

LA COAUTORÍA MEDIATA: UNA COMBINACIÓN DOGMÁTICA SURGIDA DE LA COAUTORÍA Y DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Abraham MARTÍNEZ ALCÁÑIZ

Doctorando en Derecho penal. UNED

Resumen: La comisión de un crimen internacional suele tener un elemento común, la participación en los mismos de diversas personas en diversas fases del *iter* criminal. Muchos de los crímenes más atroces se idean y planean en un nivel determinado de una organización de poder, siendo ejecutados posteriormente por el nivel más inferior de dicha organización. En este contexto hemos de determinar la participación de cada responsable en el hecho punible, siendo de vital importancia formas de autoría tales como la coautoría y la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Actualmente ha surgido una nueva forma de autoría, la coautoría mediata, la cual constituye un nuevo avance dogmático de la ciencia penal en relación a las formas de autoría existentes, tanto en el derecho penal doméstico como en el penal internacional. Mediante la exposición de diversas hipótesis se efectúa un análisis de estas formas de autoría referidas.

Palabras Clave: crimen internacional, responsabilidad penal, autor, partícipe y aparato organizado y jerárquico.

Abstract: The international commission of a crime often has a common element, the participation in them of various people at various stages of criminal *iter*. Many of the most heinous crimes are devised and planned in a particular level of an organization of power, being then executed by the lowest level of the organization. In this context we must determine each manager's participation in the offense, being

vital forms of authorship such as authorship and ownership mediated through organized apparatus of power. These days there is a new form of authorship, authorship mediate, which is a new development dogmatic criminal science in relation to the existing forms of authorship, whether in criminal law in domestic and international criminal law. By exposing various scenarios there is an analysis of these forms of authorship referred

Introducción

La comisión de los distintos tipos de crímenes internacionales tiene un denominador común, el hecho de que normalmente intervienen en los mismos una pluralidad de personas (codelincuencia¹), lo que conlleva que se tenga que determinar el grado de participación de éstas en el hecho criminal². El contexto en el cual suelen tener lugar dichos crímenes internacionales es también similar en todos ellos, ya que es en el seno de conflictos armados internos o internacionales, o en situaciones de crisis interna grave que no llegan al umbral de un conflicto armado, cuando se producen tales crímenes. Es aquí cuando los derechos de los ciudadanos se encuentran más expuestos a los abusos del poder, en concreto, del gobierno de facto o de hecho que controla el territorio, o incluso de ciertos grupos paramilitares que dominan un territorio delimitado. Resulta muy habitual que los crímenes internacionales sean orquestados, planeados, instigados, preparados u ordenados por las cúpulas de poder del Estado o territorio en crisis/conflicto o por ciertas organizaciones criminales estructuradas jerárquicamente³, lo que conlleva de forma frecuente, que el acto ejecutivo del crimen sea cometido de forma exclusivamente individual por una sola persona o, en casos muy determinados, por varias, estando lejos del lugar del crimen los verdaderos precur-

¹ Cfr. E. CUELLO CALÓN. 1980, «*Derecho Penal. Parte General*», Tomo I, Vol. II, Barcelona: Bosch, pág. 663, quien considera que para la existencia de la codelincuencia es necesario que existan varias personas que quieran la ejecución de un mismo delito y que además realicen algún hecho encaminado a su producción; cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA. 1958, «*Principios de derecho penal. La ley y el delito*», Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pág. 495 y ss.

² Para un estudio más pormenorizado sobre la distinción entre autoría y participación, cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «*Autoría mediata en derecho penal*», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 42 a 74.

³ Cfr. F. MUÑOZ CONDE. 2000, «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del derecho?», en *Revista Penal*, n.º 6, pág. 109 y ss.

sores y autores indirectos del mismo. En esta situación es evidente que las herramientas clásicas del derecho penal, cuya finalidad suele ser la represión de crímenes individuales, son insuficientes para delimitar *correctamente* la intervención penal que han tenido las personas que desde el poder, han planeado la comisión de los crímenes internacionales, apoyándose, normalmente, en la estructura de los aparatos de poder que ellos mismos controlan y de los que se han servido para ejecutar sus planes⁴. Utilizamos el término de *correctamente*, ya que entiendo que dichas personas encumbradas en el poder son los autores principales, aunque no directos, del crimen internacional, al haber ideado los mecanismos oportunos para ejecutar tales actos, en base a un plan determinado, sin perjuicio de considerar también autor a quién lo ha cometido directamente. Estas personas del poder serán autores indirectos del hecho criminal, por lo que resulta imprescindible apoyarse en la figura jurídica de la autoría mediata o de la coautoría mediata, para delimitar *correctamente*, la intervención que han tenido en el crimen internacional llevado a cabo.

Asimismo, debe observarse que los crímenes internacionales tienen unas características propias que no suelen estar presentes en los delitos ordinarios. Como hemos indicado en el párrafo previo tales crímenes suelen tener lugar en un contexto determinado, en particular, conflictos armados, situaciones de pérdida de gobernabilidad de un territorio o casos en los que el propio Estado, abusando de su poder se aprovecha de las instituciones armadas del mismo para imponer ciertas políticas mediante el denominado *terrorismo de estado*. Los crímenes internacionales que se pueden cometer en dichas situaciones comprenden tanto unos elementos objetivos como subjetivos, los cuales deben ser agotados por el autor para que podamos hablar de la existencia de dicho crimen. Los elementos objetivos suelen comprender aspectos contextuales del crimen (existencia de un conflicto armado) y aspectos específicos del crimen en sí. De otra parte, los elementos subjetivos del crimen comprenderán tanto el aspecto general del mismo, es decir, la intención y conocimiento del acto que va a realizarse y, otros aspectos subjetivos específicos que pueden incluirse en el tipo, como el denominado *dolus specialis*, que conlleva una intención o voluntad específica para cometer el crimen. Así pues, es en este contexto en donde determinadas personas incurrirán en responsabilidad criminal, siempre y cuando concurren los elementos citados previamente⁵, siendo de vital importancia tanto la coautoría

⁴ *Ibidem*, pág. 104 y ss.

⁵ Cfr. H. OLÁSULO. 2009, «*The criminal responsibility of senior political and military leaders as principals to international crimes*», Oxford: Hart Publishing, pág. 70 y ss.

como la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para poder imputar dichos crímenes a los principales responsables, es decir, aquellos que los planearon desde el poder. La combinación de estas dos formas de autoría ha dado origen a la denominada co-autoría mediata, la cual puede rellenar las lagunas existentes en ambas figuras jurídicas en los casos en que sea de aplicación.

1. Autoría directa

1.1. Desde el punto de vista del derecho penal internacional

Esta forma de autoría del hecho criminal es la forma más clásica dentro del derecho penal, ya sea nacional o internacional. El derecho penal internacional reconoce de manera expresa la misma⁶, toda vez que en el art. 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (en adelante, TPIY), en el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR), en el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona (en adelante, SCSL) y en el art. 25.3.a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, ECPI) se reconoce dicha autoría directa, mediante la utilización de términos tales como «*haya cometido*», o «*cometa ese crimen por sí solo*», pudiéndose mantener que dicha regulación de la autoría directa se corresponde con el estándar del derecho internacional consuetudinario⁷. Siguiendo a AMBOS se puede afirmar que en derecho penal internacional debe seguirse, de igual forma que en los derechos domésticos, la teoría del dominio del hecho⁸, la cual ya ha sido reconocida por el TPIY⁹. Obsérvese que fue el citado

⁶ Cfr. R. CRYER, H. FRIMAN, D. ROBINSON y E. WILMSHURST. 2008, «*An introduction to International Criminal Law*», Cambridge: Cambridge University Press, pág. 302.

⁷ G. WERLE. 2005, «*Tratado de derecho penal internacional*», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 214, este autor se apoya en las primeras normas de derecho penal internacional (Carta de Londres de 1945 —TMIN—, Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente —TMILO— y Ley n.º 10 del Consejo del Control Aliado) para afirmar que la base de la autoría directa forma actualmente parte del derecho consuetudinario. Su posición me parece adecuada toda vez que las normas del TMIN y del TMILO cristalizaron en principios generales del derecho internacional, cfr. Resolución 95 (I) de 1946 de la Asamblea General de Naciones Unidas, las cuales forman parte del derecho consuetudinario.

⁸ KAI AMBOS. 2005, «*Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*», Traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo: Konrad Adenauer, pág. 175.

⁹ *Prosecutor v. Stakij*, judgment 31.07.03, IT-97-24-T, pára. 440 y ss.

TPIY el órgano judicial que utilizó por primera vez el término de «*direct commission*» para denominar la autoría directa en el derecho penal internacional¹⁰. El SCSL por su parte indicó en el caso *Sesay, Kallon y Gbao*, que el término «*committing a crime*» significa perpetrar físicamente o engendrar una omisión culpable en violación del derecho penal¹¹, la anterior definición trae causa del caso *Tadic* del TPIY¹². De la definición anterior se deduce que para dicho tribunal la autoría directa no consiste solamente en una actuar sino también en un no actuar doloso, pudiendo referirse a la denominada comisión por omisión. Resulta curioso cómo el TPIY y el SCSL introducen elementos de la culpabilidad, tales como el dolo, dentro del estudio de las formas de comisión del crimen. El SCSL llega a afirmar que «*the Chamber takes the view that the **mens rea** requirement for committing a crime is satisfied if the Prosecution proves that the Accused acted with intent to commit the crime, or with the awareness of the substantial likelihood that the crime would occur as a consequence of his conduct*»¹³. Como se expuso en apartados anteriores, dentro de los elementos subjetivos del tipo penal podemos encontrar uno general y otro específico. Los elementos generales están comprendidos en el art. 30 del ECPI para dicho órgano judicial, mientras que para los tribunales *ad hoc*, éstos deberán ser extraídos de la jurisprudencia de tales órganos, como por ejemplo, el TPIY ha concluido que la «*awareness of substantial likelihood*» (conciencia importante de probabilidad) es el elemento subjetivo general de la mayoría de los tipos penales de su jurisdicción. Desde mi punto de vista, el análisis de los elementos subjetivos debe efectuarse en el seno del estudio del tipo penal y no en las formas de comisión de éste, aunque es cierto que en ocasiones puede existir cierta coincidencia sobre los mismos. Un ejemplo lo podemos encontrar en la coautoría, que requiere la existencia de un plan común que sería un aspecto subjetivo de la forma de comisión, el cual podría concordar con el elemento subjetivo del tipo penal, en concreto, si el Estado Mayor de un ejército decide planear el bombardeo sistemático de ciudades indefensas dicho plan, siendo el acuerdo común requerido en la coautoría, coincidiría con el dolo específico del

¹⁰ *Prosecutor v. Tadic*, opinion and judgment 07.05.97, IT-94-1-T, pára. 666.

¹¹ *Prosecutor v. Sesay, Kallon y Gbao*, judgment 02.03.09, SCSL-04-15-T, pára. 249.

¹² Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, judgment appeals chamber 15.07.99, IT-94-1-A, pára. 188 en donde se define la autoría de un crimen como «*physical perpetration of a crime by the offender himself, or the culpable omission of an act that was mandated by a rule of criminal law*».

¹³ *Prosecutor v. Sesay, Kallon y Gbao*, judgment 02.03.09, SCSL-04-15-T, pára. 250.

crimen de dirigir intencionadamente ataques contra la población civil. En estos casos, es evidente que el plan común debe casar con el dolo específico requerido en el tipo penal para entender que existe coautoría, sin perjuicio de la existencia del resto de elementos de dicha figura jurídica penal, efectuándose el análisis de los elementos subjetivos tanto en el estudio del tipo penal como en la forma de comisión del mismo. En cuanto a las resoluciones emanadas de la CPI podemos significar que aun siendo pocas, nos ofrecen una perspectiva totalmente nueva en relación a las formas de autoría en un crimen internacional. En la confirmación de cargos del caso *Lubanga* y del caso *Katanga* se indica, en referencia al autor directo, que es aquella persona que reuniendo los elementos subjetivos del tipo penal concreto, realiza personalmente los elementos objetivos del mismo, es decir, comete por sí solo el crimen teniendo en todo momento el dominio de la acción típica¹⁴. La definición propuesta por la CPI hace guiños tanto a la teoría objetivo-formal¹⁵ como a elementos subjetivos del tipo, siendo defendida por gran parte de la doctrina¹⁶. A mi juicio, para analizar la autoría directa entiendo que la teoría del dominio del hecho¹⁷, en su modalidad de dominio de la acción, es suficiente para acreditar

¹⁴ cfr. *Prosecutor v. Lubanga* confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, párra.332.i, y *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, párra.488.

