

Segunda edición revisada

Imputación de crímenes

de los subordinados
al dirigente
un estudio comparado

Kai Ambos (Coordinador)
Alemania

Ezequiel Malarino
Argentina

José Luis Guzmán
Chile

Alicia Gil Gil
España

Iván Meini
Perú

Claudia López Díaz
Colombia

gtz



Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

editorial
TEMIS S. A.

GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN
Instituto de Ciencias Criminales
Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional

Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente

Un estudio comparado

Segunda edición revisada

Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente

Un estudio comparado

Segunda edición revisada

Kai Ambos (Coordinador)
Alemania

Ezequiel Malarino
Argentina

José Luis Guzmán
Chile

Alicia Gil Gil
España

Iván Meini
Perú

Claudia López Díaz
Colombia

gtz



 Embajada
de la República Federal de Alemania
Bogotá

 editorial
TEMIS S. A.

 GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN
Instituto de Ciencias Criminales
Dept. de Derecho Penal Extranjero e Internacional

Con el auspicio de Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH. Proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional-, ProFis”. PN: 2007.9065.9-001.00

Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado
© Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH
Segunda edición revisada: febrero de 2009
ISBN: 978-958-8438-30-6

Coordinación de contenido: Kai Ambos
Coordinación editorial: Jadín Samit Vergara – José Julián Prieto

Fiscalía General de la Nación
Mario Iguarán Arana
Fiscal General de la Nación

Luis González León
Jefe Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y la Paz

© Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH
Bárbara Hess
Directora Agencia GTZ en Bogotá

Andreas Forer
Coordinador ProFis

© Editorial Temis S. A.
Calle 17, Núm. 68 D - 46, Bogotá D.C.
www.editorialtemis.com

Autores

© Kai Ambos, Alemania
© Ezequiel Malarino, Argentina
© José Luis Guzmán, Chile
© Alicia Gil Gil, España
© Iván Meini, Perú
© Claudia López Díaz, Colombia

Diseño editorial, diseño de la cubierta, diagramación y corrección de estilo
LYO Comunicaciones
Alfonso Ortega
Alba Lucía Forero Acevedo
E-mail: lyocomunicaciones@cable.net.co
Bogotá D. C., Colombia

Impresión

Nomos Impresores.
Bogotá D. C.

Las opiniones expresadas representan la opinión de sus respectivos autores.

Contenido

Abreviaturas usadas en el texto	9
Presentación a la segunda edición	11
Introducción y resumen	13
CAPÍTULO I. EL CASO ALEMÁN	17
I. Derecho aplicable	19
II. Jurisprudencia	20
III. Comentario	26
1. Instigación	26
2. Coautoría	27
3. Autoría mediata	28
4. Toma de posición y referencia al caso colombiano	30
Bibliografía	34
CAPÍTULO II. EL CASO ARGENTINO	39
I. Derecho aplicable	41
II. Jurisprudencia	42
III. Comentario	58
1. Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder	58
2. Autoría mediata en virtud de coacción	63
3. Participación necesaria	64
4. Coautoría	65
5. Inducción	65
6. Responsabilidad del superior	66
7. Toma de posición y referencia al caso colombiano	67
Bibliografía	68
CAPÍTULO III. EL CASO CHILENO	71
I. Derecho aplicable	73
II. Jurisprudencia	74
III. Comentario	77
1. Los hechos y su contexto judicial	77
2. El Derecho aplicable	77
3. Las inconsistencias del fallo –Nuestra opinión–	83
4. Referencia al caso colombiano	84
Bibliografía	85

CAPÍTULO IV. EL CASO ESPAÑOL	87
I. Derecho aplicable	89
II. Jurisprudencia	91
III. Comentario	99
1. La solución de la coautoría	100
2. La solución de la inducción y la cooperación necesaria	110
3. La admisión de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados	115
Epílogo	124
Bibliografía	125
CAPÍTULO V. EL CASO PERUANO	129
I. Derecho aplicable	131
II. Jurisprudencia	132
III. Comentario	134
1. Sentencia de primera instancia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N. 560-03)	134
2. Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 14 de diciembre de 2007 (Recurso de Nulidad N. 5385-200)	140
3. Referencia al caso colombiano	146
Bibliografía	156
CAPÍTULO VI. EL CASO COLOMBIANO	159
I. El derecho aplicable	161
II. Jurisprudencia	163
III. Comentario	173
1. La legislación derogada	175
2. La legislación vigente	181
3. Toma de posición	184
Bibliografía	188

Abreviaturas usadas en el texto

AN: Audiencia Nacional.

AT: Allgemeine Teil (Parte General).

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán).

BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisiones en materia penal del Tribunal Superior Federal alemán).

BT: Bundestag (Parlamento alemán).

BverfG: Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán).

Cfr.: Confrontar.

C.P.: Código Penal.

Crít.: Crítico, críticamente

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DDR: Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana).

DINA: Dirección de Inteligencia Nacional.

ELN: Ejército de Liberación Nacional, grupo guerrillero colombiano.

ECPI: Estatuto de la Corte Penal Internacional.

ETA: Euskadi Ta Askatasuna.

FARC: Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, grupo guerrillero colombiano.

FS.: Festschrift (Libro homenaje).

GA: General Assembly y Goldammer*s Archiv für Strafrecht (Revista alemana).

GAL: Grupos Antiterroristas de Liberación.

JR: Juristische Rundschau (Revista alemana).

Jura: Juristische Ausbildung (Revista alemana).

LK: Leipziger Kommentar (Código Penal alemán comentado).

LO: Ley Orgánica.

NJ: Neue Justiz (Revista alemana).

NJW: Neue Juristische Wochenschrift (Revista alemana).

NK: Nomos Kommentar y Neue Kriminalpolitik (Revista alemana).

nm: número marginal.

NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista alemana).
PCM-SL: Partido Comunista del Perú – Sendero Luminoso.
RDA: República Democrática Alemana.
Prot.: Protocolo.
RFA: República Federal Alemana.
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional.
SED: Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (Partido de la Unidad Socialista alemán).
S.R.L.: Sociedad de Responsabilidad Limitada
StGB: Strafgesetzbuch (Código Penal alemán).
STR: Strafrecht.
SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo español.
TS: Tribunal Supremo.

Presentación a la segunda edición

La primera edición de este libro ha sido presentada en Colombia a comienzos de 2008 y se agotó rápidamente dado el gran interés y la gran importancia del tema para Colombia y otros países. Además, existen algunos nuevos desarrollos en la jurisprudencia aquí presentada así como reflexiones más profundas de los autores como consecuencia de las discusiones que tuvimos durante las presentaciones mencionadas, razón por la cual decidimos publicar esta segunda edición rápidamente.

Kai Ambos, Göttingen, noviembre 2008

Introducción y resumen

El presente estudio fue realizado por encargo del proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional– (ProFis)”, que ejecuta la Agencia de Cooperación Técnica Alemana (Gesellschaft für technische Zusammenarbeit –GTZ) por encargo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania. La labor consistió en investigar y analizar las formas de imputación de crímenes de subordinados al dirigente en el Derecho Penal de países con legislación y casos similares a los colombianos. Los puntos de referencia fueron, en el plano normativo, los arts. 23, 24 del CP de 1980 (Decreto Ley 100 de 1980, Ley 5 del 24 de enero de 1979) y los arts. 29, 30 del CP de 2000 (Ley 599 del 24 de julio), así como, en el plano fáctico, los crímenes internacionales cometidos por los diferentes actores del conflicto armado colombiano. La relevancia de la cuestión para el caso colombiano, pero también para otros casos de macrocriminalidad, es evidente, pues en estas situaciones los dirigentes o superiores son los más responsables, dada su influencia y dominio sobre la ejecución de los hechos.

Seleccionamos inicialmente cinco países: Alemania, Argentina, Chile, España y Perú, por la similitud de su Derecho con el colombiano y la existencia de jurisprudencia sobre macrocriminalidad. Los informes nacionales tienen todos la misma estructura: los autores nacionales presentan el Derecho Penal aplicable, extractos de la sentencia más representativa y elaboran un comentario crítico sobre la sentencia y la discusión doctrinal. El resultado de este ejercicio comparativo es inequívoco: si bien en todos los países analizados la forma dominante de cómo imputar crímenes de los subordinados al dirigente es la autoría mediata, sobre todo donde existe jurisprudencia al respecto (Alemania, Argentina, Chile, Perú), se encuentran también otras posiciones en la jurisprudencia y doctrina.

En ALEMANIA, la Corte Suprema Federal (Bundesgerichtshof) tenía que determinar la responsabilidad de los dirigentes del Partido Socialista Alemán de la Unidad (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands) por las muertes ocurridas en la antigua frontera de la República Democrática Alemana, a consecuencia del régimen que imperaba en aquella Nación. La jurisprudencia ha considerado a los dirigentes como autores mediatos, recurriendo a la teoría del dominio del hecho en virtud del dominio de un aparato organizado de poder, elaborada por Roxin. Si bien existen voces que optan por una co-autoría o instigación en estos casos, la doctrina dominante sigue a Roxin y la jurisprudencia.

Los tribunales ARGENTINOS se han dedicado en repetidas ocasiones a la cuestión de cómo deben responder los superiores por los hechos de sus subordinados, en relación con los crímenes cometidos por el gobierno militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983. La jurisprudencia mayoritaria, y parte de la doctrina, considera al superior como autor mediato recurriendo a la misma teoría del dominio por organización. En doctrina y jurisprudencia también se ha propuesto solucionar esos casos a través de las siguientes formas de intervención criminal: autoría mediata en virtud de coacción, coautoría, inducción y participación necesaria. Una cuestión importante en este contexto, ante la ausencia de una previsión expresa en el Código Penal, es la base normativa de dónde poder derivar la autoría mediata.

En CHILE en 1993 fueron condenados dos altos oficiales del principal organismo de persecución y represión política del régimen militar que gobernó ese país entre 1973 y 1990, como coautores mediatos del homicidio de Orlando Letelier del Solar, ocurrido en Washington el 21 de septiembre de 1976. La sentencia hizo una combinación de dos formas de autoría mediata, aquella por dominio de una voluntad singular no libre y aquella por dominio de un aparato organizado de poder. El comentarista opina que la segunda carece de asidero en el Derecho chileno, y que la primera no era aplicable al caso, dada la plena responsabilidad penal del autor directo del crimen. En tales circunstancias, lo que procedía era una condena por inducción en quien impartió la orden, y por complicidad en el militar que la transmitió y facilitó su cumplimiento.

Los tribunales ESPAÑOLES no han aplicado nunca la autoría mediata por utilización de aparatos de poder jerarquizados. Ello se debe fundamentalmente a la amplitud con la que estos tribunales interpretan otras figuras como la coautoría (que en ocasiones se admite sin exigir intervención en fase ejecutiva, o sin analizar la esencialidad de la contribución) o la inducción (que el TS admite aun cuando se realice mediante personas interpuestas), y la posibilidad de castigar al partícipe con la misma pena que al autor, que concede la figura del cooperador necesario, todo lo cual hace innecesario acudir a nuevas construcciones. Pero, además, hasta ahora realmente los tribunales españoles no se han enfrentado –al menos en una sentencia condenatoria– a un supuesto que cumpla todas las exigencias de la autoría por aparatos de poder, pues los casos de organizaciones terroristas como ETA o los GAL, por su pequeño tamaño y las relaciones personales de sus integrantes, es dudoso que cumplan el requisito de la fungibilidad del instrumento. Por ello no puede tampoco decirse que la figura se rechace por la jurisprudencia y es posible que en un futuro llegue a ser aplicada, pues en una sentencia ya se ha admitido la autoría mediata con ejecutor responsable y en algún auto incluso se hace mención expresa de esta figura.

En el caso PERUANO es de suma importancia el proceso penal que se siguió contra Abimael Guzmán Reynoso, líder del grupo terrorista Sendero Luminoso, por delitos contra la vida (caso conocido como masacre de la comunidad de Lucanamarca). Fue la primera vez que los tribunales del Perú valoraron y utilizaron la tesis del autor mediato por dominio de la organización. La sentencia de primera instancia, si bien partió de la teoría de Roxin, estimó que el dominio de la organización requiere tan sólo de una rígida jerarquía y del aprovechamiento por parte del superior jerárquico de la predisposición de los ejecutores para realizar las órdenes ilícitas que reciban. La posibilidad de sustituir a los ejecutores y la marginalidad del aparato de poder del ordenamiento jurídico no constituirían requisitos del dominio de la organización. En la sentencia de segunda instancia, emitida por la Corte Suprema, se confirmó la pena de cadena perpetua impuesta a Guzmán Reynoso como autor mediato, pero se incluyeron como elementos del dominio de la organización la fungibilidad de los ejecutores y la ajenidad del aparato de poder del ordenamiento jurídico, tal como lo planteaba Roxin. En la resolución emitida por la Corte Suprema se aprecia un voto concordante que descarta la autoría mediata y asume que la intervención del organizador en estos casos es a título de coautor. El comentarista entiende la autoría mediata por dominio de la organización como un criterio más de imputación de responsabilidad penal, que tiene una especial capacidad de rendimiento en el Derecho Penal Internacional y en el tratamiento de la criminalidad organizada.

Finalmente, y de manera más extensa, se analiza una sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de COLOMBIA, que resolvió el caso “Machuca” en el que miembros de la guerrilla del Ejército de Liberación Nacional (ELN) dinamitaron un tramo del oleoducto de Coveñas-Caño Limón, produciéndose un incendio devastador que acabó con la vida de más de un centenar de personas, lesionó otras tantas y destruyó en buena parte la población de Machuca o La Fagua. Las diferentes instancias judiciales debían dar respuesta a la pregunta de si sólo los ejecutores materiales de esta conducta terrorista eran los responsables, o si también debía hacerseles responsables a los dirigentes de ese grupo guerrillero por su influencia, sus órdenes, su ejecución, por su posición jerárquica, por el modus operandi, por los juicios disciplinarios a los que fueron sometidos los autores por el error en el desarrollo de atentado, etc. La respuesta a este problema, como se verá, fue diversa. En efecto, mientras que la Fiscalía calificó a esos jefes como “coautores determinadores” (sic), el Juzgado de primera instancia como “coautores mediatos”, el Tribunal como “determinadores”, los Procuradores como “autores mediatos” y finalmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia como “coautores impropios”, lo cierto es que de sus argumentaciones podemos deducir que en ellas se describe y acredita plenamente los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que estructuran la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad

en virtud de aparatos organizados de poder, para deducir la responsabilidad penal de la cúpula del ELN por los delitos de terrorismo, lesiones, homicidios y rebelión. Por último, se llega a la conclusión que esta figura podía aplicarse incluso en vigencia del Código Penal de 1980 en su artículos 23 y de la forma de “autor trás el autor” con instrumento responsable en el nuevo artículo 29 de la Ley 599 de 2000.

Como coordinador de este estudio debo agradecer, en primer lugar, a los colegas de Argentina, Chile, España, Perú y Colombia, quienes, a pesar de sus múltiples compromisos, lograron terminar sus contribuciones no solamente en un periodo muy limitado de tiempo, sino también con alta calidad. Creo que ellos comparten conmigo la esperanza que este estudio sirva no sólo para los operadores de Derecho Penal en Colombia, sino también en otros países del continente.

Kai Ambos, Göttingen, Alemania, agosto de 2008

Capítulo I. El caso alemán



PROF. DR. KAI AMBOS

Nacido el 29 de marzo de 1965 en Heidelberg, Alemania. Realizó estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Albert Ludwig de Freiburg (Alemania), en Oxford (Gran Bretaña) y en München (Alemania). Primer examen estatal (1. Staatsexamen) 1990 en München, segundo examen estatal de juez (2. Staatsexamen) 1994 en Baden Württemberg/Tribunal provincial de Freiburg. Obtuvo su doctorado el 9 de diciembre de 1992 en la Universidad de München (Prof. Dr. Schüler Springorum), donde también tramitó su trabajo post-doctoral (Habilitation, con los Prof. Dr. Volk y Simma; involucrados también los Prof. Drs. Roxin, Schöch y Schönemann) que terminó en julio de 2001. Obtuvo la venia legendi para las materias Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología, Derecho Internacional y Derecho Comparado. Entre 1991 y 2003 se desempeñó, inter alia, como responsable de las áreas Derecho Penal Internacional (incluyendo Derechos Humanos) e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, en Freiburg, y como prof. asistente en la cátedra del Prof. Dr. Albin Eser.

El 7 de mayo de 2003 fue nombrado catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Universidad Georg August de Göttingen. Es Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen. El 24 de marzo de 2006 fue nombrado Juez del Tribunal Estadual de Göttingen. El 30 de abril de 2008 fue elegido Decano para Estudios (Studiendekan) de la Facultad de Derecho.

Principales líneas de investigación: Derecho Penal (internacional y comparado), Derecho Procesal Penal (internacional y comparado), Derecho Penal europeo.

I. Derecho aplicable

Código Penal 1871 (Strafgesetzbuch)

§ 25. *Autoría*

(1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o por medio de otro.

(2) Si varias personas cometen conjuntamente el hecho punible, se castigará a cada uno como autor (coautoría).

§ 26. *Instigación (inducción a delinquir)*

Se castiga igual al autor como instigador que a quien haya determinado dolosamente a otro para la comisión dolosa de un hecho antijurídico.

II. Jurisprudencia¹

Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal), 5º Senado, Sentencia del 26.7.1994 - 5 StR 98/94 (primera instancia: Tribunal Estatal de Berlín)²

Homicidio en autoría mediata en la frontera de la República Democrática Alemana

1. Los acusados³ son culpables de homicidio en autoría mediata (§§ 212, 25 StGB).

[...]

b) Según el Código Penal, los acusados son autores mediatos de homicidio. La cuestión de si los soldados de frontera, a su vez, actuaron culpablemente, puede ser dudosa bajo el examen del Derecho de la República Federal Alemana, porque la autoría mediata también entra en consideración cuando el ejecutor actúa con culpabilidad plena y con autoría calificada. El Senado ya ha decidido que, en casos como el que aquí se decide, los soldados de frontera podían ser autores y no sólo cómplices (BGHSt⁴ 39, 1 (31 s.) en: NJW⁵ 1993, 141).

aa) Es discutida la cuestión de si el hombre de atrás de un autor, que actúa con culpabilidad plena, puede ser autor mediato.

El legislador ha dejado intencionalmente abierta la pregunta y se ha limitado a la formulación de que autor también puede ser quien “comete por medio de otro” el hecho punible (§ 25 I StGB). En las sesiones de la

¹ Traducción de José R. Béguelin (Universidad de Buenos Aires) con base en la versión original alemana publicada en NJW 1994, p. 2703. Revisión y comentarios Kai Ambos.

² Sentencia publicada en NJ 1994, 210.

³ Los acusados fueron Heinz Keßler, antiguo ministro de defensa de la República Democrática Alemana (RDA), Fritz Streletz, antiguo viceministro de defensa y Hans Albrecht, todos miembros del Consejo Nacional de Defensa (Nationaler Verteidigungsrat). En la primera instancia fueron también acusados Erich Honecker (antiguo presidente del Consejo del Estado de la RDA), Willi Stoph (vicepresidente del Consejo del Estado) y Erich Mielke (jefe del Ministerio para la Seguridad del Estado, “Stasi”) pero por razones de salud de los procesados, estos procesos fueron archivados.

⁴ Colección de Decisiones del Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal) en asuntos penales.

⁵ NJW, la revista jurídica semanal más importante en Alemania.

Gran Comisión de Derecho Penal (*Große Strafrechtskommission*)⁶, la cuestión fue controvertida. La solución dada finalmente fue una de compromiso, en la que no se quiso decidir acerca de la valoración jurídica del ejecutor con responsabilidad plena (Cfr. BT-Dr IV/650, p. 149 así como el Protocolo de la Comisión Especial de Parte especial para la reforma de Derecho penal V, 1821, 1826; detalles en Roxin, en: *Festschrift [Libro Homenaje a] Lange*, 1976, p. 173 (174); cfr. también Roxin, en: *Leipziger Kommentar [LK]*, 11ª ed.⁷, § 25, número marginal [nm] 53).

La literatura no ofrece una idea uniforme. “Apenas está fuera de discusión algo más que el principio general de que también el autor mediato debe reunir en su persona todos los presupuestos de la autoría” (Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., p. 224; para las diferentes opiniones ver Dreher/Tröndle, StGB, 46ª ed., § 25 nm 3 y Lackner, StGB, 20ª ed., § 25, nm 2).

Es extendida la opinión de que la autoría mediata queda excluida cuando el ejecutor realiza por sí mismo el tipo de manera dolosa, antijurídica y culpable, incluso cuando sea debido a un error de motivación causado por el hombre de atrás (“principio de responsabilidad”). La responsabilidad penal de quien actúa de modo inmediato excluye, en virtud de la ley, la posibilidad de que sea considerado al mismo tiempo instrumento de otro (Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4ª ed., p. 601; Jakobs, *Strafrecht*, 2ª ed., p. 532; Wessels, *Strafrecht*, 22ª ed., p. 160; cfr. también Stratenwerth, p. 224)

Otros (Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht*, t. 2, 7ª ed., p. 260 (277); Baumann/Weber, *StrafR*, 9ª ed., p. 544; Cramer, en: Schönke/Schröder, StGB, 24ª ed., § 25 nm 8; cfr. también Herzberg, *Jura* 1990, 16) consideran en general posible la autoría mediata, también en el caso de un instrumento que actúa cumpliendo todos los elementos del delito, si el hombre de atrás mantiene el curso del acontecer “bajo control” y retiene así una “reserva de fuerzas” [...] “que lo capacita para emplear como mero instrumento al que actúa de modo inmediato” (Maurach/Gössel/Zipf, *lug. cit.*, p. 260).

Según Roxin (LK, 11ª ed. § 25 nm 54), el dominio del hecho del hombre de atrás que no participa en la ejecución de la acción típica—con prescindencia de los casos en que al instrumento le falta una especial posición de deber

⁶ Esta comisión fue establecida en el año 1954 y fue compuesta por 24 miembros (entre ellos catedráticos, jueces y diputados), trabajó hasta 1959 y produjo varios proyectos de ley, entre ellos el de 1962 (“E 1962”, Bundestags-Drucksache IV/650).

⁷ Existen ediciones posteriores de los comentarios y manuales citados en la sentencia; algunas serán citadas en el comentario abajo.

o intención requerida por el tipo— sólo es posible cuando el hombre de atrás domina el acontecer por medio de una coacción al ejecutor, o cuando generando o aprovechando un error dirige el acontecer desde atrás, o cuando se sirve de un aparato de poder organizado en el que quienes actúan de manera inmediata son en gran medida intercambiables.

En la literatura existe amplio acuerdo sobre la valoración de autores que han actuado en el marco de aparatos organizadores de poder. Aquí, a pesar de que el ejecutor actúa con tipicidad completa, el hombre de atrás y todo aquel que, con poder de mando independiente en el marco de la jerarquía, transmite la orden de delinquir (Roxin, en: LK, § 25 nm 133), han de ser autores mediatos, porque la fungibilidad del ejecutor confiere al autor de escritorio el dominio del hecho (Stratenwerth, p. 226; Wessels, p. 160; Roxin, en: LK, § 25 nm 25, 128; Dreher/Tröndle, § 25 nm 3; cfr. también Maurach/Gössel/Zipf, p. 278). En este contexto, se llama la atención en parte al hecho de que lo mismo debería valer para estructuras como las de la mafia (Stratenwerth, p. 224).

Los partidarios de un principio de responsabilidad plena (Jescheck, p. 607; Jakobs, p. 649; Samson, en: SKStGB, § 25, nm 36) se deciden en estos casos por la coautoría, y en parte por la coautoría o la instigación (Jakobs), básicamente porque no aceptan un autor detrás del autor. A ellos se opone Roxin (en: LK, § 25 nm 131): el hecho de que el “hombre en la central” deje la ejecución completamente en manos del instrumento puesto por él, a menudo sin conocimiento personal, habla en contra de una coautoría que se caracteriza por un comportamiento de división de tareas; y la decisión común al hecho, que define a la coautoría, significa más que la sola consciencia de pertenecer a la misma organización.

El BGH ha explicado en diversas sentencias que el autor mediatos ejecuta el hecho por medio de otro que no es en sí mismo autor (BGHSt 2, 169 (170), en: NJW 1952, 554; BGHSt 30, 363 (364), en: NJW 1982, 1164). Esta definición del concepto, que se corresponde con la teoría del principio de responsabilidad, no es, entretanto, fundamental en las sentencias mencionadas (BGHSt 35, 347 (351) en NJW 1989, 912). En otra serie de fallos el BGH parte, sin más fundamentación, de la autoría mediata del hombre de atrás en casos de ejecutores que actúan con responsabilidad plena: así, la sentencia BGHSt 3, 110, en: NJW 1952, 1024 aceptó ya, en una denuncia verdadera que había conducido a una pena de muerte antijurídica —ciertamente no ejecutada—, un homicidio intentado, doloso y antijurídico en autoría mediata por parte del denunciante y destacó que la antijuridicidad tenía que ser juzgada por igual en cada participante, incluido el juez, de manera que se debía partir de una conducta típica completa del juez como ejecutor. La sentencia BGHSt

32, 165 (178), en: NJW 1984, 9317 –Pista de despegue Oeste– subraya que la participación en actividades violentas en el sentido del § 125 StGB puede ser realizada también por el líder intelectual –quien no estaba presente en el lugar– como autor mediato, porque él “domina el acontecer en virtud de su voluntad superior” y tiene “en sus manos la causación del resultado” (Cfr. al respecto BVerfGE⁸ 32, 236 (269), en: NJW 1991, 91; Dreher/Tröndle, § 125 nm 6; Roxin, en: LK, § 125 nm 58). En la sentencia BGHSt 37, 106 (en: NJW 1990, 2560 - Responsabilidad por el producto), el BGH toma como obvio, en el caso de los gerentes de una S.R.L., lesiones peligrosas por omisión cometidas en autoría, sin probar si las personas encargadas de la posterior distribución del producto y hasta el minorista conocían el peligro y si, en consecuencia, actuaron ellos mismos con culpabilidad plena. Lo mismo vale para la sentencia BGHSt 38, 325, en: NJW 1992, 3247. Allí se confirmó la condena de un alcalde por contaminación dolosa de aguas (§ 324 I StGB), porque había omitido impedir que los propietarios de los terrenos –que por eso fueron de igual modo perseguidos jurídico-penalmente– vertieran en los sumideros aguas residuales sin depurarlas previamente.

Por último, en la sentencia BGHSt 35, 347 (en: NJW 1989, 912 – Caso del “Rey de los gatos”) el BGH afirmó una autoría mediata en el caso de un ejecutor que actuó con culpabilidad –reducida– que, sin embargo, se encontraba bajo un error de prohibición evitable y como fundamentación expuso que, en todo caso, en los supuestos como éste la cuestión no depende de si el ejecutor actúa culpablemente, sino del dominio objetivo del hecho del hombre de atrás asumido por su voluntad de autor. Una delimitación semejante se corresponde con los principios también determinantes para diferenciar entre autoría inmediata y participación.

bb) El Senado es de la opinión que con ello se evidencian criterios acertados de demarcación para los casos de autoría mediata.

(1) Si alguien actúa sin error y con plena capacidad de culpabilidad, su hombre de atrás no será, por regla general, autor mediato. Esto es válido especialmente para casos en que el autor que actúa de manera inmediata domina ampliamente el acontecer no sólo jurídica sino sobre todo fácticamente y además quiere dominarlo. Entonces el hombre de atrás no tendrá, por regla general, dominio del hecho.

⁸ Colección de Decisiones del Bundesverfassungsgericht (Corte Constitucional Federal).

(2) Empero, hay grupos de casos en los que, pese a que el ejecutor actúa con responsabilidad plena, el aporte del hombre de atrás conduce casi automáticamente a la realización del tipo buscada por él. Lo anterior puede darse cuando el hombre de atrás se sirve de determinadas condiciones previas a través de estructuras de organización, dentro de las cuales su aporte al hecho desencadena cursos regulares. Semejantes condiciones previas asociadas a cursos regulares entran en consideración particularmente en estructuras de organización estatal, empresarial o de tipo comercial y en jerarquías de mando. Si en un caso tal el hombre de atrás actúa conociendo estas circunstancias, si se sirve en particular también de la predisposición incondicionada del que actúa de modo inmediato para cumplir el tipo y si quiere el resultado como consecuencia de su propio actuar, entonces es autor en forma de autoría mediata.

Él tiene el dominio del hecho. Domina el acontecer en verdad mucho más de lo que se exige en otros grupos de casos en los que la autoría mediata se acepta sin reparos, como por ejemplo, en el empleo de un instrumento plenamente responsable que sólo por falta de una posición especial y personal de deber, o por falta de una intención especial exigida por el tipo, no puede ser autor. También en el empleo de instrumentos que actúan bajo error o con incapacidad de culpabilidad, son frecuentes constelaciones de casos en los que el autor mediato tiene en sus manos la realización del resultado de modo mucho menos intenso que en los supuestos descritos.

El hombre de atrás, en los casos como el que aquí se decide, tiene también la completa voluntad de dominio del hecho si sabe que la decisión contraria a derecho, que aún ha de ser tomada por el ejecutor, pero dada ya de antemano por las condiciones previas, no representa un obstáculo para la realización del resultado querido por él. En tales casos, no tratar al hombre de atrás como autor no se correspondería con el significado objetivo de su aporte al hecho, dado que con frecuencia la responsabilidad no disminuye cuanto mayor es la distancia del lugar del hecho, sino que aumenta (F.-C. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 166). Una autoría mediata, así entendida, entra en consideración no sólo en el abuso de autorizaciones para el ejercicio de poder estatal sino también en casos de delitos organizados al modo de la mafia, en los cuales la distancia espacial, temporal y jerárquica entre la cumbre de la organización responsable por las órdenes y los que actúan de manera inmediata habla en contra de una coautoría con división de tareas. El problema de la responsabilidad en el funcionamiento de empresas económicas también puede resolverse de esta forma. Además, una autoría mediata así entendida también entra en consideración en casos en los que el autor se sirve conscientemente de un aparato estatal que actúa en forma contraria a derecho para perseguir sus propios objetivos, como en los hechos en que se basó la sentencia BGHSt

3, 110, en: NJW 1952, 1024, Esta solución no depende de la cuestión, probablemente difícil, de resolver en el caso concreto acerca de la buena o mala fe del que actúa de modo inmediato.

cc) Según estos principios, no puede ser dudoso que los tres acusados [...] han matado dolosamente en autoría mediata (§§ 212 I, 25 I StGB). [...]

Los acusados, como integrantes del Consejo Nacional de Defensa, hacían parte de una comisión cuyas decisiones eran presupuestos vinculantes para las órdenes fundamentales sobre las que se basaba el régimen de frontera de la RDA [República Democrática Alemana]. Ellos sabían que las órdenes basadas en las decisiones del Consejo Nacional de Defensa serían ejecutadas. La información sobre las víctimas de las minas de la frontera y de la orden de disparar les había sido presentada. Los ejecutantes de las acciones que condujeron inmediatamente a homicidios actuaron como subalternos en una jerarquía militar en la que sus roles estaban preestablecidos.

Los acusados tampoco tenían frente a Honecker⁹ un rol completamente subordinado. Si bien el poder de Honecker, que reunía en su persona los cargos más importantes del partido y del Estado, podía ser vasto, los acusados, entretanto, también tenían cargos significativos en el partido y en el Estado: Keßler fue designado miembro de la presidencia del SED (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*, Partido Socialista Alemán de la Unidad) luego de su fundación; más tarde, del Comité Central; también fue Viceministro de Defensa Nacional, Jefe de la Administración Política Principal del SED, a su vez subordinada al Comité Central del SED, y finalmente Ministro de Defensa Nacional. Streletz fue, desde 1981, miembro del Comité Central del SED y en 1971 recibió de Honecker el importante cargo de Secretario del Consejo Nacional de Defensa. Además, ocupó altos cargos militares. Por último, Albrecht fue, desde 1963, miembro del Comité Central del SED y en 1972 fue designado miembro del Consejo Nacional de Defensa como Primer Secretario de la Dirección de Distrito Suhl del SED. Su carácter de miembro es un ejemplo de cómo el peso del SED era significativo en los órganos estatales.

⁹ Erich Honecker fue el último presidente del SED y Jefe de Estado de la RDA.

III. Comentario

En el caso analizado surgió, *inter alia*¹⁰, la pregunta acerca de cómo se puede *imputar a la cúpula* de la antigua RDA los asesinatos en la frontera interna alemana, es decir, los cometidos por soldados del Ejército Nacional Popular (Nationale Volksarmee) contra ciudadanos de ese Estado que decidieron vivir en la RFA y por ello tenían que cruzar la frontera –por cierto, fuertemente vigilada y asegurada–. Como bien muestra este caso, la jurisprudencia y la doctrina *dominantes* fundan en este tipo de casos la imputación en una *autoría mediata* basada en la teoría *roxiniana* del dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder (*infra* 3.). Sin embargo, existen también autores que quieren resolver estos casos invocando las formas de participación de *instigación* (*infra* 1.) o *coautoría* (*infra* 2.)¹¹.

1. INSTIGACIÓN

Cuando los dirigentes aprovechan determinadas condiciones marco organizativas para la realización de hechos delictivos a través de los subordinados se trata, según algunos autores¹², de instigación, pues consistiría en la provocación de un suceso ajeno. El único criterio confiable para distinguir entre autoría y participación sería el principio de responsabilidad. La realización responsable y dolosa del hecho penal por parte del subordinado lo coloca entre la orden y el resultado delictivo, de tal forma que impide la autoría de quien ordena. El poder de dominio real sería, como criterio, ficticio y, en definitiva, tan incomprensible como el muy criticado *animus auctoris*; por lo tanto tiene que ser rechazado. En muchos casos, el poder de conducción del inductor es claramente mayor al del autor mediato, cuando, por ejemplo, se sirve de un asesino profesional en vez de un enfermo mental. Según esta posición, la distinción entre autoría y participación en virtud del criterio del poder de dominio del hecho efectivo generó –junto con la teoría del dominio por organización– múltiples inconvenientes: problemas

¹⁰ Los procesos trajeron más problemas, por ejemplo su legalidad frente a la Ley de Frontera de la RDA que dispone de una causa de justificación para los disparos en la frontera; ver Ambos, *Antijuridicidad* (1999).

¹¹ Sobre las formas de imputación del Derecho Penal Internacional ver: Ambos, *Principios* (2008).

¹² Herzberg, en: Amelung (comp.), *Verantwortung* (2000), p. 33 y ss.; Köhler, *Strafrecht* (1997), p. 510 y s.; recientemente ver Rotsch, *NStZ* 2005, p. 13 y ss.; Zazcyk *GA* (2006), 411, 414; NK-Schild, 2ª ed. 2005, § 25, nm 59 y s.; Noltenius, *Anstiftung* (2003), especialmente p. 288 y ss., 316 y ss., 322.; cfr. también Kindhäuser, *Strafrecht* (2006), p. 323.

en el marco de la autoría mediata respecto al ejecutor directo que actúa como instrumento doloso sin intención, así como también la ampliación exagerada de la autoría mediata en los casos de dominio psíquico por medio del hombre de atrás o bien en situaciones en las cuales el autor directo se encuentra en la zona fronteriza de una causa de exculpación (estado de necesidad provocado, error de prohibición evitable).

En contra de la instigación se han planteado innumerables argumentos, todos ellos convincentes: la instigación presupone la determinación del hecho y del autor, la que, normalmente, debe rechazarse en estos casos¹³. No se presenta ninguna situación típica propia de la instigación. Al hombre de atrás, en tanto dispone de un potencial lesivo del derecho mucho más grande, le es suficiente una orden ya que no tiene necesidad de buscar y convencer al ejecutor directo¹⁴. La “mera” instigación no aprehende correctamente la situación; sólo la autoría exterioriza los valores estructurantes de las categorías jurídicas y no contradice los principios sensatos de una imputación social, histórica y también jurídica¹⁵.

2. COAUTORÍA

Según otra opinión, estos casos sólo pueden resolverse adecuadamente a través de la coautoría¹⁶, pues la participación debe ser valorada como autoría. Los actos de la organización, en el marco de la ejecución de un hecho criminal con división de tareas, son aportes realizados y fundan por lo tanto una coautoría. El ejecutor hace suyo el plan criminal –en el sentido de una mera decisión de insertarse (*Einpassungsentschluß*)– de manera tácita¹⁷. La falta de superioridad *jurídica* –por sí sola relevante– del autor de atrás, excluye una calificación como autoría mediata. En razón de su decisión libre y responsable, el autor directo no está jurídicamente en una situación de inferioridad y, por lo tanto, está en el mismo nivel que el hombre de atrás. Su carácter intercambiable es un “dato naturalístico” irrelevante¹⁸.

¹³ Ambos, GA (1998), p. 232 y ss.; en castellano: *Dominio* (1998), p. 27 y ss.

¹⁴ Roxin, en: *Festschrift FS Grünwald* (1999), p. 555.

¹⁵ Roxin, en: *FS-Grünwald* (1999), p. 553; Roxin, *NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag*, p. 55 y s.; con mayor información bibliográfica Herzberg, en: Amelung (Comp.), *Verantwortung* (2000), nota 44.

¹⁶ Jakobs, *NStZ* (1995), p. 26 y s.; Jescheck/Weigend, *Strafrecht*, § 62, II, 8, p. 670; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht*, § 29, nm 147, p. 706 y s.; Kindhäuser, *Strafrecht* (2006), p. 323, en nota 37 con mayor información bibliográfica.

¹⁷ Otto, *Grundkurs*, § 21 nm 92.

¹⁸ Además, Jakobs se manifiesta en contra de la fungibilidad como criterio para

En *contra* de esta posición se ha dicho que vulnera el modelo legal de la coautoría; esto es, la comunidad en la ejecución del hecho¹⁹. Ante todo, falta la decisión conjunta de realizar el hecho entre quien ordena y el ejecutor, pues normalmente no se conocen entre sí. Empero, esta condición es irrenunciable, pues sin ella se pierden totalmente los contornos de la coautoría. Además, el hombre de atrás no realiza ninguna contribución para la ejecución conjunta del hecho y, precisamente, esto es lo que sirve para delimitar la inducción frente a la autoría mediata. Este punto de vista desconoce, particularmente, que la realización en coautoría se basa en una estructura horizontal, mientras que en los casos en cuestión predomina una estructura vertical entre el que ordena y el subordinado. La Corte Suprema Federal alemana habla, en tanto, de una “distancia espacial, temporal y jerárquica”²⁰. Finalmente, es imposible resolver en la práctica casos de criminalidad masiva con 10.000 coautores²¹.

3. AUTORÍA MEDIATA

Conforme con la teoría del dominio por organización concebida por Roxin²² y asumida tanto por la opinión dominante²³ como por la juris-

determinar el dominio por conducción de otro con el argumento de que, por lo menos en Estados “ideológicamente rígidos”, aún los cargos más altos pueden ser reemplazados (tal como sucedió en Argentina). Visto de esta manera, el dominio por conducción debería estar en el sistema mismo y, consecuentemente, todos sus integrantes serían ejecutores materiales.

¹⁹ Roxin, en: *FS-Grünwald* (1999), p. 553; Roxin, *NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geb.*, pp. 54 y s.

²⁰ BGHSt 40, 218, 237 ver *supra* b) bb) (2).

²¹ Vest, *Genozid* (2002), p. 398.

²² Roxin, GA (1963), 193 (p. 200 y ss.); Roxin, *Täterschaft* (2006), p. 242 y ss.; Roxin, *NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geb.*, pp. 52 y s.

²³ Mayores referencias bibliográficas en Ambos, *Der Allgemeine Teil* (2002), p. 591; más actualizado: Ambos, *Parte General* (2006), pp. 216 y ss. Desde entonces Roxin ha afirmado su posición (*FS-Schroeder*, pp. 387 y ss.; *Täterschaft* (2006), pp. 704 y ss.), apoyado –aún con críticas– por la doctrina dominante, entre otros Schlösser, JR (2006), pp. 104 y ss., 108; el mismo, GA (2007), pp. 161 y ss.; Jäger, *Strafrecht* (2006), p. 178; Wessels/Beulke, *Strafrecht* (2007), pp. 193 y s.; Radtke, GA (2006), pp. 350 y ss.; en ese sentido también Langneff, *Beteiligtenstrafbarkeit* (2000); Schlösser, *Tatherrschaft* (2004); Urban, *Organisationsherrschaft* (2004). Muy críticos, hasta rechazando la figura de la autoría mediata en forma del dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder, se pronuncian Schünemann, *FS-Schroeder*, pp. 401 y ss. (“Durchlöcherung des Verantwortungsprinzips”, pero en el resultado de acuerdo); Wolf, *FS-Schroeder*, pp. 415 y ss. (“gestufte Täterschaft”); Zieschang, *FS-Otto*, pp. 505 y ss., pp. 515, 517, 524; Zaczyk, GA (2006), pp. 411 y ss.; Rotsch, NStZ (2005), p. 18. Véase también la literatura citada en notas 12 y 16. Acerca de la recepción de esta figura en la jurisprudencia

prudencia²⁴, en estos casos el hombre de atrás predomina en virtud del dominio de la voluntad del aparato organizado y sus integrantes. Esta forma independiente de la autoría mediata se funda en la fungibilidad del autor directo y en el dominio automático del subordinado, condicionado por medio de aquel aparato. El hombre de atrás realiza el hecho a través de algún ejecutor perteneciente a la organización que dirige. En virtud de las condiciones marco organizativas, el autor directo es fungible, carente de significado y su individualidad es casual. Se convierte en una rueda del engranaje, en una herramienta del hombre de atrás. La decisión libre y responsable del ejecutor no modifica en absoluto la situación y no representa ningún impedimento esencial para establecer la autoría del hombre de atrás. El dominio por organización, ejercido en virtud del aparato, reduce el significado de la responsabilidad del autor directo y, al mismo tiempo, agrava la del autor de atrás a medida que se asciende en la jerarquía. La fundamentación de esta teoría hace referencia a otros casos de autoría mediata (del instrumento doloso que actúa sin la necesaria intención en un delito doloso), en los cuales un dominio del hecho mucho más débil funda la autoría. La jurisprudencia exige, además, que en tal tipo de casos el hombre de atrás aproveche la disposición incondicional del autor directo para la realización del tipo penal²⁵.

En *contra* de este punto de vista se plantearon las objeciones principales de las dos interpretaciones contrarias a la figura del “autor detrás del autor”, según las cuales la autoría (mediata) del autor de atrás naufraga ante el principio de responsabilidad, esto es, ante la decisión libre del ejecutor²⁶. Además, faltaría la concreta fungibilidad del autor directo, pues el mismo hecho no podría realizarse en caso de que aquél se negase²⁷.

penal internacional véase Kreß, GA (2006), p. 304 y s., y Ambos, *Internationales Strafrecht* (2008) § 7 nm 29 y ss.

²⁴ BGHSt 40, 218 (Cfr. *supra*); también BGH NJW (2000), pp. 443 y ss.; BGHSt 45, 270, 296 y ss.; 48, 77. Extendiendo la figura del dominio del hecho a estructuras no-estatales: BGHSt 48, 331 y ss.; 49, 147; BGH, sentencia del 3 de julio de 2003 – 1 StR 453/02; auto del 2 de noviembre de 2007 – 2 StR 384/07. Con anterioridad, la Cámara Federal de Buenos Aires asumió la teoría de Roxin, cfr. la sentencia, dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en pleno. 2 tomos, Buenos Aires, 1987; ver también Ambos, *Dominio* (1998), pp. 39 y ss.

²⁵ BGHSt 40, 218, 236. Cfr. *supra* b) bb) (2). Este criterio se remite claramente a Schröder (JR 95, 177-180).

²⁶ Herzberg, en: Amelung (Comp.), *Verantwortung* (2000), pp. 33 y ss.; Köhler, *Strafrecht* (1997), p. 510; Jakobs, NStZ (1995), p. 26.

²⁷ Herzberg, en: Amelung (Comp.), *Verantwortung* (2000), p. 38.

4. TOMA DE POSICIÓN Y REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

1. Como consecuencia de las razones expuestas, establecer la responsabilidad con la figura del *instigador no es convincente*, pues el hombre de atrás tiene más responsabilidad que el instigador del hecho. Además, conforme a la comprensión actual, el instigador es sustancialmente diferente al autor “intelectual”²⁸. Finalmente, en los casos problemáticos los autores de atrás deben ser calificados “intuitivamente” como autores²⁹.

2. En contra de la *coautoría* puede señalarse que el hombre de atrás y el ejecutor no actúan en conjunto (§ 25 inc. 2 StGB)³⁰ y tampoco existe la relación horizontal típica de la coautoría.

