y ss., pero después ampliamente desarrollado por JAKOBS Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho penal, CANCIO MELIÁ (trad.), Bogotá, 2001, pp. 11 y ss. y por los discípulos de JAKOBS, por ej. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. Sobre esta evolución véase ABANTO VÁSQUEZ, M. A., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”” en *Revista penal*, N° 14, 2004, p. 3 y ss.

da uno⁹⁹², al considerar a todo garante autor, lo que contradice la letra y el espíritu del Estatuto⁹⁹³.

Por otro lado cuando el texto legal define de forma tan pormenorizada las formas de intervención punible en el delito, como lo hace el Estatuto de Roma en sus art. 25 y 28, obviar dichas definiciones (“cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro”, etc.) para optar por un concepto de autor basado en la infracción de deberes, más allá en estos casos incluso de la responsabilidad prevista en el art. 28, supone una infracción del principio de legalidad⁹⁹⁴.

Además las tesis expuestas, basadas en la idea de la infracción de un deber, plantean el problema de que no son aplicables a los dirigentes de organizaciones no estatales, de los que no es predicable ningún deber jurídico de fomento de los bienes

⁹⁹² En cambio una corriente doctrinal que va abriéndose paso, considera que no toda omisión de un garante puede considerarse la conducta típica del tipo de autor delito de comisión omisión y también el Tribunal Supremo español admite la participación por omisión de quien es garante.—véase GIL GIL, LACRUZ, MELENDO, NÚÑEZ, *Curso de Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 308, 359-360, 385, también admiten la participación por omisión ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: Fundamento y límites, op. cit.*, p. 300, para quien “quien asume el compromiso de evitar o de no interponer condiciones que puedan ser aprovechadas por otro para cometer un delito, es, dada la presencia de ese “otro”, siempre partícipe. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 757 y s. Como con razón señala esta autor, “identificar al autor omisivo como aquel que contra deber no retira condiciones causales de un resultado ...sin más distingos, es tanto como considerar autor activo a quien contra deber realiza cualquier aportación causal (incluso las que unánimemente se consideran aportaciones del cómplice)”.

⁹⁹³ Esta es la opinión dominante y la interpretación que ha hecho la propia Corte, en contra de lo que mantiene SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ -TRELLES, “En los límites de la inducción”, *op. cit.*, p. 13. Véase por todos WERLE y BURKHARDT, *op. cit.*, pp. 198 y ss., quienes explican con acierto que la sistematización en cuatro apartados de las formas de intervención punibles, en el art. 25 ET no tendría sentido si no se admite que el Estatuto ha optado por un sistema de intervención diferenciado según grados de responsabilidad establecidos conforme a la aportación de cada cual.

⁹⁹⁴ Esta es la principal crítica que se hace a la doctrina de los delitos de infracción de un deber: que si esta teoría considera autor siempre al codelincuente que infringe un deber especial, aunque no haya realizado la acción típica, la misma supone una infracción del principio de legalidad en aquellos delitos que exigen la realización de una conducta. Véase respecto de esta crítica con abundante cita de doctrina que la mantiene ABANTO VÁSQUEZ, M., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista Penal*, nº 14, Julio 2004, p. 11 y nota 32 <http://www.cienciaspenales.net>. Lo mismo se puede aplicar a la comisión por omisión. Si bien la comisión por omisión puede ser subsumida directamente en los verbos típicos, ello es así siempre que se respete el requisito de la equivalencia entre acción y omisión, del que esta doctrina prescinde. En cambio según la postura aquí defendida de no darse tal requisito solo podremos examinar la posibilidad de que la omisión de lugar a una responsabilidad como partícipe.

jurídicos de las víctimas, como pueden ser los jefes de milicias, grupos rebeldes, etc. En cambio, donde sí puedan encontrarse esas instituciones el sujeto parece tener que responder de todo lo que suceda, con independencia de cuál ha sido su aportación objetiva al hecho, solamente por ostentar un determinado estatus⁹⁹⁵.

Por ello la Corte debe fundamentar cuando el dirigente que da la orden deja de ser inductor para convertirse en autor a través de otro, lo que no puede hacerse como hemos visto apelando simplemente a su cargo o a los deberes inherentes al mismo, so pena de abandonar el criterio del dominio del hecho y adoptar un concepto de autor que no es compatible con la regulación del Estatuto.

Especialmente problemática al respecto resulta la situación en Kenia, y los casos a los que ha dado lugar⁹⁹⁶. Ya desde el análisis de la admisión de esta situación⁹⁹⁷ ha habido discordancia entre los jueces sobre si debía considerarse que se han cometido crímenes internacionales, precisamente en torno al análisis del elemento “organización” que integra la definición del crimen contra la humanidad en el art. 7(2)(a) del Estatuto. En opinión del juez Kaul no puede verse la comisión de crímenes en Kenia tras las elecciones como el resultado de una política de una organización sino como episodios diversos de violencia protagonizados por varios grupos, unos más organizados que otros y debidos a múltiples causas y fines⁹⁹⁸. Si no puede afirmarse que la ejecución sea el fruto de la política de una organización difícilmente podrá sostenerse que sea imputable a quien, mediante su poder de mando y control, utiliza dicha organización para ejecutar su voluntad. La mayoría de la Sala en cambio repite

⁹⁹⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: Fundamento y límites*, op. cit., p. 233.

⁹⁹⁶ *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012. *Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012.

⁹⁹⁷ Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010.

⁹⁹⁸ Véase el voto particular de Hans Peter Kaul a la Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, paras. 148 y ss.

uno a uno los criterios de Roxin: el sospechoso debe tener el control de la organización, la organización debe ser un aparato de poder organizado y jerárquico, la ejecución de los crímenes debe estar asegurada por el cumplimiento casi automático de las órdenes del sospechoso, los autores materiales eran completamente reemplazables y, como tal, que la comisión de los delitos no dependía de su voluntad, sino que fue asegurada por la utilización de un pre-existente estructura jerárquica y organizada⁹⁹⁹, pero es dudoso que concurren realmente dado el relato fáctico. Dudosa es la compatibilidad de la idea de “red”¹⁰⁰⁰ cuya creación se atribuye al acusado Ruto, y que habría estado formada por diversos grupos con diferentes líderes locales con la de organización jerárquica¹⁰⁰¹, como dudosa es también la equiparación o sustitución que realiza la Sala de los requisitos de jerarquía y poder de mando por los mecanismos utilizados por Ruto para garantizar el cumplimiento de sus órdenes: un sistema de recompensas (pagos en dinero para motivar o premiar) y castigos (quien rechazaba adherirse al bando de Ruto era considerado un traidor y podía ser ajusticiado)¹⁰⁰², y decididamente incompatible con la idea de dominio es la mera previsibilidad (aunque sea con alta probabilidad) de que un tercero adopte libremente la voluntad de cometer

⁹⁹⁹ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012 Para 407. The last three objective elements of indirect co-perpetration are that: (i) the suspect must have control over the organization; (ii) the organization must consist of an organized and hierarchal apparatus of power; and (iii) the execution of the crimes must be secured by almost automatic compliance with the orders issued by the suspect. Y para 409: “the direct perpetrators were entirely replaceable and, as such, that the commission of the crimes was not dependent upon their will but was secured by the utilization of a pre-existing hierarchical and organized structure by Mr. Muthaura and Mr. Kenyatta. This is in line with the underlying rationale of the model of indirect co-perpetration, according to which the suspect must have “control over the crime committed”, in the sense that he controls or masterminds its commission because he decides whether and how the offence will be committed by direct perpetrators who are merely anonymous and interchangeable figures”. Y *Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, Para 292.

¹⁰⁰⁰ Así lo expresó la defensa de Ruto, véase *Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para 31.

¹⁰⁰¹ Véase el voto particular de Hans Peter Kaul a la Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, 31 March 2010, para. 150 y también su voto particular a *Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, en especial marg. 12, que define la “red” como una alianza amorfa y temporal basada en afiliaciones étnico-políticas, en lugar de como una organización jerárquica.

¹⁰⁰² *Prosecutor V. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, Para. 317 y ss.

un delito que no se ha podido probar que haya sido ordenado ni su comisión esté al menos implícita en lo ordenado, tema que será desarrollado en el epígrafe siguiente.

Al respecto tampoco las Salas de la Corte se han detenido a explicar la imputación que realizan de la comisión en autoría mediata de delitos de propia mano. Se han imputado delitos de violación en autoría mediata en los casos Katanga¹⁰⁰³ y Muthaura, y Kenyatta¹⁰⁰⁴. La violación es, según la opinión mayoritaria, un delito de propia mano¹⁰⁰⁵, puesto como ejemplo en casi todos los manuales de derecho penal como delito que no puede cometerse en autoría mediata. Por supuesto hay voces discrepantes¹⁰⁰⁶, aunque minoritarias, que defienden que los llamados “delitos de propia mano”, o al menos algunos de ellos que no consisten precisamente en la infracción de deberes personales, como la violación, sí podrían cometerse en autoría mediata. Pero incluso estos autores señalan como límite la redacción legal de los preceptos, que habrá que modificar si se quiere incluir esta posibilidad¹⁰⁰⁷. Dada la definición de la violación

¹⁰⁰³ Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of the charges in the Katanga and Ngudjolo, 30 sept. 2008, Marg. 550 y 567 y 569.

¹⁰⁰⁴ *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, Pre-Trial Chamber II, Decision on the confirmation of charges: 23 January 2012, para. 415.

¹⁰⁰⁵ Sobre la incompatibilidad de los delitos de propia mano con la autoría mediata véase por todos GIMBERNAT ORDEIG, *op. cit.* pp. 247 y ss. Sobre los orígenes de este concepto, ideado por BINDING, y su gran aceptación en la doctrina contemporánea un siglo después, así como la idea dominante de que los delitos de propia mano no pueden ser cometidos en autoría mediata véase, con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”, op. cit.*, pp. 31 y ss. La violación ha sido siempre el delito prototípico – véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 218 y la doctrina citada por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *op. cit.*, p. 40.

¹⁰⁰⁶ Por ej. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”, op. cit.*, (quien por otra parte mantiene un concepto normativo de autor muy desapegado tanto de datos fácticos como de descripciones legales) y GÓMEZ RIVERO, C., “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?”, en *Revista penal*, N° 18, 2006, págs. 102- 123, quien no renuncia a la categoría, pero rechaza que excluya la autoría mediata y la comisión por omisión, p. 119.

¹⁰⁰⁷ En el mismo sentido respecto de la antigua definición de la violación en el CP español DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “Autoría y Participación” en *La Ley*, 2, 1996, p. 1290, nota 20. En contra de la antigua definición de la violación, la actual redacción de los arts. 179 y 182 realizada por la reforma del Código penal español realizada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, habla de la introducción de “miembros corporales”, lo que en opinión de GÓMEZ RIVERO, “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia...”, *op. cit.*, p. 115, permitiría acabar con la interpretación jurisprudencial de este delito como de propia mano y no susceptible de autoría mediata. En contra de la limitación en cambio y a favor de la autoría mediata en violación (aunque para él no es mediata sino inmediata) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *El denominado “delito de propia mano”, op. cit.*, p. 109 y 167 y s. 174 y ss., que pretende no dar relevancia a la particularidad descrita en la ley al tratarse de un dato fáctico y por tanto transmisible.

en los Elementos de los Crímenes como la penetración del cuerpo de la víctima con una parte del cuerpo del autor, la afirmación de que responde como autor quien no ha introducido una parte de su cuerpo merecería al menos una explicación de la Sala¹⁰⁰⁸. En mi opinión tanto por la falta de dolo y de domino del hecho –como se explicará *infra*– como por la redacción literal del precepto que define la violación, solo podría imputarse dicho delito no ordenado a través de la responsabilidad del superior jerárquico.

El ejemplo de la situación en Kenia nos lleva a otros dos problemas que son comunes a las jurisprudencias de los distintos tribunales y a las diversas formas de imputación: la utilización de criterios ambiguos y manipulables por no ser suficientemente definidos (aportación esencial) y la imputación de los excesos del ejecutor facilitada por una incorrecta definición tanto del acuerdo o plan común como del dolo.

6. Responsabilidad del superior jerárquico.

6.1. Introducción.

El tema general de la autoría y de la participación, de las diferentes formas de imputar responsabilidad penal por conductas cometidas, en el contexto de la persecución penal de crímenes internacionales, es un tema muy técnico, sofisticado y con grandes implicaciones. Se trata, además, desde el punto de vista internacional, de temas no sólo dogmáticos, sino en los cuales incluso el idioma juega un papel central y,

¹⁰⁰⁸ Desde luego la conducta descrita en la decisión de la Sala no tendría cabida, por infringir el tenor literal del precepto, en la parte que define la violación como la penetración del cuerpo de la víctima por una parte del cuerpo del autor, pues aquí el “autor” no ha utilizado una parte de su cuerpo. Solo podríamos plantearnos quizás si es posible entenderla subsumible en la definición de la violación como la introducción de objetos (véase Elementos de los crímenes art. Artículo 7 1) g)-1) pero quizás sería una interpretación analógica en contra del reo, pues cuando el propio precepto ha exigido que en el caso de uso de una parte del cuerpo tiene que tratarse del cuerpo del autor, estamos evidentemente saltándonos la redacción legal. Una definición tan precisa como esta puede ser criticable pero desde luego impide en mi opinión la imputación en autoría mediata so pena de infringir el principio de legalidad.

con éste, el derecho penal comparado. Por ejemplo, hay países en los que no hay tradición del uso de la figura de la *joint criminal enterprise*, pero ya es un hecho hacer referencia a la *empresa criminal común*. Al mismo tiempo, en el mundo anglosajón, las fórmulas de autoría del universo continental no tienen el mismo uso que en el nuestro. Por esa razón, se adelanta aquí una presentación general, sintética y lo más clara posible, de formas de autoría, limitadas al esquema general de la “responsabilidad del superior jerárquico” aunque no deja presentar dificultades especiales desde el punto de vista del derecho comparado y del uso idiomático de las figuras jurídicas.

6.2. La organización compleja como presupuesto de la relación superior subordinado¹⁰⁰⁹.

Las relaciones superior-subordinado que son relevantes para el Derecho Penal Internacional no se producen en cualquier ámbito. No es extraño que en cualquier relación interpersonal exista una posición dominante de una persona respecto de otra. Aquella que tiene la posición “dominante” podrá tener la expectativa, con un alto grado de probabilidad, de que el “dominado” va a realizar las conductas que el “dominante” le solicita¹⁰¹⁰, lo que posiblemente no sea muy distinto que lo que pasa entre un comandante militar y su subordinado. Así, si la persona con la posición dominante le exige a la otra que se abstenga de realizar una conducta (por ejemplo, un crimen), seguramente la persona dominada lo hará.

Sin embargo, la responsabilidad por el mando no se vincula con la mera posibilidad de evitación de un resultado. En efecto, no todo aquel que tiene el poder de evitar un resultado está obligado jurídicamente a dicha evitación y, más aún, no todo

¹⁰⁰⁹ Respecto al concepto de organización compleja y sus alcances, aunque referido al Derecho Penal de la Empresa, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B, *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Madrid, Ediciones Reus S.A., 2007, pp. 121 y ss.

¹⁰¹⁰ Valga señalar que los vocablos dominante y dominado no se relacionan aquí con la idea de dominio de la voluntad relativo a la autoría mediata, sino que con una forma de dominio menos profunda en términos jurídicos, y que, de hecho, no tiene relevancia jurídica alguna. Se habla simplemente de situaciones que pueden relacionarse con personas enamoradas, con relaciones de admiración, padres con hijos mayores de edad, etc.

aquel que está obligado a realizar una conducta puede considerársele como causante de un resultado.

La responsabilidad del superior nace de una posición de garante o al menos de una obligación de evitar un resultado¹⁰¹¹, la cual no es general, es decir, no opera en todas las circunstancias. Si así fuera, no tendría sentido la creación dogmática y judicial de la responsabilidad por el mando. Simplemente se podría decir que es responsable por un hecho quien pudiendo evitarlo no lo hizo. Esta idea es contraria a la noción actual tanto de responsabilidad en general¹⁰¹² como en el ámbito penal¹⁰¹³ y escapa del sentido de la inclusión de la responsabilidad por el mando como una forma de imputación de Derecho Penal Internacional, como veremos en este capítulo.

Para que estemos frente a una relación-superior subordinado relevante, debe ser porque la posición de superioridad viene dada por una estructura organizativa compleja, que tiene la capacidad de asignación de roles al interior de ella, con cierta

¹⁰¹¹ Dependiendo de la naturaleza que se le atribuya a la responsabilidad por el mando y de la teoría que se siga sobre la clasificación de los delitos de omisión, será posible sostener que existe o no posición de garante. Sin perjuicio de eso, incluso si se cree que la responsabilidad por el mando se basa simplemente en una infracción de deber y no en la generación de un resultado, es posible entender que la obligación del superior de evitar los delitos de sus subordinados no nace sólo de la capacidad de evitarlos, sino quede la vinculación con la estructura organizacional.

¹⁰¹² En materia civil, por ejemplo, también se acepta que no existe un deber genérico de evitar que los demás sufran daños, en base al principio de libertad. En ese sentido, señala BARROS: “(es) correcta la intuición de que existe una diferencia significativa entre el sentido normativo de la actividad y de la inactividad. La razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona pretendidamente responsable. A ello se suma el principio normativo de libertad, que es especialmente importante en el derecho privado. La libertad se expresa esencialmente en reglas que establecen límites negativos a nuestra acción, pero que no nos prescriben positivamente deberes de conducta para evitar el mal o procurar el bien de los demás.” BARROS BOURIE, E, “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 125.

¹⁰¹³ Precisamente, en Derecho Penal, esto es la posición de garante. Entre dos personas que realizaron una acción será castigada la que tenga la posición de garante y la otra no. Más que con la idea de libertad, que fundamenta la omisión en Derecho Civil, mucho más importante en Derecho Penal es el problema de la tipicidad: Sin un deber de garante, lo realizado no puede ser típico. Así, ETCHEBERRY “(la) doctrina en algún punto converge en la necesidad de que una persona se encuentre jurídicamente obligada a obrar, para que el no-obrar pueda ser jurídicamente calificado de omisión y eventualmente sancionado a tal título” ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, *op. cit.*, p. 205. MIR PUIG señala que “El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura) situación típica; b) ausencia de acción determinada; c) capacidad de realizarla; pero complementada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: las posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo”. MIR PUIG, *Derecho penal.*, *op. cit.* p. 305. Como se puede observar, la capacidad de evitación sólo representa uno de los elementos del tipo de comisión por omisión.

independencia de quien detenta la posición en un momento determinado¹⁰¹⁴.

En efecto, la naturaleza de los crímenes de Derecho Penal Internacional, que se refiere a conductas graves y extendidas, requiere normalmente de la existencia de una estructura que permita llevar a cabo los delitos. Esta estructura normalmente se referirá a grupos armados que son capaces de realizar las conductas prohibidas. La comunidad jurídica internacional reconoce, entonces, la peligrosidad intrínseca de estas organizaciones, de modo que establece sobre sus miembros o personas vinculadas con poder de manejar dichas estructuras el controlar esa fuente de peligro, evitar que se utilice para la comisión de los ilícitos¹⁰¹⁵. En ese sentido, no es la ascendencia que tiene un individuo sobre otro lo que crea una relación superior subordinado, sino que el hecho de que esos roles estén contemplados dentro de la estructura organizativa en que se produce la relación: es el hecho de ocupar una posición dentro de la organización que otorgue el poder de mando sobre los subordinados.

Así, relaciones fuera del ámbito institucional nunca podrán generar la relación

¹⁰¹⁴ En este trabajo se fundamenta la relevancia organización compleja en base a la peligrosidad de la misma por la posibilidad de imposición de decisión o creación de peligros a través de ella con independencia de los individuos determinados. Esto parece ser lo más adecuado para el Derecho Penal Internacional. FEIJOO SÁNCHEZ, en materia de empresas lo fundamenta en la dificultad de la imputación por la división de tareas y los distintos ámbitos de funciones de los individuos. Esta apreciación no parece ser del todo correcta para las estructuras relevantes en Derecho Penal Internacional, toda vez que las estructuras y distribución de funciones tienden a ser bastante claras y rígidas, lo que no dificulta de igual manera la imputación. Entendiendo, entonces, que el fundamento de FEIJOO SÁNCHEZ no funciona en Derecho Penal Internacional, sí parece funcionar el fundamento que aquí se expone en el Derecho Empresarial, en que la estructura misma representa un peligro, posiblemente y en general, no tan grave como una organización militar, pero sí mayor al de una persona física. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa...* op. cit., pp. 125 a 131.

¹⁰¹⁵ A propósito de esta clase de responsabilidad WERLE ha señalado que: “*La necesidad de esta ampliación de la responsabilidad penal de los superiores se fundamenta en la estructura marcadamente jerárquica de la organización que por lo general determina el escenario de los crímenes de derecho internacional. A través de este escenario, por una parte, se dificulta la prueba de la implicación directa del hecho, aunque el grado de responsabilidad es, por lo general, indirectamente proporcional a la cercanía con la ejecución del hecho. La figura de la responsabilidad del superior funciona aquí en cierto modo como último recurso cuando fracasa la prueba de la responsabilidad directa del superior. Por otra parte, precisamente conductas que se encuentran por debajo de los límites de la participación directa en el hecho encierran un mayor potencial de peligrosidad...*” Aunque tiene razón en poner el foco de atención en la estructura compleja (marcadamente jerárquica) y en cuanto a que ésta genera peligrosidad, no se puede concordar que sea una forma de castigar casos en que no llega a probarse la existencia de una orden por parte del superior. Esto se acerca a la responsabilidad objetiva. WERLE, *Tratado de Derecho penal...*, op. cit., pp. 225 y 226.

superior-subordinado que justifica la responsabilidad por el mando. Por ejemplo, un caudillo que no pertenece a la organización, pero que es admirado por miembros de ella que están cometiendo los crímenes de base, posiblemente podría evitar que los individuos cometieran los crímenes respectivos con tan solo solicitarles que se abstengan de hacerlo. Sin embargo, el hecho de que su ascendencia sobre ellos no es proporcionada por la estructura organizativa implica que no tiene sobre sí la obligación de evitar los ilícitos que impliquen la concreción de un peligro generado por la existencia de la organización, por lo que no es posible hacerlo responsable del hecho. La conducta no podía esperarse como impuesta por su posición.

Tampoco habrá responsabilidad por el mando en estructuras de baja complejidad, en donde lo que genera la ascendencia de un individuo sobre otro no sea la estructura organizativa, sino que la persona específica que detenta el poder. Este es el caso de, por ejemplo, una banda de escasos miembros en que todos hacen caso de lo que señale el cabecilla, al que reconocen como líder. En ese caso, lo que genera la adhesión no es la estructura organizativa, sino que la personalidad del cabecilla y, por tanto, tampoco genera responsabilidad por el mando, en cambio en una organización compleja el subordinado hará lo que el superior le diga, precisamente, porque es superior el que se lo está ordenando y si el superior fuera una persona diferente, de todos modos llevaría a cabo la conducta. En ese sentido, se ha hablado comúnmente de la fungibilidad del ejecutor, pero también hay relevancia en la fungibilidad del superior, es decir, que no es importante quién sea el superior, sino que el hecho de que lo sea.

A través de esto podemos entender el real alcance de la relación superior-subordinado, pudiendo diferenciarlo de la mera posibilidad de evitación de un resultado antijurídico. Asimismo, a través de entender la responsabilidad por el mando vinculada con la estructura de una organización compleja y como una forma de imputación

derivada de esa estructura es que podemos entender adecuadamente el concepto de superior *de facto*, que veremos más adelante ¹⁰¹⁶.

6.3. La Macrocriminalidad como punto de partida de responsabilidad penal.

La existencia misma de la diversidad de teorías se explica, desde una perspectiva histórica y sociológica, en razón a los esfuerzos adelantados por tribunales internacionales, enfrentados a la “macrocriminalidad”, hecho fáctico que ha determinado la discusión, en la medida en que se investiga verdaderos aparatos, grupos criminales que actúan en contextos de graves y masivas violaciones de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Es un concepto que se sitúa en las fronteras entre derecho, sociología y política y que ha sido, como se dice, el punto de partida de la persecución penal de crímenes internacionales¹⁰¹⁷.

Los dirigentes o superiores dentro de los grupos armados detentan posiciones privilegiadas respecto de la ejecución y puesta en marcha de las “políticas militares”. (Además, desde luego y muchas veces en mayor medida incluso, la puesta en marcha de las acciones de política como tal). Es así como, por ejemplo, en torno a una operación militar en concreto, se genera una jerarquización basada en lo que podría llamarse una división del trabajo, que permite que un conjunto de personas se encargue de cuestiones más estratégicas, como son la definición de los objetivos, mientras que un segundo grupo, por citar el caso, se encarga de la ejecución material de dichas decisiones.

6.4. Más allá de una mera división de trabajo criminal convencional.

¹⁰¹⁶ ROXIN, *El dominio...*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

¹⁰¹⁷ AMBOS, *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile y Argentina*, 1. Edición Colombiana, Fundación Konrad-Adenauer, Ed. Dike, Colombia, 1997, pp. 221 y ss.

Pero, es preciso aclarar de una forma nítida, que esa división no puede entenderse en un sentido clásico, tradicional, como mera división de trabajo criminal: se trata, como se dice, de grandes aparatos, de máquinas de guerra delinquiendo durante años y en diversos territorios. También, se actúa con base a órdenes generales coordinadas por los superiores o, igualmente, los subordinados actúan muchas veces de manera desligada respecto de órdenes puntuales, pero obedeciendo direcciones generales de actuación del grupo.

Es precisamente el hecho concreto de la jerarquización, o hechos relacionados con la dispersión de las órdenes, de quién o quiénes controlan el aparato que delinque, de si se tuvo de hecho algún control sobre el mismo, del aprovechamiento de las consecuencias de los delitos, por actores no ligados directamente al aparato, aquello que representa el gran desafío para los operadores, tanto en tribunales internacionales, como en tribunales domésticos.

En muchos casos, cuando hay detenciones, las autoridades logran capturar a las personas que se encargaron de la ejecución de los actos (aquellos que pertenecen al segundo grupo de subalternos, de ejecutores materiales). Sin embargo, es evidente que dichos sujetos no detentan un alto grado de responsabilidad dentro del grupo, pues se encontraban cumpliendo órdenes provenientes de un tercero que detenta en general un mayor rango dentro del mismo. Esto, independientemente del hecho de que hayan sido ejecutores materiales del delito.

De esta forma, ha sido indispensable a nivel internacional y, especialmente en la jurisprudencia, buscar formas de imputación más consistentes, que denuncien la participación real de aquellos sujetos que fomentaron y planearon la consumación de los delitos, pues son éstos quienes, valiéndose de una posición dominante dentro de una estructura establecida, se hallan tras la comisión de crímenes internacionales. También

tiene ello un sentido práctico y por esa razón, además, ha prevalecido la tradición anglosajona a nivel internacional, y es el hecho de tener que ser coherente con la limitación de recursos con los que cuenta un tribunal internacional para adelantar investigaciones después de años de haber sido cometidos los crímenes, etc.

En casos domésticos, se presentan también limitaciones de todo tipo. Por esta razón, la discrecionalidad para acusar, más arraigada en la tradición anglosajona, es una herramienta general de selección y priorización de casos que, con base en diversos criterios, siendo precisamente uno de ellos la persecución de los más responsables, propicia avanzar en los casos y dejar mensajes internacionales coherentes de persecución de crímenes internacionales. Nuestros operadores pueden encontrar en estas herramientas de discrecionalidad técnica, en este caso, del énfasis en la persecución del superior jerárquico, militar o político, elementos muy valiosos para la investigación en el nivel interno¹⁰¹⁸.

Partiendo de lo anterior, se pretende esclarecer, de forma sintética y concreta, las principales teorías bajo las cuales se imputa responsabilidad a los individuos de las estructuras jerárquicas, describiendo los fallos centrales respecto de estos temas, generados a instancia, tanto de la Corte Penal Internacional, como del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que aclaran dichas teorías. También se hace referencia al modelo ideado por ROXIN, en lo que concierne a la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, una de las vías más propicias, para la sanción efectiva del superior jerárquico.

6.5. *El denominado “Estándar Yamashita”.*

En primer lugar, se hace referencia a uno de los primeros casos en los cuales se

¹⁰¹⁸ AMBOS, *Imputación de crímenes internacionales...*, *op. cit.*, p. 240.

trató de forma directa el tema de la responsabilidad de un superior jerárquico, respecto de los crímenes cometidos por sus subordinados. Este caso, según reconoce la doctrina, ha obrado como base del estándar legal que ha influido en la doctrina del *command responsibility* en los Estados Unidos, en la medida en que su creación surge de un fallo de la Corte Suprema de Justicia estadounidense. A través de este fallo, se condenó al general Tomoyuki Yamashita, por una serie de crímenes de guerra cometidos por sus subordinados en las islas Filipinas¹⁰¹⁹.

Antes de avanzar en el estudio del caso, se hace referencia a las circunstancias fácticas que condicionaron el mismo: Yamashita detentó el cargo de Comandante General de la armada catorce del Ejército Imperial Japonés; adicionalmente, fue el gobernador militar de las islas Filipinas desde finales de 1944 hasta 1945, cuando Estados Unidos tomó control sobre las islas. Durante este tiempo un gran número de crímenes atroces fueron cometidos contra la población civil de las islas, muchos de los cuales fueron cometidos por miembros de las fuerzas armadas bajo el control del general Yamashita. El cargo presentado contra Yamashita señalaba que:

“Tomoyuki Yamashita, General del Ejército Imperial Japonés, entre octubre 9 de 1944 y 2 de septiembre de 1945, en Manila y otros lugares de Filipinas, mientras comandaba las fuerzas armadas de Japón en la Guerra contra los Estados Unidos de América y sus aliados, de manera ilegal hizo caso omiso y falló en su deber como comandante, de controlar las operaciones de los miembros bajo su comando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros altos crímenes contra el pueblo de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas; y él, el General Tomoyuki, en consecuencia violó las leyes de la guerra”¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁹ PREVOST, A. M. “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, N°. 3, agosto de 1992, The Johns Hopkins University Press, p. 305.

¹⁰²⁰ *Íbid.*, p. 316.

Una vez llevado a juicio ante el tribunal penal militar, Yamashita se declaró no culpable de los hechos¹⁰²¹. No obstante, el tribunal lo condenó por dichos delitos, decisión que fue apelada ante la Corte Suprema de Justicia estadounidense, alegando que en su juicio se había violado la Convención de Viena y la Constitución Política de Norteamérica. Es, en este contexto, donde se genera un precedente importante, relacionado con el argumento de la defensa, según el cual el militar indicado no participó directamente en la comisión de los delitos.

En este punto, cabe hacer referencia al anexo cuarto a la Convención de la Haya de 1907, en el cual se hace alusión expresa a la responsabilidad que detentan los superiores jerárquicos dentro de una estructura militar. El artículo 1º de dicho instrumento internacional, establece que una de las condiciones para que sea reconocido el estatus de beligerante, es la existencia como superior, de una persona responsable por las acciones de sus subalternos¹⁰²². (Se está haciendo referencia a fuerzas armadas estatales).

Esta mención concreta a la responsabilidad por parte del comandante, respecto de las acciones de sus subordinados, guarda relación con la exigencia que la Corte Suprema Norteamericana hace en cuanto al deber de vigilancia y supervisión en persona de los superiores jerárquicos. De igual forma, el artículo 43 de dicha disposición normativa, establece que el comandante deberá tomar todas las medidas que estén en su poder para restaurar y asegurar, en la medida de lo posible, el orden público y la seguridad, al mismo tiempo que se respetan las leyes que rigen en el país¹⁰²³.

¹⁰²¹ *Íbid.*

¹⁰²² Artículo primero, número primero, del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

¹⁰²³ Para mayor información ver el artículo 43 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, La Haya, 18 de octubre de 1907.

En esta dirección, la Corte Suprema afirma que las leyes de la guerra, presuponen que las violaciones de las mismas, han de ser evitadas mediante el control de las operaciones de guerra por parte de los comandantes, quienes hasta cierto punto son responsables por sus subordinados. De esta forma, independientemente de que el superior jerárquico coopere directamente o no en las operaciones militares o incluso independientemente de que de la orden de cometer uno u otro delito, será responsable por los mismos, en la medida en que tiene una obligación de supervisión y control que se desprende de la naturaleza de su cargo y que parte de la rígida estructura de la organización militar. Bajo esta premisa, hoy en día la doctrina a nivel internacional, reconoce que “ante la ausencia de dicho deber por parte de los comandantes, nada prevendría a las fuerzas ocupantes de cometer atrocidades sobre la población civil”¹⁰²⁴.

Es importante reconocer que, si bien la decisión de la Corte Suprema estableció un punto de partida importante para la imputación de cargos a altos miembros del ejército, este estándar también ha sido sometido a una serie de críticas por instancias internacionales como el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, debido a que restringe su ámbito de aplicación a las fuerzas oficiales de un Estado, siendo que en escenarios como el yugoslavo, un número importante de los casos fueron perpetrados por ejércitos separatistas que no eran parte oficial de las fuerzas armadas del Estado. Es una crítica cierta, pero debe ser colocada en perspectiva, pues la Corte Suprema de los Estados Unidos no estaba resolviendo un tema relacionado con grupos armados diferentes del ejército o de las fuerzas militares de un país.

Hoy en día está claro que la responsabilidad del superior se extiende a todos los actores armados y grupos involucrados en un conflicto.

¹⁰²⁴ MAHLE, A. E., *The Yamashita Standard*, Justice & the generals, issues around the world, en: http://www.pbs.org/wnet/justice/world_issues_yam.html.

6.6. Instrumentos Internacionales Relevantes.

6.6.1. Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949

Además de la consagración en la Convención ya citada, se encuentra, como una de las primeras referencias expresas a la responsabilidad de los superiores de las estructuras organizadas de poder, el Protocolo Adicional 1 de los Convenios de Ginebra, que en su artículo 86 establece lo siguiente:

“Artículo 86 – Omisiones

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

Nuevamente, esta consagración normativa busca establecer la responsabilidad en aquellos superiores que no asumen la responsabilidad por el actuar de sus tropas. Sin embargo, el Protocolo limita su margen de aplicabilidad, respecto al estándar Yamashita, en la medida en que sólo será responsable el superior, cuando conozca o posea información de la comisión del ilícito. Recuérdese, tal como se ha dicho, que para la Corte Suprema norteamericana, la ausencia de conocimiento no eximía de responsabilidad al superior, pues éste tenía el deber de supervisar el actuar de sus subordinados. De cualquier forma, es importante reseñar lo dispuesto en el artículo 87 del mismo Protocolo, cuando éste impone una obligación por parte del Estado, de exigir a los comandantes acciones tendientes a impedir la comisión de conductas que vulneren los derechos reconocidos en el protocolo. Se establece entonces:

“Artículo 87 - Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes”.

6.6.2. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Por su parte, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hace referencia al tema bajo estudio, en su artículo 28, en los siguientes términos:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

Esta consagración, mucho más explícita y completa establecida por el Estatuto de Roma, abarca varios aspectos que es importante destacar. En primer lugar, el artículo hace referencia a dos supuestos fácticos bajo los cuales el superior jerárquico es responsable: por un lado, se encuentra el supuesto de que el ilícito es llevado a cabo por fuerzas bajo su comando y, por el otro, se hace referencia a la consumación del delito por parte de sus subordinados. Esta distinción puede resultar útil, cuando quien comete el ilícito no es soldado, sino un subordinado con una función de carácter más directivo, pues resulta claro que en dichos supuestos los superiores de la estructura también deben controlar el actuar de sus subordinados.

En segundo lugar, el Estatuto de Roma reconoce, explícitamente, que se puede ser responsable, tanto por acción como por omisión, y es ahí donde se puede decir que

se incorpora, de alguna forma, el estándar Yamashita, pues se reconoce el deber de conocimiento que se debe tener sobre el actuar de las fuerzas bajo su control, en las dos modalidades explicadas hace un momento. Así, se incorpora nuevamente la obligación de los altos cargos de la estructura, de limitar el actuar de sus subordinados con el fin de evitar la comisión de delitos contra el derecho internacional humanitario o de la comisión de crímenes de guerra. De igual forma, es evidente, según el texto de la norma, que cuando el superior tuvo conocimiento de la comisión presente o futura del ilícito y no dirigió su conducta a evitar la perpetuación del mismo, incurre en responsabilidad en la medida en que su posición dentro de la organización, le exigía actuar para prevenir la consumación de los mismos, tal y como se estipula en el número ii) de las letras a y b de la disposición aludida.

Finalmente, el artículo 6, número tres, del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, establece, respecto a la responsabilidad penal individual, que:

“El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron”.

Nuevamente, esta disposición normativa hace patente que la responsabilidad del superior jerárquico, no sólo puede derivar de su acción, sino también de su omisión. Ahora bien, tal interpretación fue reconocida expresamente por el TPIR en el caso *Prosecutor v. Akayesu*, al afirmar que el artículo 6, número tercero,

“... no requiere el conocimiento del superior, para otorgarle responsabilidad penal; es suficiente que tenga razones para conocer que sus subordinados iban a cometer o habían cometido un crimen y haya fallado en tomar las medidas necesarias o razonables para prevenir tales actos o castigar a los autores de los mismos. Es una clase de responsabilidad por omisión o abstención”¹⁰²⁵.

Partiendo de lo anterior, es posible afirmar que, en la actualidad, se cuenta con varios instrumentos de carácter internacional que permiten o han permitido que tribunales como la CPI, el TPIR y el TPIY, procesen y condenen efectivamente a los miembros de diversos grupos que, actuando en la guerra y detentando altos cargos en desarrollo de la misma, como superiores jerárquicos, permitieron o promovieron la comisión de conductas ilícitas por parte de sus tropas. También, si no tomaron o adoptaron las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión de nuevos delitos, o si no denunciaron antes las autoridades competentes, los hechos cometidos. Como se ve, el Estatuto de Roma es drástico frente a la responsabilidad, por acción y omisión, del superior jerárquico.

6.7. La responsabilidad por omisión del superior en la CPI: El caso Bemba.

6.7.1. Antecedentes del caso.

La primera oportunidad en la que la Corte penal internacional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la responsabilidad del superior por omisión en relación con los crímenes cometidos por sus subordinados, fue en la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo, de 15 de junio de 2009. Los hechos que motivaron

¹⁰²⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*, Sala de Primera Instancia, sentencia de 2 de septiembre de 1998, párr. 479.

la apertura de una investigación son las masacres y violaciones indiscriminadas contra civiles cometidas en el territorio de República Centroafricana (en adelante, RCA)¹⁰²⁶ entre octubre de 2002 y marzo de 2003. En este caso el inicio de la investigación por parte de la Fiscalía de la CPI se produjo por la remisión de la situación del propio Gobierno de RCA, ante la imposibilidad de llevar a cabo una investigación por parte de las autoridades nacionales el 22 de diciembre de 2004 y las investigaciones del Fiscal de la CPI comenzaron el 22 de mayo de 2007, conforme a lo dispuesto en el art. 53 ECPI.

Los hechos se produjeron concretamente entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003 en el marco de un conflicto armado interno en territorio de RCA¹⁰²⁷. Durante este periodo, el ejército nacional de RCA se enfrentó a fuerzas golpistas rebeldes, cuyo líder era el General Francois Bozizé, Presidente de RCA. Al frente del Ejército Nacional Centroafricano se encontraba el anterior Jefe del Estado, Ange-Félix Patassé, cuyas tropas operaron asistidas, entre otras, por fuerzas del Movimiento de Liberación del Congo (MLC)¹⁰²⁸, cuyo Presidente y Comandante en Jefe era el acusado en el presente caso, Jean Pierre Bemba Gombo. El 24 de mayo de 2008, Bemba Gombo fue detenido en Bélgica y trasladado a La Haya.

Los hechos delictivos objeto de imputación fueron crímenes de lesa humanidad en la modalidad de homicidio, tortura –que luego se desestimó– y violación (art. 7.1.a) y

¹⁰²⁶ República Centroafricana ratificó el Estatuto de Roma el 1 de octubre de 2001.

¹⁰²⁷ La Sala de Cuestiones Preliminares II (SCP II) llegó a la conclusión que el conflicto armado en RCA fue de carácter interno, en la medida que no participaron fuerzas militares sustentadas por dos o más Estados, y por tanto, y a pesar de la presencia de combatientes extranjeros (soldados del MLC o mercenarios chadianos o libios) el conflicto armado de referencia en este caso no era de carácter internacional, vid. ICC, PTC II, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, “Decisión on the confirmation of the charges”, IC2C-01/05-01/08, 15.06.2009, para. 246. (En lo sucesivo esta resolución se citará como “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”).

¹⁰²⁸ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”, para. 242 y referencias anexas.

g) ECPI) y crímenes de guerra en la modalidad de homicidio, violaciones y saqueos (8.2.c) (i), 8.2.e) (vi) y 8.2.e) (v) ECPI) cometidos durante un conflicto armado interno.

En un primer momento de la investigación y en la presentación de cargos, la Fiscalía estimó que el grado de intervención en los hechos de Bemba Gombo constituía un supuesto de coautoría (art. 25.3.a) ECPI) en la medida en que se consideraba que existía un acuerdo previo o un plan común entre Patassé y Bemba Gombo para cometer tales crímenes. Alternativamente la Fiscalía presentó también cargos sobre la base de la responsabilidad del superior por omisión conforme al art. 28 ECPI¹⁰²⁹. La Sala de Cuestiones Preliminares II (en adelante, SCP II) aclaró que la responsabilidad omisiva solo entraría a valorarse cuando no pudiera probarse la responsabilidad por coautoría activa¹⁰³⁰, apreciando así una suerte de concurso de leyes, aunque la Sala no mencionó este extremo. La Fiscalía consideró que el título de intervención que correspondía al acusado era el de coautoría porque ostentaba el dominio del hecho (“control over the crimes”) junto al otro coautor, Patassé, y que concurrían los elementos objetivos y subjetivos necesarios para ello¹⁰³¹. El acusado habría formado parte de forma intencional en el plan común y siendo consciente, junto con el otro coautor, de que la implementación del plan conllevaba la comisión de los crímenes en el curso normal de los acontecimientos o habiendo aceptado los riesgos que implicaba la ejecución de dicho plan¹⁰³².

Sin embargo, la SCP II desestimó finalmente el cargo inicial sobre la base de la coautoría, considerando que no había pruebas suficientes para establecer que, entre octubre de 2002 y marzo de 2003, el acusado hubiere cometido –en coautoría con

¹⁰²⁹ *Ibid.*, para. 341.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, para. 342, 401.

¹⁰³¹ *Ibid.*, para. 343.

¹⁰³² *Ibid.*, para. 343.

Patassé- crímenes de guerra y contra la humanidad con conocimiento de que, a consecuencia de un plan común, dichos crímenes se cometerían en el curso normal de los acontecimientos¹⁰³³. Concretamente, el argumento decisivo de la SCP II para desestimar la coautoría fue la ausencia del elemento subjetivo requerido por esta forma de intervención¹⁰³⁴. A juicio de la Sala, el elemento subjetivo de toda coautoría está compuesto por tres extremos esenciales¹⁰³⁵:

- 1) Intención y conocimiento de los elementos del crimen, conforme al art. 30 ECPI;
- 2) Consciencia y aceptación de que de la implementación del plan común resultará la realización de los elementos materiales de los crímenes; y adicionalmente,
- 3) Consciencia de las circunstancias fácticas que le permitan controlar el crimen junto con el otro coautor.

La SCP II consideró que no concurría el primer elemento subjetivo de la coautoría relativo a la existencia de intención (aunque sí de conocimiento) sobre los elementos del crimen conforme al art. 30 ECPI, y desestimó los cargos relativos sobre esta forma concreta de responsabilidad¹⁰³⁶. A partir de ahí, la Sala procedió a examinar la posible responsabilidad individual de Bemba Gombo conforme a la figura de la responsabilidad del superior por omisión prevista en el art. 28 ECPI¹⁰³⁷.

6.7.2. *Cuestiones generales sobre la responsabilidad del superior por omisión (art. 28 ECPI).*

¹⁰³³ *Ibid.*, para. 344.

¹⁰³⁴ *Ibid.*, para. 350.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, paras. 351-371.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, paras. 372, 374, 400.

¹⁰³⁷ Vid. Las reflexiones de KAI AMBOS sobre el cambio e fundamentación de responsabilidad del acusado efectuada por la SCP II: AMBOS, K., "Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba", en *Revista penal*, n° 25, 2010, pp. 20-21.

El art. 28 ECPI recoge la responsabilidad del superior por omisión, al igual que en su momento lo hicieron los Estatutos de los Tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda y otros Tribunales penales especiales (por ejemplo, Sierra Leona, Camboya, Timor Leste). Sin embargo, el art. 28 ECPI incorpora ciertas diferencias con respecto a otras normas de Derecho convencional y consuetudinario que deben tenerse en cuenta para la correcta interpretación del precepto y que obligan a considerar el tenor literal del precepto, más allá de las interpretaciones jurisprudenciales anteriores habidas sobre la responsabilidad del superior.

Quizás las principales diferencias que plantea la redacción del art. 28 ECPI con respecto a otras normas son, fundamentalmente, tres. La primera diferencia con respecto a los arts. 7.3 y 6.3 de los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y Ruanda proviene de la distinción que el art. 28 ECPI establece entre jefes militares y asimilados, por una parte, y superiores no militares (civiles), por otra. Dicha diferencia tiene un impacto esencial en el elemento subjetivo, mucho más exigente para los jefes militares que para los superiores no militares. Por esta razón la distinción entre ambos sujetos activos resulta esencial para la aplicación del art. 28 ECPI¹⁰³⁸. Los arts. 7.3 y 6.3 ETPY/ETPR no establecían diferencias en función del estatus militar o civil del imputado, recibiendo ambos el mismo tratamiento punitivo. La segunda diferencia reside en que el art. 28 ECPI detalla expresamente el tipo de responsabilidad por omisión que el precepto contiene, afirmando rotundamente que el jefe militar (o asimilado) y los demás superiores “serán responsables por los crímenes cometidos por sus fuerzas o subordinados”, cuestión que no era recogida expresamente por las otras normas mencionadas. Finalmente, la tercera diferencia radica en que el art. 28 ECPI

¹⁰³⁸ KARSTEN, N., “Distinguishing Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba case at the ICC, en *JICJ*, No. 7, 2009, p. 984.

circunscribe el deber de actuar del jefe o superior a que los subordinados “estén cometiendo los crímenes o se propongan cometerlos”, de modo que los crímenes de referencia no han alcanzado el momento de agotamiento material, si bien algunas modalidades típicas ya se han podido consumir. En cambio, los arts. 7.3 y 6.3 de los ETPY/ETPR hacían alusión a que los subordinados “iban a cometer los crímenes o los habían cometido”, de modo que los crímenes o bien no habían comenzado a ejecutarse, o bien ya se habían consumado y agotado cuando surgía el deber de actuar del superior en un determinado sentido¹⁰³⁹.

A continuación se efectuará un breve repaso de los principales argumentos utilizados por la SCP II en la decisión de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo, que sirvieron para confirmar los cargos contra éste sobre la base de la responsabilidad del superior por omisión. El objetivo es identificar cuestiones problemáticas, aciertos y fallos de la resolución y extremos que plantean no pocos retos dogmáticos a los que la Corte Penal Internacional se enfrentará en el análisis de la responsabilidad del superior por omisión en el futuro¹⁰⁴⁰.

6.7.3. *Concreción de los elementos constitutivos de la responsabilidad del superior.*

La SCP II comienza su análisis sobre la responsabilidad del superior identificando cinco elementos principales que constituyen el eje central de la responsabilidad por omisión. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que todo razonamiento de la Sala se circunscribe a los jefes militares y asimilados, debido al estatus militar del acusado. En cualquier caso, los elementos enunciados son igualmente extrapolables a los

¹⁰³⁹ GARROCHO SALCEDO, ANA M., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Combo” en GIL GIL, A. (dir.) *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 151.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*

superiores civiles, teniendo en cuenta, no obstante, la distinta previsión normativa en cuanto al elemento subjetivo se refiere. Por lo demás, los elementos son perfectamente trasladables a los superiores civiles.

Los elementos mencionados son los siguientes¹⁰⁴¹:

- 1) El acusado debe ser un mando militar o una persona que actúe como jefe militar; (o tratarse de un superior no militar).
- 2) El acusado debe ostentar “mando y control efectivo” o “autoridad y control efectivo” sobre sus fuerzas (subordinados) que cometen uno o varios de los crímenes tipificados en los arts. 6-8 del Estatuto de Roma;
- 3) Los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) deben resultar como consecuencia de no ejercer control adecuado sobre ellos;
- 4) El acusado no debe haber tomado las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir, reprimir la comisión del crimen (es) o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de investigación y enjuiciamiento;
- 5) El acusado debe saber o, en función de las circunstancias, haber debido saber que las fuerzas están cometiendo o iban a cometer los crímenes (en el caso de los superiores civiles el elemento subjetivo requiere que el superior bien conociese la comisión de los crímenes o hiciese intencionalmente caso omiso de información que le indicase claramente dicha comisión por parte de sus subordinados).

Al margen de los elementos enunciados y del posterior esbozo que se efectuará en líneas sucesivas sobre cada elemento, se echa en falta en el pronunciamiento de la SCP

¹⁰⁴¹ *Vid.* “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 407.