¹⁵ Cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «*Curso de Derecho Penal. Parte General*», Madrid: Dykinson, pág. 351 y ss, en el estudio referido se analiza de manera concreta los distintos conceptos de autor existentes, el objetivo-formal, el subjetivo, el extensivo, el finalista y el concepto de ROXIN —delitos de dominio, de infracción de un deber y de propia mano—; cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «*Tratado de Derecho Penal. Parte General*», Granada: Comares, pág. 694 y ss.

¹⁶ A. CASSESE. 2008, «*International criminal law*», London: Oxford University Press, pág. 188; cfr. G. WERLE. 2007, «Individual criminal responsibility in article 25 ICC statute», en *Journal of International Criminal Justice*, nº5, pág. 958; cfr. GÜNTHER JAKOBS. 1997, «*Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*», Madrid: Marcial Pons, pág. 744, quien defiende que «*autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito*»; la definición anterior parece acercarse más a una teoría objetiva-formal del concepto de autor que a la teoría del dominio del hecho defendida en el presente trabajo.

¹⁷ El dominio del hecho se presenta de diversas formas autónomas unas de otras, como un dominio de la acción, un dominio funcional y un dominio de la voluntad. **El dominio de la acción** está presente en los delitos de propia mano, por lo que aquí entra en juego la teoría objetivo-formal; quién ejecuta por completo, libremente y de propia mano el crimen, es la figura central del mismo. **El dominio funcional** se haya unido a la idea de la coautoría cuando se presenta en la forma de una división de tareas de la fase ejecutiva; el dominio funcional está determinado por la actividad de cada

dicha forma de comisión, no debiendo hacerse referencias a elementos o teorías subjetivas alguna; en síntesis, quién tiene el dominio individual del acontecer criminal controla el curso del mismo por lo que será autor, sin perjuicio de que posteriormente deba acreditarse que concurre en su actuar el elemento subjetivo correspondiente del tipo penal.

1.2. Desde el punto de vista del derecho penal español

Dentro de nuestro sistema penal el art. 28 del CP establece que son autores «*quienes realizan el hecho por sí solos*». Siguiendo la teoría del dominio del hecho, este tipo de autor se caracteriza por el dominio único e individual de la acción típica, es decir, en sus manos y voluntad se haya la comisión o no del tipo penal, él es quién decidirá si continua o no con el curso causal que va a producir un resultado o hecho típico. Será autor directo quien ejecuta el hecho criminal de modo directo y personal¹⁸. Normalmente la autoría directa no conlleva mayores problemas dogmáticos en el derecho penal¹⁹, todo lo contrario que el resto de formas de autoría. Así, nuestro Tribunal Supremo ha manifestado que la «*característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal*»²⁰, considero que esta definición es la que se

coautor en el marco de un plan común, la aportación que cada coautor lleva a cabo debe ser necesaria para la realización del tipo penal dentro del plan común, independientemente de que tal aportación forme parte de la acción típica; existe por lo tanto un codominio del hecho. Por último, **el dominio de la voluntad** tiene como elemento central al autor mediato, toda vez que se produce cuando se domina la voluntad de otro, ya sea por error, por dolo o mediante la maquinaria de un poder organizado; cfr. E. RAÚL ZAFFARONI. 1998, «*Tratado de derecho penal. Parte General*», Buenos Aires: Ediar, Tomo IV, pág. 306 y ss; CLAUS ROXIN. 2000, «*Autoría y dominio del hecho en derecho penal*», Madrid: Marcial Pons, pág. 152 y ss; S. MIR PUIG. 2008, «*Derecho Penal. Parte General*», Barcelona: Reppertor, pág. 377 y ss; H. OLÁSULO. 2009, «The criminal responsibility of senior political...», *op cit*, pág. 37 y ss; J.M. GÓMEZ BENÍTEZ. 1984, «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. I, enero-abril, pág. 110; HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «*Tratado de Derecho Penal....*», *op cit*, pág. 701 y ss y; J. M^a. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, «*Derecho Penal Español. Parte General*», Madrid: Dykinson, pág. 796 y ss.

¹⁸ F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, «*Derecho Penal. Parte General*», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 482.

¹⁹ Cfr. J. ANTÓN ONECA. 1986, «*Derecho Penal*», Madrid: Akal/iure, pág. 467; E. CUELLO CALÓN. 1980, «*Derecho Penal. Parte General...*», *op cit*, pág. 665 y; E. BACIGALUPO. 1999, «*Derecho Penal. Parte General*», Buenos Aires: Hammurabi SRL, pág. 500.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 1478/2001 de 20 de julio, Fundamento Jurídico 4º.

tendría que utilizar para la autoría directa en el derecho penal internacional, aludiendo exclusivamente al dominio del hecho y dejando de lado cualquier elemento subjetivo innecesario.

2. Coautoría

Es la realización conjunta de un delito por varias personas²¹ que intervienen consciente y voluntariamente en el crimen, esta forma de autoría es una especie de conspiración que posteriormente se lleva a efecto²²; lo relevante de la coautoría es que hay dos elementos básicos, uno objetivo que consiste en la realización del tipo penal y, otro subjetivo que radica en un acuerdo previo y común para realizar el tipo²³. Siguiendo la teoría del dominio del hecho, lo importante en la coautoría es que dicho dominio se encuentra repartido entre diversas personas de forma funcional, en virtud de las diversas maneras de actuación de cada uno de ellos en el tipo; existe un reparto de tareas y un codominio funcional del hecho²⁴. No importa si uno de los autores no realiza un acto típico, lo relevante es que tal acto, en la fase ejecutiva, sea imprescindible o esencial²⁵ para la realización del tipo, esto es el elemento objetivo. En cuanto al acuerdo previo o plan común, éste se refiere al elemento subjetivo, toda vez que es necesario

²¹ Hemos de significar, siguiendo al profesor MELENDO PARDOS, que la codelinquencia surge cuando en la comisión de un delito intervienen varios sujetos, por lo que pueden concurrir varios autores, un autor y varios partícipes o un partícipe y varios autores; por ello tenemos que considerar que la coautoría consiste en un aspecto específico de la codelinquencia, la cual es el concepto genérico, ya que todos los supuestos de coautoría son de codelinquencia, pero no todos los de codelinquencia serán supuestos de coautoría, cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 397.

²² F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 484; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVÉS ANTÓN. 1999, «Derecho penal. Parte General», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 751; S. MIR PUIG. 2008, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 394; A. CASSESE. 2008, «International criminal law...», *op cit*, pág. 189 y H. OLÁSOLO. 2009, «The criminal responsibility of senior political...», *op cit*, pág. 37.

²³ E. RAÚL ZAFFARONI. 1998, «Tratado de derecho penal...», *op cit*, pág. 331; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 485; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVÉS ANTÓN. 1999, «Derecho penal...», *op cit*, pág. 752; S. MIR PUIG. 2010, «Derecho penal...», *op cit*, pág. 398; GÜNTHER JAKOBS. 1997, «Derecho Penal. Parte General: fundamentos...», *op cit*, pág. 746; HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «Tratado de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 726; Cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 367 a 372 y; J. M^a. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, «Derecho Penal Español...», *op cit*, pág. 808 y 809.

²⁴ Cfr. E. BACIGALUPO. 1999, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 501.

²⁵ KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 189.

que los coautores hayan llegado a un acuerdo común sobre la forma de cometer el crimen, dicho acuerdo puede ser tácito o expreso y previo al acto ejecutivo o incluso durante la realización del mismo. Un aspecto importante en la coautoría es, tal como denomina el profesor MIR PUIG, el principio de imputación recíproca, el cual difiere del principio de accesoriadad (que requería para castigar al partícipe que el autor hubiese cometido el crimen)²⁶. Todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a todos los demás, solo así puede considerarse a cada autor como autor de la totalidad del crimen²⁷.

2.1. Punto de vista del derecho penal español

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la coautoría aparece contemplada en el art. 28 del CP al enunciarse que es autor «*quien realiza el hecho...conjuntamente*». Obsérvese que nuestro legislador empleó los términos «realiza» y «conjuntamente», por realizar debemos entender llevar a cabo o ejecutar algo, mientras que conjuntamente significa hacer algo junto a otro. Estos términos según la doctrina restringen el concepto de coautor, llegando a equipararlo plenamente con la figura del autor²⁸. Nuestros tribunales al principio siguieron la doctrina del acuerdo previo, mediante la cual cualquier persona que estuviese unida al mismo en la comisión de un delito era coautora de éste, sin tener en cuenta el grado o importancia de su actuación en el hecho criminal, lo que conllevaba un concepto extensivo de autor, el cual está en desacuerdo con el concepto restrictivo que seguimos actualmente²⁹; empero lo anterior, dicha doctrina está en desuso, aplicándose normalmente la del dominio del hecho. Remitiéndonos a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (en adelante, TS) podemos significar que «*lo decisivo en la coautoría es precisamente que el dominio del hecho lo tienen varias personas que,*

²⁶ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «Tratado de Derecho Penal....», *op cit*, pág. 727.

²⁷ S. MIR PUIG. 2010, «Derecho penal....», *op cit*, pág. 395.

²⁸ Cfr. JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, «Lecciones de derecho penal. Vol. I», Madrid: Trotta, pág. 294, quien manifiesta que el coautor es autor por lo que deberá reunir todas las características de éste, junto con las propias de la figura del coautor; cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 368, el profesor MELENDO PARDOS se posiciona en el sentido de considerar que sólo puede hablarse de coautores cuando éstos han realizado conjuntamente elementos típicos.

²⁹ Cfr. JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, «Lecciones de derecho penal...» *op cit*, pág. 294.

*en virtud de lo que se ha llamado el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización. Se basa, pues, la coautoría en una singular forma de división del trabajo para la realización del proyecto criminal compartido. De ahí que, en el **aspecto subjetivo**, imponga una vinculación entre los intervinientes en forma de resolución común, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. En el **aspecto objetivo**, resulta indispensable que la aportación de cada uno de los coautores alcance una determinada importancia funcional, de modo que las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención. Y en el plano subjetivo precisa una decisión conjunta que, como venimos insistiendo, no exige para su apreciación que aquélla se genere en fase pre-ejecutiva. A diferencia de lo que acontece con los supuestos de coparticipación, la coautoría porta en sí misma su contenido de injusto, y no lo deriva del hecho ajeno. Dicho con otras palabras, la coautoría constituye autoría para cada interviniente»³⁰.*

Un aspecto a destacar dentro de nuestro sistema penal es la diferencia entre coautor y cooperador necesario, aunque en el derecho penal internacional esta distinción no es relevante toda vez que la figura del cooperador necesario no existe como tal, pudiendo encuadrarse dentro del denominado *accessories* que difiere del *principal* (autor directo, mediato o coautor). Siguiendo al profesor MIR PUIG coautor es todo aquel que ejecuta un hecho formal de los elementos del tipo, pero también aquél que aporta una parte esencial de la realización del plan durante la fase *ejecutiva*³¹.

En este orden de ideas podemos afirmar que los requisitos que deben concurrir para la existencia de la coautoría son los siguientes:

- i. Pluralidad de personas que intervienen en la comisión del crimen.
- ii. Existencia de un plan común entre las personas que intervienen en el crimen. El plan común puede ser tácito o expreso y,

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero del 2011, STS 102/2011, Fundamento Jurídico 2º. y STS 1180/2010 de 22 de diciembre, Fundamento Jurídico 4º.

³¹ La definición propuesta me parece afortunada salvo por la mención al hecho de que la aportación debe efectuarse en la fase ejecutiva, ya que como se verá a continuación, también es posible, a mi entender, aportar un hecho esencial en la fase preparatoria y ser por ello coautor.

puede perfeccionarse antes de la comisión del crimen o justo cuando se va a realizar.

- iii. Realización de un acto por parte de cada coautor que sea esencial o relevante para la comisión del tipo. Resulta indiferente que la aportación no sea sobre un elemento objetivo del tipo penal concreto, ya que lo importante es que sin la ejecución de la misma, el hecho punible no se puede colmar, al existir un codominio del hecho en cada coautor. Esto nos conduce al reparto funcional de tareas característico de la coautoría³².