3. Sólo la *autoría mediata* posibilita la comprensión valorativamente correcta del hombre de atrás como autor. Sin embargo, la teoría del dominio por organización, en definitiva convincente, necesita una mejor fundamentación que parta de una fungibilidad *abstracta* o bien posterior, en vez de concreta, y que entienda normativamente el principio de responsabilidad. Esto fue explicado con mayor detalle en otro lugar³¹, de tal forma que aquí sólo resulta necesario formular algunas observaciones adicionales. En este sentido, la teoría del dominio por organización puede entenderse como un “entrelazamiento” (*Verflechtung*)³² de componentes normativos y fácticos. Desde un punto de vista *fáctico*, el criterio del dominio por conducción brinda un elemento para determinar la figura central del suceso. El empleo de consideraciones *normativas* permite –excepcionalmente– atribuir ese rol también a un autor de atrás. Esto no tiene que ver ni con un punto de vista “descriptivo naturalístico”³³ ni con dos planteamientos “totalmente distintos” y “groseramente incompatibles” bajo el techo del dominio del hecho³⁴. Más bien, la combinación de componentes fácticos y normativos confirma claramente el entrelazamiento mencionado. En los sucesos problemáticos el poder de conducción se reparte sobre dos

²⁸ De otra opinión Köhler (*Strafrecht* (1997)) p. 510, quien coloca al instigador en la misma posición que al autor intelectual.

²⁹ Cfr. con mayor profundidad Ambos, *Der Allgemeine Teil* (2002), p. 593. En castellano *Parte General* (2006), pp. 219 y s.

³⁰ Por esta razón Bockelmann/Volk parten de una autoría accesoria (*Allgemeiner Teil* (1987), p. 182).

³¹ Cfr. Ambos, *Der Allgemeine Teil* (2002), pp. 590 y ss. En castellano *Parte General* (2006), pp. 220 y ss.

³² Roxin, en: Amelung (Comp.), *Verantwortung* (2000), p. 55.

³³ Köhler, *Strafrecht* (2000), p. 510; Jakobs, *NStZ* (1995), p. 27; Herzberg, en: Amelung (Comp.), *Verantwortung* (2000), pp. 40 y 48.

³⁴ Cfr. Herzberg, en: Amelung (Comp.), *Verantwortung* (2000), pp. 40 y s.

responsables. En el caso del autor directo se funda en su cercanía al hecho. En relación con el hombre de atrás que ordena, su responsabilidad resulta de la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor. Quien ordena tiene la organización en su mano, a través de la cual, en definitiva, el ejecutor material es dominado de manera mediata. En esta posición de influencia *indirecta* sobre el ejecutor hay también una diferencia decisiva con la inducción. El poder que tiene en la organización quien da las órdenes hace al ejecutor, por ello y *en tal medida*, intercambiable y sin importancia.

Como se ha dicho: la falla acertadamente constatada por Herzberg de una fungibilidad *concreta* y la existencia de una fungibilidad abstracta o posterior³⁵ no es un argumento convincente contra la teoría del dominio por organización; sólo evidencia que una determinación naturalística-descriptiva de la figura central del hecho no puede aportar ninguna solución convincente. Antes bien, las ponderaciones normativas hacen autor a quien ordena y/o controla. Su poder de conducción fáctica es sólo el punto de partida. Tiene carácter abstracto³⁶, no es comprobable en todos los casos y de ese modo es considerablemente relativizado³⁷.

De esta manera y partiendo de su poder de conducción fáctica, la autoría del autor de atrás se deduce de las siguientes *consideraciones normativas*: en la organización crece la responsabilidad por el hecho individual o concreto junto con la distancia del nivel de ejecución, esto es, con la ubicación elevada del puesto de mando (la perspectiva denominada *top-down*). Esta valoración fundamental³⁸, orientada a la responsabilidad, marca los casos problemáticos. Con su apoyo, son considerados autores dirigentes Hitler, Himmler, Honecker, Saddam Hussein o Milosevic. El poder fáctico de conducción, decreciente hacia arriba en la jerarquía de mando, es compensado al mismo tiempo con la responsabilidad de quienes están en las posiciones más altas. De esta manera, el punto de vista fáctico es corregido normativamente³⁹. La Corte Suprema

³⁵ Herzberg (en: Amelung [Comp.], *Verantwortung* [2000], p. 38) niega esto por ejemplo para los soldados apostados en la frontera de la RDA. Sólo ellos podían impedir una huida masiva, por lo cual un cambio posterior no habría tenido ninguna influencia; en el mismo sentido Ambos, *Der Allgemeine Teil* (2002), p. 598. En lengua castellana *Parte General* (2006), pp. 227 y s.

³⁶ Heine, JZ (2000), p. 925.

³⁷ Ambos, *Der Allgemeine Teil* (2002), p. 598. En castellano *Parte General* (2006), pp. 227 y s.

³⁸ Cfr. Münchener Kommentar-StGB/Kreß, §220a nm 100 con mayores referencias bibliográficas.

³⁹ Entendido como correctivo, Heine tiene razón cuando habla sobre un abandono

Federal alemana también eligió esta argumentación cuando fundamentó la autoría de la siguiente forma:

En tales casos, no tratar al hombre de atrás como autor no se correspondería con el significado objetivo de su aporte al hecho, dado que con frecuencia la responsabilidad no disminuye cuanto mayor es la distancia del lugar del hecho sino que aumenta⁴⁰.

Vale la pena enfatizar que con estas observaciones no hay ninguna recaída en la teoría subjetiva sino un perfeccionamiento de la teoría de la participación a la vista de nuevas formas de criminalidad. Con este trasfondo, son necesarias reflexiones adicionales para determinar si la teoría del dominio por organización requiere una *fundamentación autónoma*. De acuerdo con la visión tradicional, es una de las varias subformas de la autoría mediata en virtud del dominio por voluntad. Se la conceptualiza como una excepción del “autor detrás del autor”. Sin embargo, su relevancia práctica creciente ha generado más y más opiniones que reclaman una emancipación de la dogmática tradicional de la participación con argumentos dignos de atención, especialmente en el ámbito del Derecho Penal Internacional signado por formas de comisión colectivas⁴¹. Así, por ejemplo, el penalista suizo Hans Vest⁴² considera al aparato organizado de poder en sí mismo como la figura central del suceso típico, cuyo dominio del hecho contiene más que la suma de los dominios individuales de los partícipes. Aquí sale a la luz un *principio de imputación del hecho total (Zurechnungsprinzip Gesamttat)*, según el cual la organización criminal como un todo sirve como punto de referencia para la imputación de los aportes individuales al hecho⁴³, los cuales deben apreciarse a la luz de sus efectos en relación con el plan criminal general o en función del fin perseguido por la organización criminal. En consecuencia, puede hablarse de un *dominio organizativo en escalones*, de donde el dominio del hecho presupone, por lo menos, alguna forma de control sobre una parte de la organización⁴⁴. La distinción tradicional entre autoría y participación es

del modelo de la figura central conforme a la acción (JZ (2000), p. 924).

⁴⁰ BGHSt 40, 218, 237 en el mismo sentido *supra* b) bb) (2).

⁴¹ Ambos, *Der Allgemeine Teil* (2002), p. 614. En lengua castellana *Parte General* (2006), p. 242.

⁴² Vest, *Genozid* (2002), pp. 236 y ss.

⁴³ Cfr. fundamentalmente Dencker, *Kausalität* (1996), pp. 125 y ss., 152 y ss., 229, 253 y ss. y *passim*; del mismo, *FS Lüderssen* (2002), p. 525, pp. 534 y ss. Sus ideas son desarrolladas por Vest, *Genozid* (2002), pp. 214 y ss., 236 y ss, 303, 304 y ss., 359 y ss., en especial teniendo en cuenta el delito de genocidio.

⁴⁴ Cfr. Ambos, GA (1998), pp. 237 y s. Cfr. también, *Dominio* (1998), pp. 38 y s.; de acuerdo Vest, *Genozid* (2002), p. 239.

reemplazada por tres niveles de participación: el primer nivel, más elevado, está compuesto por los autores que planifican y organizan los sucesos criminales, esto es, los que como *autores por mando* (*Führungstäter*) pertenecen al estrecho círculo de conducción de la organización; en el segundo nivel encontramos a los autores de la jerarquía intermedia, que ejercitan alguna forma de control sobre una parte de la organización y por esto puede designárselos como *autores por organización* (*Organisationstäter*); finalmente, en el más bajo nivel, el tercero, están los meros *autores ejecutivos* (*Ausführungstäter*) que aparecen sólo como auxiliares de la empresa criminal global⁴⁵.

4. Tomando en cuenta todos los argumentos aquí analizados y desarrollados parece acertado afirmar una vez más, a modo de conclusión, que la teoría del dominio por organización contiene el punto de partida correcto para este tipo de casos, o sea, casos en los cuales los autores inmediatos o materiales actúan en el marco de una política de represión o persecución sistemática y/o generalizada, desarrollada y preparada por la cúpula de una organización estatal (la junta de un gobierno de facto, el comité ejecutivo del partido político dominante, etc.) o privada (un grupo armado paramilitar o insurgente, etc.).

5. Para el *caso colombiano* es necesario diferenciar de la siguiente manera: por un lado, el Código Penal de 1980 (Decreto – Ley 100 de 1980), en su art. 23, califica como autor a la persona “que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo.” Mientras que el “determinador” siempre se ha entendido en la doctrina colombiana como instigador o “autor intelectual” (diferente la doctrina argentina según el informe de Malarino en este libro), la conducta “realizar” puede ser entendida en sentido normativo de modo amplio, o sea, incluyendo la autoría mediata sin exceder la letra de la ley⁴⁶. Por otro lado, la (actualmente vigente) Ley 599 de 2000 (24 de julio) reconoce en su art. 29 como autor, *inter alia*, a quien utiliza “a otro como instrumento” y así claramente reconoce la autoría mediata en sentido tradicional, o sea con un autor material que no actúa con plena responsabilidad. Además, esta norma permite admitir también la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder pues se trata de un control de organización, o sea el dirigente domina al integrante de la organización como “instrumento” en sentido normativo.

⁴⁵ Cfr. Vest, *Genozid* (2002), pp. 29 y s., 240 y ss., 302.

⁴⁶ Me refiero al informe de Meini en este libro.

Bibliografía

- Ambos, Kai, “Zur ‘rechtlichen’ Struktur der Repression und strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung in Argentinien. Ein Kommentar aus juristischer Sicht”, en: Nolte (comp.), *Vergangenheitsbewältigung in Lateinamerika*. Frankfurt a.M. 1996.
- , *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- , *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze*. Goldammer Archiv für Strafrecht (GA), 1998, pp. 226-245.
- , *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- , *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*. Berlin, 2002.
- , *La parte general del Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, Temis y Duncker & Humblot, 2005, reimpresión Bogotá, Temis, 2006.
- , *Principios e imputación en Derecho Penal Internacional*, Barcelona, Atelier, 2008.
- , *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*. 2ª edic., München, 2008.
- Amnesty International, *Nicht die Erde hat sie verschluckt. “Verschwundene” – Opfer politischer Verfolgung*, Frankfurt a.M., 1982 (traducción de: Disappearance. A Workbook).
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. Lehrbuch, 11ª ed., Bielefeld, 2003.
- Blixen, Samuel, *Operación Cóndor. Del archivo del Terror y el asesinato de Letelier al caso Berríos*, Barcelona, 1998 (Original Montevideo, Uruguay, 1995).

- Bockelmann, Paul/Volk, Klaus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4ª ed., Munich, 1987.
- Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), *Nunca Más. Informe de la CONADEP*, Buenos Aires, 13ª ed., 1986.
- D'Andrea Mohr, *Memoria Debida*, Buenos Aires, 1999.
- Dencker, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlín, 1996.
- , "Beteiligung ohne Täter", en: C. Prittwitz et al. (comp.), Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden 2002, pp. 525-537.
- Heine, Günter, *Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten*. JZ 2000, pp. 920-926.
- Herzberg, Rolf Dietrich, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en: Knut Amelung (comp.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, Der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim, 2000, pp. 33-61.
- Hilgers, Benno Maria, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, Freiburg im Breisgau, 2000.
- Jakobs, *Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates*. NStZ, 1995, p. 26 y sigs.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlín, 1996.
- Köhler, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, u.a. 1997.
- Kreß, Claus, "Kommentierung § 220a StGB", en: *Münchener Kommentar zum StGB, Band 3*, 2003 (de próxima publicación).
- , *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, GA 2006, pp. 304-310.
- Langneff, Katja, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Aachen, 2000.

- Mignone, Emilio, “Les déclarations abusives de disparitions, instrument d’une politique”, en: *Le refus de l’oubli. La politique de disparition forcée de personnes*. París, 1982, pp. 151-183.
- Mittelbach, Federico y Jorge, *Sobre áreas y tumbas. Informe sobre desaparecidos*. Buenos Aires, 2000.
- Moreno Ocampo, Luis, “La importancia de la prueba en el juzgamiento de la desaparición forzada de personas”, en: *La desaparición, crimen contra la humanidad*, Buenos Aires, 1987, pp. 125-135.
- Noltenius, Bettina, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, Frankfurt, a.M. et al. 2003.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Berlín, 1996.
- Radtke, Henning, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht*, GA 2006, pp. 350-356.
- Rotsch, Thomas, *Neues zur Organisationsherrschaft*, NStZ 2005, pp. 13-18.
- Roxin, Claus, *Straftaten im Rahmen organisierter Machtapparate*. GA 1963, 193-207.
- , “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität”, en: Erich Samson/Friedrich Dencker/Peter Frisch/Helmut Frister/Wolfram Reiß (comps.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*. Baden-Baden, 1999, pp. 549-561.
- , “Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg”, en: Knut Amelung (comp.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*. Sinzheim, 2000, p. 55 y sig.
- , *Täterschaft und Tatherrschaft*. 8ª ed., Berlín, 2006.
- , *Mittelbare Täterschaft kraft Organisation. NJW-Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag*, 18.12.2002, pp. 52-57.
- , “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, en: A. Hoyer, H.E. Müller, M. Pawlik, J. Wolter (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian*

- Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2006, pp. 387-400 = Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik 2006, 293 sigs. <www.zis-online.com>.
- Sancinetti, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Buenos Aires, 1988.
- Sancinetti, Marcelo/Ferrante, Marcelo, “Argentinien”, en: Eser/Arnold, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Freiburg i. Br., 2002, Tomo 3.
- Schild, Wolfgang, “Vor § 25, §§ 25-27”, en: U. Kindhäuser, U. Neumann, H-U. Paeffgen (eds.), *Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo 1, 2ª ed., Baden-Baden, 2005.
- Schlösser, Jan, *Soziale Tatherrschaft. Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlín, 2004.
- , “Der Täter hinter dem Gehilfen”, en: *Juristische Rundschau (JR)*, 2006, pp. 102-109.
- , *Organisationsherrschaft durch Tun und Unterlassen. Zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 26.8.2003 und Urteil vom 13.5.2004*, GA 2007, pp. 161-174.
- Schünemann, Bernd, “Die Rechtsfigur des ‘Täters hinter dem Täter’ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, en: A. Hoyer, H.E. Müller, M. Pawlik, J. Wolter (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 401-413.
- Seelmann, Kurt, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlín, u.a. 2002.
- Schröder, Friedrich-Christian, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis*, JR 1995, pp. 177-180.
- Urban, Carolin, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, Göttingen, 2004.
- Vest, Hans, *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 2002.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 37ª ed., Heidelberg, 2007.

Wolf, Gerhard, “Gestufte Täterschaft. Zur Lehre vom Täter hinter dem Täter”, en: A. Hoyer, H.E. Müller, M. Pawlik, J. Wolter (eds.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 415-430.

Zaczyk, Rainer, *Die “Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate” und der BGH*, GA 2006, pp. 411-415.

Zieschang, Frank, “Gibt es den Täter hinter dem Täter?”, en: G. Dannecker et al. (eds.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2006, pp. 505-524.

Capítulo II. El caso argentino



PROF. DR. EZEQUIEL MALARINO

Graduado en Derecho por la Universidad de Buenos Aires con diploma de honor al mérito (1996). Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Macerata, Italia (2005). Co-coordinador del Grupo latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional de la Universidad de Göttingen y la Fundación Konrad Adenauer. Profesor en la Carrera de especialización en Derecho Penal y en la maestría en Derecho Penal del MERCOSUR de la Universidad de Buenos Aires. Profesor invitado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia (2006, 2007, 2008). Fue investigador de planta del Collège de France, Paris, Francia (2004-2006). Fue investigador de planta del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, República Federal de Alemania (2002-2004). Fue consultor del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (caso Nolic). Fue becario del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional y del Ministerio para la Investigación científica de Italia.

Entre los años 1998 y 2006 ha realizado diferentes estancias de investigación en las siguientes universidades y centros de investigación: Universidad Westfälische Wilhelms de Münster (República Federal alemana), Instituto Max-Planck (República Federal alemana), Universidad de Bolonia, (Italia), Universidad de Macerata (Italia), Universidad de Camerino (Italia), Universidad de Trento (Italia), Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne y Colegio de Francia (Francia).

I. Derecho aplicable

Código Penal

Art. 45.- 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.

Código de Justicia Militar

Art. 513. – En los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos por este código, para determinadas infracciones.

Art. 514. – Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden.

II. Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985¹.

[...]

S E P T I M O

De la participación

1.- Los hechos probados

[...]

2.- El planteo de las partes

[...]

Se trata ahora de establecer si los procesados que emitieron talas órdenes son o no responsables, y en su caso bajo qué forma, de los delitos que imputa la Fiscalía, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos ha realizado personalmente las acciones descriptas en los respectivos tipos penales.

[...]

3.- El derecho aplicable

[...]

Los hechos que se juzgan en esta causa son de jurisdicción militar (art.108 del ordenamiento castrense y art. 10 de la ley 23.049), por lo que corresponde analizar la responsabilidad de los procesados a la luz de las disposiciones del código de Justicia Militar.

¹ Los párrafos que siguen son una copia textual de la sentencia. Los errores ortográficos que puedan existir son de la sentencia.

El art. 513, alojado en el capítulo II “Complicidad” del Título I, del Libro I, del Tratado III, de ese ordenamiento, dispone que en los delitos de jurisdicción militar, la participación será considerada y reprimida según las reglas del Código Penal, salvo los casos expresamente previstos para determinadas infracciones.

De seguido, al art. 514 trae una norma específica que hace excepción a la remisión genérica del artículo anterior. Dice así el aludido texto legal: “Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiera excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Al establecer que en los delitos cometidos en la ejecución de una orden de servicio el único responsable es el superior que la dio, la ley, está dando a éste el carácter de autor, ya que no puede haber delito sin autor.

Este concepto de autoría de la ley militar no sigue los lineamientos de la teoría formal-objetiva, toda vez que el superior no realiza ningún acto ejecutivo del tipo penal. Mas bien, adopta un criterio material basado en la especial relación de subordinación existente en el ámbito militar.

El estricto cumplimiento de las órdenes hace a la esencia de la institución militar, cuya peculiar estructura y funcionamiento depende de la cabal obediencia del inferior jerárquico y del férreo mantenimiento de la disciplina como valor fundamental.

Así, el art. 7° de la ley 19.101 determina como deber esencial impuesto por el estado militar, el ejercicio de las facultades de mando y disciplinarias que a cada grado correspondan, y el art. 12 regla la superioridad militar en razón de cargo, jerarquía o antigüedad.

Por su parte, el N°1 de la Reglamentación de Justicia Militar (R.V. 110/10) dispone que la superioridad militar puede ser de grado o de mando (inciso 1°), y que la superioridad de mando establece el respeto y la obediencia del subordinado (inciso 2°).

La seguridad de que la orden va a ser obedecida se refuerza con sanciones a quien no lo haga (delitos de insubordinación -art. 667- y de desobediencia -art. 674-), y con la prescripción del art. 675 en cuanto estatuye que: “Ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio militar”.

Si el deber de obediencia pudiera quedar paralizado por una reclamación, el mando carecería de eficacia y pasaría a depender de la voluntad del inferior quedando destruída toda disciplina (conf. Colombo, Carlos J. “El Derecho Penal Militar y la Disciplina”, Bs. As. 1953 pág. 142).

Es decir, sobre la base de que en el ámbito militar las órdenes se cumplen de modo cierto, el art. 514 del Código de Justicia Militar, norma que no ha recibido objeción constitucional alguna, consagra legislativamente un supuesto de autoría mediata.

Dicha disposición supone, asimismo, enrolarse en el criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación, pues se parte de la base de que el superior que imparte una orden que será obedecida domina el curso causal del suceso, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del tipo penal de que se trate, cuya ejecución está a cargo del subordinado.

Esta norma no es tampoco novedosa en el ámbito del derecho penal militar argentino, pues el art. 6º del Código Penal Militar de 1895 decía que: “cuando haya sido violada una ley penal por la ejecución de una orden del servicio, el jefe militar que hubiera dado la orden será el único responsable...”.

Un texto similar registraba el art. 523 del Proyecto de Código de Justicia Militar de 1913, redactado por los Diputados, Manuel Gonnet, Alfredo Palacios y Vicente Gallo.

De igual modo, el inciso 2º, párrafo 2º, del art. 569 de la ley de Disciplina Militar, cuyo proyecto enviara al congreso en 1926 la Auditoría General de Guerra y Marina a cargo de Carlos Risso Dominguez, debajo del epígrafe de la obediencia debida traía una redacción muy parecida al actual 514.

Atribuir la responsabilidad como autor, por el delito cometido por el subordinado en relación con una orden del servicio, no es una tesis original del derecho argentino. Por el contrario, se encuentra recocida en otras legislaciones con tal uniformidad que se ha convertido en una regla pacíficamente admitida.

El párrafo 47 del Código Penal Militar Alemán de 1872 fue la fuente directa del citado artículo 6º del Código de 1895. Posteriormente, el párrafo 47 del Código de 1940 (MilStGB) estableció que si por la ejecución de un “mandato en materias del servicio se lesiona una ley penal, sólo es responsable el superior...”. Los autores no dudaron en considerar que se estaba frente a un supuesto de autoría mediata (v. von Liszt, Franz “Tratado de Derecho Penal”,

trad. Jiménez de Asúa, Madrid, Ed. Reus, 3ra. edición, T. III, pág. 82 y T. II, pág. 360, nota 1; von Beling, Ernst, “Esquema de Derecho Penal”, trad. Soler, Bs. As. 1944, pág 70; Sauer, Guillermo “Derecho Penal”, trad. del Rosal y Cerezo, Barcelona 1956, pág. 318).

Luego de la mención de la Ley del Soldado de 1956 (Soldatengesetz) en cuyo párrafo 10, inc. 1º se atribuye responsabilidad al superior por la órdenes impartidas y de la ley penal militar (WstG) de 1957, que contiene similar disposición en su párrafo 33, la doctrina entiende que el superior será autor mediato o instigador según el caso (conf. Welzel, Hans ob, cit. pág. 149; Maurach, Reinhart, ob. cit., pág. 73; Jescheck, Hans ob, cit. pág. 926).

Una inequívoca redacción que apunta a la autoría mediata del superior tiene el art. 16 de la ley de Organización Judicial y de Competencia Militar de Bolivia de 1904, y el art. 14 del Código de Justicia Militar de Perú de 1963. Ambos preceptos rezan así: “son autores: 1) los que personalmente cometen o pertetran el hecho criminal; 2) los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros”.

Tanto el art. 28 del Código Penal Militar del Brasil de 1914, como el art. 38 del Código del mismo país que los sustituyó en 1970, establecen la responsabilidad de quien dio una orden en materia de servicio que originó la comisión de un crimen.

El art. 394 del Código de Justicia Militar de Venezuela de 1938, y el art. 18 del Código Penal Militar de Suiza de 1927 estatu en un regla similar al art. 514 de nuestro ordenamiento, en punto a la autoría del que ordenó. Otro tanto ocurre con el art. 14 del Código de Justicia Militar de Chile 1925.

El Código de Justicia Militar de Colombia de 1958, en su art. 25, dispone que en los casos de coacción (art. 22, inc. 1º) y en los de orden obligatoria de autoridad competente (art. 24, inc. 1º), será responsable el que determinó a otro a obrar.

El art. 31, párrafos 2 y 3 del Código Penal de Turquía de 1930, en caso de delito por orden del servicio atribuye el hecho a quien dio la orden (conf. Sahir, Erman, “Los delitos militares en el Derecho Turco” en Revista Española de Derecho Militar N° 23, 1967, págs. 62 63).

El art. 40 del Código de Justicia Militar para tiempo de paz de Italia de 1941, en lo pertinente, dispone: “si un hecho que constituye delito es cometido por orden superior o de otra autoridad, responde siempre del delito quien haya dado la orden...”.

Esta ligera revista de otras legislaciones, demuestra la afirmación hecha más arriba en cuanto al alcance del artículo 514 del Código de Justicia Militar.

c) Por otra parte, la responsabilidad como autor de quien emite una orden que determina la comisión de un delito, nunca ha sido novedoso.

Así con respecto al Derecho Romano es conocida la regla de Ulpiano de que quien mandaba cometer un homicidio respondía como si él lo hubiera ejecutado (“mandator coedis pro homitida habetur”). Además, cuando un esclavo cometía algún delito por mandato de su señor, ambos eran considerados autores del delito (v. Mommsen, Teodoro “El Derecho Penal Romano”, trad. Dorado, Madrid sin fecha, T. II, pág. 208).

El número XII del Título V del Libro VI del Libro de los Jueces (“Liber Iudiciorum” o “Fuero Juzgo”), disponía, “...el que manda o conseia fazer omezillio, es mas enculpado que aquel que lo faze de fecho, por ende establecemos especialmiente que si el siervo dize que so sennor le mandó matar...deve recibir c.c. azotes... é los seniores que lo mandaron fazer deven seer descabezados...” (v. Dobranich, Horacio “El Derecho Penal en el Fuero Juzgo”, J. A. sección doctrina, Tomo XII, 1924, pág. 63). En las partidas (ley X, Título IX, Partida VII) se puede encontrar la siguiente regla “... E deven fazer esta enmienda también los fazedores de la deshonna, o del tuerto, como aquellos que gelo mandaron...” (cit. por Pacheco, Francisco “El Código Penal”, Madrid 1881, T. I, pág. 257).

Los prácticos también indicaron que el que ordena un delito debe considerarse autor, puesto que es su causa próxima (Próspero Farinaccio y Julio Claro, cit. por Tejedor Carlos “Curso de Derecho Criminal”, Bs. As. 1871, pág. 29).

El Derecho Canónico no resulta tampoco ajeno a estas ideas, pues el canon 2209, parágrafo 3, dice: “No sólo el que manda, que es el autor principal del delito, sino también los que inducen o de cualquier manera cooperan en su consumación contraen una imputabilidad que no es menor que la del mismo ejecutor del delito...”, Según enseña Tomás García Barberena (v. “Comentarios al Código de Derecho Canónico”, Madrid 1964, T. IV, pág. 267), muchos cánones penales contienen sanciones idénticas para el mandante y para el ejecutor.

4.- Las órdenes del servicio

Las órdenes delictivas fueron impartidas por los encausados con motivo de la ejecución de un acto de servicio, en el sentido del art. 878 del Código de

Justicia Militar, y con el alcance otorgado a esta expresión por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. Fallos; 200:69; 242:136; 250:22, entre muchos otros). Por esta razón, dichas órdenes se hallan comprendidas en el art. 514 del Código citado.

En efecto, los procesados se encontraban en el pleno ejercicio del mando de las fuerzas armadas, y en su carácter de comandante en jefe, emitieron las órdenes ilícitas, dentro del marco de operaciones destinadas a combatir la subversión terrorista, actividad ésta última que resulta indudablemente vinculada con el cumplimiento de las funciones que a ellos les correspondía desempeñar en virtud de expresas disposiciones legales.

Resulta oportuno recordar lo afirmado el 30 de mayo de 1893 en el caso del subteniente del Ejército José Fernández Castro, procesado por haber ordenado a soldados bajo su mando dar muerte a dos presos que habían intentado fugar de la penitenciaría de la Ciudad de Mendoza. El Procurador General, Dr. Sabiniano Kier, afirmó en su dictamen que: “No es lo mismo el homicidio, el robo, la violencia y todos los actos criminosos que un militar puede consumar en carácter privado, aún estando en servicio, que al homicidio, la violencia, etc., que ese mismo militar puede concretar con motivo del mando que desempeña en servicio activo...la autoridad pública la confería...facultades especiales para usar de la fuerza puesta a sus órdenes al efecto. Si usaba o abusaba de esa fuerza y autoridad militar, si en vez de limitar su uso a lo debido, iba hasta el crimen, siempre resultan hechos incriminados a un militar con ocasión del servicio..” (conf. Fallos: 52:211 espec. fs. 225; en similar sentido ver Fallos: 4:225; 27:110; 100:233).

Por lo demás, lo expuesto se encuentra corroborado por lo decidido por la Corte Suprema de Justicia en fecha próxima (v. G.134, L.XX, causa. “Giorgi, Alfredo A.”, sentencia del 16 de mayo de 1985).

5.- La autoría mediata

Reiterando lo dicho hasta ahora, el art. 514 del Código de Justicia Militar prevé un supuesto de autoría mediata para quien ordena a su subordinado la comisión de un delito.

a) Ahora bien, la doctrina está en general de acuerdo con asignar el nombre de “autor mediato” al que se vale de persona para ejecutar la acción típica. Salvo en algunos casos (v. Bettioli, Giuseppe “Derecho Penal” trad. Pagano, Bogotá 1965, pág. 518; Maggiore, Giuseppe “Derecho Penal” trad. Ortega Torres, Bogotá 1972, vol. II, pág. 129; Cuello Lón, “Derecho Penal”, Barcelona 1975, t. I, vol. II pág. 646; Autón Oneca, José “Derecho Penal”, Madrid

1949, t. I, pág. 436), nadie discute hoy la necesidad de la categoría; aún los representantes más conspicuos de la teoría formal objetiva aceptan la figura del autor mediato (v. von Beling, ob. cit., pág. 70; von Liszt, ob. cit., pág. 80), bien que extendiendo el concepto de “ejecución” sobre la base del “uso verbal corriente”, recurso este que invalida la esencia de la doctrina que sustentan.

La forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del “dominio de la voluntad” del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios.

En qué casos el autor mediato sigue dominando verdaderamente el hecho, o cuándo esta circunstancia pasa a ser del dominio exclusivo del ejecutor, es algo sumamente discutido. Esto conduce a que no haya acuerdo acerca de los supuestos que constituyen autoría mediata, esto es, si la persona que actúa como instrumento puede hacerlo por error de tipo, justificadamente, siendo inimputable, o aún, bajo alguna causa de inculpabilidad.

El aspecto medular de la cuestión radica en que a mayor ámbito de libertad del ejecutor, menor será el dominio del hecho de quien actúa por detrás. Esta idea es la que conduce a afirmar que la autoría mediata termina allí donde hay un autor plenamente responsable (conf. -Jeschek, ob. cit., vol II, pág. 920; Wessel, Johannes “Derecho Penal”, trad. Finzi, Bs. As. 1980, pág. 160), pues en esos casos no puede sostenerse que el que impulsó la acción domine el curso del suceso.

En tal hipótesis no habrá autoría mediata, sino instigación. La relevancia de la distinción se concreta, primordialmente, en el comienzo de ejecución. Si hay autoría mediata la ejecución comienza con la determinación a obrar, si hay instigación el delito comenzará a ejecutarse con la acción del instigado.

No obstante lo expuesto más arriba, se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según Claus Roxin (ob. cit., pág. 242 y sgts.; también en “Sobre la autoría y la participación en el Derecho Penal”, en “Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho”, Bs. As. 1970, pág. 59 y sgts.), junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico 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 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.

Participan de este criterio, Stratenwerth (Günter, “Derecho Penal”, trad, G. Romero, Madrid 1982, pág. 242), Schmidhäuser (Eberhard, “Strafrecht” Allgemeiner Teil, Tübingen 1970, pág. 299) y Jäger (“Verbrechen unter totalitärer Herrschaft”, 1967, pág. 166 cit. por Zaffaroni, ob. cit., pág. 317 nota 63). Entre nosotros, Bacigalupo (Manual...” cit., pág. 196) y Sierra (art. cit.). Por su parte, Jescheck (ob. cit. pág. 928) piensa que se trata de un caso de coautoría.

b) Enunciadas estas pautas fundamentales, corresponde ahora retornar al tantas veces; citado art. 514 del Código castrense, para determinar su incidencia en la solución de la causa.

La razón por la que dicha norma legal exime de responsabilidad al subordinado por el delito cometido por orden del servicio, no es otra que la aplicación del principio de “obediencia debida”.

Pocos temas en el Derecho Penal han suscitado tan intensa polémica como la obediencia jerárquica o debida quizás porque incluye en su génesis un dilemático conflicto entre bienes valorados por la sociedad. De todas maneras, cualquiera sea el lugar que se quiera asignar a esa causal de impunidad: atipicidad, justificación, inculpabilidad por error, por coacción o por constituir una causal autónoma (v. Soler, Sebastián “La naturaleza jurídica de la obediencia debida”, IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal, 1976, “Cuadernos de los Institutos”, N° 135, pág. 31 y sgts.; De Rivacoba y Rivacoba, Manuel “La obediencia jerárquica en el Derecho Penal”, Valparaíso 1969, pág. 65 y sgts.; Fierro, Guillermo “La obediencia debida en el ámbito penal y militar”, Bs. As. 1984, pág. 155 y sgts.; Ramayo, Raúl “La obediencia debida en el Código de Justicia Militar”, Boletín Jurídico Militar N° 14, 1972, pág. 9 y sgts.; Rodríguez Devesa, José María “La obediencia. debida en el derecho penal militar”, “Revista Española de Derecho Militar”, 1957, N° 3, pág. 72 y sgts.), Lo cierto es que en todos los casos se trataría de un ejecutor no responsable.

Por tanto, si se siguiera la tesis de que no puede haber autoría mediata con un instrumento responsable, habría que verificar en qué supuestos queda excluida la obediencia debida, pues en ellos, de acuerdo siempre con ese punto de vista, no jugaría la autoría mediata.

Según el art. 11 de la ley 23.049 que efectuó una interpretación auténtica del texto del art. 514, el subordinado debe responder del delito cometido si tuvo capacidad decisoria, conoció la ilicitud de la orden o si ésta importaba la comisión de hechos atroces o aberrantes.

Conforme se ha acreditado en la causa, las órdenes ilícitas se entremezclaron dentro de la estructura legal de la lucha contra la subversión y fueron

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

Esto plantea el interrogante de si en esos casos es posible adjudicar la autoría mediata de los hechos a los procesados, o si, de acuerdo al pensamiento que se haya expuesto anteriormente, deben responder como instigadores.

6.- El camino a seguir

Sin embargo, a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos.

Para fundar debidamente esta aseveración, deben tenerse presente los elementos que seguidamente se analizarán y que conforman las circunstancias concretas de lo que se está juzgando, dado que el concepto del “dominio del hecho” es descriptivo y cobra su sentido frente a una hipótesis empírica determinada.

La gravísima decisión tomada por los procesados de combatir a la guerrilla terrorista al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces, fue adoptada cuando las fuerzas armadas ya se encontraban empeñadas en esa tarea y su intervención se encontraba regulada por una serie de disposiciones legales y reglamentarias. El modo ilegal de actuar fue emitido a través de la cadena de mandos regulares y tuvo por virtualidad dejar sin efecto las directivas en vigencia, sólo en los puntos que se opusieran a lo ordenado (lugar de detención, trato al prisionero, inmediata intervención de la justicia militar o civil, o puesta a disposición del Poder Ejecutivo Nacional), en todo lo demás, las directivas siguieron rigiendo plenamente.

Es decir, que toda la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados, sólo cambió la “forma” de combatir.

También integró el plan aprobado, la garantía de impunidad que recibieron los ejecutores. Se aseguraba que la ejecución de las acciones se iba a desarrollar sin ninguna interferencia y en la clandestinidad más absoluta. Para ello, no sólo se utilizaron los recaudos necesarios para impedir la intervención de los mecanismos usuales de prevención del delito (ej. “área liberada”), sino que se adoptó la estrategia de negar la existencia de los hechos ante todo reclamo de cualquier autoridad o de familiares de las víctimas, de dar respuestas falsas a los requerimientos de los jueces, de evitar la publicación por medio de la prensa de las noticias relativas a desapariciones de personas o hallazgos de cadáveres, de simular investigaciones para esclarecer los hechos, de instalar importantes centros administrativos para búsqueda de personas a sabiendas de su inutilidad, de atribuir las desapariciones a genéricos motivos y enmarcar todo el asunto dentro de una aducida campaña fomentada por los propios guerrilleros desde el exterior.

Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, .etc.), que supone toda operación militar.

Sin el imprescindible concurso de todos esos elementos, los hechos no hubieran podido haber ocurrido. Luego de la asonada del 24 de marzo de 1976, las fuerzas armadas, bajo las órdenes de los enjuiciados, prosiguieron la lucha contra la subversión, es cierto que de un modo manifiestamente ilícito, pero con toda la estructura legal que se empleaba hasta ese momento.

Debe tenerse igualmente presente que los procesados no sólo dirigían sus respectivas fuerzas sino también a las de seguridad, entre las que se hallaban las encargadas de prevenir los delitos, y que por la fuerza se habían erigido en la única fuente de poder de la República, con lo que no existía autoridad que pudiera controlar eficazmente lo que acontecía.

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan, trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de voluntad de la autoría mediata. El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una “voluntad indeterminada”, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.

Por otra parte, la falta de conocimiento por los procesados de la existencia de cada uno de los hechos individuales y de la identidad de las víctimas, no resulta de importancia. Así se considera, pues la directiva aludió genéricamente a todo “subversivo”, dejando amplia libertad a los inferiores para determinarlo y proceder en consecuencia. No obstante, los comandantes siempre tuvieron en sus manos evitar la consumación de los delitos que se cometían. Les bastaba con ordenar la cesación del sistema. Acabada prueba de esto es que cuando lo juzgaron necesario, detuvieron súbitamente las operaciones irregulares, afirmando públicamente que “la guerra había terminado”, a partir de allí no hubo más secuestros, tormentos, ni desapariciones de personas.

Además, la intervención de los procesados desde el vértice máximo de la estructura de poder no se limitó a ordenar una represión al margen de la ley, sino que también contribuyeron positivamente a la realización de los hechos.

En efecto, como ya se ha dicho, los autores inmediatos no pudieron ejecutar los delitos ordenados si no se los hubiera provisto, por orden de los comandantes, de los medios necesarios para ello. La ropa, los vehículos, el combustible, las armas y municiones, los lugares de alojamiento de cautivos, los víveres, etc., constituyeron un auxilio imprescindible para la ejecución.

Más aún, hubo otra circunstancia de vital importancia para el éxito de los planes ilegales y que sólo los procesados pudieron proporcionar: la impunidad.

Adviértase en que mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código Penal, la policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período, sólo fue posible merced a la

presencia de los procesados en la cumbre del poder. Desde allí, se procuró ocultar lo que ocurría, mintiendo a los jueces, a los familiares de las víctimas, a entidades nacionales y extranjeras, y a gobiernos de otros países; aparentando investigaciones, dando falsas esperanzas de esclarecimientos, suministrando pueriles explicaciones, y engañando a la comunidad toda con una esquizofrénica actitud que ha provocado un daño en la sociedad de consecuencias hoy impredecibles.

Las contribuciones apuntadas, si bien configuran actos de complicidad, no modifican la autoría mediata ya señalada, pues es sabido que en el concurso entre distintas formas de intervención en el delito, la autoría desplaza a cualquier otra.

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

7.- La legislación común

Hasta ahora se ha venido fundando la aplicación del art. 514 del ordenamiento militar, pero la solución a la que se ha arribado no sufre variación alguna aunque se decidiera juzgar el caso a la luz de las disposiciones del Código Penal.

En efecto, si bien se ha objetado a la autoría mediata por entender que supone una extensión del concepto legal de autor que choca contra el dogma de la legalidad de la incriminación (v. Fernández de Moreda, Francisco Blasco “Problemas básicos de la participación y de la autoría...” en Jornadas Internacionales de Derecho Penal “Actas, Relatos, Ponencias y Conclusiones”, Bs. As. 1973, pág. 229), la doctrina argentina corriente admite esta forma de participación sin vacilaciones (v. entre otros, Soler, Sebastián “Derecho Penal...” cit. T. II, pág. 245; Nuñez, Ricardo ob. cit., T. II, pág. 280; Fontán Balestra, Carlos ob. cit., T. II, pág. 417; Fierro, Guillermo “Teoría de la participación...” cit., pág. 216), incluyéndola en la primera parte del art. 45 del Código Penal cuando se refiere a los que “tomasen parte en la ejecución del hecho”, argumentándose que la eliminación del requisito de tomar parte “directa” (como lo exige el art. 14, inc. 1º, del Código Español y lo hacía el art. 21, inc. 1º, del Código de 1886) determina que puedan realizarse actos ejecutivos por medio de otro (conf. Herrera, Lucio Eduardo “La autoría mediata”, en Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Universidad de Belgrano 1973, pág. 36).

Sin embargo, del estudio de los antecedentes históricos del citado art. 45 se desprende que la autoría mediata encuentra alojamiento en otra parte de la misma disposición, que le brinda mejor sustento dogmático.

El Proyecto de Carlos Tejedor (Bs. As. 1866, tomo I, pág. 35 y sgts.) consideró autores principales a quienes ejecutaran el delito directamente por su propio hecho, a los que prestaran un auxilio o cooperación al ejecutor sin el cual el hecho no habría podido tener lugar, y a quienes determinan a otro a cometer y consumir el crimen o delito (art. 1º del Título 4º). A los dos primeros los denomino autores directos y a los últimos, autores indirectos, explicando en el artículo 2º del mismo Título que eran aquellos que habían determinado al autor material a ejecutar el hecho o confirmado en la resolución ya adoptada, por medio de consejos formales, comisión, promesa de recompensa, dádivas, violencia, amenaza u orden, induciéndolo en error o aprovechándose del error en que se hallaba.

Resulta claro que en esa enumeración se incluyen como autores no sólo al ejecutor y al cómplice primario, sino también al instigador y al autor mediato. Tejedor sigue las ideas de Feuerbach plasmadas en el Código de Baviera y las concepciones imperantes en esa época respecto de la participación criminal.

Como se ha dicho anteriormente, durante el siglo XIX predominaron distintas teorías de naturaleza material-objetiva, que partiendo de un punto de vista estrictamente causal distinguen entre las condiciones que originan el resultado para seleccionar la que es “causa” determinante, eficaz, directa o inmediata de éste. Dentro de una gran cantidad de criterios mixtos, se suele mencionar (v. Roxin, Claus “Täterschaft...”, cit., pág. 38 y sgts.), a la teoría de la necesidad de la contribución causal que diferenciaba entre participación principal y accesoria o secundaria, a la teoría de la contemporaneidad que distingue entre la participación previa, coetánea y subsiguiente al hecho, y la teoría de la causalidad física o psíquica.

A grandes rasgos, puede decirse que en general se hablaba de quienes eran causa directa del hecho, esto es, los que contribuían de modo inmediato o eficaz y que eran considerados autores principales, de quienes sólo concurrían de manera indirecta al hecho, que eran llamados cómplices. A su vez, los autores principales comprendían a los ejecutores, a los cooperadores necesarios y a los provocadores, inductores, o determinadores. Estos últimos eran la causa moral del delito a través de la orden, el consejo, el mandato, el engaño, etc. En esta categoría de autores morales se incluían los actuales supuestos de instigación y de autoría mediata (v. Rossi, Pellegrino “Tratado de Derecho Penal”, trad. Cayetano Cortés, Madrid 1839, pág. 163 y sgts.; Carmignani, Giovanni “Elementos de Derecho Criminal”, trad. Otero, Bogotá 1979, pág.

100 y sgts.; Pessina, Enrique, “Elementos de Derecho Penal”, trad. González del Castillo, Madrid 1936, pág. 486 y sgts.; Pacheco, Francisco ob. cit., T. I, pág. 258 y sgts.; Azcutía, Manuel “La Ley Penal”, Madrid 1876, pág. 274 y sgts.; Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro “El Código Penal en 1870”, Madrid 1902, T. I, pág 589 y sgts.).

Como se ha visto, Carlos Tejedor no era ajeno a estas ideas (v. también “Curso de Derecho Criminal”, cit., pág. 25 y sgts.) y tampoco lo fueron el Proyecto de Villegas, Ugarriga y García (Bs. As. 1881, art. 16), y el Código Penal de 1886 que en su art. 21 disponía: “Se consideran autores principales: 1º) el que ejecuta el delito directamente por su propia acción; 2º) el que antes o durante la ejecución, presta al ejecutor con el intento de asegurar la consumación del delito, un auxilio o cooperación, sin los que el hecho no habría podido tener lugar; 3º) el que con voluntad criminal determina al autor material a ejecutar el hecho, sea por medio de consejos, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, o sea induciéndolo intencionalmente en error o confirmándolo”.