II una mención expresa al tipo de responsabilidad que el art. 28 ECPI consagra. Ello es especialmente destacado teniendo en cuenta que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* han sostenido un planteamiento discrepante en cuanto a la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior¹⁰⁴². Por tanto, es de esperar que la jurisprudencia venidera de la CPI establezca sin paliativos que la responsabilidad del superior es una forma de imputación de los crímenes a la omisión del superior civil y militar que no efectúa las maniobras debidas de evitación de los crímenes, cuando debía y podía actuar en dicho sentido¹⁰⁴³. No obstante, es igualmente cierto que el tenor literal del art. 28 ECPI aclara esta cuestión y establece un criterio de imputación de los crímenes a la omisión del superior. Ello queda asimismo demostrado en la decisión de confirmación de cargos, de 15 de junio de 2009, puesto que los crímenes que se imputan al acusado son los crímenes cometidos por las fuerzas del MLC, que presidía y dirigía Bemba Gombo. Por ello, a pesar de la falta de pronunciamiento expreso acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad omisiva del superior, la imputación de los crímenes que efectúa la decisión de cargos son crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en la modalidad de homicidio, violación y saqueos, que pudieron y debieron ser evitados por el sujeto implicado.

A continuación se procede a revisar los elementos constitutivos de la responsabilidad del superior, tal y como han sido tratados por la SCP II en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo. Con ello se trata de identificar la

¹⁰⁴² GARROCHO SALCEDO, "La responsabilidad por omisión...", *op. cit.* p. 152.

¹⁰⁴³ En la doctrina se encuentran partidarios de entender el art. 28 ECPI como un delito de omisión impropia cuando se trata de la infracción del deber de evitar (no en el caso de infracción del deber de sanción o denuncia), por ejemplo, MELONI, C., "Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?" en *JICJ*, no. 5, 2007, pp. 635-637, estima que cuando se trata de una infracción del deber de prevenir se está próximo a una complicidad en comisión por omisión, pero cuando se trata de una infracción del deber de castigar se está ante un delito comisivo puro. AMBOS, K., "La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional", en *ADPCP*, vol. LII, 1999, pp. 564 y 565, sostiene que se trata de un delito de omisión pura pero matiza su posición, y reconoce que el resultado lesivo, los crímenes, forman parte de la responsabilidad del superior. Vid. GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* nota a pie de p. n° 17, p. 153.

corrección de algunos argumentos, los problemas y retos que encierra esta forma de responsabilidad, con el ánimo de auxiliar a la jurisprudencia a efectuar un tratamiento adecuado desde el punto de vista dogmático y razonable desde el punto de vista político-criminal.

6.7.4. *El primer elemento de la responsabilidad del superior: la determinación del sujeto activo.*

El primer elemento que enuncia la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo es el que afecta a la determinación del estatus del autor como superior jerárquico. Como se indicó anteriormente, una de las diferencias sustanciales que incorporó el art. 28 ECPI con respecto a otras normas convencionales que incriminan la responsabilidad del superior por omisión –por ejemplo, los arts. 7.3 y 6.3 de los Estatutos de los Tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), el art. 29 del Estatuto de Establecimiento de la Sala Extraordinaria para Camboya (2004), o el art. 6.3 el Estatuto de la Corte Especial para Sierra Leona (2002)¹⁰⁴⁴ –es precisamente la distinción entre “jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar” y otros superiores (los llamados “superiores civiles”). En las anteriores normas, la responsabilidad del superior no distinguía explícitamente entre ambas categorías o clases de superiores y aludía genéricamente a los “superiores”, en los que se incluía indistintamente a superiores militares y civiles¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁴ Para mayor información sobre la responsabilidad del superior en estos tribunales especiales, *vid.* BOAS, G., BISCHOFF, J., REID, N., *Forms Of Responsibility In International Criminal Law, International Criminal Law Practitioner Library Series*, Vol. I, Cambridge, 2007, pp. 264-274.

¹⁰⁴⁵ AMBOS, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 561.

Sin embargo, la formulación del art. 28 ECPI –a propuesta de la delegación estadounidense¹⁰⁴⁶ –decidió disgregar el estatus militar y civil e implementar una distinción entre ellos, que tendrá impacto en el elemento subjetivo exigido en uno u otro caso. Así, el jefe militar y los asimilados serán responsables por omisión siempre que tuvieren conocimiento de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, o cuando, en razón de las circunstancias del momento, hubieren debido saber que sus fuerzas los estaban cometiendo o se proponían cometerlos (art. 28 a) i) ECPI). El elemento subjetivo de los superiores militares y asimilados transcurre, por tanto, entre el dolo y la imprudencia inconsciente (el superior desconoce de forma contraria a su deber aquello que debía conocer en función de las circunstancias y debido a su posición como jefe militar)¹⁰⁴⁷. Con respecto a los demás superiores, los civiles, el elemento subjetivo es más exigente y se requiere, por un lado, que el superior tuviere conocimiento de los crímenes de sus subordinados, o que éste deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (art. 28.b). i) ECPI). Con respecto a la responsabilidad dolosa, incluyéndose un supuesto de “ignorancia deliberada” (o *willful blindness* en el ámbito anglosajón) comprendida tradicionalmente, en la dogmática penal continental, dentro del dolo eventual. A la vista de la diferenciación en sede de imputación subjetiva es preciso esbozar criterios sólidos que permitan efectuar dicha distinción entre militares y civiles.

6.7.5. *Los jefes militares de iure y los jefes militares de facto.*

¹⁰⁴⁶ Vid. *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Official Records, vol. II, 2002, p. 136, para. 67.

¹⁰⁴⁷ VAN SLIEDREGT, E., *The criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague, 2003, pp. 186-188.

En opinión de la Sala son jefes militares *de iure* aquellos que han sido “designados formal o legalmente para llevar a cabo funciones de mando militar, lo cual incluye a personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas”¹⁰⁴⁸.

Por el contrario, son jefes militares *de facto*, aquéllos que no son designados legalmente para desempeñar un cargo como mando militar pero, sin embargo, *de facto*, ejercen control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando¹⁰⁴⁹. La Sala concluye finalmente que los jefes militares *de facto* son aquellos que “ostentan autoridad y control sobre fuerzas gubernamentales regulares o irregulares (rebeldes, paramilitares, movimientos armados de resistencia y milicias) que siguen una estructura de jerarquía militar o cadena de mandos”¹⁰⁵⁰.

Esta distinción entre jefes militares *de iure* y *de facto* fue propuesta en su día por la Fiscalía y acogida por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso “Celibici”¹⁰⁵¹ –primer caso resuelto por este Tribunal en el que se vislumbraban por primera vez los contornos de la responsabilidad del superior por omisión en el seno de los tribunales - *ad hoc*- y seguida posteriormente por la jurisprudencia posterior del TPIY y el TPIR¹⁰⁵².

El criterio de distinción entre jefes militares *de iure* y *de facto* con el que parece operar la Sala atiende a la forma de designación del sujeto en el cargo. Si la designación es formal o legal se estará ante un jefe militar de derecho o *de iure*, mientras que si dicha designación es informal o fáctica se estará ante un jefe militar de hecho. Ello viene a distinguir los jefes militares adscritos a las Fuerzas Armadas de los Estados, que son necesariamente designados por un procedimiento legal, en todo caso formal, de

¹⁰⁴⁸ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”, para. 408.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*, para. 409.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, para. 410.

¹⁰⁵¹ ICTY, *op. cit.* para. 345

¹⁰⁵² Vid., entre otras, ICTY, TC, Prosecutor v. Blaskic, judgment, 03.03.2000, para. 300.

integración en las Fuerzas Armadas, mientras que, con respecto a las milicias irregulares o grupos armados de resistencia, dicha designación formal es por regla general inexistente. Con ello se traza una demarcación que, en la praxis jurisprudencial, tendrá escasa relevancia, habida cuenta del nulo impacto jurídico que dicha distinción comporta. Lo esencial es determinar que el sujeto pertenece o no a un organismo militar y que tiene asignadas unas unidades a su cargo.

En el caso “Bemba”, la SCP II en la decisión de cargos se muestra ciertamente ambigua en cuanto a la determinación de Bemba Gombo como jefe militar *de iure* o *de facto*¹⁰⁵³. De hecho, en un momento del razonamiento la Sala indica que “Bemba sirvió como comandante en jefe de iure al ALC y también ostentó el control de facto sobre los comandantes del MLC¹⁰⁵⁴”. En su razonamiento –como la Sala indica¹⁰⁵⁵– se entremezcla el primer elemento, sobre la determinación del sujeto, con el segundo elemento, referido al ejercicio del mando/autoridad y control efectivo, que conforma el ámbito de organización o competencias asignadas al superior. La determinación del estatus militar de hecho o de derecho no parece depender de si el superior ostenta o no dicho mando, autoridad y control sobre los subordinados, sino el carácter militar o cuasi-militar de la organización que él dirige en las estructuras militares o asimiladas. Por ello, el razonamiento de la Sala se vuelve oscuro y no permite trazar una delimitación sólida acerca de los dos elementos enunciados. Lo que parece claro es que el imputado Bemba Gombo debe ser considerado como un jefe militar de hecho, a pesar de que quedase probado que fue elegido como Presidente y Comandante en Jefe del Movimiento de Liberación del Congo y su sección militar, compuesto por el Ejército de Liberación del Congo¹⁰⁵⁶. De acuerdo con la propuesta inicial de la Sala, solo son

¹⁰⁵³ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 156.

¹⁰⁵⁴ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”, para. 457.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, para. 445.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, para. 455.

jefes militares de derecho aquellos mandos pertenecientes a ejércitos y milicias que forman parte de las Fuerzas Armadas, designados formal y legalmente como tales¹⁰⁵⁷. El resto de jefes que dirigen materialmente milicias y grupos armados de fuerza que maniobran en los conflictos armados en operaciones de combate, son jefes militares *de facto*, con independencia del modo que adquieran dicha posición dentro de la organización. Las estructuras militares de derecho están adscritas formalmente a los Estados, mientras que las estructuras cuasi militares o militares de hecho, si bien son semejantes a aquéllas por su función y estructura, no se encuentran vinculadas ni formal ni orgánicamente a los Estados soberanos, quienes suelen designar a través de la ley a los cargos que integran la jefatura de los mandos¹⁰⁵⁸.

No obstante, la cuestión crucial con respecto a este primer elemento es deslindar adecuadamente los jefes militares y asimilados de los superiores civiles. La importancia de dicha distinción radica, como se ha dicho, en el elemento subjetivo aplicable en uno y otro caso, mucho más exigente respecto a los jefes militares. Por ello es conveniente ofrecer algunos trazos que permitan operar dicha distinción, que hasta la fecha la jurisprudencia no parece haber deslindado convenientemente¹⁰⁵⁹.

La propuesta estadounidense de distinguir entre militares y civiles basaba sus argumentos, en primer lugar, en la distinta “naturaleza y alcance de su autoridad”¹⁰⁶⁰, puesto que la autoridad de los militares descansa en un sistema de disciplina militar que incluye una dimensión penal incomparable con los sistemas punitivos de los

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, para. 408.

¹⁰⁵⁸ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 157.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*

¹⁰⁶⁰ *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole*, Official Records, vol. II, 2002, p. 136, para. 67, “The main difference between civilian supervisors and military commanders lay in the nature and scope of their authority”.

superiores civiles¹⁰⁶¹. Asimismo la propuesta estadounidense consideraba que los jefes militares “tenían a su cargo a fuerzas letales, mientras que los superiores civiles tenían a su cargo aspectos conectados con la burocracia”¹⁰⁶². Estas apreciaciones, si bien son ciertas, no permiten distinguir con claridad las estructuras militares de las civiles. Por ejemplo, un escuadrón de la muerte, compuesto por varias personas armadas, puede utilizar fuerzas letales, mas no por ello sus cabecillas o dirigentes son necesariamente jefes militares¹⁰⁶³.

La distinción entre jefes militares y dirigentes civiles radica en la función principal encomendada hacia ellas, de modo que las estructuras militares deben de ser interpretadas, en el contexto del art. 28 ECPI, como unidades o grupos armados con capacidad de “participar directamente en las hostilidades” en función continua de combate dentro de un conflicto armado¹⁰⁶⁴. Los grupos armados que no puedan ser considerados potencialmente como parte combatiente dentro de un conflicto armado – internacional o interno- no constituirán, a efectos del art. 28 ECPI, una estructura militar y por ende sus dirigentes serán civiles. Los jefes militares *de iure* son aquéllos que son designados legalmente por los Estados para dirigir una unidad o varias unidades, dentro de una cadena de mandos, para desempeñar funciones propias de las milicias, o del combate. Junto a estos jefes militares *de iure*, en los conflictos armados contemporáneos –caracterizados por la asimetría entre las partes en combate- operan con alta frecuencia grupos armados paramilitares, guerrilleros o milicianos rebeldes que, sin pertenecer formalmente a las Fuerzas Armadas estatales o adscritos a éstas,

¹⁰⁶¹ *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment...* *op. cit.* p. 136, para. 67. “The main difference between civilian supervisors and military commanders lay in the nature and scope of their authority”. The latter’s authority rested on the military discipline system, which had a penal dimension, whereas there was no comparable punishment system for civilians in most countries”

¹⁰⁶² *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment...* *op. cit.* p. 136, para. 67, “Another difference was that a military commander was in charge of a lethal force, whereas a civilian supervisor was in charge of what might be termed a bureaucracy”

¹⁰⁶³ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 158.

¹⁰⁶⁴ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 158.

combaten como parte en un conflicto armado internacional o interno. Son precisamente los jefes de estas estructuras paramilitares o rebeldes, que operan como parte en un conflicto armado, a los que cabe incluir –a efectos del art. 28.a) ECPI– entre las personas que actúan efectivamente como jefes militares y a los que cabe exigir, conforme a dicha posición, ciertos deberes de cuidado adicionales en relación con las operaciones de sus milicias o fuerzas”¹⁰⁶⁵.

6.7.6. *Los superiores civiles.*

Los superiores o dirigentes civiles deben delimitarse negativamente con respecto a aquellos sujetos a los que cabe calificar como militares¹⁰⁶⁶. Las personas que se sitúan en la cúspide de un grupo u organización, que no opera como parte en un conflicto armado, y no participan directamente en las hostilidades en función continua de combate, son civiles, por lo dispuesto en el art. 28 b) ECPI. Un ejemplo de superiores civiles serían los Ministros de Gobierno, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas e Seguridad del Estado y aquéllos que, por sus funciones, no están insertos en las operaciones de combate para participar directamente en las hostilidades, como suele ocurrir con los responsables de centros penitenciarios, o los directores de campos de prisioneros o de concentración.

En el caso “Bemba Gombo” quedó acreditado positivamente que el acusado era el Presidente electo y Comandante en Jefe del Movimiento de Liberación del Congo

¹⁰⁶⁵ La doctrina con frecuencia ha incluido a los paramilitares y guerrilleros entre la categoría de personas que actúan como jefes militares, vid. ARNOLD, R., “Article 28”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observer’s, notes, article by article*, segunda ed., München et. al., 2008, p. 826, nm 89.

¹⁰⁶⁶ NYBONDAS, M.L., *Command responsibility and its applicability to civilian superiors*, The Hague, 2010, p. 70.

(MLC)¹⁰⁶⁷, el cual estaba formado entre otros órganos por una sección militar, el denominado Ejército de Liberación del Congo¹⁰⁶⁸, compuesto por 20.000 efectivos¹⁰⁶⁹, insertos en estructura militar convencional¹⁰⁷⁰, que fueron desplazados a República Centroafricana para colaborar con Patassé en las operaciones de lucha contra su insurgencia interna¹⁰⁷¹. Asimismo, quedó probado que las tropas del MLC cometieron entre el 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003 diferentes atrocidades, constitutivas de crímenes de guerra y contra la humanidad contra civiles centroafricanos¹⁰⁷², conocidas por el acusado¹⁰⁷³. En todo caso, quedó igualmente probado que el acusado, a pesar de la lejanía o distancia física de sus tropas, mantuvo en todo momento el control y la autoridad efectiva sobre las tropas del MLC¹⁰⁷⁴, manteniendo la capacidad material de evitar y reprimir la comisión de los crímenes durante todo el desplazamiento en territorio centroafricano.

6.7.7. *El segundo elemento de la responsabilidad del superior: el ejercicio del mando o la autoridad y control efectivo sobre sus subordinados.*

El segundo elemento que la Sala enuncia es el relativo al ejercicio por parte del dirigente de “mando y control efectivo” o “autoridad y control efectivo” sobre sus inferiores. Una lectura atenta del precepto nos permite concluir que, cuando se trata de jefes militares de facto –aquellos no legalmente designados para formar parte de un cuerpo militar- o superiores civiles, art. 28 ECPI exige la prueba de que dichos superiores ostentaban “autoridad y control efectivo” sobre sus inferiores, mientras que

¹⁰⁶⁷ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”, para. 455.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, para. 452.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, para. 456.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, para. 456.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, para. 465.

¹⁰⁷² *Ibid.*, paras. 444, 446, 478, 486.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, paras. 485-490.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, paras. 466-477.

cuando se trata de jefes militares *de iure* se exige el ejercicio del “mando y control efectivo” sobre sus fuerzas¹⁰⁷⁵. La SCP II estima que los términos de “mando y autoridad” son próximos¹⁰⁷⁶, aunque debe proveerse algún rasgo de distinción entre ellos, habida cuenta de su incorporación en el precepto¹⁰⁷⁷. Con respecto al mando, la Sala establece que conforme al idioma inglés el mando es “la autoridad efectiva sobre las Fuerzas Armadas”¹⁰⁷⁸, mientras que el vocablo autoridad alude al “poder o facultad de emitir órdenes y asegurar su obediencia”¹⁰⁷⁹. La Sala concluye su posición afirmando que la autoridad designa la “modalidad, manera o naturaleza de acuerdo a la cual un militar o quien actúa como jefe militar ejerce el “control” sobre sus fuerzas o subordinados”¹⁰⁸⁰. Ciertamente la explicación de la Sala resulta un tanto circular, en la medida que la distinción entre ambos vocablos, a pesar del pretendido deslinde, no llega a precisarse claramente. En cualquier caso, la Sala concentra sus esfuerzos en definir los contornos del “control efectivo”, que debe probarse caso a caso para poder determinar la existencia de una relación jerárquica (*de iure* o *de facto*) entre los superiores y los subordinados¹⁰⁸¹. En opinión de la Sala el concepto de control efectivo comprende “la capacidad material de prevenir, castigar o denunciar la comisión de delitos, y la infracción de dichas capacidades de control, da lugar a la responsabilidad penal, satisfechos asimismo otros requisitos”¹⁰⁸². El control efectivo –aclara la Sala– no puede establecerse cuando tan solo existe una mera “influencia” sobre los subordinados, tal y como la jurisprudencia del TPIY determinó en su momento¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁵ *Íbid.*, para. 412.

¹⁰⁷⁶ *Íbid.*

¹⁰⁷⁷ *Íbid.*

¹⁰⁷⁸ *Íbid.*

¹⁰⁷⁹ *Íbid.*

¹⁰⁸⁰ *Íbid.*

¹⁰⁸¹ *Íbid.*, para. 414.

¹⁰⁸² *Íbid.*, para. 415, 416.

¹⁰⁸³ *Íbid.*, para. 415.

Los indicios¹⁰⁸⁴ utilizados por la Sala para la comprobación del control efectivo sobre sus subordinados y dirigentes son los que, en su día, manejaba la jurisprudencia del TPIY y que sucintamente se recogen a continuación: 1) La posición oficial del imputado; 2) su poder de impartir órdenes; 3) su capacidad para garantizar el cumplimiento de dichas órdenes; 4) su posición dentro de la estructura militar y el tipo de tareas asignadas; 5) la capacidad de impartir órdenes a fuerzas o unidades bajo su mando para involucrarse en las hostilidades; 6) la capacidad de modificar la subordinación de las unidades o modificar la estructura de mando; 7) potestad de promocionar, reemplazar, eliminar o sancionar a sus fuerzas y 8) autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y replegar las fuerzas en cualquier momento¹⁰⁸⁵.

En relación con el momento temporal en el que debe confirmarse que el superior ejercía el control efectivo sobre los inferiores, la Sala ratifica que dicho control efectivo debe probarse, al menos, en el momento que los crímenes iban a ser cometidos; es decir, antes de su consumación¹⁰⁸⁶. Así pues, se exige que coincidan en el tiempo el ejercicio del control efectivo y el momento de la comisión del crimen. La cuestión de la coincidencia temporal entre el ejercicio del control efectivo y el momento de comisión del crimen constituye, sin lugar a dudas, un importante punto que debe tenerse en cuenta, y que revela ciertamente la clase de responsabilidad omisiva que establece el art. 28 ECPI. La exigencia de coincidencia temporal entre “control y comisión” de los crímenes pretende poner de manifiesto que los deberes de actuar del superior se restringen a la evitación de los crímenes y no a otro tipo de deberes sin sentido impeditivo, como por ejemplo la mera denuncia o represión no impeditiva *ex post facto*. Dicho de otro modo: la evitación sin control sobre el foco de peligro no es exigible; por

¹⁰⁸⁴ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”, para. 418, con abundantes referencias a la jurisprudencia de TPIY sobre este mismo extremo.

¹⁰⁸⁵ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 161.

¹⁰⁸⁶ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo”, para. 419.

ello la Sala requiere que el superior ostente el control efectivo sobre los subordinados, al menos, en el momento en que éstos eran aun evitables. Si no se tratase de deberes de evitación de los crímenes, no se entendería por qué debe exigirse que los superiores tuvieran el control efectivo sobre los subordinados, puesto que la imposición de ciertos deberes sin sentido impeditivo no requeriría el ejercicio de control sobre los inferiores en el momento en que los crímenes se están cometiendo. Por tanto, si se exige que el superior tenga control sobre los subordinados es porque los deberes que se exigen tienen, en última instancia, un sentido impeditivo. Si los deberes contenidos en el art. 28 ECPI, sobre todo los de represión y denuncia, no tuvieran efecto sobre crímenes futuros en un sentido puramente impeditivo, entonces no se debería exigir dicho control, en la medida que dichos deberes alternativos, de diverso contenido y alcance, configurarían un delito de omisión pura, “*mere omission*”, cuyo injusto no estaría vinculado con la evitación del resultado omisivo¹⁰⁸⁷.

Ejemplo: Si un mando del Ejército reemplaza a otro en el cargo, y en el desempeño de sus nuevas funciones conoce que sus fuerzas han cometido actos de tortura sistemática contra prisioneros de guerra meses antes, procede que el superior abra una investigación para esclarecer los hechos y, en su caso, sancione adecuadamente a los inferiores responsables. En caso de no hacerlo, el superior no puede responder en modo alguno por dichos crímenes, sino tan sólo por un delito de omisión pura de garante por el incumplimiento de un deber de sanción y / o denuncia, que a tenor del art. 28 ECPI quedaría fuera del alcance del tipo, puesto que, en este caso, la responsabilidad es siempre por los crímenes cometidos. En este supuesto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, y de conformidad con el art. 615.3 y 5 bis CP –que si recoge un delito de omisión pura de gravedad intermedia- al nuevo mando podría imponerse una pena inferior en uno o dos grados a lo que corresponde a los autores de dichos crímenes. La

¹⁰⁸⁷ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 162.

omisión del superior no tiene efecto alguno sobre los crímenes ya consumados, cuya evitación es, precisamente, el objeto central de la responsabilidad del superior conforme al art. 28 ECPI, siempre que ello sea posible.

Distinto es que se produzca una variación de la cadena de mandos cuando unos subordinados se hallan inmersos en una línea o plan criminal dilatado en el tiempo. Si el mando “X” reemplaza al anterior superior “Y”, y tiene conocimiento de que sus (nuevas) fuerzas han cometido, crímenes de torturas sistemáticas, las cuales tienen visos de ser reiteradas, entonces dicho superior –que ya está ejerciendo el control sobre los subordinados- debe, en aras de tratar de evitar eventuales conductas delictivas, sancionar, reprimir o denunciar a dichos inferiores y tomar todas las medidas necesarias y posibles a su alcance para tratar de impedir la reiteración de dicha práctica. En caso de no hacerlo, el superior será responsable de esos crímenes posteriores que pudo y debió evitar en función de su posición como superior jerárquico¹⁰⁸⁸.

Con lo anterior nos adentramos en la problemática de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior conforme al art. 28 y el fundamento dogmático que cabe otorgar a dicha forma de responsabilidad. Como se expuso líneas arriba, sendos encabezamientos del art. 28 ECPI hacen referencia a una responsabilidad del superior “por los crímenes cometidos por sus subordinados”. Ello se debe a que la omisión del superior en estos casos equivale a la realización de los crímenes por vía activa y por ello nos situamos en la problemática tradicional de la equivalencia normativa entre acción y omisión en determinados supuestos. Este problema es abordado tradicionalmente en la dogmática continental en casos donde cabe trazar un paralelismo o identidad normativa entre una acción lesiva y una omisión que conduce al mismo resultado cuando el sujeto se halla en posición de garantía y se produce una

¹⁰⁸⁸ *Íbid.*

equivalencia material con la producción positiva del resultado evitable. Estas omisiones suelen agruparse bajo la llamada “comisión por omisión” u omisiones impropias o “*indirect omissions*” en la dogmática anglosajona¹⁰⁸⁹. Este extremo es confirmado igualmente en la decisión de confirmación de cargos contra Bemba Gombo, pues los delitos que finalmente fueron imputados a Bemba por omisión son precisamente los delitos ejecutados por sus fuerzas del MLC en el territorio de República Centroafricana¹⁰⁹⁰.

En el ámbito anglosajón suele establecerse que la omisión es causante de un resultado lesivo cuando existe una obligación legal de actuar y cuando adicionalmente el sujeto tuvo la capacidad de cumplir dicho deber¹⁰⁹¹. En la dogmática penal continental, fundamentalmente en Alemania y España, la omisión comisiva o comisión por omisión suele requerir la existencia de una posición de garantía y un deber de evitar el resultado que permita afirmar una equivalencia en la omisión con la causación positiva de un resultado –medida en términos normativa- a la que cabe reconducir el resultado¹⁰⁹². Así pues, junto a la posición de garante que implica la determinación de un sujeto especialmente obligado, debe comprobarse una equivalencia material y normativa entre la omisión y la acción comisiva. Para explicar dicha equivalencia la doctrina ha formulado diversos criterios que no pueden ser sintetizados en este punto de forma exhaustiva. Solo es posible en este momento recordar algunas de las explicaciones ofrecidas.

¹⁰⁸⁹ ROBINSON, P.H., “Criminal liability for omission”, en *New York Law School Law Review*, Vol. 29, núm. 101, 1984, p. 106, que afirma que la omisión puede ser equivalente a la acción cuando existe un deber de actuar (*duty to act*) y la capacidad de llevar a cabo dicho deber (*capacity to perform that duty*).

¹⁰⁹⁰ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 444, y conclusiones finales de la decisión de confirmación de cargos, de 15 de julio de 2009, donde se imputa a Bemba Gombo sobre la base de la responsabilidad del superior militar (28.a) a ECPI los delitos de homicidio y violación, como modalidades de crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra consistentes en el homicidio, violación y saqueo.

¹⁰⁹¹ ROBINSON, “Criminal liability for omission”, *op. cit.* p. 106 y ss.

¹⁰⁹² SILVA SÁNCHEZ, J.M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 348 y 350.

En un primer momento, la doctrina aludía a la existencia de un deber jurídico de actuar para evitar el resultado; un deber derivado de la ley, contrato o injerencia, cuya infracción confirmaba supuestamente la equivalencia entre la acción y la omisión. Dicha teoría del deber jurídico, sin embargo, resultaba excesivamente formalista y se mostraba inoperante para explicar la razón material por la que de la infracción de un deber de actuar cabía predicar la equivalencia con la causación de un resultado por vía activa¹⁰⁹³. Debe llamarse la atención que la teoría del deber jurídico ha tenido su paralelismo en Derecho anglosajón en las teorías de la *legal duty*¹⁰⁹⁴. Algunos autores como METTRAUX¹⁰⁹⁵, parecen haber fundamentado la responsabilidad del superior en Derecho penal internacional en la existencia de un deber legal de actuar que imponía a los superiores militares y civiles ciertos deberes de control sobre los subordinados que podían deducirse de ciertas disposiciones de Derecho humanitario convencional (artículos 86 y 87 Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra). No obstante el problema es que la fundamentación de la responsabilidad del superior en la infracción de un deber jurídico de actuar no explica adecuadamente las razones de la equivalencia entre acción y omisión. Asimismo esta fundamentación resulta criticable en la medida que los Tribunales Internacionales *ad hoc* siempre han adoptado una perspectiva material y no meramente legalista o formalista para delimitar la posición de garantía del superior, por lo que dicha fórmula no se contradice con el entendimiento no formalista que éstos tribunales han adoptado¹⁰⁹⁶. Esta perspectiva es especialmente inidónea para poder fundamentar la responsabilidad por omisión de ciertos sujetos como los jefes de grupos rebeldes o líderes paramilitares o guerrilleros –como por

¹⁰⁹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: Fundamentos de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 26-27.

¹⁰⁹⁴ Sobre las teorías de la legal duty, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 145-148.

¹⁰⁹⁵ METTRAUX, G., *The law of Command Responsibility*, OUP, Oxford 2009, pp. 47-51, 111 con interesantes referencias.

¹⁰⁹⁶ *Vid.*, al respecto, ICTY, Celebici, *op. cit.* paras. 350, 354.

ejemplo el propio Bemba Gombo- que nunca encontrarán, entre las disposiciones legales, deberes de actuar en un determinado sentido.

Tras la teoría del deber jurídico, surge de la mano de KAUFMANN la denominada teoría de las funciones que distinguía entre “garantes de protección de un bien jurídico” y “garantes de control de un foco de peligro”¹⁰⁹⁷. Esta teoría, si bien era correcta en cuanto a la descripción del contenido del deber de actuar (proteger el bien jurídico o controlar un foco de peligro) no resulta apropiada para explicar por qué la infracción del deber de garante convierte a una omisión en equivalente con un hacer positivo lesivo¹⁰⁹⁸. A partir de aquí surgen multitud de explicaciones de la doctrina en torno al problema de la equivalencia normativa entre acción y omisión comisiva que, en este punto, rebasan el objeto de la presente investigación.

En el ámbito de la responsabilidad del superior en Derecho penal internacional, se han ofrecido varias fundamentaciones. Destaca, por lado, la postura de WEIGEND que estima que el fundamento de dicha responsabilidad reside en la libre asunción del superior del control sobre una fuente de peligro a consecuencia de lo cual se produce una confianza de la generalidad en que dicha fuente de peligro está controlada por la persona vigilante. Por otro lado, otros autores, como por ejemplo BERSTER, partiendo de los planteamientos de SCHÜNEMANN, sitúa dicho fundamento en el dominio del control que sirve para explicar el problema de la equivalencia de la responsabilidad por omisión en general en el ámbito del Derecho penal internacional y la responsabilidad del superior en particular. En consecuencia, para este autor, la imputación en la omisión debe corresponderse con los criterios de imputación

¹⁰⁹⁷ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 165.

¹⁰⁹⁸ Críticamente, por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión...*, *op. cit.* p. 28; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia...*, *op. cit.* pp. 225 y ss.

utilizados en la comisión activa, de modo que el dominio del hecho en la comisión se identifica con el dominio del control para comportamientos omisivos¹⁰⁹⁹. La relación entre superior y subordinado muestra el dominio sobre el control en virtud del poder del superior de emitir órdenes o instrucciones. BERSTER sostiene asimismo que su posición es perfectamente compatible con la jurisprudencia del TPIY en los casos “Mucic et al.” (Celebici Camp) y “STRUGAR”, en las que se hace referencia a la existencia de un poder de control del superior sobre los actos de los subordinados (que es un dato fáctico) sirve para explicar la razón por la que el superior responde por no evitar los delitos de sus subordinados en pie de igualdad con la comisión activa¹¹⁰⁰.

6.7.8. *El tercer y cuarto elemento de la responsabilidad del superior: a) los crímenes deben haberse cometido como consecuencia de la falta de control adecuado de los superiores; b) el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o denunciar la comisión de los crímenes ante las autoridades competentes.*

Una vez establecido que la responsabilidad del superior por omisión, tal y como es recogida en el art. 28 ECPI, instaura una regla de imputación penal de los crímenes a la omisión del superior, constituyendo un supuesto de omisión comisiva legalmente determinada en el art. 28 ECPI, conviene analizar, no obstante, los demás requisitos incorporados en el art. 28 ECPI. Al margen del elemento subjetivo, el art. 28 hace referencia, por un lado, a que los crímenes se hayan cometido como consecuencia de que el superior no efectuó un control apropiado sobre los subordinados, y por otro lado a que el superior no haya adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o denunciar ante las autoridades la comisión de los crímenes por parte de sus

¹⁰⁹⁹ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 167.

¹¹⁰⁰ *Íbid.*

subordinados. La decisión de abordar ambos elementos en un mismo apartado se basa en la necesidad de considerar ambas cuestiones como extremos relacionados entre sí, sin que quepa disgregarlos o explicarlos separadamente.

En relación con el tercer elemento, la SCP II considera que la expresión contenida en ambos encabezamientos del art. 28 referida a que “los crímenes de la competencia de la Corte que hubieran sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad o control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”, alude necesariamente a una relación de causalidad (“*element of causality*”) entre la falta de control y la comisión de los crímenes¹¹⁰¹. Dicho elemento de causalidad nos introduce de plano en el problema de la imputación del resultado (los crímenes) al comportamiento omisivo del superior, mención que no es explicitada en ningún momento por parte de la Sala y que, sin embargo, convendría destacar para la mejor comprensión y explicación de esta forma de responsabilidad.

La Sala comienza su razonamiento considerando que la mención al “control apropiado” debe entenderse unida al ejercicio del “control efectivo” por parte del superior hacia sus inferiores¹¹⁰². Acto seguido entiende que “control efectivo” se refiere a la capacidad material de prevenir, reprimir o denunciar los hechos ante las autoridades competentes, de modo que la infracción del superior de su “deber de controlar adecuadamente” a sus subordinados nos remite a un escenario de incumplimiento de dichos deberes de prevención, represión o denuncia¹¹⁰³. De lo anterior, se desprende, por tanto, un planteamiento tautológico donde el control

¹¹⁰¹ “Decision on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” paras. 423-424.

¹¹⁰² “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 424.

¹¹⁰³ *Íbid.*

apropiado se cifra en el cumplimiento del control efectivo, el cual se materializa a su vez en el cumplimiento de los deberes recogidos de forma expresa en el art. 28 ECPI, que, parece redundar en la evitación de la comisión de los crímenes¹¹⁰⁴.

Con respecto a la relación o elemento de causalidad, la SCP II se limita a indicar que la relación de causalidad entre la “falta de control” y la “comisión de los crímenes” solo puede establecerse con respecto al deber de evitación o prevención de los crímenes, en la medida que los deberes de represión y denuncia se generan bien durante la comisión, bien después de la consumación, de modo que la infracción del deber no puede ser causal de algo ya consumado anteriormente¹¹⁰⁵. No obstante, la Sala se muestra dubitativa en este punto y señala que con respecto a los deberes de represión y denuncia –en la medida que pueden tener un componente preventivo de crímenes futuros- podría trazarse sobre ellos algún elemento de causalidad¹¹⁰⁶. Esta reflexión de la Sala es plausible en cuanto a dotar de coherencia el precepto, además de ser más razonable desde un punto de vista político-criminal.

En relación con el criterio utilizado por la Sala para establecer dicho vínculo causal entre la falta de control y la comisión de los crímenes, la Sala acoge la teoría del incremento del riesgo¹¹⁰⁷. En estos casos, bastará con que la Fiscalía pruebe que “la omisión del superior ha incrementado el riesgo de comisión de los crímenes que se le

¹¹⁰⁴ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 170.

¹¹⁰⁵ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 424.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ Esta teoría es una variación de la teoría del incremento del riesgo de ROXIN, formulada por este autor en el ámbito de la causalidad con respecto a los delitos imprudentes para la relación de los casos de comportamiento alternativo conforme a Derecho. En aquellos supuestos se trata, pues, de comprobar si el comportamiento imprudente ha aumentado el riesgo de producción del resultado con respecto a la conducta hipotética permitida. En caso de afirmarse dicho incremento del riesgo por parte del comportamiento descuidado podría procederse a la imputación del resultado al sujeto que actúa imprudentemente. Si la conducta descuidada no aumenta el riesgo de producción del resultado, no se podrá imputar el resultado, procediendo en estos casos a la absolución del sujeto. Vid. GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 171, nota a pie de p. n° 95.

imputan conforme al art. 28 ECPI”¹¹⁰⁸. La teoría del incremento del riesgo es seguida asimismo por KAI AMBOS¹¹⁰⁹ y VOLKER NERLICH¹¹¹⁰ en el ámbito de la causalidad con respecto a la responsabilidad del superior prevista en el art. 28 ECPI. Este criterio fue propuesto por el Amicus Curiae¹¹¹¹ presentado por Amnistía Internacional al hilo del caso “Bemba Gombo”, dos meses antes de efectuarse la confirmación de cargos en junio de 2009. Otros autores, como por ejemplo ROBERTA ARNOLD¹¹¹², consideran más apropiado acudir a la doctrina tradicional dominante de la probabilidad (*Probability Theorie*), de acuerdo a la cual solo cabe imputar el resultado con una probabilidad rayana en la certeza.

Con independencia de la corrección o incorrección de dicho criterio, lo que es evidente es que la imputación de los crímenes a la omisión del superior requiere, por un lado, la constatación de que la conducta indicada de evitación valorada *ex ante* era objetivamente idónea para impedir el resultado, y por otro lado, que dicha conducta habría resultado idónea, también *ex post*, para evitar el resultado lesivo producido por sus subordinados. La mayor o menor certitud acerca de la idoneidad de la conducta de evitación debida por el superior valorada desde el punto de vista *ex post* es una cuestión de prueba, cuyo valor debe verificarse más allá de toda duda razonable (art. 66.3 ECPI).

¹¹⁰⁸ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 425.

¹¹⁰⁹ AMBOS K., “Superior Responsibility”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2002, p. 860.

¹¹¹⁰ NERLICH, V., “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, en *JICJ*, n° 5, 2007, p. 673.

¹¹¹¹ Vid. “Amicus Curiae Observations On Superior Responsibility”, Amnesty International, ICC-01/05-01/08, 20.04.2009, PARAS. 45-47, si bien debe destacarse que a juicio de AI no debe requerirse elemento de causalidad alguno, pero en caso de que se exija, éste debe obtenerse bajo la fórmula del incremento del riesgo.

¹¹¹² ARNOLD, “Article 28”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observer’s, notes, article by article*, segunda ed., München et. al., 2008, p. 835.

Por otro lado, y en conexión con el cuarto elemento mencionado referente a la no adopción por parte del superior de medidas de evitación, represión o denuncia de la comisión de los crímenes ante las autoridades, deben realizarse varias puntualizaciones.

En primer lugar, la SCP II parece desmembrar el contenido de los diversos deberes en función del momento del *iter criminis* en el que se encuentre la realización del delito. Ello es completamente correcto, pues no se puede reprimir o denunciar la comisión de un crimen que aun no ha alcanzado, al menos, la fase de tentativa en los delitos dolosos. Por tanto, es cierto lo que afirma la SCP II cuando señala que “los deberes contenidos en el art. 28 surgen entre momentos diferenciados de la comisión de los crímenes, antes, durante y después de su consumación”¹¹¹³. El deber de evitar o prevenir surge con anterioridad a la consumación de los crímenes. El deber de reprimir, a juicio de la Sala, se compone del deber de poner fin a la continuación de la comisión de los crímenes y el deber de castigar (*punish*) a las tropas después de la comisión de los delitos, en el caso de que el superior posea dicha facultad. En caso de no ostentar el superior un poder sancionador al respecto, el superior debe proceder a denunciar ante las autoridades competentes la comisión de los crímenes¹¹¹⁴.

Con independencia de que los distintos deberes del superior deban activarse en distintas fases del *iter criminis*, el contenido de los distintos deberes redundará, en última instancia, en impedir la comisión o la reiteración posterior de los delitos. El genocidio, los crímenes de lesa humanidad o los crímenes de guerra no se cometen en un solo momento, de forma puntual y con un agotamiento relativamente acotado en el tiempo. Más bien al contrario, estos delitos no se agotan en una sola secuencia temporal, sino que su comisión suele tener cierta perdurabilidad y se insertan en líneas de conducta

¹¹¹³ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 436.

¹¹¹⁴ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 440.

determinadas, dilatadas espacio-temporalmente. Por este motivo, cuando un superior no reprime, castiga o denuncia la comisión de unos crímenes *ex post facto*, puede estar generando un clima de tolerancia y aquiescencia con respecto a delitos futuros, que en caso de volver a producirse, serán imputables al superior toda vez que se pruebe que pudo evitarlos adoptando las medidas requeridas para ello. De ese modo, si bien es cierto que los distintos deberes del superior deben activarse en función del *iter criminis*, el contenido de esos deberes adquiere siempre un sentido de evitación que permite, en todos los casos, imputar los crímenes a la omisión del superior, satisfechos por otra parte todos los demás elementos típicos conforman la responsabilidad del superior¹¹¹⁵. Entendido en estos términos el art. 28 ECPI, los distintos deberes enunciados adquieren relevancia típica siempre que se les dote de un sentido impeditivo, y precisamente por ello es posible proceder a la imputación de los crímenes ante la falta de evitación posible y debida por parte del superior. Si un superior no castiga o denuncia unos crímenes a manos de sus tropas, pero dichos crímenes no vuelven a producirse, el superior no puede ser responsable de ellos puesto que, cuando tuvo conocimiento de su comisión, éstos ya se habían consumado. En este caso, el superior no sería responsable conforme al art. 28 ECPI. Sensus contrario, y atendiendo a la dinámica comisiva de los crímenes objeto de imputación, si un superior conoce la comisión de los crímenes de sus subordinados y éste no toma medidas para sancionarles o denunciarles como medidas tendentes a la prevención o evitación de los crímenes, podrá procederse a la imputación de los crímenes al superior en caso de que éstos vuelvan a producirse¹¹¹⁶.

¹¹¹⁵ No obstante, una parte de la doctrina sugiere que el art. 28 ECPI incorpora varios tipos de delitos omisivos, propios e impropios. Así, por ejemplo, WIEGEND, MELONI o BERSTER consideran que la infracción de deber de evitar da lugar a una especie de comisión por omisión mientras que la infracción de deberes *ex post facto*, constituyen un injusto omisivo diverso, que consiste en no realizar la conducta indicada pero sin referencia alguna al resultado.

¹¹¹⁶ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 174.

En segundo lugar, es imprescindible que la adopción de dichas medidas de evitación, represión o denuncia sean de posible realización por el superior (capacidad personal de actuar) y que éstas, a su vez, se muestren como objetivamente idóneas *ex ante* para evitar la comisión de los crímenes. En caso de que estas medidas se mostrasen ya desde las perspectiva *ex ante* como inidóneas para dicho fin, o que el superior no tuviera la capacidad individual de adoptar dichas medidas no podrá desaprobarse jurídicamente el comportamiento omisivo del superior¹¹¹⁷. La norma penal solo exige que los sujetos adopten comportamientos posibles e idóneos, desde la perspectiva *ex ante*, para tratar de evitar resultados indeseables para bienes jurídicos. Por esta razón, no podrá exigirse lo imposible al superior, ni tiene sentido reprocharle que no adoptase medidas que, ya desde la perspectiva *ex ante*, se mostraban inútiles para evitar la comisión de los crímenes. Por otro lado, la imputación de los crímenes (el resultado) solo es posible si se comprueba *ex post* que la acción de evitación omitida por el superior habría evitado el resultado desde un punto de vista retrospectivo. En este caso, debe comprobarse que no se vislumbra la concurrencia de otros riesgos que nada tienen que ver con el riesgo inicial competencia del superior, quien debió y pudo evitar los crímenes provenientes de su esfera de competencias o ámbito de organización. Si el riesgo no permitido que el superior no conjuró no es, precisamente, aquel que se ha realizado en el resultado, sino otro distinto, sólo se le podrá sancionar por tentativa en supuestos dolosos, en la medida que ello se estimase incluido dentro del art. 25.3. f) ECPI, regulador de la tentativa en este ámbito.

La Sala por su parte se limita a recordar que la necesidad y razonabilidad de las medidas deben medirse en el caso concreto, y como expresión de la capacidad material

¹¹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 294-298 y ss.

del superior de adoptar dichas medidas¹¹¹⁸. Sin embargo, no efectúa un razonamiento más profundo en ese momento del proceso (fase de confirmación de cargos) aunque es de esperar que, al igual que efectuó el TPIY y TPIR, se conecte este extremo con el principio *ab impossibilia nemo tenetur*, de modo que no se exija al superior la adopción de medidas más allá de las capacidades personales concurrentes en el caso¹¹¹⁹.

6.7.9. *El quinto y último elemento de la responsabilidad del superior: el elemento subjetivo.*

El art. 30.1 del ECPI establece el elemento subjetivo con carácter general de las infracciones, “salvo disposición en contrario” que indique otra diferencia con respecto al elemento subjetivo. Dicho art. 30 requiere en todo caso que las infracciones se cometan con conocimiento e intención de los elementos materiales del crimen. De este modo el elemento subjetivo con carácter general se referirá a una responsabilidad dolosa. Sin embargo, en el art. 28 ECPI se establece un estándar subjetivo sustancialmente diverso a lo dispuesto en el art. 30 ECPI cuando se trate de valorar la responsabilidad del superior, que debe ser aplicado como ley especial¹¹²⁰.

El art. 28 ECPI recoge tres previsiones diversas en torno al elemento subjetivo. Así, se hace referencia a que el superior militar o asimilados “hubiere sabido, o en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Con respecto al superior civil se exige que éste “hubiere tenido conocimiento o, al menos, deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban

¹¹¹⁸ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 443.

¹¹¹⁹ De forma constante la jurisprudencia del TPIY ha reconocido que el superior solo puede ser responsable si se prueba que tenía la capacidad material (*material ability*) de controlar a los subordinados. Así, ICTY, TC, Celebici, *op. cit.* paras. 378, 395.

¹¹²⁰ ARNOLD, “Article 28...”, *op. cit.* p. 837, n°. 114.

cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. La situación típica que motiva la obligación de actuar es que los inferiores estuvieran cometiendo los crímenes o se propusieran cometerlos (lesión o peligro para los bienes jurídicos afectados)¹¹²¹.

6.7.10. *Conocimiento de la situación típica de lesión o peligro.*

El art. 30.3 establece que:

“a los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido”.

En la responsabilidad del superior, el estándar subjetivo de mayor intensidad y consiguiente reproche penal viene representado por la existencia de conocimiento de la comisión de los crímenes o del riesgo cierto de su acontecimiento. El elemento intencional queda desplazado¹¹²² y basta con la existencia de conocimiento de los elementos materiales del crimen cometido por los subordinados para entender satisfecho el elemento mental referido a una suerte de dolo en la terminología continental. A este efecto, suele afirmarse que el elemento o tipo subjetivo en las omisiones dolosas está compuesto por el conocimiento del agente de la existencia de una situación típica de peligro que le alerta de la necesidad de actuar en un determinado sentido para tratar de evitar la lesión al bien jurídico. El omitente actúa con dolo cuando la finalidad de su comisión consiste en dejar que el resultado típico

¹¹²¹ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 175.

¹¹²² En contra, METTRAUX estima que debe probarse en todo caso que el superior no solo conoció la comisión de los crímenes sino que debe probarse su aquiescencia en ellos, que este autor vincula a la existencia de un elemento volitivo, METTRAUX, *The Law of Command... op. cit.* pp. 78-79.

acontezca. Para ello es preciso que el sujeto conozca la situación de peligro para el bien jurídico que le obliga a actuar y sin embargo tolere su lesión. ROXIN estima que la gradación del dolo en la omisión comisiva es posible atendiendo al grado de seguridad con el que aparezca el resultado. Si el omitente no realiza la acción indicada sabiendo que su inacción conducirá con seguridad al resultado, estamos ante un dolo directo de primer grado, mientras que cuando el omitente solo se representa como probable que su inacción conduzca a la aparición del resultado estamos ante un dolo eventual, siempre que se tome en serio dicha posibilidad y se conforme con ello¹¹²³.

La SCP II en la confirmación de cargos en el caso “Bemba” ha insistido correctamente en que el conocimiento no puede ser presumido, pero reconoce que la prueba de su concurrencia puede establecerse a través de ciertos indicios¹¹²⁴. Los indicios enumerados por la Sala se corresponden con los manejados por la jurisprudencia del TPIY y son los siguientes: Número y extensión de actos ilícitos; comisión generalizada; momento o tiempo en el que éstos tuvieron lugar; tipo y número de tropas involucradas; medios de comunicación disponibles; *modus operandi* de actos semejantes; extensión y naturaleza de la posición del superior y responsabilidad en la estructura jerárquica; localización temporal y geográfica del superior en el momento de la comisión de los actos o la existencia de una estructura organizada con un sistema de información y supervisión¹¹²⁵.

6.7.11. *Hubiere debido conocer la situación típica de lesión o peligro para el bien jurídico.*

¹¹²³ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 176.

¹¹²⁴ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” para. 430.

¹¹²⁵ *Íbid.*, para. 431.