Expuestos los anteriores requisitos, considero que es necesario efectuar ciertas precisiones sobre la coautoría. En primer lugar, algunas resoluciones judiciales³³ y parte de la doctrina española entiende que en la coautoría los actos de aportación al crimen deben realizarse en la fase ejecutiva. Empero lo anterior y siguiendo la postura de MUÑOZ CONDE³⁴, desde mi punto de vista, en la comisión de crímenes internacionales la aportación al acto criminal del coautor puede perfectamente llevarse a cabo en la fase preparatoria. Con respecto a la posición de nuestro Tribunal Supremo, si bien es cierto que en la mayoría de sus sentencias ha exigido la aportación en la fase ejecutiva por parte del coautor, no es menos cierto que en ciertas ocasiones no se ha rasgado las vestiduras por considerar como autor

³² Hemos de significar que nos encontramos ante uno de los principales problemas de la coautoría dentro del derecho español, toda vez que parte de la doctrina exige que el coautor realice actos típicos, aunque la jurisprudencia de nuestro TS admite sin mayores problemas que el dominio del hecho es suficiente, junto con el plan común, para la existencia de la coautoría, cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 368. En todo caso, lo determinante es concretar cuándo existe un dominio del hecho, factor que nos ayudará a diferenciar la coautoría de otras formas de participación en el ilícito penal.

³³ Cfr. STS 1180/2010 de 22 de diciembre, entre otras.

³⁴ F. MUÑOZ CONDE. 2002, «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito de la delincuencia económica empresarial?, en *Revista Penal*, n° 9, pág. 66 y ss; F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 484; también de la misma posición E.B. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, FERRÉ OLIVÉ y KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 191, este autor hace referencia exclusivamente a la parte del derecho penal internacional y GÜNTHER JAKOBS. 1997, «Derecho Penal. Parte General: fundamentos...», *op cit*, pág.750, quien hace referencia al derecho penal alemán, debiendo tenerse en cuenta que en su sistema penal no existe la figura del cooperador necesario; cfr. A.I. PÉREZ CEPEDA. 2002, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación», en *Revista Penal*, n°9, pág. 117 quien entiende que existe una inducción en vez de una coautoría.

a aquella persona que ha dirigido u organizado el crimen sin actualizar o efectuar aportación alguna en la fase de ejecución (STS de 04.11.97; 08.07.98; 02.02.99; 14.12.98; 31.03.00 y 13.12.02, entre otras)³⁵. Ello demuestra la amplia interpretación de la figura de la coautoría dentro de nuestro derecho³⁶, llegando a sostenerse por la jurisprudencia la preferencia de la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes de organizaciones los crímenes cometidos por sus subordinados³⁷.

En segundo lugar debemos diferenciar entre delitos ordinarios y crímenes internacionales, los cuales tienen unas características propias, como son los elementos contextuales del crimen característicos de esta modalidad criminal, tales como la existencia de un conflicto armado o situaciones de terrorismo de estado. En relación con los crímenes de guerra, la CPI conocerá de los mismos teniendo en cuenta un umbral de gravedad que debe ser determinado (no todo crimen de guerra es de competencia de la CPI), pero en cualquier caso, aquellos que se cometan como parte de un plan, política o en gran escala serán de competencia de la corte penal.

En tercer lugar y a la vista de lo anterior, no podemos negar que la preparación del plan o la instauración de ciertas políticas encaminadas a cometer tales crímenes, aún a pesar de ser un acto preparatorio, tiene un carácter esencial, vital para el éxito del mismo; en síntesis, sin dicho plan el tipo penal no podría cometerse, no se hubiese podido llevar a cabo la realización del mismo. Cuando un Estado Mayor de un Ejército «X» acuerda un plan común en presencia de los oficiales que lo llevarán a cabo (quienes están de acuerdo con el mismo), consistiendo el plan en que los puestos de artillería bombardeen una ciudad indefensa, aportando pautas relativas al día en que empezarán tales operaciones, definiendo las piezas de artillería necesarias para abrir fuego, determinando el tipo de proyectiles a emplear, indicando la cadencia de fuego requerida, marcando el lugar en que se deberán colocar las piezas de artillería para que no sean detectadas por la aviación enemiga, ubicando a los oficiales que dirigirán el ataque y estableciendo cuando cesará el

³⁵ Cfr. A. GIL GIL. 2009, «El caso español», en *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Coordinador: Kai Ambos, Bogotá: Temis, pág. 101 y ss.

³⁶ El profesor MELENDO PARDOS mantiene una posición crítica con la interpretación extensiva de la figura del coautor, toda vez que en nuestro CP existe el cooperador necesario, cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 371.

³⁷ Cfr. A. GIL GIL. 2009, «El caso español...», *op cit*, pág. 105.

mismo; no puede negarse que dichos actos, aun siendo preparatorios en la mayoría, son esenciales para agotar el tipo penal. Sin dichas pautas el crimen no se hubiese podido cometer, existiendo un codominio funcional de los hechos por parte de cada miembro que integra el Estado Mayor, al aportar cada uno de ellos las ideas necesarias y precisas para implementar el plan. Al mismo tiempo, también los oficiales serán coautores al haber aceptado tácita o expresamente el plan común y haber ejecutado éste. Desde el momento en que se emite la orden hasta que se ejecuta, todas las partes que hemos referido tienen un dominio funcional del hecho, pudiendo hacer fracasar el plan si no deciden llevarlo a cabo; pero además tienen un dominio positivo, toda vez que nutren con su actuación el plan, lo han engendrado y alimentado. Por ello, teniendo en cuenta la teoría del dominio del hecho, en su modalidad del dominio funcional, se puede llegar a la conclusión de que los miembros del Estado Mayor del Ejército «X» son coautores del crimen de guerra referido, sin perjuicio de que también, cómo veremos posteriormente, pueda imputárseles el crimen a título de coautores mediatos en el supuesto de que no hubiesen participado directamente los oficiales en el plan común del hecho punible, que es la tesis que defenderé³⁸.

La postura planteada tiene dentro de nuestro sistema penal un escollo considerable, que no es otro que la figura jurídica del cooperador necesario, toda vez que la coautoría no ejecutiva podría confundirse con la cooperación necesaria. Siguiendo a GÓMEZ BENÍTEZ, el coautor no ejecutivo cae dentro de la órbita del cooperador necesario³⁹. En mi opinión la diferencia la encontraremos si acudimos a la

³⁸ Si se mantuviese la teoría objetivo-formal sólo serían autores los oficiales que han ejecutado las órdenes, dejando de lado la actuación absolutamente esencial de los miembros del Estado Mayor, que son quienes han ideado, planeado, dado pautas y demás aportaciones sin las cuales no se hubiese podido cometer el crimen, dado que los oficiales, lo más seguro que no alcanzasen esas funciones que han desarrollado los miembros del Estado Mayor. Además, sostener que los componentes del Estado Mayor, quienes han intervenido de forma esencial en el crimen, pudiesen ser castigados como cooperadores necesarios o inductores podría ir en contra de la teoría del acuerdo previo que el Tribunal Supremo sostuvo durante tanto tiempo, cfr. A.I. PÉREZ CEPEDA. 2002, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría...», *op cit*, pág. 116.

³⁹ J.M. GÓMEZ BENÍTEZ.1984, «El dominio del hecho en la autoría...», *op cit*, pág.127; en el mismo sentido P. FARALDO CABANA. 2005, «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal internacional y su equivalencia en el derecho penal español», en *Revista De Derecho Penal y Criminología*, n°16, pág. 44 y 45 y E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata en aparatos organizados de poder», Granada: Comares, pág. 403.

teoría del dominio del hecho⁴⁰; otra parte de la doctrina, principalmente BACIGALUPO, sostiene que el elemento diferenciador lo encontraremos en el hecho de si la división de tareas comporta subordinación de unos respecto a los otros, ya que la coautoría no podría conllevar subordinación alguna⁴¹. Ciertamente, los miembros del Estado Mayor tienen un dominio positivo y también negativo del hecho, poseen un dominio total del mismo, tanto en la fase preparatoria como en la ejecutiva, ya que pueden dar las órdenes oportunas para que se deje de bombardear la ciudad indefensa, por ello son coautores; mientras que si fuesen cooperadores necesarios solo tendrían un dominio negativo⁴², cosa que no ocurre. De ahí que entienda que no se puede imputar a dichos componentes del Estado Mayor el crimen a título de cooperador necesario, aunque a los meros efectos de política criminal, tenga el mismo valor una pena cómo coautor o cooperador necesario, ya que, en nuestro CP se castiga con la misma tanto al autor como al cooperador necesario⁴³. A mayor abundamiento, ROXIN parece ser que de alguna forma mantiene esta posición al afirmar que la existencia del coautor requiere si bien no la presencia en el lugar del hecho, sí al menos alguna cooperación en el momento del hecho (llamadas por teléfono, por radio, mediante intermediarios...) consistentes en transmitir órdenes⁴⁴. En la hipótesis planteada es evidente que los miembros del Estado Mayor durante la realización del ataque se cerciorarán de que el mismo se está llevando a cabo tal y como fue planeado, como suele ocurrir en la mayoría de las operaciones militares actuales a causa de los medios tecnológicos de este tiempo, lo que conlleva una actualización de su comportamiento delictivo; en cualquier caso, considero que no es imprescindible la presencia personal en el lugar de comisión del he-

⁴⁰ Como bien indica el profesor MELENDO PARDOS, el dominio del hecho sólo puede concurrir en la fase ejecutiva del hecho criminal, cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 368.

⁴¹ Cfr. E. BACIGALUPO. 1999, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 502.

⁴² Cfr. CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho en derecho penal», Madrid: Marcial Pons, pág.732; Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 392; cfr. P. FARALDO CABANA. 2005, «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal internacional...», *op cit*, pág. 44, como bien sostiene esta autora el dominio del hecho será en todo caso compartido con el resto de coautores.

⁴³ No podemos obviar el hecho de que gran parte de la doctrina española propone de *lege ferenda* la derogación de la figura jurídica del cooperador necesario, entre otros BOLEA BARDÓN, CEREZO MIR, BACIGALUPO ZAPATER, PÉREZ ALONSO y QUINTERO OLIVARES, cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 405.

⁴⁴ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 736.

cho punible⁴⁵. Como se puede apreciar la diferenciación entre coautor y cooperador necesario no es fácil, debiendo concurrir diversas circunstancias a fin de poder determinar el grado de intervención de cada persona, por lo que resultaría apropiado *de lege ferenda* derogar dicha forma de participación —en referencia al cooperador necesario—; además, en los crímenes de guerra, suele haber ciertos entramados jerárquicos y una gran pluralidad de personas en las decisiones adoptadas que dificultan el criterio diferenciador preciso.

2.2. Punto de vista del derecho penal internacional

Con respecto al derecho penal internacional debemos precisar que en el ECPI se reconoce expresamente la coautoría en el art. 25.3.a) cuando se utiliza el término «*cometa ese crimen...con otro*»⁴⁶; cosa distinta ocurre con el Estatuto del TPIY (art.7.1), del TPIR (art.6.1) y del SCSL (art.6.1), en donde no se dice nada al respecto en relación a dicha forma de autoría. Empero lo anterior, los tribunales penales *ad hoc*, en particular el TPIY, han creado la figura de la *joint criminal enterprise* (empresa criminal conjunta) como forma de coautoría, la cual tiene su origen según el TPIY en el derecho consuetudinario⁴⁷. Nuestro

⁴⁵ HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «Tratado de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 732, estos autores entienden que es coautor quienes toman parte del dominio del hecho sobre la base de una resolución delictiva común, sin necesidad de presencia en el *locus delicti*.

⁴⁶ Cfr. WILLIAM B. SCHABAS. 2010, «*The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*», Oxford: Oxford University Press, pág. 427 y ss.