Este texto legal sigue las corrientes legislativas de la mayoría de los Códigos de la época, en cuanto a considerar autores al ejecutor, al cooperador necesario y al determinador o inductor, y a incluir en esta categoría, como ya se ha dicho, a supuestos de autoría mediata. En tal sentido, pueden citarse al Código Español de 1822 (art. 13) y al de 1848, 1850 y 1870 (art. 13); al de Austria de 1852 (parágrafo 5º); al de Bélgica de 1867 (art. 66); al de Méjico de 1872 (art. 49); al de Perú de 1873 (arts. 12 y 13); al de Chile de 1874 (art. 15); al de Paraguay de 1880 (arts. 31 y 34); al de Portugal de 1886 (arts. 20 y 21); al de Uruguay de 1889 (art. 21); al de Brasil de 1890 (art. 18) y al de Colombia de 1890 (art.22).

Analizando el art. 21 del Código de 1886, Rodolfo Rivarola (“exposición y Crítica del Código Penal”, Bs. As. 1890, T. 1, pág. 236) afirmaba que entre la enumeración de los medios de determinar a una persona a la ejecución de un delito, y la consignación de la fórmula general que presentaban los códigos español (“los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”) e italiano (“el que determina a otro”), el legislador argentino se inclinó por la primera. Por su parte, Manuel Obarrio (“Curso de Derecho Penal” Bs. As. 1902, págs. 132/134), decía que la misma responsabilidad debe pesar sobre el provocador que sobre el ejecutor, que la provocación podía darse por promesas, consejos, amenazas u orden. En este último supuesto, cualquiera sea la responsabilidad del ejecutor, el superior que manda u ordena cae bajo el imperio de las leyes represivas con la calificación de autor o de delincuente principal.

El proyecto de Código Penal de 1891 en su art. 69 mantiene la redacción del Código, sintetizándola un tanto. Dice: “se consideran autores: 1º) los que

toman parte en la ejecución del hecho; 2º) los que prestan al ejecutor auxilio o cooperación sin los que el hecho no habría podido tener lugar; 3º) los que instigan y determinan a otros a cometerlo”.

En su exposición de motivos, se explica la modificación del inciso tercero afirmándose que el Código efectúa una enumeración de las diversas especies de concurso normal en que no debe entrar la ley, pues el único efecto que la enumeración produce es limitar el alcance de la disposición y particularizarla a los casos que prevé, excluyendo los modos de instigación o las especies de concurso moral no enumerados (“Proyecto de Código Penal...”, Bs. As. 1898, pág. 97).

El art. 48 del Proyecto de 1906 reprodujo casi fielmente el texto del Proyecto de 1891, diciendo que se consideraban autores: 1º) los que tomaren parte en la ejecución del hecho; 2º) los que prestaren al ejecutor un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse; 3º) los que determinaren a otros a cometerlo.

Respecto de este último inciso, en la exposición de motivos se afirmó que se había suprimido la enumeración de los medios de determinar la ejecución de un delito, de acuerdo con las ideas ya manifestadas sobre la inconveniencia de las enumeraciones (conf. Moreno (h), Rodolfo “El Código Penal y sus antecedentes”, Bs. As. 1923, T. III, pág. 31).

De lo hasta aquí expuesto, pueden sentarse dos conclusiones. Una, que el sistema, siguiendo el criterio imperante, incluía en el concepto de autor al cómplice primario y al determinador. La otra, que esta última categoría comprendía no sólo al instigador sino también a supuestos de autoría mediata.

Buena prueba de ello, son las propias palabras de Rodolfo Moreno (h), comentando el actual art. 45 del Código Penal cuando sostiene: “el código antiguo admitía, como todas las leyes, el principio del artículo que considera autor del delito al que dispone su consumación sin participar en su materialidad pero siendo el eje alrededor del cual se produce; y al referirse al que determina a otro señalaba los diferentes medios que podían usarse para tal determinación. Hablaba así de consejo, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible física o moral, inducción en error y confirmación en el mismo. El código ha suprimido las enumeraciones que son innecesarias, desde que el concepto genérico es bien claro” (ob. cit., pág. 36).

Las primeras interpretaciones del Código vigente siguieron este rumbo, entendiendo que en la última ??? del art. 45 se hallaban los distintos modos

de determinar a un tercero -dádivas, consejos, mandato, orden, error, etc.- (v. González Roura, Octavio “Derecho Penal”, Bs. As. 1922, T. II, pág. 150), clasificando a los autores en materiales -ejecutores y cooperadores- y morales -determinadores- (conf. Malagarriga, Carlos “Código Penal Argentino” Bs. As. 1927, T. I, pág. 316), y afirmando que el legislador había suprimido las enumeraciones casuistas del art. 21 del Código de 1886 (conf. Ramos, Juan P. “Curso de Derecho Penal”, Bs. As. 1928, T. IV, pág. 473).

Los antecedentes reseñados resultan elocuentes en demostrar que la expresión “determinar a otro” tiene un alcance más vasto que la mera instigación (conf. Zaffaroni, Raúl E. “Tratado de Derecho Penal”, Bs. As. 1982, T. IV, pág. 296 y sgts.), y que resulta un sustento dogmático mucho más firme de la autoría mediata que la primera parte del art. 45.

Por otro lado, cabe destacar que autores españoles también han fundado la autoría mediata en el inc. 2º del art. 13 del Código de su país, “los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo” (v. Antón Oneca, José, ob. cit., T. I, pág. 435; Del Rosal, Juan “Derecho Penal”, Madrid 1960, T. II, pág. 128; Gimbernat Ordeig, Enrique, ob. cit., pág. 224; Córdoba Roda, “Notas al Tratado...” cit. de Reinhart Maurach, T. II, pág. 310).

III. Comentario

Numerosas sentencias de tribunales argentinos se han ocupado de la cuestión de cómo deben responder los mandos superiores de las fuerzas armadas o de seguridad por los hechos cometidos por sus subordinados. Todas estas decisiones guardan relación con los crímenes cometidos desde el aparato estatal durante el gobierno militar autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional” que ocupó *de facto* el poder entre 1976 y 1983. La posición ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia considera al superior como *autor mediato*, recurriendo a la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder elaborada por el profesor de Múnich, Claus Roxin. Esta corriente de interpretación ha sido inaugurada por la famosa sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la causa “13/84”, conocida como “*juicio a los ex-comandantes*” o “*juicio a las juntas*”, cuyas partes principales, en lo que se refiere a la intervención criminal, se encuentran reproducidas en este informe. Esta decisión ha sido seguida casi sin excepción por la jurisprudencia posterior (*infra* 1). Junto a esta solución de autoría, también se ha hecho valer en la jurisprudencia una solución de participación que considera al superior como *partícipe necesario* del hecho del inferior (*infra* 2). Sobre la responsabilidad del superior, en el sentido regulado por el art. 28 del ECPI, no existen alusiones en la jurisprudencia argentina; sólo existen unas breves referencias a una responsabilidad del superior por falta de control de los subordinados en relación con el art. 514 del CJM (*infra* 6).

En la doctrina, en cambio, no existe acuerdo acerca de cómo resolver este tipo de casos, ni tampoco una posición que sea claramente mayoritaria. Las soluciones propuestas han sido las siguientes: *autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder* (*infra* 1); *autoría mediata en virtud de coacción* –aunque sólo para algunos casos– (*infra* 2); *participación necesaria* (*infra* 3); *coautoría* (*infra* 4); *inducción* (*infra* 5). Sin embargo, salvo excepciones, la discusión dogmática acerca de las ventajas y desventajas de estas soluciones no es muy amplia y reproduce, en general, el debate existente en la ciencia jurídico penal alemana².

1. AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

La sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal en el “*juicio a los ex-comandantes*” ha ganado celebridad no sólo por haber condenado, a

² Por esta razón, para este debate me remitiré al dictamen del Prof. Dr. Kai Ambos.

menos de dos años de la caída del régimen militar, a las más altas jerarquías militares por crímenes gravísimos cometidos desde el aparato estatal, sino también por ser la primera decisión judicial en recoger la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad a través del dominio de aparatos organizados de poder ideada por Claus Roxin. La Cámara Federal analizó, en primer lugar, la responsabilidad de los superiores a la luz del Código de Justicia Militar, dado que los hechos eran de jurisdicción militar³. Según el art. 513 del CJM, la participación criminal en los delitos militares se rige, salvo una excepción expresa, por las reglas normales del Código Penal. Una regla expresa de excepción se encuentra en el art. 514 del CJM. La Cámara consideró que los hechos se subsumían en esta disposición –pues entendió que las órdenes delictivas habían sido impartidas por los comandantes con motivo de la ejecución de un acto de servicio: el combate de la subversión– y *que ella consagraba un supuesto de autoría mediata*. La Cámara precisó, luego, que una autoría mediata tiene lugar no sólo en los casos de dominio de la voluntad en virtud de error o en virtud de coacción, sino también en los supuestos en que el autor domina un aparato organizado de poder. Ella analizó, en su decisión, los diversos requisitos que son exigidos por la doctrina para esta forma de intervención criminal: existencia de un aparato organizado de poder; pertenencia de los autores materiales a esa organización; fungibilidad de los autores directos; control de la organización por parte de los comandantes; actuación de la organización desvinculada del derecho; definición del plan delictivo y emisión de órdenes por los comandantes; conocimiento de los autores mediatos de los elementos anteriores. La Cámara hizo hincapié en que la autoría mediata puede coexistir con un ejecutor responsable y sostuvo que dado que los comandantes controlaban la organización, ellos dominaban los hechos que esa organización producía: “[...] se parte de la base de que el superior que imparte una orden que será obedecida domina el curso causal del suceso, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del tipo penal de que se trate, cuya ejecución está a cargo del subordinado”⁴. También señaló que para que se produzca esta forma de intervención criminal es determinante la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total⁵. “En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde

³ Art. 108 del CJM y art. 10 de la Ley 23.049.

⁴ CNCCF, en pleno, causa “13/84”, considerando séptimo, “De la participación”, punto 3: “El derecho aplicable”.

⁵ CNCCF, en pleno, causa “13/84”, considerando séptimo, “De la participación”, punto 5: “La autoría mediata”.

relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria”⁶.

Finalmente, la Cámara sostuvo que la solución del caso no cambiaría en nada si los hechos fueran juzgados con base en el Código Penal y precisó que la autoría mediata estaría recogida en el art. 45 *in fine* CP (“[...] los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”).

A pesar del claro acogimiento de la tesis de Roxin, la sentencia de la Cámara Federal, como ha sido puesto de manifiesto por Sancinetti, sólo “en teoría” consideró a los ex comandantes como “autores”, pues no extrajo todas las consecuencias prácticas que se derivan de la posición teórica en que fundó la intervención al hecho de tales personas⁷. La afirmación de que los ex comandantes eran “autores” de un hecho propio y no meros “partícipes” en un hecho ajeno, debió haber traído como consecuencia que se hiciera inaplicable el principio de accesoriedad. Sin embargo, la Cámara Federal *de hecho* trató a los ex comandantes como si fueran partícipes necesarios e hizo depender su punibilidad del hecho del autor directo. Así, en algunos casos en los cuales se había producido la muerte de una persona durante la sesión de tortura, y esa muerte no era querida por el autor directo (homicidio preterintencional), la Cámara consideró al *comandante* como autor mediato del delito preterintencional del autor directo (tormento seguido de muerte, art. 144ter, *in fine* CP vieja redacción). Sin embargo, la punibilidad del autor mediato no depende del comienzo de ejecución del hecho del autor directo, pues aquí no rige el principio de accesoriedad en su faz externa o cuantitativa. Por ello, independiente del comienzo de ejecución del autor directo, su propia actuación sobre los subordinados era ya *autónomamente* típica: el autor mediato comienza a ejecutar *su* hecho ya en el momento de dar la orden y en la orden de torturar está abarcado, al menos con dolo eventual, la posibilidad de la muerte de la persona, por lo cual *respecto al autor mediato* cada hecho debió haber sido imputado como *asesinato* (art. 80 inc. 2 y 6 CP).

⁶ CNCCF, en pleno, causa “13/84”, considerando séptimo, “De la participación”, punto 6: “El camino a seguir”.

⁷ Sancinetti, *Derechos Humanos* (1988), pp. 29 y s, 43 y ss.; y Sancinetti, en: Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal* (1999), pp. 311 y ss. También, aunque sin desarrollo, Bruera, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), p. 271.

Como señala Sancinetti: “[...] las órdenes impartidas ya constituyen un *comienzo de ejecución* de todo el plan, para el autor mediato. Entonces, a partir de ese momento, el autor mediato *es responsable con dolo directo o eventual de la tentativa de todos los hechos que podrían ser derivados de la ejecución*, aunque finalmente no se produjeran todos los resultados previstos. Dado entonces que, quien da la orden, tiene dolo directo de que habrá muertes, aunque no sepa con certeza cuántas, ni cómo serán determinadas en particular las víctimas de cada secuestro, ni cuáles de éstas serán atormentadas o matadas por los autores directos, el autor mediato asume con *dolo directo* que habrá muertes, y con *dolo eventual* sólo el número (indefinido) de ellas que serán producidas efectivamente”⁸ (bastardillas en el original).

En otro lugar Sancinetti explica las consecuencias que debe tener la consideración de los ex comandantes como “autores mediatos” en los casos de personas desaparecidas cuyo cuerpo no fue hallado: “[...] en todos los casos en que una persona había desaparecido y no se hallaba el cadáver, más allá de que se hubiera podido arribar a la conclusión de la muerte por la libre convicción de los jueces, o su sana crítica racional, [...] lo cierto es que la cuestión de si la víctima respectiva había *muerto* o *no*, en todo caso era una pregunta atinente a la *consumación* del homicidio, pero de ningún modo a su tentativa, respecto de un autor que perdía el contacto final con la ejecución del hecho ya en cuanto aprobaba el “plan de acción” y “ordenaba su ejecución”. Allí donde cada comandante perdiera el control sobre la individualización concreta de cada víctima y el modo y forma de su desaparición y eventual muerte, era seguro, para cada autor mediato, que se producirían muertes y sólo quedaba como incierto el *número* de muertes que se harían efectivas. De manera que todo hecho de desaparición de personas sin que apareciera el cadáver podría haber sido imputado a los “autores mediatos”, bien como *homicidio consumado* (según el entendimiento de los jueces sobre la producción de la muerte) o bien, si no, al menos, como *tentativa de homicidio*.”⁹ (bastardillas en el original).

Dejando de lado tales inconsistencias, la sentencia de la Cámara Federal ha sido seguida casi sin excepción por la jurisprudencia posterior y hoy en día la aplicación de la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de un aparato organizado de poder para resolver este tipo de casos es ampliamente aceptada¹⁰. En cuanto a los fundamentos de la autoría mediata por dominio

⁸ Sancinetti, *Derechos Humanos* (1988), pp. 29 y s; ver también p. 44.

⁹ Sancinetti, en: Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal* (1999), p. 313.

¹⁰ Cfr. entre otros, CSJN, causa “13/84”, voto del juez Fayt, especialmente considerandos 18, 21 y 22 y voto de los jueces Petracchi y Bacqué, considerandos 14 y 15; CNCCF, sala I, causa “Nicolaidis”, considerando titulado “sobre los

de un aparato organizado de poder, la jurisprudencia más reciente se remite casi literalmente a la sentencia de la Cámara Federal. Sólo dos aspectos de esta nueva jurisprudencia merecen ser destacados. Por un lado, la base normativa para derivar la autoría mediata es identificada casi sin excepción en el art. 45 *in fine* del CP. Por el otro, la prueba del control de la organización y de la dación de las órdenes se limita en muchos casos exclusivamente a una prueba del cargo o posición del superior en la estructura militar o policial (*prueba del estatus*).

En la doctrina, en cambio, la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de un aparato organizado de poder no ha ganado la aceptación que sí tiene en la jurisprudencia, aunque cuenta, de todos modos, con algunos defensores¹¹. Una cuestión importante que ha sido especialmente tratada se refiere a cuál es la base normativa de donde derivar la autoría mediata ante la ausencia de una previsión expresa en el Código Penal. La doctrina clásica consideraba que todos los autores –también los autores mediatos– se encontraban comprendidos en la primera parte del art. 45 CP (“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho [...]”)¹². La doctrina más moderna, en cambio, deriva esta forma de intervención criminal de la última parte

recursos de apelación”; CNCCF, sala I, causa “Harguindeguy”, considerando IV; TOFLP 1, causa “Etchecolatz”, punto IV, Calificación legal.

¹¹ Simpatizan con esta posición Rusconi, en: Baigún/Zaffaroni (dirección), Código Penal (2007), comentario a los arts. 45/49, pp. 265 y ss.; Bruera, en: Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin (2001), pp. 259 y ss.; Lascano, en: Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin (2001), p. 363. También Sancinetti, Derechos Humanos (1988), pp. 27 y ss. y Sancinetti, en: Sancinetti/Ferrante, El derecho penal (1999), p. 313. En esta última obra Sancinetti se declara “proclive a aceptar esta forma de autoría”, aunque aclara que en su concepción del ilícito, que presupone que todo acto de participación debe ser penado sin más tan pronto como el partícipe haya perdido el control sobre lo que pueda hacer el autor principal, esta cuestión pierde interés práctico. Para ello, cfr., con mayor detalle, Sancinetti, Teoría del delito (1991), pp. 691 y ss. Por su parte, Zaffaroni, Tratado, T. II (1982), p. 318 y s., había calificado a la tesis de Roxin como “importante y novedosa”, aunque, en definitiva, no la suscribió “porque [...] aún está un tanto carente de fundamentación”. Posteriormente, Zaffaroni ha adoptado una posición más crítica. En una obra escrita junto a dos de sus discípulos se expresa que, si bien la tesis de Roxin podría ser compatible con el Código Penal argentino, no se advierten “las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria”; además, se dice, se debería “evitar el riesgo de devaluar la intervención de los ejecutores y facilitar soluciones político criminales poco deseables” (así, Zaffaroni/Alagia/Slokar, Derecho Penal (2003), p. 780).

¹² Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. II, (1953), pp. 255 y 258; Núñez, *Derecho Penal Argentino*, T. II, (1960) pp. 280 y s.; Fontán Balestra, *Derecho Penal* (2002), p. 405. Todos estos autores se referían a los supuestos clásicos de autoría mediata y no al supuesto aquí analizado.

de dicha disposición (“[...] los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”)¹³, al igual que hace, como hemos visto, la jurisprudencia mayoritaria. Esta posición encontraría un punto de apoyo en los antecedentes del Código penal vigente. Algunos autores han sostenido, por otra parte, que no es necesario que exista una regla explícita sobre la autoría mediata en el Código Penal, pues esta forma de intervención en el hecho puede derivarse ya de las disposiciones de la parte especial. La “cuestión no depende tanto de una regla explícita sobre la autoría, cuanto de un concepto relativo a *qué es lo que está prohibido*; por ejemplo, en qué consiste matar a otro (art. 79, C.P.)”¹⁴.

En contra de la teoría de la autoría mediata por el dominio de un aparato de poder se ha esgrimido en la doctrina nacional que ella no es posible en caso de ejecutor plenamente responsable¹⁵, que esta posición extiende el concepto del autor del Código Penal, lesionando el principio de legalidad¹⁶ y que devalúa la intervención del autor directo¹⁷.

2. AUTORÍA MEDIATA EN VIRTUD DE COACCIÓN

Partiendo de la base de que la obediencia debida configura un caso particular de coacción, ha sido afirmado en la doctrina que en los casos en que el ejecutor actúa dentro de un aparato de poder obedeciendo órdenes deben aplicarse las reglas comunes de la autoría media en virtud de coacción¹⁸. Esta posición no soluciona, sin embargo, los casos en los cuales no puede afirmarse precisamente la falta de libertad en el ejecutor¹⁹.

¹³ Sancinetti, *Derechos Humanos* (1988), p. 28, nota 24; Lascano, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), p. 363; Zaffaroni, *Tratado*, T. II (1982), pp. 309 y s. (aunque sin aceptar el supuesto de autoría mediata aquí analizado); Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal* (2003), pp. 777 y s. (aunque sin aceptar el supuesto de autoría mediata aquí analizado).

¹⁴ Sancinetti, *Derechos Humanos* (1988), p. 27, nota 24; también, Rusconi, en: Baigún/Zaffaroni (dirección), *Código Penal* (2007), comentario a los arts. 45 a 49, p. 263.

¹⁵ Righi, *Derecho Penal* (2007), p. 387; Fierro, *Teoría* (2004), pp. 393 y s.; Vitor, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), pp. 346 y s.; Donna, *La autoría* (2005), pp. 71 y ss.; Donna, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), pp. 316 y ss.

¹⁶ Donna, *La autoría* (2005), p. 80; Donna, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), p. 325; Fierro, *Teoría* (2004), p. 395.

¹⁷ Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal* (2003), p. 780.

¹⁸ Creus, *Derecho Penal* (2003), § 359, p. 391.

¹⁹ Por ello, Creus, *Derecho Penal* (2003), § 359, p. 391, señala que en estos casos también puede tener lugar una coautoría o una complicidad.

3. PARTICIPACIÓN NECESARIA

La consideración del superior como *partícipe necesario* ha sido defendida en el voto de los jueces Caballero y Belluscio en la sentencia del 30 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “13/84” (juicio a los ex comandantes). Los jueces mencionados criticaron, en primer lugar, la interpretación de la Cámara Federal sobre el art. 514 del CJM. Esta disposición no reconocería, en su opinión, un supuesto de autoría mediata, sino que solamente trasladaría al superior la responsabilidad penal del hecho del inferior por razones de obediencia y disciplina. Estas fueron sus palabras: “[...] para el caso de comisión de un delito por su ejecución [de una orden de servicio], la propia regla ha establecido una transferencia de responsabilidad al superior, que está fundada en la distribución de funciones y en el fin de asegurar la disciplina con mayor rigor, vale decir, que no es una transferencia de calidad de autor, sino de responsabilidad penal, con el objeto de imponer la disciplina”²⁰. Pero, además, los jueces mencionados rechazaron la aplicación del art. 514 del CJM a los hechos de la causa, porque en su entendimiento los delitos cometidos en “ejecución de una orden del servicio” “son aquellos conexos con el ámbito de la función, y no los externos perpetrados en tiempo de paz, que atacan la vida o la libertad de las personas”²¹. En su opinión, respecto de delitos ajenos a la función militar, cometidos por militares en tiempo de paz, debían regir las reglas de participación del Código Penal por la remisión que hace el art. 513 del CJM²². Sin embargo, tampoco en el art. 45 del CP podría fundarse, según estos jueces, una autoría mediata. Esta disposición establecería un supuesto de participación y no uno de autoría mediata. La pretensión de la Cámara Federal de derivar la autoría mediata de la parte final del art. 45 CP (“hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”) conduciría a una aplicación extensiva de esa disposición no autorizada por el principio de legalidad penal, pues lo determinante pasaría a ser el dominio del hecho y no la realización de los tipos penales. Para estos jueces “[...] el dominio mental del hecho y la realización de acciones extratípicas encaminadas con abuso de poder hacia la ejecución colectiva por otros, no puede representar otra cosa que la cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las características de los tipos de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados”²³. Los mencionados jueces concluyeron finalmente que la autoría mediata en el sentido señalado

²⁰ CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 14.

²¹ CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 15; ver también considerando 14.

²² CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 17.

²³ CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 23.

por la Cámara Federal (esto es, autoría mediata en virtud de dominio de un aparato organizado de poder) no encuentra sustento legal en el derecho argentino²⁴ y también criticaron la admisibilidad de la autoría mediata en caso de autor directo responsable²⁵. Es claro que la posición de estos jueces de la Corte Suprema parte de un rechazo total de la teoría del dominio del hecho. Esta interpretación no tuvo repercusiones en la jurisprudencia posterior y hoy puede considerarse como completamente abandonada.

También parte de la doctrina es proclive a aceptar, al menos en ciertos casos, una participación necesaria del superior en el hecho del inferior²⁶.

4. COAUTORÍA

Un sector de la doctrina nacional, partiendo de las usuales objeciones a la teoría de Roxin del dominio del hecho en virtud del dominio de un aparato organizado de poder —especialmente el problema de un autor mediato con instrumento responsable—, considera que este tipo de casos debe ser resuelto por medio de la imputación de coautoría respecto del ejecutor y el autor de escritorio²⁷.

5. INDUCCIÓN

También se ha propuesto solucionar estos casos a través de considerar al superior como inductor. Así, se ha dicho que “si alguien debe responder por determinar directamente al autor (art. 45 Código Penal argentino), entonces ya no podrá responder como autor. El instigador no causa [...] el resultado de la misma manera que el autor del hecho. Por eso es que tampoco satisface el tipo penal delictivo de la misma manera que lo hace el autor”²⁸.

²⁴ CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerandos 18, 26 y 27.

²⁵ CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 19.

²⁶ Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal* (2003), p. 780; Creus, *Derecho penal* (2003), § 359, p. 391.

²⁷ Righi, *Derecho penal* (2007), p. 387; Vitor, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), p. 347 y s.; Fierro, *Teoría* (2004), pp. 393 y ss. Al menos en ciertos casos, también Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho Penal* (2003), p. 780.

²⁸ Donna, *La autoría* (2005), p. 80; Donna, en: *Nuevas Formulaciones, Libro homenaje a Roxin* (2001), p. 325.

6. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

La jurisprudencia argentina no se ha referido en particular a una responsabilidad penal del superior por la falta de control de sus subordinados en el sentido del art. 28 del ECPI. Tampoco la ley 26.200²⁹ de implementación del ECPI ha incorporado esta forma especial de responsabilidad penal. Con todo, una *aplicación directa* del art. 28 del ECPI podría defenderse con dos argumentos³⁰. Por un lado, a través de la aplicación de la doctrina de la CSJN en el caso *Ekmekdjian* (1992) que consagró la operatividad directa de las disposiciones de los tratados internacionales que sean lo suficientemente precisas³¹. Por el otro, a través del art. 6 de la ley 26.200 que ordena, con carácter supletorio, la aplicación de las “reglas del derecho penal internacional”.

Algunas referencias a una responsabilidad del superior por falta de control de los subordinados, *en relación con el art. 514 del CJM*, se encuentran en el voto de los jueces Caballero y Belluscio en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 30 de diciembre de 1986 en la causa “13/84”, antes mencionada. Refiriéndose a dicha disposición que, en su opinión, no consagraría la autoría mediata, sino que solo trasladaría al superior la responsabilidad penal del hecho del inferior por razones de obediencia y disciplina, tales jueces establecieron: “[...] para fundar la transferencia de responsabilidad al superior, puede entenderse que la ley analiza a la orden del servicio como una forma de cumplimiento del deber por el superior, de manera que es él quien debe vigilar su ejecución por el inferior, para así cumplimentar y garantizar aquello que el mismo superior está obligado a hacer por mandato de la ley y de la situación. Es por eso que el superior debe controlar el cumplimiento, responder por la inobservancia querida o culposa de las normas del Código de Justicia Militar.”³².

²⁹ Sancionada el 13 de diciembre de 2006, promulgada el 5 de enero de 2007 y publicada en el Boletín Oficial el 9 de enero de 2007.

³⁰ El ECPI ha sido suscripto por Argentina el 8 de enero de 1999, fue aprobado en el derecho interno por la ley 25.390 el 30 de noviembre 2000 (publicada en el Boletín Oficial el 23 de enero de 2001) y el instrumento de ratificación fue depositado el 8 de febrero de 2001.

³¹ CSJN, causa “Ekmekdjian”, considerando 20: “[...] cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hechos que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.”

³² CSJN, causa “13/84”, voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 14.

7. TOMA DE POSICIÓN Y REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

Como se ha señalado, la teoría de Roxin sobre la autoría mediata a través del dominio de un aparato organizado de poder ha tenido amplia acogida en la jurisprudencia argentina. Si bien han existido objeciones contra esta teoría, ellas no son contundentes. Tales críticas reproducen, en general, como he anticipado, aquellas señaladas en la discusión alemana³³. La solución de la autoría mediata a través del dominio de un aparato organizado de poder tiene la ventaja de comprender adecuadamente desde un punto de vista valorativo la responsabilidad del hombre de atrás. Como había puesto de manifiesto tempranamente la Corte de Distrito de Jerusalén en el caso *Eichmann* (sentencia del 12 de diciembre de 1961) en este tipo de casos, al contrario de lo que ocurre normalmente, el grado de responsabilidad aumenta a medida que se aleja del ejecutor directo (parágrafo 197).

El Código Penal colombiano vigente (Ley 599 de 24 de julio de 2000) recepta expresamente la categoría de la autoría mediata en el art. 29 (“[...] utilizando a otro como instrumento”). Aunque esa formulación no se refiera expresamente a los casos en que el ejecutor es plenamente responsable (como expresamente lo establece, por ejemplo, el art. 25.3 letra (a) ECPI), ello no impide incluir en dicho texto a todos los supuestos de autoría mediata. La derivación de la autoría mediata de las disposiciones del Código Penal de 1980 (Decreto Ley 100 de 1980, Ley 5 de 24 de enero de 1979) es, en cambio, más complicada. Sin embargo, pueden ser útiles para este propósito algunos argumentos que han emergido en la doctrina argentina. Por un lado, la autoría mediata podría tener un sustento en la figura del “determinador” del art. 23 CP colombiano, del mismo modo que la moderna doctrina argentina lo deriva del art. 45 *in fine* CP.

Esta conclusión, obviamente, exige hacerse cargo de que el “determinador” del art. 23 CP de 1980 es diferente al del art. 30 CP de 2000, pues en éste los casos de autoría mediata ya estarían incluidos en el art. 29. Por otro lado, se podría recurrir al argumento según el cual las reglas de autoría podrían derivarse ya de las disposiciones de la parte especial y que, en consecuencia, la autoría mediata podría estar contemplada en las normas de deber de los delitos particulares.

³³ Ver al respecto el dictamen del Prof. Dr. Ambos.

Bibliografía

- Bruera, Matilde, “Autoría y dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder”, en: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La lectura – Lerner, Córdoba, 2001, pp. 259 y ss.
- Creus, Carlos, *Derecho penal, parte general*, 5° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2003.
- Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005.
- , “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos organizados de poder de Roxin”, en: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La lectura – Lerner, Córdoba, 2001, pp. 295 y ss.
- Fierro, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, segunda edición actualizada, Astrea, 2004.
- Fontán Balestra, Carlos, *Derecho Penal, introducción y parte general*, actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, decimoséptima edición, LexisNexis / Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- Lascano (h), Carlos Julio, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La lectura – Lerner, Córdoba, 2001, pp. 349 y ss.
- Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, T. II, Ediar, Buenos Aires, 1960.
- Righi, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.
- Rusconi, Maximiliano, en: Baigún/Zaffaroni (dirección), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 2 A, artículos 35/55, parte general*, segunda edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

- Sancinetti, Marcelo, *Derechos Humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner editores, Buenos Aires, 1988.
- , *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991 (reimpresión, 2001).
- Sancinetti, Marcelo / Ferrante, Marcelo, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas*. Argentina, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, T. II, segunda reimpresión, Ediar, Buenos Aires, 1953.
- Vitor, Enrique García, “La tesis del «dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder»”, en: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje al Profesor Claus Roxin*, La lectura – Lerner, Córdoba, 2001, pp. 326 y ss.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl / Alagia, Alejandro / Slokar, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en pleno. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 9 de diciembre de 1985 (Fallos: 309:33)
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, sala I. Causa 31369, “Nicolaidis, Cristino y otros / auto procesamiento” (reg. N° 610), sentencia del 7 de julio de 2000.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, Sala I. Causa 35.799, “Harguindeguy Eduardo y otro”, sentencia del 12 de julio de 2004.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Causa N° 13/84, “Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 30 de diciembre de 1986 (Fallos 309:1657).

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Ekmekdjian, Miguel A. C. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7 de julio de 1992 (Fallos 315:1492).

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 del Departamento Judicial de La Plata. Causa N° 2251/06, “Etchecolatz, Miguel Osvaldo”, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Capítulo III. El caso chileno



PROF. DR. JOSÉ LUIS GUZMÁN

José Luis Guzmán Dalbora es Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso. Ex catedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta (Chile). Doctor en Derecho por la UNED, de Madrid, Doctor honoris causa en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú), y Especialista en Derecho penal y Criminología por la Universidad “La Sapienza”, de Roma. Profesor honorario y de postgrado en diversas universidades hispanoamericanas y europeas. Autor de más de 130 publicaciones de su especialidad, entre libros, contribuciones a libros colectivos, artículos, traducciones, comentarios y recensiones. Abogado integrante (ministro suplente) de las Cortes de Apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y Valparaíso (2007 a la fecha).

I. Derecho aplicable

Código Penal (1874)

Artículo 14. Son responsables criminalmente de los delitos:

- 1º. Los autores.
- 2º. Los cómplices.
- 3º. Los encubridores.

Artículo 15. Se consideran autores:

- 1º. Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.
- 2º. Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.
- 3º. Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Artículo 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

II. Jurisprudencia

Sentencia de primera instancia dictada por el ministro instructor de la Corte Suprema, señor Adolfo Bañados Cuadra, el 12 de noviembre de 1993¹.

Homicidio en coautoría mediata consumado en Washington (Estados Unidos de Norteamérica), el 21 de septiembre de 1976, pero con su iter criminis iniciado en Chile.

“El entonces coronel Contreras [...] era Director y ejercía un amplio y total control sobre la Dirección de Inteligencia Nacional, cuerpo militarizado que nació con el Decreto-Ley número 521, de 14 de junio de 1974”². A su vez, Michael “Townley es uno de los autores materiales y directos del delito de homicidio, conocido ante la justicia norteamericana y condenado por ésta”, crimen “dispuesto por el director de la DINA a través del jefe de operaciones”, o sea, “el coronel Espinoza”³, quien retransmitió a aquél “la resolución del coronel Contreras en el sentido de hacerse cargo de la eliminación de Orlando Letelier, para lo cual el coronel Espinoza adoptó las disposiciones necesarias para materializar el plan, al que se dio comienzo con una especie de espionaje previo [...]”. En otras palabras, los dos altos oficiales, “obrando en mutuo concierto, despacharon a Towlney hacia Estados Unidos con la misión de dar muerte a Letelier en cumplimiento de la última etapa del plan, que comprendió anteriormente una operación de seguimiento y vigilancia del ex ministro”.

“Para definir con más exactitud si fue una orden, una concertación o un acto de inducción lo que determinó que Townley, obrando como instrumento de la DINA, fuese despachado a Estados Unidos a [...] cumplir el objetivo de matar a Letelier”, hay que tener presente que aquél “estaba en una situación de sometimiento a la jefatura de la DINA, por su carácter de agente de facto

¹ Puede consultarse en la edición especial de *Fallos del mes*, Publicación mensual de la jurisprudencia de la Corte Suprema, año XXXV, noviembre de 1993, sección criminal. Las citas que siguen están tomadas de esa fuente.

² El general de ejército José Manuel Contreras Sepúlveda fue uno de los acusados en el proceso. La Dirección de Inteligencia Nacional, que se crea formalmente en 1974 (sus comienzos, sin embargo, se remontan a noviembre de 1973) para que funcionase bajo directa dependencia de la Junta militar de gobierno, se convirtió en el principal servicio de inteligencia encargado de la persecución y represión políticas durante los años 1974-1977.

³ Pedro Octavio Espinoza Bravo fue el otro acusado en la causa, y ostentaba entonces el cargo que se indica en el texto.

de ella y la circunstancia de que él y su familia vivían al amparo y bajo el control de ese servicio de inteligencia [...], a lo cual se suma su asimilación psicológica al aparato militar de la DINA y su consiguiente concepto de lealtad hacia ésta”.

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

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

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

“Los razonamientos que se ha desarrollado son excluyentes de la posibilidad de que a los acusados sea aplicable la fórmula del número 3º del citado artículo o aquella del número 2º que se refiere a la inducción. En efecto, la concertación mencionada en ese número 3º implica la idea de confabularse o deliberar en un plano de más libertad e independencia que el que cabe suponer en la situación en que se hallaba Townley, y por lo que concierne a la inducción, ella consiste en un proceso psicológico dirigido a conquistar la voluntad de un tercero, acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo que acaba de atribuirse al mandato que recibió Townley de parte del Director de la DINA. Refiriéndose a esta cuestión, Mario Garrido, en su obra *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Editorial Jurídica, 1984, opina lo siguiente: “Concordamos con Novoa cuando afirma que cualquier medio que tienda al convencimiento o la transferencia de ideas

es válido en este caso, pero siempre que se entienda en su exacto alcance este convencer o transmitir ideas, que no tiene vinculación con el de imponerlas o de coaccionar, situaciones que son distintas”⁴.

⁴ *Fallos del Mes*, cit., pp. 143, 144, 147, 150, 153, 154 y 155. La referencia a Eduardo Novoa Monreal es a su obra *Curso de Derecho Penal chileno. Parte general*. 2 vols. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, Ltda., Santiago de Chile, 1985, T. II, p. 222.

III. Comentario

1. LOS HECHOS Y SU CONTEXTO JUDICIAL

El asesinato de don Orlando Letelier del Solar y de su secretaria, la joven norteamericana Ronnie Moffitt, tuvo lugar en Washington el 21 de septiembre de 1976. Reducidos hasta el esquematismo, los hechos se dieron como sigue: Letelier, otrora embajador de Chile ante la Confederación norteamericana y antiguo ministro de Relaciones Exteriores y de Defensa del gobierno del Presidente don Salvador Allende Gossens, vivía a la sazón su exilio en Washington, Distrito de Columbia, donde se desempeñaba en el Instituto de Estudios Políticos, y paralelamente cumplía importantes actividades en el marco de la oposición internacional contra el régimen que tiranizaba a su país y que le había expulsado un trienio antes. Su prestigio, seriedad y poder de convocatoria en el campo de la política le señalaron como sospechoso e indeseable ante los ojos del aparato de inteligencia del gobierno militar, que poco antes de mandarlo matar le había privado de su nacionalidad. El asesinato, precedido por una compleja trama de espionaje internacional, en todo lo cual tomaron parte así miembros de la Dirección de Inteligencia Nacional como individuos extranjeros de signo fascista, ocurre mientras viajaba en su automóvil en compañía del matrimonio Moffitt, por una bomba instalada en la carrocería del coche y hecha explotar por Townley, siguiendo una orden emanada del Director de ese organismo, que luego le comunicó su Jefe de operaciones.

Iniciado en 1978, el proceso judicial arrastró una penosa y estéril tramitación en manos de la justicia militar, hasta que en 1991 su conocimiento queda radicado en la judicatura ordinaria. El ministro de la Corte Suprema designado al efecto, don Adolfo Bañados Cuadra, fue capaz de imprimirle la celeridad y el rigor que requería superar las dificultades intrínsecas del negocio y los entorpecimientos de todo orden –a menudo, aviesos– con que hubo de tropezar y llevar a buen término una causa que el juzgado militar había sobreseído ignominiosamente en 1980.

2. EL DERECHO APLICABLE

El fallo comentado, que condenó a Contreras y Espinoza como coautores del asesinato de Orlando Letelier, presenta múltiples aspectos de interés tanto en lo que respecta a cuestiones específicas del Derecho interno como por su

proyección hacia temas significativos para el Derecho Penal Internacional⁵. Sin embargo, apremia tener presente que la sentencia no hace referencia alguna y tanto menos da aplicación a normas del ordenamiento supraestatal, las que sólo empiezan a abrirse paso en la jurisprudencia de los tribunales superiores desde finales de la década de los noventa del siglo XX⁶. Todo se redujo, pues, a una cuestión de Derecho interno, a saber, la calificación como autores o partícipes, según el Código Penal del país, de dos individuos cuyo cargo los colocó a la cabeza de un organismo de persecución política, desde el que impartieron y transmitieron la orden de matar a una persona considerada como enemigo del gobierno de la sazón.

El sentenciador, como quedó dicho, descartó la inducción (artículo 15, número 2°, segunda parte, del Código Penal), por estimar que ella supone “un acto de persuasión que nada tiene que ver con el efecto coercitivo [...] del mandato que recibió Townley”, y, en cambio, se decantó por la figura de la autoría mediata, con expresa aplicación de la tesis de Roxin del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder, dentro del cual el autor material aparecía como un simple instrumento de la Dirección de Inteligencia Nacional. La especie de autoría prevista en el número 2°, primera parte, del artículo 15 del Código Penal, con su mención de los que “fuerzan” a otro a cometer un delito, y la fungibilidad de los ejecutores de las órdenes dictadas por una organización cuyas características tornaban ilusoria toda resistencia a sus designios, reflejarían precisamente, en el sentir del fallo, la situación en que versó el autor directo del hecho al interior de aquella entidad. Por cierto, Contreras y Espinoza fueron considerados coautores mediatos del delito,

⁵ Por de pronto, se trataba de un delito “a distancia”, cuyo iter criminis comenzó en Chile y concluyó en Norteamérica. Esto tenía que plantear forzosamente una duplicación de jurisdicciones y los problemas ajenos a ello. De hecho, Townley, luego de ser expulsado del territorio nacional tras vehemente presión de los Estados Unidos, fue sentenciado por la justicia norteamericana, la que, con todo, no pudo hacer prosperar la petición de extraditar a Contreras y Espinoza, ya que había un proceso pendiente en Chile. Para otros pormenores del asunto, véase Guzmán Dalbora, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile*, en el volumen *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*. Prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicker. Edición de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003, pp. 163-200.

⁶ Sobre las actuales orientaciones en la materia, véase Guzmán Dalbora, “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano”, en: *Lateinamerika Analysen*. Institut für Lateinamerika-Studien, Hamburg, año 18, número 3, 2007, pp. 95-122; además, en el volumen *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho penal internacional*. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsener. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2008, pp. 131-158.

atendida su proximidad en el escalafón de grados del ejército y la falta de otros vínculos de dependencia entre ambos⁷.

Ahora bien, la conciliación que intenta el fallo entre las situaciones de forzar a otro a perpetrar un crimen y de cometerlo a través de un aparato organizado de poder, cuyos miembros, ejecutores directos de la fechoría, son plenamente responsables, resulta asaz discutible, porque amalgama dos especies por entero diversas, que responden a estadios distintos de la evolución del concepto de autor mediato en la doctrina y las legislaciones extranjeras. La comprensión del fallo en este aspecto, así como el esclarecimiento de cuál fue la real forma de autoría mediata aplicada a los militares en cuestión, requiere arrojar una rápida mirada a los preceptos de la ley chilena y su interpretación en el medio nacional.

El Código de 1874, como indica su fecha, es un texto antiguo. Es verdad que distingue autoría y participación, según la doctrina de la diferencia real entre ambas y la accesoriedad de la segunda a la primera, y que traza las diferentes formas de intervención en un hecho punible. Pero no procede –tampoco podía hacerlo– con la terminología, las distinciones y el rigor técnico que adquiriría después el argumento⁸. Además, en el artículo 15 reserva idéntica pena a autores, inductores y ciertas formas de complicidad. Circunscribiéndonos a la autoría, dicha disposición, pese

⁷ También se debatió el argumento insinuado por la defensa de Espinoza, en el sentido de que le ampararía la exigente de obediencia jerárquica contemplada en el Código de justicia militar. Las razones aducidas por el fallo para descartar esta peregrina alegación fueron las siguientes: “La excepción de la obediencia debida que puede alegar un subordinado depende [...] de que ese mandato haya sido impartido ‘como orden del servicio’, que es aquella llamada a ejecutar un ‘acto del servicio’; y, “en el caso en examen, la orden impartida estaba notoriamente encaminada a la ejecución de un delito grave (*atrocitatem facinoris* de los romanos), era totalmente ajena a las funciones de la DINA y también a las atribuciones legítimas de su Director, es decir, no era una orden del servicio, ni provenía ni fue pronunciada con ocasión de un acto del servicio”, de todo lo cual se seguía la obligación, para quien la recibió, de no cumplirla; y como, por la inversa, lo hizo, “debe responder también como coautor mediato de este homicidio, ya que equivale a un acuerdo de voluntades con su jefe, el Director de la DINA, sobre el plan homicida”. Por lo demás, la jurisprudencia de los tribunales superiores chilenos descartaría invariablemente, en los juicios contra militares, algunos todavía en curso, la aplicación de las eximentes de cumplimiento de un deber y de obediencia jerárquica. Al respecto, véase Guzmán Dalbora, “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano”, ob. cit.