El estándar subjetivo mínimo previsto en el art. 28.a) ECPI para los superiores militares o asimilados es que, “conforme a las circunstancias, el superior hubiere debido saber”, pero sin embargo no conociese que sus subordinados se proponían o estaban cometiendo los crímenes. El precepto incorpora así una incriminación de la conducta imprudente –asimilable a la imprudencia inconsciente– por la que el superior ni siquiera advierte la lesión o el peligro para el bien jurídico, de forma contraria a su deber de cuidado¹¹²⁶, tal y como reconoce la Sala de Cuestiones Preliminares II¹¹²⁷. En estos casos, la norma de cuidado exige que el superior militar esté informado de las actividades llevadas a cabo de sus fuerzas ante el potencial lesivo, abstracto, que sus tropas puedan representar cuando entran en contacto con terceros. Ciertamente, el desarrollo de las operaciones militares suele acarrear riesgos para la vida e integridad física de las personas, lo que exige ultimar las medidas precautorias¹¹²⁸. Por esta razón, el Derecho penal internacional, a través de la previsión del art. 28.a) ECPI, impone ciertos deberes de cuidado (de control y vigilancia) a los jefes militares y asimilados sobre las actividades de sus tropas, que tienen pleno sentido desde un punto de vista preventivo¹¹²⁹. El superior militar debe proveerse de un sistema de información y transmisión de informes que le permitan conocer el estado de sus tropas y así mantener su ámbito de organización dentro del riesgo permitido. Cuando en razón de no haberse ejercido dicho control, vigilancia y supervisión sobre las conductas de las tropas aparezca un resultado lesivo (la comisión de los crímenes) que podía haber sido cognoscible para el superior si hubiere ejercido adecuadamente los controles y

¹¹²⁶ AMBOS, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 592.

¹¹²⁷ “Decisión on the Confirmation of the charges in Bemba Gombo” paras. 429, 432.

¹¹²⁸ MARTÍNEZ, J. S., “Understanding *Mens Rea*”, in Command Responsibility. From Yamashita to Blaskic and Beyond”, en *JICJ*, n° 5, 2007, p. 663.

¹¹²⁹ En el mismo sentido, muy favorable a la incriminación de conductas imprudentes del superior militar, se muestra MARTÍNEZ, *op. cit.* pp. 661-664.

aseguramientos pertinentes, el superior responde a título de imprudencia por los crímenes dolosos cometidos por los subordinados¹¹³⁰.

Para evaluar la infracción de dicho deber de cuidado, pueden valorarse, en su caso, las medidas de información y control adoptadas por el superior, así como los demás planes de posible implementación para contener los riesgos dimanantes de su organización. Así, puede ocurrir que a pesar de que el superior haya cumplido las normas de cuidado de control y vigilancia, los subordinados cometan de forma imprevisible alguno de los crímenes de competencia de la CPI. En esos casos de falta de previsibilidad objetiva de riesgo, no cabrá hacer responsable al superior en la medida que éstos no pueden ejercer un control absoluto sobre las conductas de los subordinados de forma total y continua. Si los subordinados, de forma imprevisible, cometan alguno de los crímenes, el superior no deberá responder en modo alguno por dichos crímenes ni siquiera a título imprudente¹¹³¹.

La división del trabajo en organizaciones complejas permite poder confiar, salvo indicio en contrario, en que los subordinados se van a comportar conforme a lo previsto dentro del ámbito de lo permitido. No obstante, pueden establecerse deberes adicionales de control o vigilancia sobre las operaciones de los inferiores, que, en caso de no llevarse a cabo, comportan una conducta imprudente del superior, punible conforme al art. 28.a) ECPI. Se exige así que, en contextos de peligro potencial, probado a través de la experiencia, los jefes militares *de iure* o *de facto* estén al corriente sobre el estado de su organización y el desempeño de las actividades de sus fuerzas; las conductas delictivas esporádicas e imprevisibles son de imposible reconocimiento por

¹¹³⁰ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 178.

¹¹³¹ STRYSZAK, M., "Command Responsibility: How Much Should a Commander be Expected to Know?", en *Journal of Legal Studies (United States Air Force Academy)*, n° 27, 2002, p. 68.

parte del superior, de modo que, en principio, le asiste un principio de confianza, siempre que haya realizado los aseguramientos pertinentes sobre las conductas de sus tropas y no disponga de ningún indicio contrario que le impida confiar¹¹³².

El art. 28 a) ECPI contiene así una suerte de comisión por omisión imprudente de los superiores con respecto a los crímenes dolosos cometidos por los subordinados. Se escinde con ello el título de imputación subjetiva para los superiores militares con respecto a los crímenes dolosos cometidos por los subordinados. El injusto de esta particular comisión por omisión consiste en la infracción de la norma de cuidado que imponía el ejercicio de control y vigilancia sobre las conductas de sus tropas, cuando a consecuencia de dicha infracción el superior no ha contado con el conocimiento que le hubiese alertado de la necesidad de aumentar su diligencia para tratar de evitar los crímenes de sus fuerzas; se trata por tanto, en estos casos de un desconocimiento reprochable¹¹³³. El injusto no tiene aquí la misma gravedad que en supuestos donde el superior conocía la comisión o el riesgo de comisión de los crímenes. Por este motivo, en sede de determinación de la pena, deberá reflejarse la menor reprochabilidad de la conducta imprudente respecto a la conducta dolosa, y consiguientemente, la Corte deberá aminorar la penalidad correspondiente¹¹³⁴.

6.7.12. *Deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que concurría una situación típica de lesión o peligro del bien jurídico.*

¹¹³² GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 179.

¹¹³³ WERLE, *Tratado de Derecho...*, *op. cit.* p. 232.

¹¹³⁴ AMBOS, "La responsabilidad del superior...", *op. cit.* p. 592.

El elemento subjetivo mínimo previsto para los superiores civiles es establecido en el art. 28.b) ECPI y consiste en que el superior “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. Sobre este elemento la CPI no se ha pronunciado aún, a pesar de que dicha previsión se asemeja al elemento mental previsto en el derecho consuetudinario y en la interpretación realizada de los tribunales ad hoc sobre los arts. 7.3 y 6.3 TPIY/TPIR respectivamente¹¹³⁵. Con esta previsión puede observarse un estándar subjetivo exceptuado con respecto al elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ECPI, que puede ser reconducido a un supuesto de ceguera intencional o *willful blindness*, en todo caso más exigente que el elemento subjetivo previsto con respecto a los superiores militares¹¹³⁶. El superior civil desprecia información que le alerta del riesgo de comisión de los crímenes, pero no quiere indagar en ello a pesar de disponer de dicha información. En estos casos, el superior conoce o advierte del riesgo genérico, en el que el sujeto no quiere profundizar, pudiendo hacerlo, colocándose así en una situación de ceguera ante los hechos, pretendiendo beneficiarse del menor reproche penal que conlleva la falta de conocimiento. En estos supuestos, tal y como está formulado por el propio art. 28.b) ECPI, el superior desprecia intencionalmente una información que de forma concreta, y más o menos detallada, le alertaba de la lesión o peligro de lesión contra terceros. En estos casos, el superior civil es consciente o percibe el riesgo de comisión de los crímenes, pero lo ignora de forma intencional, a diferencia del supuesto en que actúa por imprudencia donde el sujeto desconoce la existencia de un riesgo que, sin embargo, debe conocer.¹¹³⁷

¹¹³⁵ *Ibid.*, p. 590.

¹¹³⁶ AMBOS, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.*, pp. 590-591.

¹¹³⁷ GARROCHO SALCEDO, *op. cit.* p. 180.

6.7.13 Aspectos complementarios.

Además de los tres elementos analizados que constituyen la figura de la responsabilidad del superior, se pueden identificar algunos aspectos complementarios. Estos aspectos resultan de la revisión del DIH convencional, en especial del PA I, y exigen a los superiores deberes específicos que han de cumplir.

Difusión del DIH en las fuerzas armadas. De acuerdo al artículo 87.2¹¹³⁸ del PA I son los propios jefes militares quienes deben garantizar que sus subordinados conozcan sus obligaciones a la luz de los Convenios de Ginebra y del PA I. Tal control se efectuará teniendo en cuenta las responsabilidades que se derivan de los artículos 82¹¹³⁹ y 83¹¹⁴⁰ del PA I para los jefes de acuerdo a su grado de responsabilidad, vale decir, conforme a los mismos criterios aplicables a la instrucción de la tropa.

En tal sentido, el jefe de unidad es el responsable de la instrucción de sus hombres, a través de los oficiales y suboficiales bajo su mando¹¹⁴¹. En el caso de los mandos de niveles superiores al de jefe de compañía, tendrán obligaciones correspondientes en el ámbito de sus competencias¹¹⁴².

¹¹³⁸ PA I, artículo 87: “Deberes de los jefes. (...) 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes Contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo”.

¹¹³⁹ PA I, artículo 82: asesores jurídicos en las fuerzas armadas.

¹¹⁴⁰ PA I, artículo 83: difusión.

¹¹⁴¹ En este ámbito los comentarios del CICR son claros al señalar: “He will ensure that this is done either periodically or expressly before an engagement by drawing particular attention, where necessary, to the sort of action to be avoided, taking into account the situation or the morale of the troops”. *Ibidem*, loc. cit.

¹¹⁴² Por ejemplo, los comandantes de batallón deberán instruir a los jefes de unidad subordinados y a los oficiales de su propio Estado Mayor, así como respecto al jefe de regimiento, cuidar la uniformidad y la regularidad de la enseñanza en el regimiento. Véase *ibidem*, loc. cit.

Medidas de orden práctico. Los artículos 87.1¹¹⁴³ y 87.3 del PA I contienen disposiciones análogas sobre el fondo, aunque el último se refiere al caso en el que el jefe “tenga conocimiento de que los subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción”¹¹⁴⁴. Tal obligación reposa en el hecho de que los jefes militares no están desprovistos de medios para hacer respetar las normas convencionales¹¹⁴⁵.

Se debe señalar que, en ciertas ocasiones, se cuestiona que no es realista exigir a un jefe militar que dedique toda su atención al respeto de los Convenios y del PA I toda vez que, dentro de esta lógica, es la conducción del combate lo que constituye su tarea esencial. Se pueden esgrimir tres argumentos para rebatir tal planteamiento. El primero implica que la fase preventiva, en la cual se da la instrucción, se desarrolla antes que estalle el conflicto armado. El segundo, que las órdenes no se dan sólo durante el combate, sino principalmente con anterioridad a éste¹¹⁴⁶. El tercero, que si bien el jefe militar es responsable de todo lo que suceda en su sector, tal hecho no equivale a que él deba realizarlo todo¹¹⁴⁷.

¹¹⁴³ PA I, artículo 87: “Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes Contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y las demás personas que se encuentran bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes”.

¹¹⁴⁴ PA I, artículo 87.3.

¹¹⁴⁵ En efecto, ellos se encuentran sobre el terreno de las hostilidades y pueden ejercer un control sobre sus subordinados y sobre las armas que éstos emplean. Asimismo, tienen autoridad para prevenir mejor que nadie las infracciones. En ese contexto, pueden establecer un adecuado estado de ánimo y garantizar la utilización racional de los medios de combate y el mantenimiento de la disciplina. Se exige que estén continuamente informados de cómo sus subordinados cumplen las tareas encargadas así como que establezcan los hechos acaecidos, necesario punto de partida de una posterior sanción. Véase SANDOZ y otros (eds.), *op. cit.*, p. 1021, parágrafo 3560.

¹¹⁴⁶ En tal sentido, toda orden que se expida antes del combate debería ser acompañada de un recordatorio de las prescripciones convencionales apropiadas en la situación específica.

¹¹⁴⁷ Un ejemplo de lo anterior es disponer, en los niveles apropiados, miembros de la policía militar, oficiales médicos, y especialistas en el trato de prisioneros de guerra, además de los asesores jurídicos.

Como acotación final debemos mencionar que los dos aspectos tratados en este punto tienen intrínseca relación con la obligación de respetar el DIH, obligación que se considera parte del DIH consuetudinario¹¹⁴⁸.

7. La responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho penal español.

7.1. Introducción. Base para la integración del artículo 615 bis al CP.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal incluyó el artículo 615 bis en el Capítulo IV, «Disposiciones comunes», de los “Delitos contra la Comunidad Internacional” (Título XXIV) en nuestro ordenamiento jurídico penal.

Art. 615 bis CP: “1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus

¹¹⁴⁸ Según la enumeración del CICR, normas 139-143. Vid. HENCKAERTS y DOSWALD-BECK, *op. cit.*, pp. 495-508.

subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.

5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

La incorporación del artículo 615 bis al Código Penal se debe a la necesidad de “coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional”¹¹⁴⁹ y en concreto con el artículo 28 del Estatuto de Roma.

Mediante la ratificación por España del Estatuto, realizada el 25 de octubre de 2000¹¹⁵⁰, se asume la competencia subsidiaria de la Corte Penal Internacional para enjuiciar los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de agresión y de guerra¹¹⁵¹, es decir, la Corte Penal Internacional sólo actuará de acuerdo con el principio de complementariedad respecto de la jurisdicción del país en que se haya cometido el delito y en defecto de la actuación de ésta¹¹⁵². La Corte Penal Internacional carece de competencia originaria incluso respecto de los crímenes recogidos en el propio

¹¹⁴⁹ Exposición de motivos de la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

¹¹⁵⁰ Mediante LO 6/2000, que autoriza la ratificación mediante instrumento de 19 de octubre de 2000, entrando en vigor el 1 de julio de 2002.

¹¹⁵¹ Como establece el artículo 5 ER, condicionándose la competencia con relación al crimen de agresión al desarrollo que de dicho delito se realice siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 121 y 123 ER como señala CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Supranacionalidad y justicia penal: La Corte Penal Internacional (1) y (2)”, en *AP*, no 35, 2003, pp. 872 y ss.

¹¹⁵² En virtud del principio de complementariedad, recogido en el Preámbulo y en el art. 17 del Estatuto de Roma, la competencia de la Corte Penal Internacional se limita a los casos en que el Estado con jurisdicción para enjuiciar el delito correspondiente no pueda llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento del hecho, o en su caso, no quiera hacerlo.

Estatuto de Roma, adquiriéndola sólo de modo subsidiario, lo que motiva que el legislador interno se viese obligado a adoptar una serie de medidas tendentes a coordinar nuestro ordenamiento jurídico penal a las exigencias establecidas en el Estatuto de Roma¹¹⁵³. La opción deliberadamente subsidiaria del Estatuto de Roma ha de interpretarse como la obligación de los Estados firmantes de asumir en primer plano la persecución de los crímenes internacionales cometidos en su territorio, por lo que sus ordenamientos internos deben incorporar tanto los delitos tipificados por el Estatuto de Roma como los principios generales sobre la exigencia de responsabilidad¹¹⁵⁴.

La competencia de la Corte Penal Internacional abarca, por tanto, los casos de crímenes internacionales no tipificados en el ordenamiento nacional, ya que en estos casos de laguna legal no son más que supuestos en que el Estado no puede llevar a cabo el juicio (art. 17 ER)¹¹⁵⁵.

El artículo 28 del Estatuto de Roma contiene una regla ya asentada en el Derecho internacional, que nace tras la Segunda Guerra Mundial¹¹⁵⁶, en particular en el caso “Yamashita”¹¹⁵⁷, y después es introducida en los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1977, en los Estatutos de los Tribunales

¹¹⁵³ Entre ellas, habría que destacar, como señala GIL GIL, A. “Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española”, en AMBOS, K., MALARINO, E. WOISCHNIK, J. (eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, 2005, pp. 193 y ss., la aprobación de dos leyes orgánicas. La LO 15/2000, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

¹¹⁵⁴ GARCÍA DEL BLANCO, V., “La responsabilidad del superior jerárquico en el Derecho penal español”, en GIL GIL, *Intervención delictiva...*, *op. cit.* p. 187.

¹¹⁵⁵ *Íbid.*

¹¹⁵⁶ A pesar de que no se encontraba regulada expresamente en los Estatutos de los Tribunales de Núremberg y Tokio.

¹¹⁵⁷ Precedentes más remotos en PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J.P., “La responsabilidad del superior sensu stricto por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo”, en *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, n° 10, 2007, pp. 156 y ss.

penales internacionales *ad hoc*¹¹⁵⁸ y en los diversos Proyectos de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad¹¹⁵⁹: la de la responsabilidad del superior por no impedir o no perseguir los delitos de los subordinados.

El artículo 28 del Estatuto de Roma¹¹⁶⁰ lleva por título «Responsabilidad de los Jefes y otros superiores»:

“Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El Jefe militar o el que actúe efectivamente como Jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

¹¹⁵⁸ AMBOS, “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”, *op. cit.*, pp. 404 y ss.

¹¹⁵⁹ Artículo 6 del Proyecto de 1996, antecedente directo del Estatuto de Roma.

¹¹⁶⁰ De redacción similar son el art. 7.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, y el art. 6.3 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, respectivamente. Pero el origen de esta regulación se encuentra en el art. 86.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable a las Víctimas de los Conflictos Armados, cuando dispone que «el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción». Sobre los orígenes, extensión y límites de la responsabilidad por mando en el Derecho internacional, con extensas citas jurisprudenciales, vid. PAUST, J. J., “Superior Orders and Command Responsibility”, en BASSIOUNI, M. CH., (ed.), *International Criminal Law*, I. Crimes, 2a ed., Ardsley, 1999, pp. 223 y ss.; FARALDO CABANA, P., “Formas de autoría y Participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”, en *RDPC*, 2a época, no 16, 2005, p. 62.

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

De este modo, se incluye expresamente en el Código penal español la responsabilidad por omisión por la no evitación de la comisión de crímenes internacionales¹¹⁶¹.

7.2. La Responsabilidad penal omisiva por la comisión de crímenes internacionales en el Código Penal Español.

¹¹⁶¹ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 188.

7.2.1. *Delimitación con relación a la determinación de la responsabilidad por aportaciones activas en aparatos organizados de poder.*

Si bien la existencia de responsabilidad de los superiores por la emisión activa de órdenes nunca ha resultado un tema controvertido, existiendo tan sólo discrepancias doctrinales a la hora de fijar el concreto título por el que ésta se ha de atribuir; mucho más difícil y problemático ha sido el justificar la existencia de una posible responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, cuando dicha responsabilidad se pretendía sustentar en el comportamiento omisivo y no activo, que se daría cuando los superiores se limitasen a no hacer nada para evitar las actuaciones delictivas de quienes estaban sometidos a sus órdenes¹¹⁶².

La importancia de esta posibilidad es evidente por cuanto, será la única vía jurídicamente viable de sancionar a los mandos en aquellos casos, nada infrecuentes en los que no se pudiese demostrar que hubiesen emitido orden expresa alguna orientada a la ejecución de delitos por parte de sus subordinados¹¹⁶³.

La responsabilidad del superior jerárquico por sus omisiones, coexiste con la diferentes posibilidades de imputación por sus acciones, debiéndose, en su caso resolver el concurso de leyes o de delitos que pueda plantearse¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² *Ibid.*, p. 189.

¹¹⁶³ Así, como bien señalan AMBOS, K., GRAMMER, C., “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, *op. cit.*, p. 32, uno de los problemas esenciales a los que se enfrentan generalmente los tribunales a la hora de enjuiciar estos casos (por ejemplo, a la hora de enjuiciar los delitos cometidos durante la dictadura argentina o durante la guerra en la ex Yugoslavia), es el de la ausencia de pruebas documentales (órdenes escritas, actas de reuniones, etc.), en los que se pueda constatar la existencia de las órdenes que vendrían a incriminar a los superiores por las conductas de sus subordinados; siendo, tal vez, el enjuiciamiento de los ex-dirigentes de la RDA, el único en el que existe una abundante cantidad de documentos incriminatorios.

¹¹⁶⁴ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 190.

De acuerdo con el artículo 25.3 del Estatuto de Roma “de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

Se recogen aquí las tres formas de autoría conocidas en el Ordenamiento español: autoría única inmediata, coautoría y autoría mediata y con las que coexiste la responsabilidad por omisión. Sin embargo, a pesar de la viabilidad de la aplicación de dichas figuras, la propia dinámica de comisión de los crímenes internacionales determina un escenario en el que las actuaciones individuales necesariamente se incardinan dentro de una estructura colectiva organizada¹¹⁶⁵.

La actuación conjunta coordinada o la actuación individual al amparo de un entorno colectivo, posibilita la comisión del hecho al incrementar el peligro para el bien jurídico protegido al mismo tiempo que dificulta la prueba de la implicación del sujeto concreto en la ejecución conjunta del hecho.

Para poder imputar a los superiores jerárquicos en los hechos cometidos por sus subordinados tradicionalmente vienen utilizándose las figuras de la coautoría y de la autoría mediata. Sin embargo, evidentemente su aplicación no basta para cubrir la fenomenología posible de intervención. Por ejemplo, la expresa admisión de la autoría mediata con un ejecutor penalmente responsable, cuyo prototipo es el dominio de la organización, no sustituye al concepto de responsabilidad por mando, pues la autoría mediata, «a diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son

¹¹⁶⁵ *Íbid.*

complementarios»¹¹⁶⁶. La Jurisprudencia ha admitido en algún caso la construcción doctrina expresada como “autor detrás del autor”, aludiendo como muestra a las situaciones en las que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con la tolerancia oficial del hecho, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994¹¹⁶⁷.

La propia dinámica comisiva de estos hechos, en entornos colectivos organizados, fundamenta la regulación expresa de la responsabilidad penal de los superiores por la omisión de su deber de impedir o castigar la comisión de los mismos, pues su grado de responsabilidad es, por lo general indirectamente proporcional a la proximidad a la ejecución material del hecho. Y, sin embargo, parece evidente que conductas que no pueden definirse como ejecución material de un crimen internacional pueden encerrar un mayor potencial de peligrosidad¹¹⁶⁸.

La responsabilidad por omisión del superior puede considerarse así el último recurso de imputación de responsabilidad penal, ya fracasada la prueba de la responsabilidad directa por su intervención activa de comisión del mismo. La figura de la responsabilidad del superior sirve así para criminalizar conductas que de otra forma podrían quedar impunes; en especial, los supuestos en los que se omite el castigo de los crímenes de derecho internacional.

¹¹⁶⁶ AMBOS, “Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional”, *op. cit.*, pp. 5-24, p. 16.

¹¹⁶⁷ RJ 6416/94.

¹¹⁶⁸ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 191.

El consenso acerca de la necesidad de sancionar al superior en estos casos es evidente¹¹⁶⁹, sin embargo los requisitos y consecuencias de tal responsabilidad no han estado siempre demasiado claros en el Derecho internacional¹¹⁷⁰.

7.2.2. *El artículo 615 bis del Código penal.*

7.2.2.1. Introducción

Se ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal¹¹⁷¹, que distinguía dos niveles de responsabilidad –uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas aun cuando pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor–. En el mismo sentido, y de acuerdo con lo dispuesto también en el Estatuto de Roma, en la primera de los casos se castiga no sólo cuando la conducta del jefe militar sea dolosa, sino también si su omisión se debió a una imprudencia grave, opción político-criminal que resulta fundamental desde el punto de vista práctico, dadas las frecuentes dificultades para probar el dolo de los jefes militares en relación con las conductas realizadas por sus subordinados¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ Véase el principio 9 de los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional adoptados por el Grupo de Bruselas por la justicia internacional, que señala que «el superior jerárquico es responsable del comportamiento de sus subordinados en todos los casos en que ha tenido, o debería haber tenido, conocimiento de su comportamiento, y que tenía el poder de prevenir o hacerlo cesar», subrayando que «la responsabilidad del superior jerárquico no exonera de responsabilidad al subordinado».

¹¹⁷⁰ Sobre los requisitos y las consecuencias que los distintos Tribunales internacionales y los proyectos de codificación atribuyeron a la doctrina de la responsabilidad del superior, AMBOS, en *La nueva justicia penal supranacional*, *op. cit.*, pp. 404 y ss.; PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

¹¹⁷¹ GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Valencia, 2002, pp. 51-52.

¹¹⁷² GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 192.

Sin embargo, pese al paralelismo con el artículo 28 ER, no se ha trasladado a nuestro Derecho interno la regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Derecho internacional. La redacción del artículo 615 bis del Código penal se adecua mucho mejor que el texto inspirador del artículo 28 ER, a los principios del Derecho penal español y a las reglas generales de imputación del Código penal, ya que, se entiende que una incorporación sin matices del artículo 28 ER al Código penal hubiera resultado sumamente perturbadora¹¹⁷³. Y es que, se tiende a olvidar que, en no pocos casos, esos preceptos que se importan de los instrumentos internacionales (o nuevas figuras delictivas que parecen fundamentarse en la asunción de obligaciones internacionales¹¹⁷⁴) no caen en terreno yermo, sino que vienen a incorporarse a un ordenamiento, como es en este caso el ordenamiento jurídico penal español, en el cual los mismos problemas ya estaban siendo contemplados de alguna forma, aunque podamos llegar a pensar que no de la forma más correcta quizás, en algunos casos¹¹⁷⁵.

7.2.2.2. Soluciones previas.

Aparte de la posible aplicación de las tradicionales figuras de autoría y participación de los arts. 27 y ss. CP y de las figuras específicas para dirigentes que recogen los tipos de organizaciones y grupos criminales de los arts. 570 bis y ss. CP, el Derecho penal español ya conocía algunos casos específicos de responsabilidad por mando.

¹¹⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal*, Madrid, 2014, p. 1747.

¹¹⁷⁴ Véase, por ejemplo, el análisis de la regulación de las organizaciones y grupos criminales incorporada por la LO 2/2010.

¹¹⁷⁵ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 192.

Así el Código penal militar español de 1985 recoge tres preceptos que regulan el tema de la responsabilidad por mando, si bien de forma fragmentaria:

- El art. 78 CPM sanciona penalmente la realización de «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del Derecho Internacional Humanitario e incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el art. 87 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra¹¹⁷⁶;

- El art. 137 CPM contiene un tipo de omisión pura que castiga con la pena de «tres meses y un día a cuatro años de prisión» al militar con mando que tolere a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitación de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, entre los que se encuentran los delitos contra las leyes y usos de la guerra¹¹⁷⁷, no obstante, no supone la atribución al superior de los delitos cometidos por los subordinados y no impedidos a título de autoría, pues se configura como un delito de omisión del deber de impedir delitos y no como un delito de comisión por omisión;

Art. 137 CPM: «El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

¹¹⁷⁶ Art. 78 CPM: «El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

¹¹⁷⁷ Sobre la existencia de delitos de omisión pura similares a éste en el Derecho militar de otros países, AMBOS, *La nueva justicia penal supranacional*, *op. cit.*, pp. 431 y ss.

- El art. 614 CPM contiene otro tipo residual aplicable por «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios» a las normas mencionadas.

Art. 614 CPM: «El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Por otra parte, para el caso de jefe militar, el hecho de que se regule en el Código Penal un evidente delito militar y con una regulación distinta a la prevista en el Código Penal Militar (art. 137 CPM) y que además las conductas de los subordinados aparezcan reguladas en este último mientras que la de su superior lo está en el Código Penal como delito común, supone una grave incoherencia que demuestra una falta de técnica legislativa, alimentada además por la falta de adaptación del Código Penal Militar¹¹⁷⁸.

7.2.2.3. La responsabilidad de la autoridad o jefe militar o cualquier otro asimilado por no evitar la comisión de delitos por sus subordinados (art. 615 bis. 1 y 2 CP).

El art. 615 bis en sus apartados 1 y 2 regula la responsabilidad de la autoridad o jefe militar (legal o *de facto*) por no evitar (de forma dolosa o por imprudencia grave) la

¹¹⁷⁸ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 193.

comisión por sus subordinados de los delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

7.2.2.4. Omisión típica: la no adopción de medidas para evitar o perseguir delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

La omisión tipificada exige evitar la producción de los crímenes internacionales –en su caso el art. 28 ER, por no haber tomado las «medidas necesarias y razonables a su alcance»–, lo que significa que el superior debe poseer tanto la competencia legal –o haberla asumido *de facto*, como la posibilidad material de impedir la comisión del delito¹¹⁷⁹.

i. Delitos que se omite impedir o castigar: resultado típico.

Los delitos comprendidos en el Capítulo II se refieren al Genocidio (art. 607 CP¹¹⁸⁰), del Capítulo II bis a los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis¹¹⁸¹), el Capítulo

¹¹⁷⁹ CDI, Reporte 1996, 38-39, ICTY, TC, *Prosecutor v. Zdravko Mucic et al.* (“Celebici”), IT-96-21-T, 16.11.1998, para 395; AMBOS, en *La nueva justicia penal supranacional*, *op. cit.*, p. 461; PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, *op. cit.*, p. 189.

¹¹⁸⁰ Artículo 607. 1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

III a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2º y 3º de este apartado.

(La Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007 de 7 de noviembre declara nula e inconstitucional la inclusión de la expresión “nieguen o” el primer inciso del presente artículo 607.2).

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

¹¹⁸¹ Artículo 607 bis. 1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona. Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

2.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo

149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5.º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención. Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave. A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos. La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima. Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

10.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

(art. 608¹¹⁸², art. 609¹¹⁸³, art. 610¹¹⁸⁴, art. 611¹¹⁸⁵, art. 612¹¹⁸⁶, art. 613¹¹⁸⁷, art. 614¹¹⁸⁸ y art. 614 bis¹¹⁸⁹).

¹¹⁸² Artículo 608. A los efectos de este Capítulo, se entenderá por personas protegidas:

- 1.º Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
- 2.º Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
- 3.º La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
- 4.º Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de Junio de 1977.
- 5.º Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de Julio de 1899.
- 6.º El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994. 7.º Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de Junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

¹¹⁸³ Artículo 609. El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

¹¹⁸⁴ Artículo 610. El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquéllos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

¹¹⁸⁵ Artículo 611. Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

- 1.º Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.
- 2.º Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.
- 3.º Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.
- 4.º Deportar, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.
- 5.º Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.
- 6.º Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.
- 7.º Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.
- 8.º Declare abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un Juez o Tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte adversa.
- 9.º Atente contra la libertad sexual de una persona protegida cometiendo actos de violación, esclavitud sexual, prostitución inducida o forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de agresión sexual.

¹¹⁸⁶ Artículo 612. Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1.º Viole a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

2.º Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el derecho internacional.

3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte y, en particular, reclute o aliste a menores de dieciocho años o los utilice para participar directamente en las hostilidades.

4.º Use indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y del Cristal Rojo.

5.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

7.º Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra o persona civil internada.

8.º Haga padecer intencionadamente hambre a la población civil como método de guerra, privándola de los bienes indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar arbitrariamente los suministros de socorro, realizados de conformidad con los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales.

9.º Viole suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con la parte adversa.

10.º Dirija intencionadamente ataques contra cualquier miembro del personal de las Naciones Unidas, personal asociado o participante en una misión de paz o de asistencia humanitaria, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a personas o bienes civiles, con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados, o les amenace con tal ataque para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

¹¹⁸⁷ Artículo 613. 1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, siempre que tales bienes o lugares no estén situados en la inmediata proximidad de un objetivo militar o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario y estén debidamente señalizados;

b) Use indebidamente los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a) en apoyo de una acción militar;

c) Se apropie a gran escala, robe, saquee o realice actos de vandalismo contra los bienes culturales o lugares de culto referidos en la letra a);

d) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario;

e) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus fuerzas armadas;

f) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner in a tal apoyo;

Dado que el artículo 615 bis CP sólo es aplicable a «los delitos comprendidos en los Capítulos II, II bis y III de este Título» resulta que no será aplicable, por ejemplo, al homicidio de una persona protegida, por encontrarse el delito de homicidio en otro título del Código Penal. La deficiente técnica legislativa se acentúa gravemente si tenemos en cuenta el peculiar sistema que el legislador español eligió para la tipificación de los crímenes de guerra, excluyendo del capítulo correspondiente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado a los delitos de resultado, que habrán de castigarse mediante la aplicación de los tipos comunes: el homicidio, las lesiones, etc.¹¹⁹⁰.

Cualquier modalidad de actuación delictiva del subordinado es relevante a efectos de la responsabilidad del superior: comportamientos activos u omisivos, delitos no consumados, cualquier modalidad de participación, etc.¹¹⁹¹.

g) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje;

h) Requite, indebida o innecesariamente, bienes muebles o inmuebles en territorio ocupado o destruya buque o aeronave no militares, y su carga, de una parte adversa o neutral o los capture, con infracción de las normas internacionales aplicables a los conflictos armados en la mar;

i) Ataque o realice actos de hostilidad contra las instalaciones, material, unidades, residencia privada o vehículos de cualquier miembro del personal referido en el ordinal 10o del artículo 612 o amenace con tales ataques o actos de hostilidad para obligar a una persona natural o jurídica a realizar o abstenerse de realizar algún acto.

2. Cuando el ataque, la represalia, el acto de hostilidad o la utilización indebida tengan por objeto bienes culturales o lugares de culto bajo protección especial o a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales inmuebles o lugares de culto bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos, se podrá imponer la pena superior en grado.

En los demás supuestos previstos en el apartado anterior de este artículo, se podrá imponer la pena superior en grado cuando se causen destrucciones extensas e importantes en los bienes, obras o instalaciones sobre los que recaigan o en los supuestos de extrema gravedad.

¹¹⁸⁸ Artículo 614. El que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, regulación de los medios y métodos de combate, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato debido a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

¹¹⁸⁹ Artículo 614 bis. Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior.

¹¹⁹⁰ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 199.

¹¹⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1747.

- ii. *Naturaleza jurídica del tipo del artículo 615 bis CP: delito de omisión pura o comisión por omisión: el contenido del deber de actuar.*

La primera cuestión que debemos abordar consiste en tratar de dilucidar cuál es la naturaleza jurídica de este tipo omisivo: si nos encontramos ante un delito de omisión pura en el que sólo se exigiría la realización de una determinada conducta o si no bastaría con la realización de la conducta, sino la realización de la conducta que impida la comisión de crímenes internacionales, es decir, si se trata de un delito de comisión por omisión¹¹⁹².

En el Derecho penal español las conductas omisivas se castigan de forma excepcional, sea como delitos de omisión pura o como delitos de comisión por omisión, ya sean formas expresamente tipificadas o configuradas a través de la aplicación del artículo 11 CP y los delitos de resultado tipificados por acción¹¹⁹³.

De acuerdo con la concepción mayoritaria¹¹⁹⁴, se distingue entre omisiones puras y omisiones referidas a un resultado, teniendo en cuenta en todo momento que la omisión consiste, en cualquier caso, en un comportamiento que contrasta con una obligación jurídica de contenido positivo, esto es, con una obligación jurídica de hacer.

¹¹⁹² GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 199.

¹¹⁹³ *Íbid.*

¹¹⁹⁴ En España siguen este criterio QUINTANO RIPOLLÉS, A., “Delito de omisión”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, Barcelona, 1975, p. 478; Ídem, *Comentarios al Código Penal*, 2a ed., Madrid, 1966, p. 23; SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal español*, Tomo I, 5a ed., Madrid, 1950, p. 172. Este criterio no es aceptable, puesto que en los delitos impropios de omisión quien omite la acción esperada sólo infringe el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de causación del resultado. Utilizando palabras de ARMIN KAUFMANN, las normas prohibitivas vetan hacer algo; por tanto, la norma que prohíbe no puede comprender conductas, como las de comisión por omisión, que consisten precisamente en no hacer algo. Más extensamente, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *El delito de omisión: concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 320 y ss.

Pues bien, en las omisiones puras o propias sólo se responde de la no realización de una conducta debida y al omitente no se le imputa un eventual resultado lesivo o de peligro producido, siendo indiferente que éste se dé o no¹¹⁹⁵. Esto es, los delitos de omisión pura no requieren para su consumación la presencia de un resultado naturalístico separable de la mera inactividad. El criterio tradicional considera «los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley»¹¹⁹⁶. Por supuesto, con la acción requerida el ordenamiento jurídico-penal pretende evitar un resultado que valora negativamente, pero el omitente no está obligado a impedir el resultado, que tampoco constituye un elemento del tipo.

Las omisiones referidas a un resultado se caracterizan por la posibilidad de que les sea imputado el resultado de lesión o de peligro que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado.

Silva Sánchez¹¹⁹⁷ distingue tres categorías (aunque en el fondo se trate de dos categorías con tres clases):

- Omisiones que, “apareciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, carecen sin embargo de una paralela realización comisiva de la que puedan considerarse

¹¹⁹⁵ Dentro de las omisiones puras distingue Silva Sánchez, las omisiones generales y las de garante. Las omisiones puras de garante sancionan el incumplimiento por determinadas personas de un deber especial de actuar distinto del que pueda incumbir al resto de los ciudadanos, no exigiéndose tampoco para su aplicación la presencia de un ulterior resultado de lesión o de peligro, ya que es suficiente para la consumación el simple incumplimiento del deber de actuar. A su vez diferencia, dentro de esta última categoría, entre las que aparecen expresamente tipificadas como tales omisiones de gravedad intermedia y aquellas otras en que no se da dicha tipificación. Para este último supuesto propone el mismo autor, de *lege ferenda*, una regulación específica como calificaciones de los tipos de omisión de socorro y de impedir determinados delitos. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión...op. cit.*, p. 347.

¹¹⁹⁶ *Íbid.*, p. 343.

¹¹⁹⁷ *Íbid.*, pp. 343, 347 y ss.

equivalentes; son pues, omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva”.

- Omisiones “referidas a resultado que muestran equivalencia con la correspondiente comisión activa”. A su vez, subdivide esta categoría en otros dos.
 - a. «omisiones penales que aparecen expresamente acogidas, en descripciones negativas, por preceptos legales que contemplan, a la vez, la correspondiente comisión activa. Son las omisiones referidas a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas».
 - b. «omisiones penales, referidas a resultado y equivalentes a la comisión, que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa». Únicamente las omisiones comprendidas en esta última subcategoría deben recibir la denominación de «comisión por omisión».

El artículo 28 ER, que debe ser tenido en cuenta al menos a efectos interpretativos pues recoge los criterios asumidos por la Jurisprudencia internacional, se refiere, con mayor precisión que el artículo 615 bis CP, a la “omisión de medidas necesarias y razonables a su alcance”¹¹⁹⁸. Por su parte, el artículo 615 bis CP exige que el superior hubiese adoptado “cuantas medidas tuviese a su alcance para evitar su comisión”, lo que implica para algunos un mayor grado de exigencia objetiva¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁸ AMBOS, “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *op. cit.*, pp. 578 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

¹¹⁹⁹ Por ello, entienden que no cabe más solución que la reforma del texto legal buscando una regulación más acorde a lo establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma, dado que el artículo 615 bis CP incrementa los requerimientos típicos de tal forma que crea lagunas punitivas indeseables. Por ejemplo, GALÁN MUÑOZ, A., “La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma”, en *Revista penal*, n° 16, 2005, p. 82.

Así a los superiores primeramente se les impone el deber de prevenir o evitar la comisión de delitos internacionales (artículo 615 bis. 1 y 2 y 4 CP) y, una vez infringido dicho deber, el procurar que los delitos internacionales de sus subordinados sean perseguidos (artículo 615 bis. 3 y 5 CP). El cumplimiento del segundo deber no eximiría de la infracción del primero. Al mismo tiempo, un superior puede no haber tenido que cumplir el primer deber, pero ello no le eximirá de cumplir el segundo –por ejemplo, asume una posición de mando cuando ya se han cometido los delitos por parte de los subordinados, como sucedió en el caso Hadzihasanovic, Alagic y Kubura (TPI ex Yugoslavia 16-7-03)¹²⁰⁰.

Sostiene AMBOS que la referencia que se hace en el artículo 28 ER a los delitos de los subordinados no puede ser considerada como descriptiva de un elemento de su tipo, ni tampoco de una condición objetiva de punibilidad de dicho delito. En su opinión, se trataría únicamente de un punto de referencia para valorar el incumplimiento de la obligación de supervisión del superior, ya que tan sólo obliga a que su *mens rea*, el elemento intelectual o subjetivo del superior omitente, deba abarcar los posibles delitos de los inferiores, no siendo, por tanto, su efectiva producción el resultado del delito omisivo realizado por el superior¹²⁰¹.

Al aplicar esta argumentación al texto del artículo 615 bis CP quedaría configurado como un delito de omisión propia, que se consumaría en el mismo momento en que el superior faltase a su obligación de realizar aquellas conductas que podría y debería haber ejecutado, para impedir los delitos de los subordinados¹²⁰².

¹²⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

¹²⁰¹ AMBOS, “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *op. cit.*, p. 565; en el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, pp. 80-81.

¹²⁰² GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 202.

Otros autores se plantean la cuestión de si se trata de una responsabilidad a título de autoría o de mera complicidad, abordando el espinoso asunto de la autoría y participación en actuaciones omisivas. Por ejemplo, en este sentido, GALAN MUÑOZ considera que, aun cuando se pudiese afirmar que el mando o superior jerárquico tuviese una posición de garante con respecto a las conductas de sus subordinados, no supondría considerarlo automáticamente coautor de los delitos cometidos por éstos, atendiendo simplemente al hecho de que no había realizado aquellas conductas que podrían haberlos evitado¹²⁰³. Normalmente quien puede y debe evitar un delito de otro y no lo hace, incumpliendo así su deber de control sobre dicha fuente de peligro, contribuye a la realización omisiva del hecho delictivo, pero no lo hace en una forma tal que permita atribuirle un dominio equivalente al que ostentaba quien activamente cometió el delito, sujeto éste que continuaría siendo su verdadero autor; mientras que el omitente sólo podría ser considerado como un partícipe en aquel¹²⁰⁴. Por lo que sólo se podría responder de los delitos cometidos por los subordinados si la contribución omisiva tuvo tal entidad que le aportara el dominio del hecho¹²⁰⁵.

De esta forma se explicaría que los delitos de los subordinados se configuren únicamente como un referente del dolo en estos delitos omisivos, pero no el resultado típico –lo que les califica como tipos de omisión propia–, que, en el mismo momento en que el superior faltase a su obligación de realizar aquellas conductas que podría y

¹²⁰³ GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 79-80.

¹²⁰⁴ Comparte la tesis defendida por Mir Puig, quien considera que en los casos en los que la posición de garante se derive del deber de control que ostentan determinadas personas sobre la fuente de peligro que puede generar la conducta de determinados terceros (p.ej. padres respecto a hijos, médicos respecto a enfermos, etc.) sólo será verdadero autor el vigilado, mientras que el omitente responderá todo lo más a título de cooperador necesario por omisión. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 821.

¹²⁰⁵ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 202.

debería haber ejecutado para impedir los delitos de sus subordinados, estarían consumados¹²⁰⁶.

Precisamente por ello, la necesidad del artículo 615 bis CP de equiparar –a efectos de pena– de forma expresa a estos superiores omitentes a los autores de los delitos no evitados¹²⁰⁷; lo que, si bien supone que este artículo asimila a efectos punitivos a sus autores con los de dichos delitos, también viene a reflejar la inviabilidad de su consideración como verdaderos autores o coautores de los mismos¹²⁰⁸.

De esta forma, se sancionaría tanto la imprudencia del superior que omitiese su deber de impedir la comisión de los crímenes internacionales debido a que hubiese realizado una valoración equivocada por error vencible de la situación y, de forma más concreta, la probabilidad de comisión de delitos por parte de sus subordinados, como si el error recae sobre la valoración de las medidas que podía y debía haber utilizado para evitarlos, y ello, incluso cuando como consecuencia de su omisión no se llegase finalmente a derivar la comisión de tales delitos o los mismos no resultasen causalmente imputables a su conducta imprudente¹²⁰⁹.

Apoyando esta postura, GALÁN MUÑOZ entiende que esta interpretación del artículo 28 ER no sólo es la más respetuosa con el tenor literal de dicho precepto que hace responsables a los superiores “...que conocían la comisión de dichos delitos o que simplemente tenían conocimiento de que se pretendía cometer”, sino que además resulta la más acorde con la finalidad motivadora y preventiva que debe cumplir dicha

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ En el mismo sentido que el art. 28 CP en su segundo párrafo se equipara al inductor y al cooperador necesario con los autores *strictu sensu*, pero únicamente a efectos de pena, manteniéndose en todo caso su naturaleza de formas de participación.

¹²⁰⁸ GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 80.

¹²⁰⁹ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 203.

norma, esto es, la de llevar a los superiores jerárquicos a adoptar los medios de que se dispusiesen para poder evitar los delitos de sus subordinados¹²¹⁰.

Se propugna una interpretación extensiva del tipo delictivo del nuevo artículo 615 bis CP, para conformarlo como un verdadero delito de omisión pura, paralelo al establecido en el artículo 28 ER¹²¹¹, pero esta interpretación resulta difícilmente compatible con el ya comentado sistema punitivo del citado precepto español. De esta forma, como el literal del artículo 615 bis CP no permitiría abarcar las conductas que estos autores entienden necesariamente típicas, proponen su reforma para, atribuyéndole una pena completamente autónoma con respecto a la de los subordinados, dotarle de la necesaria independencia con respecto a aquéllos. Entienden que, al abarcar conductas que no exigen de forma necesaria que los subordinados finalmente den comienzo a la ejecución de un crimen internacional, la pena necesariamente debería ser inferior a la correspondiente a los delitos cometidos por éstos¹²¹².

Esta menor pena se deriva del hecho de que el autor de nuevo delito de omisión pura que propone GALÁN MUÑOZ¹²¹³ vendría a responder tan sólo por la dejación dolosa o imprudente en sus funciones de vigilancia y control, mientras que, en caso de que se llegase a constatar que realmente su conducta omisiva llegó a aportar una contribución efectiva y dolosa a los delitos finalmente cometidos por sus subordinados, se tendría que proceder a evaluar la responsabilidad penal derivada de la misma,

¹²¹⁰ GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 80.

¹²¹¹ *Íbid.*, p. 81.

¹²¹² *Íbid.*

¹²¹³ *Íbid.*

conforme a los criterios generales que rigen la responsabilidad penal derivada de la comisión por omisión¹²¹⁴.

Sin embargo, la opinión mayoritaria entiende que, no sólo se estaría exigiendo la adopción de cuantas medidas estuviesen a su alcance, sino que lo que estaría exigiendo en el artículo 615 bis CP es la evitación de la comisión de los crímenes internacionales por sus subordinados, es decir, la evitación del resultado típico. Resulta evidente la similitud estructural entre este tipo de delitos y la comisión por omisión, lo que determinará que el artículo 615 bis CP deba interpretarse como un delito de omisión y resultado¹²¹⁵: resultado típico del artículo 615 bis CP se conforma por el crimen internacional cometido por los subordinados y no evitados por el superior. Al formar parte del tipo, sería necesaria su producción para apreciar la consumación de la omisión tipificada y además cumplirse los criterios de imputación objetiva que supusieran la equivalencia estructural de la omisión con la acción productora. Por otra parte, su producción debería estar abarcada por el dolo del omitente para que pudiera considerarse típica la ejecución de la misma.

Esta modalidad de tipificación también la encontramos en nuestro Código penal. Otro tipo de omisiones como, por ejemplo, el art. 176 CP donde se prohíbe específicamente la omisión del funcionario o autoridad que, sin participar directamente, permite que otros lleven a cabo conductas de tortura, sancionándole con la misma pena prevista para los autores directos¹²¹⁶.

¹²¹⁴ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 204.

¹²¹⁵ Atendemos así a la clasificación de delitos omisivos realizada por MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 240. AMBOS, “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional” *op. cit.*, p. 564, considera que el art. 28 ER contempla un delito propio de omisión y no uno de comisión por omisión, figura ésta que además fue rechazada durante los trabajos de elaboración del Estatuto, por considerarla como contraria al principio de legalidad.

¹²¹⁶ Sentencia del TS 05.11.2002, RJ 10855/02 Rec 428/01.

Yendo más allá de lo previsto en el art. 1 de la Convención de 1984 que abarca los hechos cometidos “con el consentimiento o aquiescencia” del funcionario, el art. 176 configura un delito de *comisión por omisión* al tipificar expresamente la omisión de la autoridad o funcionario público en todos los atentados contra la integridad moral, cuando falte a los deberes de su cargo, al permitir que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos, de ahí que la pena sea la misma que el mismo hecho cometido por acción¹²¹⁷.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1997¹²¹⁸ se plantea la división doctrinal existente hasta la actualidad con relación a la naturaleza jurídica del precepto, así expone que “aunque la doctrina discute si con esta última tipificación penal nos hallamos ante una coautoría por omisión (que existiría si entre unos y otros hubiera existido un acuerdo, aun tácito, para tales torturas) o ante una participación por cooperación necesaria de carácter omisivo (por el especial deber que por su cargo incumbe a los superiores sobre sus subordinados, incumplido al tolerar los malos tratos), en cualquier caso, la Ley, al equiparar en las penas a quienes materialmente torturan y a los jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación”¹²¹⁹.

¹²¹⁷ Por ejemplo, la Sentencia del TS 19.12.1996, RJ 9010/96, Rec 1838/95, afirma que “nos hallamos ante un delito de naturaleza omisiva, un supuesto de comisión por omisión con relación al cual la propia Ley penal, después de regular las correspondientes acciones que configuran las modalidades ordinarias de comisión de estos delitos, nos ofrece una cláusula de equiparación del supuesto omisivo a las paralelas figuras comitivas, en consideración al especial deber jurídico que incumbe a la autoridad o funcionario que tiene bajo su concreta responsabilidad velar por las personas detenidas, como sucede en un cuartel de la Guardia Civil con quienes tienen a su cargo la práctica de las correspondientes diligencias policiales en orden a la averiguación de los delitos por los que se produjeron las detenciones”, concluyendo que nos hallamos ante una posición de garante especialmente regulada en la Ley penal.

¹²¹⁸ RJ 6069/97, Rec 3127/95.

¹²¹⁹ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 205.

Por ello, a diferencia del artículo 28 ER, el artículo 615 bis CP, como delito de comisión por omisión, vincula la pena de su autor con la de los autores de los delitos de los subordinados, lo que puede entenderse como una exigencia de que éstos hubiesen llegado cuando menos a comenzar su ejecución efectiva, puesto que en caso contrario resultaría evidentemente complicado determinar qué delito no se ha evitado o perseguido¹²²⁰.

Esta exigencia vendría a dotar al referido artículo 615 bis CP de la naturaleza del delito de omisión y resultado, caracterizando a su tipo de injusto con una cierta accesoriedad con respecto a los delitos de los subordinados, cualidad completamente inexistente en el paralelo artículo del Estatuto de Roma, que quedaría configurado, de este modo, como un delito más amplio que el español¹²²¹.