⁴⁷ Cfr. H. OLÁSULO. 2009, «The criminal responsibility of senior political...», *op cit*, pág. 45 y ss. Ver sentencia del TPIY de fecha 21.05.03, *Prosecutor v. Milutinovic*, ICTY-99-37-AR72, pára. 20 y 31, esta sentencia rompió con la anterior jurisprudencia del TPIY que consideraba la *joint criminal enterprise* como una forma de participación, en lugar de ahora que se considera una forma de coautoría, un modelo de responsabilidad autónoma al amparo del art. 7.1 del Estatuto del TPIY, en concreto, bajo el término «*committed*»; cfr. KAI AMBOS. 2008, «*Principios e imputación en el derecho penal internacional*», Barcelona: Atelier, pág. 65 a 116, en donde efectúa este autor un estudio detallado sobre dicha figura jurídica instaurada recientemente por el TPIY y acogida por el resto de tribunales penales *ad hoc* creados para enjuiciar crímenes internacionales; cfr. E. VAN SLIEDREGT. 2012, «*Individual criminal responsibility in international law*», Oxford: Oxford University Press, pág. 157 a 164; A. MARSTON DANNER y JENNY S. MARTÍNEZ. 2005, «Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law», en *California Law Review*, Vol. 93, pág. 77 y ss; M^a. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. 2008, «*La doctrina de la empresa criminal conjunta en las resoluciones del tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia*», en Problemas actuales del derecho penal y de la criminología, Director: F. Muñoz Conde, valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 1089 y ss.

estudio se ocupará en particular de la configuración establecida en el ECPI a la hora de delimitar las diversas formas de autoría. Como se pudo ver en anteriores apartados la autoría directa es una de las formas clásicas de comisión de un crimen. Seguidamente a la autoría directa, nos encontramos con la coautoría, la cual, también dentro del derecho penal doméstico constituye una forma usual de comisión del crimen; sin embargo, dentro del derecho penal internacional, se puede afirmar que la coautoría es una de las formas de comisión más importantes en el ámbito del derecho que estamos tratando, máxime en estos momentos en donde la primera condena de la CPI ha sido en aplicación de la figura jurídica del coautor⁴⁸. Esto tiene su causa en las características tan *sui generis* que tienen los crímenes internacionales, las cuales fueron observadas en otros apartados. A su vez, se puede sostener que esta forma de comisión del crimen se halla en el primer nivel de formas de intervención, debido a su gravedad⁴⁹. Al igual que en los sistemas penales nacionales, el art. 25.3.a) del ECPI, en su vertiente de coautoría, requiere que concurren dos aspectos, uno objetivo y otro subjetivo. En relación al primero, éste significa que cada coautor debe contribuir al hecho criminal con un acto esencial sin el cual el crimen no podría llevarse al efecto y, exige la existencia de una pluralidad de personas. Sobre el elemento subjetivo, éste se refiere al plan común que comparten los coautores del crimen⁵⁰.

Resulta imprescindible para entender la coautoría dentro del ECPI el análisis del caso *Lubanga*⁵¹ y del caso *Katanga*. Del estudio de dichas resoluciones judiciales se deduce lo siguiente:

- i. La Corte Penal Internacional ha optado a la hora de delimitar la figura del autor respecto de la del partícipe por la teoría del dominio del hecho o «*control of crime*»⁵², ya que la teoría objetivo-formal no acoge la autoría mediata y la teorías subjetivas tampoco diferencian claramente tales formas de participación.

⁴⁸ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06.

⁴⁹ G. WERLE. 2007, «Individual criminal responsibility...», *op cit*, pág. 957.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 958; aunque como podremos observar posteriormente, dichos elementos subjetivos en el DPI son más amplios.

⁵¹ Cfr. KAI AMBOS. 2012, «The first Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues», en *International Criminal Law Review* n° 12, pág. 138 y ss.

⁵² *Prosecutor v. Lubanga* confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, pára. 330 y 338.

- ii. En la coautoría resulta imprescindible la participación de dos personas como mínimo, en virtud del término empleado en el art. 25.3.a) «*jointly with another*»⁵³.
- iii. El concepto de coautoría también se rige específicamente por la teoría del dominio del hecho, mediante el principio de la división de tareas esenciales con el fin de cometer un crimen internacional. Al igual que en nuestra jurisprudencia, se introduce el reparto de tareas y la aportación de un hecho esencial al crimen, sin especificarse que sea en la fase ejecutiva. Ninguno de los coautores tendrá el control total del crimen, toda vez que el mismo está repartido entre el resto de coautores, pudiendo cada uno de ellos frustrar la realización del mismo⁵⁴.
- iv. Los elementos objetivos de la coautoría están compuestos por la existencia de un plan común entre dos o más personas y por la contribución esencial coordinada de cada coautor en la realización de los elementos objetivos del crimen internacional⁵⁵. En cuanto al **plan común**, por un lado, éste debe incluir un elemento de criminalidad, aunque no es necesario que este dirigido específicamente a la comisión del crimen⁵⁶. En la sentencia del caso *Lubanga*, la CPI manifestó que era necesario como mínimo que el plan común incluyese un elemento esencial de criminalidad, es decir, que su implementación conllevara un riesgo suficiente de que un crimen pueda ser cometido según el curso normal de los acontecimientos⁵⁷. La comisión del crimen en cuestión no necesita ser la meta principal de los coautores⁵⁸.

⁵³ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, pára. 980.

⁵⁴ *Prosecutor v. Lubanga* confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, pára. 342.

⁵⁵ *Ibidem*, pára. 343 a 348.

⁵⁶ *Ibidem*, pára. 344; con relación a este aspecto AMBOS se muestra disconforme, pues entiende que el plan común tiene que ir enfocado a la comisión del crimen, cfr. KAI AMBOS. 2012, «The first Judgment of the International Criminal...», *op cit*, pág. 140.

⁵⁷ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, pára. 984 y 987.

⁵⁸ *Ibidem*, pára. 985, en este apartado la CPI establece como guía para fijar esta consideración el análisis del art. 25.3.a) y el del 30 del ECPI de manera conjunta, en el sentido de considerar el plan común como un reflejo del dolo necesario del tipo

- v. En cuanto a **la aportación esencial**⁵⁹, debemos significar que la CPI no requiere que la misma sea llevada a cabo en la fase de ejecución del crimen, bastaría que fuese en la preparatoria⁶⁰. Cuando los elementos objetivos del crimen son realizados por una pluralidad de personas actuando en el marco del plan común, solo aquellos que llevan a cabo tareas esenciales tienen el control del suceso, ya que pueden frustrar la comisión del crimen.

El comportamiento del coautor no puede analizarse aisladamente respecto del resto de coautores, por lo que no es necesario demostrar que la actuación de un coautor de forma aislada causó el crimen; la característica principal de la coautoría es el reparto de tareas o división de tareas esenciales para cometer el ilícito penal⁶¹, basado en el plan común.

En cualquier caso la aportación al plan común debe ser esencial, no basta con que sea sustancial o de una entidad menor⁶².

- vi. Obsérvese que la CPI sostuvo en la sentencia de *Lubanga* que la responsabilidad criminal no estaba limitada a aquellas personas que físicamente cometían el crimen, sino que también eran responsables aquellos que apartados de la escena del crimen controlaban y dominaban su comisión, toda vez que ellos decidían cómo, cuándo y si se llevaba a cabo el mismo; por lo que no es necesario tampoco que estén presentes en la escena del crimen⁶³.
- vii. La CPI opina que en la coautoría se incluyen a aquellos que asisten en la formulación del plan o estrategia, llegando a estar comprometido en la dirección o control de otros partícipes o determinando los papeles de aquellos que se involucran en el crimen⁶⁴. Esto nos conduce a considerar que la CPI emplea un concepto extensivo de coautor, no siendo necesario que ejecute actos típicos en la fase ejecutiva.

penal.———

⁵⁹ Cfr. KAI AMBOS. 2012, «The first Judgment of the International Criminal...», *op cit*, pág. 141.

⁶⁰ *Prosecutor v. Lubanga* confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, pára. 348.

⁶¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, pára. 994.

⁶² *Ibidem*, pára. 999 y 1000.

⁶³ *Ibidem*, pára. 1003.

viii. Los elementos subjetivos consisten en que el presunto coautor debe cumplir con los elementos subjetivos del tipo penal concreto, debe ser consciente y aceptar que la implementación del plan común puede producir la realización de los elementos objetivos del crimen y debe ser consciente de que tiene el control del crimen (en codominio con el resto de coautores)⁶⁵. Con respecto al **cumplimiento de los elementos subjetivos del tipo penal**, es un requisito básico, el cual entiendo que debería analizarse en el momento de estudiar el crimen en concreto y no en la forma de autoría del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, dicho elemento subjetivo del tipo se refiere al dolo que debe concurrir en el mismo, sea genérico *ex art. 30 del ECPI* o un *dolus specialis* o *eventualis*, el cual podría tener acogida en el sistema de la corte penal⁶⁶. En cuanto al hecho de que **los coautores deben ser conscientes del riesgo que conlleva la implementación del plan común y su aceptación mutua consintiendo lo anterior**, la CPI ha entendido que justamente esa consciencia y aceptación del riesgo en la implementación del plan por parte de todos los coautores, es lo que justifica que las contribuciones de uno de ellos puedan ser atribuidas al resto e imputárseles el crimen a título de coautor⁶⁷. Por último, el coautor debe ser consciente de que su actuación le permite tener un codominio del hecho, ya que su aportación al crimen es esencial y con su dominio negativo puede frustrar el mismo, si decide renegar de su comportamiento⁶⁸.

⁶⁴ *Ibidem*, pára. 1004.

⁶⁵ *Prosecutor v. Lubanga* confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, pára. 349 a 367.

⁶⁶ Cfr. J.L. RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. 2000, «Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma», en *Revista Española de Derecho Militar*, Vol. 75, pág. 417 y ss; cfr. *Prosecutor v. Stakic* de 31.07.03, IT-97-24-T, pára. 587; cfr. H. OLÁSOLO. 2009, «The criminal responsibility of senior political...», *op cit*, pág. 282 y 283; al respecto hay que significar que en el caso Bemba la CPI indicó que el dolo eventual no tenía cogida en el art. 30 de su estatuto, toda vez que no se ha recogido literalmente en dicho precepto, cfr. *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, confirmation of charges de 15 de junio del 2006, ICC-01/05-01/08-424, pára. 362 a 369. Asimismo, en la sentencia de Lubanga se vuelve a excluir el dolo eventual, por lo que puede afirmarse que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no rige dicha forma de dolo, hecho desde mi punto de vista erróneo; cfr. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, judgment of 14 of march 2012 pursuant to article 74 of the statute, ICC-01/04-01/06, pára. 1011; Cfr. KAI AMBOS. 2012, «The first Judgment of the International Criminal...», *op cit*, pág. 149.

⁶⁷ *Prosecutor v. Lubanga* confirmación de cargos de 29 de enero del 2007, ICC-01-04-01/06, pára. 362.

Desde mi punto de vista, las principales consecuencias que podemos extraer de las anotaciones practicadas es que la coautoría basada en el dominio funcional del hecho, conlleva una estructura horizontal, toda vez que los coautores tienen un codominio del hecho, debiendo efectuar cada uno de ellos una aportación vital al plan común, con conocimiento del riesgo que ello origina, para que se agote con éxito la actuación criminal. Asimismo, no podemos dejar de observar que las aportaciones al hecho criminal pueden ser perfectamente llevadas a cabo en la fase preparatoria, siempre que dicha aportación sea esencial o vital. Esta característica es propia de los crímenes internacionales, en concreto, de los crímenes de guerra de los cuales puede conocer la Corte Penal Internacional.

3. La autoría mediata

La teoría objetivo-formal que venía a establecer que era autor aquella persona que realizaba los elementos objetivos del tipo penal, es decir, que efectuaba el crimen definido en la norma penal, tenía una deficiencia importante, la imposibilidad de reconocer al autor mediato en base a la misma. Por ello, entre otras razones, surge la teoría del dominio del hecho, en virtud de la cual sí se puede imputar al autor mediato la comisión de ciertos crímenes, a través del dominio de la voluntad. Así pues, podemos definir al autor mediato como aquella persona que realiza el hecho típico utilizando a otro como instrumento, sirviéndose de ella como herramienta para efectuar el acto criminal que tiene en mente⁶⁹. Una característica de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del hombre de atrás en virtud de su superior dominio de la decisión, lo que conlleva que el ejecutor o instrumento está en un estado de inferioridad sobre dicha

—⁶⁸ *Ibidem*, pára. 367.