⁸ Así, por todos, Peña Wasaff, “Autoría y participación en el delito”, en: Revista de Ciencias Jurídicas, Editorial Jurídica de Chile, Valparaíso, número 3, diciembre de 1972, cfr. pp. 85-128, 92.

a su amplitud, ha merecido dos inteligencias contrapuestas. La primera, que es también la más antigua, reconoce a los autores directos y a los coautores en el número 1º (“*tomar parte en la ejecución del hecho*”)⁹; la otra, mucho más reciente, pero de escaso predicamento en la jurisprudencia, considera que el autor directo –para algunos, también el autor mediato– es el impersonal sujeto activo nombrado en los tipos independientes, razón por la cual el rodeo en torno al artículo 15 sólo se torna indispensable para someter a pena a coautores, autores mediatos y determinados partícipes, o lo que viene a ser igual, supuestos de intervención plural o codelinuencia en un hecho punible¹⁰.

Especialmente delicado es el enclave legal del autor mediato. Por cierto, hay voces que le recusan toda admisión en el entramado del Código, sea porque su deslinde con la instigación no parece claro, máxime en un Código cuyas fuentes históricas –el español de 1848 y el belga de 1867– concedieron una estampa vastísima a la inducción, sea por una exigencia de legalidad, dado que el texto no mienta ni por asomo a quien delinque *mediante* otro o usándole como un *instrumento*¹¹. Todavía un número importante de penalistas considera que hay inducción, no sólo cuando hubo plena libertad en el individuo instigado, sino también cuando éste procedió bajo órdenes del otro, atemorizado por él, por una cuestión de disciplina o siguiendo los artificios y maniobras del mandante¹². Esto explica, en parte, el escaso tratamiento

⁹ En este sentido, entre otros, Peña Wasaff, ob. cit., cfr. p. 93. Es también el punto de vista abrumadoramente dominante en la jurisprudencia. Cfr. Cury Urzúa, “De las personas responsables de los delitos”, en: *Texto y comentario del Código Penal*, T. I (único publicado). Libro primero-Parte general. Artículos 1º al 105. Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, y coordinada por Jean Pierre Matus Acuña. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 229-256, 232. Una variante, que reconduce los casos de coautoría a los números 1º y 3º del artículo 15, puede leerse en Yáñez Pérez, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código penal chileno”, en el volumen *Actas de las Jornadas internacionales de Derecho Penal en celebración del Centenario del Código Penal chileno*, Edeval, Valparaíso, 1975, cfr. p. 165-181, 175-179.

¹⁰ De esta opinión, Novoa Monreal, ob. et vol. cit., cfr. p. 217; Cury Urzúa, *Derecho penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 7ª ed., 2005, cfr. p. 597; y Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, cfr. p. 394, donde se afirma que también el que delinque a través de otro individuo, al que utiliza como instrumento, realiza una conducta que “es subsumible directamente en el tipo penal correspondiente”.

¹¹ Para estas reservas, cfr. Peña Wasaff, ob. cit., p. 97, y Novoa Monreal, ob. et vol. cit., p. 188 y 222.

¹² Una detallada relación del problema, en Politoff Lifschitz, “«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en el volumen *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*. 2 vols,

de la autoría mediata en el contexto nacional a la época en que se dictó el fallo que glosamos¹³. Sin embargo, de mucho antes se había consolidado la opinión de que quien fuerza a otro a ejecutar un delito, hipótesis descrita en la primera parte del artículo 15, número 2º, responde como autor mediato de la infracción, mas no el autor directo, quien versaría en una situación de inculpabilidad (por ser inimputable, haber obrado bajo coacción moral, miedo insuperable u otra situación de no exigibilidad de la conducta ajustada a Derecho, como en los casos de obediencia jerárquica¹⁴). En otras palabras, hacia 1993 la doctrina chilena había alcanzado, sólo que tardíamente, esa primera fase de la evolución del concepto de autor mediato, en que éste responde en cuanto tal por haber producido o haberse aprovechado de la irresponsabilidad penal de un sujeto inculpable, dicho de otra manera, por utilizarlo como un instrumento de sus designios¹⁵.

Siendo así, esto hubiese debido sugerir al sentenciador que las órdenes impartidas a un individuo que puede y debe ser llamado a responder penalmente por acatarlas, dejan intacta la condición de inductor en quien las pronunció, sin importar en ello las relaciones particulares existentes en la pareja delincuente, como tampoco “el ascendiente, el influjo y la autoridad” del que instiga sobre el instigado. Nada de ello permite desplazar el vínculo desde la instigación hacia la autoría mediata, por lo menos hacia aquella variedad de autor indirecto que gozaba de aceptación entonces. No es factible “forzar” a un individuo que disfruta de libertad en sus cogniciones y valoraciones, aun teniendo en mérito el régimen de accesoriidad limitada que gobierna la participación en el Código. Bien escribe Búnster Briceño que “un grado menos intenso de determinación, que no importe subyugar la voluntad del intermediario sino influir dolosamente en su voluntad de delinquir, no es autoría mediata, sino instigación”¹⁶. Por lo demás, la pena no habría dejado de reflejar cabalmente el desvalor de lo obrado por el inductor, a quien el Código equipara al autor directo.

Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, T. I, pp. 1231-1284, 1261-1262.

¹³ Carencia denunciada por Cury Urzúa, “El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 12, número 1º, enero-abril de 1985, cfr. pp. 35-53, 47.

¹⁴ Cfr. Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, ob. cit., p. 404, con ulteriores referencias bibliográficas.

¹⁵ Cfr. Búnster Briceño, “El autor mediato”, en sus *Escritos de Derecho Penal y Política criminal*. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 151-183, 169.

¹⁶ “El concepto de autor”, en ídem, pp. 185-210, 208.

He aquí, empero, que el fallo imprime un giro inesperado a su hilo argumental, que –obsérvese– comienza y termina en el artículo 15, número 2º, primera parte, del Código. Y es que la tesis del dominio de la voluntad a través de una maquinaria organizada de dominio, se ubica en un momento ulterior del avance del concepto de autor mediato, aquel que lo concibe como el que delinque *mediante o a través de otro*, sujeto, el último, que ya no es un mero instrumento del primero, como en la etapa precedente, y que, al contrario, reúne en sí todas las condiciones necesarias para responder del delito. La teoría de Roxin, aunque conocida y manejada esporádicamente por la doctrina antes de la data de nuestra sentencia, sólo alcanza cierto desarrollo y discusión años más tarde, habiendo opiniones que, basadas en un entendimiento normativo del autor, la aplauden y le hallan acogida en el Derecho interno¹⁷, y otras que la desestiman y, en su lugar, aprecian un caso de inducción o de coautoría cuando quiera que el autor directo fuese “libre y consciente de la naturaleza y significado de su conducta”¹⁸. Sea de ello lo que fuere –nosotros optamos por el segundo extremo de la alternativa¹⁹–, esa construcción nada tiene que ver con el fundamento jurídico esencial de la sentencia, aquel en que se habla de “forzar” a la ejecución del delito, del mismo modo que no se puede “forzar” una maquinaria para hacerla funcionar, pues, en tal caso, o se rompe o nunca fue el engrasado mecanismo que se pretendía.

¹⁷ Es el caso de Politoff Lifschitz, para el cual la utilización del ejecutor doloso a través del aparato de poder muestra un caso de “autor detrás del autor”, que debe responder, no ya al tenor del artículo 15, número 2º, sino, derechamente, por el delito correspondiente del catálogo de figuras de la Parte especial. Con expresa cita del asesinato de Orlando Letelier del Solar, considera que dicha variedad de autoría mediata no requiere la comisión de crímenes masivos, pudiendo tratarse de un hecho bien preciso en que intervienen pocas personas de la organización y se elimina a un número reducido de víctimas. O sea, que también en tales casos existiría el dominio del hecho por el aparato de poder. Cfr. “«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, cit., p. 1272.

¹⁸ Cury Urzúa, “Derecho penal”, ed. cit., p. 606, en: *De las personas responsables de los delitos*, cit., cfr. p. 243, precisa que el o los jefes del aparato de poder serían inductores, y los que están en medio de la maquinaria, cómplices. Es una tesis parecida a la defendida en España por Gimbernat Ordeig, a quien se remite *expressis verbis* el penalista chileno.

¹⁹ Dicho sea de pasada, el rechazo de un “autor responsable detrás de otro asimismo responsable” no depende de asumir un concepto ontológico de aquél, como aparentemente supone Búnster Briceño, *El autor mediato*, cit., cfr. p. 180. Nosotros, secuaces de la concepción neoclásica del delito, prohijamos una comprensión normativa del autor, siquiera ésta en caso alguno puede distanciarse del dato real de que no es lo mismo hacer algo, que ayudar a su realización por mano ajena.

3. LAS INCONSISTENCIAS DEL FALLO –NUESTRA OPINIÓN–

Contra todas las apariencias, la invocación de la variedad de autoría mediata desarrollada por Roxin es un recurso argumental que no ha de escamotearnos el verdadero basamento del fallo. El viejo dilema de cómo se ha de responder cuando se fuerza a otro a ejecutar un delito, es decidido aquí merced a una interpretación que sólo consigue difuminar los límites entre la forma de autoría mediata de más firme arraigo en la doctrina chilena, y la instigación, categoría ya depurada de los ingredientes que antaño la confundieron con la primera. Por eso, a causa de dicha inconsistencia conceptual, el fallo deja flotando en el aire otro punto, de no menor envergadura, esto es, la respuesta a la pregunta de cómo se puede ser coautores mediatos en una calificación semejante, siquiera cumpla reconocer que este asunto tampoco es despejado por aquel sector doctrinal que adopta la tesis del aparato organizado de poder como hipótesis fundante de la autoría mediata.

En realidad, no había necesidad ni de violentar el concepto de “forzar” a otro, como tampoco de acudir a teorías opinables, amén de por completo ajenas al texto legal aplicado. El dato de que el hecho directo no fuese parte en el proceso, tampoco impide calificarle como autor inducido. Y puesto que ni Contreras ni Espinoza realizaron actos de ejecución en el asesinato de Letelier del Solar y su acompañante, su intervención permanece en el plano de la participación, como inductor el primero y cómplice el segundo. Que uno y otro deban recibir la misma pena del autor, conforme a los números 2º y 3º del artículo 15, además de retratar con exactitud lo que hicieron, deja incólume el juicio jurídico que merece el autor, pero también el juicio moral e histórico congruente a esas “ruedecillas” que, sin embargo, son las que jalan el gatillo, hacen explotar bombas y siegan vidas humanas²⁰.

²⁰ No sería esta la única oportunidad en que los tribunales superiores chilenos acogerían la tesis del aparato organizado de poder. En un fallo muy reciente, de 25 de septiembre de 2008, la Corte Suprema confirmó lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso denominado “Liquiñe”, incluida la referencia al tipo de intervención que cupo en él a un alto oficial del ejército. Lo declara autor mediato por dominio de la voluntad, asilándose para ello, de nuevo, en el artículo 15, número 2º, del Código Penal. Se trata de una sentencia confusa y contradictoria que, entre otros aspectos difíciles de comprender, declara imprescriptible el delito y, sin embargo, concede —lo que no otorgó el tribunal recurrido— como circunstancia atenuante la prescripción gradual de la acción penal conforme al artículo 103 del Código (que permite rebajar en varios grados la pena de la infracción cuando hubiere transcurrido la mitad del plazo de prescripción), lo cual dejó en el hecho impunes a los autores de un crimen de una ferocidad inusual incluso en el contexto de las primeras semanas que siguieron al golpe de Estado de 1973. En lo que aquí importa, los considerandos cuarto y vigésimo segundo divisan un concurso aparente de leyes penales entre la autoría

4. REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

Las modificaciones experimentadas por la legislación penal colombiana no representan, a nuestro entender, un obstáculo para llegar a la misma solución que proponemos como alternativa a la del fallo.

En efecto, con arreglo a los artículos 23 y 24 del Código de 1980, cuyo texto fijó la Ley de 24 de enero de 1979, Townley sería autor directo (“el que realice el hecho punible”), Contreras, instigador (“el que determine a otro a realizarlo”), y Espinoza, cómplice (“el que contribuya a la realización del hecho punible”). La conclusión es idéntica si nos atenemos a los artículos 29 y 30 del Código vigente, según la redacción de la Ley número 599, de 24 de julio de 2000, que distinguen al que “realiza la conducta punible por sí mismo”, de quien “determina a otro a realizarlo” y quien “contribuya a la realización de la conducta antijurídica”. Si partimos de la base de que aquel que “utiliza a otro como instrumento”, es autor en la medida en que se sirva de un sujeto inculpable —puesto que el artículo 29 no emplea la fórmula de delinquir mediante o a través de otro—, resulta que la actuación de los órganos superiores de la DINA sigue siendo la que expresamos, de inducción y complicidad, no de autoría mediata.

mediata por dominio de la voluntad y la inducción —en circunstancias que son categorías incompatibles o, si se prefiere, heterogéneas o recíprocamente excluyentes, por cuyo motivo no puede darse entre ellas un concurso—, en que el fallo hace prevalecer la primera modalidad.

Bibliografía

- Bunster Briceño, Álvaro, “El autor mediato”, en: el mismo, *Escritos de Derecho Penal y Política criminal*. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 151-183.
- , “El concepto de autor”, en: el mismo, *Escritos de Derecho Penal y Política criminal*. Universidad Autónoma de Sinaloa, México, 1994, pp. 185-210.
- Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 7ª ed., 2005.
- , (con la colaboración de Jean Pierre Matus Acuña), “De las personas responsables de los delitos”, en *Texto y comentario del Código Penal*. Tomo I (único publicado). Libro primero-Parte General. Artículos 1º al 105. Obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, y coordinada por Jean Pierre Matus Acuña. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 229-256.
- , “El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, en: *Revista chilena de Derecho*, Santiago de Chile, vol. 12, número 1º, enero-abril de 1985, pp. 35-53.
- Guzmán Dalbora, José Luis, “El tratamiento de los crímenes internacionales en la jurisprudencia chilena: una cabeza de Jano”, en: *Lateinamerika Analysen. Institut für Lateinamerika-Studien*, Hamburg, año 18, número 3, 2007, pp. 95-122; además, en el volumen *Jurisprudencia Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsener. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2008, pp. 131-158.
- , “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en Chile”, en el volumen *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América latina y España*. Prólogo de Albin Eser y Helmut Kreicker. Edición de Kai Ambos y Ezequiel Malarino, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2003.
- Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*. 2 vols. Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, Ltda., Santiago de Chile, 1985.

- Peña Wasaff, Silvia, “Autoría y participación en el delito”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, Editorial Jurídica de Chile, Valparaíso, número 3, diciembre de 1972, pp. 85-128.
- Politoff Lifschitz, Sergio, “«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en el volumen *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*. 2 vols. Ediciones de las Universidades de Castilla-La Mancha y de Salamanca, Cuenca, 2001, T. I, pp. 1231-1284.
- Politoff Lifschitz, Sergio / Matus Acuña, Jean Pierre / Ramírez Guzmán, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- Yáñez Pérez, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en el volumen *Actas de las Jornadas internacionales de Derecho Penal en celebración del Centenario del Código Penal chileno*. Edeval, Valparaíso, 1975, pp. 165-181.

Capítulo IV. El caso español



PROF. DRA. ALICIA GIL GIL

Nacida el 29 de marzo de 1970 en Zaragoza, España. Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de Zaragoza en 1993. Doctora en Derecho por la UNED en 1999, con una tesis sobre Derecho Penal Internacional. Especial consideración del delito de genocidio, realizada en parte en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional y Extranjero de Friburgo (Alemania). Fue Becaria de investigación de la Universidad de Zaragoza y ocupó diversos puestos docentes en el Departamento de Derecho Penal de la UNED (Madrid). Profesora titular de Derecho Penal en la UNED desde el año 2001. Imparte la asignatura de Derecho Penal Parte General, diversos cursos de doctorado y cursos de Enseñanza abierta.

Ha colaborado en varios proyectos de investigación del Instituto Max Planck de Friburgo. Es miembro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional.

Vicesecretaria de la Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED en su Segunda Época y subdirectora de la misma en su Tercera Época (a partir de 2009).

Principales líneas de investigación: Derecho penal internacional y Derecho penal parte general (Teoría jurídica del delito).

I. Derecho aplicable

Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)

Art. 27

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

Art. 28

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

Art. 29

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

Art. 615 bis

1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptará 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 Título¹, 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.

¹ El Título XXIV del Código Penal español lleva por rúbrica “Delitos contra la Comunidad Internacional”; y comprende los delitos contra el Derecho de gentes, el delito de genocidio, los delitos de lesa humanidad y los delitos contra personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

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 comprendidas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos 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.

II. Jurisprudencia

1. Admisión de la autoría mediata con ejecutor plenamente responsable

Caso alcalde racista. STS de 02/07/1994 Ponente: Enrique Bacigalupo Zapater

Es claro que no es posible saber si el alcalde creó el dolo de los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor; sin embargo, dado que el alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se lo debe considerar como autor mediato de los daños. Ya se ha visto que todas las consecuencias generadas por el impulso psicológico de la muchedumbre resultaban alcanzadas por el dolo del alcalde. A ello se debe agregar ahora que la utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaban la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad de un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del alcalde. En estos supuestos, una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base de la figura del “autor detrás del autor”, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato de la acción típica es también plenamente responsable. En este caso ello es consecuencia de que el alcalde, con el apoyo de su autoridad a la actitud vengativa de los vecinos que componían la muchedumbre, contribuyó de una manera decisiva a crear un clima de permisividad de la venganza entre los manifestantes, lo que le otorgaba una posición directiva superior de los hechos. Tal situación es similar a la que cabe aceptar en los supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o al menos una tolerancia oficial, cuya ilicitud podían reconocer con un mínimo esfuerzo de conciencia. En suma, la posición institucional del alcalde le otorga –como se dijo– una posición de dominio superior sobre el hecho de otros autores que obran también en forma responsable. Como es claro, esta superioridad del dominio de la decisión tiene carácter normativo, toda vez que –como se ha destacado en la doctrina– “no se debe determinar según la fuerza motivadora en el caso concreto, pues [...] se trata del rango normativo de la participación” (Fundamento de Derecho Octavo).

“El procesado XXXX es responsable como autor mediato (art. 14.1º CP) del delito de daños por el que ha sido acusado (arts. 557 y 558, 4 CP), según se establece en el Fundamento Jurídico Octavo de la primera Sentencia”. (Fundamento jurídico único de la segunda sentencia dictada a raíz de la casación)

2. Castigo del dirigente organizador, los mandos intermedios y los ejecutores como coautores

i. Terrorismo de los GAL: sentencia STS 6461/2001 20/07/2001 (caso Lasa - Zabala) Ponente: Joaquín Giménez García

En el presente caso ya se parte de la acreditación por prueba directa – testimonio del coimputado– y resto de las probanzas analizadas de la realidad de la detención de dos personas y de la autoría respecto del recurrente. Autoría que es plural en la medida en que existe un acuerdo de voluntades de varias personas, todas menos una, integradas en una cadena de mando militar, pero el único civil, el Sr. XXX, en su condición de Gobernador Civil, Jefe de todas las Fuerzas de Seguridad del Estado en la Provincia; todas acordes en la realización del plan delictivo trazado, con distintos papeles en tres niveles que pueden ser de decisión, coordinación y ejecución, todos nucleares respecto del tipo y por tanto con igual grado de responsabilidad penal [...].

Se está en un claro supuesto de coautoría en el que hay un reparto de papeles, y en este sentido cuando los diversos partícipes colaboran eficazmente en el fin común, todos son autores de los hechos, y por lo que se refiere al recurrente, a la sazón Gobernador Civil de la Provincia, y como tal autoridad máxima del Ejecutivo Central, y jefe de todas las fuerzas de seguridad, es claro que sin su consentimiento, o por decirlo más claramente contra su consentimiento, no hubiera podido llevarse a cabo unos hechos como los enjuiciados, existiendo una evidente ‘comunidad’ de decisión con el resto de condenados por quien en función del cargo que tenía se encontraba en una clara posición de garante de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad y el propio respeto a la Ley, con independencia de que la ejecución fuese realizada por otras personas.

ii. Golpe de Estado 23-F: Auto del Tribunal Constitucional 332/1984, de 6 de junio (desestimando el recurso de amparo presentado por el General Armada y Comyn, frente a la condena del TS como autor del delito de rebelión por su intervención en el Golpe de Estado del 23 de febrero de 1981 por sentencia 1175/1983 de 22/04/1983 Ponente: Luis Vivas Marzal)

Según constante y conocida doctrina jurisprudencial, cuando varias personas se ponen de acuerdo entre sí para un común fin delictivo, se crea una solidaridad en orden a la responsabilidad criminal, que convierte a todos los concertados en autores del delito, cualquiera que sea la importancia de la actuación material de cada uno en el reparto de papeles para la ejecución del plan concebido. En consecuencia, cuando alguien se concierta con terceros para cometer un delito de rebelión militar, repartiéndose las misiones

respectivas para la ejecución de este delito, esencialmente intersubjetivo y con exigencia de intervenciones plurales y de función varia, resolviéndose su ejecución que se pone en práctica por los concertados, desde el mismo momento del alzamiento de armas se entra en la fase consumativa, que absorbe los actos previos y preparatorios, respondiendo todos los concertados por el delito consumado de rebelión, aunque la parte correspondiente a los actos que en el concierto se hayan encomendado al agente concreto no puedan llegar a realizarse en la totalidad planeada, pese a los intentos del mismo, por causas exteriores a él y ajenas a su voluntad, que ha permanecido identificada con la de los rebeldes y con el fin común propuesto. Conforme a ello, el procesado General Armada y Comyn, concertado para la ejecución del delito de autos con los demás rebeldes y que, ya iniciado el alzamiento en armas y consumado el delito de rebelión, intentó dirigirse al Palacio de la Zarzuela, para encontrarse en tal lugar durante los hechos, como estaba convenido, así como trató de sustituir al Gobierno legítimo por otro presidido por él, como era propósito de los rebeldes, lo que no logró por la oposición de terceros y no por desistimiento voluntario, no puede considerarse como simple conspirador que no traspasa la fase preparatoria del delito, apartándose de su ejecución, sino que es partícipe de la parte ejecutiva de la que debe responder en la forma prevista en el art. 287 del Código de Justicia Militar, por su carácter de cabeza principal de la rebelión.

3. Castigo del dirigente como inductor o como cooperador necesario

i. Terrorismo de ETA (Caso Hipercor) STS 4718/2004 02/07/2004
Ponente: Joaquín Delgado García

La sentencia recurrida condenó a XXX y a YYY como autores de 21 delitos de asesinato, 30 delitos más de lesiones de diferente gravedad, 13 faltas de lesiones y un delito de estragos, al primero como inductor y cooperador necesario y al segundo como partícipe material en la colocación del artefacto que explotó en el establecimiento Hipercor de Barcelona el 19.6.87.

Estimamos que, con lo antes expuesto, hay base razonablemente suficiente para que la sentencia recurrida pudiera afirmar que fue el procesado XXX quien ordenó la realización del atentado en Hipercor: era el dirigente de ETA bajo cuya responsabilidad en esas fechas actuaban los comandos armados, que no obran por su cuenta, sino obedeciendo órdenes superiores como es propio de la disciplina existente en esta clase de bandas criminales.

ii. Terrorismo de ETA (Atentado contra la Dirección General de la Guardia Civil) Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Penal 40/2000 de 02/10/2002

Los delitos de asesinato, uno consumado y cuatro frustrados obedecen al indudable ánimo o dolo de muerte que tuvo el acusado, al ordenar y poner los medios necesarios para que los autores materiales llevasen a cabo los hechos.

5).- De los expresados delitos es responsable en concepto de autor el acusado, en el doble carácter de inductor y cooperador necesario del art. 28, párrafo 2° a) y b) del C. Penal.

IV. FALLO: 1).- Condenar al acusado XXX, como autor responsable de los siguientes delitos [...].

4. ¿Castigo al dirigente organizador como autor mediato por utilización de aparatos de poder jerarquizados o como inductor “en cadena”?

i. Auto de procesamiento de Augusto Pinochet. Auto del Juzgado de instrucción n. 5 de la AN (Juez Baltasar Garzón) de 10 de diciembre de 1998.

Al frente de todo este organigrama del terror se encuentra presuntamente Augusto Pinochet Ugarte, que si bien no participa en la ejecución material de los hechos sí idea el plan y lo financia con cargo a los fondos públicos del propio Estado cuyo poder, en unión de los demás mandos militares de la Junta de Gobierno, usurpa y ejerce a partir del 11 de septiembre de 1973.

La presunta participación de Augusto Pinochet como inductor está clara por cuanto su acción anterior a que se concretan los hechos delictivos, (detenciones ilegales, asesinatos, desaparición, torturas); a) es directa y se ejerce sobre personas determinadas. Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las ordenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, con dominio absoluto del hecho, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA; b) para cometer delitos determinados como los enumerados a los que habría que añadir la malversación de caudales públicos por la utilización de fondos públicos para fines ilegales y delictivos, o los delitos contra el patrimonio derivados de los apoderamientos violentos de los bienes de las víctimas; c) con sujetos pasivos igualmente determinados, que se concretan en las personas enumeradas en esta resolución y todos aquellos cuya identificación se desconoce pero que tienen una entidad e identidad real y que sufrieron la acción delictiva descrita; d) es también eficaz y causante de la determinación del autor, que recibe la orden de los mandos militares superiores y estos de los integrantes de la Junta de Gobierno; e) es abierta, clara y no insidiosa como lo demuestra el desarrollo de los hechos y la falta de sanción penal adecuada o ni siquiera

administrativamente mínimas; f) es dolosa por cuanto, no puede hablarse con seriedad de desconocimiento, error o negligencia, sino de consciencia y voluntad de ejecución directa, y, g) es seguida de la ejecución del delito convenido, extremo que no necesita, en este momento de mayor concreción.

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

ii. Atentado yihadista del 11 M. SAN 4398/2007 31/10/2007 Ponente: Salvador Francisco Javier Gómez Bermúdez

Con independencia de que sea un dirigente de un grupo terrorista, el que manifestara tras los atentados que los había hecho su “jamaa” –grupo–, no es suficiente para considerarle responsable criminal de esos graves delitos. En primer lugar, porque la palabra “jamaa”, según se expuso prolijamente en la vista oral es de uso muy frecuente y no se refiere necesariamente a personas cercanas o dependientes del que la usa, sino en general a un grupo de personas. En segundo lugar, porque esa frase la pronuncia tras los atentados refiriéndose al grupo de marroquíes que hay en España; es decir, a yihadistas de origen marroquí, no necesariamente bajo sus órdenes. Y, en tercer lugar, porque su cualidad de dirigente del Grupo Islámico Combatiente Marroquí (GICM) no le hace responsable de forma automática de todos los atentados cometidos por miembros de la banda terrorista.

En general, sin ánimo de ser exhaustivos, en los casos de grupos terroristas la cúpula responde de los delitos de resultado ejecutados por la base cuando: a) se prueba la orden misma, b) si a falta de lo anterior se acredita la existencia de una determinada estructura y dependencia jerárquica, c) y se demuestra que efectivamente hubo contacto o relación temporo-espacialmente compatible entre el dirigente y el ejecutor, relación de la que, en conjunción con el anterior elemento se pueda deducir que existió la orden, o d) al menos se acredita la existencia de un canal de transmisión de órdenes estable, de forma que,

probada la condición de dirigente del procesado y de miembro de base del destinatario, sea posible atribuir al dirigente la orden con carácter general.

Ninguna de estas condiciones se ha puesto de manifiesto a lo largo de la extensa prueba practicada por lo que procede absolver a Hassan EL HASKI del resto de delitos por los que se le acusa.

iii. Terrorismo de ETA. Auto de 29 de marzo de 2006 del juzgado central de instrucción n. 5 de la Audiencia Nacional (juez Grande Marlaska) decretando prisión contra el dirigente de Batasuna Arnaldo Otegi

En el caso de autos, y sin perjuicio de ulterior calificación, se conforman en la causa y en la persona de xxxx, sólidos indicios racionales de criminalidad respecto a su participación en un delito de integración en organización terrorista, en su calidad de dirigente, de los arts. 515.2 y 516.2 del CP; remitiéndonos en tal sentido, al objeto de soslayar reiteraciones innecesarias a nuestro auto de fecha 26 de mayo de 2005 acordando su prisión provisional eludible mediante prestación de fianza de 400.000 €. Ello sin perjuicio de que siguiendo el mismo juicio jurídico contenido en el auto últimamente citado, así como en el posterior auto de procesamiento, su razonabilidad quedaría implementada por la nueva imputación, y los sólidos indicios racionales de criminalidad en su persona a título bien de autor mediato, bien de inductor. Todo ello como posteriormente se explicará.

Los hechos igualmente descritos en el juicio histórico, revisten los caracteres de distintos delitos de desórdenes públicos con fines terroristas, de los arts. 557 y 574 del CP, distintos delitos de coacciones con idénticos fines terroristas, de los arts. 172 y 574 del CP, y delitos de estragos terroristas, del art. 571 en relación al 346 del CP; conformándose concretos indicios racionales de criminalidad en la persona de xxxx, a título bien de autor mediato, bien de inductor (art. 28 del C.P.).

TERCERO.- Teniendo en cuenta la nueva imputación, y antes de valorar los indicios que la estructuran en grado de seria probabilidad, debemos hacer alguna mención jurisprudencial y doctrinal respecto a la participación a título o en concepto de inductor. Así, como requisitos de la inducción, se señalan:

- Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.
- Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.

- Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto.
- Que el inducido realice, efectivamente el tipo delictivo a que ha sido incitado; y,
- Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y que el crimen efectivamente se ejecute. También debe dejarse constancia de cómo la inducción puede realizarse por medio de persona interpuesta, y como no es exigible que conste la identidad del autor material.

En lo que aquí interesa no podemos tampoco dejar de hacer mención a la comisión por omisión recogida en el art. 11 b) del CP, donde se consagra la denominada “teoría de la injerencia.

Los delitos de comisión por omisión, son los previstos en el citado art. 11 CP, en los que, mediante un no hacer a lo que estaba obligado y podía realizar, se produce un resultado del que el omitente responde como si lo hubiera producido mediante una conducta activa. Aunque en torno a estos delitos se ha especulado sobre la existencia o no de causalidad, el problema fundamental es el delimitar los posibles sujetos activos, pues, así como en la omisión propia la concurrencia de la situación típica exige, generalmente por una razón de solidaridad humana, un determinado actuar a todos los que se encuentran ante la misma, en la comisión por omisión ha de determinarse por qué a una persona era exigible un determinado comportamiento y no a las demás, por qué se imputa el resultado a aquél y no a éstos. Es la conocida doctrinalmente como posición de garante, a través de la cual se han desarrollado la teoría formal del deber jurídico y la llamada teoría de las funciones.

CUARTO.- Reviste importancia jurídica actual la consolidación de los indicios racionales de criminalidad en su persona y relativos a su actuación como inductor en los hechos verificados el 09.03.06. Y en concreto, de cómo obedecieron a una decisión adoptada primeramente por el frente militar (organización terrorista ETA), y posteriormente asumida, dirigida y coordinada por los frentes político-institucional y “de masas” del entramado terrorista y de los cuales, xxxx, forma parte integrante, y como éste último, participó en la decisión finalmente adoptada y asumió los resultados criminales [...] De todo lo anterior cabe concluir en grado de seria probabilidad como los hechos ya citados del 09.03.06. fueron exigidos por el frente militar de la organización terrorista ETA y posteriormente, orquestados, dirigidos y planificados por sus frentes político-institucional, frente de masas, como se ha expuesto, de los que xxxx, resulta dirigente y habiendo mantenido en lo que aquí interesa una postura activa [...]

[...] la organización terrorista ETA, se conforma con una pluralidad de frentes (fenómeno del desdoblamiento), del cual Batasuna constituye el político institucional, y como en el conjunto de ellos personas adscritas a KAS-EKIN, forman parte de su dirección, sirviendo de cuerda de transmisión del frente militar o vanguardia; posición en la que se encontraría xxxx”.

[...] analizar posibles participaciones del imputado; considerado en nuestras resoluciones como dirigente de ese entramado terrorista, y como tal con aptitud de capitalizar las intenciones criminales de otros miembros. Evidentemente, esta última consideración no conlleva una hipotética imputación genérica en su persona de cualquier hecho que pudiera materializarse, sino la posibilidad de estudiar su participación en los hipotéticos eventos criminales, dada su misma cualidad de “dirigente”. Y dicha conclusión o posibilidad de valoración no es baladí, o ajena a la dogmática penal, considerando los hechos del pasado 9 de marzo de 2.006, así como las conductas imputadas a otros dirigentes del entramado terrorista ligados a la ilegalizada Batasuna.

Aunque el juez instructor no desarrolla el concepto de autoría mediata en el que se apoya, al mencionarlo como posible título de imputación sin llegar a decidirse por él o por el de la inducción (que recuerda admisible aunque sea mediante personas interpuestas) o la comisión por omisión, parece aceptar las tesis del abogado de la acusación popular citadas en el mismo auto, en las que se argumenta: “Más allá de esta comisión por omisión el procesado debería responder de los hechos por su autoría mediata al actuar como organizador a través de un aparato organizado de poder. En los términos definidos por este Juzgado en los autos de prisión precedentes, los hechos se habrían inducido por los representantes de Batasuna, y se habrían ejecutado por el denominado “frente de masas”, de modo que los hechos cometidos habrían sido ordenados y ejecutados en el seno de un grupo organizado y por tanto el Sr. xxxx, como máximo convocante debe responder en lo que la mayoría de la doctrina define como autoría mediata y otro sector de la doctrina, considera coautoría; ya sea como coautor, autor mediato, coautor, o provocador inductor, existen razones serias de probabilidad para considerar al procesado responsable de los hechos delictivos ocurridos el 09.03.06., siendo los mismos una manifestación de la continuidad de la actividad de Batasuna.

El caso todavía no ha sido juzgado.

III. Comentario

Los tribunales españoles no han aplicado nunca la figura del autor mediato por utilización de aparatos de poder jerarquizados, lo que tampoco significa que rechacen esta solución. Los motivos por los que nunca se ha aplicado pueden ser varios:

En primer lugar la amplitud con la que nuestros tribunales interpretan otras figuras, como la coautoría o la inducción, y la posibilidad de castigar al partícipe con la misma pena que al autor que concede la figura del cooperador necesario, todo lo cual hace innecesario en la mayoría de las ocasiones acudir a nuevas construcciones, como vamos a ver en seguida.

En segundo lugar, puede constatarse que hasta ahora realmente nuestros tribunales no se han enfrentado –al menos en una sentencia condenatoria– a un supuesto que pueda decirse que cumple todas y cada una de las exigencias de la figura de la autoría por aparatos de poder.

En tercer lugar, los jueces se muestran cautos por las discrepancias existentes en la doctrina sobre esta figura, pero también podemos encontrar resoluciones en las que se admite la autoría con instrumento plenamente responsable, a la vez que algunos jueces de instrucción admiten la figura, aunque proponiendo de forma cautelosa otra solución simultáneamente, como hemos visto y analizaremos a continuación.

En todo caso, y antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia española sobre la forma de imputación al jefe u organizador, conviene advertir que la autoría y participación es una de las materias tratadas de forma más caótica por nuestros tribunales², por lo que no vamos a encontrar una línea jurisprudencial clara sino cantidad de soluciones dispares, de las que solo podremos extraer la conclusión de que existen varias soluciones dominantes simultáneamente aplicadas.

Por otra parte, tampoco se ha aplicado hasta ahora la nueva figura de la responsabilidad del superior jerárquico. Ello se debe, en primer lugar, a que es de reciente introducción en nuestro Código Penal (por la reforma de 2003 que entró en vigor en 2004³), y en segundo lugar, a que su aplicación se limita a los delitos contra la comunidad internacional. Hasta el momento sólo ha habido

² De la misma opinión Bacigalupo, (2008) pp. 1 y ss.

³ LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

una sentencia sobre el fondo en uno de los sumarios abiertos por este tipo de delitos, la sentencia contra Scilingo, en la que la figura no era aplicable, pues no se trataba de un jefe sino de un ejecutor⁴. Sin embargo, si siguen adelante los numerosos procesos comenzados por esta clase de delitos quizás en un futuro el art. 615 bis empiece a aplicarse⁵. En todo caso, una parte de la doctrina opina que esta figura no es sino una especificación de la responsabilidad en comisión por omisión ya regulada con carácter general en el art. 11 del CP, donde la posición de garante del jefe militar se fundamenta en las obligaciones reguladas en los Convenios de Ginebra y en las leyes militares⁶. En el caso de la responsabilidad del jefe civil habría que fundamentar de otra manera la posición de garante, cuya fuente establece el art. 11 en la ley, un contrato o la previa creación de un riesgo.

Como ya se vio en el caso contra el dirigente de Batasuna, Arnaldo Otegi, el juez instructor apunta la posibilidad de ocupar una posición de garante por la injerencia previa que supuso la convocatoria y arenga que dirigió a las bases de su organización para que realizaran una jornada de huelga y movilizaciones en la que era previsible –o incluso directamente provocada– la comisión de delitos. No obstante, la posición de garante debería fundamentarse mucho más, pues no podemos convertir a todo provocador en autor en comisión por omisión del delito provocado⁷.

1. LA SOLUCIÓN DE LA COAUTORÍA

La principal razón por la que los tribunales españoles no han sentido nunca la necesidad de acudir a la figura de la autoría mediata por aparatos de poder es porque manejan un concepto de coautoría tan amplio que aquella figura no les resulta necesaria.

⁴ Scilingo fue condenado como autor de crímenes contra la humanidad mediante SAN de 19/04/2005, el TS casó esta sentencia por infracción del principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal y condenó a Scilingo como autor de asesinatos y complicidad en secuestros (STS 01/10/2007).

⁵ A favor de la asunción por nuestra jurisprudencia de las nuevas figuras de imputación surgidas en el Derecho Penal Internacional, como la “imputación jerárquica” y otras, para hacer frente a los nuevos fenómenos criminológicos, como los crímenes contra la humanidad, se manifiesta Bacigalupo, E, (2008), p. 10.

⁶ Rodríguez Villasante, (2003), p. 221.

⁷ Parece que para apreciar la posición de garante no debería bastar con haber provocado la comisión de un delito sino que debería poder fundamentarse bien una diferencia sustancial entre el riesgo que crea cualquier provocador y el que crea el responsable de una organización al dirigirse a sus bases o bien la existencia de algún tipo de deber de control de los dirigentes respecto de las actuaciones de las bases.

Aunque desde finales de los años 90 hasta la actualidad, el TS repite sistemáticamente en todas sus sentencias que aplica la teoría del dominio funcional del hecho en la coautoría⁸, pretendiendo con ello haber abandonado la teoría del acuerdo previo⁹ que ideó la jurisprudencia española para hacer responder como autor al organizador, lo cierto es que en muchas sentencias aplica una versión propia de la teoría del dominio funcional que se aparta de la concepción mayoritaria en la doctrina, pues aunque cada vez se pueden encontrar más sentencias en las que se analizan correctamente los elementos de esta figura: el acuerdo de voluntades, la aportación durante la fase ejecutiva y su esencialidad (así SSTs. de 19-7-2007 y de 15-3-2007)¹⁰, en otras muchas se abstiene de analizar –porque da por supuesto– o incluso de exigir la esencialidad de la contribución, conformándose con que ésta se preste en fase ejecutiva según el plan común (por ejemplo, SSTs 27 enero 1999, 9 de febrero de 1999, 8 junio 1999)¹¹. Incluso encontramos sentencias en que se aprecia la coautoría y se considera que todos los intervinientes tenían el dominio del hecho porque existió un mutuo acuerdo entre ellos en el cual se repartieron los papeles que cada uno debía representar, aunque alguno haya actuado exclusivamente en fase preparatoria. Así por ejemplo, el TS condena como coautor a quien sólo ha participado en la organización y planeamiento del delito, afirmando que tal sujeto tenía el dominio del hecho como los demás intervinientes en las SSTs de 4 de noviembre de 1997¹², 8 de julio de 1998,

⁸ Cfr. García del Blanco, (2006), pp. 544 y ss.

⁹ EITS utilizó esta teoría para hacer responder como autores a todos los intervinientes en la comisión de un delito que hubieran acordado previamente su ejecución y con independencia del papel material que cada uno de ellos desempeñara en la realización de ese plan acordado. Cfr. sobre la misma con mayor detalle Gutiérrez Rodríguez, (2001), p. 201 y ss. La teoría del acuerdo previo fue formalmente abandonada por la TS tras la demoledora crítica de Gimbernat en su obra *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966. La superación de esta doctrina no es sin embargo total en nuestra jurisprudencia pues con frecuencia, como ya hemos visto, el TS se conforma ahora con cualquier tipo de aportación del participante en el acuerdo común, sin que el tribunal entre a valorar su esencialidad o no para asignarle una responsabilidad como coautor o sin exigir que se realice en fase ejecutiva. Cfr. Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 203 y ss., y García del Blanco, (2006) pp. 522 y ss.

¹⁰ Según esta jurisprudencia, que estaría de acuerdo con la doctrina mayoritaria, el coautor debe aportar una contribución esencial en fase ejecutiva, y es eso lo que le atribuye el dominio funcional del hecho, y es lo que le diferencia del cooperador necesario, quien actuaría sólo en fase preparatoria. Como señala Cerezo Mir, (2001), p. 226, el requisito de la esencialidad de la aportación del coautor debería examinarse *ex ante*, y de esta manera el coautor también podría actuar en fase ejecutiva, pero con una contribución no esencial *ex ante* (dominio del hecho propio del coautor) sino solo *ex post*.

¹¹ Cfr. García del Blanco, (2006), pp. 549 y nota 465, p. 558.

¹² STS 04/11/1997: “1. Esta Sala ha sostenido reiteradamente en los últimos años

2 de febrero de 1999, 14 de diciembre de 1998, 31 de marzo de 2000 y 13 diciembre de 2002¹³.

Gran parte 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 con afirmar la capacidad del codelincuente de impedir la comisión del delito para considerar como esencial una aportación, aunque el TS en alguna oportunidad interpretó la esencialidad en este sentido, sino que se trataría, al menos, de la posibilidad de evitar el hecho mediante la

que el previo acuerdo, por sí mismo, no es determinante de la coautoría, como lo consideraba la jurisprudencia más antigua. Por el contrario, la decisión conjunta de la realización del hecho punible, que caracteriza la coautoría, debe ir acompañada de una aportación a la ejecución que exteriorice el dominio funcional del hecho, o el codominio del mismo. Por lo tanto, la tesis sostenida por el Fiscal debe ser analizada desde esta perspectiva, dado que el sólo acuerdo previo entre los partícipes no es determinante de la coautoría, ni de la cooperación necesaria. En efecto, el criterio del acuerdo previo es, ante todo, incompatible con el propio texto de la ley penal, dado que, éste (antes y después de la reforma de 1995) exige 'un acto sin el cual (el delito) no se habría efectuado'. Es evidente que un acto de estas características requiere inexorablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser en ningún caso reemplazada por el acuerdo entre los partícipes. Si esto es así respecto de la cooperación necesaria, no puede ser de otra manera para la coautoría, toda vez que ésta debe implicar también un juicio sobre la aportación al hecho que justifique un reproche penal adecuado a la autoría.

"2. En el presente caso los criterios antes señalados conducen al resultado propugnado por el Fiscal, dado que el recurrente, además de haber tomado parte de una decisión común de realizar el hecho, ha participado en la dirección y organización del hecho punible por el que se lo condena junto con otro implicado en los hechos. De esta manera, su codominio del hecho no puede ser puesto en duda, toda vez que la participación en la dirección del hecho le proporcionaba al acusado la posibilidad de configuración del delito como tal".

¹³ En la sentencia de 13 de diciembre de 2002, el TS interpreta que, contra el comando Araba de ETA, la AN había calificado al dirigente organizador, quien sólo había intervenido en la fase preparatoria como autor mediato, pero en un sentido no técnico, significando con ello únicamente que no había realizado él mismo la acción típica y sin hacer ninguna referencia a utilizar a otro como instrumento, lo que a juicio del TS no impide su consideración como autor directo, pues su aportación era absolutamente relevante y convergía con la de los demás acusados en la consecución del resultado. En realidad la SAN 183/2000 de 20/01/2000 es sumamente confusa: empieza calificando a los organizadores que actúan en fase preparatoria como autores mediatos, para luego decir que el autor mediato, en sentido estricto o técnico, exige instrumento irresponsable. Finaliza considerándoles autores directos al haber no sólo "concurso de voluntades entre todos los partícipes, sino que también cada uno de ellos tuvo dominio del acto, puesto que su propio o voluntario desistimiento hubiera vuelto ineficaz la ejecución de los otros partícipes".

no prestación de su aportación desde una perspectiva *ex ante*¹⁴. Por ello, prescindiendo de los excesos en que incurre el TS al considerar coautor a quien actúa exclusivamente en la fase preparatoria, parece que para considerar al dirigente u organizador como coautor sería exigible por lo menos que el mismo actualizara su contribución durante la fase de ejecución, y que además ello se considerase esencial para la comisión del delito.