Podría haberse utilizado la figura de la comisión por omisión, expresamente contemplada por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 11 CP, con relación a la omisión de los superiores jerárquicos (garantes)¹²²² con relación a la comisión de los crímenes internacionales, por lo que su inclusión expresa hubiera sido innecesaria o quizás podría pensarse que habría venido tan solo a concretar los elementos que permitirían apreciar la presencia de una comisión por omisión penalmente relevante del mando, especificando, por ejemplo, los requisitos esenciales de la posición de garante, o previendo expresamente la posibilidad de la apreciación de dicha comisión

¹²²⁰ *Ibid.*

¹²²¹ *Ibid.*

¹²²² Que se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que establece la obligación de los comandantes de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados, por lo que puede hablarse de una obligación legal de actuar en evitación de tales hechos, puesto que se recoge en un Tratado internacional que además tiene la consideración de derecho consuetudinario.

por omisión en aquellos supuestos en los que el mando hubiese actuado de forma meramente imprudente (art. 615 bis.2 CP)¹²²³.

También esta posición encuentra objetores que, por ejemplo, critican *a priori* la posibilidad de entender como comisión por omisión los supuestos en los que es el propio tipo delictivo el que exige expresamente la omisión de un garante como conducta típica¹²²⁴ y consideran estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado¹²²⁵. Ocurre también en otras figuras como la omisión del funcionario que deja que otro torture a un tercero (artículo 176 CP) o la omisión realizada por el funcionario que dejase a un tercero destruir los medios de control de acceso a documentos que tuviese bajo su custodia (artículo 415 CP). Limitan la “verdadera” comisión por omisión a las omisiones penalmente relevantes referidas a un resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa¹²²⁶.

Naturalmente, al interpretar el artículo 615 bis CP como delito de comisión por omisión, exigiendo el comienzo de ejecución del crimen internacional correspondiente por parte de sus subordinados, algunos de los comportamientos omisivos de los superiores serían irrelevantes penalmente en nuestro ordenamiento y se fundamentaría

¹²²³ En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, “La Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Actualidad Penal*, n° 41, 2003, p. 1036; FARALDO CABANA, “Formas de autoría y Participación...”, *op. cit.*, p. 65.

¹²²⁴ GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 79 y ss.

¹²²⁵ FARALDO CABANA, “Formas de autoría y Participación...”, *op. cit.*, p. 63. También, GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 79. De hecho, durante las discusiones los delegados secundaron la opinión francesa que rechazaba la responsabilidad general por omisión impropia o comisión por omisión, basándose en una interpretación estricta del principio de legalidad. Cfr. AMBOS, “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *op. cit.*, p. 196.

¹²²⁶ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 207.

con relación a los mismos la competencia complementaria de la Corte Penal Internacional conforme a lo establecido en el artículo 28 ER¹²²⁷.

En este sentido, también sería atípica para nuestro ordenamiento la omisión imprudente por parte del superior de la que no se derivase ejecución de ningún crimen internacional por parte de sus subordinados, puesto que se trataría de una tentativa imprudente, impune conforme a las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico (artículos 16 y ss. CP)¹²²⁸.

Dicha limitación típica impuesta por la apreciación de la necesidad de comienzo de ejecución por parte de los subordinados de los crímenes evitados como un resultado necesario (u otra cosa) no puede valorarse como una objeción, puesto que, aunque la finalidad de la norma sea garantizar que los superiores jerárquicos controlarán efectivamente las conductas de sus inferiores, esto no significa la necesidad de la utilización de la vía penal en cualquier supuesto. Recordando así que el castigo de la omisión en nuestro ordenamiento jurídico resulta excepcional.

En conclusión, el primer deber cuyo incumplimiento se castiga en el artículo 615 bis CP es un deber de garante y, por ello, el superior es tratado como autor en comisión por omisión –dolosa o imprudente– en caso de autoridades o jefes militares– del delito de su subordinado. Se trata de una responsabilidad en paralelo por el mismo hecho¹²²⁹.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ Así lo entiende la totalidad de la doctrina española, argumentando que es el propio fundamento de la tentativa y del tenor literal del artículo 16 CP regulador de la tentativa, el que excluye dicha posibilidad, Vid. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 418; GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 80.

¹²²⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

iii. Análisis de los elementos propios del delito de comisión por omisión.

La imputación al superior del delito cometido por el inferior y consiguiente castigo por el art. 615 bis CP debería pasar por la prueba de la concurrencia de los mismos requisitos que exige el artículo 11 CP, para considerar equivalente la omisión a la conducta activa que produce el resultado. De no superarse dicho nivel de exigencia incurriríamos en una ampliación inadmisibles de la responsabilidad penal por omisión que podría llegar a asimilarse a la responsabilidad objetiva por ser garante. Con esta interpretación, sometiendo el artículo 615 bis CP al mismo filtro de antijuridicidad de la comisión por omisión genérica, corremos el riesgo de calificarlo de superfluo o una mera especificación del artículo 11 que supondría una ampliación del concepto de autor y que infringiría el principio de proporcionalidad que marca la distinción consagrada en nuestro Código Penal entre las distintas formas de intervención delictiva¹²³⁰.

iv. Posición de garante derivada de la relación de subordinación.

En el artículo 615 bis CP, en sus cinco primeros apartados, se regula la responsabilidad de las autoridades o jefes militares y quien actúe efectivamente como tal (se entiende que también en ámbito militar). En concreto, se distingue entre autoridad o jefe militar, o quien actúe efectivamente como tal, por un lado, y el superior

¹²³⁰ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 207.

no comprendido en esas categorías, por otro (que se analizará en el apartado cuarto del artículo 615 bis)¹²³¹.

Parten de la existencia de una posición de garantía con respecto a las actuaciones delictivas de los subordinados y, a partir de esa posición de garante, hay que determinar cuáles son los deberes del superior en la situación concreta para que responda en comisión por omisión. La determinación de dichos deberes representa la cuestión esencial en la medida en que el artículo 615 bis ya ha resuelto expresamente la cuestión dogmática de partida: la no evitación del delito por el subordinado equivale a su realización¹²³².

Ha de existir una posición de preeminencia del superior-omitente sobre los subordinados-autores o partícipes del crimen internacional, que fundamentará la posición de garante¹²³³. Este poder de mando, en el caso de los superiores militares, esta autoridad y control, en el caso de los superiores no militares, no debe identificarse sin más con el rango o status de una persona, pues debe incluir la capacidad de modelar el comportamiento y de influir de forma determinante en la conducta de los subordinados¹²³⁴.

La posición de garante será fácilmente demostrable en la mayoría de los casos – así la posición de garante del jefe militar se fundamenta en las obligaciones reguladas

¹²³¹ También ha de valorarse positivamente que no exista una distinción general–con la excepción de la modalidad imprudente– de reglas de imputación entre jefes militares y otros superiores como hace el Estatuto, cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1747. En contra, GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 82.

¹²³² FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748; Ambos, en *La nueva justicia penal supranacional*, *op. cit.*, pp. 454 y ss.; PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, “La responsabilidad del superior sensu stricto por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo”, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

¹²³³ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1747.

¹²³⁴ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 208.

en los Convenios de Ginebra y en las leyes militares¹²³⁵–, pero pueden no concurrir en otros –puede ser dudosa, por ejemplo, la posición de garante del jefe no militar–.

Tanto el artículo 28 ER como la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia se refieren no al status formal o *de iure* del superior sino al status *de facto*, esto es, el que efectivamente la persona en cuestión actúe como superior¹²³⁶.

De esta forma, existe poder de mando o autoridad y control cuando dando una orden el superior puede impedir la comisión de delitos, al estar los subordinados obligados a obedecerle. Y al respecto ha de puntualizarse que esa capacidad es menor en las estructuras jerárquicas civiles que en las militares, donde existe deber de obediencia. En cualquier caso, el superior debe poseer la posibilidad material de impedir los crímenes. La posición de garante del superior no tiene que ser ilimitada y puede tener límites competenciales –espaciales, temporales, etc.–¹²³⁷.

El concepto de superior que maneja el artículo 615 bis CP no es formal, sino funcional¹²³⁸, por lo que lo decisivo no es tanto lo establecido jurídicamente¹²³⁹, sino desempeñar real y materialmente funciones de superior¹²⁴⁰.

¹²³⁵ AMBOS, *La nueva justicia penal supranacional*, *op. cit.*, p. 426.

¹²³⁶ *Ibid.*

¹²³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

¹²³⁸ Así ICTY, *Delalic et al.*, *cit.*; TC, *Prosecutor v. Halilovic*, IT-01-48, 16.11.2005; TC, *Prosecutor v. Oric*, IT-03-68, 30.06.2006.

¹²³⁹ Si lo relevante es el control fáctico y no meramente formal del omitente sobre los subordinados, los poderes de mando o posibilidades efectivas de control pueden ser diferentes (superiores o inferiores) a los que se le atribuyen jurídicamente.

¹²⁴⁰ En el mismo sentido en que lo importante en los delitos económicos no es ser sin más administrador de Derecho, sino funcionalmente administrador de hecho, que a veces será también de hecho y de Derecho, FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1747. Igualmente, en el artículo 176 CP, con relación a la jerarquía, el tipo no exige explícitamente la relación de superioridad pero está implícita en el hecho de exigir que la autoridad o funcionario permita la actuación del ejecutor inmediato, lo cual sólo podría ocurrir en los supuestos en los que el omitente

El superior jerárquico puede definirse, según ÁLVAREZ GARCÍA¹²⁴¹, como el gobierno o un superior, sea militar o civil, siempre dentro de la esfera de su competencia y en relación con asuntos del servicio (que implica dentro de las atribuciones que legalmente corresponden al superior, pues fuera de ellas no existirá obligación)¹²⁴².

Y es que el superior jerárquico representa al orden vigente, por lo que si el sujeto no tiene atribuida competencia para el control, no podrá existir en ningún caso auténtica jerarquía. En este sentido, resulta absolutamente consustancial al que ostenta la superioridad jerárquica la pretensión de obediencia por parte de sus subordinados y precisamente por ello ostenta la capacidad para determinar conductas ajenas a través de sus órdenes¹²⁴³.

La atribución a priori de dicha capacidad para determinar conductas ajenas y, por lo tanto, la posición de garante con relación a las conductas de sus subordinados exige su determinación expresa en el ordenamiento jurídico como superior jerárquico. Si el ordenamiento no le ha atribuido tal competencia, sus mandatos no serían más que la expresión de un deseo personal, pues la capacidad de emisión de órdenes no la reúne el sujeto más que en razón de que el Ordenamiento le haya reconocido tal atributo; pero ese reconocimiento no es incondicional, sino que está vinculada directamente al

tenga como parte de su deber la posibilidad de autorizar de la actuación del ejecutor material o la actuación para impedir o perseguir los hechos cometidos por otro.

¹²⁴¹ Sobre el concepto de jerarquía y los poderes que ésta implica, véase ALVAREZ GARCÍA, J., "Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado", en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., (dirs.), Cuerda Arnau, M.L. (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Valencia, 2009, pp. 37 y ss.

¹²⁴² *Íbid.*

¹²⁴³ *Íbid.*

ejercicio correcto de sus competencias. Es decir, el dictado de la instrucción en que la orden consiste debe ajustarse a requisitos de licitud vinculados a la competencia, forma y contenido¹²⁴⁴.

En este sentido, la infracción del superior jerárquico, el representante del orden vigente, de su deber de impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados, podría plantear problemas de justificación de dichos delitos. Habría que dilucidar si el mensaje equívoco sobre la legitimidad de dicha conducta emitido por el representante del orden vigente mediante la omisión de la orden que hubiera impedido su realización les ha llevado a una situación de error jurídico penalmente relevante o no. Incluso podrían pensar que se trata de una conducta justificada, con independencia de la juridicidad o antijuridicidad de la misma¹²⁴⁵. Precisamente ahí reside la capacidad lesiva de dicha omisión del deber por parte del superior jerárquico¹²⁴⁶.

La delegación, aunque restringe enormemente, no elimina la aplicación del principio de confianza con respecto a subordinados. Cuando existe la posibilidad de comisión de delitos contra la comunidad internacional, habrá que tener en cuenta que el principio sigue siendo operativo en lo que respecta a la coordinación entre superiores. Tampoco cabe excluirlo en caso de decisiones colegiadas o autoridad compartida. La naturaleza de los deberes varía considerablemente en función de la posición que el superior ocupe jerárquicamente. Los deberes en casos de colectivos grandes son más bien deberes de gestión de la organización para prevenir que los subordinados no cometan delitos contra la comunidad internacional en cuanto ascendemos en la escala jerárquica, pero no se trata de deberes que los máximos

¹²⁴⁴ *Íbid.*

¹²⁴⁵ *Íbid.*

¹²⁴⁶ GARCÍA DEL BLANCO, "La responsabilidad del superior...", *op. cit.* p. 210.

responsables tengan que cumplir personalmente. La situación es distinta para aquellos superiores que ocupan una posición más cercana a los subordinados¹²⁴⁷.

El superior no tiene por qué ser necesariamente el superior directo, sino que puede existir una cadena de mando intermedia entre el superior y el subordinado que comete el hecho delictivo, al igual que puede estar integrado en una cadena de mando en la que el superior tenga, a su vez, otros superiores. Lo decisivo de nuevo es materialmente el poder de control en el caso concreto, no teniendo que ser responsable automáticamente el superior más cercano a los subordinados que han cometido el delito ni el subordinado de mayor poder dentro del escalafón. En este sentido, los tribunales internacionales han señalado que la responsabilidad de un superior no excluye la posibilidad de responsabilidad de otros superiores¹²⁴⁸.

v. *Imputación objetiva: equivalencia estructural.*

El resultado –la comisión por el subordinado del delito de genocidio, lesa humanidad o contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado–, debe ser imputado de acuerdo con los criterios generales de imputación del resultado en los delitos de comisión por omisión¹²⁴⁹. Si no fuera así carecería de legitimidad que el superior sea castigado con la misma pena que los autores, puesto que se trataría de una responsabilidad objetiva¹²⁵⁰. Por ejemplo, si el superior, incluso habiéndose comportado correctamente, no ha podido evitar la actuación de sus subordinados, no es

¹²⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

¹²⁴⁸ *Íbid.*

¹²⁴⁹ *Íbid.*, p. 1748.

¹²⁵⁰ *Íbid.*

posible imputar el delito –quedaría sólo la infracción del deber de garante: tentativa¹²⁵¹–.

La comisión del delito por parte de los subordinados tiene que ser una concreción o realización del riesgo que el garante antijurídicamente no previno o evitó. No bastará con que el superior con la infracción de su deber haya incrementado el riesgo de que los subordinados cometan un hecho delictivo¹²⁵².

vi. Elemento subjetivo.

En el caso de no evitación dolosa se castiga con la misma pena que al autor y si es imprudente, con la pena inferior en uno o dos grados a la del correspondiente delito doloso.

El *dolo* ha de abarcar tanto el incumplimiento del propio deber del superior de ejercer un control apropiado sobre las fuerzas bajo su mando cuanto la comisión de crímenes por los subordinados. Debiéndose equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo¹²⁵³.

Éste sería el caso de quien estando en condiciones de conocer algo opta por no hacerlo, prefiriendo ignorar el verdadero alcance y contenido de su decisión porque es consciente de la posible comisión de delitos en cuyos detalles no desea profundizar¹²⁵⁴.

¹²⁵¹ *Ibid.*

¹²⁵² GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 212.

¹²⁵³ Wu, T., Kang, Y-S., “Criminal liability for the actions of subordinates. The doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law”, en *Harvard International Law Journal*, no 38, 1997, pp. 284-285.

¹²⁵⁴ Y en efecto no debe olvidarse que un sector doctrinal sostiene que «el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone un mínimo interés, entendido no como la actitud interna del sujeto, sino como elemento expresado externamente en la comisión del hecho. Quien no sabe

En tal caso, “el conocimiento con el que se cuenta inicialmente basta para afirmar la existencia de dolo eventual, de tal forma que deja de ser necesario acudir a la figura de la ignorancia deliberada”¹²⁵⁵. Pero no conviene generalizar en exceso, ya que en otros supuestos la ignorancia responde sin más a que el volumen de trabajo es tan elevado que el superior no puede entrar a conocer los detalles de cada actuación, por lo que «no parece nada claro que estas ignorancias deliberadas imputables a un exceso de atribuciones deban hacerse acreedoras de la misma pena que las comisiones dolosas»¹²⁵⁶.

La tipificación de la modalidad imprudente ha sido criticada por quienes entienden que se trata de una «circunstancia no totalmente comprensible en el contexto de un cuerpo legal que pretende circunscribirse a «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional»¹²⁵⁷ afirmando que «resulta difícil explicar la equiparación del que directa y dolosamente comete alguno de estos graves atentados a los derechos humanos con la conducta de quien, sin intervenir en ellos, no los impide por la mera falta de cuidado en el ejercicio de sus deberes de control sobre la tropa»¹²⁵⁸.

La comisión por omisión en la modalidad imprudente sólo afecta a los superiores que puedan ser definidos como autoridad o jefe militar. Los restantes, los

por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no incurre en error», FELIP I SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del Código penal*, Barcelona, 2000, p. 263.

¹²⁵⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R., “Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa”, en AA.VV., *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, 2001, p. 268.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 268.

¹²⁵⁷ La crítica se hace más acerba, con relación al art. 28 ER, una vez que se comprueba que la imprudencia aquí sancionada es tanto la consciente (equivalente a la «*recklessness*») como la inconsciente (o «*negligence*»), como claramente se desprende de la utilización de la expresión «debió haber tenido conocimiento», Cfr. AMBOS, “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *op. cit.*, pp. 220 y ss.

¹²⁵⁸ LAURENZO COPELLO, P., “Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma”, en *Jueces para la Democracia*, n° 38, 2000, p. 44.

superiores civiles, no tienen, por tanto, un deber de cuidado. Y por lo tanto, en caso de no poder imputarse a la conducta omisiva delito de los subordinados la conducta es impune¹²⁵⁹. A pesar de esta limitación, a juicio de GALÁN MUÑOZ¹²⁶⁰, sigue suponiendo una clara e indeseable ampliación típica con respecto a lo establecido por el artículo 28 ER¹²⁶¹.

En este sentido, el artículo 28 ER sanciona al jefe militar cuando hubiese debido saber que se iban a cometer delitos bajo su mando (es decir, contempla tanto la responsabilidad dolosa como imprudente), pero sólo sanciona al resto de superiores no militares, cuando tuviesen conocimiento de los delitos que debían intentar evitar (dolo) o cuando deliberadamente hubiesen hecho caso omiso de información que indicase claramente la comisión de los delitos, exigencia subjetiva, más cercana, a juicio de Galán Muñoz¹²⁶², al desprecio absoluto hacia el bien jurídico protegido que caracteriza al dolo eventual que a la mera imprudencia¹²⁶³.

¹²⁵⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”. *op. cit.*, p. 1748.

¹²⁶⁰ GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁶¹ AMBOS entiende que se establece un distinto grado de exigencia subjetiva en los apartados a) y b) del artículo 28 del Estatuto de Roma para los superiores militares y no militares, respectivamente. De este modo, mientras que el jefe militar responderá, tanto si sabía como si hubiese debido saber que sus subordinados estaban cometiendo o se proponían cometer delitos, el superior no militar sólo será responsable si realmente sabía o deliberadamente hubiese hecho caso omiso de información que indicase claramente dichas situaciones, lo que supone restringir su responsabilidad a los casos de “willfully blind” o ceguera voluntaria, vid. AMBOS, en *La nueva justicia penal supranacional*, *op. cit.*, pp. 582 y ss.

¹²⁶² GALÁN MUÑOZ, “La transposición a la normativa penal española”, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁶³ *Íbid.*, nota 49, entiende en este sentido que esta “ceguera voluntaria” alude al concepto de desconsideración (*recklessness*) anglosajona, concepto que en su opinión denota ya el desprecio hacia el bien jurídico protegido que diferencia al dolo (eventual en nuestra opinión) de la mera imprudencia consciente. También asimila la *recklessness* anglosajona al dolo MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 273; partiendo para ello del concepto unitario del dolo, que mantienen entre otros, HASSEMER, W., “Los elementos característicos del dolo”, en *ADPCP*, 1990, pp. 928 y ss. WERLE por su parte considera que, pese a que no se haya recogido el concepto de *recklessness* de forma expresa en el Estatuto de Roma, parece que la desafortunada regulación de dicho Estatuto, junto con el hecho de que dicho concepto haya sido utilizado en algunos casos de entre los juzgados por el TPIY, han determinado que se pueda fundamentar la punibilidad de formas de imputación por debajo del nivel del dolo directo. AMBOS, “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional”, *op. cit.*, pp. 586 y ss.) por su parte, asimila la ceguera voluntaria a la imprudencia consciente, precisamente por su paralelismo con la *recklessness* anglosajona y ha afirmado recientemente y de modo más general que la *recklessness* es algo que exige menos que el dolo eventual y más que la simple imprudencia. Vid. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 175.

Quedarían, por tanto, conforme al artículo 28 ER sin responsabilidad penal todos los superiores militares que omitiesen imprudentemente las conductas que debían y podían haber realizado para evitar los delitos de sus subordinados, mientras que, sin embargo, serían sancionables conforme al artículo 615 bis CP, lo que vendría a demostrar que en este concreto aspecto se da una mayor amplitud punitiva por parte del Código penal español¹²⁶⁴. Sin embargo, pese a no seguir la pauta establecida en el Estatuto de Roma, nada impide que los ordenamientos internos regulen este tipo de conductas¹²⁶⁵.

Por otra parte, mientras no se plantean obstáculos dogmáticos para la admisión de la responsabilidad del superior en comisión por omisión dolosa por el delito no impedido¹²⁶⁶, sin embargo, cuando la misma conducta se realice de forma imprudente (por imprudencia grave) resulta difícil su admisión, en opinión de GIL GIL, al no estar castigados los correspondientes delitos por acción imprudente —además de ser para algunos tipos, como el genocidio, imposible concebir siquiera teóricamente una

¹²⁶⁴ La inclusión de las autoridades no militares como posibles sujetos activos del delito contemplado en el art. 615 bis CP puede ser cuestionada, ya que el propio tenor literal del citado precepto, que habla de “La autoridad o jefe militar...”, podría hacer pensar que sólo serían sujetos activos de dicho delito los superiores y las autoridades militares. Sin embargo, tanto la definición legal del concepto de autoridad contemplada en el art. 24.1 CP, como el hecho de que el art. 615.4 bis CP delimite sus posibles sujetos activos aludiendo simplemente a “los superiores no comprendidos en los apartados anteriores...” sin hacer alusión alguna a su carácter no militar, ni mencionar expresamente a las autoridades, nos han llevado a entender que las autoridades tanto militares, como no militares serán posibles sujetos activos del delito contemplado en el art. 615 bis CP y no del contenido en el art. 615.4 bis CP, que ni siquiera menciona expresamente a las autoridades entre sus posibles sujetos activos. De esta forma, se posibilita la imputación de este delito a título de imprudencia a algunos superiores que no tendrían carácter militar, pero que gozarían de una enorme influencia en las actuaciones de los militares (por ejemplo, los parlamentarios) respondiendo así, parcialmente, a la recomendación hecha en su día por la Fiscalía General del Estado respecto al anteproyecto de la Ley Orgánica en que tuvo su origen la ya vigente Ley Orgánica 15/2003, que venía a pedir la extensión de imputación imprudente a los superiores no militares. Vid. *Informe* de la Fiscalía General del Estado, 2003, p. 688.

¹²⁶⁵ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 215.

¹²⁶⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “Un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales del derecho penal”, en *La Justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, 2001, pp. 225 y ss.

comisión imprudente, tanto por acción como por omisión, dada la exigencia del especial elemento subjetivo intencional¹²⁶⁷.

En opinión de GARCÍA DEL BLANCO este argumento no resulta convincente puesto que una cosa es la omisión imprudente de la conducta debida para evitar la producción del crimen internacional y otra cosa es su tipificación a título de comisión dolosa.

En lo que se refiere a la punición de los delitos imprudentes de omisión y resultado, ésta se rige por las mismas normas que la de los delitos dolosos¹²⁶⁸. Teniendo en cuenta que el delito imprudente se caracteriza por la causación de un resultado que es consecuencia de la creación o el aumento de un peligro no permitido a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado, la omisión imprudente debe suponer la creación de un riesgo no permitido o bien la transformación de un riesgo originalmente permitido en otro no permitido por ausencia de las medidas de precaución exigibles, riesgo que desemboca en la producción del resultado típico¹²⁶⁹. Por lo que a nosotros interesa, el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido en los delitos imprudentes de omisión y resultado viene establecido por las normas de diligencia¹²⁷⁰.

¹²⁶⁷ GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de los crímenes internacionales en España*, Comares, Granada, 2006, nota 204, p. 91; ver también PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, "La responsabilidad del superior...", *op. cit.*, p. 167.

¹²⁶⁸ PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999, p. 110; Ídem, "La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995", en *RDPC*, no1 extraordinario, 2000, p. 165.

¹²⁶⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., "Causalidad, omisión e imprudencia", en ROMEO CASABONA, C.M. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Granada, 1997, pp. 80 y ss.

¹²⁷⁰ *Íbid.*, p. 82.

Como señala GIMBERNAT¹²⁷¹, «como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas... apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado..., y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado». De esta forma, en el delito imprudente hemos de interrogarnos, en primer lugar, acerca de la existencia de un deber de contener el foco de peligro, afirmado el cual se trata de averiguar si el incumplimiento de ese deber por no aplicar la diligencia debida da lugar a que el foco de peligro se desestabilice, convirtiéndose en un riesgo no permitido que acaba causando efectivamente el resultado. Sólo en ese caso podremos afirmar la existencia de un delito imprudente de omisión y resultado¹²⁷².

El control del foco de peligro puede tener lugar en el momento inicial, de forma que sea necesario el control para que el foco de peligro se mantenga dentro del riesgo permitido desde el primer momento, y puede ser posterior, cuando el deber de contenerlo se atribuye a personas determinadas para evitar que lo que inicialmente era un riesgo permitido se convierta en uno no permitido, sea por caso fortuito, sea por la

¹²⁷¹ *Ibid.*, pp. 82-83.

¹²⁷² GARCÍA DEL BLANCO, "La responsabilidad del superior...", *op. cit.* p. 216.

conducta dolosa o imprudente de un tercero¹²⁷³. En todo cuanto se refiere a cuestiones relacionadas con el reparto de funciones y de ámbitos de responsabilidad ha de tenerse en cuenta el principio de confianza, «entendido como instituto que sirve para determinar el de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas», en vista de que «los garantes o los que crean riesgos para los bienes de terceras personas están amparados por el principio de confianza no sólo cuando delegan ciertos deberes de control, vigilancia o cuidado, sino también cuando confían de forma aceptable (permitida) para el Derecho en los deberes de control, vigilancia o cuidado de otras personas que han asumido esos deberes o los tienen por disposiciones legales»¹²⁷⁴.

Así pues, el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar competente para la vigilancia del foco de peligro responde como autor imprudente por omisión al no haber evitado los resultados dañosos causados por sus subordinados como autores inmediatos dolosos¹²⁷⁵.

7.3. Responsabilidad del superior civil, no comprendido en los apartados anteriores, por no evitar dolosamente la comisión por sus subordinados de los mencionados delitos (art. 615.bis.4).

Para la mayoría de la doctrina, el apartado 4 regula la responsabilidad del superior civil por no evitar dolosamente la comisión por sus subordinados de los

¹²⁷³ Vid. ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia”, *op. cit.* pp. 88 y ss., donde distingue entre controles obligatorios originarios y posteriores, permanentes y periódicos, y controles facultativos, señalando que «a la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada. Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión» (pp. 94-95).

¹²⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal”, en *RDPC*, nº 1 extraordinario, 2000, pp. 109 y ss.

¹²⁷⁵ GIMBERNAT ORDEIG, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *RPCP*, no 9, 1999, pp. 357 y ss.

mencionados delitos. La decisión de no castigar la omisión imprudente del superior civil siguió la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal que había interpretado de esta manera el artículo 28 ER¹²⁷⁶.

Como señalábamos anteriormente, el concepto de superior que maneja el artículo 615 bis CP no es formal, sino funcional¹²⁷⁷, por lo que lo decisivo no es tanto lo establecido jurídicamente¹²⁷⁸, sino desempeñar real y materialmente funciones de superior¹²⁷⁹.

En este sentido el Auto de la Audiencia Nacional de 28 de abril de 2008¹²⁸⁰ se debe considerar a un superior civil como responsable de los actos de sus subordinados, cuando aquél tuviera el deber de ejercer un nivel de control o tuviera una capacidad material similar a la de los comandantes militares, aunque no lo ejercieran o hubieran debido ejercerlo del mismo modo; así se apoya en la Jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda¹²⁸¹, que ha considerado que la capacidad real del superior de ejercitar un control efectivo que permita prevenir o impedir la comisión de delitos

¹²⁷⁶ Sin embargo este artículo castiga al superior civil que «hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos» y con razón algunos autores ven en la redacción de este art. 28.b).i ER un grado de imprudencia, si bien de mayor gravedad que la exigida para el castigo del jefe militar. Así AMBOS, en *La nueva justicia penal supranacional*, p. 474, lo califica de «ceguera deliberada» y lo sitúa entre el conocimiento y la imprudencia, PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, “La responsabilidad del superior sensu stricto por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo”, *op. cit.*, pp. 156 y 187, afirma que para el superior no militar se exige en el ER una «imprudencia consciente» que va más allá de la mera imprudencia.

¹²⁷⁷ Así ICTY, *Delalic et al.*, cit.; *Halilovic*, cit.; *Oric*, cit.

¹²⁷⁸ Si lo relevante es el control fáctico y no meramente formal del omitente sobre los subordinados, los poderes de mando o posibilidades efectivas de control pueden ser diferentes (superiores o inferiores) a los que se le atribuyan jurídicamente.

¹²⁷⁹ En el mismo sentido en que lo importante en los delitos económicos no es ser sin más administrador de Derecho, sino funcionalmente administrador de hecho, que a veces será también de hecho y de Derecho, Feijoo Sánchez, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1747. Igualmente, en el artículo 176 CP, con relación a la jerarquía, el tipo no exige explícitamente la relación de superioridad pero está implícita en el hecho de exigir que la autoridad o funcionario permita la actuación del ejecutor inmediato, lo cual sólo podría ocurrir en los supuestos en los que el omitente tenga como parte de su deber la posibilidad de autorizar de la actuación del ejecutor material o la actuación para impedir o perseguir los hechos cometidos por otro.

¹²⁸⁰ ARP 202/09.

¹²⁸¹ ICTR, TC, *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1, 21.05.1999.

representa la “piedra angular” de la responsabilidad del superior, la cual está íntimamente ligada a la situación fáctica de cada caso concreto¹²⁸².

El artículo 615 bis CP reúne situaciones de obediencia teniendo como referente al que ostente relaciones de superioridad originadas por cualquier causa, no sólo al superior jerárquico¹²⁸³. Esta delimitación del sujeto activo en función de su potestad ordenatoria resulta más adecuada para la cobertura del bien jurídico, por su mayor amplitud e idoneidad para resolver adecuadamente supuestos que de otra forma resultarían conflictivos al no poder establecerse claramente la existencia de la relación jerárquica¹²⁸⁴. Se trata de una determinada forma de relacionarse, bien dentro de una determinada organización administrativa, bien entre organizaciones administrativas distintas o bien entre diferentes administraciones. Esa forma de expresarse es la que podríamos englobar bajo la denominación de relaciones de superioridad, que pueden originarse no sólo por el establecimiento de relaciones de jerarquía, sino también por enlaces de otro tipo que implican asimismo superioridad pero que no se materializan a través de la jerarquía¹²⁸⁵.

Se trata de supuestos cuyo origen se encuentra en la división de funciones, de atribuciones, de competencias, entre los diversos poderes, órganos y administraciones.

¹²⁸² GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 218.

¹²⁸³ La relación de jerarquía, sin embargo, es considerada esencial para la aplicación de los delitos de desobediencia puesto que conceden sustantividad a este delito y define los términos de la conducta, para autores como, por ejemplo, MAQUEDA ABREU, M.L., *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla, 1998.

¹²⁸⁴ ROJAS CARO, J., “El poder de coerción directa del superior jerárquico en el ejército”, en GONZÁLEZ RUS, J.J. (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Madrid, 1996, pp. 751-759.

¹²⁸⁵ Por ejemplo, art. 118 CE y 18.2 LPC o el art. 112 LJCAadm. Hay autores, sin embargo, que no pueden prescindir de la articulación jerárquica de la sociedad: “En efecto, una sociedad que no se articule sobre el principio de distribución (vertical) de funciones sería por definición impracticable y, en cualquier caso, repelería su calificativo como una verdadera ordenación social... no es de extrañar que la articulación funcional de cualquier Estado en todos y cada uno de sus proyectos descansa sobre la lógica de la estructuración jerárquica (GÓMEZ RIVERO, C., “¿Aún un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Penal*, n° 14, 2004, p. 24).

Por ello, estas relaciones de superioridad pueden establecerse tanto en el interior de un mismo órgano, como entre órganos, administraciones y poderes diferentes. Su razón de ser radica en la necesidad que tienen diversas instancias de imponer a otras su voluntad, como única forma de llevar adelante sus previsiones de ejercer plenamente sus competencias¹²⁸⁶.

Por lo que se refiere a «las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a)», esto es, no tratándose de jefes militares ni de quienes actúan efectivamente como tales, además de quedar excluida la sanción en los casos en que hubieran debido saber que los crímenes estaban siendo cometidos o que los subordinados se proponían cometerlos, se introduce otro factor restrictivo de la punibilidad: de acuerdo con el art. 28.2.b), los crímenes deben guardar relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, pues fuera de ese ámbito no se deriva responsabilidad penal alguna por no prevenirlos o no reprimirlos¹²⁸⁷.

7.4. *El no promover la persecución de la comisión por un subordinado de uno de los delitos citados (art. 615 bis. 3, 5 y 6 CP).*

La actitud que ha de adoptar el superior ante la comisión de crímenes por parte de sus subordinados depende del estadio que haya alcanzado la ejecución y de su propia capacidad de mando, autoridad y control: si el crimen todavía no se ha cometido o se ha iniciado la ejecución, el superior tiene la obligación de impedir su consumación; si ya se ha cometido, tiene la obligación de reprimirlo siempre que tenga potestades sancionadoras, y de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes si

¹²⁸⁶ Un supuesto claro en estas relaciones de superioridad, no expresadas a través de la jerarquía, no lo proporciona el art. 118 CE: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales”.

¹²⁸⁷ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 219.

carece de ellas o no son suficientes en relación con la entidad de los crímenes¹²⁸⁸. Pero conviene tener presente que «la obligación del jefe o superior de impedir o sancionar los comportamientos de los subordinados no lo sitúa ante dos opciones igualmente satisfactorias, puesto que una vez que el superior tiene razones para conocer que sus subordinados van a cometer un crimen y no lo impide, no puede compensar esa omisión, sancionándolos con posterioridad»¹²⁸⁹. Si el superior no adoptó las medidas de prevención, a pesar de que se cumplían los requisitos objetivos y subjetivos para que su deber se lo exigiera, seguirá siendo responsable en comisión por omisión del crimen de derecho internacional cometido por sus subordinados, aún cuando se esfuerce posteriormente en castigar a los autores materiales.

No se plantea discusión sobre la naturaleza jurídica de este tipo. A diferencia de los anteriores donde se plantean dudas sobre la omisión del superior de impedir la comisión del crimen internacional (como omisión pura o comisión por omisión); en este caso, existe unanimidad, por parte de los autores que se han ocupado del tema hasta el momento, para entender como delito de omisión pura en el caso de la omisión de perseguir el delito¹²⁹⁰.

La conducta típica del artículo 615 bis. 3, 5 y 6 CP consiste en la omisión de un deber de perseguir delitos de genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra. El precepto distingue entre los jefes militares, superiores y quienes actuaran como tales, superiores distintos y cualquier otro funcionario o autoridad que no pueda calificarse como tal. Los primeros tienen un deber de persecución cualificado, por lo que su pena

¹²⁸⁸ Piénsese en la potestad disciplinaria, que sería insuficiente cuando debe intervenir el Estado ejerciendo su *ius puniendi*, ante la importancia del crimen cometido.

¹²⁸⁹ LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001, p. 148.

¹²⁹⁰ GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 220.

se determina en relación al delito cometido, la omisión es más grave cuando más grave es el delito que no se persigue o no se persigue debidamente¹²⁹¹.

Se trata de un deber de menor entidad en la medida en la que el daño ya está hecho y, por ello, a diferencia de lo que sucede en el Estatuto de Roma, que distingue entre medidas de control preventivas –supervisión, intervención oportuna, etc.– y represivas –perseguir y denunciar los delitos cometidos –, por lo que el no promover la persecución de la comisión por un subordinado de uno de los delitos citados se castiga con la pena inferior en dos grados tanto para la autoridad militar (legal o *de facto*) –núm. 3– como para el superior civil –núm. 5–, configurándose así sendos delitos de omisión pura en los que puede verse un supuesto agravado de las conductas comprendidas en los artículos 408 y 450 CP¹²⁹².

Cuando el crimen ya ha sido cometido por el subordinado, se excluyen las medidas preventivas, el punto de referencia para reprochar la omisión es aquí la falta de persecución del crimen, contraria al deber del superior. El superior responde por el crimen si no inicia la correspondiente investigación para depurar las responsabilidades y castigar al autor¹²⁹³.

A diferencia del Estatuto de Roma, donde la posterior incoación del procedimiento para la persecución y castigo de los autores del crimen no sirve para evitar el castigo por la omisión anterior de medidas preventivas, creo que es conveniente plantearse si esta omisión pura aporta un mayor desvalor al hecho cometido previamente en comisión por omisión o nos encontramos ante un concurso

¹²⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

¹²⁹² GARCÍA DEL BLANCO, “La responsabilidad del superior...”, *op. cit.* p. 221.

¹²⁹³ *Íbid.*

de leyes a resolver por consunción (artículo 8.3 CP). Entiendo que sí que corresponde un concurso real de delitos en los supuestos en los que la infracción del deber de impedir la comisión del crimen internacional se hubiera producido por imprudencia¹²⁹⁴.

Un punto interesante a debatir reside en la determinación del bien jurídico protegido por este delito de omisión. En un primer lugar, evidentemente el sistema de Administración de Justicia se verá en peligro si un garante omite su deber de persecución, pero, entre otros puntos, la ubicación sistemática del tipo no parece decantarse por limitar a éste la protección. También podemos analizar la posibilidad de que se trate del mismo que los delitos que se omite perseguir, pero, resultaría difícil sostener esta posición con relación a los delitos ya cometidos, puesto que el peligro habrá cesado. Por ello, quizás el peligro propio de esta omisión consista en la sensación de impunidad que provocaría y podría conllevar un favorecimiento de la repetición de conductas semejantes¹²⁹⁵.

El artículo 615 bis. 6 CP es una especie de subtipo agravado de la omisión general de perseguir delitos del artículo 408, que incrementa considerablemente la duración de la inhabilitación especial. A este delito, por tanto, le son aplicables los criterios generales del artículo 408, como la existencia de un deber específico funcional, con la única salvedad de que en el artículo 615 bis no se hace referencia a que la omisión tenga que ser intencionada. Ya que para fundamentar este delito se han tenido en cuenta los deberes específicos como funcionario o autoridad parece que no puede ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 616 sobre la pena de inhabilitación

¹²⁹⁴ *Íbid.*

¹²⁹⁵ GARCÍA DEL BLANCO, "La responsabilidad del superior...", *op. cit.* p. 221.

absoluta¹²⁹⁶.

8. La responsabilidad del superior militar. Especial referencia al ordenamiento jurídico español.

1. Introducción.

El origen de la responsabilidad del superior, según una parte de la doctrina, lo encontramos en el derecho internacional, en particular, en el derecho penal internacional¹²⁹⁷. Sin embargo, no podemos negar la importancia que tuvieron los ordenamientos internos de los Estados a la hora de delimitar, concretar y regular las obligaciones que tenían los Oficiales de los Ejércitos respecto de sus subordinados y la responsabilidad que les podía deparar por los actos de aquéllos¹²⁹⁸. Esta forma de responsabilidad es propia de la Institución Militar, sin perjuicio de su extensión a personas civiles en los últimos años, en concreto, con la constitución de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI)¹²⁹⁹. Olvidarnos de la Institución Militar, de sus características y de sus normas penales y disciplinarias en relación con la responsabilidad del superior, nos conduciría al estudio de la materia sin tener en cuenta sus raíces, las cuales, han dado origen a la actual forma de responsabilidad que conocemos¹³⁰⁰.

¹²⁹⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal”, *op. cit.*, p. 1748.

¹²⁹⁷ WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 225; CRYER, R., FRI-MAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E., *An introduction to International Criminal Law*, Cambridge, 2008, p. 320; BANTEKAS, NASH, *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 37.

¹²⁹⁸ BOAS, BISCHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner Library. Forms of responsibility in international criminal law*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.

¹²⁹⁹ BASSIOUNI, M. CH., *Crimes Against the Humanity in international criminal law*, Brill, 2ª ed., The Hague/London/Boston, 1999, p. 420.

¹³⁰⁰ MARTÍNEZ ALCANÍZ, A., “La responsabilidad del superior militar. Especial referencia al ordenamiento jurídico español”, en GIL GIL A., (dir.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 228.

Observando ciertos acontecimientos del pasado relacionados con contiendas armadas, podemos apuntar múltiples hechos que han dado lugar a la responsabilidad del superior militar. En el año 1474 PETER VON HAGENBACH fue juzgado y condenado por permitir la comisión de múltiples crímenes bajo su mando mientras fue gobernador de una región a su cargo¹³⁰¹; en 1920 el capitán Emil Müller fue condenado en los denominados juicios de Leipzig por tolerar abusos de sus subordinados sobre prisioneros de guerra¹³⁰²; al finalizar la 2ª guerra mundial el general Yamashita fue juzgado y condenado por no mantener la debida disciplina en las fuerzas a su cargo en Filipinas, ocasionándose con ello la comisión de numerosos crímenes sobre la población civil y prisioneros de guerra¹³⁰³; en el año 1968 a causa de la masacre de My Lai (Vietnam), el capitán Ernest Lou Medina fue juzgado por no intervenir en dicha matanza¹³⁰⁴, llevada a cabo por soldados bajo su mando; en la última guerra de Irak el Teniente Coronel Sassaman del ejército norteamericano fue sancionado disciplinariamente por no corregir ciertas actuaciones de sus subordinados para con la población civil iraquí. Aunque los hechos debieron haberse calificado como constitutivos de una infracción penal, la investigación no judicial los calificó de meros ilícitos disciplinarios, siendo sancionado el citado oficial con una sanción de reprensión; igualmente, por el denominado suceso de Haditha (Irak) el Teniente Coronel del ejército norteamericano Jeffrey Chessani fue juzgado por no investigar debidamente la muerte de más de 15 civiles iraquíes (mujeres y niños incluidos) exponiendo por excusa que sus soldados no eran asesinos¹³⁰⁵; por último, podemos hacer referencia al caso de

¹³⁰¹ PARKS, W. H., “Command responsibility for war crimes”, en *Military Law Review*, vol. 62, 1973, p. 4; cfr. MARKHAM, M., “The evolution of command responsibility in international humanitarian law”, en *Penn State Journal of International Affairs*, 2011, p. 51.

¹³⁰² German War Trials: Judgment in case of EMIL MÜLLER, en *American Journal of International Law*, 1922, Vol. 16, no 4, pp. 684-696.

¹³⁰³ CASSESE, *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 237 y ss. y cfr. PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, Madrid, 2003, pp. 199 y 200.

¹³⁰⁴ PARKS, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

¹³⁰⁵ SPINWALL, A.J., “Failures To Punish: Command Responsibility In Domestic And International Law”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30, 2009, pp. 275 y ss.

la prisión de Abu Ghraib¹³⁰⁶, en donde numerosos prisioneros o detenidos fueron objeto de torturas, siendo solamente condenado por ello varios soldados. Aparte de los casos citados, no podemos obviar las numerosas condenas impuestas con base en la responsabilidad del superior por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY) o por el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), lo que denota su importancia. Empero lo antedicho, cuando un Estado tiene que investigar a sus mandos militares por negligencia u omisión en sus responsabilidades de mando, las dificultades con las que se puede encontrar son numerosas, todas ellas ajenas al campo del derecho, siendo particularmente de naturaleza política o relativas a otros intereses igualmente rechazables¹³⁰⁷.

Dicho lo anterior, la finalidad que se pretende es analizar la figura de la responsabilidad del superior desde el punto de vista del derecho penal español, muy especialmente, desde el conjunto de normas que regulan y desarrollan las funciones del militar, sus obligaciones y las consecuencias jurídicas que le pueden suponer la inobservancia de las mismas, lo cual nos conducirá al estudio de ciertos preceptos del Código Penal Militar y del Código Penal común, sin perder de vista las normas que han implementado esta forma de responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico¹³⁰⁸.

2. Antecedentes normativos.

1.1. Ordenamientos domésticos.

¹³⁰⁶ ALIA PLANA, M., “De las Ordenanzas de Carlos III a la responsabilidad penal del superior”, en *Revista Jurídico Militar*, n° 86, 2012, pp. 26 y ss.

¹³⁰⁷ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 229.

¹³⁰⁸ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 229.

Anteriormente hemos señalado que la mayoría de la doctrina vincula el origen de la responsabilidad del superior con el derecho internacional, empero lo antedicho, en mi opinión, los ordenamientos internos de los Estados jugaron un rol esencial en la creación de esta figura jurídica, y muy especialmente, el ordenamiento jurídico español, el cual podría afirmarse que fue uno de los primeros en regularla. Tanto el general SUN TZU, 500 años D.C.¹³⁰⁹, en su célebre tratado del arte de la guerra¹³¹⁰, como CARLOS VII de Orleans en 1439¹³¹¹, trataron la responsabilidad del superior en diversas normas¹³¹².

Nuestro ordenamiento jurídico no fue ajeno en relación con responsabilidades que le corresponden al mando¹³¹³. Muestra de ello es que en el Tomo I del Tratado II, Título XVII, art. 13 de las Ordenanzas de CARLOS III del año 1768 –dictadas para el régimen, disciplina y subordinación de los Ejércitos– se disponía que:

“En qualquiera Oficial que mande á otros ó se halle solo será prueba de corto espíritu é inutilidad para mando el decir que no alcanzó á contener la Tropa á su orden, ó que él solo no pudo sujetar á tantos, con otras expresiones dirigidas á disculparse de los excesos de su gente ó de su cobardía en acciones de guerra; porque el que manda desde que se pone á la cabeza de su Tropa, ha de celar la obediencia en todo, e inspirar el valor y desprecio de los riesgos: siempre que suceda qualquiera de estos casos, el

¹³⁰⁹ BASSIOUNI, M. CH., *Crimes Against the Humanity in international criminal law*, *op. cit.*, p. 423.

¹³¹⁰ SUN TZU afirmó que “*When troops lee, are insubordinate, distressed, collapse in disorder, or are routed, it is the fault of the general. None of these disorders can be attributed to natural causes*”

¹³¹¹ En el código francés de Carlos VII se indicó que “The King orders that each captain or lieutenant be held responsible for the abuses, ills and offences committed by members of his company, and that as soon as he receives any complaint concerning any such misdeed or abuse, he bring the offender to justice so that the said offender be punished in a manner commensurate with his offence, according to these ordinances. If he fails to do so or covers up the misdeed or delays taking action, or if, because of his negligence or otherwise, the offender escapes and thus evades punishment, the captain shall be deemed responsible for the offence as if he had committed it himself and be punished in the same way as the offender would have been”.

¹³¹² MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 230.

¹³¹³ ALIA PLANA, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

Oficial ú Oficiales serán juzgados por Consejo de Guerra, que graduará la falta que haya cometido”.

De igual forma, el art. 781 de la Ley de 5 de enero, por la cual se aprobó el Reglamento para el Servicio de Campaña del Ejército de 1882, estableció que:

“los oficiales generales y particulares en sus respectivas esferas de mando, son directamente responsables del mantenimiento de la disciplina en esa parte que prescribe el respeto a lo moral, a la religión, a las costumbres y a la propiedad privada”.

Como puede apreciarse, nuestro ordenamiento jurídico ya preveía, tanto en el siglo XVIII como en el XIX, que el mando militar era responsable de las acciones cometidas por sus subordinados, todo ello al no mantener la debida disciplina entre estos¹³¹⁴.

Los preceptos referidos, los cuales imponían un deber de actuación del mando militar, tuvieron su reflejo en las leyes penales de los Ejércitos, así en el art. 155 del Código Penal de la Marina de Guerra de 1888 se disponía que: *“el marino que no mantuviese la debida disciplina en las fuerzas a su mando sufrirá la pena de arresto militar...”*, y el art. 277 del Código de Justicia Militar de 1890 establecía que *“el militar que no mantenga la debida disciplina en las tropas de su mando, o no proceda con la energía necesaria para reprimir en el acto cualquier delito militar, será castigado...”*; de igual forma se pronunció el art. 391 del Código de Justicia Militar de 1945. Debemos reconocer la relevancia de tales preceptos en relación con la materia tratada, toda vez que se imponía al militar con mando, el mantener la debida disciplina entre sus subordinados, evitando que éstos cometiesen excesos o delitos militares durante su actuación, entre

¹³¹⁴ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 230.

los que se podían incluir ciertas violaciones de las leyes y usos de la guerra. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos en los que se reguló la responsabilidad del superior de forma directa¹³¹⁵, es decir, por ordenar la comisión de crímenes de guerra, nuestro ordenamiento jurídico contempló una especie de responsabilidad del superior indirecta, ya que si bien el mando militar no respondía por los crímenes cometidos por sus subordinados, no es menos cierto que se le podía castigar penalmente por no haber mantenido la disciplina suficiente entre estos, en cumplimiento de las ordenanzas militares¹³¹⁶.