⁶⁹ S. MIR PUIG. 2010, «Derecho penal...», *op cit*, pág. 382; cfr. F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN. 1998, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 482; cfr. H. OLÁSULO. 2009, «The criminal responsibility of senior political...», *op cit*, pág. 111; cfr. M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVÉS ANTÓN. 1999, «Derecho penal...», *op cit*, pág. 748; *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, pára. 495; cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «Tratado de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 713 a 724; cfr. A. GIL GIL, J.M. LACRUZ LÓPEZ, M. MELLENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 361 a 366; cfr. E. BACIGALUPO. 1999, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 504 y ss; cfr. JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ y H. HORMAZABAL MALAREÉ. 1997, «Lecciones de derecho penal...» *op cit*, pág. 290 y ss; cfr. J. M^a. RODRÍGUEZ DEVESA. 1986, «Derecho Penal Español...», *op cit*, pág. 800 y ss; cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «Autoría mediata en derecho...», *op cit*, pág. 139 y ss.

decisión del hecho criminal⁷⁰. Asimismo, también podemos definir al autor mediato como aquél que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo, según indicó la sentencia de 7 de abril del 2009 de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú en el caso Fujimori⁷¹. Esta figura jurídica resulta vital para poder imputar a título de autor, la comisión de crímenes internacionales en los cuales el autor mediato no ha intervenido directamente en la realización del mismo, pero ha tenido un rol fundamental, si no esencial, en la comisión de éste⁷². Lo característico de la autoría mediata es la instrumentalización del autor directo⁷³, la cual puede realizarse mediante una coacción, por error o en virtud de ciertos aparatos organizados de poder (en adelante, AOP)⁷⁴. En el campo en el cual nos estamos moviendo, crímenes internacionales, normalmente la autoría mediata por coacción y en virtud de AOP son las principales formas de comisión del denominado «*hombre de atrás*», ya que no podemos hablar de autor mediato sino hay un control de éste sobre el comportamiento o voluntad del instrumento. De otra parte, hemos de tener en cuenta la evolución del derecho penal internacional toda vez que en el art. 25.3.a) tercera variante del Estatuto de la CPI se dispone que será responsable quien cometa el crimen a través de otro «*sea éste o no penalmente responsable*». Lo anterior resulta vital ya que será indiferente para el tribunal que el autor inmediato sea o no responsable a fin de considerar como autor mediato al líder de un AOP; la objeción del principio de responsabilidad del ejecutor para imputar un hecho a una persona como autor mediato pierde su sentido en el derecho penal internacional⁷⁵.

⁷⁰ GÜNTHER JAKOBS. 1997, «Derecho Penal. Parte General: fundamentos...», *op cit*, pág.763 y 764.

⁷¹ Sentencia de fecha 07.04.09 de la Corte Suprema del Perú (en adelante, CSJ-SPE) *caso Fujimori*, pára.719.

⁷² Cfr. H. OLÁSULO. 2011, «*Ensayos de derecho penal y procesal internacional*», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 159 y ss; H. OLÁSULO y A. I. PÉREZ CEPEDA. 2004, «The notion of control of crime and its application by the ICTY in the Stakic Case», en *International Criminal Law Review*, n° 4, pág, 475 a 526; F. MUÑOZ CONDE y H. OLÁSULO. 2011, «the application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin América and Spain», en *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, n° 1.

⁷³ M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVÉS ANTÓN. 1999, «Derecho penal...», *op cit*, pág.749.

⁷⁴ El creador de esta nueva concepción de la autoría mediata fue ROXIN, quien el 5 de febrero de 1963 habló en Hamburgo de la extensión de la autoría mediata más allá del error o la coacción, la cual, es actualmente seguida por la CPI así como por la jurisprudencia de numerosos países, principalmente de Latinoamérica.

⁷⁵ cfr. G. WERLE. 2005, «Tratado de derecho penal...», *op cit*, pág. 218.

3.1. *Dominio por error*

Aquí el autor mediato se caracteriza porque controla o domina la voluntad y comportamiento del ejecutor o instrumento a través del engaño⁷⁶, ya sea sobre las circunstancias reales del hecho o por dar al suceso un significado distinto del que le corresponde, estas situaciones otorgan un dominio del hecho al hombre de atrás que le caracterizan como autor, en suma, éste es la figura central del acontecer criminal. La persona que realiza el tipo penal por error no reuniría, en los delitos dolosos, el elemento subjetivo del tipo, ya que no tiene voluntad alguna de realizar el crimen⁷⁷. Un ejemplo de dominio por error es aquel mediante el cual un oficial de un ejército ordena a sus subordinados que disparen sobre los soldados que se hallan en la ciudad, sabiendo aquél que la guerra ya ha terminado puesto que el ejército enemigo se ha rendido, pero dicha circunstancia la desconocen sus subordinados. Aquí los soldados actúan en la creencia de que su actuación no vulnera las leyes y costumbres de la guerra, puesto que entienden que están todavía en guerra y sus enemigos son objetivos militares legítimos. Los soldados son utilizados como instrumentos por el oficial, el cual, conociendo la situación real y auténtica del fin del conflicto y de la rendición de los enemigos, no informa a sus subordinados para que no se opongan a la orden; el oficial posee un dominio superior del hecho, sabe cuál es la realidad de la situación, cosa que sus subordinados no. Los subordinados carecerían de libertad alguna a la hora de elegir una forma de actuar concreta, toda vez que no saben la verdad de la situación y por ende no pueden decidir sobre la misma; ello demuestra el dominio del hecho por parte del oficial, quién a través de un dominio de la voluntad por error, utiliza a los soldados para sus fines propios. En la hipótesis planteada el oficial sería claramente autor mediato de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados, a los que ha utilizado como ejecutores de sus deseos criminales; en cuanto a los subordinados que han ejecutado la orden, si bien es cierto que han podido realizar el tipo, no es menos cierto que no reúnen el elemento subjetivo necesario del mismo, ya que no actuaron con dolo, ni siquiera imprudentemente, es más, sería de aplicación la

⁷⁶ Cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «Autoría mediata en derecho...», *op cit*, pág. 175 y ss.

⁷⁷ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «Tratado de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 717 y 718.

teoría del error de tipo regulado en el art.14.1 del CP⁷⁸ y en el art. 32.1 del ECPI⁷⁹.

3.2. *Dominio por coacción*

Este tipo de dominio tiene mucha importancia en el derecho penal internacional toda vez que la mayoría de los crímenes internacionales se cometen en conflictos armados o en situaciones de violencia estatal, en las que para poder ejecutarse determinadas acciones es preciso utilizar vías coercitivas extremas que aseguren su cumplimiento. Así pues, nos tenemos que plantear si ante una situación de coacción extrema en la persona del ejecutor se produce una eliminación de la responsabilidad de éste, asumiendo la misma el que coacciona mediante el título de autor mediato. Para poder establecer una respuesta a la hipótesis formulada resulta preciso partir de la teoría del dominio del hecho a través de la voluntad. Para ROXIN el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho, ya que la figura central del acontecer criminal recae en el «hombre de atrás», pues éste es quien dirige la voluntad del ejecutor mediante una coacción extrema⁸⁰. El dominio de la voluntad debe concretarse en aquellos casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir recae en el sujeto de atrás⁸¹, debiéndose distinguir del inductor, precisamente en el hecho de que éste ni domina el hecho a través de la voluntad del ejecutor⁸², ni ha motivado o creado interés en el ejecutor para cometer el crimen, simplemente le ha coaccionado, cosa bien distinta, pues dicho ejecutor no tiene la misma voluntad de cometer el crimen que una persona inducida⁸³.

En los supuestos de coacción extrema el ejecutor carece de libertad alguna a la hora de elegir un comportamiento determinado.

⁷⁸ El art.14.1 del CP dispone que: «El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente».

⁷⁹ El art.32.1 del ECPI establece que: «El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen».

⁸⁰ Cfr. CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 167 y cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «Autoría mediata en derecho...», *op cit*, pág. 253 y ss.

⁸¹ *Ibidem*, pág. 168.

⁸² Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 369.

⁸³ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 170.

Esto conlleva que la figura central del suceso criminal recae en el hombre que coacciona, ya que éste mediante amenazas serias y creíbles en la persona o familiares del ejecutor, anula por completo cualquier atisbo de libertad de voluntad en el ejecutor; ahí es donde radica el dominio de la voluntad, produciéndose con ello un traslado del principio de responsabilidad del ejecutor hacia el autor mediato (hombre de atrás). Como manifestó ROXIN, allí donde la influencia del sujeto de detrás es de tal género que el derecho penal exime de responsabilidad al que actúa directamente, existe un dominio de la voluntad⁸⁴; con lo anterior ROXIN establece un concepto de «dominio» basado en la responsabilidad y no en cuestiones psíquicas. Estando plenamente de acuerdo con la tesis de ROXIN, la circunstancia de orientar el dominio de la voluntad a la responsabilidad conlleva que dentro de nuestro sistema penal todos aquellos comportamientos que caigan en la órbita del art. 20.5º del CP (estado de necesidad exculpante) a causa de una coacción extrema pueden dar origen a la autoría mediata. Una hipótesis de lo anterior puede ser el caso de un dirigente político que conmina a una persona a matar a un adversario político y, en caso de que se negase, la mujer e hijos de aquél serían asesinados, existiendo noticias veraces de tal forma de actuar por parte del dirigente político. Evidentemente el supuesto narrado es un claro ejemplo de dominio de la voluntad por coacción, pudiendo concurrir en el ejecutor la eximente del estado de necesidad exculpante. El ejecutor no tiene libertad alguna de decisión, toda vez que los bienes jurídicos puestos en juego, la vida de sus familiares directos y la del adversario político, son iguales; o mata a éste o el dirigente político ordena la muerte de sus familiares. Aquí, el ejecutor estaría exento de responsabilidad criminal, trasladándose la misma en concepto de autor mediato al dirigente político, puesto que éste tiene el pleno dominio de la voluntad del ejecutor. En cualquier caso no podemos obviar el hecho de que en el seno de un procedimiento penal corresponderá al subordinado alegar y probar dicha coacción extrema si pretende que se le aplique una causa de exculpación. Así pues, se puede afirmar que la libertad de voluntad del ejecutor y el principio de responsabilidad penal constituyen las herramientas necesarias para determinar la culpabilidad del ejecutor coaccionado.

⁸⁴ Cfr. KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 203 y ss; CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 171.

3.3. Dominio mediante el cumplimiento de una orden

Dentro del dominio por coacción no podemos dejar de analizar el dominio por cumplimiento de una orden⁸⁵. En este supuesto rige una especial vinculación entre el subordinado y el superior, que se fundamenta en el deber de obediencia, típico dentro de las instituciones armadas⁸⁶. Aquí se produce una coacción normativa toda vez que el subordinado sino cumple con lo ordenado puede ser sancionado penalmente o disciplinariamente. En el caso de que las sanciones penales por el incumplimiento de órdenes, no conlleven la pena de muerte, entiendo que el subordinado no pierde la libertad de voluntad necesaria para incumplir las mismas, siempre que sean manifiestamente ilícitas; de igual forma pasaría con las sanciones administrativas. Caso distinto sería si junto con la coacción normativa hay una coacción fáctica o de hecho (amenaza inminente y seria de muerte), en dicho caso si se produciría una pérdida de la libertad de voluntad del subordinado, convirtiéndose en mero instrumento del superior, por lo que podría imputársele el crimen a éste mediante el título de autor mediato. A mi juicio tenemos que acudir en cualquier caso a la teoría del dominio del hecho, preguntándonos si la mera emisión de una orden conlleva ya un dominio del hecho a través de la voluntad. Yo entiendo que no, el dominio del hecho del superior no se encuentra exclusivamente en la relación jerárquica⁸⁷, puesto que el subordinado tiene la obligación de desobedecer, principalmente, las órdenes manifiestamente antijurídicas. Si no se produce una pérdida completa de la libertad de voluntad por parte del subordinado no habrá un autor mediato.

Más allá de los supuestos en los que no hay una coacción adicional a la mera emisión de la orden, ¿qué ocurriría en el supuesto de que un superior ordenase a un subordinado la ejecución de un prisionero de guerra y en caso de que aquél se negase se le abriría inmediatamente un procedimiento penal sumario que conlleva la pena de muerte?, ¿regiría para el subordinado la eximente de obediencia debida, la eximente de estado de necesidad exculpante o sería responsable en cualquier caso⁸⁸? En este caso tenemos que traer a cola-

⁸⁵ Cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «Autoría mediata en derecho...», *op cit*, pág. 302 y ss.