Así, en opinión de Cerezo Mir¹⁵, o de Gómez Benítez¹⁶, el jefe de la banda que actualiza su función de dirección u organización durante la fase de ejecución y quienes, sin realizar actos ejecutivos cooperan de cualquier otra forma necesaria en dicha fase ejecutiva, tienen el dominio funcional del hecho y son verdaderos coautores. En cambio, cuando el organizador no actualiza su labor durante la fase ejecutiva, es decir, no dirige la ejecución del delito, aunque sea a distancia, no puede ser considerado autor¹⁷.

En el caso del Secuestro de Segundo Marey por parte del grupo terrorista GAL (STS 8421/1998 de 29/07/1998, Ponente: Joaquín Delgado García)¹⁸, podría considerarse que el TS aplicó esta versión pues condenó al Ministro del Interior y al Secretario de Estado como autores¹⁹, al considerar probado que habían participado en la toma de algunas decisiones conforme iban surgiendo problemas concretos (como si se dejaba o no en libertad al secuestrado al percatarse de que se habían confundido de víctima, o qué contenido se daba a la nota de rescate). Esta toma conjunta de decisiones durante la fase de ejecución podría considerarse que cumple con el requisito de actualización de la función de dirección, mencionado por Gómez Benítez.

¹⁴ Cfr. Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 392 y ss. con abundantes citas doctrinales.

¹⁵ Cfr. Cerezo Mir, (1982), p. 176-177.

¹⁶ Cfr. Gómez Benítez, (2000), pp. 120, 135-136.

¹⁷ Cfr. Gómez Benítez, (2000), p. 119, nota 29, p. 120.

¹⁸ Si no se ha elegido esta sentencia para exponerla en el apartado II ha sido porque el ponente prescinde fundamentar el concepto de autor que imputa a los acusados, por lo que sólo podemos deducirlo de los elementos que declara probados y en los que basa dicha calificación.

¹⁹ Los intermediarios, tanto políticos –el gobernador civil, el secretario general del PSOE en Vizcaya– como policiales –los jefes policiales–, también son considerados coautores, porque se evidenció que tomaron parte en las decisiones iniciales y durante la fase de ejecución. Los ejecutores también fueron considerados como supuestos autores; los mercenarios franceses que realizaron el secuestro fueron juzgados en Francia, donde se cometió el hecho; los policías españoles que recibieron al secuestrado de manos de los mercenarios franceses en la frontera, lo custodiaron y trasladaron, fueron considerados autores por el TS, pues todos ellos realizaron actos típicos.

En cambio, mucho más lejos va la solución de Muñoz Conde²⁰ quien, en contra de la opinión mayoritaria, y a favor de la interpretación más amplia que están haciendo los tribunales, afirma que en determinados casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria. De esta misma opinión son otros autores españoles, como Ferré Olivé²¹ o Marín de Espinosa²², quienes defienden que también el que actúa sólo en fase preparatoria puede tener el codominio del hecho. Puede decirse que esta opinión es todavía minoritaria en nuestra doctrina²³.

En la STS 6461/2001 de 20/07/2001 (caso Lasa - Zabala), Ponente: Joaquín Giménez García, también en el marco del terrorismo de Estado de los GAL, recogida *supra* en el apartado II, puede verse esta construcción de la coautoría, pues en la narración de los hechos sólo se alude a una intervención del Gobernador Civil de Vizcaya en la fase preparatoria como persona que toma la decisión e interviene en la organización, sin que quede acreditada su posterior intervención o toma de decisiones concretas durante la fase ejecutiva, a pesar de lo cual es considerado coautor.

Podemos ver una solución intermedia en el Auto del Tribunal Constitucional 332 de 6 de junio de 1984, desestimando el recurso de amparo presentado por el General Armada y Comyn, frente a la condena del TS como autor del delito de rebelión por su intervención en el Golpe de Estado del

²⁰ En opinión de Muñoz Conde, (2001), p. 518, el dirigente de ETA quien, sin intervenir en los atentados, decide su ejecución desde la cúpula de la organización, puede ser considerado coautor si decide la realización de un atentado concreto identificando a la víctima y planeando todos los detalles de la ejecución al igual que quien se encargará de la misma, aunque luego no intervenga en la fase ejecutiva. En su opinión, en casos de criminalidad organizada como la terrorista, no ve una diferencia sustancial entre la conducta del que realiza directamente el hecho y la del que lo planifica, lo controla y dirige su concreta realización, aunque no esté presente en la ejecución y su aportación se haya realizado antes de que ésta comience. Por ello, lo que para la mayoría constituiría una cooperación necesaria –según una definición de esta figura que él mismo aceptó para no dejar como superflua esta categoría, y creyendo necesario conservarla para cuando no se pueda demostrar el dominio funcional– es en realidad una verdadera coautoría (p. 520).

²¹ En su opinión, aunque el jefe no realiza actos ejecutivos, domina funcionalmente el hecho si su aportación es de magnitud relevante. Cfr. Ferré Olivé, (1999), pp. 96 y s.

²² Según esta autora, no es necesario contribuir en fase ejecutiva para ser coautor, siempre que se tenga mando de decisión o funciones directivas. Quien emite la orden y quien la trasmite determinan el desarrollo del hecho y son coautores, Marín de Espinosa, (2002), pp. 140 y s.

²³ Así lo constata Fernández Ibáñez, (2006), p. 283.

23 de febrero de 1981, por sentencia 1175/1983 de 22/04/1983. Según este auto del TC, que intenta explicar y dar por buena la solución del TS frente a la sentencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, que había condenado a Armada sólo por conspiración, bastaría con que el dirigente, en la planeación del delito, se hubiese asignado algún papel a cumplir en la fase de ejecución –en este caso acudir a palacio y convencer al Rey para que aceptase el golpe de Estado y proponer un futuro gobierno que sustituyera al legítimo– para que fuese considerado autor, aún cuando luego no hubiese conseguido realizar esa aportación, a pesar de lo cual el delito –que es de mera actividad– se perfeccionó, y el acusado respondió como autor de un delito consumado.

Se puede decir, por tanto, que en la jurisprudencia española 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, en otras presuponiendo que el dirigente organizador tiene el dominio del hecho aun cuando sólo actúe en la fase preparatoria, y en otras muchas por la vía de considerar verdaderos autores a los inductores y a los cooperadores necesarios²⁴.

Las primeras dos vías responden a la tendencia de ampliar el concepto de coautor, que también se ha advertido en Alemania donde, al igual que en Colombia y a diferencia de lo que sucede en España, no existe la figura del cooperador necesario que permite castigar al partícipe con la misma pena que al autor, si la importancia de su contribución lo merece²⁵. Pero, a pesar de que nosotros contamos con la figura del cooperador necesario, nuestro TS sigue castigando como coautor, bien porque le parece que la calificación como cooperador o como inductor supondría rebajar la consideración de la aportación del jefe, aun cuando se le pusiera la misma pena, o bien, y entramos con ello en la tercera vía anunciada, porque nuestros tribunales han asumido en múltiples resoluciones que el cooperador y el inductor son verdaderos autores, por lo que directamente pasan a considerarlos como tales, manejando todos estos conceptos indistintamente como si fueran la misma cosa (por ejemplo, SSTS de 12 de febrero de 1976, de 4 de noviembre de 1997 y 7 de noviembre de 2001).

Aunque en muchas sentencias el TS ha reconocido que inductor y cooperador necesario no son verdaderos autores, en otras muchas sigue

²⁴ Sobre la tendencia de nuestra jurisprudencia a considerar a los inductores y cooperadores necesarios como verdaderos autores y sus causas; cfr. Bacigalupo, (2008), pp. 3 y ss.

²⁵ Cfr. Faraldo Cabana, (2004), p. 128.

considerándolos como tales pese a que la doctrina mayoritariamente afirma que no todas las figuras recogidas en el antiguo art. 14, actual art. 28, son autores sino que inductores y cooperadores necesarios son partícipes castigados con la misma pena que el autor²⁶. Por ello muchas sentencias contra dirigentes de ETA argumentan en los fundamentos jurídicos que el dirigente organizador que ordenó el atentado y en ocasiones también proporcionó los medios para cometerlo es inductor por lo primero y cooperador necesario por lo segundo, sin embargo, finalmente se le condena como autor. Véase, como ejemplo, las sentencias señaladas más arriba en el apartado II. 3.: STS de 02/07/2004 y Sentencia de la Audiencia Nacional. Sala de lo Penal de 02/10/2002 y en el mismo sentido la SAN 27/09/2000.

Algunos de los autores que en España rechazan la construcción de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder organizados proponen castigar al hombre de atrás como coautor. Por ejemplo Conde Pumpido²⁷, Ferré Olivé²⁸, Marín de Espinosa²⁹ y Muñoz Conde³⁰ para las organizaciones criminales no estatales ni paraestatales³¹.

Aunque una parte de la doctrina ha rechazado la solución de la coautoría para aquellos casos que en su opinión deberían ser tratados como autoría mediata por aparatos de poder, argumentando de acuerdo con Roxin, por ejemplo la falta de acuerdo entre el dirigente y el ejecutor material³², hay que decir que nuestro TS 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.

Así, en el caso antes mencionado del secuestro de Segundo Marey (STS de 29/07/1998), en relación con la responsabilidad como coautor del Ministro de Interior, le bastó al TS para fundamentar el codominio del hecho con

²⁶ Cfr., con abundantes citas de jurisprudencia y de doctrina, Gutiérrez Rodríguez, (2001), p. 64 y p. 67 y ss.

²⁷ Cfr. Conde-Pumpido Ferreiro, (1997), p. 21.

²⁸ Cfr. Ferré Olivé, (1999), pp. 96 y s.

²⁹ Cfr. Marín de Espinosa, (2002), pp. 134, 137 y ss.

³⁰ Cfr. Muñoz Conde, (1999) pp. 155 y ss, Muñoz Conde / García Arán, (2004), p. 456.

³¹ Para las estatales y paraestatales acepta la autoría mediata por aparatos de Roxin, Muñoz Conde / García Arán, (2004), p. 454.

³² Entre otros, sostienen este argumento contra la solución de la coautoría Faraldo Cabana, (2004), p. 129, Fernández Ibáñez, (2006), p. 260, Cerezo Mir, (2001), p. 218, nota 52, Gutiérrez Rodríguez, (2001), p. 375, Pérez Cepeda, (2002), p. 117.

argumentar que el Ministro estaba informado y había consentido, o por mucho había participado en la toma de algunas decisiones conforme iban surgiendo, aunque no hubiera existido jamás comunicación directa entre el Ministro y los ejecutores materiales del secuestro. Nótese que, según el relato de los hechos, el Ministro y el Secretario de Estado no podían ser considerados inductores pues la idea no partió de ellos sino que la aceptaron cuando les fue planteada por el Gobernador Civil, quien habría decidido el plan junto con los jefes policiales.

Por tanto, el TS aprecia el acuerdo de voluntades 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, en consecuencia, afirmarse que el TS acepta que el cumplimiento de una orden o encargo equivale a 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.

Una parte de la doctrina acoge esta relativización del requisito del mutuo acuerdo, pues desde el momento en que se acepta la suficiencia de un acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos es posible que no exista una resolución delictiva expresa y con distribución de roles³³.

También se argumenta en contra de la solución de la coautoría que en estos casos no hay “realización conjunta del hecho”, como exige nuestro CP³⁴. Sin embargo, como ya hemos dicho, muchos autores españoles opinan que el coautor tiene el dominio funcional del hecho y puede ser subsumido en la definición del art. 28 cuando, a pesar de no llevar a cabo actos ejecutivos, realiza o actualiza una aportación esencial en la fase de ejecución. Ello supone que el hombre de atrás puede ser considerado coautor si “sigue dirigiendo” la realización del hecho durante la fase ejecutiva, aun cuando no llegue a

³³ Sobre la aceptación del acuerdo tácito y coetáneo en la doctrina española, cfr. Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 160 y s. con ulteriores citas en nota 135, y pp. 164 y s., con citas de doctrina y jurisprudencia del TS en nota 142; y García del Blanco, (2006) 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. Como señala esta autora, en la doctrina y jurisprudencia española se admite incluso una coautoría sucesiva o, como la llama el TS, “adhesiva”.

³⁴ Asume esta crítica Fernández Ibáñez, (2006), p. 264, y como muy bien apunta esta autora, la solución a la misma dependerá de si se acepta o no que quien actúa sólo en fase preparatoria tenga dominio funcional del hecho.

realizar actos ejecutivos ni esté siquiera presente en el lugar de la ejecución, pues puede dirigirla a distancia³⁵.

Con esta intervención en la fase ejecutiva³⁶ parece que se satisfaría el requisito típico de la comisión “conjunta” que exige el art. 28 CP español en la definición de la coautoría. Pero quienes defienden que también tiene el dominio del hecho quien actúa sólo en la fase preparatoria³⁷ tendrán el mismo argumento para defender que ese dominio del hecho supone su realización conjunta. Desde luego, así lo ha entendido la jurisprudencia.

En efecto, la STS de 14 de diciembre de 1998, con un argumento luego repetido en muchas otras sentencias, afirma: “La nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del Código Penal 1995 como ‘realización conjunta del hecho’ viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del ‘acuerdo previo’, a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo, –por ejemplo, a quien planea el ‘golpe’ que ejecutan otros– pese a que resultaban más difícilmente encuadrables en el art. 14.1º del Código Penal 73 que exigía ‘tomar parte directa en la ejecución del hecho’. La ‘realización conjunta del hecho’ implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación

³⁵ Cfr. Faraldo Cabana, (2004), p. 137, Núñez Castaño, (2000), p. 187, Gómez Benítez, (2000), p. 112, Ferré Olivé, (1999), p. 97, Muñoz Conde, (2001), pp. 513, 520, aunque acepta la teoría de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, propone también la solución de la coautoría para los casos en que no se dé alguno de los requisitos de aquella construcción. En su opinión no sería necesario para responder como autor ni la presencia física en la fase de ejecución ni la realización de actos ejecutivos, y va todavía más lejos que los autores anteriormente citados, al admitir que incluso aportaciones no realizadas en la fase ejecutiva, sino antes, pueden ser calificadas de coautoría, si en una valoración total y globalizadora de las mismas, desde el punto de vista de su relación de inmediación temporal y espacial con la acción ejecutiva, se entiende que son tan decisivas para la realización del delito como las propiamente ejecutivas, pues determinan o co-configuran decisivamente la realización del hecho, y que por ello quien las realiza tiene el dominio funcional de hecho.

³⁶ La doctrina mayoritaria en España exige una aportación durante la fase ejecutiva para considerar al sujeto coautor. Cfr. Cerezo Mir, (1982), pp. 176 y s.; Gómez Benítez, (2000), pp. 110 y ss.; Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 372 y ss., con ulteriores citas doctrinales. En cambio, por ejemplo, Muñoz Conde, (2001), pp. 519 y ss., defiende que cabe la coautoría no ejecutiva.

³⁷ Cfr. Muñoz Conde / García Arán, (2004), p. 455.

de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del ‘pactum scaeleris’ y del codominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución”.

En mi opinión, esta interpretación que considera coautor a quien sólo interviene en la fase preparatoria es excesiva y lleva a borrar la distinción entre autor y partícipe. Lo cierto es que el TS parece haber encontrado en la teoría del dominio del hecho, por su mayor flexibilidad –o quizás indefinición- de los criterios, una puerta abierta para poder fundamentar sin mayores problemas, aparentemente, las soluciones por las que previamente ya se había decantado, teniendo en cuenta para ello básicamente el criterio de la necesidad de pena que merece determinada intervención. Este hecho ha sido criticado por la doctrina, pues en la mayoría de los casos sería mas adecuada una calificación como inducción o como cooperación necesaria, lo que en el CP español satisface de igual manera el deseo de imponer la misma pena que al autor, pese a lo cual el TS se empeña en ampliar el concepto de coautor³⁸, hasta el punto que la teoría del acuerdo previo, rechazada por la doctrina y por el propio TS hace años, se esconde realmente tras múltiples decisiones³⁹.

Si no se acepta que quien realiza un acto preparatorio pueda tener el dominio funcional del hecho, y si la labor de organización no se actualiza en la fase ejecutiva ni tan siquiera como “dirección de la ejecución”, por ejemplo porque el dirigente de la organización delega en subordinados intermedios esa dirección en la fase de ejecución, ya no se le puede considerar como coautor, y entrarían en juego otras figuras u otras fundamentaciones de la autoría.

De igual manera, hay que tener presente que, aun cuando se admitiera la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados – de la que nos ocuparemos *infra*–, esta construcción exige una serie de requisitos que no se dan en todos los casos analizados anteriormente. Por ejemplo, en casos de organizaciones pequeñas basadas en relaciones personales no puede predicarse la fungibilidad del ejecutor, por lo que la solución para castigar al jefe de la banda será la de coautor si actualiza sus tareas de dirección durante la ejecución (y tal actividad se considera una contribución esencial que le otorga el codominio funcional del hecho),

³⁸ Sobre todo ello, cfr. García del Blanco, (2006), pp. 552 y ss., 555 y ss. En el mismo sentido, Bacigalupo, (2008), p. 7.

³⁹ Cfr. García del Blanco, (2006), pp. 556 y ss.

aunque sea dirigiendo a distancia la ejecución del delito⁴⁰, o la de inductor o cooperador necesario en caso contrario⁴¹.

2. LA SOLUCIÓN DE LA INDUCCIÓN Y LA COOPERACIÓN NECESARIA

Como hemos visto, nuestros tribunales también acuden con frecuencia a la figura del inductor (completada con la del cooperador necesario) para castigar al dirigente de la organización en casos de delitos cometidos por sus subordinados, aunque a veces acaban condenándolos como autores, siguiendo la concepción de que ambas categorías son verdaderas clases de autor.

Las sentencias que hemos señalado como exponentes de esta solución se refieren a dirigentes de la banda terrorista ETA que ordenan el delito, a veces a uno solo de los ejecutores que es quien a su vez da las órdenes al resto de integrantes del comando y, en ocasiones, también proporcionan al comando la información o los medios para realizarlo (lo que les merece la calificación añadida de cooperadores necesarios).

Aunque en los casos analizados no está claro que se den todos los requisitos para aplicar la construcción de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, en particular porque los comandos de ETA están formados por grupos pequeños de personas y probablemente su relación con el dirigente que ordena un concreto atentado se basa en relaciones personales y de confianza, por lo que no constituyen un supuesto de fungibilidad del ejecutor y, por lo tanto, estas sentencias no representan una opción de la jurisprudencia por esta solución frente a la de la autoría mediata, lo cierto es que la solución de la inducción también es propuesta por una parte de la doctrina española que rechaza la construcción de Roxin.

En España rechazan la autoría mediata por aparatos de poder y proponen castigar al dirigente como inductor, por ejemplo, Gimbernat⁴², Díaz y García

⁴⁰ De la misma opinión Cerezo Mir, (1982), pp. 176 y s., Gómez Benítez, ADPCP, (1984), p. 110.

⁴¹ Sobre las diferencias entre el dirigente del aparato de poder y el jefe de la banda, cfr. Fernández Ibáñez, (2006), pp. 268 y ss., quien sigue también la opinión expuesta en el texto -p. 280-.

⁴² Cfr. Gimbernat, (1966), pp. 189 y ss., para quien el dirigente de la organización sería inductor y los mandos intermedios que transmiten la orden son cómplices.

Conlledo⁴³, López Peregrín⁴⁴, Olmedo⁴⁵, Gutiérrez Rodríguez⁴⁶, Cobo y Vives⁴⁷, Pérez Cepeda⁴⁸, Rodríguez Devesa⁴⁹ y Rodríguez Mourullo⁵⁰.

Contra la solución de la inducción se ha argumentado que ésta debe ser directa, mientras que en los casos analizados no existe un contacto directo entre el dirigente y el ejecutor, sino que la orden se va transmitiendo a través de una larga cadena de mando⁵¹. La doctrina ha contestado de diversas maneras a esta crítica. Por ejemplo, Gimbernat niega que esto sea una inducción en cadena porque en su opinión el ejecutor no actuaba porque se lo dijese el sargento que trasmitía la orden, sino porque esta correspondía a la voluntad de Hitler⁵².

Más convincente, sin embargo, me parece la respuesta de Olmedo⁵³. En su opinión, la calificación de “directa” de la inducción no implica la necesidad de una relación inmediata entre inducido e inductor pues, por ejemplo, la definición de la provocación también emplea el término “directamente”, y sin duda no se exige esa relación de inmediatez entre provocador y destinatario, pero además, el que la inducción sea directa no se elimina porque haya intermediarios que se limiten a transmitir la orden, pues los eslabones de la cadena no se van induciendo unos a otros sino que actúan como meros portadores del mandato⁵⁴.

Resta en esta solución, además, el problema de cómo calificar a los mandos intermedios que transmiten la orden. Gimbernat y Olmedo los consideran meros partícipes⁵⁵, que en ocasiones podrían ser considerados cooperadores

⁴³ Cfr. Díaz y García Conlledo, (1995), p. 704.

⁴⁴ Cfr. López Peregrín, (1997), pp. 403 y ss., quien también admite la posibilidad de cooperación necesaria cuando no sea viable el castigo por inducción.

⁴⁵ Cfr. Olmedo Cardenete, (2000), pp. 282 y ss.

⁴⁶ Cfr. Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 388 y s., quien también admite la posibilidad de cooperación necesaria cuando no sea viable el castigo por inducción.

⁴⁷ Cfr. Cobo del Rosal / Vives Antón, (1999), p. 677, nota 41,

⁴⁸ Cfr. Pérez Cepeda, (1997), pp. 406, 412 y ss. y (2002), pp. 117 y ss.

⁴⁹ Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, (1995), pp. 810 y s.

⁵⁰ Cfr. Rodríguez Mourullo, (1972), p. 809, admitiendo también otras formas de participación.

⁵¹ Así, contra la solución de la inducción, Bolea Bardón, (2000), p. 373; Hernández Plasencia, (1996), p. 272.

⁵² Cfr. Gimbernat, (1966), p. 192.

⁵³ Cfr. Olmedo Cardenete, (2000), p. 282, nota 278.

⁵⁴ Se adhiere a esta opinión Gutiérrez Rodríguez, (2001), p. 388.

⁵⁵ También los considera cómplices Hernández Plasencia, (1996), p. 276.

necesarios castigados según el CP español con la misma pena que el autor, pero que según el CP colombiano deberían tener siempre una pena atenuada. Esta solución no me parece correcta, pues, como bien ha señalado Faraldo Cabana⁵⁶, si se les considera cómplices del inductor no responderían por ser partícipes, lo mismo si se les considera cómplices del cooperador necesario.

Entiendo que no cabe considerar como cómplices a todos aquellos que actúan únicamente antes de que el ejecutor tome la decisión –acepte la orden– de cometer el delito. Aquél cuya aportación al hecho empieza y acaba antes de que el ejecutor tome la resolución delictiva –por ejemplo, quien sólo trasmite la orden de que debe cometerse determinado delito a otro mando encargado a su vez de darla al ejecutor– no puede ser considerado cómplice de un autor que aún no existe –aún no ha dado comienzo a la ejecución y ni tan siquiera está resuelto a cometer el concreto delito–, pues no cabe entender como cómplice del autor a aquél cuya aportación empieza y termina antes del acuerdo de voluntades con éste y como cómplice de otro partícipe resulta impune⁵⁷. Estimo, en cambio, que todo miembro de la cadena de mando, que a su vez ejerce autoridad al transmitir la orden, debe ser considerado inductor.

Ello nos devuelve a la crítica de la inadmisibilidad de la inducción en cadena. Pero al respecto debemos señalar que nuestro TS, en contra de la opinión de una gran parte de la doctrina⁵⁸, admite la inducción en cadena: “Es doctrina de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 212/2007, de 22 de febrero, que ‘no es impedimento para afirmar la inducción el que hubiera mediado intermediario, ya que puede existir una forma de inducción que se valga de una persona para crear en otro la resolución criminal, sin que a ello obste el que el artículo 28.a) exija que la inducción sea directa, ya que con ello lo que quiere el legislador es que se concrete en una determinada persona (autor) y en un determinado delito, sin que se impida una posible inducción en cadena’”.

⁵⁶ Véase la crítica de Faraldo Cabana, (2004), pp. 182 y ss.

⁵⁷ En cambio el director u organizador que da instrucciones a un ejecutor que ya ha iniciado la comisión del delito, o que ya se haya resuelto y llega después a iniciar la ejecución, sí puede ser considerado cooperador necesario si no es coautor por realizar una contribución esencial que le otorgue el dominio del hecho. Y los intermediarios, que siguen transmitiendo las instrucciones del dirigente o los datos necesarios para cometer el delito una vez que el ejecutor ya se ha resuelto a cometerlo, también podrían ser considerados partícipes salvo que sean coautores.

⁵⁸ Cfr. Faraldo Cabana, (2004), p. 183; Gómez Rivero, (1995), pp. 126 y ss.; Hernández Plasencia, (1996).

Aunque en alguna sentencia el TS ha negado la inducción en cadena y calificado a quien encarga a otro ordenar a un tercero la ejecución de un delito, como cooperador necesario, no casa la sentencia ni modifica el título de imputación porque la pena es la misma, con lo que parece equiparar inductor y cooperador (STS 18/10/1994). Pero lo cierto es que ya desde el siglo XIX podemos encontrar sentencias en las que el TS califica los supuestos de inducción en cadena como de inducción al instigador principal mediante el argumento de negar que el inductor del inductor sea un inductor en cadena (cooperador necesario), sino que, en su opinión, era inductor al hecho sin más (SSTS 20/03/1890, 08/01/1941, 25/10/1968, 07/02/1986, 10/04/2003 28/11/1994⁵⁹, 12/11/1991, 12/11/1991).

Esta opinión la sustenta también una parte de la doctrina: Rodríguez Devesa⁶⁰, Gómez Benítez⁶¹, Landecho Velasco / Molina Blázquez⁶², López Barja de Quiroga⁶³, Sainz Cantero⁶⁴. Pero últimamente podemos encontrar sentencias en las que el tribunal ya no se molesta en negar que la inducción con intermediarios sea una inducción en cadena, sino que pasa directamente a admitir el castigo de esta última: STS 393/2007 de 27/04/2007⁶⁵ y 212/2007 de 22/02/2007⁶⁶, 199/2002 de 09/06/2003. Se acepta la inducción a través de tercera persona, creándole indirectamente el ánimo delictivo. No es, por lo tanto, imposible –según el TS– la inducción en cadena⁶⁷.

⁵⁹ “Es intrascendente que para la inducción del hecho se sirviese el inductor de un intermediario o enlace con los autores materiales pues ello tampoco es inducción para la inducción sino directamente para la ejecución del hecho.”

⁶⁰ Cfr. Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, (1995) p. 810.

⁶¹ Cfr. Gómez Benítez (1984), pp. 532 y ss.

⁶² Cfr. Landecho Velasco / Molina Blázquez (1996), p. 456.

⁶³ Cfr. López Barja de Quiroga (1996), pp. 133 y ss.

⁶⁴ Cfr. Sainz Cantero (1990), p. 822.

⁶⁵ En este caso la condenada como inductora contacta con una persona que a su vez convence a un tercero, quien ejecuta el delito.

⁶⁶ En este caso los varios acusados como inductores planean contratar a un sicario, lo que consiguen a través de una tercera persona.

⁶⁷ Cfr. Olmedo Cardenete, (2000) p. 308, distingue la verdadera inducción en cadena: uno induce a otro que a su vez induce a un tercero, lo que debe quedar impune o bien castigarse en su caso como complicidad o cooperación necesaria, y los casos en que el intermediario o intermediarios solamente transmiten la orden del primero, se limitan a “hacer exclusivamente de canal trasmisor entre el primero y el último miembro de la cadena”, lo que debe considerarse una inducción en toda regla. En sentido similar, Gómez Rivero, (1995), p. 125, exige para la inducción que el intermediario se limite a una intermediación, sin realizar una actividad provocadora autónoma.

En mi opinión, el dirigente de un aparato de poder jerarquizado podría perfectamente responder como inductor, pero no porque el ejecutor actúe creyendo que cumple su voluntad y no la de su superior inmediato, sino porque efectivamente la cadena de mando de la organización se ha comportado como un mecanismo semiautomático en la transmisión de la orden. La jerarquía asegura simplemente que la orden se transmitirá, por lo que el fenómeno, desde el punto de vista de la conducta del primer inductor, se parece más a una inducción directa en la que el inductor ha elegido un mecanismo complejo para hacer llegar la orden, que a la participación en una participación. El primer inductor sabe que su orden se transmitirá por la cadena de mando del aparato y su conducta no es menos peligrosa por el hecho de que haya personas intermedias. Pero, a su vez, los mandos intermedios que ejercen autoridad al transmitir la orden deben ser castigados como coinductores, pues hacia arriba de la jerarquía se comportan como un mero mecanismo de transmisión al obedecer la orden en el aparato de poder, pero hacia abajo de ella ejercen su autoridad –así es como funciona una cadena de mando en un aparato jerarquizado– y, por lo tanto, su actividad es también de inducción. Lo cierto es que en los casos de inducción en cadena que, como hemos visto, admite nuestra jurisprudencia –y que desde luego no presentan esta estructura de aparato de poder–, el TS castiga al primer inductor y a los intermediarios como inductores.

Contra la teoría de la inducción también se ha criticado que, en ocasiones, puede no ser aplicable por no estar determinado suficientemente el hecho con anterioridad: por ejemplo, en el caso del Muro de Berlín, cuando se da la orden de disparar a matar contra quienes intenten cruzar clandestinamente, no se sabe todavía si alguna vez se presentará la ocasión de disparar. En mi opinión, tal objeción no es óbice para apreciar una inducción, pues se trataría de una “resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos” que basta, según la doctrina unánime, para caracterizar al dolo y que debería bastar, por tanto, para constituir la inducción siempre y cuando esté clara la hipótesis que dará lugar a la ejecución del delito en la orden del dirigente⁶⁸. El TS aprecia inducción incluso cuando en el momento en que se da la orden el inductor podía abarcar únicamente con dolo eventual las consecuencias concretas de la misma –por preverlas como posibles y contar con ellas– (STS 212/2007 22/02/2007).

Y por último, hay quien niega que exista inducción porque en su opinión el dirigente no hace nacer la resolución delictiva, ya que el ejecutor se ha

⁶⁸ No creo que nadie dude en castigar como inductora, por ejemplo, a quien encarga a un detective el seguimiento de su esposo y simultáneamente le da la orden de matarlo si descubre que le es infiel con otra mujer.

decidido previamente a delinquir⁶⁹. Pero lo cierto es que esta argumentación tampoco es correcta, pues en la mayoría de los casos el ejecutor no será un *omnimodo facturus* decidido a la comisión del delito desde antes de recibir la orden sino que, por el contrario, podrá decirse que está dispuesto a obedecer y a delinquir si se le ordena, pero no que sea él quien decide el delito concreto que va a cometer antes y con independencia de que se le dé la orden⁷⁰. Por ello, la orden sí que hará nacer la resolución al concreto delito y podrá ser calificada de inducción⁷¹.

Hay autores que niegan tanto la autoría por aparatos de poder como la inducción y proponen el castigo del dirigente como cooperador necesario⁷², que en España tiene la misma pena que el autor, pero esta solución no parece adecuada en Colombia pues el cómplice recibe siempre una pena atenuada que no parece apropiada para desvalorar la intervención del dirigente de la organización.

La idea de una inducción en cadena como inducción punible se ve recogida además en la propuesta del *Corpus Iuris* para la tutela de los intereses financieros de la Unión europea, art. 12 b), que define al inductor como la persona que “mediante donación promesa, orden, abuso de autoridad, o de poder provoca la comisión del delito o da instrucciones para cometerlo”.

3. LA ADMISIÓN DE LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS DE PODER JERARQUIZADOS

Como ya se ha dicho, los tribunales españoles nunca han condenado en aplicación de la construcción de la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados. Sin embargo, ello no significa tampoco que nuestros tribunales

⁶⁹ Cfr. Gómez Benítez, ADPCP (1984), p. 13; Bacigalupo, (2008), p. 5.

⁷⁰ Rechazan esta crítica de esta manera Fernández Ibáñez, (2006), p. 233; Faraldo Cabana, (2004), pp. 176 y ss.; Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 388-389; Hernández Plasencia, (1996), p. 271.

⁷¹ Los partidarios de la construcción de Roxin, citados en la nota anterior (Faraldo, Fernández Ibáñez), rechazan la solución de la inducción pero no por esta crítica que descartan, sino porque en su opinión el dirigente no tiene una responsabilidad accesoria; por el contrario, es considerado verdadero autor por tener el dominio del hecho.

⁷² Hernández Plasencia, (1996), p. 276. Su argumentación es acorde con la concepción de una gran parte de la doctrina según la cual la inducción en cadena es atípica y en esos casos el primer inductor debería responder como cooperador necesario –sobre esta concepción en la doctrina española, con citas bibliográficas; cfr. Fernández Ibáñez, (2006), p. 363–.

rechacen dicha construcción. Se ha dicho igualmente que la mayoría de los casos juzgados y resueltos mediante la aplicación de otras figuras no respondía a todos los requisitos establecidos para la autoría mediata⁷³.

Que recordemos son⁷⁴:

Por supuesto, y para empezar, la existencia de una organización jerárquica con una pluralidad de miembros, y además:

1.- El dominio de la organización, bastando con ocupar cualquier puesto en la misma, siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida.

2.- La fungibilidad del ejecutor: el ejecutor –que no es irresponsable– debe ser libremente intercambiable.

⁷³ En opinión de Fernández Ibáñez, (2006), pp. 298 y ss., la sentencia de la AN por los asesinatos de Lasa y Zabala de 26 de abril de 2000, que condenó como coautores a quienes idearon, ordenaron, transmitieron las órdenes y ejecutaron el secuestro y asesinato de dos presuntos terroristas de ETA, porque según la AN todos ellos “aportaron sus tareas a la realización del hecho típico, compartiendo un plan de desarrollo y el condominio funcional, bien llevaran a cabo actos típicos, bien efectuaran actos ejecutivos no típicos, pero directamente relacionados con ellos” (El TS confirmó la sentencia como coautores). Fernández tampoco está de acuerdo con tal calificación por no quedar acreditada la intervención en fase ejecutiva, por lo que sugiere la inducción, no demuestra que la jurisprudencia española rechace la solución de la autoría mediata por aparatos de poder organizados en general sustituyéndola por la solución de la coautoría, como opina Marín de Espinosa, (2002), pp. 134 y s., sino solamente que en el caso concreto no se planteó aplicarla porque no consideró a los GAL un aparato organizado de poder, ya que los acusados en la sentencia que se comenta eran únicamente 5 personas y el grupo se basaba en las relaciones personales, lo que impediría hablar de fungibilidad de los ejecutores. El hecho de que la sentencia les absuelva del delito de “pertenencia a banda armada” no es, sin embargo, significativo para deducir que no eran “aparato organizado”, pues los requisitos que el TS impone a la primera son mucho mayores por un lado –armamento suficiente, intención de atemorizar o crear inseguridad en la población–, y menores por otro –no hace falta un número de personas que garantice la fungibilidad–. Pero es cierto que, al parecer, para los tribunales españoles los GAL no habrían sido un aparato de poder, sino a lo sumo una “banda”, aun cuando dentro de la misma hubiese relaciones jerárquicas y de subordinación entre una parte de sus integrantes, mientras que otros no eran sino sicarios a sueldo.

⁷⁴ La obra de Roxin ha sido traducida al castellano: *Autoría y dominio de hecho en Derecho penal*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000, y la parte de autoría mediata por organizaciones de poder ha sido publicada también bajo el título “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en: *Revista Penal*, N° 18, 2006, pp. 242-248.

3.- Que el aparato u organización actúe como un todo al margen del Derecho. Aunque, como es sabido, posteriormente Roxin ha matizado este requisito⁷⁵, y el mismo es discutido por una parte de la doctrina⁷⁶.

Quienes defienden la solución de la autoría mediata opinan que castigar al dirigente como inductor o como cooperador no recoge el verdadero contenido delictivo de su conducta, que para ellos es el hecho de que el hombre de atrás domina el hecho, y por ello es verdadero autor.

La construcción de Roxin ha suscitado en España la misma discusión que en Alemania y tiene, como allí, adictos y detractores. Una gran parte de la doctrina ha criticado la tesis de Roxin pues considera que la autoría mediata no es aplicable cuando el ejecutor material es plenamente responsable sino sólo cuando es inimputable o actúa atípicamente o está justificado, es decir, cuando es un simple instrumento no responsable en manos del hombre de atrás, o porque el criterio de la fungibilidad no es suficiente para fundamentar el dominio del hecho⁷⁷.

Pero otra parte de la doctrina española ha admitido y desarrollado esta construcción, como por ejemplo Bacigalupo⁷⁸, Bolea Bardón⁷⁹, Caruso Fontán⁸⁰, Faraldo Cabana⁸¹, Fernández Ibáñez⁸², Gómez Benítez⁸³, Muñoz Conde⁸⁴ o Núñez Castaño⁸⁵.

⁷⁵ Cfr. Roxin, (1999), pp. 191-198.

⁷⁶ A favor de prescindir del requisito de la desvinculación al Derecho en la doctrina española, cfr. Bolea Bardón, (2000), pp. 337 y ss.; Núñez Castaño, (2000), pp. 182 y ss.; Marín de Espinosa, (2002), p. 89; Fernández Ibáñez, (2006), p. 235. A favor de mantener el requisito de la desvinculación al Derecho en su sentido originario, en cambio, Faraldo Cabana, (2004), p. 100.

⁷⁷ En contra de la construcción se manifiestan, entre otros, Ferré Olivé, (1999), p. 95; Gutiérrez Rodríguez, (2001), pp. 386, 390; Marín de Espinosa, (2002), pp. 21, 94 y s.; Olmedo Cardenete, (1999), pp. 173 y s., 457; Gimbernat, (1966), pp. 187 y ss.; Díaz y García Conlledo, (1995), p. 704; Hernández Plasencia, (1996), pp. 42, 285; Cerezo Mir, (2001), p. 217; Díez Ripollés, (1998), p. 50; Octavio de Toledo y Ubieto, (2001), p. 590; Pérez Cepeda, (1997), pp. 405 y ss.

⁷⁸ Cfr. Bacigalupo, (2008), pp. 5 y 10.

⁷⁹ Cfr. Bolea Bardón, (2000), pp. 366 y ss., 393 y ss.

⁸⁰ Cfr. Caruso Fontán, (2003) pp. 48, 65.

⁸¹ Cfr. Faraldo Cabana, (2004), p. 195.

⁸² Cfr. Fernández Ibáñez, (2006), pp. 119 y s.

⁸³ Cfr. Gómez Benítez, (2000), pp. 121 y s.

⁸⁴ Cfr. Muñoz Conde, (2001), pp. 505 y ss.; y del mismo autor, (2000), pp. 104-114.

⁸⁵ Cfr. Núñez Castaño, (2000), p. 178.

La construcción de la autoría mediata con aparatos de poder se enfrenta al problema de la redacción del art. 28 del Código Penal, que define al autor mediato al igual que el Código Penal colombiano, como quien realiza el hecho por medio *de otro del que se sirve como instrumento*. Los defensores de esta teoría han interpretado que el término “otro” hace referencia a una persona física, lo que lleva a negar que el instrumento sea la propia organización, a pesar de lo cual no ven problema en incluir esta forma de autoría en el art. 28, bien porque entienden que el ejecutor es instrumentalizado a través de su inclusión en la organización⁸⁶ o bien, porque, como Bolea Bardón⁸⁷ y Fernández Ibáñez⁸⁸, quienes también rechazan que el instrumento pueda ser la organización, defienden una interpretación amplia del término “instrumento” como equivalente a usar a otro como medio para conseguir un fin, sin exigir un defecto de responsabilidad del hombre de delante, lo que permitiría introducir en el art. 28.1.3º tanto los supuestos de autoría mediata en sentido estricto

⁸⁶ Cfr. Faraldo Cabana, (2004), p. 114.

⁸⁷ Cfr. Bolea Bardón, (2000), pp. 393 y ss.; y (2003), pp. 20 y ss.

⁸⁸ Cfr. Fernández Ibáñez, (2006), pp. 97 y ss.; con una impecable argumentación en contra de la idea de que en otros supuestos como el de instrumento no culpable, el instrumento no domina el hecho sino que lo domina el hombre de atrás. Si el dominio del hecho se ubica en el tipo, el instrumento que actúa típicamente pero, justificado o no, culpablemente ha dominado su hecho, por lo que la instrumentalización no puede referirse a una falta de dominio del hecho del instrumento, sino a que también el hombre de atrás lo domina y con un dominio superior. Quienes defienden que *sólo* el hombre de atrás tiene dominio del hecho están manejando dos conceptos diferentes, según les convenga. El dominio del hombre de atrás será el dominio de la voluntad necesario para castigarlo como autor mediato. El dominio del hombre de atrás se consigue a través de la instrumentalización del ejecutor material, lo que no debe confundirse con el dominio de su persona. O dicho de otra manera, la autoría mediata no requiere dominio del instrumento sino dominio del hecho, lo que se puede conseguir mediante una instrumentalización del ejecutor que no supone necesariamente el dominio sobre su persona. Cfr. Fernández Ibáñez, (2006), p. 102. En sentido similar, advierte Bolea Bardón, (2000), pp. 368 y ss., que el hombre de delante no puede ser considerado un instrumento dominado en manos del de atrás, y que esto tampoco es necesario para afirmar el dominio de este último, que se basa en el hecho de poder contar con que sus órdenes van a ser cumplidas porque la estructura de la organización lo asegura. Por ello, luego aboga por una interpretación amplia del término “instrumento” empleado en el art. 28 CP español, tal y como se recoge en el texto. En definitiva, estimo que el art. 28 puede estar pensando en una instrumentalización del hombre de delante, equivalente a un defecto de responsabilidad del ejecutor según las categorías tradicionales de la autoría mediata, pero desde el punto de vista de las dos autoras comentadas no sería esto lo relevante en la definición de la responsabilidad del autor detrás del autor, sino el codominio o dominio superior del hombre de atrás –lo que sucede a pesar de que el de delante también domine a su vez la ejecución–, y por ello proponen una interpretación amplia del término “instrumento” del art. 28 CP–.

como los supuestos de autor detrás del autor, en los que el ejecutor material toma una decisión autónoma.

No obstante, Bolea advierte que quien se niegue a interpretar de esta manera el término “instrumento” puede incardinar la figura del autor detrás del autor (que incluye la llamada autoría mediata por aparatos de poder) en la regulación de la coautoría del párrafo 2º del art. 28.I, interpretando que el término “conjuntamente” no tiene por qué abarcar exclusivamente a la tradicional coautoría horizontal, sino que puede cobijar también a “una especie de coautoría vertical”. Mientras que Fernández⁸⁹, quien también advierte que “otro” debe ser entendido como otra persona física y no como la organización⁹⁰, insiste en que la condición de instrumento no exige la irresponsabilidad del instrumentalizado, como demuestra el hecho de que mayoritariamente se acepte como instrumento a quien actúa en error vencible, por lo que el instrumento es, en la autoría mediata por aparatos de poder, el ejecutor individual responsable. Según cualquiera de estas interpretaciones, la redacción del art. 29 CP colombiano tampoco sería un obstáculo para admitir la autoría mediata por aparatos de poder.

Además de la explicación anterior, se podría añadir otro argumento para negar que la redacción del art. 28 impida la inclusión de la modalidad de autoría mediata por aparatos de poder: un grupo cualificado de autores⁹¹ considera que el art. 28 es meramente declarativo y no constitutivo de las formas de autoría. El concepto de autor se deriva directamente de los tipos de la parte especial, por lo que las definiciones del art. 28 sólo contribuirían a interpretar los tipos, pero no supondrían la introducción de requisitos específicos a la

⁸⁹ Cfr. p. 86.

⁹⁰ Cfr. p. 95, también Gutiérrez Rodríguez, (2001), p. 383.