Los Estados Unidos de Norteamérica también regularon la responsabilidad del superior, en un principio en su vertiente directa y posteriormente en su faceta indirecta¹³¹⁷. El art. 71 del *Código Lieber*, de 24 de abril de 1893, establecía la responsabilidad del militar que ordenaba la comisión de determinados delitos o los alentaba. Los manuales militares aprobados con posterioridad contemplaban la responsabilidad directa del comandante militar, como por ejemplo en el Field Manual 27-10 (1914) “Rules of Law of Land Warfare”; sin embargo, en el año 1956 se incorporó la responsabilidad indirecta del superior en el parágrafo 501 del referido Field Manual 27-10. También en el art. 443 del British Manual of Military Law de 1914 se contempló la responsabilidad directa del superior, no regulándose la indirecta hasta el año 1958 (art. 631). En Francia el artículo 4 de la Ordenanza de 28 de agosto de 1944, relativa a la supresión de crímenes de guerra, contempló la responsabilidad

¹³¹⁵ De manera más detallada, en relación a la distinción entre responsabilidad directa e indirecta del mando militar, cfr. LEÓN-PÉREZ ACEVEDO, J. P., “La Responsabilidad Del Superior “*Sensu Stricto*” por crímenes de guerra en el Derecho Internacional contemporáneo”, *op. cit.*, pp. 155 y ss; cfr. DANNER, A.M., MARTÍNEZ, J.S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, en *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 120 y ss.

¹³¹⁶ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 231.

¹³¹⁷ BASSIOUNI, M. CH., *Crimes Against the Humanity in international criminal law op. cit.*, p. 424.

directa e indirecta del comandante militar equiparándola al cómplice¹³¹⁸, al igual que se hizo en la ley de 24 de octubre de 1946 de China para el juicio de los criminales de guerra¹³¹⁹.

2. Derecho Internacional.

Una vez analizados ciertos precedentes domésticos sobre la responsabilidad del superior militar, debemos acudir al derecho internacional, ya que esta rama del derecho es la que con mayor fuerza ha tratado esta figura jurídica, considerándose actualmente como derecho consuetudinario las normas que la regulan¹³²⁰. Hemos de reseñar que hasta el año 1977 no se reguló expresamente en un instrumento internacional la responsabilidad del superior, sin embargo, con anterioridad se aprobaron convenios que implícitamente podrían contemplarla¹³²¹.

La primera norma internacional que se refirió a la responsabilidad del superior militar fue el II Convenio de la Haya de 1899 relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, en cuyo reglamento anejo *ex art. 1.1^a* se indicó que para que se ostentase la cualidad de beligerante era necesario la existencia de una persona al frente “...*responsable de sus subordinados*”¹³²². Este precepto hemos de ponerlo en conexión con la obligación que tenían los Comandantes en Jefe de los ejércitos beligerantes de fijar

¹³¹⁸ Dicho art. 4 establecía que: “*where a subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices insofar as they have organized or tolerated the criminal acts of their subordinates*”, cfr. CASSESE, *International Criminal Law op. cit.*, pp. 236 y 237.

¹³¹⁹ PARKS, *op. cit.*, p. 19.

¹³²⁰ Nos referimos a los Convenios de la Haya de 1899 y 1907, los cuales forman parte del derecho consuetudinario tal y como ha sostenido la Corte Internacional de Justicia, cfr. Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, de 9 de julio del 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio ocupado de Palestina, para. 89.

¹³²¹ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 232.

¹³²² PARKS, *op. cit.*, p. 11, quien hace referencia al Convenio de la Haya de 1907; ZAHAR, A., SLUITER, G., *International Criminal Law. A critical introduction*, Oxford, 2008, p. 260.

los detalles de ejecución de los Convenios de Ginebra existentes en dicho momento, *ex art. 8 del Convenio de 22 de agosto de 1864 para mejorar la suerte de los militares heridos en campaña*¹³²³. Así pues, partiendo de la existencia de un Jefe militar responsable de mantener la disciplina entre sus subordinados, y que el mismo estaría encargado de velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos por su Estado, podríamos afirmar que la conjugación de estas circunstancias podría dar lugar a la forma de responsabilidad estudiada. Asimismo, del art. 43 del Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, también podría deducirse la responsabilidad del mando militar¹³²⁴.

Al finalizar la 1ª guerra mundial se constituyó una comisión internacional para que informase sobre la posibilidad de crear un tribunal inter-nacional que pudiese juzgar las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra cometidas durante dicha contienda armada, incluyéndose entre las personas sujetas a juicio aquellas que pudiendo intervenir e impedir la comisión de crímenes de guerra no lo hicieron, aparte de los que ordenaron dicha comisión de delitos¹³²⁵. Desde mi punto de vista y teniendo en cuenta los precedentes de condena por responsabilidad del superior en los juicios llevados a cabo tras la 2ª guerra mundial, lo más sorprendente es que en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 no se contemplase esta forma de responsabilidad, solamente se hace referencia a la responsabilidad directa del superior por ordenar la comisión de infracciones graves del derecho internacional humanitario (en adelante,

¹³²³ DANNER/MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 123.

¹³²⁴ El art. 43 del Reglamento dispone que: “Desde el momento en que la autoridad legítima pase de hecho a manos del ocupante, éste tomará todas las medidas que estén a su alcance a fin de restablecer y conservar, en cuanto sea posible, el orden y la vida públicos, respetando, salvo impedimento absoluto, las leyes vigentes en el país”; cfr. DINSTEIN, Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009, pp. 89 y ss.

¹³²⁵ BOAS, BISCHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner Library. Forms of responsibility in international criminal law, op. cit.*, p. 147; cfr. BANTEKAS, I., “The contemporary law of superior responsibility”, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, no 3, 1999, p. 573.

DIH) *ex* art. 49 del GI, art. 50 del GII, art. 129 del GIII y art. 146 del GIV¹³²⁶. Tendríamos que esperar hasta el año 1977 para que por primera vez y de manera expresa se regulase la responsabilidad del superior a causa de hechos cometidos por subordinados bajo su mando, en aplicación de lo dispuesto en el art. 86 y 87 del Protocolo I, de 8 de junio de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (en adelante, GPI)¹³²⁷. Huelga en este aspecto reseñar que el DIH ha sido clave en la elaboración de la responsabilidad del superior, tanto en los primeros Convenios de la Haya como en el GPI; en definitiva, las normas de carácter humanitario son el eje esencial sobre el que se ha desarrollado esta forma de responsabilidad *sui generis*¹³²⁸, que ha cristalizado en derecho consuetudinario¹³²⁹.

Una vez incorporada esta forma de responsabilidad en el derecho convencional, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas por las que se crearon el TPIY y el TPIR, incorporaron en sus correspondientes estatutos la responsabilidad

¹³²⁶ MARKHAM, *op. cit.*, p. 52.

¹³²⁷ El art. 86 del GPI establece que: “1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar. 2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”; el art. 87 del GPI dispone que: “1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes. 2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo. 3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones”; cfr. BANTEKAS, “The contemporary...”, *op. cit.*, p. 574.

¹³²⁸ HENCKAERTS, J.M., DOSWALD-BECK, L., *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, Buenos Aires, 2007, pp. 633 y ss., estos autores sostienen que las normas que regulan la responsabilidad del superior pertenecen al derecho consuetudinario.

¹³²⁹ MELONI, C., “Command Responsibility. Mode of liability for the crimes of subordinates or separate offence of the superior?”, en *JICJ*, no 5, 2007, p. 619.

del superior¹³³⁰. Por último, el Estatuto de la CPI también contempló la responsabilidad del superior en su art. 28¹³³¹, culminándose con ello la configuración de esta figura jurídica en el derecho penal internacional¹³³². La relevancia del Convenio de Roma, por el cual se aprobó el Estatuto de la CPI, es esencial, ya que el art. 615bis del CP español es un reflejo del Convenio de Roma, salvaguardando ciertas diferencias entre ambos¹³³³.

4. Concepto, naturaleza y requisitos.

4.1. Concepto.

¹³³⁰ El art. 7.3 del Estatuto del TPIY establece que: “El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer los actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes lo perpetraron”. De igual forma se pronuncia el Estatuto del TPIR ex art. 6.3; DANNER, MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 120; cfr. HENQUET, T., “Convictions for Command Responsibility under Articles 7(1) and 7(3) of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 815 y ss.; BOAS, BISCHOFF, REID, *International Criminal Law Practitioner Library. Forms of responsibility in international criminal law*, *op. cit.*, pp. 151 y 152.

¹³³¹ El art. 28 del Estatuto de la CPI indica que: “Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar *será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo*, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”; cfr. Ambos, “La parte general del derecho Penal Internacional”, *op. cit.*, pp. 296 y ss.; cfr. SCHABAS, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, London, 2010, pp. 455 y ss.

¹³³² WERLE, *Tratado de derecho penal internacional*, *op. cit.*, p. 227.

¹³³³ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 234.

La doctrina se encuentra dividida en relación al término correcto que debe darse a esta figura jurídica, unos la denominan *superior responsibility*¹³³⁴ (responsabilidad del superior), otros *command responsibility*¹³³⁵ (responsabilidad de los mandos militares) e incluso responsabilidad del superior jerárquico¹³³⁶. La principal diferencia entre las terminologías citadas radica en que el término de *command responsibility* es exclusivo para militares mientras que *superior responsibility* podría incluir a paisanos y militares¹³³⁷. Evidentemente, en aplicación del art. 28 del Estatuto de la CPI y del art. 615bis del Código Penal (en adelante, CP) hemos de emplear el término de responsabilidad del superior, ya que actualmente pueden ser responsables de los actos cometidos por sus subordinados, tanto el personal militar como el civil. En este orden de ideas, hay que significar que existe la responsabilidad directa del superior y la indirecta. La primera surge cuando un superior ordena la comisión de un delito¹³³⁸ o participa directamente en el mismo, siendo cómplice, inductor, autor, coautor o autor mediato del mismo. La segunda forma de responsabilidad (la indirecta) es la que podríamos denominar responsabilidad *stricto sensu* del superior, es decir, aquella que nace por la comisión de ciertos hechos punibles cometidos por subordinados del mando militar, siendo la que analizaremos en este epígrafe. Así pues, podemos afirmar que la responsabilidad del superior es una figura jurídica que surge por actos cometidos por subordinados del mando militar que no fueron impedidos o castigados por éste, cuando

¹³³⁴ BANTEKAS, The contemporary, op. cit., p. 573.

¹³³⁵ AMBOS, La parte general, op. cit., p. 295.

¹³³⁶ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., “La responsabilidad del superior jerárquico en el derecho penal internacional y en el ordenamiento penal español”, en *Revista Jurídico Militar*, no 76, 2012, pp. 1 y ss.

¹³³⁷ AMBOS, La parte general, op. cit., p. 296.

¹³³⁸ HENCKAERTS, DOSWALD-BECK, op. cit., p. 628, estos autores entienden que existe una norma de derecho consuetudinario que contempla esta forma de responsabilidad, así en la norma n° 152 se indica que: “Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos en cumplimiento de sus órdenes”.

sabía o tenía razones para saber que aquéllos iban a cometerlos o ya los habían cometido, todo ello teniendo un control efectivo sobre éstos¹³³⁹.

4.2. Naturaleza.

Llegados a este punto, tenemos que preguntarnos por la naturaleza de esta figura jurídica, en el sentido de determinar si nos encontramos ante un tipo de responsabilidad penal que surge por la comisión de ciertos crímenes internacionales cometidos por subordinados del mando militar o incluso civil, o de lo contrario, dicho mando militar responde por sus propios actos, a causa de fallar en el control debido requerido por el derecho internacional, *ex art. 87 del GPI*¹³⁴⁰. La posición que se adopte al respecto será importante en relación con cuestiones dogmáticas. Asimismo, no hemos de obviar que no resultaría igual que un mando militar fuese condenado por no cumplir con sus deberes a que fuese condenado por hechos protagonizados por sus subordinados, pudiendo decirse que de alguna manera participó en los mismos a modo de complicidad por omisión¹³⁴¹, por lo que podría imputársele el crimen cometido¹³⁴².

Acudiendo a la jurisprudencia del TPIY, podemos sostener que en un primer momento el mando militar, en aplicación de lo dispuesto en el art. 7.3 del Estatuto del TPIY, respondía por los actos de sus subordinados, relacionándose de alguna manera el crimen principal con el mando militar, a quien se le condenaba por el mismo hecho

¹³³⁹ WILLIAMSON, J.A., "Some considerations of command responsibility and criminal liability", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, no 870, 2008, pp. 303 y 306, este autor enfatiza la necesidad de utilizar esta forma de responsabilidad penal para evitar que los mandos militares queden impunes por no velar por el exacto cumplimiento del derecho internacional humanitario; cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, "La responsabilidad", *op. cit.*, p. 3; cfr. AMBOS, "Superior Responsibility", *op. cit.*, p. 806.

¹³⁴⁰ JUSTICE MOLOTO, J.B., "Command responsibility in international criminal tribunals", en *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 3, 2009, p. 14.

¹³⁴¹ TRECHSEL, S., "Command responsibility as a separate offense", en *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 3, 2009, p. 29.

¹³⁴² MELONI, *op. cit.*, p. 620.

punible pero con base en una forma de responsabilidad distinta¹³⁴³. Posteriormente, se afirmó de manera acertada, que el mando militar no compartiría la misma responsabilidad penal que aquéllos que cometieron el hecho punible, sino que era responsable por actos propios suyos relacionados con el fallo de su actuación debida¹³⁴⁴, la cual es impuesta por el DIH. Se trataría de una forma de responsabilidad *sui generis*¹³⁴⁵, distinta del resto de tipos de responsabilidad contemplados, toda vez que por un lado sería un corolario de los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados y, por otro lado, sería un delito de omisión¹³⁴⁶. En definitiva, el mando militar ya no respondería por los crímenes de sus subordinados, sino por su propia conducta al fallar en su deber de impedir o castigar ciertos hechos punibles cometidos por aquellos¹³⁴⁷, condenándose al mando militar por hechos distintos de los cometidos por sus subordinados¹³⁴⁸. En síntesis, a mi juicio nos encontramos ante un delito de omisión autónomo especial, al ser imprescindible para su aplicación la comisión de un crimen internacional por parte de los subordinados del mando militar¹³⁴⁹.

Una parte de la doctrina entiende que podríamos hallarnos ante una responsabilidad vicarial¹³⁵⁰, otros ante una forma de complicidad¹³⁵¹, sin embargo, en mi opinión la responsabilidad del superior surge por actos propios del mando militar, al no impedir o castigar conductas de sus subordinados que tenía la obligación de evitar o impedir, siempre que existiesen razones suficientes para entender que sabía o

¹³⁴³ Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Delalic and Delic (Celebici case)*, TC, judgment, , IT-96-21-T, 16.11.1998, paras. 331 y 333; cfr. MELONI, *op. cit.*, p. 624.

¹³⁴⁴ Cfr. ICTY, *Prosecutor v. Halilovic*, TC, judgment, IT-01-48-T, 16.11.2005, para. 54; cfr. *Prosecutor v. Hadzihasanovic*, TC, judgment, IT-01-47T, 25.03.2006, para. 2075; cfr. MELONI, *op. cit.*, p. 625; JUSTICE MOLOTO, *op. cit.*, p. 15.

¹³⁴⁵ MELONI, “Command Responsibility Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?” *op. cit.*, p. 621.

¹³⁴⁶ AMBOS, *La parte general*, *op. cit.*, p. 296; AMBOS, “Superior Responsibility”, *op. cit.*, p. 832.

¹³⁴⁷ TRECHSEL, *op. cit.*, p. 29, como bien afirma este autor, el mando militar comete un delito, pero no el crimen internacional llevado a cabo por sus subordinados, en el cual no ha participado.

¹³⁴⁸ CTY, *Prosecutor v. Oric*, TC, judgment, IT-03-68-T, 30.06.2006, para. 293.

¹³⁴⁹ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 236.

¹³⁵⁰ AMBOS, K., *Principios e Imputación en el Derecho Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 102.

¹³⁵¹ BANTEKAS, *International Criminal*, *op. cit.*, p. 37.

tenía motivos para saber que se iban a cometer o se habían cometido¹³⁵². Entiendo que no podría ser una responsabilidad vicarial, toda vez que de esta manera se pondría en peligro el principio de responsabilidad por el cual una persona solamente es responsable por sus actos, y no por el de terceras personas. De otra parte, considero que no podríamos equiparar la responsabilidad del superior a una forma de complicidad, ya que el mando militar, en principio, no participa en el tipo penal cometido por sus subordinados ni comparte la *mens rea* del mismo. Por ello, a mi juicio la responsabilidad del superior constituye un hecho punible autónomo, incardinable en los delitos denominados de omisión; así lo han entendido diversas legislaciones domésticas que incluyeron la responsabilidad del superior como un delito autónomo, como por ejemplo nuestro legislador al tipificar en el art. 615bis dicho delito¹³⁵³.

4.3. Requisitos.

Los elementos que configuran la responsabilidad del superior los podemos encontrar en la jurisprudencia del TPIY, quien entendió que deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Existencia de una relación superior-subordinado¹³⁵⁴.
2. Omisión del superior de tomar las medidas razonables y necesarias para prevenir los crímenes de sus subordinados, o para castigarlos una vez los han cometido.
3. El conocimiento del superior o que éste tuviese razones para saber que los crímenes se iban a cometer o que ya se habían cometido. Recientemente, la CPI en el caso

¹³⁵² FARALDO CABANA, P., “La responsabilidad por mando...”, *op. cit.*, p. 177.

¹³⁵³ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 237.

¹³⁵⁴ Siguiendo la jurisprudencia del TPIY dentro de este requisito debe concurrir: 1o) un poder de control sobre las acciones de los subordinados (ICTY, *Prosecutor v. Pavel Strugar*, TC, judgment, IT-01-42-T, 31.01.2005, para. 360); 2o) que dicho control sea efectivo (*Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, AC, judgment, IT-95-14/2-A, 17.12.2004, para. 839).

“Bemba” enumeró los requisitos que debían concurrir en la responsabilidad del superior:

1. The suspect must be either a military commander or a person effectively acting as such;
2. The suspect must have effective command and control, or effective authority and control over the forces (subordinates) who committed one or more of the crimes set out in articles 6 to 8 of the Statute;
3. The crimes committed by the forces (subordinates) resulted from the suspect’s failure to exercise control properly over them;
4. The suspect either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces (subordinates) were committing or about to commit one or more of the crimes set out in article 6 to 8 of the Statute; and
5. The suspect failed to take the necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of such crime(s) or failed to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution¹³⁵⁵.

Como puede apreciarse, los requisitos son semejantes, incluyendo la CPI la necesidad de que el superior tuviese un control efectivo sobre sus subordinados y que el crimen de éstos se deba a la falta del control debido del mando militar, presupuestos que la jurisprudencia del TPIY incorporó dentro de los requisitos anteriormente referidos.

5. Derecho español.

¹³⁵⁵ ICTY, *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, “Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo”, ICC-01/05- 01/08, 15.06.2009, para 403.

Nuestro ordenamiento jurídico, como se expuso anteriormente, no ha sido ajeno a la responsabilidad del superior militar. Actualmente, existen dos tipos penales que contemplan dicho delito, por un lado el art. 137 del Código Penal Militar (en adelante, CPM), precepto que goza de cierto arraigo en nuestro sistema penal militar, y de otra parte, el art. 615bis del CP. Asimismo, podemos reseñar que el art. 78 del CPM también podría comprender, de manera implícita, la responsabilidad del superior, como se verá posteriormente.

5.1. El Código Penal Militar

1.1.1. *El art. 137 del CPM*

El art. 137 del CPM, encuadrado dentro del Libro II, Título IV “Delitos contra los deberes del servicio”, Capítulo IV “Delitos contra los deberes del mando”, Sección 1ª “Incumplimiento de deberes inherentes al mando”, dispone que:

“El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión”¹³⁵⁶.

Antes de analizar el tipo penal citado, resulta necesario criticar su ubicación en el texto penal castrense. La responsabilidad del superior surge por un lado de normas domésticas, pero su principal desarrollo se ha llevado a cabo por el DIH; es decir, se

¹³⁵⁶ OLMO PASTOR, J.A., “Delitos contra los deberes del mando”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., BLECUA FRAGA, R. (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988, pp. 1633 y ss.

trataría de una forma de responsabilidad *sui generis* que nace a consecuencia de la comisión de determinados crímenes internacionales. Actualmente, no es obligatoria la existencia de un conflicto armado para que se aplique la responsabilidad del superior, pero en cualquier caso sí debe concurrir la comisión de un crimen internacional. El mando militar, en principio, no es responsable por la comisión de crímenes ordinarios llevados a cabo por sus subordinados, solamente sería responsable por aquellos comportamientos que pueden ser considerados crímenes internacionales, siempre que haya fallado en su deber de impedir y castigar los mismos según impone el DIH. Por ello, el art. 137 del CPM debería estar ubicado en el Título II relativo a “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, toda vez que el principal bien jurídico que se pretende proteger mediante la responsabilidad del superior es la paz y seguridad internacional, así como los derechos de las personas y bienes protegidos en conflictos armados¹³⁵⁷.

La ubicación actual del art. 137 del CPM tiene por finalidad proteger el correcto funcionamiento del servicio mediante las obligaciones que le incumben al mando militar¹³⁵⁸, los deberes inherentes a éste previstos por el derecho internacional y nuestra normativa doméstica, sin perjuicio de entender que se podría tratar de un delito pluriofensivo, es decir, que protege diversos bienes jurídicos, entre los que se podrían encontrar la paz y seguridad internacional en caso de conflicto armado u otros similares relativos a crímenes internacionales. Así pues, podemos afirmar que si bien es cierto que este precepto penal podría satisfacer la exigencia de la responsabilidad del superior, no lo es menos que la finalidad principal del mismo no es la protección de bienes jurídicos supranacionales, sino la protección del exacto cumplimiento de los deberes del mando militar, a fin de que los actos de servicio no se vean perjudicados,

¹³⁵⁷ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 240.

¹³⁵⁸ OLMO PASTOR, *op. cit.*, 1611 y ss.

pudiendo responder el mando por la comisión tanto de crímenes internacionales como de crímenes ordinarios o propiamente militares cometidos por sus subordinados¹³⁵⁹.

5.1.1.1. Naturaleza.

Partiendo del hecho de que tal precepto constituye un delito de omisión, hemos de determinar si pertenece a la categoría de los delitos de omisión pura o a los delitos de omisión y resultado. En primer lugar, tenemos que recalcar que la omisión constituye la no realización de una acción determinada teniendo capacidad para llevarla a cabo¹³⁶⁰ y, en segundo lugar, debemos significar que el tipo penal referido comprende diversos comportamientos omisivos del sujeto activo, los cuales no son todos ellos idénticos entre sí pero gozan de la misma naturaleza, por lo que el tratamiento dogmático debería ser el mismo para cada uno de ellos.

Dicho esto, a mi juicio los comportamientos del mando militar consistentes en no mantener la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerar a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no proceder con la energía necesaria para impedir un delito militar, podrían calificarse como un delito de omisión pura de garante¹³⁶¹, toda vez que el sujeto activo del tipo penal (el mando o jefe militar) en virtud del derecho internacional y de las normas domésticas goza de esta posición de garante. Entiendo que se trata de un delito de omisión pura, toda vez que el tipo se perfecciona con la mera inobservancia de la acción impuesta legalmente, que no es otra que el no mantener la disciplina debida entre sus subordinados, tolerar

¹³⁵⁹ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 240.

¹³⁶⁰ GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.* p. 279; cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1986, p. 383.

¹³⁶¹ FARALDO CABANA, "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español", *op. cit.*, p. 182.

ciertos abusos o extralimitaciones y no impedir un delito militar, sin exigirse resultado alguno, el cual, caso de darse, no se imputaría al mando militar¹³⁶².

Con respecto a la posición de garante del mando militar, ésta tendría su origen en el art. 87 del GPI y su reflejo dentro de nuestro ordenamiento jurídico en el art. 4.1.9^a de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, en el art. 6.1.14^a de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y en los art. 11 y 56 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (en adelante, ROFAS), aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

El conjunto de los preceptos citados regulan el comportamiento del mando militar, sus obligaciones y responsabilidades. Por ejemplo, el art. 4.1.9^a de la Ley de Carrera Militar establece que la responsabilidad del mando no podrá ser compartida ni es renunciable, teniendo el deber de exigir obediencia a sus subordinados. Este mandamiento legal determina, indubitadamente, que a todo mando militar le corresponde una responsabilidad, la cual, es inherente y personal, no pudiendo renunciar a la misma ni compartirla. Asimismo, no podemos desconocer que también es deber de todo mando militar exigir obediencia a sus subordinados, lo que implicará que deberá adoptar todas aquellas medidas legítimas que tenga a su alcance para hacer efectivas sus órdenes, que tendrán por finalidad en el curso de una contienda armada, entre otras cosas, el velar por el cumplimiento efectivo de las normas del DIH, tal y

¹³⁶² GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 281 y 282.

como se desprende del art. 85 de las ROFAS⁵⁵ y de la regla 5ª del art. 6.1 de la Ley de Derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas¹³⁶³.

La importancia del DIH en relación con el comportamiento del mando militar puede observarse en las Reales Ordenanzas vigentes¹³⁶⁴, las cuales tienen por finalidad establecer un código de conducta del militar y deben servir de guía para exigir el exacto cumplimiento del deber. Así, en el art. 11 de las ROFAS se establece que el militar ajustará su conducta al DIH aplicable en conflictos armados. Ciertamente, de nuevo podemos apreciar que la actuación del mando debe estar guiada en todo momento por las normas del DIH, las cuales no solo no puede desconocer sino que tiene que difundirlas entre sus subordinados, a fin de que se observen las mismas debidamente. Por último, de vital importancia resulta el art. 56 de las ROFAS, el cual lleva por título “responsabilidades penales graves en relación con los delitos contra el derecho internacional humanitario”, disponiendo que el mando será consciente de la *grave responsabilidad que le corresponde y asume* para evitar la comisión, por fuerzas bajo su mando o control efectivo, de ciertos crímenes internacionales. El mando asume, por el cargo que ostenta en la estructura militar, las responsabilidades penales y disciplinarias correspondientes si ha fallado en el control debido de sus subordinados. Todo lo antedicho configura la posición de garante del mando militar, de quien se espera y a quien se le obliga a mantener la disciplina debida entre las fuerzas bajo su mando¹³⁶⁵.

¹³⁶³ El art. 85 de las ROFAS dispone que: “Su conducta en el transcurso de cualquier conflicto u operación militar deberá ajustarse a las normas que resulten aplicables de los tratados internacionales en los que España fuera parte, relativos al derecho internacional humanitario”.

¹³⁶⁴ El art. 6.1 regla 5ª establece que: “Ajustará su conducta al respeto de las personas, al bien común y al derecho internacional aplicable en conflictos armados”.

¹³⁶⁵ MARTÍNEZ ALCANÍZ, op. cit., p. 242.

En ningún momento en virtud del art. 137 del CPM se atribuye al mando militar la comisión de los posibles crímenes internacionales cometidos por sus subordinados, sólo se le castiga por la inobservancia de sus deberes y obligaciones, de ahí que no pueda hablarse de un delito de omisión y resultado, sino de un delito de omisión pura de garante. En definitiva, la regulación de la responsabilidad del superior a través de este precepto sería incompleta, siempre que entendamos dicho delito como un corolario de la comisión de crímenes internacionales por parte de los subordinados del mando o jefe militar¹³⁶⁶.

5.1.1.2. Sujeto activo.

El militar¹³⁶⁷, cuyo concepto aparece definido en el art. 8 del CPM¹³⁶⁸, con mando de fuerza o unidad militar es el sujeto activo del tipo penal analizado, el cual, desde mi punto de vista, coincidirá en parte con el previsto en el art. 615bis del CP, que habla de la “autoridad o jefe militar”, por lo que podemos concluir que en el art. 615 bis del CP se incluye como sujeto activo a la autoridad militar, la cual aparece regulada y concretada en el art. 9 del CPM. Asimismo, hemos de determinar que se entiende por

¹³⁶⁶ *Ibid.*

¹³⁶⁷ El art. 8 del CPM indica que: “A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que: 1º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas. 2º Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas. 3º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares. 4º Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas. 5º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno”; cfr. MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., “Definición de Militares”, en *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988, pp. 215 y ss.

¹³⁶⁸ No olvidemos que los miembros de la Guardia Civil pertenecen a una Institución de naturaleza militar, estando sujetos a la ley penal castrense en los supuestos previstos en el art. 7bis del CPM, es decir, en situaciones de estado de guerra, estado de sitio, cuando participen en misiones de carácter militar y cuando estén encuadradas en unidades militares. De otra parte, según la jurisprudencia de la Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, también será de aplicación el CPM a los miembros de la Guardia Civil en aquellos comportamientos que lesionen bienes jurídicos protegidos del CPM, y sean llevados a cabo mientras se realizaban las funciones propias de dicho Instituto Armado, es decir, de protección de los derechos y libertades del ciudadano y seguridad ciudadana.

mando con fuerza o unidad militar. Evidentemente, las normas que determinarán tal *status* son propias de la Institución castrense¹³⁶⁹.

Se significa que la omisión punible del militar con mando de fuerza o unidad militar, deberá reunir los presupuestos propios de la responsabilidad del superior, es decir, una relación superior-subordinado, la omisión de adoptar las medidas a su alcance para evitar la comisión de ciertos crímenes o el castigo de los mismos y el conocimiento de que aquéllos se iban a cometer o tenía razones para saberlo. Estos requisitos no concurren en todo militar, sino solo en aquellos que en virtud de la estructura de las Fuerzas Armadas (en adelante, FAS) se les atribuye la responsabilidad del mando. Ciertamente, hemos de partir del art. 2.2. del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, el cual establece que las FAS se organizan en dos estructuras, una orgánica (para la preparación de la fuerza) y otra operativa (para el empleo de la fuerza en las misiones que se asignen a las FAS)¹³⁷⁰.

Así pues, aquellos mandos incardinados en la Fuerza¹³⁷¹ y en la estructura operativa, que es aquella organización estructurada para el empleo de la Fuerza (bien del E.T., de la Armada o del E.A.), serán los sujetos activos del art. 137 del CPM, sin perjuicio del Jefe de Unidad Militar que será tratado posteriormente. Con respecto a la estructura operativa, el principal mando de la misma es el Jefe del Estado Mayor de la Defensa (art. 5.1 del Real Decreto 787/2007, de 15 de junio, por el cual se aprueba la estructura operativa de las FAS); posteriormente encontraríamos al Comandante del

¹³⁶⁹ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 243.

¹³⁷⁰ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁷¹ Según el art. 2.1 del Real Decreto 416/2006, de 11 de abril, por el cual se aprueba la organización y el despliegue de la fuerza del Ejército de Tierra, de la Armada, del Ejército del Aire y de la Unidad Militar de Emergencias, la fuerza es: “el conjunto de medios humanos y materiales agrupados y organizados con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares”.

Mando de Operaciones (art. 7.1 del Real Decreto 787/2007) y a los Comandantes de Fuerza Conjunta y de Fuerza Específica (art. 9 del Real Decreto 787/2007).

Por otro lado, al mando de cada ejército encontramos al Jefe de Estado Mayor correspondiente (Jefe de Estado Mayor del Ejército, Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada y Jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire), pero dentro de cada ejército también está estructurada la Fuerza; por ejemplo, en la Armada la Fuerza estaría compuesta por la Flota, por la Fuerza de Infantería de Marina y por la Fuerza de Acción Marítima (art. 9 del Real Decreto 416/2006, de 11 de abril). Asimismo, dentro de cada estructura citada existen otros organismos que pertenecen a la Fuerza, como por ejemplo, dentro de la Flota encontraríamos el Cuartel General Marítimo de Alta Disponibilidad, el Grupo de Proyección, dos Escuadrillas de Escoltas, la Flotilla de Submarinos, la Flotilla de Aeronaves y la Fuerza de Medidas Contraminas (art. 9.2 del Real Decreto 416/2006, de 11 de abril). En este orden de cosas, podríamos sostener que cada jefe de los órganos de la Fuerza citados¹³⁷² tendrían mando de fuerza y por ende, podrían ser sujetos activos del referido art. 137 del CPM¹³⁷³.

¹³⁷² El Real Decreto 416/2006, de 11 de abril, establece la estructura de la Fuerza del E.T., la cual es la siguiente: un Cuartel General Terrestre de Alta Disponibilidad, una Fuerza Terrestre, un Mando de Canarias y una Fuerza Logística Operativa. 2. La Fuerza Terrestre estará integrada por: a) Fuerzas Ligeras, que constarán de: Dos Brigadas de Infantería Ligera; una Brigada de Infantería de la Legión; una Brigada Paracaidista; una Jefatura de Tropas de Montaña; una Brigada de Caballería. b) Fuerzas Pesadas, que constarán de: Tres Brigadas Mecanizadas. c) La Comandancia General de Baleares. d) La Comandancia General de Ceuta. e) La Comandancia General de Melilla. f) Otras Unidades: Brigada de Transmisiones. Fuerzas Aeromóviles del Ejército de Tierra; Mando de Artillería de Campaña; Mando de Artillería de Costa; Mando de Artillería Antiaérea; Mando de Ingenieros; Mando de Operaciones Especiales; Otras Unidades de Apoyo. 3. El Mando de Canarias. 4. La Fuerza Logística Operativa, integrada por: a) Dos Fuerzas Logísticas Terrestres; b) Una Brigada de Sanidad; c) Un Mando de Apoyo Logístico a Operaciones. La Fuerza del Ejército del Aire se estructura de la siguiente forma: 1. La Fuerza del Ejército del Aire estará compuesta por un Mando Aéreo de Combate, un Mando Aéreo General y un Mando Aéreo de Canarias 2. El Mando Aéreo de Combate estará integrado por: a) Sistema de Mando y Control, que constará de: Cuatro Grupos de Mando y Control. Catorce Escuadrones de Vigilancia Aérea. Un Grupo y cuatro Escuadrillas de Circulación Aérea Operativa. b) Unidades de Combate, que constará de: Cuatro Alas y un Grupo de Combate. Un Escuadrón de Zapadores Paracaidistas. c) Unidades de Movilidad Aérea, que constarán de: Dos Alas de Transporte. Dos Escuadrones de Apoyo al Despliegue Aéreo. Tres Unidades Médicas. 3. El Mando Aéreo General estará integrado por: a) Nueve Instalaciones Aéreas. b) Fuerzas Auxiliares de Contribución a la Acción del Estado, que constarán de: Un Ala. Dos Grupos. Un Escuadrón. c) Fuerzas Auxiliares de Apoyo Operativo. 4. El Mando Aéreo de Canarias estará integrado por: Un Ala y un Escuadrón.

En cuanto al mando de unidad militar, debemos seguir unas pautas distintas, ya que la estructura militar de cada ejército puede diferir entre ellas. Si acudimos a las normas sobre mando y régimen de las unidades e instalaciones del E.T. (Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio) observaremos que en dicha norma se indica que aquel militar que ejerce mando sobre una unidad se denomina “jefe” y que la acción del mando consiste en aquella acción directiva específica de las FAS relativa al ejercicio de la autoridad, con la consiguiente responsabilidad que corresponde al militar por razón de su cargo, destino o servicio. De igual manera se pronuncia el art. 19.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, el cual añade que la acción de mando *alcanza su máxima y especial responsabilidad cuando se aplica a la preparación y empleo de la Fuerza de los Ejércitos*.

Por unidad, según el art. 5.4 de la Orden Ministerial 50/2011 entendemos aquel componente de la estructura orgánica del E.T. que posibilita la generación de organizaciones operativas, así como el desarrollo de la misión operativa que se le encomiende. Los tipos de unidad existentes en el E.T. serían los siguientes: Brigada y Batallón, Compañía-Escuadrón-Batería, Sección y Pelotón-Equipo-Escuadra¹³⁷⁴; el jefe de cada una de las unidades militares citadas será responsable de la disciplina de sus subordinados, así como del exacto cumplimiento de las órdenes recibidas¹³⁷⁵.

La Fuerza de la Armada se estructura de la siguiente manera: 1. La Fuerza de la Armada estará compuesta por la Flota, la Fuerza de Infantería de Marina y la Fuerza de Acción Marítima. 2. La Flota estará integrada por: a) Cuartel General Marítimo de Alta Disponibilidad. b) Grupo de Proyección. c) Dos Escuadrillas de Escoltas. d) Flotilla de Submarinos. e) Flotilla de Aeronaves. f) Fuerza de Medidas Contraminas. 3. La Fuerza de Infantería de Marina estará integrada por: a) Tercio de Armada. b) Fuerza de Protección. 4. La Fuerza de Acción Marítima estará integrada por: a) Mando Naval de Canarias. b) Mando de Acción Marítima de Cádiz. c) Mando de Acción Marítima de Ferrol. d) Sector Naval de Baleares. e) Otros buques, centros y organismos.

¹³⁷³ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 244.

¹³⁷⁴ En el E.A las unidades estarían compuestas por la siguiente estructura: Ala, Grupo, Escuadrón, Escuadrilla y Sección.

¹³⁷⁵ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 245.

Llegados a este punto, podemos afirmar que cada Jefe militar de las unidades mencionadas puede ser sujeto activo del art. 137 del CPM, pudiendo concurrir una responsabilidad del superior en cascada, siempre que la falla en el mantenimiento de la disciplina de los subordinados corresponda a diversos jefes a la vez; por ejemplo, si el jefe de un pelotón en el curso de una operación militar no adopta las medidas que tenga a su alcance para evitar que sus subordinados maltraten a personas protegidas teniendo conocimiento sus superiores de tal suceso, es decir, el jefe de la sección y el de la compañía, no adoptando ninguno de ellos las medidas pertinentes para castigar dichos hechos, nos encontraríamos ante una responsabilidad del superior en cascada, toda vez que ninguno de los superiores en la cadena de mando ha adoptado las medidas impuestas por el DIH y nuestra normativa. En primer lugar, el Jefe del pelotón, en principio, podría no haber adoptado las medidas a su alcance para evitar tal comportamiento y, en segundo lugar, los superiores respectivos no castigaron el mismo o lo pusieron en conocimiento de las autoridades sancionadoras competentes.

Como conclusión, podemos sostener que el sujeto activo del art. 137 del CPM debe pertenecer a una de las estructuras anteriormente referidas, en aras de salvaguardar el principio de legalidad, no pudiendo ser sujeto activo quién no esté encuadrado en las mismas. En este sentido y atendiendo a la estructura estrictamente jerarquizada de las FAS, el control que ostenta el mando militar normalmente será *de iure* y no *de facto*, ya que incluso faltando el jefe militar, con base en la figura de sucesión de mando podría ejercer el mismo el subordinado directo del mando o aquél que ostente mayor empleo militar dentro de la unidad militar, ya que quien sucede en el mando ostenta las mismas atribuciones y responsabilidades que el titular designado. Esta afirmación tiene su fundamento en el hecho de que un militar solamente debe

obedecer las órdenes legítimas relativas al servicio emanadas de sus superiores¹³⁷⁶, por ello, si el mando militar no ostenta el citado control *de iure*, sus órdenes podrían ser inobservadas al no tener las atribuciones legales pertinentes para emitir tales mandamientos. Si un militar no tiene capacidad para emitir órdenes legítimas, difícilmente podrá mantener la disciplina entre sus subordinados, por lo que no tendrá el control efectivo sobre los mismos, no alcanzándole la responsabilidad criminal. Asimismo, desde que el Jefe militar emite una orden, su inobservancia puede ser constitutiva de un delito de desobediencia militar, previsto y penado en el art. 102 del CPM¹³⁷⁷.

5.1.1.3. Elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

En cuanto a los elementos objetivos del art. 137 del CPM, siguiendo a la mayoría de la doctrina, podemos afirmar que los mismos coincidirán con la existencia de una situación típica. Así pues, la situación típica supondrá la concurrencia de ciertos hechos llevados a cabo por los subordinados que ponen en peligro un bien jurídico protegido, obligando con ello a actuar al mando militar. La posibilidad de actuar para cumplir el mandato exigido comprende que el mando militar ostente tanto capacidades personales como medios e instrumentos para actuar, y por último la ausencia de acción alguna conlleva que el mando militar no haya adoptado ninguna medida tendente a evitar la situación de peligro creada¹³⁷⁸.

¹³⁷⁶ En mayor detalle a fin de analizar la eximente por obediencia debida, cfr. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J., *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español comparado e internacional*, IUGM, Madrid, 2012, pp. 24 y ss.

¹³⁷⁷ CALDERÓN SUSÍN, E., “Delito de desobediencia”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1245 y ss. El mismo, “Trascendencia Penal y Disciplinaria de la insubordinación: la desobediencia”, en *La Jurisdicción Militar*, Madrid, 1992, pp. 311 y ss.

¹³⁷⁸ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 246.

Con respecto al elemento subjetivo del tipo penal, como en el mismo no se castiga un comportamiento imprudente, deberá concurrir en todo momento el dolo necesario, ya sea directo, de segundo grado o incluso eventual. Ello significa que el mando militar debe tener conocimiento de la situación típica y de su obligación de actuar o adoptar medidas para evitar dicha situación, sabiendo que dispone de medios e instrumentos para que no se perfeccione la situación típica¹³⁷⁹. Entre dichos medios podríamos enumerar la capacidad para emitir órdenes, para sancionar, para arrestar disciplinariamente –el art. 26 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las FAS, impone el deber a todo militar de empleo superior a corregir las infracciones que vea en los de inferior empleo, le estén o no subordinados–, para dar cuenta de la conducta a los superiores, e incluso se podría acudir al uso de la fuerza en cumplimiento de un deber, siempre que la misma sea proporcionada, oportuna, congruente y necesaria para evitar un mal grave. No olvidemos que el art. 87.1 del GPI exige de los Jefes militares que impidan las infracciones de los Convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional I¹³⁸⁰.

5.1.2. El art. 78 del CPM.

Dicho precepto dispone que:

“El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo

¹³⁷⁹ GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NUÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 284 y ss.

¹³⁸⁰ MARTÍNEZ ALCANÍZ, op. cit., p. 246.

de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión”¹³⁸¹.

Nos encontramos ante un tipo penal en blanco, toda vez que se deja a una norma distinta el supuesto de hecho que se castiga. Si bien es cierto que este delito podría satisfacer en parte la exigencia de la responsabilidad del superior, al castigarse cualquier acto contrario al DIH convencional, particularmente, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales I y II, en relación con lo dispuesto en el art. 87 del GPI, no es menos cierto que la penalidad que lleva aparejada dicho tipo no correspondería con la gravedad del comportamiento omitido por el mando militar¹³⁸². Sin perjuicio de lo antedicho, en mi opinión un aspecto positivo del precepto analizado es que el bien jurídico protegido del mismo consiste en valores supranacionales, no en la mera observancia del deber del mando, estando por ello mejor ubicado este tipo penal que el anteriormente estudiado.

5.2. El Código Penal.

La ratificación del Estado español del Estatuto de la CPI provocó que nuestro legislador adecuase nuestro ordenamiento jurídico a determinados principios y normas previstos en el Convenio de Roma, todo ello a fin de dar el debido cumplimiento al principio de complementariedad previsto en éste. Entre tales normas encontramos la responsabilidad del superior, regulada en el art. 28 del Estatuto de la CPI. Pues bien, mediante la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre se introdujo en nuestro CP el

¹³⁸¹ FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, J. L., “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., Y BLECUA FRAGA, R. (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 844 y ss.

¹³⁸² RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “La responsabilidad”, *op. cit.*, p. 5.

art. 615bis¹³⁸³, concretamente, como una disposición común a los capítulos II, II b y III que regulan los delitos de genocidio, delitos de lesa humanidad y delitos contra las personas y los bienes protegidos en conflictos armados; a través de esta implementación se incorporó en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad del superior¹³⁸⁴.

Como se expuso anteriormente, dicha responsabilidad del superior no era ajena en nuestra legislación, ya que el art. 137 del CPM contemplaba una responsabilidad del mando militar semejante; empero lo antedicho, no podemos obviar que la responsabilidad del superior como delito *sui generis* que es, tiene como finalidad principal proteger ciertos bienes jurídicos supranacionales, por lo que la ubicación del art. 615bis dentro del Título XXIV “Delitos contra la Comunidad Internacional” resulta más acorde con el propósito de la misma y su desarrollo en el derecho internacional¹³⁸⁵.

5.2.1. *Sujeto activo.*

¹³⁸³ El art. 615bis del CP establece que: “1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores. 2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados. 3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores. 4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores. 5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores. 6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

¹³⁸⁴ GIL GIL, A., *Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España*, op. cit., pp. 88 y ss.

¹³⁸⁵ MARTÍNEZ ALCANÍZ, op. cit., p. 249.

Las personas que pueden cometer el tipo penal previsto en el art. 615bis son tanto militares como personas civiles, los apartados 1º, 2º y 3º prevén como sujeto activo a las autoridades y jefes militares, mientras que los apartados 4º y 5º contemplan como sujeto activo a cualquier persona civil que ostente la condición de superior. De otra parte el apartado 6º regula un supuesto en el que podrían estar implicados militares que no tuvieran la condición de autoridad o jefe militar, pero que por razón de su cargo tuviesen que promover la persecución de alguno de los delitos previstos en los Capítulos II, Iibis y III del Título XXIV del CP de los que tuvieren noticia. Al respecto y de modo orientativo, el art. 134 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar dispone que el militar que tuviese noticia de la comisión *de cualquier delito de competencia de la Jurisdicción Militar* está obligado a ponerlo en conocimiento del Juez Togado Militar, del Fiscal Jurídico Militar o de la Autoridad Militar más inminente. La obligación de promover la persecución, acto que debe iniciarse mediante la correspondiente denuncia o parte militar, incumbe a todo militar, cualquiera que sea su empleo, toda vez que por razón del cargo y funciones que desarrolla como servidor público surge la obligación de comunicar dicha *notitia criminis*. Sobre los delitos con base en los que surge esta obligación de promover su persecución, el citado art. 134 de la Ley Procesal Militar no especifica si han de ser comunes o militares, solo menciona que sean competencia de la jurisdicción militar. Llegados a este extremo, hemos de reseñar que el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (en adelante, LOCOJM) establece que:

“(la jurisdicción militar) en tiempo de paz será competente para conocer de los comprendidos en el Código Penal Militar. Salvo lo dispuesto en el artículo 14, en todos los demás casos la Jurisdicción Militar conocerá de los delitos comprendidos en el Código Penal Militar, incluso en aquellos supuestos en que siendo susceptibles de ser

calificados con arreglo al Código Penal común, les corresponda pena más grave con arreglo a este último, en cuyo caso se aplicará éste”.

De dicho precepto se deduce que la jurisdicción militar puede conocer de delitos comunes si los mismos se encuentran igualmente contemplados en el CPM pero con menor pena. De otra parte el art. 12.3 de la LOCOJM dispone que la jurisdicción militar en tiempo de guerra conocerá de todos los delitos tipificados en la legislación española si fueron cometidos fuera del territorio nacional y el responsable fuese un militar español o persona que sigue a las FAS españolas. Atendiendo a lo precitado, el deber del militar de promover la persecución de los delitos de los que tiene conocimiento abarca todos los delitos militares y también, en ciertos supuestos, los delitos comunes.

Dicho lo anterior, nos centraremos en la responsabilidad del superior militar prevista en el art. 615bis del CP, especialmente en los apartados 1º, 2º y 3º, los cuales, afectan específicamente a los militares que sean considerados como autoridades o jefes militares. En relación a la definición de autoridad militar, el art. 9 del CPM¹³⁸⁶ enumera quiénes ostentan dicha condición, por lo que tal precepto nos servirá de guía interpretativa¹³⁸⁷. En cuanto a la consideración de Jefe militar (militar que ostenta el

¹³⁸⁶ El art. 9 del CPM dispone que: “A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares: 1o El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones. 2o Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el Lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales. 3o Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar. 4o Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas. 5o Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierna a la misión militar encomendada”.

¹³⁸⁷ FARALDO CABANA, “La responsabilidad por mando en el estatuto de roma y su traslación al código penal español”, *op. cit.*, p. 184.

mando de una unidad) nos remitimos a lo expuesto en los comentarios efectuados en relación al art. 137 del CPM¹³⁸⁸.

5.2.2. *Concurso de Leyes.*

Al ser de aplicación tanto el art. 137 del CPM como el art. 615bis del CP a ciertos militares, nos podemos encontrar ante un concurso de leyes en determinados supuestos. Algunos autores entiende que es preferente la aplicación del CPM, con base en el principio de especialidad, otros entiende que sería el CP en virtud del principio de alternatividad. Ciertamente, hemos de precisar que el referido concurso de leyes solo se producirá ante la comisión de un crimen de guerra, ilícito penal castigado tanto en el CPM como en el CP, no así ante la comisión de un crimen internacional de genocidio o de lesa humanidad, toda vez que dichos hechos punibles solamente se encuentran tipificados en el CP¹³⁸⁹.

Ante la comisión de un crimen de guerra previsto y tipificado tanto en el CP como en el CPM, debemos determinar qué ley aplicar, si la especial o la general. El CPM en materia de crímenes de guerra ha podido quedar en cierta manera obsoleto, a causa del inmovilismo legislativo de dicho texto penal, el cual no ha sido modificado en ningún momento para actualizar los ilícitos cometidos en el seno de una contienda armada, a diferencia del CP, que sí ha sido sufrido diversas actualizaciones legislativas. Esta circunstancia determinará que muchos comportamientos punibles aparezcan tipificados con mayor precisión técnica en el CP que en el CPM; por ejemplo, el art. 611.9º del CP tipifica el embarazo forzado o la prostitución inducida en persona protegida, mientras que el CPM en el art. 76 solo prevé la violación sobre persona

¹³⁸⁸ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 250.