⁸⁶ Cfr. KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 207 y ss; cfr. CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 192 y 193 y GÜNTHER JAKOBS. 1997, «Derecho Penal. Parte General: fundamentos...», *op cit*, pág. 769 y ss.

⁸⁷ KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 209.

⁸⁸ Cfr. F.J. HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS. 2011, «La exención por obediencia jerárquica en el derecho penal español. Comparado e internacional», Madrid: Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, pág. 215 a 310.

ción lo dispuesto en el art. 21 del Código Penal Militar que dice que *«no se estimará como eximente ni como atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes o usos de guerra o constituyan delito, en particular contra la constitución»*. A la vista de lo anterior el subordinado no tendría la obligación de obedecer la orden, ya que esta es manifiestamente antijurídica; sin embargo no podemos obviar la amenaza que recae sobre éste, toda vez que si la incumple podría imponérsele la pena de muerte. Reconociendo que este supuesto es utópico, puesto que en nuestro derecho no hay pena de muerte, suponiendo que existiera la misma y fuese aplicada de forma sistemática, considero que la amenaza auténtica e inmediata sobre el subordinado de condenarle a pena de muerte, conlleva una anulación de la libertad de voluntad de éste. Ciertamente, habría un conflicto entre el principio de la obediencia debida y la eximente del estado de necesidad exculpante, debiendo a mí entender prevalecer la última, ya que los bienes jurídicos en juego son del mismo valor; siendo autor mediato el superior que ha dado la orden, ya que éste ha instrumentalizado al subordinado mediante una coacción normativa extrema. Además no hay que olvidar que el subordinado no ha creado la situación crítica, éste se ha encontrado, al azar, obligado a cumplir una orden antijurídica bajo coacción extrema, en consecuencia, su comportamiento ha sido justificado.

En conclusión, la mera emisión de una orden no anula la libertad de voluntad del subordinado quien deberá desobedecerla si es antijurídica, salvo que dicha orden vaya acompañada de otra coacción fáctica seria, inminente y grave sobre su vida, en estos supuestos podría producirse una anulación de la libertad de voluntad del subordinado trasladándose la responsabilidad penal de éste al superior que la ha emitido, en concepto de autor mediato, al dominar plenamente la voluntad del subordinado.

4. La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder

Si bien es cierto que las formas de autoría expuestas en los apartados precedentes son usuales en su aplicación tanto en el derecho penal español como en el derecho penal internacional, no es menos cierto que la autoría mediata se aplica con menos frecuencia en el derecho penal. Sin embargo, en los últimos años se ha demostrado que esta figura jurídica resulta de vital importancia para poder imputar determinados crímenes internacionales a personas que dada su situación

personal, política y de poder que ostentaban cuando se produjeron los hechos, nunca participaron directamente en la comisión del crimen⁸⁹. La no realización directa del crimen no significa que no sean responsables a título de autor, toda vez que tenían el pleno dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder, lo que les convierte en verdaderos autores de los crímenes cometidos a raíz de las directrices, instrucciones u órdenes que dieron para ejecutar sus planes. En nuestro país la doctrina de los aparatos organizados de poder no ha sido acogida jurisprudencialmente de forma expresa, ya que los tribunales españoles normalmente acuden a la figura de la coautoría (interpretada de forma muy amplia) para resolver los posibles problemas de codeincuencia que se encuentren en un caso⁹⁰. A pesar de ello, la gran mayoría de la doctrina española confirma la doctrina de ROXIN e incluso, alguna sentencia reciente de nuestros tribunales reconoce implícitamente la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, en concreto nos referimos a la sentencia 503/2008 de diecisiete de julio (caso del 11-M)⁹¹. A diferencia de lo que pueda ocurrir en nuestro país, no cabe duda alguna que en los países latinoamericanos la doctrina de los aparatos organizados de poder está ya plenamente acogida, basta con recordar el proceso a las Juntas militares en Argentina, la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina de 22 de diciembre del 2010 (*caso Videla*), y los *casos Fujimori y Abigail Guzmán* en el Perú, en todos ellos se recoge la teoría de la autoría mediata a través de AOP. En el derecho penal internacional también juega un rol importante la tesis de ROXIN, la cual ha sido acogida en el caso *Katanga, Omar Al Bashir y Jean Pierre Bemba* de la CPI, *Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martić y Fatmir Limaj et al* del TPIY y, *caso Protais Zigiranyirazo* del TPIR⁹². Todo esto nos muestra la trascendencia de la doctrina de los aparatos organizados de poder en el derecho penal internacional y nacional, como herramienta fundamental para poder imputar a título de autor determinados crímenes a aquellas personas que aun no realizando personalmente el hecho típico, con sus decisiones u órdenes hacen que el mismo se lleve a cabo sin ningún obstáculo.

Así pues, como se dijo anteriormente la autoría mediata puede llevarse a cabo a través de un dominio por coacción, por error o,

⁸⁹ KAI AMBOS. 2011, «Sobre la organización en el dominio de la organización», en *Indret*, Vol. 3, pág. 4.

⁹⁰ A. GIL GIL. 2009, «El caso español...», *op cit*, pág. 100.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 124.

⁹² Cfr. H. OLÁSULO. 2011, «Ensayos de derecho penal y procesal...», *op cit*, pág. 161.

mediante aparatos organizados de poder⁹³. Esta nueva forma de autoría mediata tiene su origen en la obra de ROXIN⁹⁴, quien a causa de la sentencia pronunciada en el caso *Adolf Eichmann* entendió que la autoría mediata no se agotaba exclusivamente con el dominio por coacción o error, sino que existía una tercera forma independiente de autoría mediata, a través de la cual se podía imputar al dirigente de una organización criminal como autor mediato, aun cuando los autores inmediatos fuese plenamente responsables⁹⁵. Las figuras clásicas de autoría para imputar crímenes individuales (autor directo, coautor e inductor) no dan una respuesta satisfactoria en relación a la comisión de crímenes internacionales, los cuales, tienen una característica de globalidad que exceden de lo ordinario⁹⁶. En dichos crímenes internacionales intervienen una pluralidad de personas que suelen estar vinculadas de *iure* o de *facto*, en síntesis, suele tratarse de una relación vertical y no horizontal. Las antiguas teorías subjetivas no pueden servir de base para imputar a título de autor mediato al líder militar o político que dirige un AOP, ya que los inductores también tienen el *animus auctoris* requerido por tales teorías⁹⁷. Tenemos que acudir a la teoría del dominio del hecho a fin de determinar correctamente quién es la persona que controla la voluntad del ejecutor y, dicha forma de concreción se encuentra en la teoría del dominio del hecho mediante los aparatos organizados de poder.

Siguiendo el criterio establecido en la sentencia de fecha 07.04.09 de la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*, los principales requisitos del dominio del hecho mediante AOP son los siguientes: existencia de una estructura jerárquica de la organización, poder de mando del autor mediato, desvinculación de la organización del derecho, fungibilidad del autor directo, predisposición del autor inmediato para la realización del hecho ilícito.

⁹³ Cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «Autoría mediata en derecho...», *op cit*, pág. 337 y ss.

⁹⁴ Cfr. P. FARALDO CABANA. 2004, «Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas. La autoría mediata con aparatos organizados de poder», Valencia: Tirant Lo Blanch, pág. 25 y ss.

⁹⁵ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 269; cfr. CLAUS ROXIN. 2006, «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata», en *Revista de Estudios de la Justicia* n° 7, pág. 11 a 21.

⁹⁶ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 270.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 271.

4.1. Existencia de una estructura jerárquica de la organización

La estructura jerárquica de la organización es una de las piezas principales para poder fundamentar el dominio del hecho mediante AOP, esta estructura jerárquica conlleva que la relación entre el dirigente/líder político o militar con sus subordinados sea de carácter vertical, es decir, que la orden discurre desde arriba hacia abajo, diferenciándose así de la coautoría que su relación es horizontal⁹⁸. Dentro de esta organización⁹⁹ debe existir una asignación de tareas o roles. Como se indicó en el caso *Fujimori*, dicha organización «(...) posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional»¹⁰⁰. Así pues, la organización al ser de carácter vertical, es decir, fuertemente influenciada por los principios de subordinación y supremacía, hace que las órdenes emitidas por la cúpula de poder sean llevadas a cabo por los ejecutores¹⁰¹. Entre las características fundamentales de la estructura jerarquizada encontramos la asignación de roles y el mecanismo funcional del aparato. Con respecto a la primera característica, ésta explica la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, es decir, entre la cúpula de poder y los miembros que llevan a cabo el designio de aquélla, aludiendo a una distribución de funciones. ROXIN no está de acuerdo con hacer referencias a la distribución de funciones toda vez que dicho requisito es propio de la coautoría, lo que podría dar lugar a ciertas confusiones. Sobre el mecanismo funcional del aparato, éste se concreta en el automatismo del mismo. Ello significa el desarrollo de un proceso por sí solo, lo que conlleva que la cúpula de poder u hombre de atrás sepa que su orden siempre va a ser cumplida, sin necesidad alguna de conocer al

⁹⁸ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 155 y 156; cfr. KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori», en *Autoría Mediata —El Caso Fujimori—*, Editores: Kai Ambos e Iván Meini, Lima: Ara Editores, pág. 76.

⁹⁹ Es importante significar que dentro de la organización debemos incluir principalmente las estatales, pero también las no estatales siempre que éstas presenten una continuidad segura y actúen como «un Estado dentro del mismo Estado», cfr. KAI AMBOS. 2011, «Sobre la organización en el dominio...», *op cit*, pág. 9.

¹⁰⁰ CSJ-SPE, pára. 726.

¹⁰¹ E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 156.

ejecutor de la misma¹⁰². Dicho funcionamiento automático¹⁰³ es la clave para comprender el cumplimiento exhaustivo de la orden, no haciendo falta que exista una orden por escrito o expresa¹⁰⁴.

4.2. Poder de mando del autor mediato

El poder de mando es esencial para entender el dominio del hecho mediante un AOP, esto quiere decir que los autores mediatos deben tener un poder pleno sobre el control del hecho ilícito, por lo que generalmente deberán pertenecer a un nivel estratégico superior del plan criminal, es decir, aquellos que ocupan el vértice del AOP¹⁰⁵. Los supuestos en los que se ha condenado a una persona como autor mediato en virtud de AOP ha coincidido con el hecho de que la misma era un alto líder político o militar que tenía la *potestas* suficiente para dirigir las fuerza armadas de un Estado o las fuerzas y cuerpos de seguridad del mismo, pensemos en *Jorge Videla*, *Alberto Fujimori*, *Salazar Monroe* o incluso en el seno de organizaciones terroristas en *Abigail Guzmán Reinoso*. Todos ellos tenían la capacidad suficiente para dirigir la organización dictando las órdenes que consideraban oportunas tendentes a cumplirse el ideal criminal establecido por ellos. Tales órdenes no tienen por qué ser realizadas por escrito, vale la mera orden verbal o informal¹⁰⁶. Como se indica en el caso *Fujimori*, «el poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior — del hombre de atrás— de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar»¹⁰⁷. Lo relevante del poder de mando es la facultad para dictar una orden o mandato¹⁰⁸, la

¹⁰² *Ibidem*, pág. 12.

¹⁰³ Cfr. KAI AMBOS. 2011, «Sobre la organización en el dominio...», *op cit*, pág. 13, dicho funcionamiento automático puede surgir por la fungibilidad de los ejecutores, su subordinación (a causa de un adoctrinamiento severo, radical y violento) y por la pertenencia a determinadas etnias. Estas características son propias de los actuales conflictos africanos en donde no existe una formalidad jerárquica previa, sino más bien unos factores «débiles» que podrían ser vínculos socio-familiares, afiliación de origen, pertenencia a una tribu o etnia...

¹⁰⁴ CSJ-SPE, pára. 726

¹⁰⁵ KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», *op cit*, pág. 77.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pág. 77.

¹⁰⁷ CSJ-SPE, pára. 729.