⁹¹ Aunque la mayoría de la doctrina opta por el carácter constitutivo del art. 28, entre quienes defienden lo contrario se encuentran, por ejemplo, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Díaz y García Conlledo y otros muchos. Acerca de los partidarios de una u otra interpretación del art. 28 con abundantes citas bibliográficas, cfr. García del Blanco, (2006), pp. 125 y ss. En relación con el art. 14 del anterior CP la doctrina se encontraba dividida entre quienes estimaban subsumible en el mismo la autoría mediata, sólo en alguna forma de la misma, o en ninguna de ellas. Por poner sólo algún ejemplo, para Rodríguez Mourullo (1964), pp. 461 y s., 464, partidario de un concepto de autor derivado de los tipos penales: “Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva”; la autoría mediata no cabía en la redacción del art. 14 y era imprescindible introducirla expresamente, pero este mismo autor cita a Ferrer Sama y Quintano Ripollés como partidarios de la subsunción de la autoría mediata en el n. 1 del antiguo art. 14. En cuanto a la opinión de la jurisprudencia, véase *infra* la nota 93.

calificación de un sujeto como autor. Por ello, quien admita dogmáticamente la figura del autor mediato por aparatos de poder y entienda que la regulación del art. 28 no es constitutiva de las formas de autoría perseguibles según el CP, interpretará que la utilización de una u otra palabra en dicho artículo no puede significar la exclusión de una forma de autoría que se considera dogmáticamente como tal.

En cuanto a la jurisprudencia, como vemos, de las resoluciones comentadas se puede deducir que los tribunales españoles no acaban de decidirse sobre si el dirigente de un aparato de poder jerarquizado es inductor (para lo cual no ven ningún problema en que la orden se trasmita a través de mandos intermedios) o autor mediato. Como no ha habido ninguna resolución que condene en aplicación de esta teoría de Roxin, sino sólo referencias que por su argumentación nos llevan a esta construcción en *obiter dicta*, o en autos de procesamiento, o su mención expresa en un auto de prisión, de momento sólo podemos concluir que en algunas resoluciones judiciales parece admitirse o no descartarse la posibilidad de aplicar la construcción roxiniana.

Para empezar, podemos afirmar que nuestro TS admite la autoría mediata con ejecutor plenamente responsable, como demuestra la sentencia arriba expuesta del alcalde racista (STS de 02/07/1994), aunque ciertamente no se trataba de un caso de aparato de poder, ni en puridad de ninguna otra forma de autoría mediata admitida por la doctrina, por lo que la sentencia fue muy criticada⁹². Sin embargo, a pesar de que no fue el mejor ejemplo para

⁹² La doctrina española ha criticado mayoritariamente esta decisión. Cfr. Vives Antón, (1996), p. 281; Olmedo Cardenete, (2000), pp. 207 y ss.; del mismo autor, (1999), pp. 650 y ss.; Hernández Plasencia, (1996), p. 150. Como la doctrina ha puesto de manifiesto, éste no sería un caso de autoría mediata sino a lo sumo de participación psíquica (necesaria o no) –Cfr. Faraldo Cabana, (2004), p. 85– o de provocación del art. 18 –Cfr. Olmedo, (1999), p. 652–, o del 510 –Cfr. Hernández Plasencia, 1996, p. 150–. A favor de la sentencia, por el contrario, López Barja de Quiroga, (2001), pp. 329 y s. Desde la teoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber intenta defender la decisión del TS Sánchez Vera, (2000), pp. 245 y ss. Frente a esta argumentación, le recuerda con razón Muñoz Conde, (2001), pp. 530 y s., nota 43, que el delito de daños no es un delito de infracción de un deber sino un delito de dominio. Se adhiere a esta crítica Faraldo Cabana, (2004), p. 88. Pero la argumentación de Sánchez-Vera parece más bien ir en la línea de un delito de comisión por omisión, y dejar en claro (aunque intenta disculpar a su maestro, ponente de la sentencia, argumentando que el término autor mediato se usa en sentido no técnico sino didáctico), que no es posible hablar de autor mediato (pues exige dominio del hecho) en un delito de infracción de un deber (en el que no opera la categoría del dominio del hecho, ni cabe autor mediato –así el propio Sánchez-Vera (2002), pp. 153 y ss., 201 y ss., 207-213–). En mi opinión, no se daban tampoco los elementos para imputar al alcalde como autor de daños por omisión. Como señala Muñoz Conde, ob. cit., en muchas

la aplicación de la doctrina del autor detrás del autor podemos quedarnos con el dato de que el TS admite tal posibilidad. Nótese, además, que el TS no vio problema ninguno en subsumir la autoría mediata con instrumento plenamente responsable en la redacción del art. 14 del antiguo CP español, que no contemplaba expresamente la autoría mediata y además, en su N° 1, exigía tomar parte directa en la ejecución: en efecto, dice el art. 14. “Son autores: 1° los que toman parte directa en la ejecución del hecho”, con lo que parece asumir aquí la idea expuesta más arriba de que el art. 14 –o el actual 28– no supone límites al concepto de autoría⁹³. Según esta interpretación, ni el antiguo art. 23 del CP colombiano de 1980, ni el actual art. 29 del CP del 2000, serían un obstáculo para la aplicación de la autoría mediata por aparatos de poder, si se entiende que el dirigente tiene el dominio del hecho y quien tiene este dominio “realiza” también el hecho.

En otra sentencia, aunque también confundiendo lamentablemente conceptos pues el caso nada tenía que ver con aparatos de poder, y ni siquiera con un caso de autoría mediata sino de mera inducción, llegó a decir el TS que “el mismo art. 28 contempla la segunda posibilidad de autoría mediata que es la inducción, y que se da cuando el supuesto instrumento es consciente del hecho” (STS 1818/2004 de 16/03/2004. También identifica la inducción con una forma de autoría mediata el ATS 363/2007 de 17/09/200794).

Resulta sin duda más interesante la definición de los requisitos que para la imputación al dirigente elabora, en un *obiter dicta*, la Sentencia del 11M (SAN 31/10/2007). Por desgracia, el juez no nos dice bajo qué título respondería quien cumpliera esos requisitos que a veces se presentan como alternativos, y aparentemente podrían responder tanto a la admisión de una inducción mediante cadena de mando –lo que parece más probable– como a una autoría mediata por aparatos de poder –aunque se dan menos argumentos para fundamentar que se esté refiriendo a esta teoría–.

manifestaciones legales algunos manifestantes, por su cuenta y riesgo, realizan actos delictivos sin que los mismos se imputen a las autoridades sólo porque tengan el poder institucional o el deber de procurar evitarlos.

⁹³ El TS consideró que la exigencia legal de “tomar parte directa en la ejecución del hecho” no era óbice para subsumir en el antiguo art. 14 la autoría mediata, en las sentencias de 31/03/, 21/12/ 1967, 05/12/1972, 29/01/1982, 09/05/1990, 13/06/1992.

⁹⁴ Considera errónea esta equiparación también Bacigalupo, (2008), nota 23, quien además indica que este auto vuelve a equiparar, como auténticas formas de autoría la autoría directa, la inducción y la cooperación necesaria.

Según Fernández Ibañez⁹⁵, en el Auto de procesamiento de Pinochet (AJCI n. 5 de 10/12/1998), aunque el juez instructor califique inicialmente a Pinochet como inductor la argumentación es contradictoria, pues en realidad para fundamentarla el juez añade elementos que no son propios de la inducción sino más bien de la autoría mediata por aparatos de poder que esta autora considera la solución correcta, en particular cuando se afirma: “Como Jefe de la Junta de Gobierno y Presidente de la República tiene el poder de hacer cesar la situación inmediatamente, aunque contrariamente a ello, la incita y anima dando las órdenes oportunas a sus inferiores, controlando incluso a veces, *con dominio absoluto del hecho*, la ejecución directa a través de la Jefatura exclusiva de la DINA”. En efecto, es difícil saber por qué título de imputación opta finalmente el juez, pues empieza calificándolo como inductor, para lo cual ha tenido que admitir la inducción a través de mandos intermedios, ya que Pinochet no dio las órdenes directamente a los ejecutores, pero seguidamente introduce elementos exclusivos de la autoría, como el dominio del hecho, y aunque no hace referencia a la fungibilidad del instrumento sí podría entenderse que tras la referencia al control de la comisión a través de la Jefatura de la DINA se esconde un reconocimiento de la autoría mediata por utilización de un aparato de poder jerarquizado, como era la DINA. Pero para acabar de complicar la argumentación, el juez introduce otros criterios, unos propios del cooperador necesario –el criterio de los “bienes escasos”–, y otros que recuerdan más al coautor en sentido estricto en la versión que concede el dominio del hecho también a quien sólo interviene en la fase preparatoria –“desarrolla, como ya se ha expuesto, toda una serie de actos necesarios e insustituibles e imprescindibles, sin los cuales no se habría producido la comisión, persistencia y permanencia de la acción delictiva, efectuada según el plan previamente concertado en el que cada uno de los partícipes desempeña los respectivos “roles o papeles” que han asumido”– y acaba concluyendo que sin duda alguna se trata de un coautor. No nos aclara en absoluto, por tanto, si se trata de un coautor por ser inductor, por ser coautor en sentido estricto, por ser cooperador necesario o por ser autor mediato, pareciendo más bien que se mezclan criterios de todas estas categorías.

Por último, en el Auto de prisión contra Otegi (Auto de 29/03/2006 del JCI n. 5), se menciona por primera vez la posible aplicación de una autoría mediata por utilización de un aparato de poder jerarquizado, aunque como hemos visto el juez también duda y ofrece simultáneamente la calificación alternativa de inducción.

⁹⁵ Cfr. Fernández Ibañez, (2006), pp. 346 y s., nota 533.

En todo caso, de las anteriores resoluciones podemos afirmar que nuestra jurisprudencia no descarta la construcción de la autoría mediata por aparatos de poder y que algún día podría ser aplicada.

Epílogo

Estando este trabajo en proceso de edición, el TS ha dictado sentencia por el atentado del 11 de marzo de 2004. En esta STS 17/07/2008, al reexaminar la responsabilidad del acusado Hassan El Haski, por primera vez nuestro TS admite abiertamente la posibilidad teórica de la autoría mediata por aparatos de poder, aunque no la considera aplicable al caso. El TS resume de esta manera los requisitos de tal figura:

Tampoco puede declararse su responsabilidad como autor de los hechos delictivos sobre la única base de su posición como dirigente, en general, de la organización terrorista. Sería preciso para ello, como primera exigencia, acreditar que los hechos fueron ejecutados por miembros de la organización que él dirige, y en segundo lugar sería necesario establecer que los límites de sus responsabilidades en la organización le permitían no solo conocer la probabilidad o, incluso, la cercanía del suceso, sino que además le autorizaban a intervenir de alguna forma relevante en la decisión relativa a su ejecución o a la suspensión de la misma. No consta ninguna clase de relación de ese tipo precisamente con esos hechos, lo que impide considerarlo responsable de los mismos.

La doctrina se ha cuestionado la responsabilidad del dirigente de una organización criminal respecto de hechos ejecutados por ésta en los que no interviene directamente. El llamado “hombre de atrás” puede ser considerado autor mediato en supuestos de crímenes cometidos en el ámbito de estructuras organizadas de poder. Aunque pensada para estructuras estatales al margen de la ley, la teoría podría ser aplicada si las características determinantes cuya existencia se aprecia en aquellas, son también comprobables en otra clase de estructuras. Entre esas características pueden señalarse la posición fuera de la ley; la jerarquía, que permite tanto dar la orden como su revocación, ambas de seguro cumplimiento; la responsabilidad del autor material por el hecho cometido, y la fungibilidad de éste. Pero siempre será necesario, como se ha dicho, establecer la relación del autor mediato con el hecho cometido, al menos en orden al conocimiento de su ejecución en el marco de sus responsabilidades en la organización. Bien porque haya dado la orden o bien porque, conociéndola, pueda revocarla con éxito.

Como hemos dicho, nada de esto consta en los hechos probados, lo que impone la desestimación del motivo.

Bibliografía

- Bacigalupo, E., “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en: Diario La Ley, Nº 6962, Sección Doctrina, 6 Jun. 2008, Año XXIX (La Ley 20145/2008).
- Bolea Bardón, “La autoría mediata en algunos supuestos de error”, en: RE-DPC, 2ª Época, n. 12, 2003.
- , *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000
- Caruso Fontán, “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.
- Cerezo Mir, “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española”, en: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1982.
- , *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, tomo III: Teoría jurídica del delito/2, Madrid, Tecnos, 2001.
- Cobo del Rosal / Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Conde-Pumpido, Ferreiro, *Código Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Madrid, Trivium, 1997.
- Díaz y García Conlledo, “Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria”, en: Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid, Civitas, 1995.
- Díez Ripollés, “Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal”, en: RDPC, 2ª época, n. 1, 1998.
- Ferré Olivé, “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, en: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- García del Blanco, *La coautoría en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

- Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.
- Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.
- , “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en: *Estudios penales*, Madrid, Colex, 2000, también publicado en ADPCP, 1984.
- Gómez Rivero, *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia Tirant lo Blanch, 2001.
- Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, Comares, 1996.
- Landecho Velasco / Molina Blázquez, *Derecho Penal español, Parte general*, Madrid, Tecnos, 1996.
- López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, Madrid, Akal/Iure, 1996.
- , *Derecho Penal Parte general*, III, Madrid, Ed. Leynfor Siglo XXI, 2001.
- López Peregrín, *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- Muñoz Conde / García Arán, *Derecho Penal Parte general*, 6ª ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- Muñoz Conde, “¿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?”, en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, UNED, 2001.
- , “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho?’”, en: *Revista Penal*, nº 6, julio 2000.

- , “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- Núñez Castaño, E., *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Octavio de Toledo y Ubieto, “La autoría conforme al Código Penal”, en: Quintero Olivares / Morales Prats, *El nuevo Derecho Penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001.
- Olmedo Cardenete, “Artículos 27, 28, 29”, en: Cobo del Rosal, (dir) *Comentarios al Código Penal*, tomo III, Ederesa, Madrid, 2000.
- , *La inducción como forma de participación*, Madrid, Edersa, 1999.
- Pérez Cepeda, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en: RP La Ley (2002), nº 9.
- , *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, Barcelona, Cedecs, 1997.
- Rodríguez Devesa / Serrano Gómez, *Derecho Penal español, Parte General*, 18ª ed., Madrid, Dykinson, 1995.
- Rodríguez Mourullo, “Art. 14”, en: Córdoba Roda / Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, Ariel, 1972.
- , “El autor mediato en Derecho Penal español”, en: ADPCP, T. XXII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre, 1969.
- Rodríguez Villasante, “La reforma del Código penal español por Ley Orgánica 15/2003: un paso al frente en ‘la criminalización de la barbarie’”, en: *Revista Española de Derecho Militar*, nº 82, 2003.
- Roxin, “El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata”, en: *Revista penal*, nº 18, 2006.
- , “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: Ferré Olivé, (coord.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.

- , *Autoría y dominio de hecho en Derecho Penal*, 7ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.
- Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., Barcelona, Bosh, 1990.
- Sánchez-Vera / Gómez-Trelles, “La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (un comentario tardío, pero actual, a la S.T.S. de 2 de julio de 1994)”, en: Cuadernos de política criminal, Nº 70, 2000.
- , *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Capítulo V. El caso peruano



PROF. DR. IVÁN MEINI

Nacido en Lima, Perú, el 24 de abril de 1973. Cursó estudios de Derecho en la Universidad Católica del Perú. Título de Bachiller en Derecho y de Abogado por la Universidad Católica del Perú (1998). Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Cádiz, España (2002), bajo la dirección del Prof. Juan Terradillos Basoco. Premio Extraordinario de Doctorado (2002). Estudios de post-doctorado en la Universidad de Fribourg, Suiza (2002-2003), y estancias de investigación en el Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Freiburg, Alemania (1999 y 2003), y en la Universidad Georg August de Göttingen, Alemania (2008).

Ha sido Procurador Adjunto Anticorrupción para los casos Fujimori/Montesinos (2004) y Jefe de la Unidad de Investigaciones de la Oficina Nacional Anticorrupción (2008).

En la actualidad es profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica del Perú y consultor internacional en Derecho Penal.

Principales líneas de investigación: Parte General del Derecho Penal, Crímenes contra los Derechos Humanos, Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la Función Pública.

I. Derecho aplicable

Código Penal de 1991

Artículo 23.- Autoría, autoría mediata y coautoría

El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

Artículo 24.- Instigación

El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

Artículo 26.- Incomunicabilidad en las circunstancias de participación

Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

II. Jurisprudencia

*Sentencia de primera instancia de la Sala Penal Nacional de fecha 13 de octubre de 2006 (Expediente acumulado N. 560-03) y Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 14 de diciembre de 2007 (Recurso de Nulidad N. 5385-2006)*¹.

Terrorismo y Homicidio calificado. Masacre en la comunicad de Lucanamarca (Ayacucho, Perú) perpetrada por el grupo terrorista Sendero Luminoso. Proceso penal seguido contra Abimael Guzmán Reynoso, líder de Sendero Luminoso, y otras personas.

En este caso se procesó, juzgó y condenó a cadena perpetua a Abimael Guzmán Reynoso por delito de terrorismo en su calidad de líder de la agrupación terrorista sendero luminoso. La sentencia de primera instancia se valió de la tesis del autor mediato en virtud de aparatos organizados de poder, tesis que fue ratificada por la Corte Suprema en la sentencia de segunda instancia. Sin embargo, en la sentencia emitida por la Corte Suprema se consigna un voto concordante, en el cual su ponente, el Dr. Villa Stein, opta por considerar a Abimael Guzmán Reynoso como coautor de los ejecutores directos del delito.

La imputación contra Guzmán consistió 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 agrupación terrorista), 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 imputó el hecho de haber ordenado la masacre contra sesenta y nueve pobladores de la localidad de Lucanamarca y lugares aledaños”.

En la Sentencia de la Sala Penal Nacional 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

¹ El motivo por el cual se consignan ambas sentencias es porque si bien en la Sentencia de Segunda Instancia es donde se decide definitivamente la aplicación de la tesis del dominio de la organización, es en la Sentencia de Primera Instancia en donde se hace un estudio más desarrollo de esta forma de autoría.

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 que 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 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 Sentencia de primera instancia 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”. Este hecho, la masacre a la comunidad de Lucanamarca, es en concreto el que se utiliza para calificar a Guzmán Reynoso de autor mediato en virtud del dominio de la organización. En términos de la Sala Penal Nacional “los ejecutores son parte de una organización a la cual voluntariamente ‘prestan sus servicios’” y el hombre de atrás (Abimael Guzmán) 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”.

III. Comentario

1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE LA SALA PENAL NACIONAL DE FECHA 13 DE OCTUBRE DE 2006 (EXPEDIENTE ACUMULADO N. 560-03)

a) La Sala Penal Nacional asumió 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 criminal. Así, en la sentencia se valora cada uno de los requisitos de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización según la propuesta de Roxin, a saber, que el aparato de poder opere al margen del Ordenamiento Jurídico; que los ejecutores sean fungibles; y, que exista una rígida jerarquía.

a.1) *Sobre el concepto ajenidad al Ordenamiento Jurídico.* En el proceso penal se cuestionó que la teoría del dominio de la organización pudiese ser aplicada al caso porque, en primer lugar, el grupo era uno para estatal, 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”. Aun sin ser partidario de la tesis del dominio de la organización, la revisión de cualquier escrito sobre la materia permite aclarar que la autoría mediata por dominio de la organización no ha descartado ni descarta su aplicación a 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 esto, algunos autores² descartan que pueda ser 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 peso que las órdenes ilícitas que se den al interior del grupo; mientras que en una organización desligada del Ordenamiento Jurídico dicha fuerza normativa de las leyes no opera.

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, por ejemplo, negar que los gobiernos *de facto* que tienden a cubrirse con un manto de leyes dadas, precisamente, para darle visos de legalidad a sus acciones, pudiera ser considerado un grupo que opera

² Cfr. Roxin, *Sonderheft für Schäfer*, p. 52. p. 56; Bottke, *JuS* (2002), pp. 322 y s.

desligado del Ordenamiento Jurídico. 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 estén formalmente reconocidos o no, la “ajenidad del Ordenamiento Jurídico” del aparato de poder perdería capacidad como elemento fundante del dominio. Pues no sólo 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 recibidas de sus superiores, en realidad se pretende llamar la atención sobre que una ley tiene primacía sobre cualquier orden (ilícita) que se emita en cualquier organización, incluso en una para-estatal o criminal³. 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.

a.2) Sobre la pretendida posibilidad de sustituir al ejecutor. 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, su creador, Roxin, sostiene que la fungibilidad del ejecutor (en realidad, posibilidad de sustituirle) es un elemento fundante del dominio. Fungibilidad significa que si el ejecutor destinatario de la orden desiste de cumplirla –y ello por las razones que fueran– la organicidad del aparato de poder le garantiza al superior que automáticamente otro le suplirá y ejecutará la orden. De ahí que si se acepta, como pretendía la defensa de Guzmán, 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, sostener que por no ser intercambiables los cuadros de Sendero Luminoso ya 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.

³ Cfr. Roxin, *FS-Grünwald*, p. 556.

Hace ya varios años que la doctrina viene criticando que la mal llamada fungibilidad otorgue al superior algún tipo de dominio⁴. Ello 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 se 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 poder⁵. Y puede que, en efecto, el resto de posibles ejecutores estén dispuestos a ejecutar la orden si el destinatario original se negase, pero ello simplemente no se da. De hecho, éstos no cometen delito alguno, salvo, el de organización para delinquir. El argumento de la fungibilidad pretende 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 ejecutor⁶.

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 reemplazar a los ejecutores no es sino un dato fáctico. Así lo entiende la Sala Penal Nacional, cuando cita 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, 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 consistente en que los ejecutores de los actos terroristas eran difícilmente sustituibles y que por ello no se podría haber aplicado la teoría de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización. Esto no debe hacer pasar por alto el hecho que los terroristas que perpetraron la masacre la Lucanamarca no eran

⁴ Con referencias, cfr. Meini, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 14 (2004), pp. 261 y ss.

⁵ Cfr. Murmann, GA (1996), p. 274 y Otto, Jura (2001), pp. 755 y s.

⁶ Cfr. Meini, *LH-Jakobs*, pp. 470 y ss.

fácilmente reemplazables (no muchos estaban dispuestos a vivir al margen de la legalidad, cometer las atrocidades que cometieron, requerían cierta especialización, etc.), pero ello no es elemento alguno que hable a favor o en contra del dominio de la organización.

a.3) Sobre la rígida jerarquía que ha de existir en el aparato de poder. 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 igual que 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 las órdenes que se condigan con los actos que regularmente se desarrollan en el aparato de poder y que, además, este aprovechamiento no tiene porqué presuponer un déficit de conocimiento ni de libertad, ni un defecto de responsabilidad en el sujeto.

Para decirlo en otras palabras, el elemento “jerarquía” grafica que el dominio ostentado por el hombre de detrás sobre el ejecutor se encuentra supeditado al dominio que tenga 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 aparato⁷. En la Sentencia de la Sala Penal Nacional 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

⁷ Cfr. Meini, Revista Peruana de Ciencias Penales, 14 (2004), p. 286.

de la 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. En efecto, si cuando el encargado de llevar a cabo la orden se desiste otro le reemplaza y se asegura así su cumplimiento, es porque el reemplazante, al igual que la mayoría de los que componen el colectivo de ejecutores, están dispuestos a ejecutarla. En otras palabras, se encuentran dispuestos a cumplir con los mandatos que reciban de las instancias superiores. La razón del porqué el ejecutor realiza la orden y, por lo mismo, la razón de porqué puede ser sustituido por otro quien también la ejecutará, es su predisposición para llevar a cabo el mandato recibido⁸. Y siendo que esta predisposición es anterior a su participación en la realización del hecho delictivo, 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 mediata 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 a su interior, dentro de los cuales hay que ubicar a las intervenciones de los ejecutores. Esta posibilidad se aprecia 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 embargo, como bien se señala en la sentencia de primera instancia, 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 anteriormente 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

⁸ Por todos, Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 168 y ss., del mismo autor, JR (1995), p. 179. En doctrina nacional, cfr. Meini, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 14 (2004), pp. 288 y ss.; del mismo autor, *LH-Jakobs*, p. 482.

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”; “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.

b) En la sentencia de la Sala Penal Nacional se afirma con acierto que la responsabilidad del ejecutor se origina en un requisito distinto al que da lugar a la responsabilidad por dominio de la organización del hombre de atrás. “La autoría mediata del hombre de atrás y la autoría del ejecutor se fundamentan en diferentes presupuestos. El ejecutor no ha de ser considerado un instrumento en sí mismo, sino que se le atribuye tal *nomen* sólo desde la perspectiva del autor mediato para fundamentar su responsabilidad. Pero para argumentar la propia responsabilidad penal del ejecutor, éste habrá de ser considerado como autor. Es pues un concepto normativo, que nada tiene que ver con el dominio de la voluntad ni con un dominio fáctico, sino, únicamente, con la posibilidad de valerse de la actividad de una organización, en la cual destaca un colectivo de ejecutores dispuestos a llevar a cabo los mandatos que reciban”. Se descarta que el principio de responsabilidad sea una razón para no aceptar el dominio de la organización, pues ya no se ve el suceso criminal como un injusto individual. La Sala Penal Nacional percibe adecuadamente que la agrupación terrorista Sendero Luminoso es un sistema de injusto: “Una organización delictiva es un sistema penalmente antijurídico, esto es, un sistema social en el que las relaciones entre los elementos del sistema (básicamente personas) se hallan funcionalmente organizadas para obtener fines delictivos. Tal organización, como *sistema de injusto*, tiene, así, una dimensión institucional –de institución antisocial– que hace de ella no sólo algo más que la suma de sus partes, sino también algo independiente de la

de sus partes. En esa dimensión institucional radica seguramente su diferencia específica con respecto a las meras agrupaciones coyunturales para cometer delitos, del mismo modo que su funcionalidad delictiva la distingue de otros sistemas sociales”⁹.

2. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 2007 (RECURSO DE NULIDAD N. 5385-200)

a) La Corte Suprema resolvió el recurso de nulidad que interpuso la defensa de Guzmán Reynoso contra una serie de extremos de la sentencia de primera instancia. En lo que aquí interesa, la Corte Suprema declaró que la tesis de la autoría mediata en aparatos de poder resulta aplicable. Se trató de una decisión en mayoría pues uno de los vocales, el Dr. Villa Stein, se decantó por la tesis de la coautoría, aunque dejando expresa constancia que eso no altera la responsabilidad de Guzmán Reynoso. Con respecto al voto en mayoría, el razonamiento de la Corte Suprema está dividido en tres etapas. En la primera se analiza la legalidad del título de imputación, amén del Código Penal de 1924; en la segunda se establece que la autoría mediata en aparatos de poder no sólo es aplicable a casos de organizaciones estatales; y en la tercera se analiza si la autoría mediata es aplicable cuando el ejecutor del hecho es un sujeto responsable.

a.1) *Sobre la legalidad del título de imputación a través de autoría mediata.* La Corte Suprema empieza por aclarar que la regla de la autoría prevista en el Código Penal de 1924 (“los que tomaren parte en la ejecución del hecho punible”) no excluye a la autoría mediata. La razón es que, a decir de la Corte Suprema, para la teoría del dominio del hecho “la realización del hecho punible puede concretarse directamente o a través de o con la intervención de otros intermediarios o coautores materiales” y concluye con “la confusión conceptual de la defensa radica en considerar que los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido”.

a.2) *Sobre si la tesis de la autoría mediata es aplicable solo a los aparatos de poder estatales.* Con respecto a este punto, en la sentencia de segunda instancia se entendió que “lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista un [sic] estructura jerárquica

⁹ Sentencia de la SPN, Considerando 11, Exp. Acumulado N° 560-03. Con cita de Lampe, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico – penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Editorial Grijley, Lima, 2003, pp. 97 y ss.

con ejecutores fungibles y en el que [sic] el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se transmita a través de una cadena de mando, en la que cada agente transmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aun, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo”.

A partir de aquí se concluye que todos los grupos que tengan tales características pueden ser considerados aparatos de poder y por ende a ellos se les puede aplicar esta modalidad de autoría mediata. Sin embargo, y sin dejar de reconocer que la conclusión es correcta, se extraña una explicación en la que la Corte Suprema aborde el concepto de dominio del hecho aplicable a estos casos. No se define qué entiende la Corte Suprema por dominio del hecho, tampoco remite a alguna obra científica o a otra sentencia para explicar dicho concepto. Esto es particularmente importante porque se trata de la primera sentencia, y hasta la fecha la única, en que la Corte Suprema del Perú admite la autoría mediata en aparatos de poder. Se podría pensar que el concepto de dominio del hecho es tal cual lo plantea Roxin, pues los vocales supremos siguen la concepción de dominio de la organización en aparatos de poder que propuso este autor. Esto se corroboraría luego en la propia sentencia, pues en ella se califica la autoría mediata en aparatos de poder de autoría mediata por *dominio de la voluntad*. Sin embargo, si es así, es decir, si efectivamente se domina la voluntad, no queda claro cómo la Corte Suprema afirma que la transmisión de la orden del hombre de atrás convierta al portador de la orden en autor mediato. Cuando Roxin sostiene que no sólo desde la cúspide del aparato sino desde cualquier nivel de jerarquía se puede tener dominio de la organización, es porque supedita el dominio a la capacidad que tenga el sujeto de dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin dejar a criterio de otros la realización del delito¹⁰, y no al simple acto, más propio de un mensajero que no conlleva dominio alguno, de transmisión de una instrucción¹¹. En otras palabras, el dominio de la organización –y esto con independencia del concepto de dominio que se asuma– se adquiere no por ejecutar acciones neutrales sino por dominar el aparato o alguna parcela de él.

¹⁰ Cfr. Roxin, AT II, §25/106; del mismo autor, *Delincuencia organizada*, pp. 197 y s. También cfr. Ambos, RDPC 3 (1999), p. 152; Ambos/Grammer, *Dominio del hecho por organización*, p. 8; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB §25/25^a; LK-Schünemann, §25/122; Stratenwerth/Kühl, AT, §12/65; Vest, *Genozid*, pp. 236 y ss.

¹¹ Cfr. Stratenwerth/Kuhlen, AT §12/67. También Hernández Placencia, en: *Homenaje Welzel*, p. 437.

a.3) *Sobre la autoría mediata en aparatos de poder.* La Corte Suprema “comparte la línea de argumentación desarrollada por la Sala Penal” contra la cual se interpuso recurso de nulidad. Sin embargo, la Corte Suprema efectuó algunas precisiones. La primera consiste en que, de acuerdo con su criterio, “la autoría mediata como criterio de imputación tiene su mayor sustento en la teoría del dominio del hecho de Roxin que recoge el artículo 23 (del Código Penal Peruano) [...] el Código Penal del Perú ha adoptado las modernas teorías del dominio del hecho y cuáles las antiguas es algo que no se explica. Pero lo más criticable –y esto con independencia de si se cree en el dominio del hecho como criterio de autoría o no– es que la Corte Suprema asume que el art. 23 CP recoge la teoría del dominio del hecho, cuando en la misma sentencia había sostenido, para admitir la aplicación de la regla de autoría mediata del Código Penal de 1924 y contestar así a la defensa de Guzmán que cuestionaba la aplicación del Código Penal derogado, que “la confusión conceptual de la defensa radica en considerar que los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido”. Ahora es la propia Corte Suprema la que anquilosa el contenido del art. 23 CP. En realidad, el art. 23 CP lo que hace es plasmar las formas de la autoría y por ende su función es declarativa y no constitutiva, por lo que no sólo desde el dominio del hecho se puede interpretar el art. 23 CP; ni solamente desde una teoría objetivo-material.

La segunda precisión que efectúa la Corte Suprema con respecto a la sentencia de primera instancia emitida por la Sala Penal Nacional es que después de calificar a la organización Sendero Luminoso como un aparato de poder, apuesta por fundar el dominio del hombre de atrás (Guzmán Reynoso) en el dominio de la voluntad, lo que requiere, según la Corte Suprema, “a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los autores inmediatos, c) apartamiento del ordenamiento jurídico”. Con base en estos requisitos se sostiene que “en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos”. A partir de este momento queda claro que, por más que la Corte Suprema diga que comparte la línea de argumentación de la Sala Penal Nacional, en realidad no lo hace. Lejos de eso, trastoca el razonamiento de la sentencia de primera instancia, pero sin argumentar porqué asume que el dominio de la organización requiere los tres elementos anteriormente mencionados. En un intento por colmar este

¹² Cfr. Sentencia de la Corte Suprema. Exp. 5385-2006, punto 4.5.4.b. Con cita expresa de Urquiza Olaechea “El concepto de autor en los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal Peruano”, en: *Dogmática actual de la Autoría y Participación Criminal*, Lima, 2007, p. 598.

vacío, en la Sentencia de la Corte Suprema se menciona que “según la doctrina dominante” los elementos del dominio de la organización son “la fungibilidad, la jerarquía y la ajenidad del aparato al ordenamiento jurídico”, pero no cita a qué doctrina dominante se refiere, ni siquiera a Roxin, creador de la tesis que emplea. Y es que no podría hacerlo porque para ese entonces el mismo Roxin ya había añadido como requisito del dominio de la voluntad en aparatos de poder (que es la tesis que asume la Corte Suprema) el criterio de la disposición del ejecutor para ejecutar el hecho, o como el mismo Roxin lo denomina, “la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor”¹³. De hecho, al menos en el Perú, la doctrina dominante ni siquiera reconoce la existencia de la autoría mediata por dominio de la organización.

b) Sobre la ajenidad al ordenamiento jurídico del aparato de poder y sobre la fungibilidad de los ejecutores. La Corte Suprema tampoco explica por qué exige la ajenidad al ordenamiento jurídico por parte del aparato de poder. Quien lea la sentencia tendrá que remitirse a lo que piensen los autores que estiman necesario la desvinculación del aparato de poder al ordenamiento jurídico y, por lo mismo, extender a la sentencia de la Corte Suprema las críticas que se formulan contra esa postura. Con la fungibilidad de los ejecutores sucede exactamente lo mismo. Y no sería correcto remitir a la argumentación que sobre este tema desarrolla la Sala Penal Nacional en la sentencia de primera instancia, pues en ella el criterio de la fungibilidad de los ejecutores se descarta como elemento del dominio. En ningún fragmento de la sentencia de segunda instancia se intenta argumentar por qué la posibilidad de sustituir a los concretos ejecutores sería un elemento del dominio de la organización, algo distinto y necesariamente previo a dar por cierto que los ejecutores de la matanza de Lucanamarca eran realmente reemplazables. Pero, además, la forma en que esto último se lleva a cabo es por demás contradictoria con el hecho de requerir la fungibilidad. En efecto, se señala “en relación a la fungibilidad de los ejecutores de los hechos delictivos no cabe duda que este elemento de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en este caso, no estatal, aparece nítidamente por el simple hecho que la dirigencia nacional PCM-SL¹⁴ aprovechó la disciplinada estructura de la organización subversiva siendo conocido que incluso sus militantes firmaban las llamadas ‘actas de sujeción al Presidente Gonzalo’ que no era otra cosa que una declaración formal y solemne de sometimiento incondicional a la voluntad de su líder y su organización y una suerte de renuncia a su propia identidad civil”.

¹³ Cfr. Roxin, *FS-Schroeder*, pp. 397 y s.

¹⁴ Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso.

Hasta donde alcanzo a observar, lo que está diciendo la Corte Suprema es que la fungibilidad de los ejecutores recae en el aprovechamiento de la disciplinada estructura de la organización por parte del hombre de atrás, tanto así que se recalca un *sometimiento incondicional* de los ejecutores a la voluntad de Guzmán. En otras palabras, aunque la Corte Suprema no lo refera expresamente, se remite al aprovechamiento de Guzmán de la funcionalidad de aparato de poder (“la dirigencia nacional PCM-SL aprovechó la disciplinada estructura de la organización subversiva”) y con ello a la disposición de los ejecutores a cumplir sus órdenes (“sus militantes firmaban las llamadas ‘actas de sujeción al Presidente Gonzalo’ que no era otra cosa que una declaración formal y solemne de sometimiento incondicional a la voluntad de su líder y su organización”). Pero derivar la posibilidad de sustituir a los ejecutores del aprovechamiento de su disposición para llevar a cabo las órdenes ilícitas no es un silogismo correcto. Pues eso no dependía de cuántos hubiesen firmado las actas de sujeción, como de la especialidad y experiencia de los cuadros operativos para cada una de las operaciones encomendadas. Dicho con otras palabras, no todos los que firmaron las actas de sujeción tenían la “habilidad” suficiente para masacrar con machete a campesinos (bebés, mujeres, ancianos incluidos), que fue lo que sucedió en Lucanamarca.

Lo dicho en el párrafo anterior puede quedar más claro si se rescata otro fragmento de la Sentencia de la Corte Suprema: “Si un cuadro o militante, por cualquier razón, incumplía la tarea criminal encomendada, otro podía sustituirlo o aplazarse el operativo subversivo como ocurrió en el aniquilamiento de Felipe Santiago Salaverry logrado después de seis intentos”. Sin perjuicio de que la Corte Suprema lo señala luego expresamente, este párrafo pone en evidencia que la fungibilidad de los ejecutores sería sucesiva y no simultánea. Y esto debe conducir necesariamente a reconocer que la fungibilidad sucesiva poco o nada aporta al dominio del hombre de atrás, ya que no se valora el hecho cometido sino la posibilidad de que un hecho se cometa en el futuro, o lo que es lo mismo, se valora una expectativa de comportamiento criminal. Esto se puede expresar en forma de pregunta: en los primeros cinco intentos de la organización para asesinar a su víctima ¿también existió fungibilidad de los ejecutores y por ende dominio de la organización? o, si la víctima no hubiera muerto sino hasta después de cinco intentos ¿también se hablaría de dominio de la organización en los primeros cuatro intentos? o, si el hombre de atrás se retractaba de su orden después de que en varios intentos no pudiese haber sido ejecutada la víctima ¿habría también dominio de la organización? Según la tesis de la Corte Suprema tendría que responderse afirmativamente, aun cuando es obvio que no lo es. Llevado el argumento de la Corte Suprema al extremo se tendría que decir que la posibilidad de reemplazar a los ejecutores concurre siempre y en todos los casos, dado que si en el primer intento el llamado a cumplir la directiva se desiste siempre habrá otro dispuesto a

intentarlo *luego*, y así sucesivamente. Y con ello la posibilidad de sustituir al ejecutor perdería sentido –si es que todavía tiene alguno– como criterio para diferenciar supuestos de dominio de la organización de los casos en que tal dominio no concurre. Para paliar estas críticas de nada sirve restringir la “fungibilidad sucesiva” al universo de personas con que cuenta el aparato de poder *en el momento* en que el ejecutor original se desiste, porque eso dejaría de ser una fungibilidad sucesiva y pasaría a ser una simultánea. Tanto una, la fungibilidad sucesiva, como la otra, la simultánea, siguen siendo simples datos estadísticos sobre las posibilidades de éxito del plan, pero por lo mismo incapaces de fundar dominio alguno.

c) El vocal Villa Stein estima en su voto concordante que el título de imputación ha de ser coautoría y no autoría mediata.

c.1) La primera razón que ofrece para fundamentar esta idea es que “la cuestión que debe replantearse es si la autoría mediata debe aplicarse al presente caso en los términos en los que han sido expuestos por la recurrida. Considerando la estructura y la dinámica de la organización terrorista (altamente vertical y centralizada); el compartimentaje horizontal de sus órganos de ejecución (células); la autonomía en la ejecución que podía esperarse de militantes altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político militar, con una cosmovisión unitaria del Estado y de la sociedad actual y propaganda elaborada y compartida, con planes políticos estratégicos comunes, es cuestionable la admisión de esta forma de autoría, sustentada precisamente en la dudosa fungibilidad de sus órganos ejecutores”. Es verdad que Sendero Luminoso difícilmente puede ser considerado una organización en la que sus miembros (al menos los que ejecutaron los actos de barbarie en Lucanamarca) sean sustituibles, y que el dominio de la organización no puede descansar sobre un elemento tan dudoso e irrelevante. Pero no es la recurrida (la Sentencia de la Sala Penal Nacional) la que ha edificado el dominio de la organización de Guzmán Reynoso sobre la posibilidad de sustituir a los ejecutores; lo hizo la Sentencia de la Corte Suprema. En la Sentencia de la Sala Penal Nacional, tal como se ha señalado, se estima que el criterio de la “fungibilidad” no expresa otra cosa que mayores probabilidades de que el hecho se realice. En todo caso, las críticas que se vierten en el voto concordante contra la “fungibilidad” como elemento del dominio de la organización son fundadas, pero a partir de ello únicamente se puede deducir la no viabilidad de la autoría mediata en aparatos de poder en la versión que requiere la posibilidad de intercambiar a los ejecutores.

c.2) La toma de postura por la coautoría se sustenta en el voto concordante cuando se señala que en la autoría mediata “el instrumento (el ejecutor) lo es de un círculo de organización ajeno y su porte es mecánico, impersonal, no

comprometido, cosa que desde luego no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelinuencia en que el dominio del hecho es codominio, o dicho de otro modo el dominio del hecho en su conjunto 'solo es poseído por el colectivo' involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva comunicada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado. Los ejecutores materiales de los hechos probados por la Sala Superior son sujetos que, plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores. El mayor o menor dominio del plano total, no explica el tipo de autoría, sino tan solo su mayor o menor participación"¹⁵.

El voto concordante del vocal Villa Stein parte de un concepto determinado de autoría mediata, propio de un injusto personal y afianzado en el principio de responsabilidad. Sólo así se entiende que el supuesto de hecho no calce en el molde pues es obvio que los ejecutores son sujetos plenamente responsables. Pero ello no debe impedir analizar el caso desde la óptica del sistema de injusto (un injusto de organización), donde la intervención del ejecutor libre y responsable en nada obstaculiza la imputación de responsabilidad del hombre de atrás. Pero más allá de este comentario, es posible confrontar la tesis de la coautoría sobre la base de dos argumentos. El primero es que en la coautoría el inicio de la tentativa se daría en el mismo momento para los coautores, es decir, ni bien el hombre de atrás emite la orden empieza ya la punibilidad para el ejecutor, aun cuando éste se niegue a realizar la acción delictiva. Esta consecuencia no es de recibo y descarta la tesis de la coautoría. En segundo lugar, en el voto concordante se hace reposar la coautoría en el argumento de que es "el colectivo" quien domina el hecho, al tratarse de una "comunidad colectiva comunicada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad". Esto es verdad, pero sólo permite la imputación de responsabilidad penal en calidad de coautores por el delito de pertenencia de agrupación para delinquir del art. 317 CP.

3. REFERENCIA AL CASO COLOMBIANO

A partir de las consideraciones jurídicas que han sido puestas de relieve, se concluye, de cara a la situación colombiana, lo siguiente:

¹⁵ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema. Exp. 5385-2006, voto concordante del vocal Villa Stein. Con cita de Jakobs, "El ocaso del dominio del hecho", en: *El sistema funcional del Derecho Penal*, Lima, 2000, p. 192.

a) La teoría del dominio de la organización constituye una alternativa válida para imputar responsabilidad penal a título de autor a quien, sin participar materialmente en la ejecución del hecho, lo domina a través de un aparato de poder. Si bien no existe consenso sobre cuáles son los elementos que permitirían hablar de dominio de la organización (en realidad, la discusión doctrinaria sobre esta figura en Latinoamérica es todavía muy incipiente), sobre la base de lo analizado el dominio sobre la organización del hombre de atrás no requeriría que el aparato de poder opere al margen del ordenamiento jurídico, ni que los ejecutores del hecho deban ser sujetos reemplazables; pero sí que la organización se erija sobre la base del principio de jerarquía y que los ejecutores del hecho punible sean personas que, a través de su pertenencia al grupo, expresen una predisposición –no incondicional– para llevar a cabo las órdenes ilícitas que reciban de sus superiores y que se condigan con las actividades regulares del aparato de poder¹⁶.