¹³⁸⁹ *Ibid*, p. 251

protegida. En este contexto los posibles concursos de leyes deberán circunscribirse a hechos que aparezcan expresamente tipificados en ambos códigos penales, en aras de salvaguardar el principio de legalidad, al estar prohibida la analogía *in mala partem* dentro del derecho penal¹³⁹⁰.

Pues bien, a mi juicio parece razonable que ante un concurso de leyes apliquemos el principio de especialidad¹³⁹¹, recordemos que la regla 1ª del art. 8 del CP contempla el principio *lex specialis derogat legi generali*, por lo que debería ser la norma básica para resolver tal concurso. Sin embargo, no es menos cierto que la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4ª del CP es la que definitivamente se aplicará al concurso de leyes planteado¹³⁹². Si partimos de la idea de que el precepto especial es el aplicable nos encontraremos ante la situación de que tal comportamiento será enjuiciado por los órganos judiciales militares. En este orden de ideas, en aplicación del art. 12.1 de la LOCOJM los órganos judiciales militares en el caso de que un comportamiento sea punible tanto en el CPM como en el CP, aplicarán este último si lleva aparejada una pena más grave, por lo que en realidad, la regla utilizada para resolver el concurso de leyes es la de la alternatividad, concretamente, en los concursos de leyes sostenidos entre el CPM y el CP. Una posible respuesta a esta situación podría encontrarse en el hecho de que el texto penal castrense se caracteriza, entre otras cosas, por su ejemplaridad punitiva, por lo que si éste es menos severo que el CP, se aplica este último, a fin de evitar una especie de aforamiento favorable punitivo para el militar¹³⁹³.

¹³⁹⁰ *Ibid.*

¹³⁹¹ FARALDO CABANA, "La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal español", *op. cit.*, p. 184.

¹³⁹² RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., "La reforma del Código Penal español por la Ley Orgánica 15/2003: un paso al frete en la criminalización de la barbarie", en *Revista Española de Derecho Militar*, no 82, 2003, p. 227.

¹³⁹³ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 251.

5.2..3. *Los apartados 1º y 2º del art. 615 bis.*

El apartado 1º de dicho precepto penal (*La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores*) consiste en un delito de omisión no causal y resultado, toda vez que el sujeto activo del mismo no ha causado dicho delito pero tampoco lo ha evitado, estando obligado a ello a causa de la posición de garante que ostenta¹³⁹⁴.

Para que se perfeccione el tipo objetivo de este delito deben concurrir los siguientes presupuestos: existencia de una situación típica, es decir, una situación de peligro para un bien jurídico determinado; que el sujeto activo tenga la posibilidad de evitar su comisión al ostentar tanto capacidades personales como medios e instrumentos necesarios para ello; que el sujeto activo ostente la posición de garante; que el sujeto activo no realice ningún comportamiento idóneo para evitar la comisión del delito; por último, que a causa de la falta de actuación debida del sujeto activo se cometa el hecho punible, pudiendo tratarse de un delito de peligro o incluso de resultado¹³⁹⁵.

En situaciones normales la autoridad o jefe militar será titular de los requisitos exigidos, ya que ostenta la posición de garante requerida *ex art. 56* de las ROFAS, y tiene capacidad y medios suficientes para evitar los delitos citados, al tener capacidad de mando, poder emitir órdenes, sancionar y arrestar a sus subordinados y dar cuenta

¹³⁹⁴ GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NUÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 290 y ss.

¹³⁹⁵ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 252.

de sus actuaciones al mando superior. Todo militar que se encuentre encuadrado, bien *de iure* o *de facto*, en las unidades bajo mando del jefe militar será subordinado suyo, por lo que éste deberá evitar que dichos subordinados cometan los crímenes previstos en el capítulo II, IIbis y III del Título XIV del CP¹³⁹⁶.

Nuestro CP, en relación con los crímenes de guerra, solamente regula delitos de peligro¹³⁹⁷, imputándose el resultado que pueda producirse (homicidio, lesiones, etc.) mediante otro tipo penal a través de un concurso de delitos. En este sentido, la responsabilidad del superior militar solo tiene su origen en la comisión de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, no en los resultados que puedan derivarse de tales comportamientos punibles. Esta técnica legislativa no es la utilizada en el CPM, en donde se tipifican delitos de resultado, como por ejemplo, en el art. 76 en donde se castiga al militar que intencionadamente causare la muerte o lesiones graves de personas protegidas.

Con respecto al aspecto subjetivo del tipo penal, podemos afirmar que se trata de un delito doloso, por lo tanto la conducta omisiva deberá estar regida por un dolo directo, de segundo grado o eventual. El dolo del sujeto activo deberá abarcar el conocimiento de la situación típica, el modo de evitar el resultado (ser consciente de las capacidades y medios de los que dispone para evitar el resultado), la posición de garante que ocupa y la producción del resultado previsto (pudiendo comprenderse tanto un dolo directo como eventual), es decir, la comisión del crimen de guerra

¹³⁹⁶ MARTÍNEZ ALCAÑÍZ, *op. cit.*, p. 252.

¹³⁹⁷ GIL GIL, *Bases, op. cit.*, p. 40.

tipificado¹³⁹⁸. La punibilidad de este tipo de delito es grave, ya que se equipara la pena del autor directo a la del mando militar o jefe militar.

Desde el momento en que la conducta del sujeto activo no sea dolosa, sino que se trate de un comportamiento imprudente grave, se aplicará lo dispuesto en el apartado 2º del art. 615bis del CP, siendo la punibilidad menor al castigarse su comportamiento con la pena inferior en uno o dos grados a la impuesta a los autores del crimen de guerra.

5.2.4. *El apartado 3º del art. 615 bis.*

Este precepto penal (*La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores*) contempla un delito de omisión pura de garante, al igual que el art. 137 del CPM, al no exigirse resultado alguno. Dicho delito debe ser cometido dolosamente, al no caber la imprudencia en el mismo. En este sentido huelga significar que el Anteproyecto de Ley del Régimen Disciplinario de las FAS remitido actualmente al Congreso, castiga disciplinariamente mediante una falta muy grave *ex art. 8.5* el “Omitir por imprudencia la adopción de las medidas a su alcance para evitar o perseguir a infracción por sus subordinados de los deberes establecidos por el derecho internacional aplicable en los conflictos armados”. La sanción prevista para este ilícito disciplinario comprende desde el arresto

¹³⁹⁸ GIL GIL, LACRUZ LÓPEZ, MELENDO PARDOS, NUÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 297.

hasta 60 días, como la separación del servicio o resolución del compromiso con las FAS, sanciones graves para cualquier militar que se precie¹³⁹⁹.

9. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN DELICTIVA.

1. Introducción.

El art. 25.3 del Estatuto recoge distintas formas de participación en las letras b), c) y d): “3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte quien: ... b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

A efectos sistemáticos puede distinguirse por un lado la inducción (letra b) y por otro la cooperación (letras c y d). Como veremos, el encubrimiento no puede entenderse como una forma de participación independiente de las anteriores.

¹³⁹⁹ MARTÍNEZ ALCANÍZ, *op. cit.*, p. 253.

2. La inducción.

En lo que se refiere a la inducción, resulta sumamente problemática su distinción respecto de la autoría mediata, en particular cuando se acepta la posibilidad de que exista un autor mediato con un instrumento penalmente responsable.

Podría pensarse que esta distinción carece de interés en vista de que «la Corte podrá... imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una» pena privativa de libertad por número determinado de años que no exceda de treinta, o reclusión a perpetuidad, y además multa o comiso (art. 77 del Estatuto), debiendo tener en cuenta el Tribunal como criterios que ha de seguir en la individualización de las penas únicamente «factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado» (art. 78.2 del Estatuto). No existe previsión expresa de una atenuación, sea obligatoria sea potestativa, de la pena del partícipe, lo que significa que un partícipe puede ser castigado con la misma pena que el autor. Ahora bien, esta constatación no debe servir para relativizar la importancia de la distinción entre autoría (en particular la mediata, que es la que plantea más problemas de delimitación) e inducción, pues ambas formas de intervención en el delito responden a una naturaleza, estructura y fundamento bien distintos¹⁴⁰⁰. En efecto, aunque la distinción pueda no tener trascendencia en cuanto al marco penal aplicable, sí es relevante en todos los aspectos

¹⁴⁰⁰ BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, op. cit. p. 363, nota nº 79. Por tanto, es rechazable la postura de quienes, como JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4.a ed., Comares, Granada, 1993, p. 630, consideran que al estar igualada la pena del inductor y del autor mediato «no existe razón política criminal alguna para, mediante la figura del «autor detrás del autor», extraer de la inducción los casos más graves».

que se relacionan con la accesoriedad de la participación¹⁴⁰¹, con la tentativa también en la participación¹⁴⁰², etc.

Como veremos, es posible encontrar una interpretación que permita distinguir adecuadamente entre la autoría mediata y la inducción. A la hora de regular la inducción se utilizan tres verbos: ordenar, proponer e inducir (“orders, solicits or induces the commission”).

Algunos autores entienden que el verbo «proponer» se puede reconducir a la proposición a que alude el art. 17 CP¹⁴⁰³. Sin embargo, su inclusión en la letra b) junto a otros dos que de forma indudable se refieren a la inducción, como son “ordenar” e “inducir”, hace que sea preferible entender que no estamos ante el acto preparatorio de la proposición¹⁴⁰⁴, sino ante una incitación seguida de ejecución, por tanto ante una verdadera inducción¹⁴⁰⁵. El verbo utilizado en la versión inglesa, “*to solicité*”, equivale a

¹⁴⁰¹ Ya que en caso de intervención de varias personas en el hecho, si sólo una de ellas es portadora de un elemento de la autoría o de un elemento subjetivo, y no es autora sino partícipe, desaparece la posibilidad de valorar la participación de las demás, por falta de hecho principal.

¹⁴⁰² En el Estatuto no se sancionan las formas de participación intentadas, salvo que puedan encajar en los actos preparatorios punibles (la provocación a cometer el crimen de genocidio), lo que no ocurre con carácter general. Por tanto, la inducción intentada queda impune.

¹⁴⁰³ BUENO ARÚS, F.: “Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela/Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000, p. 120; RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L.: “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000, p. 140.

¹⁴⁰⁴ El proponente es una persona dispuesta a intervenir con actos ejecutivos que busca quien le ayude en la ejecución, no siendo necesario para su punición que haya logrado decidir al invitado a intervenir en la ejecución del delito. Este invitado queda impune, ya que no acepta la proposición. Si la acepta y se ejecuta el delito, proponente e invitado se sancionan como coautores. Si la acepta y no llega a ejecutarse, como conspiradores. El segundo requisito de la proposición es la invitación ejecutiva.

Para que exista proposición no basta invitar a realizar actividades de partícipe, sino que se ha de proponer una conducta de coautor. La invitación debe ser concreta y personal, convincente, precisa y persuasiva, no siendo punible la invitación que no es idónea para decidir al invitado.

¹⁴⁰⁵ Como señala LAURENZO COPELLO, “Hacia la Corte Penal Internacional”, *op. cit.*, p. 53, nota nº 46, aunque «el texto de la letra b) hace pensar que se contempla el acto preparatorio de la proposición delictiva como supuesto distinto a la ejecución... al exigirse en todos los casos el comienzo de ejecución - es decir, la tentativa-, las diferencias desaparecen y ambos comportamientos pueden reconducirse al supuesto único de crear en otro, con eficacia, la voluntad de cometer el crimen».

“*urging, advising, commanding, or otherwise inciting another to commit a crime*”¹⁴⁰⁶, o a “*to entice or incite to evil or illegal action*”¹⁴⁰⁷, esto es, supone indicar a una persona concreta que debe cometer un delito determinado, si bien no es necesario que el crimen llegue a ejecutarse ni que la incitación tenga éxito¹⁴⁰⁸, lo que hace que el concepto expresado por el verbo inglés se aproxime a un entendimiento amplio de la inducción que permite sancionarla sin necesidad de que se haya iniciado la ejecución, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal español. Pero ese entendimiento no puede trasladarse al Estatuto, que exige que se proponga “la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”, esto es, que al menos se haya alcanzado la fase de tentativa, lo que significa que no se ha adoptado el concepto anglosajón de inducción.

En mi opinión, la diferencia entre “ordenar”, por un lado, y “proponer” o “inducir”, por otro, reside en la existencia en el primer caso de una relación de superioridad jerárquica que es utilizada por la persona que ocupa una posición de autoridad para convencer o coaccionar al subordinado para que cometa el delito¹⁴⁰⁹.

Ahora bien, téngase presente que no tiene que tratarse de una estructura formal, como son las Fuerzas Armadas o la policía de un Estado, pues en el Derecho penal internacional se admite que se trate de estructuras informales de mando en las que no existe el deber normativo de obediencia, siempre que estemos ante una organización armada con estructura jerárquica, como una guerrilla. Cuestión distinta es que pueda tratarse de una organización de carácter no militar o paramilitar, sino

¹⁴⁰⁶ BLACK, H. C.: *Black's Law Dictionary*, 7ª ed., St. Paul, West Group, 1999, p. 1398.

¹⁴⁰⁷ *The American Heritage Dictionary of the English language*, 3ª ed., Boston, Houghton Mifflin Company, 1992.

¹⁴⁰⁸ FARALDO CABANA, P. “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el derecho penal español”, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁰⁹ En este sentido vid. entre otros RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Aspectos penales”, *op. cit.*, p. 140, para quien «la orden despliega su eficacia dentro de una estructura de poder organizado y jerarquizado, cuyo ejecutor es el subordinado destinatario (a veces no conocido siquiera por quien imparte el mandato) de la orden».

civil. En la Administración pública existe para los funcionarios un deber de obediencia, hasta el punto de que su cumplimiento se exige bajo amenaza de pena (piénsese en los delitos de desobediencia y denegación de auxilio, por ej.), mientras que en la esfera privada la desobediencia sólo es constitutiva de infracción disciplinaria de naturaleza laboral¹⁴¹⁰. Las empresas modernas se caracterizan por la descentralización y división del trabajo en un sistema de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, pero también por el principio de jerarquía. El art. 5c del Estatuto de los Trabajadores enuncia entre los deberes básicos de los trabajadores “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas”. El deber de obediencia del trabajador manifiesta su dependencia del empresario y es prueba de que la desigualdad entre trabajadores y empresarios no es únicamente una desigualdad socioeconómica, sino también jurídica: el empresario ordena y el trabajador obedece, lo que sin duda lleva a la conclusión de que las relaciones que se establecen entre ellos son jerárquicas y no paritarias o de igualdad. Obediencia jerárquica es la que prestan los subordinados a los superiores en virtud de un reparto legalmente prefijado de competencias, y en este sentido la fuerte implantación burocrática de las organizaciones empresariales las hace sustancialmente idénticas a los entes de la Administración civil y militar.

Recuérdese que en el caso de una organización paramilitar no existe deber legal alguno de obediencia cuyo incumplimiento sea objeto de sanción penal o administrativa, y sin embargo la opinión mayoritaria es favorable a considerarla al nivel de las Fuerzas Armadas, en atención a su estructura jerárquica. Además, aunque en la empresa no pueda afirmarse la existencia de relaciones jerárquicas de la misma naturaleza que las existentes en la Administración Pública, las Fuerzas Armadas o

¹⁴¹⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación* (art. 8, 12.ª CP), Bosch, Barcelona, 1986, pp. 38-39.

estructuras paramilitares, lo cierto es que un deber de obediencia incondicionada no existe en ninguno de estos ámbitos. En conclusión, en mi opinión tanto en el seno de las empresas como de la Administración pública es posible que se dé la modalidad de “ordenar” en el sentido aquí utilizado.

Se ha dicho que la modalidad de «ordenar» debería haberse incluido entre las formas de autoría previstas bajo la letra a), pues en realidad se trataría de un caso de comisión del delito «por medio de otra persona», esto es, de autoría mediata¹⁴¹¹. A mi juicio, si se puede hablar de la existencia de un aparato organizado de poder que es utilizado por el superior en el sentido que hemos visto en el anterior apartado se aplica el apartado a) del citado artículo, mientras que si falta alguna de sus características pero existe una estructura jerárquica en cuyo seno el superior ha dado una orden de contenido delictivo se aplica el apartado b) en la modalidad de acción consistente en «ordenar». Por último, en caso de que no exista la mencionada estructura jerárquica o de que el superior actúe al margen de ella en el caso concreto¹⁴¹² es de aplicación el apartado b) en las modalidades de «proponer» o «inducir».

Por su parte, parece que no es posible encontrar una diferencia relevante entre “proponer” e “inducir”¹⁴¹³.

En efecto, la exigencia típica de que se haya iniciado la ejecución del hecho principal impide que distingamos entre la proposición como la incitación a un hecho que no llega a alcanzar la fase de ejecución y la inducción como incitación a un hecho

¹⁴¹¹ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Aspectos penales”, *op. cit.*, p. 140.

¹⁴¹² Piénsese que en el concepto de «superior» se incluyen líderes políticos y de negocios y autoridades públicas de carácter civil. *Vid.* FENRICK, W. J.: “Article 28. Responsibility of Commanders and Other Superiors” en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 521.

¹⁴¹³ FARALDO CABANA, “Formas de autoría y participación en el Estatuto...”, *op. cit.*, p. 49

que llega al menos a la fase de tentativa, mientras que tampoco es posible efectuar la distinción señalando que el proponente está dispuesto a intervenir en el hecho con actos ejecutivos y el inductor no, pues si así fuera el proponente debería ser castigado como coautor, ya que se ha iniciado la fase de ejecución, y no como partícipe.

Cuestión distinta, y que por razones de espacio no se puede tratar aquí, es la problemática distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución en el Estatuto de Roma, pues el art. 25.3 f) define el comienzo de la ejecución como la realización de “actos que supongan un paso importante” para la ejecución del crimen, lo que introduce un criterio valorativo notablemente difuso.

A la hora de determinar cuándo empieza la fase de ejecución del delito he de advertir que a mi juicio es también la de realización del delito, pues en esta delimitación subyace una pretendida diferencia entre los actos de ejecución y los actos típicos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado la dificultad de encontrar en la práctica un criterio seguro de distinción entre acciones preparatorias y ejecutivas, aportando distintas teorías con el fin de determinar qué debe entenderse por «principio de ejecución»¹⁴¹⁴. Para un sector doctrinal, el límite mínimo que señala el inicio de la ejecución del delito se sitúa ya en los actos que, no siendo típicos, se encuentran estrechamente unidos a la acción típica sin acciones intermedias esenciales¹⁴¹⁵.

¹⁴¹⁴ Ampliamente, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 137 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría, op. cit.*, pp. 221-225; SOLÁ RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 144 y ss. Téngase en cuenta que el precepto transcrito coincide de modo casi textual con la regla referente al comienzo de la tentativa que contenía el art. 3 CP de 1944/73, razón por la cual siguen teniendo vigencia las tesis mantenidas en relación con el anterior texto punitivo. La única diferencia es el uso del término «sujeto» donde antes se empleaba la expresión «culpable».

¹⁴¹⁵ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito, op. cit.*, p. 230. Se trata de una reformulación de la teoría objetivo-material según la cual «son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya». Mantiene esta posición MUÑOZ CONDE, F.: “Problemas de autoría y participación...”, *op. cit.*, p. 68, que trata la cuestión en el marco de

Me parece preferible, sin embargo, no considerar que se inicia la ejecución del delito (con las consecuencias sancionadoras que ello conlleva, puesto que la tentativa es ya punible, mientras que los actos preparatorios sólo lo son excepcionalmente en el delito de genocidio) con un acto previo a la realización de la conducta típica, por más que aparezca pre ordenado a la consumación del delito¹⁴¹⁶. Las acciones típicas componen la conducta propia de cada figura delictiva, esto es, son las descritas por el tipo cuando es de mera actividad o de resultado con medios determinados de acción, debiendo delimitarse mediante la interpretación y a la vista de un hecho concreto si éste es subsumible o no en el concepto de acción típica¹⁴¹⁷, mientras que en los delitos puros de resultado son acciones típicas las que de forma directa, es decir, no a través de la aportación de un tercero, lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido¹⁴¹⁸. Con el fin de determinar la proximidad o lejanía de las acciones que se examinan con respecto a la consumación se puede atender, como elemento de ayuda o indicio, a la representación que tiene el autor del hecho, teniendo siempre en cuenta, en cualquier caso, que el legislador suele conceder más relevancia a los aspectos objetivos del hecho, sin que por ello deba negarse de principio la importancia que tiene el plan del autor

la discusión acerca de la calificación de la aportación del organizador o jefe de la banda como acto preparatorio o de ejecución. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, *op. cit.* pp. 105-106. Ampliamente en torno a la distinción entre acciones típicas y acciones ejecutivas, siempre desde esta perspectiva, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 491 y ss.

¹⁴¹⁶ En este sentido, ampliamente, SOLÁ RECHE, “La llamada “tentativa inidónea”, *op. cit.*, pp. 147-148, con bibliografía.

¹⁴¹⁷ CERESO MIR, J.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, p. 17, entre otros.

¹⁴¹⁸ Acerca de qué se puede considerar acción típica en los delitos puros de resultado, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, *op. cit.*, pp. 445-484, quien analiza detenidamente si la teoría de la imputación objetiva ofrece una vía de solución para determinar la relación de autoría en estos delitos, o si puede afirmarse que la aportación del coautor es la que determina objetiva y positivamente el desarrollo del suceso, para terminar concluyendo que en los delitos puros de resultado la aportación del coautor debe presentar una capacidad lesiva directa (mediata o inmediata) siquiera parcial respecto al bien jurídico protegido penalmente. Su detallada explicación me parece completamente convincente, y es la adoptada en el texto.

para ayudar a delimitar la tentativa, y por tanto el inicio de la ejecución del delito, de los actos preparatorios que no suponen dicho inicio¹⁴¹⁹.

Con este entendimiento del inicio de la fase de ejecución del delito no es posible diferenciar entre acciones ejecutivas y acciones típicas, distinción que es admisible únicamente si se considera que el inicio de la punibilidad por tentativa puede tener lugar cuando se llevan a cabo actos anteriores a la realización de la acción típica.

3. La cooperación.

No se distingue según la cooperación sea necesaria o no, esto es, no existen las categorías de cooperación necesaria y complicidad, salvo que procedamos a distinguir la cooperación de la colaboración al modo en que lo hace GÓMEZ BENÍTEZ¹⁴²⁰, equiparando al primero con nuestro cooperador necesario y al segundo con nuestro cómplice, con base en la diferencia que encuentra en la dicción del art. 25.3 c) del Estatuto entre el cooperador y el que «colabora de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión».

En el Estatuto no se ha acogido la exigencia de que la cooperación sea “directa y sustancial” que contenía el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

Respecto de qué se entiende por cooperación a efectos del Estatuto se opta por un concepto amplio, que incluye tanto los actos de colaboración en la fase preparatoria

¹⁴¹⁹ FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 231; SOLÁ RECHE, “La llamada “tentativa inidónea”, *op. cit.*, p. 149. En el mismo sentido, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, *op.cit.*, pp. 347-348, números 56-58.

¹⁴²⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, “La parte general”, *op. cit.*, marginales 1036-1037.

como en la fase ejecutiva. Es objeto de debate si se debe entender que acoge también los actos de colaboración en la fase postdelictiva, como ocurre en los sistemas legales estadounidense e inglés.

En el caso Tadic, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia declaró que la complicidad involucraba “apoyar la actual comisión antes, durante, o después del incidente”¹⁴²¹. Interesa delimitar los límites inferior y superior del concepto, esto es, qué no es ya cooperación y qué pasa a ser autoría.

En lo que respecta al mínimo necesario para poder hablar de cooperación, parece claro que la mera presencia en la escena del crimen no debe dar lugar a responsabilidad penal, salvo que exista un deber de intervenir en su evitación¹⁴²².

La doctrina se encuentra totalmente dividida ante el tema de la participación por omisión en las modalidades de cooperación necesaria o complicidad, especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido mediante acción por otro sujeto. La delimitación entre autoría y participación en las omisiones constituye uno de los problemas más oscuros de la teoría de la participación.

En España, siguiendo la doctrina alemana, se mantienen fundamentalmente tres posiciones que de forma sintética expongo a continuación.

— Un primer sector entiende que cuando hay posición de garante no cabe distinguir entre autoría y participación, sino que en la comisión por omisión hay sólo

¹⁴²¹ *Prosecutor v. Tadic* (Case IT 94-I-AR72), Decisión de la Sala de Juicio, 7 de mayo de 1997, nota 78, para. 692.

¹⁴²² SCHABAS, “Principios generales de derecho penal”, *op. cit.*, pp. 289-290.

autoría, de modo que todo el que es garante responde, si se lesiona o pone en peligro el bien jurídico, como autor en comisión por omisión aunque el hecho haya sido cometido activamente por otro sujeto y éste también sea autor del mismo¹⁴²³. De esta forma, el garante omitente es siempre autor, pero puede haber una cooperación por omisión del no garante en un delito doloso comisivo¹⁴²⁴. Esta tesis implica la irrelevancia de consideraciones acerca del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión¹⁴²⁵.

— Otro sector doctrinal opina, por el contrario, que sí cabe cooperación por omisión del garante, pues cuando dicho garante no impide la comisión activa del hecho por otra persona, es ésta quien tiene el dominio del hecho necesario para la autoría mientras que el omitente garante carece de él, razón por la cual es únicamente un partícipe¹⁴²⁶. De esta forma, este sector considera que habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural con la comisión, y participación en comisión por omisión en dos situaciones: «cuando al sujeto, pese a asumir el control de un riesgo que se realizará de modo inmediato en un resultado típico de la Parte Especial, le faltan las condiciones especiales de autoría o el tipo no es susceptible de ser cometido por omisión; y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva

¹⁴²³ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Parte general, op. cit.*, pp. 451-452; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Parte General, op. cit.*, pp. 322-323.

¹⁴²⁴ En este sentido, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/HUERTA TOCILDO, *Parte General, op. cit.*, pp. 546 y 590 y ss. Probablemente también CEREZO MIR, J. “Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal”, en CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 345-346.

¹⁴²⁵ En contra, vid. por todos CUERZA RIEZU, A.: “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I)”, *op. cit.* p. 513, que ofrece argumentos de justicia material.

¹⁴²⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO en RODRÍGUEZ MOURULLO/CÓRDOBA RODA, *Comentarios, I, op. cit.*, pp. 892-893; HUERTA TOCILDO, S.: “Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”, en *RFUDCM*, nº 68, 1983, pp. 43 y ss.

de un sujeto que en el caso concreto obra como partícipe, sea inductor, cooperador necesario o cómplice¹⁴²⁷. Esta es la postura mayoritaria en Alemania.

— Por último, una posición intermedia sostiene que si el que omite impedir la comisión activa de un delito de resultado por otro es garante, siempre será autor del delito en comisión por omisión sin que se distinga, pues, entre autoría y participación. Coincide hasta aquí con la primera posición que apuntaba, de la que se diferencia al considerar que cabe acudir a la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución o cualidades especiales en el autor, o requisitos adicionales subjetivos u objetivos, el garante omitente no puede ser considerado autor. Por tanto, el sujeto en comisión por omisión será partícipe y no autor cuando el hecho típico que no ha impedido no se pueda realizar por omisión¹⁴²⁸.

Personalmente FARALDO CABANA considera preferible la tesis que admite la participación omisiva debido a que a la “colaboración” que menciona el Estatuto puede dársele un significado amplio, comprensivo del hacer y del omitir, de la actividad psíquica y de la material¹⁴²⁹.

En lo que respecta a la distinción entre autoría y participación en comisión por omisión entiendo que la no evitación de un delito de acción puede dar lugar a una u otra según los casos: habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural en el plano normativo y material con la comisión activa a título de autor, y

¹⁴²⁷ CUERDA RIEZU, “Estructura...”, *op. cit.*, pp. 512-513. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y forma de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario”, en *CPC*, nº 38, 1987, p. 397.

¹⁴²⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, p. 608; HUERTA TOCILDO, S.: «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en HUERTA TOCILDO, S.: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 59.

¹⁴²⁹ FARALDO CABANA, “Formas de autoría y participación en el Estatuto...”, *op. cit.*, p. 54.

participación en comisión por omisión cuando dicha identidad estructural se establece no con la realización activa de un tipo de la Parte especial, sino con el tipo del partícipe¹⁴³⁰.

Ahora bien, partiendo ya de la tesis que afirma la posibilidad de participación omisiva, debemos cuestionarnos si es correcto hacer descansar su fundamentación en la posición de garante, convertida en criterio básico de distinción entre dicha participación y la simple omisión pura. Se trata de determinar cuándo hay equivalencia entre la conducta omisiva y la activa en orden a la participación. La participación consiste en facilitar al autor la comisión del delito y, como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA¹⁴³¹, “para poder hablar de participación en comisión por omisión, tendrá que ocurrir que la propia omisión facilite, elimine obstáculos a la comisión del delito... facilitación o eliminación de obstáculos no es lo mismo que no interposición de obstáculos, igual que, refiriéndonos a conductas de autoría, no es igual creación o aumento decisivo y determinante del riesgo que no evitación del riesgo o dejar que el riesgo siga su curso”. Siguiendo el mismo criterio utilizado a la hora de analizar la comisión por omisión, no fundamento la participación omisiva únicamente en la posición de garante, sino que se ha de comprobar que la “omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando —o contribuyendo a aumentar— en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro... puede haber circunstancias en las que la pasividad o, en cualquier caso (aunque sea realizando otra actividad), la omisión de una actividad de impedir el delito

¹⁴³⁰ SILVA SÁNCHEZ, “Aspectos de la comisión por omisión”, *op. cit.*, pp. 373 (sobre la aceptación del fundamento de la equivalencia en la doctrina española) y 388 y ss.; del mismo autor, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 223 y ss. En el mismo sentido, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, “Recensión al libro de Enrique Bacigalupo”, *op. cit.*, p. 726; LUZÓN PEÑA, “La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS”, en LUZÓN PEÑA, D.-M., *op. cit.*, p. 235.

¹⁴³¹ DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, M.: “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión”, en *Poder Judicial*, nº 24, 1991, p. 210. La jurisprudencia alemana ha apreciado en ocasiones complicidad omisiva en casos en que el sujeto, si bien no podía haber impedido el hecho principal delictivo, sí lo podía haber dificultado y no obstante ello no intervino. La fundamentación que se ofrece es que el no dificultar el hecho por parte de un garante equivale a su favorecimiento activo.

favorezca, haga más fácil, la comisión de éste por el autor, y en tal caso será algo más que omisión propia (de impedir delitos) y constituirá cooperación mediante omisión”¹⁴³². Además de esta eficacia de la omisión en orden a la ejecución del hecho, deberá tenerse en cuenta al menos otros dos requisitos cuya concurrencia permitirá considerar la omisión como participación (cooperación necesaria o complicidad)¹⁴³³. En primer lugar, un específico deber jurídico de impedir la comisión del delito “que coloque al obligado en la posición de garante y cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad criminal por el resultado no impedido”¹⁴³⁴. En segundo lugar, la voluntad de facilitar la ejecución, ya que la participación requiere como elemento subjetivo que la voluntad del partícipe se dirija a contribuir a la realización del hecho principal, aunque no se considera necesario un acuerdo con el autor. De otra forma no sería posible hablar de participación omisiva, sino de mera inercia no constitutiva de una participación del sujeto en la comisión del delito, que le era desconocida.

Por lo que se refiere a la delimitación entre la cooperación y la autoría presenta particulares problemas la coautoría, ya que con la tesis del dominio funcional del hecho se admite que sea coautor el organizador, lo que obliga a diferenciar bien este caso del supuesto del cooperador que sólo interviene en la fase preparatoria. Pues bien, a mi juicio las aportaciones de los coautores deben producirse o actualizarse en la fase de ejecución del hecho, no en la fase preparatoria¹⁴³⁵, aunque no tienen por qué

¹⁴³² LUZÓN PEÑA, “Participación por omisión”, *op. cit.*, p. 549. A esta posición se adhiere DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, “Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión”, *op. cit.*, pp. 208 y ss.

¹⁴³³ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, I, op. cit.*, pp. 892-893.

¹⁴³⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios, I, op. cit.*, pp. 892-893. En el mismo sentido vid. HUERTA TOCILDO, “Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos”, *op. cit.*, p. 249; LUZÓN PEÑA, “Participación por omisión”, *op. cit.*, p. 535; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código Penal, op. cit.*, p. 402.

¹⁴³⁵ En este sentido se ha manifestado un destacado sector de la doctrina española. *Vid.* por todos, CEREZO MIR, *Problemas, op. cit.*, pp. 176-177; GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, *op. cit.*, pp. 110-114; GÓMEZ RIVERO, “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y de la participación”, en *La Ley*, 1996-I, p. 1627; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor, op. cit.*, pp. 372-375. Por su parte, MUÑOZ CONDE,

materializarse en la ejecución directo-corporal de acciones típicas, de forma que merece la consideración de coautor quien contribuye al delito de forma esencial en su fase de ejecución, es decir, quien ostente un dominio funcional del hecho. Esto, aplicado al supuesto que nos ocupa, supone que el organizador sólo podría ser considerado coautor cuando “sigue dirigiendo” la realización del hecho, aun cuando no llegue a realizar acciones de “ejecución” en sentido objetivo-formal..., por lo que su dominio funcional del hecho queda actualizado en la fase de ejecución, y no existiría inconveniente teórico ninguno para incardinarle, por tanto, entre los coautores. Pero si la labor de “organización” no se ha actualizado ni siquiera como “dirección de la ejecución”, es preciso seguir restringiendo el ámbito de la coautoría, de manera que no termine confluyendo en la genérica imputación del hecho a título de coautor al mero “organizador-preparador”, es decir, a quien realiza actos preparatorios¹⁴³⁶. En efecto, no es suficiente el acuerdo previo o la organización en la fase preparatoria para afirmar que el hombre de atrás posee ya el dominio funcional del hecho que da lugar a la coautoría. “No puede decirse que alguien que sólo ha actuado preparando el hecho pueda “dominar” realmente su transcurso. Por el contrario, dicho “preparador” depende para la realización del hecho de la iniciativa, las decisiones y la confirmación del hecho del que actúa directamente, si es que éste actúa libre e independientemente”¹⁴³⁷.

F.: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, *op. cit.*, p. 156, sostiene que cabe coautoría no ejecutiva, por lo que la coautoría sirve a su juicio para dar respuesta adecuada a los casos de dominio por organización; sin embargo, más adelante reconoce que la admisión de la coautoría no ejecutiva choca con la figura del cooperador necesario (p. 158); del mismo autor, “¿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 organizada y empresarial?”, *op. cit.* pp. 519-522.

¹⁴³⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, “El dominio del hecho”, *op. cit.*, p. 112. Parece asumir este criterio FERRÉ OLIVÉ, “Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada”, *op. cit.*, p. 97, cuando afirma «que se podrá considerar coautor cuando se constate una aportación de tal magnitud que, pese a no actuar, se entienda que el jefe de la organización domina funcionalmente el hecho». Esto es, el hombre de atrás podrá llegar a ser coautor aunque no realice actos ejecutivos.

¹⁴³⁷ FARALDO CABANA, “Formas de autoría y participación en el Estatuto...”, *op. cit.*, p. 56.

Desde este punto de vista no es aceptable la postura de quienes, como WELZEL¹⁴³⁸, afirman la coautoría entre el subordinado y el superior siempre que por parte de éste tenga lugar una actividad de planificación y organización en la fase preparatoria de tal entidad que compense «el minus de coparticipación objetiva en la realización típica»¹⁴³⁹. Para este sector doctrinal, en fin, parece bastar con esa contribución previa a la ejecución para afirmar la coautoría, cuando lo cierto es que el hombre de atrás ha de actualizar su función dirigente en fase ejecutiva, sin lo cual no puede decirse que domine funcionalmente el hecho ni, por lo tanto, que sea coautor del mismo.

Esta discusión ha tenido especial intensidad en Alemania en torno a la calificación jurídica del “jefe de la banda”¹⁴⁴⁰. Sin embargo, no es lo mismo un grupo de individuos que se juntan para cometer delitos sin una firme estructura, que eligen a uno como jefe del grupo por su capacidad para planificar y organizar la comisión de hechos delictivos, que un aparato organizado de poder, pues es imposible afirmar sus características, empezando ya por la fungibilidad de sus miembros¹⁴⁴¹.

Por tanto, es posible admitir la coautoría del jefe de la banda que actualiza en la fase ejecutiva la contribución al hecho realizada en la fase preparatoria, y sin embargo negar que quien desde la cúspide de un aparato organizado de poder planifica y ordena la ejecución de un delito por alguno de los miembros de la organización sea coautor con él del delito cometido en cumplimiento de sus órdenes. Piénsese que en los casos que nos ocupan el hombre de atrás que da las órdenes generalmente no actualiza su

¹⁴³⁸ *Ibid.*

¹⁴³⁹ *Ibid.* p. 57

¹⁴⁴⁰ *Vid.* PÉREZ ALONSO, *La coautoría, op. cit.*, pp. 231-235, quien hace un excelente resumen de las opiniones defendidas a este respecto tanto en la doctrina española como en la alemana.

¹⁴⁴¹ ROXIN, C.: *Autoría, op. cit.* En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO *La Autoría en Derecho penal, op. cit.*, p. 647; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata, op. cit.*, pp. 257 y ss, y 273 y ss.; PÉREZ ALONSO, *La coautoría, op. cit.*, pp. 231 y ss.

función de dirigente en la fase de ejecución, pues delega en los escalones inferiores de la organización, con lo que será difícil atribuirle el dominio funcional del hecho conjuntamente con el ejecutor, a lo que se añade, como hemos visto, que puede ser imposible constatar la concurrencia del acuerdo común, pues en múltiples ocasiones más que de un acuerdo se trata del cumplimiento de una orden que llega al ejecutor a través de una cadena de sujetos procedente de un superior al que ni siquiera conoce más que por su cargo o funciones.

A ello se añade que si no se exige en la coautoría que la aportación de los coautores se actualice o tenga lugar en la fase de ejecución del delito, los actos de planificación de quienes sólo intervienen en la fase preparatoria deberían suponer inicio de la ejecución, lo que sería incorrecto, ya que resulta contradictorio afirmar que no intervienen en la fase de ejecución y sin embargo considerar que su actuación constituye inicio de la tentativa, produciéndose un notable adelantamiento de la punibilidad por las formas de ejecución imperfecta, además de no ser coherente con la defensa del principio de accesoriadad cuantitativa¹⁴⁴². Al tratarse de actos preparatorios, el inicio de la punibilidad por la tentativa tiene lugar para todos los intervinientes (esto es, tanto para el que sólo participa en la fase preparatoria como para los demás) cuando el autor o uno de los coautores inicia la fase de ejecución, lo que pone de relieve la distinta contribución al hecho de unos y otros y la incorrección que se produce al considerar coautor a quien únicamente interviene en la fase de preparación del delito sin actualizar su función durante su ejecución.

El art. 25.3 d) del Estatuto tipifica la contribución a la comisión o tentativa de comisión de un crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

¹⁴⁴² GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., pp. 423-424.

Según algunos autores se trata de “la contribución intencional a un crimen colectivo, que es algo más que una conspiración puesto que se contribuye a los actos de ejecución (comisión o tentativa de comisión) realizados por un grupo de personas (crimen colectivo) que tengan una finalidad común”¹⁴⁴³. No sería más que otra forma de cooperación.

Para otros se trata de la «*conspiracy*» del Derecho anglosajón¹⁴⁴⁴, aunque lo cierto es que la utilización del término «conspiración» fue expresamente rechazada durante las discusiones¹⁴⁴⁵ y que la expresa exigencia de que el grupo haya comenzado la fase ejecutiva impide que se configure como un acto preparatorio¹⁴⁴⁶. Téngase presente que la “conspiracy” se caracteriza en el Derecho anglosajón por suponer el castigo del mero acuerdo, prescindiendo de que exista o no una organización estable y de que los delitos programados lleguen a ejecutarse o no¹⁴⁴⁷.

En mi opinión nos encontramos ante una forma de participación en el delito que no se diferencia de las tradicionales más que en el hecho de que se contribuye a la comisión de un crimen colectivo.

¹⁴⁴³ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, “Aspectos penales”, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴⁴⁴ La «conspiracy» se regula en el Derecho anglosajón en la Criminal Law Act de 1977, posteriormente modificada por la Criminal Attempts Act de 1981. Se define en el art. 1 de la forma siguiente: «sin perjuicio de las ulteriores previsiones de esta parte del Act, si una persona se pone de acuerdo con cualquier otra para seguir una línea de conducta que, si el acuerdo se ejecutase según sus intenciones, o a) necesariamente incluiría o comportaría la comisión de un delito por parte de uno o más de los partícipes, o bien b) alcanzaría tal fin si no fuera por la existencia de hechos que hacen imposible la comisión del delito o de los delitos, esa es culpable de conspiracy por cometer el delito o los delitos en cuestión». Sobre este concepto, vid. TESSUTO, G.: *Discorso giuridico e repertorio lessicale del diritto penale di common law*, G. Giappichelli, Torino, 2001, pp. 189-192.

¹⁴⁴⁵ Para la historia del proyecto, vid. el Informe del Comité ad hoc para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50ª Sesión, Suplemento, nº 22/A/50/22, Anexo II, p. 59.

¹⁴⁴⁶ LAURENZO COPELLO, “Hacia la Corte Penal Internacional”, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴⁴⁷ CADOPPI, A.: «La conspiracy nel Diritto inglese. Un interessante esempio di trasmutazione di un istituto dalla parte speciale alla parte generale», en FORNASARI, G. (a cura di): *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di Diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002, p. 162.

Ahora bien, la peculiar estructura comisiva de estos crímenes puede suponer que actos individuales que suponen una ínfima contribución al hecho, y que quizás en un delito de otra naturaleza no serían relevantes, alcancen aquí relevancia y superen la frontera de la punibilidad de los actos de cooperación al delito, por supuesto siempre que se constate la presencia del dolo de contribuir a la finalidad común¹⁴⁴⁸.

4. El encubrimiento.

Respecto del encubrimiento, téngase en cuenta que ha sido el término elegido para traducir “*abet*”, concepto procedente del “*common law*” cuyo significado en español no resulta nada claro. Según el diccionario que se utilice puede significar “instigar, incitar, prestar apoyo en un delito”¹⁴⁴⁹, o «cooperar en la comisión de un delito»¹⁴⁵⁰.

Si se analiza el origen del término las cosas se aclaran un poco. Etimológicamente procede del francés antiguo, “*à bet*”, que significa “provocar o excitar”. En el inglés actual predomina también ese sentido¹⁴⁵¹, si bien en el lenguaje jurídico hemos de tener presente que “*abetting*” no puede ser equiparado sin más a la inducción, pues guarda significativas diferencias con ella. En particular, incluye tanto la conducta de quien hace nacer en otro la resolución delictiva (inducción, en nuestra

¹⁴⁴⁸ FARALDO CABANA, “Formas de autoría y participación en el Estatuto...”, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁴⁹ TENA CALVO, J. A.: *Diccionario de expresiones y términos de interés policial y criminalístico*.

Inglés-español. Español-inglés, Tecnos, Madrid, 2002, p. 21.

¹⁴⁵⁰ *Diccionario Espasa de términos jurídicos. Español-inglés. English-spanish*, Espasa, Madrid, 2002.

¹⁴⁵¹ Según el diccionario etimológico, «*abet*» tiene los siguientes significados: «1. To urge on, stimulate (a person to do something. Obs. 2. esp. in a bad sense: To incite, instigate, or encourage (a person, to commit an offence (obs.), or in a crime or offence). In legal and general use. 3. To support, countenance, maintain, uphold, any cause, opinion, or action. Obs. in a good sense. 4. esp. in a bad sense: To encourage, instigate, countenance a crime or offence, or anything disapproved of. 5. To back up one's forecast of a doubtful issue, by steaking money, etc.: to bet. Obs.». Los números 1, 3 y 5 son antiguos. El 1 se usó hasta 1587, el 3 hasta 1725 y el 5 hasta 1630. Por su parte, según el Compact Oxford English Dictionary, «*to abet*» significa «*instigation, aid or encouragement*».

terminología) como la de quien se limita a dar ánimo y apoyo moral al autor ya previamente decidido a la comisión del crimen (cooperación psíquica)¹⁴⁵².

En cualquier caso, resulta obvio que no se trata del encubrimiento como forma de intervención postdelictiva que conoció el Ordenamiento español, lo que se confirma al comprobar que el precepto habla de encubridor para referirse a un sujeto que ha de tener “el propósito de facilitar la comisión” del crimen, a lo que se añade que la cláusula de cierre alude a quien “colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen”. Teniendo en cuenta su origen, no cabe sino concluir que se trata en realidad de una forma de inducción que debería haberse incluido en la letra b), no de una forma de cooperación equivalente a las contempladas en la letra c).

¹⁴⁵² FARALDO CABANA, “Formas de autoría y participación en el Estatuto...”, *op. cit.*, p. 60.

CONCLUSIONES.

I.

Durante las últimas décadas ha podido ir observándose la secular dualidad ontologismo/normativismo que ha inspirado el inicio de la discusión de la cuestión receptora de teorías contrapuestas que, o bien encuentran la clave de la delimitación entre autores y partícipes en la naturaleza misma de las cosas, o bien aseguran las diversas manifestaciones mediante estrictas creaciones valorativas.

Hecho el análisis de algunas de las distintas orientaciones formuladas en el campo de la teoría del dominio del hecho, es preciso señalar, en primer término, que existe un elemento común entre las teorías material y formal objetivas que consiste en rechazar el criterio exclusivamente subjetivo de la voluntad del autor para distinguir entre coautor y partícipe. De esta manera, se rechaza todo intento de definir el criterio material de autor a partir de apreciaciones unilateralmente subjetivas basadas en la identificación de *animus* o intereses especiales, cuyas consecuencias conducen a soluciones injustas. El problema principal de esta teoría subjetiva radica en la falta de relevancia que se le concede a la realización típica.

En segundo término, debe afirmarse que el concepto material de autor debe ajustarse a la concepción de lo injusto prevista por el Código Penal. De esta manera, si la ley penal vigente demanda la presencia de elementos objetivos y subjetivos en el tipo de injusto de los delitos dolosos, entonces aquellas teorías que apoyen sus criterios en la mera puesta en peligro, la creación o el aumento de riesgo para el bien jurídico, esto es, en el mero desvalor del resultado, no resultarían adecuadas para fundamentar

correctamente un criterio material de autor. Como decía WELZEL, “lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es sólo antijurídica como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho objetivo, la actitud en que lo cometió, los deberes que le obligan a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referida a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal.”

Así las cosas, la autoría aparece como un elemento del tipo penal, es decir, el tipo contiene la descripción de la lesión del bien jurídico que se concretiza en la descripción de la acción típica, el objeto y el sujeto del hecho. *Precisamente, será el sujeto de la acción descrita en la norma penal la que debe servir de base, junto con los restantes elementos que caracterizan al desvalor del acto, para configurar la autoría.* De esta manera el tipo penal se transforma en el límite normativo dentro del cual se debe desarrollar una teoría de la autoría.

Esta elección acarrea consecuencias importantes para el desarrollo de una teoría de autor plausible.

En primer lugar, no cabe tener en cuenta para la determinación de un concepto de autor aquellos criterios que se fundamentan en la necesidad y el merecimiento de pena. Esta clase de criterios orientados en la necesidad y el merecimiento de la pena resultan por sí solos insuficientes para fundamentar un criterio de autor. Sin ánimo de realizar un análisis pormenorizado de cada una de las corrientes doctrinales que incorporan dichos criterios normativos orientados en la aplicación de pena, lo cual

justificaría por si solo un tratamiento independiente, es importante señalar que dichas teorías, como ya lo ha hecho notar el propio ROXIN, pueden conducir a resultados satisfactorios, pero en puridad revelan una ausencia de método.

Tampoco resulta atendible la postura basada en la idea de la perentoriedad de las normas que regulan la autoría, la inducción y la complicidad. Según esto, la perentoriedad más grave se ubica en la norma de conducta que regula la autoría, mientras que las restantes normas de conducta de la participación en la idea de que el deber de conducta impuesto al autor representa una “muralla” relativamente sólida para el objeto del bien jurídico. Sin embargo, lleva razón ROXIN cuando critica a este criterio de delimitación entre autor y partícipe basado en que el comportamiento no ajustado a Derecho no se encuentra en mayor o menor medida prohibido, sino que directamente está prohibido, mientras que lo único que oscila es la medida de la sanción aplicable al caso. En la práctica esta diferenciación de normas de conducta a partir de la amenaza de pena no sirve como elemento material idóneo para delimitar la autoría de la participación, máxime cuando la ley penal reserva por lo general idéntica sanción formal a la conducta del autor y a la inducción. Una exposición similar esboza GIMBERNAT ORDEIG al criticar el fundamento de la mayor reprochabilidad del que ejecuta el hecho sostenida por la teoría objetivo formal. En definitiva, tener en cuenta la amenaza de pena o la mayor reprochabilidad del autor no sirven por si solos como criterios válidos para delimitar la autoría de la participación. La influencia de circunstancias de agravación de la pena en el juicio de reprochabilidad demuestran que este criterio no resulta suficiente para cumplir con aquél propósito.

Sentadas las bases anteriormente expuestas mi punto de partida será el concepto de autor asumiendo la teoría del dominio del hecho. Para ello, haré una

valoración crítica de las propuestas de la teoría objetivo-formal, así como de las propuestas desarrolladas a partir de la teoría del dominio del hecho, para finalizar con la adopción de la teoría del dominio del hecho y particularmente su asunción en el dominio de organización como supuesto específico del dominio de la voluntad de la tesis de Roxin y su compatibilidad con la figura de la autoría mediata.