¹⁰⁸ CLAUS ROXIN. 2006, «El dominio de organización...», *op cit*, pág. 16.

cual va ser cumplida de forma automática sin que se tenga que preocupar el líder militar o político del cumplimiento de la misma, al tener la plena certeza de que se va a llevar a cabo, bien por un ejecutor concreto o por otro distinto, los cuales normalmente no conocerá. Además, el líder militar o político no tendrá que recurrir al engaño o a la coacción para que se cumpla la orden, ya que el ejecutor compartirá los objetivos de la organización teniendo una predisposición al hecho típico. Por ello el dominio de la voluntad del autor mediato (líder político o militar) se ejerce a causa de la integración del ejecutor dentro del aparato organizado de poder¹⁰⁹.

Ahora bien, dentro de la organización puede que haya diversas personas que ejercen poder de mando. Siguiendo con el ejemplo del Estado Mayor del Ejército que decide bombardear una ciudad indefensa, dicho órgano militar está compuesto por una pluralidad de personas, las cuales aportan elementos esenciales al hecho típico, es decir, su planeamiento, dirección, actualización, concreción... aunque sean practicados en la fase preparatoria. ¿Qué grado de responsabilidad tendrá cada miembro del Estado Mayor que ha decidido planear dicho crimen de guerra? En primer lugar no cabe duda que todos ellos pertenecerán al nivel estratégico superior, mientras que los oficiales de los cuales se sirven posteriormente pertenecen al nivel estratégico intermedio. En segundo lugar, los ejecutores podrán ser autores directos del crimen de guerra. Aquí se aprecia de forma clara como el poder de mando sigue una línea vertical¹¹⁰, a diferencia de la coautoría que es horizontal; el Estado Mayor del Ejército pronuncia una orden que es transmitida a los niveles intermedios, quienes a su vez la imparten a los ejecutores. Hay que destacar que el aparato organizado de poder posee una estructura piramidal, mediante la cual las órdenes son impartidas desde la cúspide y son ejecutadas por los miembros de la base piramidal, habiendo entre medias una cadena de mando o intermediarios que también deben responder por los hechos típicos; el nivel estratégico planeará y diseñará el crimen y, el nivel ejecutor lo realizará sin participar en la toma de decisiones del nivel estratégico¹¹¹. En este estado de ideas es obvio que los miembros del Estado Mayor del Ejército responderán como autores mediatos del crimen de guerra y los ejecutores como autores directos o inmediatos. Pero nos tenemos que hacer una pregunta, ¿qué grado de responsabilidad tendrán aquellos oficiales que han transmitido las órdenes? Te-

¹⁰⁹ CSJ-SPE, pára. 729, párrafo 3°.

¹¹⁰ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 156.

¹¹¹ *Ibidem*, pág. 157.

nemos que tener en cuenta que dichos oficiales no han diseñado el plan ni lo han ejecutado y además, que los miembros del Estado Mayor del Ejército tienen un dominio del hecho tanto positivo como negativo y los ejecutores tienen un dominio pleno de la acción, por lo tanto, ¿qué dominio del hecho posee el nivel intermedio? Para 3 los oficiales del nivel intermedio deberían responder como coautores, toda vez que no dominan todo el AOP y sí han realizado una tarea fundada en la división del trabajo¹¹²; GIMBERNAT por su parte entiende que deberían ser cómplices¹¹³; PÉREZ CEPEDA considera que el nivel intermedio debería responder a título de cooperador necesario¹¹⁴ bajo ciertas condiciones y ALICIA GIL entiende que podrían ser inductores¹¹⁵. Un punto de partida importante es lo manifestado por ROXIN quien considera que quien es empleado de una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que pueda impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles; el hecho de que lo haga por iniciativa propia o en interés de la organización es irrelevante, pues su autoría dependerá de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito¹¹⁶.

A mi juicio, la posición más acertada para delimitar la responsabilidad del nivel intermedio (oficiales que transmiten la orden) es la de ROXIN, por lo que deberíamos de entender que éstos también serán autores mediatos del crimen de guerra. Lo relevante en la hipótesis planteada es determinar qué dominio del hecho poseen los oficiales, en concreto qué dominio de la voluntad. Pues bien, no podemos negar que tienen tanto un dominio positivo, el cual viene determinado por la actualización de la orden y por su transmisión, labor que se ve facilitada por el rango jerárquico que puedan ostentar¹¹⁷ y, un dominio negativo que consiste en la facultad para romper el eslabón de cadena

¹¹² KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», *op cit*, pág. 79; KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 232.

¹¹³ E. GIMBERNAT ORDEIG. 1966, «Autor y cómplice en derecho penal», Madrid: universidad de Madrid, pág. 191 a 193, en el mismo sentido opina HERNÁNDEZ PLASENCIA salvo el último que transmite la orden que será inductor.

¹¹⁴ Cfr. A.I. PÉREZ CEPEDA. 2002, «Criminalidad de empresa: problemas de autoría...», *op cit*, pág. 120.

¹¹⁵ A. GIL GIL. 2009, «El caso español...», *op cit*, pág. 114 y J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA. 2006, «La codelinuencia en organizaciones criminales de estructuras jerarquizadas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 17, pág. 78.

¹¹⁶ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 275 y 276.

¹¹⁷ J.L RODRÍGUEZ VILLASANTE Y PRIETO. 2000, «Los principios generales del derecho penal...», *op cit*, pág. 404.

de mando y con ello frustrar la acción militar encomendada. Pero lo más importante es que el nivel intermedio posee un dominio de la voluntad mediante el AOP, toda vez que éstos tienen la capacidad para emitir órdenes¹¹⁸, es decir, tienen poder de mando y tienen a su disposición un número suficiente de ejecutores fungibles para cometer el crimen de guerra¹¹⁹. Tenemos que partir de un concepto del dominio del hecho abierto y no restringido y además, entender que el dominio de la voluntad se efectúa a través de un AOP, dando igual la capacidad mayor o menor de mando que puedan tener el nivel estratégico y el intermedio, pues ambos gozan de dicho poder de mando, por lo que reúnen los requisitos necesarios para ser autores mediatos. Resulta interesante significar que la sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010 en el caso *Videla* indicó que se puede hablar de diversos escalones o formas de participación, el nivel estratégico o autores por mando, nivel intermedio o autores por organización y nivel ejecutor o autores ejecutivos, afirmándose que los dos primeros niveles serán considerados autores mediatos «*pues su posición dentro de la organización, los coloca en la cúspide de la misma, o bien en un segundo nivel de conducción y control, sin ejecución material del hecho*»¹²⁰.

A su vez, en los crímenes cometidos mediante AOP la distancia espacial y jerárquica entre los ejecutores directos del crimen y las personas que los han ideado, planeado y ordenado, conlleva que la responsabilidad sea mayor cuanto más distancia haya entre dichos extremos; es decir, no se produce una disminución de la responsabilidad porque quien dio la orden estaba lejos de la comisión del crimen o no conocía ciertos datos relevantes del caso, todo lo contrario, cuanto más lejos se haya el poder de decisión, normalmente más control ejerce sobre el nivel ejecutor de la orden, utilizando para ello la cadena de mando pertinente. En el caso *Eichmann*, el Tribunal de Jerusalén ya indicó que: «*la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando*»¹²¹; de igual forma se manifestó la Corte Suprema Federal Alema-

¹¹⁸ Cfr. J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA. 2006, «La codelincuencia en organizaciones criminales...», *op cit*, pág. 50.

¹¹⁹ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 169 y 170.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010, pág. 622.

¹²¹ Sentencia de la Corte de Distrito de Jerusalén de 12.12.91, pára.197; dicha apreciación se repite en la sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori* y en la sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010 (caso *Videla et al.*), pág. 620.

na en su sentencia de fecha 26.07.94 5StR 98/94 y la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*. Esto quiere decir que aunque los líderes que se encuentren en la cúpula de poder tienen un dominio del hecho mayor, los mandos intermedios también poseen dicho poder de mando, a una escala menor, pero no por ello pierden el dominio del curso criminal, así pues deberían responder como autores mediatos, siempre y cuando se sigan reuniendo las características propias de esta forma de autoría.

4.3. *Desvinculación de la organización del derecho*

Este requisito ha sido objeto de numerosas críticas ya que hay diversos autores que entienden que el mismo no es necesario, entre ellos KAI AMBOS¹²². Este autor sostiene que en los ejemplos de AOP (régimen nazi y régimen de la antigua RDA) tales aparatos formaban parte del propio ordenamiento jurídico, lo que conllevaba una justificación mayor de la autoría mediata mediante AOP al entender que en estos casos al subordinado le costaba mucho más determinar si su conducta era acorde o no a derecho; mientras que en el caso de que el AOP actuase completamente al margen del derecho, en tal supuesto el subordinado podría diferenciar entre el derecho vigente (justo) y el injusto (órdenes antijurídicas). En cualquier caso, la necesidad o no de este requisito no altera en lo más mínimo la figura del autor mediato en virtud de aparatos organizados de poder.

Dicho lo anterior, entendiendo la existencia del requisito de la desvinculación jurídica, ésta no es otra cosa que el actuar al margen del derecho por parte de la organización, que la organización se estructure, opere y permanezca al margen del sistema jurídico nacional e internacional¹²³. El derecho referido es el propio ordenamiento jurídico del Estado al cual pertenece dicha organización. Obsérvese, que tal derecho estará conformado tanto por las normas internas como por las normas internacionales, toda vez que éstas normalmente, tras previas vicisitudes legales o procedimentales, forman parte del ordenamiento jurídico estatal. Así pues, los convenios internacionales ratificados por los Estados y el derecho consuetudinario internacional también es parte del derecho al cual están sometidos los AOP. La desvinculación no ha de ser total, es decir, que la organización opere en

¹²² Cfr. KAI AMBOS. 2005, «Parte General del Derecho Penal...», *op cit*, pág. 234 y ss.

¹²³ CSJ-SPE, pára.733.

todas sus facetas al margen de la ley; será suficiente que dicha desvinculación se produzca exclusivamente en relación con el marco del tipo penal o crimen internacional que se pretende cometer¹²⁴. La desvinculación puede producirse de forma instantánea a través de una decisión del nivel estratégico o autores de mando de desvincularse del Estado de derecho, o de manera gradual por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas¹²⁵.

ROXIN, en sus primeras manifestaciones sobre el dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder defendía que ésta solo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que mientras que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentarse por dominio, al tener las leyes un rango supremo que excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas¹²⁶; en dichos supuestos, según ROXIN la emisión de una orden antijurídica conllevaría un supuesto de inducción al moverse la organización por los cauces reglados del derecho. Empero lo precitado, tenemos que observar que la desvinculación del derecho puede ser de dos formas, la primera sería mediante el propio derecho, es decir, el AOP utilizaría mecanismos legales que justificasen los crímenes internacionales o los permitiese (supuesto del régimen nazi durante la 2^o guerra mundial). La segunda forma sería cuando el AOP sin modificar el derecho vigente, efectúa actos que se desvinculan del mismo, no teniendo consideración alguna por lo dispuesto en su ordenamiento jurídico o por las normas supranacionales (derecho convencional y consuetudinario), produciéndose una actuación paralela al derecho interno o internacional¹²⁷.

En este orden de ideas tenemos que preguntarnos en qué afecta la desvinculación del derecho por parte del AOP en relación al dominio de la voluntad que estamos tratando. En mi opinión y siguiendo la posición de KAI AMBOS, MEINI¹²⁸ y FERNÁNDEZ IBÁÑEZ¹²⁹, entiendo que

¹²⁴ CLAUS ROXIN. 2006, «El dominio de organización...», *op cit*, pág. 16; cfr. CSJ-SPE, pára. 734.

¹²⁵ KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», *op cit*, pág. 82.

¹²⁶ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 277.

¹²⁷ CSJ-SPE, pára. 735, punto 4^o.

¹²⁸ IVÁN MEINI. 2010, «El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 09.04.09», en *Autoría Mediata —El caso Fujimori—*, Editores: Kai Ambos e Iván Meini, Lima: Ara Editores, pág. 223.