Lo anterior no significa que todos los casos de responsabilidad penal que se originen en un aparato de poder deban ser resueltos de conformidad con la teoría del dominio de la organización. Se trata, simplemente, de aceptar que el dominio de la organización es una forma de imputación de responsabilidad penal, adicional a las existentes y que gozan de la aceptación de la doctrina y jurisprudencia, y que opera en la medida en que concurran sus presupuestos. Por lo mismo, su aceptación no impide ni perjudica la aplicación de la tesis de la instigación, de la coautoría o de la complicidad cuando se presenten los requisitos de cada una de estas figuras.

b) La teoría del dominio de la organización se encontraba prevista en el art. 23 del Código Penal de 1980. En efecto, el art. 23 CP 1980 considera autor a “el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo”. Podría pensarse que, en la medida en que el art. 23 CP 1980 no contempla expresamente la posibilidad de considerar autor a quien realiza el hecho punible utilizando a otro como instrumento, la autoría mediata no se encuentra prevista en dicho precepto. Esta interpretación vendría avalada por el hecho que el art. 29 del Código Penal de 2000 establece que “es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”. Es decir, se podría pensar que la autoría mediata recién se ha tipificado en la legislación colombiana con el CP de 2000. Si fuese así, la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización no podría ser aplicada a hechos cometidos durante la vigencia del Código Penal de 1980 o, dicho en otras palabras, constituiría un atentado contra el principio de legalidad emplearla en hechos cometidos antes de la entrada en vigencia del CP 2000, porque la aplicación del art. 29 CP 2000 a dichos hechos sería retroactiva y en contra del reo. La consecuencia

¹⁶ En detalle, Meini, *El dominio de la organización en Derecho Penal*, pp. 111 y ss.

de esta forma de interpretar el art. 23 CP 1980, que parte de entender que la autoría mediata recién se tipifica en la legislación colombiana en el año 2000, debería ampliarse a todos los supuestos de autoría mediata: tampoco cuando el instrumento actúa en error, bajo coacción o al amparo de alguna causa que elimine la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del sujeto podría hablarse de autoría mediata antes del año 2000.

b.2) Sin embargo, existe una interpretación alternativa que, en lo personal, considero perfectamente viable. Si se parte de que las reglas de autoría que prevén los códigos penales son *declarativas y no constitutivas*, pues el comportamiento del autor se desprende directamente de los tipos de la parte especial¹⁷, la autoría mediata, incluida la autoría mediata por dominio de la organización, se encontraría prevista en las figuras delictivas de la Parte Especial. Esta tesis tendría como sustento el carácter accesorio de la participación criminal, con arreglo al cual las reglas de participación de los Códigos Penales otorgan tipicidad a la instigación y a la complicidad, de suerte que sin dichas reglas, la instigación y la complicidad no serían típicas. De conformidad con esta tesis, admitir o rechazar la autoría mediata en el art. 23 CP 1980 dependería de si el tipo penal que se pretende imputar admite o no, según la forma cómo se le interprete, la posibilidad de que el comportamiento típico (el comportamiento del autor) sea atribuido a quien no lo ejecuta materialmente pero se vale de otro para hacerlo.

b.3) Aun cuando lo dicho en el párrafo anterior no se comparta y se estime que la autoría mediata *debe estar expresamente prevista* en la parte general del Código Penal, una interpretación del art. 23 CP 1980 anclada en consideraciones teleológicas y normativas, y no en apreciaciones fácticas o causalistas, arroja como resultado que la autoría mediata sí se encuentra contemplada en dicho precepto. Para decirlo en otras palabras, *ahí donde se establece que autor es quien realice el hecho punible, hay que entender que no sólo realiza el hecho punible quien material y personalmente toma parte en su ejecución, sino que también quien se vale de un tercero para llevar a cabo la acción delictiva*. Se trata, en definitiva, de interpretar el término “realizar”.

No debería llamar la atención que una persona que no ejecuta materialmente el hecho antijurídico sea su autor, es decir, lo realice. Sucede así, por ejemplo, con la comisión por omisión, en la que el garante, titular de una fuente de riesgo, no ejecuta el acto, pero responde como autor porque la infracción de su deber de garante se interpreta como realización del hecho punible. Más allá

¹⁷ Así también, en el derecho colombiano, Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal*, p. 457.

de este caso, y de la admisión por parte de la doctrina colombiana de la autoría mediata por error o coacción como formas de autoría que caben en el art. 23 CP 1980, lo cierto es que en Derecho comparado se encuentran razones de peso para entender que instrumentalizar a otro para que lleve a cabo un acto es *realizar* un hecho punible. En efecto, con la dación del CP español de 1995, la definición de autor en dicho país pasó de ser “tomar parte directa en la *ejecución* del hecho” (art. 14.1 CP español de 1973) a la realización del hecho (art. 28 CP español de 1995). A partir de este cambio la doctrina española asumió que, si bien el término “ejecutar” ofrecía dificultades para entender que el autor mediato tomaba parte directa en la ejecución del delito, ello se supera desde que la Ley habla de realizar¹⁸.

Sin ir muy lejos, a la misma conclusión se llega si se analiza el art. 29 CP colombiano de 2000. Sin perjuicio de volver sobre ello luego, este precepto conceptúa al autor como quien realiza la conducta punible, y establece que son dos las formas en que se puede realizar el hecho punible: por sí mismo (autoría directa) o utilizando a otro como instrumento (autoría mediata). En este nivel del análisis es posible afirmar que quien niegue que el verbo *realizar* en el art. 23 CP 1980 admite la autoría mediata –y también la autoría mediata por dominio de la organización–, debería predicar lo mismo con respecto al art. 29 CP 2000. Si “realizar” fuera llevar a cabo personalmente un acto, no se entendería cómo el legislador concibe la autoría mediata como “realizar” el hecho punible utilizando a otro como instrumento, pues, interpretado en clave material y causalista, realizar sería incompatible con el hecho de valerse de un tercero como instrumento. El instrumento, y no el autor mediato, realizaría el hecho punible.

Que el art. 29 CP 2000 se siga refiriendo al autor como quien *realiza* el hecho punible, como lo hacía ya el art. 23 CP 1980, no hace sino reforzar la interpretación aquí propuesta, en el sentido de que la autoría mediata se encontraba legalmente prevista en el código anterior. Y, que ahora la ley exprese que el hecho punible se puede realizar por sí mismo o utilizando a otro como instrumento, no hace sino dejar absolutamente en claro que estas dos formas de autoría (directa y mediata) son, precisamente, las formas como se puede realizar el hecho.

Las críticas contra esta interpretación del art. 23 CP 1980 que, desde la perspectiva del principio de legalidad y de la interpretación restrictiva podrían esbozarse, pueden ser contestadas. Por un lado, si se creyese que la semántica rechaza que realizar un hecho punible sea lo que hace un autor mediato,

¹⁸ Cfr. Mir Puig, Parte General, pp. 383 y ss.

el diccionario de la REA indica que realizar es “efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”. En otras palabras, así como admite que realizar es ejecutar, y por lo tanto el autor directo que ejecuta el hecho punible lo realiza, sucede lo mismo con el autor mediato, quien lleva a cabo el hecho, pero por intermedio de otro. En segundo lugar, si se interpretase restrictivamente la ley, habría que concluir que la participación criminal en el CP 1980 se rige por la regla de la hiperaccesoriedad, ya que el art. 23 CP 1980 refiere que el autor realiza el hecho punible y el art. 24 que el cómplice contribuye a la realización del *hecho punible*. Luego, en la medida en que el partícipe depende del autor, no podría hablarse de complicidad si el hecho es antijurídico (accesoriedad limitada) o culpable (accesoriedad máxima). Esta interpretación, aun cuando se presente como la más beneficiosa para el reo al ser la más restrictiva, no puede suscribirse. Por el contrario, hay consenso¹⁹ en la doctrina colombiana en torno a que la participación criminal requiere tan sólo de un hecho antijurídico. ¿Significa eso que se vulnera el principio de legalidad?, pues no, simplemente que la locución “hecho punible” se interpreta de conformidad con la razón de ser de la participación y, por lo tanto, su significado se asimila al de injusto. Al mismo procedimiento hay que someter el término realizar, aunque en este caso es todavía más sencillo pues la literalidad del término permite incluir en él el llevar a cabo un hecho por intermedio de otro.

Por lo demás, por más que las ideas postuladas no sean compartidas, lo que no se puede negar es que, por lo menos, se trata de una posible interpretación y, como tal, no puede ser descartada como lectura del art. 23 CP 1980. Una situación parecida se analizó en el Perú con ocasión del caso “masacre en Lucanamarca”, ya que el art. 100 del Código Penal peruano de 1924, vigente hasta 1991 y por ende aplicable al caso objeto de comentario, se expresaba en términos muy similares a los del art. 23 CP colombiano de 1980. Sin embargo ello no impidió a la Sala Penal Nacional razonar de la siguiente manera: *“Consideramos en primer lugar que no hay un concepto ontológico de autor, sino un concepto doctrinal únicamente. Mucho menos el artículo 100º del Código Penal de mil novecientos veinticuatro 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. En segundo lugar, debemos partir de la tesis incuestionable, a nuestro juicio, 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*

¹⁹ Cfr. Velásquez Velásquez, *Manual de Derecho Penal*, p. 467.

de reglas y criterios allende lo positivado, que permitan la adecuada aplicación de las normas de la parte especial. A ningún abogado se le ocurriría ejercer una defensa alegando que en el Código Penal no se encuentra previsto el nexo de causalidad, o la imputación objetiva, el deber de cuidado o el dolo eventual, entre otros conceptos, y que por tanto no pueden ser aplicados por los jueces a los casos de sus patrocinados.

En rigor, en el Código Penal de mil novecientos veinticuatro, no estaba expresamente mencionada la autoría mediata por coacción o por error, sin embargo, para evitar lagunas de punición, fue desarrollada por los penalistas peruanos y aplicada por los jueces en los casos concretos. En ese sentido, nada impide, que los jueces puedan aplicar la tesis de Roxin sobre la autoría mediata por dominio en organización, formulada desde mil novecientos sesenta y tres, posteriormente desarrollada por él, por otros doctrinarios y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania. Teniéndose en cuenta que por principio 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. La interpretación judicial es siempre una interpretación en concreto y operativa, aunque eventualmente pueda tomar en consideración el resultado de alguna interpretación científica”. Este razonamiento fue avalado por la Corte Suprema.

b.4) Admitido entonces que el art. 23 CP 1980 prevé la autoría mediata como categoría genérica de autoría, los casos de instrumentalización por error, por coacción o por cualquier otra circunstancia que haga del instrumento una persona que no responde penalmente (autoría mediata en sentido clásico), no encontrarían rechazo en la letra de la ley. Pero tampoco el caso en que el instrumento sea un sujeto penalmente responsable (autoría mediata por dominio de la organización), pues ambos supuestos son especies del género realizar el hecho punible. Para expresarlo en otras palabras, el art. 23 CP 1980 no diferencia entre las distintas formas de autoría, ni entre las distintas formas de autoría mediata, de manera que la ley no rechaza la hipótesis en que el instrumento es un sujeto responsable. Es, por el contrario, una cuestión de interpretación jurídica que viene condicionada por la postura que se adopte frente a la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización. En este sentido, lo genérico que resulta la redacción del art. 23 CP 1980 sirve para incluir en él todas las formas de autoría, incluida la autoría mediata, que la razón sustente.

Todo lo dicho conlleva una importante consecuencia práctica: el art. 23 CP 1980 debe ser utilizado para fundamentar la imputación de responsabilidad penal a título de autoría mediata por delitos cometidos antes de la entrada en vigor del Código Penal de 2000, evitándose así una cuestionable aplicación retroactiva del art. 29 del Código actual para crímenes perpetrados antes de su vigencia.

c) La teoría del dominio de la organización se encuentra prevista en el art. 29 del Código Penal de 2000. Habiendo demostrado que el verbo “realizar” hace referencia a la autoría mediata, resta ahora precisar si el enunciado del art. 29 CP 2000 (“es autor quien realice la conducta punible *utilizando a otro como instrumento*”) puede ser leído de manera que el instrumento sea una persona penalmente responsable. Aquí, de nuevo, se trata de interpretar. Y el criterio a seguir no puede ser otro que el teleológico, siempre y cuando no traspase la frontera de la legalidad.

c.1) Antes bien, conviene recordar que el art. 25.3(a) del Estado de Roma prevé expresamente la responsabilidad penal por un crimen que se comete por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. *La invocación de esta norma del Derecho Penal Internacional permite darle sustento a la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización.* Ciertamente que el Estatuto de Roma no establece ni define cuáles son los requisitos del dominio de la organización –tampoco le compete hacerlo–, pero en la medida en que ha sido suscrito y ratificado se convierte automáticamente en un instrumento de interpretación jurídica que no sólo permite sino que obliga al Juez a tenerlo en cuenta, al menos sus cláusulas auto-aplicativas (como el art. 23). Visto así, *la tesis de la autoría mediata por dominio de la organización que prevé el art. 25.3(a) del Estatuto de Roma pasa de ser una posibilidad dogmática a ser una criterio de interpretación previsto por la Ley.*

c.2) El concepto “instrumento” suele ser interpretado como sinónimo de persona que, por alguna circunstancia como error o coacción, o por padecer alguna causa que elimine su imputabilidad o culpabilidad, no responde penalmente. Como es fácil advertir, esta definición surge de y se corresponde con los tradicionales casos de *autoría mediata por dominio de la voluntad*, en los cuales el autor mediato es autor, precisamente, porque controla la voluntad del instrumento y se aprovecha de ello para realizar el delito. El instrumento, por dicha razón, no responde penalmente. Como se ve, concebir al instrumento como un sujeto no responsable es propio del dominio del hecho como criterio de autoría y, en concreto, del dominio de la voluntad como criterio de autoría mediata. Esta interpretación de instrumento, como ejecutor no responsable, calza perfectamente en las hipótesis de dominio de la voluntad. Por lo demás, se desprende claramente de la literalidad del art. 29 CP 2000 cuando se menciona que se es autor por realizar la conducta punible *utilizando a otro como instrumento.*

Existe, empero, una forma distinta de interpretar el término “instrumento”, a la cual se arriba si se parte ya no del dominio de la voluntad como criterio de autoría mediata, sino del dominio de la organización. Éste, el dominio de la organización, hace referencia, tal y como su nombre lo indica, al control

que se tiene sobre la organización, entendida ésta como los vínculos que relacionan a las personas en un contexto de jerarquía y no como la estructura en la cual se insertan esas personas²⁰. Si bien en la formulación primigenia que ofreció Roxin en 1963 la denominó “autoría mediata por domino de la voluntad en aparatos organizados de poder”, en la actualidad existe un pacífico acuerdo entre sus partidarios sobre que lo que el autor mediato controla no es la voluntad del ejecutor, pues éste puede resistirse a cumplir la orden que recibe (la llamada fungibilidad). El ejecutor de la orden es, a ojos del hombre de detrás, un recurso que el aparato pone a su disposición. Así visto, el autor mediato por dominio de la organización controla *directamente* al aparato, a la organización, y sólo a través de dicho control alcanza el dominio, *indirecto*, del ejecutor responsable. La autoría mediata por dominio de la organización del hombre de detrás pende de un concepto distinto al domino del hecho y ajeno al dominio de la voluntad. Por lo tanto, el concepto “instrumento” en esta particular forma de autoría mediata no puede explicarse siguiendo las reglas que rigen los casos de autoría mediata cuando se domina la voluntad del ejecutor. En pocas palabras, la autoría directa del ejecutor responsable se determina según las reglas del dominio del riesgo, pues *su* injusto es un *injusto individual*, mientras que la autoría mediata del hombre de detrás se establece en mérito al dominio de la organización, en la medida que desde *su* posición el injusto es ya un *injusto de organización*.

No debería llamar la atención que un mismo hecho sea valorado desde dos perspectivas distintas (desde la del autor mediato y desde la del ejecutor). Para explicarlo con un ejemplo, cuando el jefe del grupo paramilitar ordena un ataque armado sobre un grupo civil, quienes responsablemente ejecuten dichos actos serán autores directos porque dominan el riesgo (dominan el hecho). El superior, que emite la orden, responde como autor mediato porque domina la organización al aprovecharse, desde su posición jerárquica, de la predisposición de los ejecutores para llevar a cabo las órdenes que reciban y que forman parte de las actividades regulares del aparato. Si bien podría decirse que el superior *se limita a dar la orden*, y que dicho comportamiento, desde el punto de vista material, parece no tener la suficiente entidad como para erigirse en comportamiento de autor (mediato), la respuesta cambia si se le valora desde una perspectiva normativa. Cuando el superior jerárquico emite una orden valiéndose para ello del dominio que detenta sobre la organización, ese comportamiento, *per se*, es suficiente para poner en funcionamiento de una organización que no necesita nada más para producir resultados lesivos a bienes jurídicos. Desde este punto de vista, *el ejecutor tiene que ser*

²⁰ Cfr. Meini, *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, 2008, p. 113.

necesariamente un sujeto responsable, pues su pertenencia al grupo es un acto libre, voluntario, y no uno coaccionado o en estado de error.

c.3) La pregunta que en este nivel del razonamiento se impone es si el “instrumento” al cual se refiere el art. 29 CP 2000 (“es autor quien realice la conducta punible *utilizando a otro como instrumento*”) ¿puede ser un sujeto responsable como lo exige la teoría del dominio de la organización?, o ¿se trata únicamente de un instrumento no responsable según la teoría del dominio del hecho? Hasta donde alcanzo a observar, el legislador se ha limitado a emplear el término “instrumento” sin descartar que se trate de un sujeto responsable, y sin exigir que tenga que ser uno que no responda. Por lo tanto, la respuesta a la pregunta planteada depende, como siempre, de la interpretación que se ofrezca del mencionado precepto. Y dicha interpretación puede y debe hacerse tanto desde la teoría del dominio de la voluntad, como desde el dominio de la organización. Esto significa que la ley no contiene elemento, término, palabra o locución alguna que condicione la interpretación del vocablo “instrumento”. Éste ha de tratarse simplemente de alguien que es utilizado por otro para realizar el hecho punible. Así como quien amenaza a otra persona para que lleve a cabo el acto de sustracción del bien mueble ajeno realiza el hecho punible (hurto) utilizando a otro (amenazado) como instrumento, también quien domina la organización utiliza a otro (los ejecutores del aparato de poder) para realizar el hecho punible.

Esta propuesta se condice con el significado literal de la palabra “instrumento” que, según la REA, significa “aquello de que nos servimos para hacer algo”²¹. Para realizar el delito el superior jerárquico se sirve de la organización, y también de sus miembros que llevan a cabo sus órdenes.

d) La teoría del dominio de la organización no requiere que se identifique al autor directo (ejecutor del hecho), pues una de las características del dominio de la organización es que el superior no conozca a la persona que ejecutará su mandato. Si lo conociese es muy probable que se trate de un caso de instigación y no de autoría mediata por dominio de la organización. En esta línea, para imputar responsabilidad penal como autor mediato por dominio de la organización, basta y sobra que se demuestre la comisión de un hecho antijurídico (injusto) que pueda ser atribuido a la organización, en el sentido de que algún miembro del aparato, cuya identidad no es preciso alcanzar, lo ha perpetrado en mérito a la orden del superior.

²¹ Tercera acepción en el Diccionario de la REA.

Si se requiriese identificar al ejecutor se llegaría al absurdo de prescindir de la tesis del dominio de la organización cuando éste haya desaparecido, se encuentre en la clandestinidad o haya muerto, y a consecuencia de ello no se pueda conocer quién es el ejecutor directo del delito. Además, si se asume que mientras no se conozca la identidad del ejecutor éste no podría ser hecho responsable, se favorecería la eliminación del ejecutor por parte del aparato, pues ello le garantizaría impunidad al superior.

Una adecuada comprensión del significado del “dominio de la organización” debe conducir a reafirmar lo dicho en los párrafos precedentes: el injusto de organización se diferencia del injusto personal en que el autor mediato por dominio de la organización responde por un hecho punible que realiza valiéndose de un aparato organizado de poder. Pero, así como la autoría mediata por dominio de la voluntad no precisa que se identifique al instrumento (es posible que el instrumento que actúa por miedo o por error no llegue a ser identificado y ello no impide la imputación de responsabilidad al autor mediato), tampoco lo requiere la autoría mediata por dominio de la organización. Lo único que se puede aceptar en los casos de dominio de la organización cuando no se identifica al instrumento, es que el delito no podrá ser imputado a quien lo ejecutó.

Bibliografía

- Ambos, Kai. “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, trad. Cancio Meliá, RDPC 3 (1999).
- Ambos, Kai / Grammer, Christoph. *Dominio del hecho por organización, La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann*, <http://www.iuscrim.mpg.de/info/aktuell/docs/Kaesem060303.pdf>.
- Bottke, Winfried. “Täterschaft und Teilnahme in deutschen Wirtschaftskriminalrecht –de lege lata und de lege ferenda“, JuS (2002).
- Cramer / Heine, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., München, 2006.
- Hernández Placencia, José Ulises. “La codelinuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada”, en Hirsch/Cerezo Mir/Donna (dirs.), Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel, Buenos Aires, 2005.
- Jakobs, Günther. “El ocaso del dominio del hecho”, en: *El sistema funcional del Derecho Penal*, Lima, 2000.
- Lampe, Ernst-Joachim. *La dogmática jurídico – penal entre la ontología social y el funcionalismo*. Editorial Grijley, Lima, 2003.
- Meini, Iván. *El dominio de la organización en Derecho Penal*, Lima, Palestra, 2008.
- . “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada estatal”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 14 (2004).
- . “Responsabilidad penal del superior jerárquico”, en: *Libro Homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Ara, Lima, 2005.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, 6 ed., Barcelona, 2002.
- Murmann, Uwe. “Tatherrschaft durch Weisungsmacht”, GA (1996).
- Otto, Harro. “Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates”, Jura (2001).

- Roxin, Claus. “Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft”, en: *Sonderheft für Gerhard Schäfer zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 2002*, Boetticher/Huff/Landau/Widmaier (Hrsg.), Frankfurt a.M., 2002.
- . “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität”, en: *Festschrift für Gerald Grünwald*, Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Baden-Baden, 1999.
 - . “Organisationsherrschaft und Tatenschlossenheit”, en: *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Heidelberg, 2006.
 - . *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, 4 Aufl., München, 2005.
 - . “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: Ferré Olivé/Anarte Borralló (edits.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- Schroeder, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter*, 1965.
- . “Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis”, JR (1995).
- Schünemann, Bern. § 25. Leipziger Kommentar, Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Band 1, 12 Aufl., Berlin, 2007.
- Stratenwerht, Günter / Kuhlen, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I. Die Straftat*, 5 Aufl., Berlin, 2004.
- Urquizo Olaechea, José. “El concepto de autor en los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el código Penal Peruano”, en: *Dogmática actual de la Autoría y Participación Criminal*, Lima, 2007.
- Veásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3 ed., Comlibros, Medellín, 2007.
- Vest, H. *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 2002.

Capítulo VI. El caso colombiano



PROF. DRA. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ

Doctora en Derecho. Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Abogada especializada en la Universidad Externado de Colombia. Licenciada en Educación. Universidad Pedagógica Nacional. Profesora Dra. Invitada de la Fundación Alexander von Humboldt (AvH) Universidad Albert Ludwig y Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, bajo la tutoría del Profesor Dr. Walter Perron. Investigadora de la Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) en la Universidad Rheinischen Friedrich-Wilhelms, Universidad de Bonn, bajo la asesoría del profesor Dr. Günther Jakobs. Investigadora del Instituto de Cooperación Iberoamericana (ICI). Colegio San Pablo y Universidad Autónoma de Madrid, bajo la supervisión del Profesor Dr. Enrique Bacigalupo.

Ha realizado varias publicaciones entre las que se pueden destacar: "Acciones a propio riesgo. Exclusión de la tipicidad por responsabilidad de la víctima con base en una concepción funcional estructural de la sociedad"; "Introducción a la imputación objetiva". Y ha traducido entre otros las siguientes obras: "La Reforma al BGB. Modernización del derecho alemán de las obligaciones", en coautoría con Ute Salach de Horst Ehmann y Holger Sutschet, el Código Penal Alemán (StGB). En la actualidad se desempeña como Profesora Investigadora de la Universidad Sergio Arboleda y trabaja en el Proyecto ProFis-GTZ, dirigiendo la línea jurídica.

Agradezco a los Doctores Andreas Forer, Fernando Velásquez, Luis Eduardo Moreno, Juan Pablo Cardona y Diego González, por los aportes que me brindaron para la elaboración de este trabajo.

I. El derecho aplicable

Decreto 100 de enero 23 de 1980. (Código Penal de 1980)

Art. 23. Autores: El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Art. 24: Cómplices: El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad.

Ley 599 de 24 de Julio de 2000 (Código Penal vigente)

Art. 29: Autores: 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 de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible¹.

¹ En la "Ponencia" para el Primer Debate en la Cámara de Representantes –tercer debate constitucional– del Proyecto de la ley por medio de la cual se expedía el Código Penal, se dijo: "En el inciso 1º. Se ubican la autoría y la autoría mediata; seguidamente en la coautoría, tratada en el inciso 2º, se alude tanto a su requisito objetivo como al subjetivo, para evitar las críticas que se le han formulado al Proyecto en el sentido de que da cabida a la mal llamada 'coautoría impropia' (calificada como un engendro dogmático, en virtud del cual habría coautoría sin presencia del aspecto subjetivo, desconociéndose el alcance de los principios del acto y de culpabilidad)";

"La calificación de autor como debe ser, queda sujeta a la importancia del aporte, puesto que, de lo contrario, se equipararía con la complicidad. Se obliga en estas condiciones al funcionario judicial a exponer razonadamente los criterios por los cuales se impone una determinada consideración".

Art. 30. Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concorra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte².

“En el inciso tercero del texto se incluye la institución de *actuar por otro* que, a no dudarlo, es de urgente consagración en la venidera legislación, sobre todo para posibilitar el mejor control de la actividad criminal que se desarrolla valiéndose de los entes colectivos y de las personas jurídicas para las cuales, valga la pena recordarlo, no posibilita el orden constitucional vigente un sistema de responsabilidad penal similar al que rige, por ejemplo, en países como Francia. Por eso tomando como modelos los arts. 27 del Código Penal peruano de 1991, 15 bis del derogado Código Penal español, adicionado con ocasión a la Reforma Urgente y Parcial de 25 de junio de 1993; 31 de la Propuesta del Anteproyecto del Nuevo Código Penal español de 1993 y 31 del actual Código; 12 del CP portugués y § 14 del Código Penal alemán, se redacta un texto que da cabida a tal figura.” Cfr. Gaceta del Congreso No. 432 (jueves 11 de noviembre de 1999), Ponencia para Primer Debate y Pliego de Modificaciones del Proyecto de Ley 238 de 1999 Cámara y 40 de 1998 Senado, por la cual se expide el Código Penal.

² En los artículos 29 y 30 se consagra, expresamente, la autoría mediata y la coautoría material impropia como modo de fortalecimiento del principio de legalidad. Se precisa que la determinación y la complicidad son formas de la figura de responsabilidad accesoria de la participación. Por otra parte, quien interviene en un delito especial no debe ser considerado cómplice sino que se le aplicará una pena menor que a la del autor del delito, pues al carecer de la condición requerida no lesiona el bien jurídico de la misma forma que el sujeto activo calificado. Cfr. Gaceta del Congreso No. 280, viernes 20 de noviembre de 1998, Ponencia para Primer debate al Proyecto de Ley 040 de 1998, Senado, por medio del cual se expide el Código Penal.

II. Jurisprudencia

1. Ubicación

En realidad, en Colombia sólo tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, han tratado expresamente el tema de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, pero en ninguna de ellas se ha aplicado esta figura³. Característica de estas tres decisiones es la confusión que existe entre los diferentes funcionarios judiciales para imputar la responsabilidad de los autores y partícipes de los hechos que en ellas se ventilan.

Del estudio de las mismas se desprende que la sentencia más representativa es la que resolvió el caso “Machuca”, pues en las diferentes instancias judiciales se calificó la responsabilidad de quienes en ellas intervinieron de muy diversas y contradictorias maneras. Como coautores determinadores (sic) en la resolución de acusación; como coautores en la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia; como determinadores, en la sentencia de segunda instancia ante el Tribunal Superior de Antioquia; como autores mediatos en aparatos organizados de poder, en los conceptos de la Procuraduría; y, finalmente, como coautores impropios, en la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Los hechos que dieron origen a dicha actuación fueron resumidos por el Tribunal Superior de Antioquia, de la siguiente manera:

La horrorosa tragedia que informa el proceso, tuvo lugar el *18 de octubre de 1998*, tal vez a las 12:30 de la mañana, en el humilde corregimiento de Machuca o Fraguas, situado en comprensión territorial del municipio de Segovia-Antioquia. Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía Cimarrones del Frente José Antonio Galán del Ejército de Liberación Nacional *ELN*, le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada Oleoducto Cusiana-Coveñas, produciéndose la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción. Justamente por haberse producido la explosión

³ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias de: 12 de septiembre de 2007. Proceso Rad. No. 24448 (Caso La Gabarra); 08 de agosto de 2007. Proceso Rad. No. 25974 (Caso Yamid Amat) y de 07 de marzo de 2007. Proceso Rad. No. 23825 (Caso Machuca).

en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río Pocume, por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos -entre niños, adultos y ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas.

Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el Fiscal instructor decidió empero vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria de contumacia, a los tres jefes de la Compañía Cimarrones (sic), lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional⁴.

2. Las diversas calificaciones de las conductas

Las conductas realizadas por los agentes fueron calificadas, como ya se dijo, de diferente manera. En efecto:

a) “*Coautores determinadores*”. La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, mediante proveído de doce de agosto de 2002, formuló cargos a tres dirigentes del Frente José Antonio Galán, compañía Cimarrón, y contra siete miembros de la Dirección Nacional del Ejército de Liberación Nacional (ELN) por los delitos de terrorismo, rebelión, homicidio y lesiones personales⁵.

⁴ Cfr. Tribunal Superior de Antioquia. Sala Penal de Decisión. Aprobado Acta No. 105, Medellín, diecinueve (19) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

La Fiscalía, con fecha doce de noviembre de 1998, decretó la apertura de la instrucción y ordenó la vinculación mediante declaratoria de persona ausente de los señores Luis Guillermo Roldán Posada, alias Raúl, Julián o Jhony; Germán Enrique Fernández, alias Jhony González o Margarita; Oscar de Jesús Giraldo Martínez, alias Ryan o Palmer; Nicolás Rodríguez Bautista, alias Gabino; Herlinton o Herlindo Javier Chamorro Acosta, alias Antonio García; Víctor Orlando Cubides, alias Pablo Tejada; Israel Ramírez Cepeda, alias Pablo Beltrán; Rafael Sierra Granados, alias Ramiro Vargas Mejía, Capitán Franco o el viejo; Pedro Elías Cañas Serrano, alias Oscar Santos Rueda, Santos o Lucas El Mono; y Carlos Guerrero Cárdenas, alias Lucho.

⁵ *Terrorismo*, consagrado en el art. 343 del actual Código Penal (antes art. 187 CP del 80); *Rebelión*, art. 467 (antes art. 125, modificado por el Decreto 1857 de 1989, elevado a legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991); *Homicidio*, art. 103 *ibídem*, (anteriormente art. 323); y, *Lesiones personales*: art. 112 (incapacidad o enfermedad); art. 113 (deformidad); art. 114 (perturbación funcional); art. 115 (perturbación psíquica); art. 116 (pérdida anatómica o funcional) (antes arts. 331-336).

Consideró el ente Fiscal que la calidad de “coautores determinadores” (sic) era en extremo clara en relación con los delitos de terrorismo y rebelión, en atención a que los procesados eran miembros del Comando Central del ELN, organización subversiva que tiene como política atentar contra la infraestructura energética, petrolera y vial de la Nación. Además, porque el hecho fue reivindicado por los altos dirigentes de ese grupo ilegal a través de los medios de comunicación en los que se señaló que la explosión fue ocasionada por una fracción del grupo guerrillero, por órdenes del Comando Central. Los comportamientos fueron imputados a título de dolo eventual, pues se adujo que el resultado era previsible para los autores, máxime cuando iguales consecuencias se habían presentado en el atentado perpetrado por este grupo subversivo en la localidad antioqueña de Marantá, el 23 de noviembre de 1992.

b) Coautores mediatos. El juicio se adelantó por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia y el veinticinco (25) de mayo de 2000 se dictó sentencia por medio de la cual se declaró penalmente responsables a los procesados como coautores de un concurso homogéneo de conductas punibles de homicidio, en su modalidad simple, y heterogéneo de lesiones personales, rebelión y terrorismo⁶. La responsabilidad por las muertes y las lesiones se atribuyó a título de dolo eventual, pues –según se estimó– el riesgo creado con la explosión del poliducto tenía la capacidad suficiente para lograr, por sí sólo, el resultado mortal.

Se consideró que el atentado dinamitero fue autoría de un grupo de hombres pertenecientes al Ejército de Liberación Nacional (ELN) con el argumento de que dirigentes del grupo, actuando como integrantes del Comando Central o como Jefes de la Cuadrilla José Antonio Galán y la Compañía Cimarrón del Comando Central, habían impartido la orden de ejecución⁷. Es más, para el Juez resultó absolutamente claro que el atentado dinamitero con todas sus consecuencias fue *autoría directa, única y exclusiva*

⁶ Se les condenó a la pena principal de cuarenta (40) años de prisión y a la de multa de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, también a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años.

⁷ Con base en diversos medios de prueba aportados al proceso, se logró individualizar a la cúpula del ELN y se señaló que Nicolás Rodríguez, alias Gabino, era el responsable político; Herlinton Eliécer Chamoro Acosta, alias Antonio García, era el responsable militar; Israel Ramírez Pineda, alias Pablo Beltrán, el tercer responsable del Comando Central (COCE); Rafael Sierra Granados, alias Ramiro Vargas, era el cuarto responsable del ELN; NN Luis Carlos Guerrero, responsable de la columna nacional Masas; Pedro Elías Cañas Serrano, alias Oscar Santos, Lucas, el mono, miembros del COCE.

de la organización de izquierda ELN, que desde el año 1967 ha adoptado como política de oposición al sistema de gobierno imperante en Colombia atentar contra el sistema petrolero, circunstancia que la diferencia de otros movimientos insurgentes que existen en el país⁸.

Sin embargo, a folios 28 de la sentencia, considera el sentenciador que la responsabilidad penal imputable a los enjuiciados es a *título de determinadores*, para señalar, en seguida, desde luego en forma equivocada, que es determinador “[...] la(s) persona(s) de quien nace la idea o la resolución de la conducta punible, por tanto, generalmente no actúa(n) directa o materialmente en la escena de la ejecución del comportamiento”. Así mismo, en los párrafos siguientes señala que: “[...] es una evidencia que la organización ELN tiene su propia estructura, y como [en] cualquier organización subversiva, existe una jerarquía u organigrama, en el que de manera precisa se indican las funciones de los que dirigen, y de quienes obedecen”. “Es diáfano igualmente que las órdenes por tanto devienen de los jefes o líderes del grupo y quienes están por debajo en mando son llamados a obedecer so pena de incurrir en sanciones dentro de la misma agrupación, disciplina que a decir de ellos mismos, es rígida” [...] “[...] que la agrupación que ha tenido como objetivo la infraestructura petrolera en nuestra patria, lo es precisamente el ELN, y como ello es otra verdad inconcusa, ningún otro agregado hay que hacer” [...] “[...] el atentado obedeció a esas órdenes impartidas previamente por el COCE [...]” [...] “[...] la estructura de la organización recibe órdenes en sentido vertical del comando central, pues sólo éste es el que tiene la potestad de planear y ordenar a todos sus frentes y dirigir las diversas actividades que han de cumplir, en desarrollo de su pretensión de cambiar el orden constitucional que rige, y obviamente, atendiendo su particular ideología”.

Finalmente, a pesar de todas estas consideraciones, el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia dicta sentencia condenatoria contra

⁸ En esta sentencia se citan innumerables medios de prueba, entre las cuales sobresale la entrevista realizada a Nicolás Rodríguez, alias Gabino, en el Programa de televisión “Noticias en Vivo 9:30”, en la que el procesado, hablando a nombre del ELN, reconoció que una facción de su organización llevó a cabo el ataque dinamitero, significando que se había cometido un grave error, pues sus ejecutores se equivocaron al calificar las consecuencias que se podían ocasionar con el derrame del combustible, dado que no midieron el peligro de la acción para la población. Igualmente, señaló “Gabino” que se encontraba en curso una investigación interna en contra de los guerrilleros que habían ejecutado el hecho y quienes orientaron las operaciones en el área, esto como muestra elemental de la disciplina y la responsabilidad que los obligaba a actuar así. Cfr. Sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de mayo veinticinco (25) de dos mil cuatro (2004), pp. 17-18.

los miembros del ELN como *coautores* de los delitos de terrorismo, rebelión, homicidios simples y lesiones personales.

c) Determinadores. Contra la sentencia condenatoria de primera instancia la defensa técnica interpuso el recurso de apelación, que fue desatado el diecinueve (19) de noviembre de 2004 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, revocando la condena por los cargos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, pues los Magistrados consideraron que el Fiscal y el Juez que conocieron del caso se dejaron impresionar por la magnitud de la tragedia y, sin respaldo probatorio suficiente que indicara la manera cómo los integrantes del Comando Central del ELN determinaron el atentado dinamitero, aceptaron los hechos para responsabilizar a la cúpula del ELN como si se tratara de un delito político⁹. El Juez colegiado descartó el dolo eventual y consideró que se trató de una acción imprudente o culpable de los ejecutores materiales del atentado y que, por lo tanto, los integrantes de la cúpula del ELN o de su Comando Central (COCE) no podían ser condenados como determinadores, pues en un acontecer culposo no es posible predicar tal determinación. Por esta razón, absolvió a cada uno de los procesados por los delitos de homicidio, lesiones personales y terrorismo. Sólo mantuvo la condena respecto al delito de rebelión¹⁰.

Consideró el Tribunal que, para soportar el pesado y difícil cargo de la *instigación criminal*, el Juez de primera instancia recurrió a la estrategia de imputar estos delitos a los cabecillas del ELN porque ellos serían responsables por las actuaciones de sus subalternos y, para ello, se basó en la estructura política, funcional y jerárquica del grupo subversivo, al señalamiento de la

⁹ Dijo la Sala de Decisión Penal del Tribunal de Antioquia: “Pondérese bien: no es que la Sala quiera asegurar que el atentado dinamitero lo realizaron *motu proprio* y al margen de las políticas desestabilizadoras del ELN un grupo de militantes rasos de la compañía ‘Cimarrones’, o que la orden o mando para ello definitivamente no pudo haber salido de la jefatura del denominado frente ‘Antonio José Galán’ (sic), ni del Comando Central (COCE). No. Sencilla y claramente se quiere es significar que como la responsabilidad penal es individual y la imputación jurídica debe invariablemente proyectarse a señalar la acción particularizada del delincuente, en la forma puntual y específica que impone como garantía el derecho penal democrático, aquí entonces no se podía venir a decir, con la facilidad como se hizo, que como la orden criminal debió haber venido de la ‘cúpula’, todos sus integrantes tienen que ser entonces responsables como determinadores de los delitos”.

¹⁰ Por esta razón le impuso a los imputados las penas principales de seis (6) años de prisión y de ciento veinticinco (125) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de los hechos a título de multa; además, les impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

infraestructura petrolera como objetivo militar, para evadir el compromiso judicial de explicar –como era ineluctable– cuándo, en qué circunstancias y en qué forma precisa y concreta, los procesados ordenaron dinamitar el oleoducto previendo y aceptando los devastadores efectos al final producidos. Y más adelante agrega: “[...] porque la calidad de *determinadores* (*longa manus*) (sic) que se le ha dado a los procesados, hace difícil engarzar la idea de un total dominio suyo sobre los actos materiales [...]”.

La Sala de Decisión descarta la tesis del dolo eventual de los procesados como determinadores porque estima que no existía prueba de que la orden de dinamitar el oleoducto se hubiese impartido para ese punto preciso y concreto, situado a casi un kilómetro de la población de Machuca, y porque no se aprecia, *ex ante*, un motivo poderoso y lo suficientemente razonable como para entender que los jefes subversivos tuvieran indiferencia o absoluta despreocupación frente a las consecuencias desastrosas, más cuando en ese caserío residían muchas familias de sus compañeros, los guerrilleros.

El cargo por rebelión, como ya se dijo, fue mantenido por la Sala del Tribunal porque en su sentir existían muy serios, idóneos y eficaces medios de prueba que demostraban con cabal certidumbre la militancia de los acusados en el movimiento subversivo y, desde luego, su propósito indeclinable de emplear las armas para derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigentes. En la parte resolutive de su decisión se “confirma la sentencia condenatoria revisada por apelación, de naturaleza, contenido, procedencia y fecha mencionados en la parte expositiva, en cuanto concierne única y específicamente al delito de rebelión”.

Así las cosas, resulta contradictoria la sentencia porque durante toda su exposición se afirmó, contundentemente, que los comandantes de la cúpula del ELN eran *determinadores* y, al final, se les da la calidad de *coautores mediatos*, que fue la calificación proferida por la primera instancia.

d) Autores mediatos en virtud de aparatos organizados de poder. La Procuraduría General de la Nación, por intermedio de su Procuradora 161 Judicial Penal II, interpuso Recurso Extraordinario de Casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Antioquia expedida el diecinueve (19) de noviembre de 2004¹¹. Como primer cargo, adujo que había violación directa de la ley

¹¹ También la Fiscalía, a través del Fiscal adscrito a la Unidad de Derechos Humanos y al Derecho Penal Internacional Humanitario, presentó demanda de casación, pero sus peticiones no fueron consideradas por la Corte por presentar errores en la técnica de casación, pues se presentaron los yerros en un sólo cargo y no en cargos separados, pese a que se trataba de la misma causal aducida y al mismo

sustancial por cuanto desconoció la calidad de autores que tenían los acusados respecto de todas las conductas punibles para, en su lugar, absolverlos por tener la condición de determinadores, calidad por la cual no fueron acusados y tampoco condenados en primera instancia¹².

En efecto, la demandante plantea que el Tribunal a pesar de haber reconocido los supuestos fácticos y jurídicos de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, de manera equivocada sitúa la responsabilidad de los procesados dentro de la categoría dogmática de la determinación, lo cual condujo a absolverlos de los cargos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, cuando lo correcto era condenarlos a todos como coautores mediatos por aparatos organizados de poder en relación con todos los ilícitos por los que se les investigó y condenó. De esta manera, en su criterio, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 (Nuevo Código Penal) y dejó de aplicar los artículos 29, 31, 103 y 343 del mismo código y 331 a 336 del Código Penal del 80 (Decreto Ley 100 de 1980)¹³.

La casacionista advierte que, no obstante la confusión terminológica en la que habían incurrido tanto la Fiscalía como el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado, al designar indistintamente a los acusados como “autores”, “determinadores”, “coautores determinadores” y “coautores”, lo cierto era que fáctica y jurídicamente la imputación y declaración de responsabilidad

sentido de violación. Cfr. Concepto del Ministerio Público. Procurador Primero Delegado para la Casación Penal de 11 de octubre de 2006, folios: 5-8 y 17-23.

¹² La demanda de casación incoada por la Procuradora Judicial Penal II, Dra. Mónica Sánchez Medina, está estructurada con base en tres grandes cargos: en el primero, que aquí nos interesa para efectos de este trabajo, se refiere a la violación directa de la ley sustancial. En el segundo, presenta 8 cargos al amparo de la causal primera de casación por violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de falso raciocinio. En el tercero, presenta cuatro cargos subsidiarios: dos por falso juicio de legalidad y dos por falso juicio de existencia. Los dos primeros, fueron prohijados en el Concepto emitido por el Señor Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, Dr. Francisco Javier Farfán Molina. El tercer cargo, fue rechazado porque no se demostró la trascendencia de la prueba omitida. Este concepto, sin duda, fue la base para la emisión de sentencia de amparo (7) de marzo de 2007, por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Además, es importante resaltar que esta misma Procuradora, en concepto precalificadorio presentado el 30 de mayo de 2001, había solicitado al Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito Especializados responsabilizar a los 10 encartados, como coautores impropios.

¹³ Artículos: 30: Partícipes; 29: Autores; 31: Concurso de delitos; 103: Homicidio; 343: Terrorismo, del Código Penal vigente y 331: Lesiones; 332: Incapacidad para trabajar o enfermedad; 333: Deformidad; 334: Perturbación funcional; 335: Perturbación psíquica; y, 336: Pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro, del Código derogado.

había recaído sobre todos los acusados y por todas las conductas punibles, “en su inequívoca condición de autores mediatos que utilizaron a otros como instrumentos o ejecutores fungibles de los atroces delitos”.

Agrega que así el Tribunal hiciera escarnio de la connotación jurídica que le asignaron la Fiscalía y el Juzgado de primera instancia a los procesados, de su providencia se deriva que también acepta los hechos o elementos condicionantes de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos de poder, pues –al calificar la conducta de los dirigentes del ELN como líderes de ese aparato de poder, que tenían entre sus consignas o acciones criminales la de atentar, de manera general, en contra de la infraestructura petrolera y energética de país– realizaron, como mandantes, el atentado en Machuca, valiéndose de sus operarios o miembros de inferior jerarquía, quienes fueron instrumentalizados y actuaron como piezas fungibles o intercambiables.

e) Coautores impropios. Finalmente, la sentencia de siete (7) de marzo de dos mil siete (2007), emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resuelve el Recurso de Casación interpuesto por la Procuradora 161, consideró que los diez miembros del ELN deben responder como coautores impropios, a pesar de que acogió los planteamientos de aquella y el concepto del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, quienes, al emitir sus respectivos conceptos, solicitaron que la responsabilidad de los integrantes del ELN vinculados al proceso se hiciera en calidad de autores mediatos en virtud de aparatos organizados de poder.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dice: “Como lo resalta el Procurador Delegado para la Casación Penal, la demandante postuló y demostró adecuadamente dicho cargo, pues el entendimiento inadecuado de los preceptos que tratan de la autoría en el comportamiento ilícito, desvió la atención del juzgador de segunda instancia, quien se esforzó por desvirtuar que los integrantes del Comando Central (COCE) del ELN eran *determinadores* de los delitos de terrorismo, homicidio y lesiones personales; y por ende, concluyó en la absolución; cuando la acusación y la sentencia de primera instancia en forma diáfana aluden a la *coautoría*”.