Sabido es que las críticas dirigidas contra la teoría objetivo-formal pueden resumirse, básicamente, en tres: a) las dificultades para dar una explicación satisfactoria a la consideración del autor mediato como autor; b) la aproximación del concepto de autor, en los delitos de resultado, a un entendimiento extensivo del mismo; c) las dificultades con las que tropieza para justificar la coautoría cuando alguno de los intervinientes no ejecuta en sentido estricto.

- a) Con respecto a la explicación de la autoría mediata, tradicionalmente, al igual que –según lo visto- sucediera en Alemania, también en nuestro país esta crítica se ha considerado el escollo en el que pretendidamente encallan las teorías objetivo-formales. Y ello por cuanto esta figura –actualmente prevista en el art. 28.1 CP-, implica que el llamado “autor mediato” lleva a cabo la acción ejecutiva a través del instrumento de modo que –se dice- no realiza directamente la acción ejecutiva. Entre los autores inscribibles en la teoría objetivo-formal, no se ha dado una respuesta unánime, o se ha tratado de superar esta crítica desde dos perspectivas: La primera de ellas es la que, en nuestro país, adopta la llamada teoría objetivo-formal originaria y que, defiende la compatibilidad de la autoría mediata y la ejecución directa partiendo del concepto legal de tentativa y una segunda postura sería sostenida por los representantes de la llamada variante “moderna” de la teoría objetivo formal, de modo que los mismos asumen las críticas dirigidas

a la teoría objetivo-formal clásica en Alemania y tratan de encontrar vías alternativas para justificar la autoría mediata desde la propuesta según la cual, la conducta del autor es aquella directamente subsumible en el tipo de la parte especial. Concretamente, al decir de GIMBERNAT, en los delitos de resultado "... se presenta la posibilidad de incluir directamente en la figura delictiva algunos supuestos de autoría mediata". Es decir, -en su opinión,- aunque el autor mediato no ejecute, su conducta es directamente subsumible en el tipo de la parte especial. Al propio tiempo, el citado autor no obviaba las dificultades que plantean los delitos de resultado y, a la vista de todo ello, optó por apoyarse en la teoría del dominio del hecho para determinar si cierta conducta es o no de autoría mediata, habida cuenta que -en su opinión-, es "una imagen, un criterio plástico... (...) probablemente es el mejor del que haya dispuesto nunca la dogmática penal.

- b) Con respecto a la crítica que objeta las dificultades con las que tropieza la teoría objetivo-formal en los delitos de resultado, de modo que en los mismos parece producirse una aproximación del concepto de autor, a un entendimiento extensivo, debe aclararse que dicha objeción trae causa en los inconvenientes que se plantean para delimitar el comienzo de la ejecución en los delitos resultativos. Suele indicarse que, frente a los delitos de mera actividad, en los que la conducta aparece descrita, los delitos de resultado -o "tipos resultativos"-, adolecen de una descripción de los medios típicos de causación del resultado prohibido. En consecuencia, la interpretación conforme a la teoría objetivo-formal no ofrece ningún criterio para distinguir entre autoría y causalidad, de modo que conduciría a declarar autor a toda persona que hubiera contribuido causalmente a producir el resultado con algún acto ejecutivo aunque el mismo no sea típico. De ahí

que se concluya comparando la situación que origina este concepto de autor con la que derivaba del concepto extensivo del mismo. A la vista de esta supuesta consecuencia de la teoría objetivo-formal, MIR PUIG concluye afirmando que dicha teoría "... resulta ilimitada en los delitos meramente resultativos y excesivamente limitada, en cambio, en los delitos de medios determinados".

- c) En tercer lugar, se critica la imposibilidad de explicar todos los casos de coautoría desde la perspectiva objetivo-formal sobre todo en el conocido supuesto en que un coautor –generalmente el “jefe de la banda”-, no llegue a realizar actos de ejecución en sentido objetivo-formal. Se ha objetado desde un sector de las teorías objetivo-materiales que esta teoría se limita a ofrecer un criterio formal para distinguir entre autores y cómplices, lo cual no resulta suficiente. Así mismo, se suele aducir que la teoría objetivo formal no puede considerar coautor al organizador del plan delictivo o al “jefe de banda” “... que no se reserva actos ejecutivos (objetivo-formalmente) para el momento de la realización del hecho, sino que simplemente está presente en ese momento organizando y dirigiendo la ejecución por parte de distintos componentes de la organización”. En este ejemplo concreto consideraba GÓMEZ BENÍTEZ que “no cabe la menor duda de que su colaboración al hecho es importantísima, pero no es ejecutiva en sentido objetivo-formal”.

En cuanto a las propuestas desarrolladas a partir de la teoría del dominio del hecho y siguiendo el orden expositivo de las distintas teorías que se han apoyado en el dominio del hecho configurado por ROXIN, ya sea para desarrollarlo, ya para ofrecer criterios correctores y deducir, a raíz de ello, construcciones teóricas en materia de

autoría, comenzaré pronunciándome respecto a la que adopta el criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, inicialmente configurada por LUZÓN y ulteriormente perfeccionada por DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO al dotarle de una fundamentación normativa, así como por ROSO CAÑADILLAS. En estas propuestas se hace evidente, de entrada, el propósito de delimitar un criterio general para todas las formas de autoría (inmediata, mediata y coautoría) en los delitos de resultado, tanto dolosos como imprudentes. Puede decirse que estos autores admiten, como punto de partida, un criterio objetivo-formal dado que para delimitar al autor, al principio, atienden a la realización de acciones típicas, si bien creen que dicho criterio necesita mayor concreción y que resulta posible ir más allá donde otras teorías ofrecieron soluciones insatisfactorias, como es en el ámbito de los citados delitos de resultado. Dado que los trabajos de LUZÓN PEÑA tienen limitado su objeto de estudio acerca de la autoría, interesa centrarnos en la propuesta de quien, sin duda, ha sido uno de los principales propulsores, en nuestro país, de la moderna doctrina de la autoría, toda vez que ha ofrecido una de las propuestas más completas para delimitarla. En efecto, la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO cuenta, entre otros muchos méritos, con el de haber afianzado, en nuestro país, las bases para fundamentar y desarrollar la doctrina de la autoría toda vez que ofrece una concepción propia del autor, basadas en presupuestos originales y elaborada, coherentemente, hasta sus últimas consecuencias. Así, puede decirse que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO para desarrollar su concepto de autor realiza a la teoría objetivo-formal la objeción de que no ofrece ninguna explicación de lo que es la acción típica, especialmente en los delitos puramente resultativos. Ante el silencio legal que se guarda respecto a las conductas típicas a realizar en estos delitos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO adopta un criterio material de selección sumamente restrictivo y delimitable *ex ante*, pues entiende que la acción típica nuclear es la única que ha de emplearse para determinar la acción a la que le es

inherente la producción del resultado lesivo. Pero este criterio restrictivo de selección de acciones de autoría –ciertamente estricto y riguroso–, no está exento de problemas, principalmente para delimitar *ex ante* las conductas que son nucleares de las que no lo son. De hecho, puede decirse que semejante distinción entre acciones típicas nucleares y no nucleares conlleva importantes riesgos, siendo el más preocupante la posibilidad de eliminar la función garantista de la tipicidad, habida cuenta que a los elementos del tipo penal que ya determinan la autoría se superpondría aquel criterio doctrinal de delimitación de acciones nucleares. Por tanto, aquella distinción trasladaría al juez la decisión de diferenciar entre unos elementos que ya le vienen dados legalmente, mermando la seguridad jurídica.

Nos encontramos pues, ante un supuesto criterio general que, parece servir para delimitar al autor en algunos delitos, si bien en los delitos que acogen más de una acción típica habrá de ser relativizado, acudiendo además a otros parámetros y ni aun así, en todo caso, puede afirmarse con rotundidad que aquel criterio pueda servir para determinar la autoría. Por todo ello y parafraseando a GÓRRIZ ROYO, se ofrece un parámetro que, por muy riguroso y estricto que parezca ser, no constituye en realidad un criterio general para la delimitación de la autoría, pues en determinados delitos resulta aparentemente válido pero no así respecto a todos los tipos de la Parte especial. A tal efecto se ofrece un criterio de pretendida validez general que no está exento de imprecisión, por ejemplo, a la hora de determinar *ex ante* la cualidad de dominio y control de la acción que crea el riesgo jurídico-penalmente relevante propio de la autoría. El problema, en última instancia, se remonta a la cuestión de si allí donde el legislador renuncia a delimitar típicamente los procesos causales conducentes a un resultado y propios del autor –e incluso en algunos casos donde los ha descrito–, puede apelarse a un criterio doctrinal para determinarlos con validez general. A esta cuestión

se respondió, desde la teoría objetivo-formal, apelando a la interpretación de los términos legales conforme al uso común del lenguaje y renunciando, por tanto, a establecer cualquier criterio general al respecto. No obstante, entre otros, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/DE VICENTE REMESAL entendieron que esta respuesta suponía el principal defecto de la citada teoría, al no poder ofrecer un criterio material para establecer cuándo hay realización del tipo en los delitos de resultado.

Por otra parte, en cuanto al criterio de la pertenencia del hecho, defendido entre otros, por MIR PUIG y BOLEA BARDON, y basado esencialmente en la idea de que “autoría es pertenencia del delito”, siendo por tanto autor todo aquel que contribuye al delito en condiciones tales que puede imputársele como suyo, puede apreciarse que se le han dirigido diversas críticas. Algunas de ellas han ido en la línea de destacar la falta de uniformidad de los criterios que se emplean, así como la combinación de la idea del dominio del hecho con la exigencia –propia de la teoría objetivo-formal-, de que se lleven a cabo actos ejecutivos, lo cual resulta contradictorio. Por otra parte, se ha objetado a la elaboración teórica de MIR PUIG que no resulta convincente por dos razones: de un lado, se dice que ni el criterio de la pertenencia al hecho, ni la concepción de la autoría como imputación de un hecho al autor como suyo, pueden explicar materialmente todos los supuestos de autoría, dado que se trata de un criterio formal, y, de otro lado, la relación de pertenencia se basa en que al causante de un hecho se le imputa éste como suyo porque ningún otro sujeto se haya en mejor situación para disputárselo. Valorando este criterio DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO llega a la conclusión de que no se compece bien con un concepto restrictivo de autor, pues parece que, a efectos de declarar la autoría de un sujeto, para MIR PUIG importe menos su forma de actuación –bastaría comprobar que es un causante del hecho-, que los caracteres que reúne el otro (u otros) posible interviniente. A estos reparos

apuntados por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, cabría replicar diciendo, como indica BOLEA BARDON, que el criterio de la pertenencia no es una cláusula de cierre, sino que puede y debe ser completado con otros criterios materiales. Se trata, por tanto, de un loable intento de ofrecer un criterio con el que restringir la vaguedad y la amplitud del criterio del dominio del hecho entendido desde una perspectiva naturalista y destacando, para ello, el aspecto socio-normativo en la delimitación de autor.

Sin embargo, también existen aspectos preocupantes en el criterio que propone MIR PUIG, básicamente por cuanto la autoría pasa a formar parte individual y directa en la que se le imputa el tipo, al único causante. No obstante, si la autoría forma parte de la imputación, bastaría afirmar que es autor aquél al que sea imputable el tipo. Pero con ello aún no hemos aclarado quién es autor. Es decir, en esa relación de imputación objetiva, quedaría por explicar precisamente cuál es la relación de autoría. Llegamos así a un argumento circular que difícilmente se puede cortar con el requisito material de la pertenencia, que aun aportando un sentido social-normativo a la calificación de autor, sigue mostrándose –más que como un criterio general- como una exigencia excesivamente amplia e imprecisa pues, a la postre implica que el autor sea causante del hecho y que se le pueda imputar objetiva y subjetivamente la producción del resultado. Semejante objeción cabe realizar a la propuesta de BOLEA BARDON a pesar de que, desde luego, en su construcción se aprecia una expresa preocupación por concretar al máximo el criterio de dominio del hecho como dominio del riesgo para delimitar la autoría. Sin embargo, basar la autoría en la creación, el no control o el aumento de un riesgo de forma objetiva y subjetivamente imputable, no resuelve el problema de delimitar quién realiza el hecho como propio sino que lo aplaza, remitiéndose a la teoría de la imputación objetiva de forma que los criterios empleados en esta se confunden con los criterios para definir el concepto de autor.

En cuanto a JAKOBS, seguido de cerca por LESCH, se articula uno de los principales intentos de configurar las formas de intervención desde una teoría normativa vinculada a la imputación objetiva. Como se ha podido comprobar en la exposición de las diferentes posturas, ambas se orientan claramente hacia la configuración de un criterio normativo con el que concebir la autoría insertándolo en el contexto más amplio de la teoría de la imputación objetiva. Más allá del cambio sistemático que ello pueda comportar, a los efectos de esta investigación interesa reparar en que la propuesta de los citados autores en materia de autoría desemboca no ya en delimitar un concepto general de autoría sino en reconducir esta forma de intervención –así como la participación– a un problema de cuotas de responsabilidad de los intervinientes en la pena. Esta concepción es explícita, como se ha tratado de demostrar en JAKOBS y LESCH. A su vez, este último autor consolida la idea de que la responsabilidad de los intervinientes en el delito se inserta en el concepto más amplio de la imputación objetiva. En consecuencia, la imputación objetiva pasa de ser un criterio de imputación del resultado a una acción, a convertirse en un supra concepto que abarca toda la teoría del tipo y también expresiones de las cuotas de responsabilidad en las cuales consisten la autoría y la participación.

Desde la propuesta metodológica de la que parto, la concepción de JAKOBS no puede aceptarse. Y ello, básicamente, porque desde la posición que sostengo, es decir, bajo la perspectiva del dominio del hecho, JAKOBS no prescinde expresamente de un concepto restrictivo de autor, sino que intenta conciliarlo con su propia versión de la teoría del dominio del hecho. Sin embargo, parece que el fin principal que persigue con su concepción de la autoría es delimitar esferas de responsabilidad o de incumbencia partiendo de un análisis del comportamiento desde un punto de vista objetivo, es decir,

analizando únicamente si determinado comportamiento constituye una infracción de la norma o un acto socialmente adecuado. Desde estas premisas, el concepto de autor se ensancha notablemente, dado que viene delimitado por la imputación de un injusto común y único a partícipes y autores, en cuanto creadores de una misma unidad de sentido y, por tanto, como intervinientes en un injusto colectivo. A ello contribuye el que, en materia de participación, se reinterprete el instituto de la prohibición de regreso como momento general de imputación y se prescinda de la accesoriedad cualitativa, y se adopte una delimitación únicamente cuantitativa. En el bien entendido que la distinción entre autor y partícipes consistiría en una mera ordenación de cuotas entre ellos, pues todos tendrían el dominio del hecho, si bien los caracteres esenciales recaerían sobre el autor y los accesorios sobre el partícipe, a efectos, únicamente de medición de pena.

De todo ello se derivan las dos principales objeciones que, a los efectos de este trabajo, interesa destacar:

En primer lugar, a partir de la crítica a la teoría del dominio del hecho de ROXIN por parte de JAKOBS, este último autor acomete, un intento de extender la categoría de los delitos de infracción de deber abarcando, incluso a los delitos de dominio, dado que –como se expuso– tras el criterio de dominio, cree que se oculta algo normativo comparable a la infracción de deber. Concretamente, JAKOBS llegará a considerar a la infracción colectiva de deber como el concepto fundamental para delimitar a los intervinientes en el hecho delictivo. Y es a ello, precisamente, a donde cabe dirigir la primera objeción, pues se parte de la insostenible premisa de considerar el “deber” como un concepto de vigencia general. Así pues, puede observarse de nuevo en esta propuesta, el propósito de ofrecer un criterio general para delimitar la autoría

que es, en sí mismo, rechazable, puesto que, en definitiva, no existe un concepto general de deber porque no hay un deber que constituya la razón de la existencia de cada hecho o acción. Ni por ende, su infracción puede servir de fundamento como criterio unitario para determinar el concepto general de autor.

En segundo lugar, el entendimiento de las formas de intervención que propone JAKOBS se aproxima a una concepción unitaria o extensiva de autor. Y siendo así, desde luego, no ofrece condiciones ventajosas ni garantistas para delimitar al autor conforme a la legislación penal española.

Con mayor claridad puede advertirse dicha aproximación a un concepto unitario de autor en la propuesta de su discípulo LESCH, por cuanto, de un lado, rechaza expresamente una concepción restrictiva de la autoría y de otro, niega las diferencias cualitativas entre las distintas formas de intervención por su compatibilidad con principios como el de autorresponsabilidad y la prohibición de regreso. De esta forma la ejecución se concibe como único hecho de todos los intervinientes, es decir, como único hecho de un colectivo. Respecto a este colectivo solo existiría un único sujeto de acción y de imputación. Conforme a estas premisas, parece lógico negar la diferencia cualitativa entre autor y partícipe.

De la concreta admisión de una concepción personal de lo injusto y de una concepción final de acción del modo formulado por WELZEL, no puede sino derivarse que autor será, sin excepción alguna, quien tenga el dominio finalista del hecho. Desde que LOBE reclamara un elemento subjetivo de la voluntad junto al efectivo dominio objetivo de la ejecución, la convivencia sintética del dominio objetivo del hecho y de la voluntad de tal dominio se ha convertido en exigencia prácticamente unánime. La

verificación de que el dominio del hecho en el sujeto no depende sólo de factores objetivos permitirá huir de la equivocada tendencia de equiparar las cuestiones de autoría y participación con las propias de la imputación objetiva, proyectadas exclusivamente sobre el lado objetivo del tipo. El elemento subjetivo del dominio del hecho, además, excederá de los límites del dolo típico, incapaz de comprender el conocimiento y la voluntad de la condición de instrumento del hombre de delante y abarcará tanto la conciencia de las circunstancias fácticas que fundamentan el dominio del hecho como la voluntad de aprovecharlas. La pretendida simplificación al exclusivo componente cognoscitivo del elemento subjetivo no puede en consecuencia ser admitida. El dominio del hecho concebido por ROXIN como “concepto abierto” y como simple “principio rector” que determina cuál es la “figura central” del acontecer típico, servirá como punto de partida metodológico y será concretado *a posteriori* a través de las circunstancias reales del actuar delictivo. Dominará el hecho quien dirija finalmente el curso causal hacia la producción del resultado típico, es decir, quien determine el “sí” y el “cómo” de la realización del delito, lo que en modo alguno podrá realizar quien lleve a cabo una conducta “periférica”, esto es, accesoria.

El dominio del hecho mantenido en el presente trabajo ofrece diversas manifestaciones en función de la forma de autoría a que se refiera. De este modo, y en coincidencia absoluta con la terminología propuesta por ROXIN, en el autor directo, en el coautor y en el autor mediato se verificará en todo caso, respectivamente, un dominio de la acción, un dominio funcional y un dominio de la voluntad. Éste último, además, podrá concretarse mediante el ejercicio de coacción sobre el instrumento, a través de la creación o el aprovechamiento de un error en el mismo o en virtud de aparatos organizados de poder. El dominio del hecho, en todas sus manifestaciones, se presenta como una magnitud graduable y, como tal, susceptible de jerarquización en

los diferentes niveles de los aparatos organizados de poder que intervienen en la realización del tipo.

II.

Como hemos podido comprobar a lo largo de este trabajo, la idea de que autor es solo aquél que ejecuta los hechos descritos por la ley con sus propias manos, desde un punto de vista natural y simple o de “sentido común” ha sido superada. Debe tenerse en cuenta que para diseñar una construcción jurídica no es posible prescindir de la realidad. En el proceso de determinación de si una conducta puede ser subsumida en la ley penal, se toma o selecciona una determinada porción de la realidad desde esa ley, pero no es la ley la que crea realidad. El juego es de doble sentido: así como no puede haber encuadramiento legal sin una conducta, para saber qué conducta interesa al derecho penal debemos guiarnos por la selección que indica la ley.

Desde nuestra perspectiva, sólo puede ser autor aquel que es dueño del suceso y que no reconoce una voluntad que domine la suya. Esa situación realista no descarta que en la ejecución de un mismo hecho puedan subsistir distintas responsabilidades, de uno o más autores inmediatos y mediatos.

No es necesario recurrir a nuevos modelos teóricos como los de la concepción funcionalista que prescinde totalmente del dominio del hecho.

La razón esencial de mi disentimiento con ésta última posición, es que considera que todos los injustos penales son de omisión, incumplimientos de deberes, donde la ilicitud penal se monta sobre deberes de garantía para con los derechos de terceros que

surgen de la mera asunción de un rol. Al diluirse el concepto de dominio del hecho y adoptarse la noción normativa de competencia, ello conduce a un concepto extensivo y único de autor, que fue superado porque puede resultar extensivo de la punibilidad. Como autor es simplemente quien omite o incumple deberes que derivan de su rol, se torna sumamente difícil la delimitación segura de aquéllos que deben ser excluidos de la autoría de un acontecimiento. Todo aquel que no cumpla los deberes que surgen del rol, de su posición institucional, es un candidato a ser autor por haber violado sus deberes de garante. Tampoco pueden distinguirse con facilidad los autores de los instigadores y cómplices, etcétera. Como toda teoría normativista extrema, no termina de explicar cómo selecciona de la realidad determinados acontecimientos o datos y descarta otros, es decir, por qué selecciona a tal o cuál persona como autora y no a otras. Todo se explica normativa y tautológicamente y, así, el derecho penal ve diluidas sus capacidades de control del poder punitivo.

Por todo ello y expuestas las diferentes sentencias que se han llevado a cabo en estos años me he decantado por la tesis de ROXIN y su autoría mediata con ejecutores responsables.

Se trata de supuestos donde la voluntad se domina a través de un aparato organizado de poder, cuya característica es la fungibilidad de los ejecutores, porque opera como un engranaje mecánico. Al hombre de atrás le basta con controlar los resortes del aparato pues si alguno de los ejecutores elude la tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total.

En los supuestos que hemos analizado, si se mira el fenómeno desde el dominio

del sujeto de atrás, se puede apreciar que los ejecutores inmediatos no se presentan como personas individuales, sino como figuras anónimas y sustituibles. El ejecutor inmediato, si bien no puede ser desvinculado de su dominio de la acción es, al mismo tiempo, un engranaje –sustituible en cualquier momento– de la maquinaria del poder. Esta doble perspectiva es conocida, dominada, y es la que impulsa el sujeto de atrás. Aquí, el instrumento es el sistema mismo que el hombre de atrás maneja discrecionalmente. Hay un dominio sobre una voluntad indeterminada.

El autor mediato, pese a no realizar por sí mismo la conducta típica del modo que lo haría un ejecutor directo, también es autor porque mantiene el dominio del hecho a través de un tercero, que se transforma en otro autor mediato o en un autor directo, según su posición en la cadena. En este caso, el determinador, al igual que en los demás supuestos de autoría mediata, dispone de recursos extraordinarios para dominar la acción del determinado: la fungibilidad.

No se trata de un invento teórico, idealista o normativista, con el fin de imputar a como dé lugar objetiva y subjetivamente los hechos a los altos mandos, mediante hipótesis que no superan la responsabilidad objetiva. Muy por el contrario, se trata de la naturaleza objetiva del fenómeno, de su realidad, que se deduce de la observación del funcionamiento peculiar del aparato organizado de poder que se encuentra a disposición del hombre de atrás.

Por eso la teoría de ROXIN es la que mejor explica la mecánica de los acontecimientos. El "hombre de atrás" puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción o de conocer al que ejecuta la acción. Estos sólo ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son fungibles, y no

pueden impedir que el hombre de atrás, el "autor de escritorio", alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados; es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los ejecutores fungibles, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al portador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato. Con claridad: "Cuando Hitler o Stalin hicieron matar a sus opositores, esto fue su obra, si bien no la obra de ellos solos. Decir que habrían dejado a sus subordinados la resolución sobre si los hechos ordenados debían ser ejecutados o no, contradice los principios razonables de la imputación social, histórica y también jurídica a los autores".

La falta de inmediación con los hechos por parte de las esferas de mando del aparato se ve suplida de modo creciente por el dominio organizativo, de tal manera que cuanto más se asciende en la espiral de la burocracia criminal mayor es la capacidad de decisión sobre los hechos emprendidos por los ejecutores. Lo que significa que con tales órdenes están "tomando parte en la ejecución del hecho", tanto en sentido literal como jurídico penal.

Las órdenes de los autores de escritorio fueron impartidas a través de las respectivas cadenas de mando, por quienes contaban con el poder de emitir órdenes y con el dominio de la parte de la organización a ellos subordinada. Ellos pusieron la posibilidad y decisión de que el aparato siguiera funcionando. Es una ratificación del diseño. El dominio de los escalones intermedios sobre esa parte de la organización es lo que funda su responsabilidad como autores mediatos de los hechos ejecutados por sus subordinados en esa cadena.

El esquema se mantiene ante la crítica de que estas personas no podrían ser autores mediatos porque una negativa de la obediencia por su parte no hubiese tenido relevancia alguna en la ejecución de las órdenes, pues el aparato habría continuado su accionar de todos modos. Ese planteamiento debe ser rechazado del mismo modo que se descartan los razonamientos basados en la “causalidad de reemplazo”, empleados para los casos en que las acciones recaen sobre un objeto de protección que está destinado a pérdida segura. Aquí, en cambio, quien comete un delito no se libera de responsabilidad porque el hecho igual lo podría haber cometido otra persona en su lugar. Esa hipótesis no deja sin efecto su imputación, porque de otro modo el razonamiento debería conducir lógicamente a que nadie es imputable objetivamente porque ambos –el que efectivamente intervino y reemplazante hipotético– deberían ser excluidos de la imputación. La crítica olvida un dato de la realidad: el hecho se debe imputar a quien lo realizó.

Aunque en la mayoría de las sentencias establecidas finalmente no se llegó a dictar un veredicto favorable a esta figura jurídica, considerando la cooperación o la instigación, como ocurrió con las sentencias de las Juntas Generales, no podemos estar de acuerdo con ello dado que surge el problema de que esa construcción omite revelar en su totalidad la prueba de la propia realidad, lo efectivamente sucedido. La posición de estos jueces no logró captar en su verdadera esencia lo que significa un plan sistemático que en la mayoría de las sentencias se tenía por probado.

No es un asunto dogmático, sino fáctico, un desfase entre la teoría y la estructura a la que pretende aplicarse. Por ejemplo en la sentencia de las Juntas Generales se limitó a emplear criterios doctrinales para casos simples que no explican –porque no los abarcan– las situaciones de estas causas, a lo que debe sumarse que se

ajustan a una teoría material-objetiva que ha sido superada, precisamente porque al adherirse a criterios meramente físico-causales, no satisfacía la explicación de todos los casos de la realidad.

No se trata de aplicar al inductor el calificativo de autor, sino de reconocer que no sólo la inducción o instigación pueden ser válidas, también lo es la autoría mediata en todas sus formas, como ocurre en los casos que aquí se han analizado. En estos casos, determina quien ordena, aún cuando la existencia de esa orden no suprima la libertad de decisión del ejecutor.

La adopción de esta posición se encuentra plenamente justificada puesto que en los casos de macro-criminalidad (como los relativos a campañas de delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y genocidio, en los que las víctimas se cuentan por cientos, miles o decenas de miles), la descentralización que es frecuentemente necesaria para su adecuada ejecución hace que corresponda a los superiores intermedios (e incluso en ocasiones a los autores materiales) la identificación dentro de su zona de responsabilidad de las víctimas que en principio se conforman con las líneas generales de las instrucciones impartidas por los máximos dirigentes de las respectivas organizaciones. De ahí, que lo decisivo en estos casos no sea que estos últimos identifiquen específicamente a cada una de las víctimas, sino que, debido al automatismo dentro de las organizaciones que dirigen puedan poner en marcha y detener las campañas de violencia ejecutadas materialmente por sus subordinados (cuyos actos les son imputados a título de autores mediatos).

En cuanto a las sentencias colombianas, si resumimos los casos anteriormente señalados podemos llegar a la conclusión de que a finales del siglo pasado y

obviamente antes de la entrada en vigor del código penal vigente en Colombia, la Corte acudió a la teoría del dominio del hecho para resolver problemas de coautoría. Así, en 1998, la Corte la utilizó expresamente para resolver un problema de la denominada “coautoría impropia”; Expresó en esa oportunidad lo siguiente: “En tratándose de la participación criminal se parte del supuesto [de] que la actividad de las diversas personas que intervienen en el hecho no lo ejecutan integralmente pero sí contribuyen a ese fin. Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente, se torna indispensable para la total realización del plan”.

A partir de entonces la Corte ha recurrido con frecuencia al uso de la teoría del dominio del hecho para resolver problemas.

En la jurisprudencia colombiana, en tres oportunidades se le ha planteado a la Corte Suprema de Justicia la posibilidad de que reconozca esta forma de autoría mediata. En la primera oportunidad lo hizo la Procuraduría en el proceso contra Carlos Castaño por la muerte del senador Cepeda, perpetrada por los paramilitares; la segunda oportunidad fue en el caso “Machuca” perpetrado por miembros de la organización guerrillera Ejército de Liberación Nacional (ELN) y, en la tercera, en relación con un atentado que pretendían hacerle las FARC a un reconocido periodista. En estos casos, como presupuesto indispensable, se pretendía que se reconociera a los tres grupos al margen de la ley como verdaderas organizaciones con las características señaladas por la doctrina para que operara la autoría mediata por aparatos organizados

de poder, que implica plena responsabilidad tanto para el ejecutor material como para quien da la orden o la transmite.

Ante estos planteamientos la Corte optó por insistir en que la autoría mediata implicaba necesariamente la no responsabilidad del ejecutor material y por lo tanto no era aplicable por ser, en estos casos, plenamente responsable el ejecutor, y consideró que para estos fenómenos constituía una respuesta más adecuada la coautoría para el tratamiento de las diversas personas, cualquiera que fuera su ubicación dentro de la organización.

Los argumentos de la Corte, con referencia al caso “Machuca”, para revocar la decisión de segunda instancia y condenar al estamento dirigente del ELN, que no había participado en la ejecución material del grave hecho pero que fijó las políticas y dio la orden a sus denominados frentes, fueron del siguiente tenor:

En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondiere efectuar, siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal.

Otro de los casos fue el sucedido los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia, cuando un comando del movimiento guerrillero 19 de Abril (M-19) ingresó violentamente tomando como rehenes a las personas que se encontraban en su interior, quedando retenidos magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, auxiliares de los despachos judiciales, secretarias, empleados de la

cafetería-restaurante, escoltas, entre otros. En el presente caso, donde subversivos del ELN, de distintas jerarquías, sumaron sus voluntades libres para dinamitar el oleoducto cercano a Machuca, en cumplimiento de las políticas de ataque terrorista a la infraestructura petrolera, compartidas por todos ellos, es evidente que los directivos de esa organización criminal no actuaron como determinadores de los ejecutores materiales, sino en calidad de coautores, porque no es cierto, al menos las pruebas no lo indican así, que dichos directivos hubiesen hecho nacer la idea criminal en los milicianos rasos y menos que dominaran la voluntad de éstos; pues, por el contrario, lo que se verifica razonablemente es que los guerrilleros del ELN implicados en la destrucción de la tubería desplegaron la conducta que les correspondía, con acuerdo previo, por convicción propia, por compartir las “políticas” del grupo armado ilegal, directrices que conocían y a las cuales habían adherido con antelación, en un proceso paulatino de reclutamiento, diseño de estrategias, entrenamientos, aprendizaje de doctrinas y estandarización de modos de actuar.

Reconciliando, como en el presente asunto, ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervención con aportes concretos según la división acordada del trabajo criminal, se afirma que todos son coautores globalmente de la conducta delictiva realizada y responsable por sus consecuencias.

No es fácil sostener la coautoría en estos hechos de organizaciones criminales debidamente jerarquizadas y donde las personas que se encuentran a la cabeza de la organización sólo trazan políticas, ordenan acciones que se van a cumplir en amplios territorios y por diversos frentes, sin conocimiento concreto de cuáles se van a realizar ni cómo, pues a pesar de que la solución a que llegó la Corte se vea privilegiada por el artículo 29 del Código Penal colombiano, en cuanto esta norma no exige que la

aportación se dé en la etapa ejecutiva y deja al juez la ponderación de éste –la importancia– para que sea coautoría o complicidad, creemos que para el conflicto interno de Colombia, donde alternan grupos guerrilleros, paramilitares y algunas organizaciones complejas de narcotraficantes, hubiera sido una solución más adecuada la propuesta por ROXIN de autoría mediata por aparatos organizados de poder que la coautoría que prefirió la jurisprudencia.

La Corte descartó, en estos casos, la aplicación de la autoría mediata con los argumentos que han sostenido respetables autores como JESCHECK y WEIGEND, o como lo hace JAKOBS, desde otra perspectiva, para quienes siempre, en la autoría mediata, el ejecutor material está exento de responsabilidad penal, y obviamente así es en términos generales, pero en nuestro medio, tal como lo puntualiza el profesor SUÁREZ SÁNCHEZ, bien puede interpretarse la expresión utilizada por el artículo 29 cuando se habla de “utilizando a otro como instrumento”, que la persona así utilizada puede actuar con responsabilidad penal o sin ella. Dentro de un argumento puramente gramatical bien puede decirse que no es inherente al concepto de instrumento la no responsabilidad, pues según el diccionario de la Real Academia Española, instrumento significa “aquello de que nos servimos para hacer una cosa”, a la vez que el diccionario de María Moliner en la acepción cuarta lo define como “cualquier medio, cosa o persona, de que alguien se sirve para un fin”.

Este concepto no es extraño a la doctrina, pues en la monografía sobre este tema de FERNÁNDEZ IBÁÑEZ expresa: “La interpretación que en este lugar voy a asumir sobre el término legal ‘instrumento’ es una de carácter fundamentalmente extensivo, que posibilite no solo la inclusión de los supuestos tradicionales de autoría mediata donde el ejecutor es absolutamente irresponsable, sino también aquellos en los

que la responsabilidad del ejecutor queda parcialmente atenuada, así como la hipótesis de ‘autor detrás del autor’ en que tal responsabilidad jurídico-penal es plena”¹⁴⁵³.

En relación con esta materia se deben distinguir tres planos. En primer lugar, no puede ser autor mediato sino autor con dominio de la acción quien utiliza como cosa o, si se quiere, sin voluntad a una persona, porque en tales hipótesis no se rompe la vinculación material directa entre el autor y la conducta punible realizada; en segundo lugar, aquel que utiliza para la realización de una conducta punible a una persona que no es responsable penalmente será autor mediato dentro de la concepción clásica de tal institución; en tercer lugar, lo será también aquel ejecutor material que obra con dominio de la acción pero que forma parte de una maquinaria organizada donde obra como un instrumento de acción dentro del mundo complejo al que pertenece y en el cual de todas formas las órdenes se cumplen con su concurso o sin él por la intercambiabilidad que permite la organización.

Para solucionar los complejos fenómenos de criminalidad organizada con las características que se han venido señalando, tenemos que enfrentarnos a dos alternativas: o aceptamos la teoría de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder para sancionar como autores tanto al ejecutor material como a quienes dirigen la organización que da la orden –autor detrás del autor– a pesar de que no haber realizado directamente el tipo pero indudablemente ejecutando actos a –través del instrumento–, el cual no es si no una pieza más; o se opta, como lo hizo la Corte, por modificar los elementos que tradicionalmente se han desarrollado en la coautoría como son el acuerdo común y la necesidad de la contribución en la etapa ejecutiva, para

¹⁴⁵³ FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, p. 97.

obtener los mismos resultados que planteó ROXIN en su conocida teoría del dominio del hecho.

La Sala Penal de la Corte, en coincidencia con algunos reconocidos autores, decidió apartarse, en este concreto aspecto, de la teoría del dominio del hecho planteada por el profesor alemán y predicar la coautoría. Se aparta en dos puntos importantes: en primer lugar, en que en la coautoría el aporte se da en la etapa ejecutiva porque en el caso de las organizaciones no hay aportes materiales de los dirigentes en esa etapa del delito, y, en segundo lugar, en cuanto al acuerdo previo, pues éste por lo menos se presenta en forma distinta a como tradicionalmente se considera, pues apenas hay una adhesión a unas políticas formuladas debido a la verticalidad de su estructura, muchas sin comunicación alguna entre el ejecutor material responsable y el jefe de la organización. Por ello, la profesora FARALDO CABANA expresa que “la estructura jerárquica propia de los aparatos organizados de poder parece dificultar en buena medida la afirmación de la existencia del acuerdo común, en particular si en la coautoría se exige igualdad de poderes y distribución de funciones no subordinada entre sí”.

Como conclusión sobre este concreto tema, me parece que es muchísimo más consistente optar por la autoría mediata en los aparatos organizados de poder que por la coautoría, pues la elección de este último camino por la Corte compromete de manera severa la precisión que se debe tener sobre los requisitos de esta última institución; y si a ello se agrega que respecto del aporte del Código penal colombiano sólo alude a su importancia sin más consideraciones, por ese camino se llegará a concluir, como sostuvo alguna vez la corporación, que la complicidad estaría en retirada.

III.

1. En cuanto a la figura de la JCE por el momento, la CPI ha abandonado la figura de la JCE, que ha sido sustituida, en los supuestos en los que se acusa a líderes políticos o militares, por la figura de la (co)autoría mediata, que admite la posibilidad de un autor detrás del autor, cuando el acusado, bien de forma individual, bien conjuntamente con otros, domina un aparato de poder organizado, de modo que sus órdenes son ejecutadas de forma automática por los ejecutores como si se tratara de meros instrumentos. Podemos afirmar que la figura de la JCE, al menos en su configuración inicial, se encuentra, por tanto, en vías de extinción, pues la coautoría, tal y como ha sido interpretada hasta el momento por la CPI, requiere la existencia de dos elementos bien diferenciados: el acuerdo o propósito común de cometer un crimen y la contribución esencial al suceso. Surge, no obstante, la incógnita de cómo se interpretará por la CPI la figura contenida en el artículo 25.3.d) del Estatuto.

Se trata de una evolución sumamente positiva. El cambio de una figura por otra sirve para dar un mejor fundamento a la responsabilidad a título de autor(es), esto es como responsables principales, de los líderes políticos y militares, que son quienes en mayor medida son llamados a responder de las atrocidades cometidas ante la CPI. Ahora bien, está claro que no soluciona sin más los problemas que se venían planteando respecto a la atribución de responsabilidad por los hechos individuales que se cometen por terceras personas. En especial, la condena como autor requiere la prueba de que concurren en el acusado tanto los elementos objetivos como subjetivos del crimen.

Por lo que se refiere a los elementos objetivos, es posible que personas que no ejecutan el delito respondan en igual medida que los ejecutores, como autores

(responsables principales del crimen) siempre que su contribución al suceso (en fase preparatoria o en fase ejecutiva) sea esencial y le conceda el dominio del hecho, el control sobre el crimen (sea porque lo tienen funcionalmente –coautor–, sea porque dominan al aparato organizado de poder –autor mediato–). El problema, por tanto, reside en determinar cuando una aportación es esencial (o significativa) y concede a quien la presta el control sobre el crimen. Respecto a los elementos subjetivos, sin embargo, cada uno de los (co)autores debe actuar con el dolo (conocimiento y voluntad) de cometer el delito y cumplir con los demás requisitos típicos (ánimo especial en algunos delitos). A este respecto, la cuestión radica en determinar cuándo la comisión del hecho individual era abarcada por el dolo de quien contribuye de forma esencial, pero sin ejecutar el crimen.

2. En lo que respecta a la coautoría, únicamente quisiera poner de relieve que en el Derecho penal internacional el elemento que la caracteriza ha sido fundamentalmente la existencia de un plan común, pero últimamente se empieza a dar más importancia al elemento objetivo, esto es, a la realización conjunta del hecho.

Abandonadas las teorías subjetivas, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho, para la coautoría son necesarios el acuerdo común y la realización conjunta del hecho. El dominio conjunto del hecho se alcanza a través del carácter común de la decisión, esto es, por medio del acuerdo de voluntades de quienes intervienen con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias, y mediante la realización conjunta del hecho, lo que supone intervención en la fase ejecutiva.

Por tanto, en primer lugar la coautoría exige la existencia de un acuerdo con división del trabajo. Sin acuerdo no hay coautoría, sino autoría mediata cuando sólo uno conoce la colaboración y el otro actúa a ciegas, o autoría accesoria si ninguno de

los intervinientes conoce la colaboración del otro u otros. Ahora bien, la relativización del requisito de la resolución conjunta al hecho o acuerdo mutuo se demuestra por el dato de que mayoritariamente se acepte que tenga lugar durante la ejecución, sin exigir que se produzca con carácter previo.

El límite temporal máximo para que la intervención en fase de ejecución sea calificada de coautoría (sucesiva) está constituido por la consumación formal o, en los tipos que la admiten, por la consumación material o terminación del delito. La importancia de esta cuestión se ve relativizada por la propia estructura de la coautoría, ya que «sólo podrá admitirse la existencia de un acuerdo si a partir de éste es todavía posible la realización conjunta del tipo delictivo y ello con independencia de que nos encontremos ante un suceso delictivo que aún no se encuentra consumado o que a pesar de haber traspasado en su desarrollo la consumación formal todavía admite fase de terminación».

Pero es que además se admite que los coautores no se conozcan entre sí, pues basta el conocimiento de que junto a uno intervienen otros con el mismo fin, es decir, siempre y cuando cada uno actúe en división del trabajo consciente y voluntariamente con otros para el logro del plan delictivo común. E incluso se ha considerado suficiente a estos efectos un acuerdo tácito y general de cometer delitos, entendiendo que los que cumplen las órdenes dan a conocer a través de su pertenencia a la organización que quieren realizar los correspondientes encargos, y la orden se vincula a esta disponibilidad, concretando una resolución general de ejecutar hechos tomada con antelación.

Desde esta perspectiva también se ha afirmado que quien como miembro de una organización criminal comete un delito doloso en cumplimiento de una orden que ha recibido actúa en el marco de un acuerdo previo, en tanto que tiene lugar antes de que comience la ejecución del delito, y tácito, ya que desde el momento en que recibe la orden de cometer un delito, siendo libre y plenamente consciente del hecho que va a cometer, y decide su ejecución, puede entenderse que existe un acuerdo tácito de este sujeto con aquél que le dio la orden.

Lo cierto es que con estas últimas propuestas se desdibuja, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el elemento subjetivo de la coautoría, lo que ha llevado a admitir que «no es preciso otorgar una importancia excesiva al acuerdo común como elemento de la coautoría, pues se trata solamente de un elemento muy importante de la misma, pero que, como sabemos, no es el único». Así pues, resulta decisivo el elemento objetivo de la coautoría, la realización conjunta del hecho.

En efecto, en segundo lugar es necesaria para la coautoría la realización conjunta del hecho. De acuerdo con la teoría del dominio del hecho «es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido».

Esto no significa que el coautor deba ejecutar personalmente la acción típica, ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho, siendo suficiente que su aportación sea indispensable para la realización del acontecer típico. ROXIN afirma que la esencialidad de la contribución se demuestra si el concreto interviniente puede

desbaratar todo el plan retirando su contribución al hecho, pues esto es lo que, junto a la actuación en la fase ejecutiva, le da el dominio funcional del hecho.

Pero aunque la conclusión a que llega es correcta, esta tesis no es compartible en lo que se refiere a la admisibilidad de la esencialidad de la contribución para fundamentar la coautoría.

En efecto, «no se puede negar que el interviniente que, dejando de actuar, desbarata el plan total tiene un cierto dominio del hecho (o dominio sobre la consumación, si se prefiere), pero lo que hay que preguntarse es si éste es el dominio necesario para ser autor, o sea si es el dominio que determina o decide el sí y el cómo de la actuación». El ejecutor puede evitar la consumación del delito en concreto, esto es, puede evitar consumir el delito del que él sería el autor directo, determinando por tanto el sí y el cómo de la actuación delictiva en el caso concreto, aunque no pueda evitar que en el futuro otra persona lo cometa. Pero resulta que esta segunda perspectiva, abstracta o hipotética, no es relevante, ya que nadie puede evitar que el delito sea realizado en el futuro por otros. El dominio negativo del hecho (la capacidad de hacerlo fracasar) no es suficiente para la afirmación de la autoría en cualquiera de sus formas, ya que es necesario también un dominio positivo, es decir, la no dependencia de la decisión autónoma de otra persona para llevar a cabo el hecho.

Teniendo en cuenta esta crítica, el propio ROXIN ha señalado que, además del criterio negativo del desbaratamiento del plan, el dominio funcional del hecho exige un criterio positivo, la aportación esencial que cada uno de los coautores desarrolla en orden a la realización conjunta del delito, de la cual el dominio negativo expresado en el criterio del desbaratamiento del plan no es sino la otra cara de la moneda. Ahora

bien, ha de puntualizarse que aunque cada coautor puede, en efecto, desbaratar el plan retirando su aportación, lo cierto es que por sí solo no puede determinar la realización del hecho, pues únicamente tiene un dominio compartido con los demás coautores. Por tanto, el dominio positivo del hecho en la coautoría ha de entenderse en ese sentido de codominio, de dominio conjunto y compartido con otros. Puede parecer que se hace extremadamente difícil diferenciar la coautoría de la cooperación, en particular si se acepta que pueda existir cooperación en la fase de ejecución.

Sin embargo, a mi juicio la solución radica en distinguir, en primer lugar, entre la fase de preparación y la fase de ejecución del delito, de forma que quien sólo intervenga en la preparación sin actualizar su contribución en la fase ejecutiva debe ser considerado cooperador; en un segundo momento, ya dentro de la fase de ejecución del delito, se ha de distinguir entre la realización de acciones típicas y la realización de otras acciones, pues sólo quien realice acciones típicas debe ser considerado coautor, mientras que la persona que colabora en la ejecución del delito mediante acciones que no son típicas es cooperador. Existe además una prueba ulterior de la corrección de esta tesis: cuando podemos afirmar que una acción supone inicio de la ejecución del delito es una acción típica y quien la realiza coautor; si la acción realizada por uno de los intervinientes no puede considerarse aisladamente inicio de la ejecución, quien la lleva a cabo es cooperador necesario. Considero aceptable la afirmación de que la realización de acciones ejecutivas puede ser constitutiva de cooperación.

No obstante lo anterior, deberemos tener en cuenta que 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 del 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 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 condenados.

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 dónde poner el límite y si dentro de los distintos miembros del apartado de poder cabe diferenciar 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, con base en 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 “instrumentos” de los dirigentes principales del aparato de poder que serían coautores mediatos.

Esta variante de la tesis de ROXIN 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-empresarial.

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 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.

IV.

1. La responsabilidad del superior por crímenes de guerra puede ser directa o indirecta. Esta segunda es la responsabilidad del superior en sentido propio y que desde el caso *Yamashita* se ha caracterizado por tener una naturaleza jurídica omisiva. Los elementos de la responsabilidad del superior por crímenes de guerra han sido desarrollados tanto a nivel del DI convencional –en el PA I (arts. 86 y 87), en el Estatuto de la CPI (art. 28) y en los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* (arts. 7.3 del TPEY y 6.3 del TPR)–, como a nivel del DI consuetudinario (casos ante el TPEY *Celebici*, *Aleksovski*, *Blaskic*, entre otros).

El primer elemento consiste en la existencia de una relación entre el superior y el subordinado, lo que implica una cadena de mando. De ese modo, tal relación puede ser

determinada no sólo a través de un mando *de iure* sino también por medio de un mando *de facto*. En ese plano resulta necesario tener en cuenta el concepto de control efectivo, antes que basarse en una mera formalidad para la atribución de la responsabilidad del superior. En torno a los medios probatorios para la determinación del mando tenemos la capacidad de expedir órdenes y de imponer su acatamiento. Por otro lado, es posible la concurrencia del mando *de facto* y *de iure* en una misma persona. En torno a la responsabilidad de superiores no militares, el requisito del control efectivo es especialmente importante, toda vez que se debe equiparar al control que ejercen los superiores no militares.

El segundo elemento es de naturaleza subjetiva y consiste en que el superior supiera o tuviera razones para saber. Aunque, en general, este elemento no es discutible, sí lo es el tema de la prueba del conocimiento efectivo, especialmente en el supuesto “debió haber tenido conocimiento”. Sobre el particular, se puede sostener la existencia de una presunción *iuris tantum* de conocimiento en circunstancias abrumadoras en las que el superior no pudo razonablemente desconocer los crímenes de guerra de sus subordinados. Asimismo, un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada frente a las acciones de sus subordinados. Entonces, la ausencia de conocimiento no sería una defensa si el superior no adopta los pasos razonables para adquirir tal conocimiento.

El tercer elemento implica que el superior no haya tomado las medidas necesarias y razonables para impedir o reprimir la infracción. El deber de prevención comienza en relación con la preparación o planeamiento de acciones por los subordinados e incluso se plantea el deber de controlar antes que se inicie tal preparación. El deber de sancionar se produce después de la comisión de un crimen y también implica la puesta en conocimiento de las autoridades competentes. En relación

con el superior civil se debe precisar que no posee el mismo poder de sanción que un superior militar. Asimismo, un superior no puede compensar su falta en la prevención con una sanción *ex post*.

La mejor aproximación a la doctrina de la responsabilidad del superior es a través del concepto de control. En tal sentido, como ya afirmamos, no sólo se debe tener en cuenta el mando *de iure* sino también, y principalmente, el mando *de facto*. Asimismo, la mejor estrategia para la persecución de crímenes de guerra (y en general crímenes de DI) es escoger aquella que ofrezca evidencia de la participación directa del acusado; y en caso de que no se cuente con tales pruebas, se recurrirá a la teoría de la responsabilidad del superior como segunda opción.