Para dicho organismo, pues, no se puede responsabilizar a los procesados como autores mediatos bajo la estructura de los aparatos organizados de poder, porque la coautoría predicable es simplemente la impropia, por división de trabajo en la empresa criminal común, perteneciente por igual a los subversivos que dinamitaron de propia mano el oleoducto como a los cuadros de mando del Ejército de Liberación Nacional y de sus frentes de combate. En efecto, se dice: “Se estima preciso aclarar que en este caso no existe *autoría mediata*, ni hay ‘*sujeto de atrás*’, como parece sugerirlo la libelista,

porque los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron meros instrumentos del Comando Central del ELN, sino que a su vez, ellos –los que acudieron a perpetrar materialmente la detonación– desarrollaron el rol que les correspondía en su propio delito, por su voluntad consciente dirigida con conocimiento e inteligencia al logro de los fines compatibles con su propia ideología; lo hicieron por convicción política propia, sin ser ‘utilizados’, sin ser instrumentalizados y sin engaños [...]”.

Y, más adelante, a folio 51 indica, en contradicción con la prueba valorada por la misma Corte, que “[...] Tampoco se ha demostrado que los integrantes del Comando Central del ELN o los Jefes de sus grupos o cuadrillas, hubiesen coaccionado a los subversivos rasos sin posición de mando a cometer atentados so pena de sanciones disciplinarias; y nada indica que los autores materiales hubiesen sido instigados o presionados o actuado sin autonomía, hipótesis en las cuales sería menester adentrarse en el estudio atinente a la posible *determinación*; y si ésta llegare a desvirtuarse, entonces sí pasaría a explorarse la incidencia de las estructuras organizadas de poder”¹⁴.

Así las cosas, dicha corporación decide aplicar –sorpresivamente– la tesis de la coautoría impropia, a pesar de aceptar que los responsables de la tragedia de Machuca pertenecen a una organización criminal al margen de la ley, con jerarquías preestablecidas¹⁵, en la que sus comandantes representan y son voceros de sus acciones subversivas con posibilidades de sancionar internamente a los ejecutores materiales por haber incurrido en graves errores, con una política clara de interrumpir temporalmente y por la vía de los hechos la exploración del crudo que fluye de Caño Limón a Estados Unidos.

¹⁴ Cfr. Folio 51. Allí, la misma Corte verifica los hechos mediante los medios de prueba y dice: “1.4. La Policía Nacional aportó un comunicado a la opinión pública, emitido por NICOLAS RODRÍGUEZ BAUTISTA (alias Gabino), en nombre del Comando Central del Ejército de Liberación Nacional, donde afirma que integrantes de la Compañía “Cimarrón” dinamitaron el “oleoducto Colombia” el 18 de octubre [...] y 1.5 “NICOLAS RODRÍGUEZ BAUTISTA (alias Gabino), concedió una entrevista transmitida por televisión el 11 de noviembre de 1998, en el programa “Noticias en Vivo 9:30”, en la cual ratificó el anterior comunicado, y calificó como ‘un error grave’ las consecuencias ocasionadas a la población con el derrame del combustible, por lo que presentó disculpas y *anunció una investigación contra los subversivos que materializaron el hecho [...]*” (Cursivas por fuera de texto).

¹⁵ En el proceso existían informes de la Central de Inteligencia Militar del Ejército Nacional y de otros organismos de seguridad del Estado, en los que “*enlistaban a los miembros del Comando Central del ELN, así como su jerarquía dentro de la organización*; y referían que la Compañía ‘Cimarrón’ era el brazo armado del Frente ‘José Antonio Galán’ de ese grupo armado ilegal, que hacía presencia en el Nordeste antioqueño, incluyendo el corregimiento de la Fagua” (Cursivas por fuera de texto. Cfr. C.S.J. Sentencia de 07 de marzo de 2007, folio 52).

Por ello, luego de seguir juiciosamente los planteamientos de los Procuradores –para quienes, recuérdese, en este caso se trataba de una autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder–, afirma súbitamente y sin medio de prueba alguno que le permita sustentar su aseveración, que no existió orden o mandato de los superiores jerárquicos sino, simplemente, una pluralidad de personas que –por voluntad propia– compartieron conscientemente los fines ilícitos propuestos, que estaban de acuerdo con los medios delictivos para lograrlo, que todos cooperaron armónicamente para alcanzar los fines propuestos y realizaron la tarea que a cada uno le correspondía, dominando el hecho colectivo y gobernando su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les correspondía efectuar, con base en la división de trabajo planificada de antemano por todos y cada uno de los miembros del ELN.

III. Comentario

En punto a determinar la forma de responsabilidad penal por crímenes de subordinados, que debe corresponder a los dirigentes de la agrupación, debe decirse que en el Derecho colombiano esta es una discusión que resulta muy relevante; sin embargo, para algunos doctrinantes¹⁶ y operadores jurídicos –tal como se vio en la sentencia analizada– ello no reviste mayor trascendencia, pues tanto el autor, el coautor, el instigador y el autor mediato, se hacen acreedores a la misma pena.

En efecto: en primer lugar, para garantizar la prevención general como función de la pena, pues la sociedad reprochará en mayor medida a los autores y no a los partícipes de las conductas punibles; segundo, porque al reprochar socialmente a la organización delictiva y a las diversas formas de participación que en ella se presenten, se desestimula la delincuencia y el dirigente se torna visible ante la sociedad; tercero, porque las diferentes formas de responsabilidad se justifican en razón al principio de proporcionalidad y a la función de retribución justa que significa reconocer el principio de accesoriedad, porque no es posible reprocharle a una persona su calidad de partícipe bien como instigador, determinador, cómplice o interviniente, sin haber reconocido previamente la identidad del autor; y, en cuarto lugar, porque en aras de garantizar el derecho a la verdad, sólo es posible establecer las cadenas de mando bajo las cuales opera una organización delictiva, su estructura y su funcionamiento si se sabe quiénes conforman la cúpula, los mandos medios y los miembros rasos de esos aparatos o grupos organizados al margen de la ley. Además, de contera, se garantiza el derecho a la no repetición y se podrá aplicar a los miembros rasos, muy seguramente, el principio de oportunidad condicionado, siempre y cuando sus conductas delictivas no estén dentro del marco de los delitos de lesa humanidad o contra el DIH y colaboren, efectivamente, en el desmantelamiento de dichos grupos.

¹⁶ Cfr. Velásquez, Fernando, *Derecho Penal*, 1ª.edición., 1994, p. 624. Claro que dicho Profesor, al explicar el alcance del artículo 23 del Código Penal de 1980, concluye que “tanto realizan conducta típica el *autor mediato* y el *coautor*, a su turno, la segunda parte del texto, que cobija quien ‘determine a otro’ a ejecutar el hecho se refiere a la *instigación* como forma de participación, incluida por el legislador en dicha parte, buscando equiparar su punición con la del autor, no porque desde el aspecto fenomenológico sean iguales”. Cfr., el concepto intitulado “La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder. A propósito de los crímenes realizados por las estructuras criminales de los paramilitares en Colombia” que, por encargo del Proyecto ProFis-GTZ, rindió dicho expositor en mayo de 2008.

Igualmente, esa distinción entre autores y partícipes sirve para estar acordes con la legislación internacional y, en concreto, con el artículo 28 del Estatuto de Roma¹⁷, de donde se deduce la figura del autor tras el autor, en la que los jefes militares responden por los delitos cometidos por sus subalternos por no haber ejercido un control apropiado y efectivo o cuando –por negligencia u omisión– no se adopten las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir y reprimir esos delitos, siempre y cuando esos crímenes guarden relación con las actividades y el control que de ellos tuvieran.

Ahora bien, tal y como lo pudimos establecer mediante el examen de la sentencia analizada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y los doctrinantes nacionales, al ocuparse de los Códigos Penales derogado y vigente, señalan diversos criterios para definir las figuras de la autoría mediata, la determinación, la coautoría impropia y la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder.

¹⁷ “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:

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” (Subrayados por fuera del texto).*

1. LA LEGISLACIÓN DEROGADA

En efecto, en la legislación derogada (Decreto Ley 100 de 1980) y, en especial en sus artículos 23 y 24, anteriormente transcritos, no se puede establecer con certeza a qué título respondían los dirigentes de una organización criminal respecto a las conductas punibles cometidas por sus subalternos. En efecto, el artículo 23 del CP no contemplaba expresamente la figura de la autoría mediata, y el artículo 24 sólo hablaba de los cómplices como partícipes, sin incluir a los determinadores, porque ya los había colocado en el artículo 23 para darles la misma pena que a los autores. Sin embargo, esto no significa –en manera alguna– que la doctrina y la jurisprudencia no se hayan pronunciado sobre el tema, pues se tomó partido por las tesis anteriormente expuestas como se muestra en seguida.

a) *La tesis de la coautoría impropia.* Parte de la doctrina colombiana se inclinó por decir que la coautoría, como conducta realizada por una pluralidad de personas, podía ser propia o impropia¹⁸; simple o compleja¹⁹. Por ello, se decía que había coautoría propia cuando cada uno de los autores desarrollaba, integral y simultáneamente, la misma conducta típica que había sido previamente acordada; por el contrario, la coautoría impropia se presenta

¹⁸ Cfr. Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*. Undécima edición, editorial Temis, Bogotá, 1990, pp. 128 y ss. No hacen alusión a esta figura Luis Carlos Pérez, Cfr. *Derecho Penal Partes General y Especial*. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1981, pp. 329 y ss. y Federico Estrada Vélez, *Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición. Volumen II. *Teoría General del Delito y Punibilidad*; editorial Temis, Bogotá, 1989, pp. 137 y ss. y Augusto Ibáñez Guzmán, *Apuntes de Derecho Penal Parte General*. Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, pp. 247 y ss., señalan en general que coautor es quien realiza la conducta punible expresada en el verbo rector junto con otro u otros. Por su parte, el Profesor Fernando Velásquez no se refiere a dicha figura –la coautoría impropia– y considera que la verdadera coautoría es una forma de autoría que se presenta cuando varias personas, previa celebración de un acuerdo común (expreso o tácito), llevan a cabo una conducta punible de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Señala que esta figura contiene dos elementos, uno de índole subjetiva y otro, objetiva (Cfr. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tercera edición Corregida y Actualizada. Ed. Comlibros, Medellín, 2007, pp. 452-454).

¹⁹ Por su parte, el Profesor Antonio Vicente Arenas, consideraba que autores –de acuerdo con el artículo 23 del CP– eran los que realizaban el hecho punible, pero no era necesario que cooperaran con actos consumativos, sino que bastaba que intervinieran en actos ejecutivos; por esta razón, señalaba que esa coparticipación podía ser simple o compleja. Simple, cuando varias personas –por ejemplo– disparan contra otra para matarla o cuando todos prenden fuego al edificio que quieren incendiar. Compleja, cuando es preciso realizar actos de diversa naturaleza encaminados al mismo fin (Cfr. *Compendio de Derecho Penal*. Tercera edición, editorial Temis, Bogotá, 1982, pp. 45 y ss.).

cuando un mismo hecho típico había sido realizado comunitariamente, pero con división de trabajo, por varias personas que lo asumían como propio, aunque la intervención de cada una de ellas, tomada en forma separada, no se adecuara por sí misma al tipo penal.

Entre los expositores de la época, el Profesor Juan Fernández Carrasquilla consideraba que la forma más común del reparto de trabajo entre los coautores era quizás la que separa las funciones intelectuales de planeación, dirección y coordinación, de las funciones materiales de ejecución o realización inmediata (autores intelectuales y materiales). Pero también era posible que a unos correspondiera la fase preparatoria y a otros la ejecutiva del hecho punible y, todavía a otros más, la de aseguramiento del botín o la de procuración de la impunidad para el grupo. Según la distribución de las tareas, se podía distinguir –a veces– entre *coautoría propia*, en la que cada autor realiza acciones ejecutivas típicas y *coautoría impropia*, en la que no todos realizan actos ejecutivos ni consumativos²⁰.

Esta última forma correspondía a un reparto funcional del trabajo criminoso y requería de una cláusula legal y general de aplicación del tipo que en nuestro CP, que estaba contenida en la parte inicial del artículo 23 (es autor todo el que “realice el hecho punible”, lo que de modo alguno indica que sólo es autor el que realice el hecho en forma total, directa o exclusiva). Esta dificultad, obvio es decirlo, no se ofrecía en la coautoría propia porque en ésta cada autor realiza, por sí mismo, actos consumativos o, en todo caso, de la fase ejecutiva del injusto típico²¹.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, consideró que si se lograba determinar algún aporte material del procesado en la ejecución de la conducta criminal, se excluía de inmediato su responsabilidad como determinador y se le debía condenar como coautor; incluso, si concurría error en el término utilizado para precisar el grado de participación, esto no entrañaba materialmente irregularidad alguna, pues de todos modos el acusado había conocido enteramente y se había defendido de los cargos por los cuales había sido condenado, “siendo entonces el referido yerro conceptual

²⁰ Esta explicación se asemeja, en gran medida, a la tesis expuesta por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia No. 23825 del siete de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz, caso Machuca.

²¹ Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*. Segunda edición, volumen II. *Teoría General del Delito y Punibilidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1981, p. 407.

un aspecto meramente nominal que en nada incidía en el derecho de defensa de dicho procesado”²².

De los planteamientos anteriores se puede concluir, entonces, que a pesar de que el artículo 23 del C.P. de 1980 no previera expresamente la figura de la coautoría, como lo hace el actual inciso segundo del artículo 29, ello no permitía afirmar que ésta se pueda dividir en propia o impropia. La coautoría es una sola.

Así las cosas, para poder responsabilizar a una persona como coautor se requiere, como lo dice el profesor Velásquez²³, la presencia tanto del elemento objetivo (aporte esencial al hecho con “dominio funcional del hecho” en la fase ejecutiva) como del subjetivo (acuerdo, decisión o resolución delictiva común). La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha evitado la demostración de estos dos requisitos y por esta razón acepta, sin más, que no importa la calificación que se haga de la responsabilidad del autor en la resolución acusatoria porque, de todas maneras, si se demuestra algún aporte sin que necesariamente sea esencial, aunque no se pruebe un acuerdo previo, se castiga como coautor impropio.

b) La tesis de la inducción o determinación. En razón a que en el artículo 23 del Código Penal se decía que autor “es el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo”, se llegó a considerar, como lo vimos en la sentencia aquí analizada, que el determinador era un verdadero autor y no un partícipe.

En cambio, para otros, por ejemplo para Reyes Echandía, el “*Determinador* –también llamado *provocador*, *instigador*, o *autor intelectual*– es la persona que induce a otro a que realice un hecho punible; es esta una forma de coparticipación que requiere la presencia de dos sujetos, a saber: el *determinador*, que gesta la idea criminosa y la transmite, o fortalece la que apenas nacía en mente ajena, y el *ejecutor material* que la convierte en comportamiento típico; este es único y verdadero autor; aquél es el ideador u orientador del hecho punible”²⁴. Es más, tan destacado catedrático cita y se adhiere a la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así: “Determinador –expresó

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de quince (15) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999). M.P. Edgar Lombana Trujillo.

²³ Cfr. cita No. 17 de este escrito.

²⁴ Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, undécima edición, editorial Temis, Bogotá, 1990, p. 132.

la Corte— es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otro realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal”²⁵.

Incluso, añade el autor: “La diferencia fundamental entre esta figura y la del autor mediato radica en que el ejecutor instrumental de la conducta de éste no está en condiciones de decidir, pues su papel le ha sido impuesto y asignado sin que sea consciente de su verdadera significación, mientras que entre el determinador y el ejecutor material se establece una comunicación que le permite a éste —aún en situaciones precarias— decidir por propia voluntad si ejecuta o no el hecho punible gestado por aquél; de tal manera que si decide realizarlo la determinación final es suya y por eso le pertenece como autor”²⁶.

En el mismo sentido, el Profesor Antonio Vicente Arenas equiparaba la figura del determinador a la del “autor intelectual” y los diferenciaba del autor mediato, en tanto aquellos determinan a otro a cometer un delito, pero no tomándolo como instrumento ciego sino como sujeto consciente de lo que hace: “Las formas de determinación son todas aquellas en las que se resuelve, según la doctrina de Carrara, el concurso de voluntad sin concurso de acción. Unas veces la determinación a delinquir se hará por medio de proposición aceptada o de mandato remunerado o gratuito o por medio de abusos de poder o de incentivos de diversa índole, todo lo cual es accidental porque lo que predomina en la determinación es un concurso meramente intelectual”²⁷.

Afirmaba, además, que la determinación consiste en un impulso moral eficiente al delito, vale decir, a una acción humana típica, antijurídica y culpable. Por reunir estas características, la comisión del delito acarrea la misma sanción tanto para quien lo realizaba (autor material) como para quien determinaba su realización (autor intelectual). Si el determinado (o instigado en su caso) instigaba una acción típica y antijurídica pero no culpable, como por ejemplo cuando el ejecutor material es un demente, no puede hablarse de verdadera determinación. En tal hipótesis, el presunto autor intelectual es autor mediato y el supuesto determinado un

²⁵ Corte Suprema de Justicia, auto de diciembre 1° de 1983, en *Jurisprudencia Penal 1983*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, citado por Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., p. 132.

²⁶ *Ibidem*, p. 132.

²⁷ Arenas, Antonio Vicente, *Compendio de Derecho Penal*. Tercera edición; editorial Temis, Bogotá, 1982., p. 48.

instrumento, movido por voluntad extraña, del cual se sirve la persona que delinque²⁸.

Por su parte, el profesor Luis Carlos Pérez afirmó: “Quien determina a otro para que realice un hecho punible (que ha de ser precisamente escogido), no es autor, aunque caprichosamente se le agregue el calificativo de “intelectual”, guiándose por una significación corriente de la palabra antes que por un criterio jurídico. No es coautor a pesar de la concurrencia de otro u otros agentes en la empresa. Tampoco es cómplice, según la descripción del art. 24. Es simplemente eso: *determinador*, título que algunas legislaciones foráneas traducen como “inducción necesaria”. Sin embargo, sin excepción alguna se ha cultivado en Colombia la idea de que el art. 23, en correspondencia exacta con el 19 del estatuto derogado, crea la categoría de “autor intelectual”, lo que es ostensiblemente inexacto”²⁹.

En el mismo sentido, Federico Estrada Vélez asevera que la participación criminal puede manifestarse de diversas maneras, pero principalmente puede hablarse de determinadores, instigadores y auxiliadores. El determinador, impropriamente llamado autor intelectual, es el que crea en la mente de otro sujeto la idea criminal, el propósito de ejecutar un hecho delictuoso, perfectamente estructurado, pero ni lógica, ni jurídicamente podría denominarse autor del delito³⁰.

Estos dos últimos autores diferencian, además, entre determinador e instigador, aduciendo que el primero crea la idea criminal, en tanto que el segundo sólo complementa la idea criminal ya iniciada³¹.

Otra postura importante es la asumida por Fernández Carrasquilla, para quien “Autor intelectual no es, como creen algunos, el que determina a otro a cometer el delito, el que hace nacer en otro la resolución criminosa, que tal es el ‘instigador’, sino el que planea y dirige la ejecución pluripersonal de un determinado delito, sin tomar parte en su ejecución material generalmente. Es el ‘cerebro’ de una operación criminosa, el ‘jefe’ de planes, instrucciones y repartos de trabajo (incluso del botín, pues el autor intelectual actúa como

²⁸ Ibídem, p. 49.

²⁹ Pérez, Luis Carlos, *Derecho Penal. Partes General y Especial*, T. I, editorial Temis, Bogotá, 1981, p. 386.

³⁰ Cfr. Estrada Vélez, Federico, *Derecho Penal. Parte General*, Segunda Edición, editorial Temis, Bogotá, 1986, Capítulo VII de “La participación Criminal”, pp. 138 y ss.

³¹ Cfr. Pérez, Luis Carlos, ob. cit., p. 386 y Estrada Vélez, Federico, ob. cit. p. 141.

‘patrono’ de la empresa), el coordinador de las diversas acciones, su integrador ideológico. Se distingue del autor mediato porque no se vale de coacción ni engaño y no emplea “instrumentos” (inculpables) sino “compañeros”, “socios” y “obreros”, y del instigador, porque no es necesariamente el que hace nacer la idea criminosa en los demás —si lo hiciera su calidad se absorbería en la de instigador— y en todo caso no se limita a un papel de iniciativa para los otros”³².

Como se recordará, en la sentencia de “Machuca”, el Tribunal Superior de Antioquia rechaza la autoría mediata y la coautoría por parte de los miembros del ELN y de su cúpula, pues en su criterio sólo podrían responder como determinadores, dado que a través de orden no vinculante y general, cual era la de golpear la infraestructura petrolera de la Nación, se dinamitó parte del oleoducto. Sin embargo, dicha conclusión es errada porque asimila como determinador al autor *longa manus* y señala que debe tener el dominio total del hecho, es decir, lo confunde con un autor. Y como si fuera poco, dice que como el determinador no puede responder por culpa, se absuelve a los procesados por los delitos de homicidio, lesiones y terrorismo³³.

c) *La tesis de la autoría mediata*. Durante la vigencia del Código Penal de 1980 la autoría mediata fue tratada en forma diversa. En unos eventos fue considerada como una clase de autoría y, en otros, como una forma de determinación, puesto que la definición de autor consagrada en el artículo 23 no contemplaba de manera expresa esta figura³⁴.

Estas dos posiciones tenían en común que el autor mediato utilizaba a otro como ejecutor instrumental, que nunca respondía penalmente, a pesar de haber sido el ejecutor material de la conducta punible, por haber actuado erróneamente, por ignorancia, coacción insuperable, porque era inimputable, porque sobre él se había ejercido *vis absoluta*, *vis compulsiva*

³² Cfr. Fernández Carrasquilla, Juan, ob. cit., p. 395.

³³ Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de diecinueve (19) de noviembre de 2004, pp. 23-27.

³⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de diciembre dieciséis (16) de mil novecientos noventa y siete (1997). M.P. Ricardo Calvete. Salvamento de Voto del Dr. Carlos Mejía. Por su parte, Fernández Carrasquilla clasifica a los copartícipes del hecho punible en tres categorías: autores, partícipes e instigadores. Los dos primeros realizan el hecho; los últimos, lo determinan. Ubica la autoría mediata dentro de la tercera categoría (Cfr. *Derecho Penal Fundamental*, Segunda Edición, volumen II: *Teoría General del Delito y Punibilidad*, editorial Temis, Bogotá, 1989, pp. 394 y ss.).

o violencia psíquica o porque había actuado en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. Además, se consideraba que la construcción de la autoría mediata sólo era admisible en los puros delitos de resultado y de ninguna manera en los especiales y de propia mano. Autor mediato se consideraba, entonces, a la persona que no realizaba la infracción por su propia mano sino que se valía de otra persona (*longa manus*) como simple instrumento para su ejecución, que no tenía el dominio del hecho y que por lo tanto su conducta estaba justificada o era inculpable³⁵.

Uno de los doctrinantes colombianos que abordó expresamente la problemática de la autoría mediata en aparatos organizados de poder fue el profesor Fernando Velásquez; sin embargo, entendía que esa figura no podía empotrarse como una especie de autoría mediata para, en su lugar, plantear la tesis de la coautoría como forma general de abordar el asunto, siempre y cuando se encontraran satisfechos los requisitos de la división de trabajo y el codominio del hecho³⁶.

En la legislación vigente (Ley 599 de 2000) y en especial con la nueva redacción dada a los artículos 29 y 30 del Código Penal, se pensaría que no existe problema alguno para determinar el grado de participación de los procesados como dirigentes de una organización por la conducta de sus subalternos. Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido dar una respuesta uniforme al tema que nos interesa; así lo muestra la exposición siguiente.

2. LA LEGISLACIÓN VIGENTE

A la luz de la codificación actual se han sostenido, básicamente, las siguientes posturas:

a) *La tesis de la coautoría impropia.* La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha debatido el tema para llegar a la conclusión unánime de que en estos casos se trata de un evento de “coautoría impropia” y no de una autoría mediata con aparato organizado de poder.

³⁵ Cfr. Reyes Echandía, ob. cit., p. 131; Arenas, Antonio Vicente, ob. cit., pp. 45 y ss. Estrada Vélez, ob. cit., p. 141.

³⁶ Cfr. Velásquez, Fernando, ob. cit., p. 6.

En efecto, en las sentencias proferidas en los casos de Yamid Amat³⁷, La Gabarra³⁸ y, en especial, el de Machuca, aquí estudiado³⁹, se predica la coautoría impropia y se rechaza la autoría mediata en aparatos organizados de poder porque, aunque no todos los participantes hayan concurrido por sí mismos en la realización material de los delitos específicos, está presente en los autores materiales una *voluntad propia que concurre a la misma causa, se comparten los fines ilícitos*, hay acuerdo en relación con los *medios delictivos* y *todos dominan el hecho* colectivo en la medida justa del trabajo que les corresponde efectuar, dividido previamente. Se descarta, pues, la determinación porque se considera que los directivos de la organización no hicieron nacer la idea criminal en los milicianos rasos y tampoco dominaban su voluntad; por el contrario, se insiste en que había acuerdo previo y voluntad propia de los autores materiales.

Además, en los casos de Yamid Amat, la Gabarra y Machuca, la Sala de Casación Penal de la Corte llega a la conclusión de que no se trata de un evento de autoría mediata por aparatos organizados de poder, porque en estos casos no se configura una estructura vertical de “arriba abajo” en cuya virtud en la cúspide está el superior y, en la base, el ejecutor, sino que estos grupos

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 25974, de ocho (8) de agosto de dos mil siete (2007). M.P. María del Rosario González de Lemos. En este caso se dijo: “[...] la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división del trabajo, y no, de autores mediatos como lo postula el Profesor Roxin [...]”

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 24448 de septiembre doce (12) de dos mil siete (2007). M.P. Augusto Ibáñez Guzmán. En el caso de la Gabarra, la Sala también tomó partido por la coautoría impropia para responsabilizar a los miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) junto con un teniente del Ejército Nacional por los hechos punibles de homicidio agravado y concierto para delinquir. Se arguyó que el teniente del Ejército Nacional era coautor impropio por omisión, porque su acuerdo con los miembros del grupo armado ilegal consistió en un “dejar hacer, dejar pasar”, en hacer “oídos sordos” a su ineludible deber de combatir al grupo irregular que dejaba rastros de sangre a su paso y de negarse a proteger a la población civil, respecto de cuyas vidas tenía posición de garante, con el argumento de que “el que la debe, que la pague”. Se destaca que en este género de manifestaciones del crimen organizado se gesta un conocimiento y una voluntad común, que existen ideologías compartidas, voluntades concurrentes e intervenciones con aportes concretos según la división preacordada del trabajo criminal entre el teniente y los miembros de las AUC, para afirmar que todos son *coautores* globalmente de la conducta delictiva realizada y, por ende, responsables por sus consecuencias.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 23825, de siete (7) de marzo de dos mil siete (2007). M.P. Javier Zapata Ortiz. En síntesis, expone la Corte: “[...] la jurisprudencia de la Sala considera que quienes imparten las órdenes dentro de tales organizaciones tienen la condición de coautores materiales impropios por división del trabajo, y no, de autores mediatos como lo postula el Profesor Roxin [...]”

criminales se organizan horizontalmente, “cara a cara”, con tareas similares, simultáneas, previamente acordadas y con dominio del hecho por parte de todos sus miembros.

b) La tesis de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Algunos funcionarios de la Fiscalía General⁴⁰, de la Procuraduría General de la Nación⁴¹ y doctrinantes⁴², consideran que a partir del artículo 29 del Código Penal se puede aceptar la figura de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, pues –en esa disposición– se dice que es autor quien realice la conducta punible [...] “utilizando a otro como instrumento”. Además, agregan que en algunos casos ese instrumento no necesariamente queda impune sino que nada impide que responda penalmente de acuerdo con su aporte al hecho.

Así las cosas, con este punto de partida, la tesis de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, elaborada por el Profesor Claus Roxin para satisfacer los problemas que presenta la imputación de responsabilidad penal a los jefes de la criminalidad organizada, por trazar políticas generales de actuación, por señalar víctimas, por decidir el *modus operandi*, o por pertenecer a la cúpula de la organización, se podría aplicar en Colombia, pues en la mayoría de los casos el jefe emite la orden criminal con la seguridad de que cualquier miembro conocido o desconocido de la estructura jerárquica la cumplirá.

La posibilidad de aplicar esta tesis al caso concreto deviene no sólo de los fundamentos teóricos expuestos por la doctrina nacional y extranjera, hoy en día mayoritaria, sino porque adicionalmente ella encuentra soporte

⁴⁰ La Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación, ha reconocido –en dos procesos radicados bajo los números 1556 de trece (13) de mayo de dos mil cinco (2005) (p. 24) y No. 2000 en resolución de tres (3) de octubre de dos mil cinco (2005) (pp.136 y ss.)– la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder. Cfr. Aponte Cardona, Alejandro, en: *Jurisprudencia Latinoamericana*, pp. 200-2001, notas 37 y 38.

⁴¹ Demanda de Casación presentada por la Procuradora Judicial 161 Judicial II, Dra. Mónica Sánchez Medina, de 28 de abril de 2005; y Concepto emitido por el Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, de once de octubre de 2006, Dr. Francisco Javier Farfán Molina.

⁴² Márquez Cárdenas, Álvaro E., *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002; Reyes Cuartas, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en: DPC núm. 75, 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.; Aramburo Calle, Maximiliano Alberto, “La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes”, en: NFP núm. 68, Medellín, Universidad Eafit, 2005.

legal en los artículos 23 del Código Penal de 1980 y 9 y 29 de la Ley 599 de 2000. En efecto, casos como el de Machuca no es posible resolverlos con la sola interpretación de las disposiciones de la ley que han establecido tradicionalmente determinadas categorías dogmáticas, sino que se debe acudir a los valores y principios del Derecho Penal Constitucional e Internacional que establecen, como postulado general, que mientras más intenso sea el daño social, mayor es el deber del Estado de investigar y sancionar a los responsables con el fin de evitar la impunidad, naturalmente sin violar el principio al debido proceso⁴³.

Por esta razón, la jurisprudencia tiene la misión de actualizarse permanentemente con el fin de adoptar y adaptar a nuestra realidad las nuevas teorías que, como la de los aparatos organizados de poder, atacan la macrocriminalidad de los grupos armados organizados al margen de la ley. Las imprecisiones terminológicas en las que suelen incurrir los operadores jurídicos, al llamar indistintamente a los procesados como “autores”, “determinadores”, “coautores determinadores” y “coautores” y, nosotros agregamos, “coautores impropios”, obedecen simplemente a la forma antitécnica como estaba redactado el artículo 23 del Decreto-Ley 100 de 1980. Por ello, lo verdaderamente importante es que, tanto fáctica como jurídicamente, la imputación y la declaración de responsabilidad recaigan sobre todos los acusados por su inequívoca condición de autores mediatos que utilizaron a otros como instrumentos o ejecutores fungibles de los delitos que cometan.

3. TOMA DE POSICIÓN

Nuestra postura frente al tema fue planteada ya en concepto presentado al señor Fiscal General de la Nación, el día 10 de junio de 2008, cuyos términos se resumen a continuación:

a) De acuerdo con lo expuesto, la responsabilidad penal del dirigente de un grupo organizado al margen de la ley por la actividad de sus subalternos puede ser examinada bajo cuatro perspectivas, a saber: en primer lugar, a partir de las categorías tradicionales en materia de imputación, en las que sólo es autor quien realiza directamente la conducta punible; en segundo lugar, a la luz de la figura de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder;

⁴³ Cfr. Farfán Molina, Francisco, Concepto emitido como Procurador Primero Delegado para la Casación Penal en el Caso de Machuca, ya citado, en especial pp. 47-50.

en tercer lugar, la coautoría; y en cuarto lugar, desde una perspectiva nueva, construcción que algunos han dado en llamar la figura del autor tras el autor.

b) De las cuatro alternativas hay que descartar la primera porque los nuevos contenidos axiológicos imponen la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico como un sistema armónico y en evolución, en el que se debe acudir a valores y principios del Derecho Penal Constitucional y Derecho Penal Internacional al momento de aplicar la ley al caso concreto. De esta manera, rechazamos las teorías extensivas de autor que apoyan incluso una responsabilidad *in solidum* de todos y cada uno de los participantes en la conducta punible, cualquiera sea su intervención⁴⁴.

c) Consideramos, en todo caso, que no es posible generalizar o realizar elucubraciones categóricas en el sentido de brindar un criterio único para solucionar los casos en los cuales se presentan cadenas de mando en la comisión de conductas punibles. Por lo tanto, el operador jurídico deberá verificar los requisitos que exija cada uno de los conceptos dogmáticos de autoría y participación en el caso concreto que se encuentre bajo su examen.

d) Debe decirse que la concepción de la autoría mediata, como se ha entendido tradicionalmente, es decir, solamente aplicada a los eventos en que una persona utilizaba a otra como instrumento no responsable penalmente por haber actuado: sin dolo, atípicamente, coaccionado, por abuso de su inimputabilidad, inducido en error o aprovechándose de su error, por orden jerárquica u obligatoria o con violencia síquica, conlleva a una aplicación restrictiva de la teoría pues, conforme a la legislación vigente, podemos apreciar que los autores mediatos actúan con frecuencia a través de aparatos organizados de poder al margen de la ley, que no tienen una construcción uniforme y que no funcionan de la misma manera.

e) De conformidad con los argumentos expresados en la primera parte de este escrito, podemos inferir que la responsabilidad del jefe en un aparato organizado de poder por la conducta de sus subalternos puede tratarse a la luz de la teoría del Profesor Claus Roxin, vale decir, aplicando la teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder con instrumento fungible, con base en el artículo 23 del Código Penal de 1980, pues si bien es cierto que este artículo no define expresamente la calidad de autor mediato, de

⁴⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de mayo de 1991, Proceso No. 4392, M.P. Gustavo Gómez Velásquez. Caso de la Campanera Piedad Burbano Paz a la que se le responsabilizó como coautora cuando su actividad se concretó únicamente a alertar a los demás participantes.

su lectura se puede inferir, como se demostró con la doctrina citada, que hace una interpretación extensiva y acorde con la literatura internacional. Desafortunadamente nuestros operadores jurídicos no fueron acertados en el manejo dogmático del término, pues indistintamente llamaron a los acusados: autores, autores intelectuales, determinadores, codeterminadores, coautores, coautores determinadores, cuando lo cierto era que su condición correspondía con los elementos de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder que utilizaron a otros como instrumentos o ejecutores fungibles de delitos atroces.

f) En relación con los fundamentos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Machuca”, no compartimos la decisión por cuanto consideramos que la coautoría es una sola. Que la clasificación de coautoría propia e impropia es técnica y dogmáticamente incorrecta porque, so pretexto de responsabilizar a todos los participantes de una conducta delictiva para evitar la “impunidad”, se da aplicación a un concepto extensivo de autor sin que se presenten los verdaderos elementos objetivo y subjetivo de la coautoría. En contra de esta teoría también podemos argüir que –en casos como el de “Machuca”– no existe una decisión conjunta de realizar el hecho entre el superior jerárquico y el inferior o ejecutor material. Tampoco hay una relación horizontal, pues de autos está plenamente demostrado que el grupo armado al margen de la ley –ELN– se basa en una estructura vertical, extraña por completo a la coautoría. Igualmente, y tal como fue acreditado probatoriamente, el dominio del hecho no estaba en cabeza de todos los participantes en el hecho, sino que sólo lo tenían los miembros de la cúpula del ELN.

g) Con base en la Ley 599 de 2000, la responsabilidad de las estructuras paramilitares o guerrilleras colombianas obliga a una nueva interpretación del concepto de autor contenido en su artículo 29, para dar paso a la adopción de la figura de la autoría mediata con instrumento responsable, es decir, lo que la doctrina⁴⁵ ha denominado “autor tras el autor”. Por eso, reiteramos, este artículo permite aplicar la autoría mediata con instrumento responsable; para tal efecto, sólo requiere una nueva interpretación⁴⁶ ampliada conforme a las características de la delincuencia organizada actual, en la que se encuentran, entre otras, las estructuras de los grupos armados organizados al margen de la ley en Colombia.

⁴⁵ Recuérdese la postura de Bolea Bardón, *Autoría mediata*, p. 374.

⁴⁶ Recuérdese la postura de Reyes Cuartas, *La autoría mediata*, p. 154, nota 86.

En este sentido, coincidimos con el sector de la doctrina⁴⁷ que defiende la tesis en cuya virtud el instrumento no se encuentra *per se* excluido de responsabilidad y, por tanto, hay lugar a observar –según el caso concreto y las particularidades de la organización de que se trate– cualquiera de las formas de responsabilidad citadas, aclarando que en los casos en que se trate de aparatos organizados de poder, en el sentido aquí definido, y cuando no se constate que el autor inmediato –instrumento– actuó bajo error o coacción, habría lugar a aplicar la autoría mediata en la forma del “autor tras el autor”, es decir, imputando responsabilidad tanto al instrumento (quien tiene el dominio directo del hecho) como a quienes en virtud de la cadena de mando sean autores y coautores mediatos de los hechos punibles investigados, aplicando la correspondiente dosificación punitiva conforme a los principios de accesoria, proporcionalidad, retribución justa y prevención general y especial.

⁴⁷ Cfr. Reyes Cuartas, *La autoría mediata*, p. 154.

Bibliografía

A. Libros y artículos

- Aboso, Gustavo Eduardo, “Autoría mediata a través de un aparato organizado de poder”, en: *Modernas Tendencias de Dogmática Penal y Política Criminal. Libro Homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*, Lima, IDEMSA, 2007, pp. 79 y ss.
- Aldunate Esquivel, Enrique Eduardo, “El autor detrás del autor. Reflexiones sobre el Dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”, en: www.iuspenalismo.com.ar/doctrina/aldunate.htm
- Ambos, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- , *La Parte general del Derecho Penal Internacional*, trad. de Ezequiel Malarino, Uruguay, Mastergraf, 2005.
- , “Dominio por organización. Estado de la discusión”, en: Dpcon N° 19, Bogotá, Legis, 2007, pp. 5 y ss.
- , “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate. Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze”, en: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, N° 5, Mayo de 1998, Heidelberg, R. v. Decker, 1998, pp. 226 y ss.
- Ambos, Kai / Grammer, Christoph, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en: Revista Penal núm. 12; s/l, La Ley, 2003, pp. 27 y ss.; también, en RDPC N° 77, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 103 y ss.
- Aramburo Calle, Maximiliano Alberto, “La delincuencia en la empresa: problemas de autoría y participación en delitos comunes”, en: NFP núm. 68, Medellín, Universidad Eafit, 2005, pp. 93 y ss.
- Arenas, Antonio Vicente, *Compendio de Derecho Penal*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1982.

- Bolea Bardón, Carolina, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “El Derecho Penal ante la criminalidad organizada: nuevos retos y límites”, en: F. Gutiérrez-Alviz Conradi, M. Valcárcel López (Dirs.), *La cooperación internacional frente a la criminalidad organizada*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, pp. 85-123. También, en: http://www.ivac.ehu.es/p090-12133/es/contenidos/informacion/ivcke_i_jose_luis_delacuesta/es_joseluis/adjuntos/07UIMPSevilla_JLCuesta.pdf
- Donna, Edgardo Alberto, “El concepto de Autoría y la Teoría de los aparatos de poder de Roxin”, en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 533 y ss.
- Estrada Vélez, Federico, *Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, 1986.
- Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, segunda edición, volumen II: *Teoría General del Delito y Punibilidad*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, Facultad de Derecho, 1966.
- Ibáñez Guzmán, Augusto, *Apuntes de Derecho Penal. Parte General*, segunda edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- Jescheck, Hans Heinrich / Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte general*, 5ª ed., Granada, Comares, 2002.
- Márquez Cárdenas, Álvaro E., *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- , “Fundamento dogmático de la coautoría frente a la teoría del dominio del hecho”, en: *Diálogos de saberes: investigaciones en Derecho y ciencias sociales*, N° 22, Bogotá, 2005, pp. 95-116.
- , “La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas”, en: *Diálogos de saberes: investigaciones en Derecho y ciencias sociales*, N° 23, Bogotá, 2005, pp. 19-34.

- Muñoz Conde, Francisco, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones (sic) «no desvinculadas del Derecho?»”, en *Problemas fundamentais de Direito Penal. Homenagem a Claus Roxin*, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2002, pp. 87 y ss.
- , “¿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?”, en: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 502 y ss.
- Pérez, Luis Carlos, *Derecho Penal. Partes General y Especial*, T. I; Editorial Temis, Bogotá, 1981.
- Rafecas, Daniel, “Autoría mediante aparatos organizados de poder”, en: http://www.catedrahendler.org/material_in.php?id=4
- Reyes Echandía, Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, undécima edición; Editorial Temis, Bogotá, 1990.
- Reyes Cuartas, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en: DPC núm. 75, 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.
- Roxin, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a ed., Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2000; el mismo: *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- , *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, T. II, München, C. H. Beck, 2003.
- Velásquez Velásquez, Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, tercera edición, Editorial Temis, Bogotá, 1997.
- , *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3^a edición corregida y actualizada, Medellín, Comlibros, 2007.

B. Decisiones judiciales y actuaciones judiciales

Corte Suprema de Justicia: Sala de Casación Penal: Sentencias de 12 de septiembre de 2007, Rad. No. 24448 (Caso la Gabarra); 8 de agosto de 2007, Rad. No. 25974 (Caso Yamid Amat); 7 de marzo de 200, Rad. No. 23825 (Caso la Gabarra); 16 de diciembre de 1997, M.P. Ricardo Calvete, con Salvamento de Voto del Dr. Carlos Mejía; de 21 de agosto de 2003, Rad. 19213. M.P. Álvaro Pérez; y de 15 de diciembre de 1999, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Tribunal Superior de Antioquia. Sala Penal de Decisión, Acta No. 105, Medellín, 19 de noviembre de 2004.

Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, Sentencia de 25 de mayo de 2004.

Concepto del Ministerio Público. Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, Dr. Francisco Javier Farfán Molina, de 11, de octubre de 2006.

Concepto precalificatorio de la Procuradora Judicial 161 Judicial II de la Dra. Mónica Sánchez Medina, presentado el 30 de mayo de 2001.

Demanda de Casación de la Procuradora Judicial 161 Judicial II, Dra. Mónica Sánchez Medina de 28 de abril de 2005.

Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación: Procesos radicados bajo los números 1556 de 13 de mayo de 2005 y No. 2000, Resolución de 3 de octubre de 2005.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Nomos Impresores,
el día cinco de febrero de 2009,
aniversario del nacimiento de Theodor Niemeyer
(n. 5, ii, 1857 y m. 23, x, 1939).

Labore et constantia.

El presente estudio fue realizado por encargo del proyecto “Apoyo a la Fiscalía General de la Nación en el Contexto de la Ley de Justicia y Paz –un ejemplo de justicia transicional– (ProFis)”, que ejecuta la Agencia de Cooperación Técnica Alemana (Gesellschaft für technische Zusammenarbeit –GTZ) por encargo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Federal de Alemania. La labor consistió en investigar y analizar las formas de imputación de crímenes de subordinados al dirigente en el Derecho Penal de países con legislación y casos similares a los colombianos. [...] La relevancia de la cuestión para el caso colombiano, pero también para otros casos de macrocriminalidad, es evidente, pues en estas situaciones los dirigentes o superiores son los más responsables, dada su influencia y dominio sobre la ejecución de los hechos.

Seleccionamos cinco países: Alemania, Argentina, Chile, España y Perú, por la similitud de su Derecho con el colombiano y la existencia de jurisprudencia sobre macrocriminalidad. El resultado de este ejercicio comparativo es inequívoco: si bien en todos los países analizados la forma dominante de cómo imputar crímenes de los subordinados al dirigente es la autoría mediata, sobre todo donde existe jurisprudencia al respecto (Alemania, Argentina, Chile, Perú), se encuentran también otras posiciones en la jurisprudencia y doctrina.