2. Toda organización presenta una estructura fundamentada en la necesidad de dividir las funciones que se han de realizar para tener éxito en sus objetivos, así como en el establecimiento de una jerarquía entre los concretos individuos que la integran, características éstas que, obliga a diferenciar, a la hora de concretar la responsabilidad penal de los miembros de una organización criminal, entre quienes deciden cómo, cuándo y donde se han de realizar las conductas delictivas y aquellos otros que se limitan a ejecutarlas.

Ahora bien, también dentro del primer grupo de sujetos se puede realizar una segunda clasificación relevante a efectos penales, puesto que, mientras que el fundamento de la responsabilidad penal de los dirigentes que directamente ordenan la realización de los delitos comentados está fuera de toda duda, mucho más difícil y cuestionable resulta el fundamentar las posibles responsabilidades penales atribuibles al superior jerárquico que se limitase a no hacer nada para impedir los crímenes que cometiesen aquellas personas que tuviese bajo su mando.

Parece indudable que la transmisión activa de una orden directa a un

subordinado dirigida a la comisión de un delito, permite atribuirle una cierta responsabilidad penal personal a aquel que la emitió. Sin embargo, resulta mucho más controvertido el determinar o establecer cuál habría de ser el concreto título por el que se le habría de atribuir dichas responsabilidades.

En este sentido encontramos varias teorías que pueden ser agrupadas en tres grandes tendencias:

i. Aquella que mantiene que los jefes de este tipo de organizaciones serían verdaderos autores mediatos de las conductas realizadas por sus subordinados;

ii. La que entiende que el superior sólo podría ser considerado como un mero participante en tal conducta;

iii. La que propugna considerar a ambos sujetos –tanto el ejecutante material como el ideológico– como verdaderos coautores de tales delitos.

Si bien la existencia de responsabilidad de los superiores por la emisión activa de ordenes nunca ha resultado un tema controvertido, existiendo tan solo discrepancias doctrinales a la hora de fijar el concreto título por el que ésta se ha de atribuir; mucho más difícil y problemático ha sido el justificar la existencia de una posible responsabilidad penal de los superiores jerárquicos, cuando dicha responsabilidad se pretendía sustentar en aquel comportamiento omisivo y no activo, que se daría cuando los superiores se limitasen a no hacer nada para evitar las actuaciones delictivas de quienes estaban sometidos a sus ordenes.

La importancia de esta posibilidad es evidente por cuanto, será la única vía jurídicamente viable de sancionar a los mandos en aquellos casos, nada infrecuentes en los que no se pudiese demostrar que hubiesen emitido orden expresa alguna orientada

a la ejecución de delitos por parte de sus subordinados.

En un principio podría pensarse que el instrumento más adecuado para llegar a sancionar estas conductas se derivaría de la utilización de la figura de la comisión por omisión, expresamente contemplada por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 11 CP.

Sin embargo, el Estatuto de Roma contempla una norma específicamente destinada a fijar los requisitos y límites de la responsabilidad penal derivada de este tipo de comportamientos, la contenida en el artículo 28 del Estatuto, que establece que los jefes serán responsables por los crímenes que hubiesen cometido las fuerzas bajo su mando y control efectivo, de no haber ejercido un control apropiado sobre las mismas.

En respuesta a esta previsión la Ley orgánica 15/2003 introduce mediante su disposición centésimo sexagésimo séptima un nuevo delito en nuestro ordenamiento penal, el contemplado en el nuevo artículo 615 bis CP, que vendría a sancionar a las autoridades o jefes militares que no adoptaran las medidas a su alcance para evitar la comisión por las fuerzas a su mando de los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional.

Podría pensarse que la norma comentada habría venido tan solo a concretar los elementos que permitirían apreciar la presencia de una comisión por omisión penalmente relevante del mando, concretando por ejemplo, los requisitos esenciales de la posición de su garante, o previendo expresamente la posibilidad de la apreciación de dicha comisión por omisión en aquellos supuestos

El primer deber cuyo incumplimiento se castiga en el artículo 615 bis CP es un deber de garante y, por ello, el superior es tratado como autor en comisión por omisión

–dolosa o imprudente– en caso de autoridades o jefes militares– del delito de su subordinado. Se trata de una responsabilidad en paralelo por el mismo hecho.

La actitud que ha de adoptar el superior ante la comisión de crímenes por parte de sus subordinados depende del estadio que haya alcanzado la ejecución y de su propia capacidad de mando, autoridad y control: si el crimen todavía no se ha cometido o se ha iniciado la ejecución, el superior tiene la obligación de impedir su consumación; si ya se ha cometido, tiene la obligación de reprimirlo siempre que tenga potestades sancionadoras, y de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes si carece de ellas o no son suficientes en relación con la entidad de los crímenes. Pero conviene tener presente que «la obligación del jefe o superior de impedir o sancionar los comportamientos de los subordinados no lo sitúa ante dos opciones igualmente satisfactorias, puesto que una vez que el superior tiene razones para conocer que sus subordinados van a cometer un crimen y no lo impide, no puede compensar esa omisión, sancionándolos con posterioridad». Si el superior no adoptó las medidas de prevención, a pesar de que se cumplían los requisitos objetivos y subjetivos para que su deber se lo exigiera, seguirá siendo responsable en comisión por omisión del crimen de derecho internacional cometido por sus subordinados, aún cuando se esfuerce posteriormente en castigar a los autores materiales.

El art. 615 bis CP no ha trasladado al Derecho penal común español exactamente la misma regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Estatuto de Roma. Como rasgo diferenciador, cabe señalar que no se sanciona con la misma pena al superior que omite impedir que al que omite reprimir o informar a las autoridades competentes para que repriman los crímenes cometidos por los subordinados, pues, en este segundo caso, que se configura como un delito de

omisión pura, recibe la pena inferior en dos grados a la de los autores. Se ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal en este aspecto, que señalaba la conveniencia de establecer “dos niveles de responsabilidad: uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas cuando aún pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del delito mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor”.

Ahora bien, al margen de esta cuestión la superposición es prácticamente total, lo que en principio merece un juicio positivo. Cuestión distinta es que debido a la aplicación preferente del Código penal militar, por especialidad, los jefes y autoridades militares hayan de ser juzgados conforme a una normativa que no responde en absoluto a los principios generales del Estatuto de Roma, como es la constituida por los arts. 78 y 137 CPM. La existencia de una doble incriminación de conductas similares o idénticas en el Código penal común y en el militar, cometidas en el primer caso por cualquier persona y en el segundo sólo por militares, con algunas faltas de coordinación debidas a los distintos momentos en que se elaboraron ambos códigos, estando afectada España por distintas obligaciones internacionales (al respecto es decisiva la fecha del 21 de abril de 1989, cuando España ratifica los Protocolos I y II, momento en el que está en vigor el Código penal militar, pero el común no se modificaría hasta 1995, y en el aspecto que nos interesa hasta 2003), ha llevado a un importante sector doctrinal a proponer un cambio de técnica legislativa, consistente en la reelaboración del Código penal militar para hacerlo complementario del Código penal, eliminando el Título II y haciendo remisión al texto común para el castigo de las conductas que incluye, que podría aplicarse por la jurisdicción militar al ser militares sus autores.

V.

En cuanto a la responsabilidad del superior militar en el ordenamiento jurídico español se llega a las siguientes conclusiones:

- i. La responsabilidad del superior actualmente forma parte del derecho consuetudinario.
- ii. Se trataría de un delito *sui generis*, toda vez que es un corolario de los crímenes internacionales cometidos por los subordinados del superior militar, pero la responsabilidad de éste surge por sus propios actos, al no impedir o castigar dichos delitos, sabiendo o habiendo debido saber que se habían cometido se iban a cometer.
- iii. El CPM regula una especie de responsabilidad del superior en el art. 137 del CPM, sin embargo, dicho tipo penal resulta incompleto. De igual manera, el art. 78 del CPM podría abarcar esta especial forma de responsabilidad, sin embargo, la punibilidad del mismo es escasa y no recoge la esencia del delito analizado.
- iv. En nuestro ordenamiento jurídico, el precepto que regularía de una manera más precisa esta forma de responsabilidad sería el art. 615bis del CP, el cual puede aplicarse a las autoridades y jefes militares, tanto por órganos judiciales comunes como militares.
- v. La deficiencia técnica del CPM hace necesario que se produzca de forma inminente una modificación de dicho texto penal, recogiendo en el mismo los crímenes de guerra de igual manera que en el CP. También sería satisfactoria la solución de aprobarse una ley especial que regulase todos los crímenes previstos en el Estatuto de la CPI, pudiendo aplicar la misma

tanto los órganos judiciales comunes como los militares, dependiendo del sujeto activo del mismo.

VI.

La participación consiste en tomar parte, en cooperar en la ejecución de la acción típica llevada a cabo por el autor , y para que se de dicha participación es necesario que concurra además de la conducta de cooperación, el acuerdo de voluntades entre el autor y los partícipes que supone la concurrencia del dolo del partícipe.

Los subpárrafos (b) y (c) se refieren a otras formas de participación que en sí mismas sin embargo, suponen diferentes grados de responsabilidad. El subpárrafo (b) se refiere a una persona que ordena, solicita o induce a la comisión o tentativa de delito. El subpárrafo (c) preceptúa cualquier otra forma de auxilio ("ayuda", encubrimiento o cualquier otra forma de asistencia ... incluyendo la provisión de medios) en la comisión o tentativa de delito "por el propósito de facilitarlo". Generalizando, la participación en el caso del subpárrafo (b) supone un grado mayor de responsabilidad que en el caso del subpárrafo (c).

El subpárrafo (c), como forma más débil de complicidad, comprende cualquier acto que contribuye a la comisión o a la tentativa de delito. La única limitación es de índole subjetiva en cuanto que el cómplice debe ayudar o facilitar de alguna forma la comisión del delito. De otro lado, el subpárrafo (c) comprende toda forma de complicidad que no se encuentra contemplada por el subpárrafo (b). A primera vista surgen dos cuestiones. En primer lugar, debe ser suficiente y más razonable limitar la regla de complicidad a la inducción, al auxilio, y al encubrimiento. Estas formas de complicidad comprenden toda conducta que implica responsabilidad penal. En segundo lugar, y más importante, tiene que cuestionarse en qué consisten los requisitos mínimos de complicidad. El

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (ICTY") se refirió a estos criterios en el caso Tadic y sostuvo que el hecho en cuestión debía constituir una contribución directa y substancial para la comisión del delito. "Substancial" significa que la contribución tiene su efecto en la comisión, o en otras palabras, que debe tener – de un modo u otro – una relación causal con el resultado. Sin embargo, no exige necesariamente la presencia física en el lugar de los hechos. En Tadic, la Sala II ("Trial Chamber II") siguió un amplio concepto de complicidad basado en la teoría inglesa de la "*concerned in the killing*". De hecho, la Cámara no tomó el criterio "directo y substancial" muy en serio en tanto incluyó en el concepto de ayuda y encubrimiento "todo acto de asistencia por medio de palabras o gestos que sirvan para alentar o apoyar". Así, tras el silencio del Estatuto de Roma sigue la jurisprudencia internacional dejando abierta la cuestión. Queda por tanto para la futura jurisprudencia o para la doctrina la tarea de desarrollar directrices más concretas que permitan construir los requisitos mínimos de complicidad. Hay que decir con todo que en este momento no hay límites al concepto de responsabilidad del cómplice en el campo de los delitos internacionales.

El Estatuto de Roma no ofrece una solución para actos de complicidad posteriores a la comisión del delito, sólo incluye tales hechos en el concepto de complicidad si se basan en un plan de común acuerdo; de otra manera, la persona sería responsable por un delito distinto ("por favorecer el delito").

Por supuesto, nadie puede ser único responsable por su contribución al delito sin tener en cuenta la responsabilidad de otros participantes. Aunque esto no se encuentre expresamente en el Estatuto, se puede inferir del principio de culpabilidad y del principio de responsabilidad penal individual. Esto implica que la responsabilidad de cada participante tiene que determinarse individualmente sobre la base de su

contribución de hecho al delito en cuestión. Esto también excluye una forma de responsabilidad para actos de una tercera persona ("*vicarious responsibility*"). Por el contrario, el cómplice es responsable por su contribución al delito. Esta contribución determina el alcance de la imputación y de la culpa.

A diferencia del sistema español el Estatuto incluye al encubridor como forma de participación junto a la complicidad, pues como es sabido con el CP de 1995, siguiendo el sentir de la doctrina patria y la evolución de los textos prelegislativos en los que se apostaban por incluir las formas de encubrimiento como figura autónoma en la parte especial del CP, nuestro CP recoge ahora el encubrimiento como delito específico dentro de los delitos contra la administración de justicia. Dicha circunstancia así como el hecho de que se discuta mayoritariamente la posibilidad de participación posterior al delito; sus diferencias con la complicidad, y la inexistencia de un concepto unitario de encubrimiento, ha hecho valorar muy desfavorablemente la inexistencia de un concepto o definición de encubrimiento en el Estatuto de la CPI.

Por último, y considerando, que nos encontramos ante un fenómeno criminal que exige habitualmente de la «empresa criminal», el apartado d) del párrafo 3 del artículo 25, recoge una novedosa forma de participación inédita como tal en nuestros textos legales al incriminar a quien «contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común (...)». Se trataría de las contribuciones intencionales que ya con carácter decisivo o de cooperación necesaria ya como complicidad, se realicen a conductas manifestadas al menos con un principio de ejecución (tentativa o consumación) y realizadas por una colectividad de personas u organización.

Este carácter intencional de la contribución, implicaría según el texto del Estatuto, tanto el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del

grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte como el que aún sin concurrir dicho propósito, dicha contribución se lleve a cabo a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen. Como es sabido, el Estatuto ha tenido particularmente en cuenta para recoger este extremo los problemas que se plantearon en los juicios del Tribunal para la ex-Yugoslavia y los del Tribunal para Ruanda, en los que el criterio de intención complementaba y restringía el criterio objetivo amplio.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista Penal*, nº 14, Julio 2004, pp. 3-23.

<http://www.cienciaspenales.net>

AKHAVAN, P., “The Lord’s Resistance Army Case: Uganda’s Submission of the First State Referral to the International Criminal Court”, en *Am. J.Int. L.*, 2005, pp. 403-420

ALEXY, R.,

- “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, nº 5, 2001, pp. 75-95.

- “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín”, *DOXA*, Nº 23, 2000, pp. 197-230.

ALIA PLANA, M., “De las Ordenanzas de Carlos III a la responsabilidad penal del superior”, en *Revista Jurídico Militar*, nº 86, 2012.

ALLENT, T., *Trial Justice - The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, London, 2008.

ALVAREZ GARCÍA, J., “Obediencia y desobediencia al superior en los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado”, en CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., (dirs.), CUERDA ARNAU, M.L. (coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Prof. Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo I, Valencia, 2009.

AMBOS, K.

- Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *RDPCr*, UNED, 1999, n° 3, pp. 133-165.

- “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en *RP*, núm. 12, 2003, pp. 27-42.

- J. L. “Guzmán, “El caso chileno” en *Imputación de Crímenes de los subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Ed. Temis, Bogotá, 2008, pp. 71-84.

- Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, en *Journal of International Criminal Justice*, 5, 2007, pp.175-191.

- Amicus Curiae Brief in the matter of the Co-prosecutors’ Appeal of the Closing Order against Kaing Guek Eav “Duch” dated 8 August 2008”, en *Criminal Law Forum*, 2009, pp. 353-388.

- “Comentario sobre la Decisión de Confirmación de Lubanga”, en KLIP, A. Y SLUITER, G., *Comentarios sobre los Casos Principales de los Tribunales Penales Internacionales*, Vol. 23, 2010, pp. 744-746.

- “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret*, 2012, pp. 1-43.

- “Critical issues in the Bemba confirmation decision”, en *LJIL*, nº 22, 2009, pp. 715-726; en castellano en *Revista Penal*, nº 25, 2010, pp. 12-21.
- “Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals”, en *The International Criminal Court 2005-2007*, Vol. 23, Cambridge, 2010, pp. 744-746.
- *La parte general del Derecho penal internacional* (trad. Malarino), Montevideo, 2005 (Reimpresión Bogotá, 2006).
- “Judicial creativity at the Special tribunal for Lebanon: Is there a crime of terrorism under international law”, en *LJIL*, nº 24, 2011, pp. 655-675.
- The Fujimori Judgment: A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus”, en *JICJ*, nº 9, 2011, pp. 137-158.
- “Some Preliminary Reflections on the *Mens Rea* Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes”, en VOHRAH ET AL. (eds.), *Man’s Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, 2003.
- “The current Law of Crimes Against Humanity“, en *Criminal Law Forum*, nº 13, 2002, pp. 1-90.
- “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”, en *InDret*, nº 3/2011, julio 2011, pp. 1-25.
- “Article 25: Individual Criminal Responsibility”, en TRIFFTERER, O. (Ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2a ed., 2008.
- La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, en *ADPCP*, vol. LII, 1999, pp. 527-593.
- “Superior Responsibility”, en CASSESE, A., GAETA, P., JONES, J. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2002.
- *Principios e Imputación en el Derecho Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008

ANARTE BORRALLO, E., *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

ANTÓN ÓNECA, J., *Derecho penal, Tomo I, Parte General*, Madrid, 1949.

ARNOLD, R., “Article 28”, en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC. Observer’s, notes, article by article*, segunda ed., München et. al., 2008.

ARROYO ZAPATERO et al., (dirs.) *Comentarios al Código penal*, Iustel, Madrid, 2007.

ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law*, 6ª ed., Oxford, 2009.

BACIGALUPO ZAPATER, E.,

- *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.

- “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, Nº 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX (La Ley 20145/2008), pp.1-15.

BADAR, M.E. “Just Convict Everyone!” – Joint Perpetration: From Tadić to Stakićand Back Again” en *International Criminal Law Review*; Apr 2006, Vol. 6 Issue 2, pp.. 293-302.

BALDÓ LAVILLA, F.,

- *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que se derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

- “Algunos aspectos conceptuales de la inducción. A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos”, en *ADPCP*, 1989, pp. 1091-1123.

BANTEKAS, I.,

- *International Criminal Law*, Hart Publishing, 4ª ed., London, 2010.

- “The contemporary law of superior responsibility”, en *American Journal of International Law*, Vol. 93, no 3, 1999, pp. 573-595.

BARROS BOURIE, E., “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, A., “El derecho penal chileno ante el estatuto de Roma”, en *REJ*, N° 4, 2004, pp.111-122.

BASSIOUNI, M. CH.,

- *International Criminal Law*, I. Crimes, 2ª ed., Ardsley, 1999.

- *Crimes Against the Humanity in international criminal law*, Brill, 2ª ed., The Hague/London/Boston, 1999.

BERDUGO DE LA TORRE, et. al., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edi. Barcelona/Bilbao, 1999.

BERNALDO DE QUIRÓS, C./NAVARRO DE PALENCIA, A., *Teoría del Código Penal (su examen y crítica), Parte general*, Madrid, 1911.

BHUTA, N., "Fatal Errors. The Trial and Appeal Judgments in the Dujail Case", en *JICJ*, vol. 6, n° 1, 2008, pp. 39-65.

BLACK, H. C.: *Black's Law Dictionary*, 7ª ed., St. Paul, West Group, 1999.

BOAS, G., BISCHOFF, J., REID, N.,

-*International Criminal Law Practitioner Library, vol. I: Forms of Responsibility in International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2008.

- *Forms Of Responsibility In International Criminal Law, International Criminal Law Practitioner Library Series, Vol. I*, Cambridge, 2007.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BOLEA BARDON, C.,

- *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

- "La autoría mediata en algunos supuestos de error" *RDPCr*, n° 23, 2003, pp. 11-46.

BRUERA, M., "Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder", AAVV., *Nuevas Formulaciones en las Ciencias penales*. Homenaje a Claus Roxin, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 2002.

BUENO ARÚS, F.: "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998" en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela/Diplomática/Asociación

Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, J./HORMAZABAL MALARÉE, H.,

- *Nuevo Sistema de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004.

- *Lecciones de Derecho Penal, T. II*, ed. Trotta, Madrid, 1999.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Supranacionalidad y justicia penal: La Corte Penal Internacional (1) y (2)”, en *AP*, no 35, 2003, pp. 871-894.

CADOPPI, A.: «La conspiracy nel Diritto inglese. Un interessante esempio di trasmigrazione di un istituto dalla parte speciale alla parte generale», en FORNASARI, G. (a cura di): *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di Diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002.

CALDERÓN SUSÍN, E.,

-“Delito de desobediencia”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 1245 y ss.

- “Trascendencia Penal y Disciplinaria de la insubordinación: la desobediencia”, en *La Jurisdicción Militar*, Madrid, 1992, pp. 311 y ss.

CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Bosch, Barcelona, 2001.

CARD, R., *Card, Cross and Jones Criminal Law*, Oxford, 2010, pp. 765-814.

CARUSO FONTÁN, V., “La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como solución a determinados supuestos de imputación individual dentro del ámbito empresarial”, en *RDP*, nº 9, 2003.

CASSESE, A., “La influencia de la CEDH en la actividad de los tribunales penales internacionales” en CASSESE Y DELMAS-MARTY, (Eds.) en *Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004.

CASTILLO ALVA, J.L: *Autoría mediata por dominio de aparatos organizados de poder. El dominio de la organización*. En: AA.VV.: Sistema Penales Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Enrique Bacigalupo en su sexagésimo quinto Aniversario, ARA Editores, Lima, 2003.

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*, ed. Dykinson, Madrid, 2000.

CEREZO MIR, J.,

- *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

- “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982

- *Curso de Derecho Penal, Parte I*, Tecnos, Madrid, 2004.

- *Curso de Derecho Penal, Parte II*, Tecnos, Madrid, 2004.

- *Curso de Derecho Penal, Parte III*, Tecnos, Madrid, 2004.

- *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964.

- *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

CLARK, R. S., “The mental element in international criminal law: The Rome Statute of the International Criminal Court and the elements of offences”, en *Criminal Law Forum*, nº 12, 2001, pp. 291-334.

COBO DEL ROSAL, M., *Derecho penal español (Lecciones), tomo II*, Madrid, 1960.

CORCOY BIDASOLO , M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, 1989.

CÓRDOBA RODA, J., *Notas al Tratado de Derecho penal de Reinhart Mourach*, Barcelona, 1962.

CRYER, R., FRI- MAN, H., ROBINSON, D., WILMSHURST, E., *An introduction to International Criminal Law*, Cambridge, 2008.

CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal conforme al “Código penal, texto refundido de 1944” Tomo I (Parte General) 12ª ed.*, Barcelona, 1956.

CUERDA RIEZU, A., “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión de Derecho penal español” en *ADPCP*, Tomo 45, mes 2, 1992, pp. 491-514.

CURY, E., *Derecho Penal, Parte General*, octava edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

DANNER, A.M., MARTÍNEZ, J.S., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law”, en *California Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 75-170.

DELMAS-MARTY, M., T

- The Contribution of comparative Law to a Pluralist Conception of International - Criminal Law”, en *J Int Criminal Justice*, 1 (1), 2003, pp. 13-25.

Interacciones entre el derecho comparado y el derecho penal internacional” accesible en

http://portal.veracruz.gob.mx/pls/portal/docs/PAGE/COLVER/DIFUSION/REVI STA_CONCIENCIA/REVISTANO.8/8.-MIREILLE%20DELMAS.PDF.

-*Crímenes internacionales y jurisdicciones internacionales*, Bogotá, 2004.

DE VICENTE REMESAL, J., “Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989)”, *Comentario Tercero, en Poder Judicial*, 2ª época, nº 25, marzo 1992, pp. 189-216.

DE VIZMANOS, T./ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al Código penal*, tomo I, Madrid, 1848.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.,

- *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

- “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de Justicia*, Nº 10, 2008, pp.13-61.

- “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría” en Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares, Curso 1998-1999,

número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. D. Luis García San Miguel, vol. VIII, Alcalá de Henares, 2000, pp. 53-88.

-“Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia (Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989)”, *Comentario Tercero, en Poder Judicial*, 2ª época, nº 25, marzo 1992, pp. 189-216.

DINSTEIN, Y., *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, 2009.

DONINI, M., “La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui”, *RIDPP*, 1984.

DONNA, E.A.,

- “*El concepto de autor*” en “*Dogmática y ley penal*. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo I, Madrid-Barcelona, 2004.

- “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*, UNED, 2001.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

DUBBER, M. D., “Criminalizing Complicity: A Comparative Analysis”, en *JICJ*, nº 5, 2007, pp. 977-1001.

DURKHEIM, E., *La División del Trabajo Social*, Trad. POSADA, C. G., Planeta Agostini, Barcelona, 1985.

EASTERDAY, J., “Obscuring Joint Criminal Enterprise Liability: The Conviction of Augustine Gbao by the Special Court of Sierra Leona”, en *Berkeley Journal of International Law*, vol. 3, 2009, pp. 36-46.

ESER, A., “Mental Element” en CASSESE, GAETA, JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, vol. I, 2002, pp 35-55.

ETCHEBERRY, A., *Derecho Penal*, Tomo II, 3ª edición, , Editorial Jurídica de Chile, Santiago,1997.

FARALDO CABANA, P.,

- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- “La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder”. *AFDUDC*, N° 13, 2009, pp. 145-163.

- “Formas de autoría y Participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su equivalencia en el Derecho penal español”, en *RDPC*, 2ª época, no 16, 2005, pp. 29-78.

- “Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa”, en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, ed. Colex, Madrid, 2008, pp. 1-37.

- *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.

FIGUEIREDO DÍAS, J., “Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el “dominio de la organización”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C/ANARTE BORRALLO, E. (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp 99-107.

FEIJÓO SÁNCHEZ, B.,

- “La participación imprudente y la participación en el delito imprudente en el derecho penal español. Reflexiones provisionales sobre la normativización de la autoría y la participación y comentario a la STS de 21 de marzo de 1997” en *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor J. M. Valle Muñiz*, Aranzadi, Elcano, 2001, pp. 229-272.

- “Una polémica doctrinal interminable: ¿son típicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?”, en *La Ley*, Nº 1, 2000, pp.1600-1621.

- *Límites de la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?* Comares, Granada, 1999.

Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva, Madrid, Ediciones Reus S.A., 2007.

- “Responsabilidad penal del superior y tratamiento jurídico-penal de la obediencia del subordinado”, en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal*, Madrid, 2011, pp. 1747-1750.

- “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal”, en *RDPC*, nº 1 extraordinario, 2000, pp. 93-138.

FENRICK, W. J.: “Article 28. Responsibility of Commanders and Other Superiors” en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal: Observers' Notes, Article by Article*, 2ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 515-522.

FERNÁNDEZ FLORES Y DE FUNES, J. L., “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., Y BLECUA FRAGA, R. (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T.: “Autoría y participación en la criminalidad organizada”, en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M^a del R./SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.): *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, pp. 25-38.

FERRÉ OLIVÉ, J. C.,

“Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999, pp. 85-98.

FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, toma II, Murcia, 1947.

FLETCHER, G. P.,

- “New Court, Old Dogmatik”, en *LJIL*, n° 9, 2011, pp. 179-190.

- “Truth in Codification”, en *University of California Davis Law Rev.*, n° 31, 1998, pp. 745-763.

- *Conceptos Básicos de Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

FORNASARI, G. (a cura di): *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di Diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002.

GALÁN MUÑOZ, A., “La transposición a la normativa penal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma”, en *Revista penal*, nº 16, 2005, pp.72-87.

GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA DEL BLANCO, V., *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARROCHO SALCEDO, ANA M., “La responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Combo” en GIL GIL, A. (dir.) *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pp.147-184.

GARCÍA CAVERO, P., “La autoría mediara por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori, en www.zis-online.com

GARCÍA VÍTOR, E., “La tesis del “dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”, *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2001.

GIL GIL, A.,

- “Principales figuras de imputación a título de autor y partícipe en Derecho penal internacional: Empresa criminal conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 109, Época II, mayo, 2013, pp. 112-118.
- Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte penal internacional” en MORENO HERNÁNDEZ, M. (coord.). *El Estatuto de Roma*, México, 2004, pp. 136 y ss.
- *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2010.
- *Derecho penal internacional*, Tecnos, Madrid, 1999.
- “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado”, en *RDPC*, 2ª Época, nº 6, 2000, pp. 103-138.
- “Los Crímenes contra la Humanidad y el Genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/2%20alicia%20gil.pdf
- “El caso español” en AMBOS, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 93-134.
- “Los nuevos instrumentos de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en la legislación española”, en AMBOS, K., MALARINO, E. WOISCHNIK, J. (eds.), *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, 2005, pp. 159-168.
- *Bases para la persecución penal de los crímenes internacionales en España*, Comares, Granada, 2006.

GIMBERNAT ORDEIG, E.,

- *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambios, Madrid, 1966.

- “Omisión impropia e incremento del riesgo en el Derecho penal de empresa” en *ADPCP* Vol. LIV, 2001, pp. 5-26.
- “Causalidad, omisión e imprudencia”, en ROMEO CASABONA, C.M. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Granada, 1997, pp. 80 y ss.
- “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en *RPCP*, no 9, 1999, pp. 311-416.

GLANVILLE LLEWELIN, W., *Criminal Law. The General Part*, London, 1953.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.,

- “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)” en *ADPCP*, tomo 37, 1984, pp. 103-131.
- *Teoría jurídica del delito*, P.G, Civitas, Madrid, 1988.
- “La Parte General del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Actualidad Penal*, nº 41, 2003, pp. 1029-1043.

GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN J.M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, precedidos de una reseña histórica, 7ª ed., tomo III, Madrid, 1865.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización?: algunas consideraciones previas”, *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 88, 2006, pp. 119-153.

GÓMEZ RIVERO, Mª. C.,

- *La inducción a cometer el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

- “¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?”, en *Revista penal*, N° 18, 2006, pp. 102-123.
- “¿Aún un espacio de racionalidad para la obediencia debida? De su clásica problemática al Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en *Revista Penal*, n° 14, 2004, pp. 24-48.
- “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y de la participación”, en *La Ley*, 1996-I, pp. 1624-1628.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Libertad de información y teoría de la codelincuencia*, ed. Comares, Granada, 1998.

GONZÁLEZ RUS, J. J., “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría” en *Cuadernos de Derecho Judicial, Problemas de autoría, CGPJ*, Madrid, 1995, pp. 68 y ss.

GÓRRIZ ROYO, E., *El concepto de autor en Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta de justicia penal internacional*, Valencia, 2002.

GUSTAFSON, K., “ECCC tackles JCE”, en *JICJ*, vol. 8, 2010, pp.1323-1332.

GUTIERREZ RODRÍGUEZ, M.

- *La responsabilidad penal del coautor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001
- “La doctrina de la “empresa criminal conjunta” en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia”, en MUÑOZ CONDE, F., (coord.) *Problemas*

actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, 2008, pp. 1089-1110.

- "Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?" en GIL GIL, A. Y MACULAN, E., (Coords.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 413-467.

HAAN, V., "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *International criminal law review*, 5, 2005, pp. 167-201.

HANSEN, V., "What's Good for de Goose is Good for the Gander Lessons from Abu Ghraib: Time for the United States to Adopt a Standard of Command Responsibility Toward its Own", *Gonzaga Law Review*, 42 (3), 335, 2006/2007, pp. 335-414.

HASSEMER, W., "Los elementos característicos del dolo", en *ADPCP*, 1990, pp. 910-931.

HENCKAERTS, J.M. Y DOSWALD-BECK, L.,

- *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: CUP, 2005), citado por CRYER, R., "Of custom, treaties, scholars and the gavel: the influence of the international criminal tribunals on the ICRC customary law study", en [HTTP://EPRINTS.BHAM.AC.UK/165/1/ICRC_STUDY_-_R._CRYER.DOC](http://eprints.bham.ac.uk/165/1/ICRC_STUDY_-_R._CRYER.DOC).

- *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, Buenos Aires, 2007.

HENQUET, T., "Convictions for Command Responsibility under Articles 7(1) and 7(3) of the Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", en *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15, 2002, pp. 805-834.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS, F.J., *La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español comparado e internacional*, IUGM, Madrid, 2012.

HIRSCH HANS, J.: *Acerca de los límites de la autoría mediata. Derecho Penal. Obras completas. Libro homenaje*, t. I, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999.

HORMAZABAL MALARÉE, H., *Nuevo Sistema de Derecho penal*, Trotta, Madrid, 2004.

HRUSCHKA, J., "Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias", en RDPC, n° 5, 2000, pp. 189-220.

HUERTA TOCILDO, S.: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

HURTADO POZO, J.: *Manual de Derecho Penal Parte General I*, ed. Grijley, Lima, 2005

JAÉN VALLEJO, M., *Código penal comentado*, en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J./RODRÍGUEZ RAMOS, J. (Coords.), ed. Akal, Madrid, 1990.

JAKOBS, G.,

- *La imputación objetiva en Derecho penal*, (traduc. CANCIO MELIÁ, M.), ed. Ad Hoc, Madrid, 1996.

- *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (traduc. CANCIO MELIÁ, M./FEIJOÓ SÁNCHEZ, B.) Civitas, Madrid, 2003.

- “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad” (traduc. CANCIO MELIÁ, M.), en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, volumen II, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 93-116.

- *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Joaquín Cuello Contreras), Marcial Pons, Madrid, 1995.

JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870, Tomo I, Libro I* (artículos 1 al 214), Salamanca, 1928.

JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4.a ed., Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA. L., *La Ley y el delito. Principios de Derecho penal*, 4^a ed., México-Buenos Aires, 1963.

JORDASH, W., VAN TUYL, P., “Failure to Carry the Burden of Proof”, en *JICJ*, vol. 8, 2010, pp. 599-608.

JOSHI JUBERT, U., “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del TS”, *ADPCP*, 1995, pp. 657-683.

JUSTICE MOLOTO, J.B., “Command responsibility in international criminal tribunals”, en *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 3, 2009, pp. 12-25.

KARNAVAS, M.K., “Joint Criminal Enterprise at the ECCC. A critical analysis of two divergent commentaries on the Pre-Trial Chamber’s decision against application of JCE”, en *Criminal Law Forum*, vol. 21, diciembre de 2010, pp. 445-494.

KARSTEN, N., “Distinguishing Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba case at the ICC, en *JICJ*, No. 7, 2009, pp. 983-1004.

KITTICHAISEAREE, K., *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

LACRUZ LÓPEZ, J.M., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2010.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Los delitos de omisión: Fundamentos de los deberes de garantía*, Civitas, Madrid, 2002.

LAURENZO COPELLO, P., “Hacia la Corte Penal Internacional: los aspectos penales del Estatuto de Roma”, en *Jueces para la Democracia*, nº 38, 2000, pp. 93-104.

LESCH, H. H., *Intervención delictiva e imputación objetiva* (traduc. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 1995.

LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Barcelona, 2001.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1999.

LÓPEZ DÍAZ, C., “El caso Colombiano”, en *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Ed. Temis, Bogotá, 2008.

LÓPEZ PEREGRIN, M^a. C. *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

LUZÓN PEÑA, D. M.

- “La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado” ADPCP, tomo XLII, fascículo II, spt-dic., 1989

- “Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría” en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, Curso 1998-1999, número extraordinario en Homenaje al Prof. Dr. D. Luis García San Miguel, vol. VIII, Alcalá de Henares, 2000.

- “Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales” en *Revista de Derecho de la Circulación* 6/84.

- *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991.

LYONS, B., (co-defensor del acusado), “Tortured Law/Tortured Justice –Joint Criminal Enterprise in the Case of Aloys Simba”, en *ILSA Journal of International & Comparative Law*, nº 17, 2010-2011, pp. 459-471.

MAHLE, A. E., *The Yamashita Standard*, Justice & the generals, issues around the world, en: http://www.pbs.org/wnet/justice/world_issues_yam.html.

MANACORDA, S., MELONI, C., “Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approches in the Practise of International Criminal Law?”, en *JICJ*, vol. 9, 2010, pp. 159-178.

MARAVÉR GÓMEZ, M., “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad” en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 627-663.

MAQUEDA ABREU, M.L., *La desobediencia de los funcionarios públicos*, Sevilla, 1998.

MARÍN DE ESPINOSA, E., *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

MARKHAM, M., “The evolution of command responsibility in international humanitarian law”, en *Penn State Journal of International Affairs*, 2011, pp. 50-57.

MARTÍNEZ, J. S., “Understanding *Mens Rea*”, in Command Responsibility. From Yamashita to Blaskic and Beyoond”, en *JICJ*, n° 5, 2007, pp. 638-664.

MARTÍNEZ ALCANÍZ, A., “La responsabilidad del superior militar. Especial referencia al ordenamiento jurídico español”, en GIL GIL A., (dir.) *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 227-256.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico. Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J. L., “Definición de Militares”, en *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988.

MARSH, M. P./RAMSDEN, L. “Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to *Tadić*”, en *International Criminal Law Review*, Issue 1, 2011, pp. 137-154.

MARTSON, A./MARTÍNEZ, J., “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law”, *Vanderbilt Public Law Research Paper* N° 04-09; *Stanford Public Law Working Paper* N° 87, Marzo, 2004, pp. 1-88.

MEINI, I.,

- *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- *La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori*, Ara editores, Lima, 2010.

- “La autoría mediata de Abimael Guzmán por dominio de la organización”, en *idehpucp (Instituto de democracia y Derechos Humanos)*, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, http://www.alfonsozambrano.com/fujimori/autoria/am_abimael.pdf

- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal”, en *Nuevo foro penal*, n° 68, 2005, pp. 62-92.

- “Responsabilidad penal del superior jerárquico». En *Homenaje al Profesor Doctor Günther Jakobs*, Lima: Ara, 2005, pp. 129-156.

MELENDO PARDOS, M. J.,

- *Imputación subjetiva y error en el Estatuto de la Corte penal Internacional*, Barcelona, 2008.

- *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2010.

MELONI, C.,

- “Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approches in the Practise of International Criminal Law?”, en *JICJ*, vol. 9, 2010, pp. 159-178.

- “Fragmentation of the notion of co-perpetration”, en *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, 2012, pp. 482-504.

- “Command Responsabiliy Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?” en *JICJ*, no. 5, 2007, pp. 619-637.

METTRAUX, G.,

- “Joint Criminal Enterprise has Grown Another Tentacle!”, en *The International Law Bureau*, 18 de noviembre de 2009,

<http://www.internationallawbureau.com/index.php/author/guenael-mettraux/>

- *The law of Command Responsibility*, OUP, Oxford, 2009.

MIR PUIG, S., *Derecho Penal, Parte General*, 7ª ed., ed. Reppertor, Barcelona, 2004.

MUÑOZ CONDE, F.,

- *Teoría General del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- *Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?”, en *Revista Penal*, nº 6, 2000, pp. 104-114.
- “¿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 organizada y empresarial?”, *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Facultad de Derecho, Madrid, 2001.
- “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?”, en *Revista Penal*, nº 9, 2002, pp. 59-98.
- “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, en *JICJ*, nº 9, 2011, pp.113-135.
- *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

NAVAS CORONA, A., *Autoría y participación delictiva*, ed. Sic, Bucaramanga, 2002.

NERLICH, V., “Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?”, en *JICJ*, nº 5, 2007, pp. 665-682.

NÚÑEZ CASTAÑO, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Edi. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 2010.

NYBONDAS, M.L., *Command responsibility and its applicability to civilian superiors*, The Hague, 2010.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S. *Derecho penal, Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª edición, Madrid, 1986.

OHLIN, J.D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, 5 (2007), pp. 69-90.

OLÁSOLO ALONSO, H.,

- *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

- “Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, en *InDret*, 3/2009, pp. 1-24.

- El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de Crímenes de Guerra conforme al derecho penal Internacional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, nº 132, 2008, pp. 83-119.

- *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case” en *International Criminal Law Review* 4: 2004, pp. 475-526.

OLMEDO CARDENETE, M.,

- *Comentarios al Código penal, Tomo III* (dir. COBO DEL ROSAL), Madrid, 2000.

- “Artículos 27, 28 y 29”, en *Comentarios al Código penal* (Dir. COBO DEL ROSAL, M.), Tomo III (artículos 24 a 94), Edersa, Madrid, 1999.

- *La inducción como forma de participación accesorio*, Edersa, Madrid, 1999.

OLMO PASTOR, J.A., “Delitos contra los deberes del mando”, en RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., BLECUA FRAGA, R. (coords.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid, 1988, pp. 1633 y ss.

OSIEL, M., *Making Sense of Mass Atrocity*, New York, 2009, pp. 95-102.

PACHECO, J. F., *El código penal concordado y comentado*, I, 4ª ed., Madrid, 1870.

PARIONA ARANA, R.,

- *Autoría mediata por organización*, ed. Grijley, Lima, 2009.

- *La doctrina de la “disposición al hecho” ¿Fundamento de la autoría mediata en virtud de dominio por organización?* *JUS Doctrina & Práctica*, Editorial Grijley, Lima, 2008.

PARKS, W. H., “Command responsibility for war crimes”, en *Military Law Review*, vol. 62, 1973, pp. 1-104.

PAUST, J. J., “Superior Orders and Command Responsibility”, en BASSIOUNI, M. CH., (ed.), *International Criminal Law*, I. Crimes, 2ª ed., Ardsley, 1999, pp. 223-238.

PEÑARANDA RAMOS, E.,

- *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

- “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa*, nº 23, 2000, pp. 289-321.

PÉREZ ALONSO, E. J., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el Derecho Penal*, Edi. Comares, Granada, 1998.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J.P., “La responsabilidad del superior sensu stricto por crímenes de guerra en el derecho internacional contemporáneo”, en *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, nº 10, 2007, pp. 153-198.

PÉREZ MANZANO, M.,

- *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999,

- “La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995”, en *RDPC*, no1 extraordinario, 2000, pp.139-170.

PIGNATELLI Y MECA, F., *La sanción de los crímenes de guerra en el derecho español*, Madrid, 2003.

PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol social y sistema de imputación: una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, ed. Bosch, Barcelona, 2005.

POLITOFF LIFSCHITZ, S., “Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata. El autor detrás del autor. De la autoría funcional a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam. VOL. I. ARROYO ZAPATERO, L.A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, L. (Dir.). Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 1231-1284.

POSADA ECHEVARRÍA, P., “Una visión del dominio de la voluntad por organización y su aproximación al derecho penal colombiano”, *NFP*, 1999, N° 62, sep. – dic, pp. 25-41.

PREVOST, A. M. “Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of General Tomoyuki Yamashita”, en: *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, N°. 3, agosto de 1992, The Johns Hopkins University Press.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.ª CP)*, Bosch, Barcelona, 1986.

QUINTANO RIPOLLÉS, A.,

Curso de Derecho penal, Tomo I, Madrid, 1963.

“Delito de omisión”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, Barcelona, 1975.

QUINTERO OLIVARES, G.,

- *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, CYMYS, 1974.

- *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Elcano, 2002.

RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.

RAGUÉS I VALLÈS, R., “Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa”, en AA.VV., *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, 2001, pp. 243-284.

RALBY, I.M., “Joint Criminal Enterprise Liability in the Iraqi High Tribunal”, en *Boston University International Law Journal*, vol. 28, 2010, pp. 281-310.

RAMIRO RUEDA, R., *Elementos de Derecho penal*, Tomo I, 4ª ed. Santiago, 1898.

REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, 2003.

ROBINSON, P.H., “Criminal liability for omission”, en *New York Law School Law Review*, Vol. 29, núm. 101, 1984, pp. 101-124.

RODRIGUEZ MOURULLO, G.,

La omisión de socorro en el Código Penal, Madrid, 1966.

“El autor mediato en el Código penal” en *ACPCP*, 1969, pp. 461-488.

Comentarios al Código penal, tomo I, Barcelona, 1972.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A./RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho Penal, Tomo II, Parte especial*, Madrid, 1949.

RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L.,

- “Un estudio sobre la parte general del derecho penal en el Estatuto de Roma: los principios generales del derecho penal”, en *La Justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana*, Madrid, 2001, pp. 127-156.

- “La responsabilidad del superior jerárquico en el derecho penal internacional y en el ordenamiento penal español”, en *Revista Jurídico Militar*, no 76, 2012, pp. 1 y ss.
- “La reforma del Código Penal español por la Ley Orgánica 15/2003: un paso al frete en la criminalización de la barbarie”, en *Revista Española de Derecho Militar*, no 82, 2003, pp. 197-234.
- “Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000, pp. 133-162.

ROJAS CARO, J., “El poder de coerción directa del superior jerárquico en el ejército”, en GONZÁLEZ RUS, J.J. (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Madrid, 1996, pp. 751-760.

ROSO CAÑADILLAS, R., *Autoría y participación imprudente*, Comares, Granada, 2002.

ROXIN, C.,

Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Trad. Joaquín Cuello Contreras, ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

“Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal”, en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa (Trad. Bacigalupo Zapater), Buenos Aires, 1970.

“El Dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en *REJ*, nº 7, 2006, pp. 11-22.

“Problemas de autoría y participación en la criminalidad organiza”, en *Revista Penal*, nº 2, 1998, pp. 61-65.

“Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, *DP*, 1985, pp. 405-423.

RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en el derecho penal*, Edersa, Madrid, 1982.

SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., *Intervención delictiva e imprudencia*, Edi. Comares, Granada, 2004.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLEZ, J.,

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica trascendencia”, en *ADPCP*, T LI, 1998, pp. 319-364.

- *El denominado “delito de propia mano”. Respuesta a una situación jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal español*, Tomo I, 5a ed., Madrid, 1950.

SANCINETTI, M.: *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, ed. Lerner, Buenos Aires, 1988.

SCHEFFER, D., DINH, A., “The Pre-Trial Chamber’s Significant Decision on Joint Criminal Enterprise for Individual Responsibility”, en *Cambodia Tribunal Monitor*, 3 de junio de 2010, pp. 1-8, http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_scheffer_dinh_jc_e_commentary_3_june_2010.pdf

SCHOMBURG, W., “Jurisprudence on JCE – Revisiting a Never Ending Story”, en *Cambodia Tribunal Monitor*, 3 de junio de 2010, http://www.cambodiatribunal.org/sites/default/files/resources/ctm_blog_6_1_2010.pdf

SIMESTER, A. P., *et al.*, *Simester and Sullivan’s Criminal Law – Theory and Doctrine*, Oxford, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J. M.,

- “Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario” en *CPC*, nº 38, 1989, pp. 375 y ss.

- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

SOLÁ RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996.

SPINWALL, A.J., “Failures To Punish: Command Responsibility In Domestic And International Law”, en *Michigan Journal of International Law*, Vol. 30, 2009, pp. 1-52, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1262776

STEWART, J. G., “The End of “Modes of Liability” for International Crimes”, en *LJIL*, nº 25, 2012, pp. 165-219.

STRATENWERTH, G., *Derecho Penal PG. 1. El hecho punible, 2ª ed.*, EDERSA, Madrid, 1982.

STRYSZAK, M., “Command Responsibility: How Much Should a Commander be Expected to Know?”, en *Journal of Legal Studies (United States Air Force Academy)*, n° 27, 2002, pp. 27-81.

SUÁREZ GONZÁLEZ, M./CANCIO MELIÁ, C. “Estudio Preliminar” en *La imputación objetiva en Derecho penal*, edi. Civitas, Madrid, 1996.

SUÁREZ SÁNCHEZ, A., *Autoría*, Universidad Externado de Colombia, 3ª edición, Bogotá 2007.

TENA CALVO, J. A.: *Diccionario de expresiones y términos de interés policial y criminalístico. Inglés-español. Español-inglés*, Tecnos, Madrid, 2002

TIEDEMANN, K., “Sobre el estado de la teoría del error, con especial referencia al derecho penal económico y al derecho penal accesorio. Consideraciones de derecho comparado y conclusiones” en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. 2, Valencia Universitat, 1998, pp. 895-911.

TRAYLOR, A., “Uganda and the ICC: Difficulties in Bringing the Lord’s Resistance Army Leadership before the ICC”, *Eyes on the ICC*, vol. 23, 2009-2010, <http://www.americanstudents.us/Eyes6/Public/3.%20Traylor%20-%20Online%20-%20Preview.pdf>

TRECHSEL, S., “Command responsibility as a separate offense”, en *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 3, 2009, pp. 26-35.

VAN SLIEDREGT, E., *The criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, The Hague, 2003.

VOHRAH ET AL. (eds.), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/New York, 2003.

VIVES ANTÓN, T.S.,

- *Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de imprenta)*, Madrid, 1977.

- *Derecho penal, Parte General*, 5ª Edición, Valencia, 1999.

VON LISTZ, F., *Tratado de Derecho Penal* (traducción de la vigésima edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.) tomo III, 3ª ed., Madrid.

WATKINS, J.L., DEFALCO, R.C., "Joint Criminal Enterprise and the Jurisdiction of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", en *Rutgers Law Review*, vol. 63, 2010-2011, pp. 193-273.

WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept", en *JICJ*, nº 9, 2011, pp. 91-111.

WELZEL, H.,

- "Studien zum System des Strafrechts" en SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., *Teoría del delito imprudente: doctrina y regulación legal*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- *Estudios de Derecho penal*, Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2002.

- *Derecho penal alemán*, P.G., Traducida por BUSTOS RAMÍREZ/YAÑEZ PÉREZ, Chile, 1970.

- *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (traducido por CERESO MIR, J.), Ariel, Barcelona, 1964.

WERLE, G.,

- *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- “Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el Derecho penal internacional?” en *Revista penal*, n. 28, julio, 2011, pp. 197-206.

WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, 2ª ed., London, 1983.

WILLIAMSON, J.A., “Some considerations of command responsibility and criminal liability”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 90, no 870, 2008, pp. 303-317.

WILSON, W., *Central issues in criminal theory*, Portland (Oregon), 2002, pp. 95-223.