¹²⁹ E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 200 y ss.

no es necesario dicho requisito para fundamentar la existencia de un dominio de la voluntad mediante AOP, toda vez que dicho dominio se asienta en la fungibilidad del ejecutor, el poder de mando del autor mediato, la existencia de una organización jerarquizada y el automatismo de dicha organización. Además, si bien es cierto que ROXIN utiliza dicho requisito a fin de justificar la motivación del ejecutor, en el sentido de que estará más motivado a no cumplir la orden si esta es antijurídica (opera fuera del derecho vigente) que si en principio forma parte del derecho; no es menos cierto que tal fundamentación puede resultar interesante para dilucidar la responsabilidad del ejecutor, pero no nos ayuda para justificar el dominio de la voluntad del autor mediato, que es la cuestión central, ya que éste no tiene que elegir entre una orden antijurídica o legal, él es quien emite la instrucción que pretende la comisión de un crimen¹³⁰. Por lo tanto el dominio del acontecer del curso criminal no se fundamenta en la desvinculación del AOP del derecho, aunque no podemos negar también que, normalmente, de una forma u otra, el AOP actuará al margen del derecho, como cualquier otro criminal que cometa un delito. Lo peculiar en estos casos es que son los propios órganos del Estado quienes de forma ilícita, aprovechándose de la estructura del mismo y del poder de mando inherente a un órgano jerarquizado, dan instrucciones u órdenes tendentes a cometer un crimen teniendo en todo momento el dominio de la voluntad de los ejecutores y de los autores de la organización o personas del nivel intermedio.

4.4. *La fungibilidad del autor directo*

Una de las características más relevantes de la autoría mediata mediante el dominio de la voluntad por aparatos organizados de poder, reside en que el autor inmediato suele ser plenamente responsable, hecho que ha sido muy criticado por la doctrina al poner en crisis el principio de responsabilidad por el cual cada sujeto debe responder por su propia conducta no pudiendo traspasarse la responsabilidad a otra persona¹³¹; cada uno debe responder penalmente

¹³⁰ Cfr. Iván Meini. 2010, «El dominio de la organización...», *op cit*, pág. 222.

¹³¹ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 25 y ss; cfr. P. FARALDO CABANA. 2004, «Responsabilidad penal del dirigente...», *op cit*, pág. 90, esta autora defiende que el principio de responsabilidad no se ve quebrantado en la autoría mediata a través de AOP, toda vez que la importancia de esta forma de autoría es el traslado de la posición central del suceso del hombre de delante al de atrás. El primero domina la acción y el segundo domina el AOP, mediante el cual se asegura que el hecho criminal se lleve a cabo con indiferencia de si se niega algún ejecutor.

por su propio comportamiento¹³². El autor inmediato puede desistir en cualquier momento de la comisión del crimen toda vez que tiene un dominio de la acción, tanto positivo como negativo. A fin de poder asegurarse el nivel estratégico de que el crimen va a llevarse a efecto, es necesario que haya una pluralidad de ejecutores dispuestos, fungibles¹³³ e intercambiables, en cantidad suficiente para acreditarse que el hecho típico va a producirse¹³⁴. Así pues, podría afirmarse que el autor mediato no domina directamente la voluntad del ejecutor, sino la voluntad del conjunto de todos los ejecutores fungibles y dispuestos a cometer el crimen. La fungibilidad del ejecutor se convierte en una característica imprescindible en este tipo de autoría mediata¹³⁵. Como afirmo ROXIN, «el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor»¹³⁶. La Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*, sostuvo que la fungibilidad se «ha entendido, generalmente, como la característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso»¹³⁷. Los ejecutores en su vertiente individual no son relevantes para el AOP, lo característico de éstos es que la negativa de uno de ellos no impide o frustra el mandamiento del autor mediato, toda vez que éste tiene el pleno control de la organización a través de una pluralidad de ejecutores intercambiables, en síntesis, si uno de ellos se niega a cometer el crimen no hay duda en que habrá otro distinto que lo lleve a cabo. El dominio de la voluntad en estos supuestos no puede reducirse exclusivamente al autor inmediato y al mediato, debe in-

¹³² Lo relevante es que el autor material responderá de su comportamiento salvo que concurra alguna causa de justificación, de exculpación o de inimputabilidad. Por otro lado, el autor mediato responderá por instrumentalizar al ejecutor o al AOP, el cual domina, cfr. P. FARALDO CABANA. 2004, «Responsabilidad penal del dirigente...», *op cit*, pág. 104 y 105. El principio de responsabilidad es compatible dentro de la autoría mediata a través de AOP, cada partícipe del hecho criminal debe responder por su conducta, no constituyendo lo anterior una excepción a dicho principio, cfr. C. BOLEA BARDÓN. 2000, «Autoría mediata en derecho...», *op cit*, pág. 120.

¹³³ Cfr. J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA. 2006, «La codelincuencia en organizaciones criminales...», *op cit*, pág. 53.

¹³⁴ KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», *op cit*, pág. 83 y P. FARALDO CABANA. 2004, «Responsabilidad penal del dirigente...», *op cit*, pág. 89, como afirma esta autora en el caso de que un ejecutor se niega a realizar el hecho criminal la organización proveerá otro distinto para tal fin, de ahí la fungibilidad del autor, la cual debe distinguirse de la alta probabilidad de comisión del ilícito.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010, pág. 620.

¹³⁶ CLAUS ROXIN. 2000, «Autoría y dominio del hecho...», *op cit*, pág. 272.

¹³⁷ CSJ-SPE, pára. 737.

cluirse el dominio sobre toda la organización (nivel intermedio y ejecutor)¹³⁸.

Podemos afirmar la existencia de dos tipos de fungibilidad, la negativa y la positiva. La primera se refiere a situaciones en las que existe una negación o abstención del ejecutor pudiendo frustrarse el plan criminal, pero esto no se produce ya que se utiliza otro ejecutor en su lugar. El segundo tipo de fungibilidad es aquel en el cual el nivel estratégico selecciona a los ejecutores que quiere utilizar para el hecho criminal, entre los mejores de la organización¹³⁹. En todos estos casos el ejecutor es intercambiable, incluso en la fungibilidad positiva, puesto que si todos los ejecutores seleccionados se niegan a realizar el crimen, el AOP podrá seleccionar otros nuevos aunque con ello se retrase la comisión del crimen. En el caso de un ejército este dato es notable, ya que si los ejecutores seleccionados se niegan a llevar a cabo el crimen, los autores mediatos con mando, podrán volver a seleccionar entre sus subordinados a otros que estén en condiciones de realizar dicho crimen, aunque necesiten más tiempo para formarlos. El nivel estratégico sabe que con el tiempo se volverá a estar en disposición de cometer el crimen, al tener los medios personales y materiales suficientes para la misión criminal ideada. El ser sustituible a indicación del AOP es una muestra evidente del dominio de la voluntad que tiene ésta a través de la organización. Asimismo, la fungibilidad del ejecutor hace pensar que éste sea considerado un mero instrumento en manos del nivel estratégico, quien decide como usarlo, cuándo, cómo, dónde...en síntesis, tiene pleno dominio a través de las características de la organización, sobre el nivel ejecutor, aun cuando no lo conozca personalmente.

A pesar de todo lo expuesto, parte de la doctrina entiende que el criterio de la fungibilidad no es el dato relevante para determinar la autoría mediata a través de AOP, SCHROEDER entiende que lo importante es la decisión incondicional del ejecutor de cometer el crimen, toda vez que la fungibilidad es un medio para obtener el dominio del hecho¹⁴⁰. Según mi parecer, el criterio de la fungibilidad resulta necesario para entender el dominio de la voluntad a través de AOP. Si la organización no tiene la pluralidad de personas necesarias para cometer el crimen el mismo no podrá llevarse a cabo, al faltar el nivel ejecutor. El automatismo característico de estas organiza-

¹³⁸ Cfr. CLAUS ROXIN. 2006, «El dominio de organización...», *op cit*, pág. 17.

¹³⁹ Cfr. KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», *op cit*, pág. 83 y CSJ-SPE, pára. 738.

¹⁴⁰ Cfr. E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 132.

ciones se consigue con el poder de mando suficiente y con una diversidad de ejecutores fungibles, sustituibles o intercambiables que aseguran la comisión del crimen. El autor mediato no llegará a conocer al autor inmediato, pero este hecho le es irrelevante, ya que sabe que puede cambiar al mismo en cualquier momento por otro mejor o que esté dispuesto a realizar el crimen. Ciertamente, el dominio del hecho se asegura y afirma teniendo el nivel estratégico un número suficiente de ejecutores que le aseguren el crimen, o la propia posibilidad del nivel estratégico de buscar y seleccionar a dichas personas para cometer el crimen. En cualquier caso, una pluralidad de personas sustituibles es necesaria para ratificar el dominio del hecho por el aparato de poder. Empero lo anterior, junto con la fungibilidad es necesario analizar la previa disposición incondicional del autor inmediato a efectuar el crimen. La unión de ambos requisitos conlleva el pleno dominio de la voluntad de los ejecutores a través del AOP.

4.5. Disposición del autor inmediato a cometer el hecho criminal

Durante mucho tiempo este requisito no fue necesario para determinar la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, sin embargo SCHROEDER y HEINRICH con su aportación a la teoría de ROXIN, aclararon que la predisposición del ejecutor a cometer el crimen es imprescindible. Esta disposición del autor inmediato a realizar el crimen, en palabras de la Corte Suprema del Perú, es una «*predisposición psicológica del ejecutor a la realización de la orden que implica la comisión del hecho ilícito*»¹⁴¹. Como se explicó en otros apartados no es exclusivamente la fungibilidad del autor inmediato lo que ratifica el dominio del hecho, sino la predisposición de éste a realizar el tipo penal, quien internaliza y está de acuerdo con ello, todo esto conlleva un aseguramiento del hecho típico. Esta internalización del crimen está estrechamente unida al vínculo que se crea entre el AOP y el nivel ejecutor¹⁴². La predisposición del ejecutor implica que éste no actúe como cualquier otro ciudadano, sino que su comporta-

¹⁴¹ CSJ-SPE, pára. 741.

¹⁴² Recordemos que en aquellos AOP no estatales que tienen su fundamento en connotaciones étnicas o socio-familiares, el vínculo que se crea entre el AOP y el nivel ejecutor es máximo, al estar arraigado en sus miembros cierta obediencia ciega.

miento es parte del todo estratégico, operativo e ideológico que integra la organización de poder jerarquizada¹⁴³.

Desde el mismo momento en que el ejecutor se encuentra inmerso en la organización está influenciado para cometer el hecho criminal. La predisposición al hecho se debe referir a los actos regulares de la organización, puesto que todos aquellos actos que no tengan nada que ver con las actividades de la organización no podrán ser fundamentados en la autoría mediata¹⁴⁴. Ahora bien, en el supuesto planteado en otros apartados del Estado Mayor del Ejército que decide implementar un plan por el cual va a bombardear ciudades indefensas del enemigo, ¿los subordinados que ejecutan materialmente el hecho tienen una predisposición previa al hecho criminal? Según lo expuesto, los subordinados deberían estar plenamente de acuerdo con el plan del Estado Mayor, interiorizando los deseos de éste o influenciados por dicho plan. Resulta evidente que éstos estarán influenciados toda vez que son sus superiores quienes dan la orden de cometer el crimen, pero lo relevante es determinar hasta qué punto hay una predisposición al hecho por parte de los subordinados. Pues bien, en el caso de que éstos desconozcan que la ciudad está indefensa podremos hablar de una autoría medita por error, pero desde que los subordinados tienen conocimiento de que tal ciudad está indefensa y ejecutan la orden, han aceptado el plan criminal de la organización o Estado Mayor y por ello tienen una predisposición al hecho criminal, puesto que si no fuera así deberían haberse negado o desistido a ejecutar el crimen, al haber una pluralidad de ejecutores en el ejército que pudieran estar dispuestos a realizar el hecho típico.

4.6. Soluciones alternativas a la autoría mediata

4.6.1. La inducción

La inducción según MIR PUIG es la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo de autoría dolosa o im-

¹⁴³ Cfr. KAI AMBOS. 2010, «Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia...», *op cit*, pág. 87.

¹⁴⁴ Cfr. Iván Meini. 2010, «El dominio de la organización...», *op cit*, pág. 229.

prudente¹⁴⁵. El inductor debe causar la resolución criminal en el autor inmediato de forma directa, según dispone el art. 28 del CP dentro de nuestro ordenamiento jurídico; cosa distinta puede ocurrir en el derecho penal internacional, en dónde no se exige que dicha instigación sea directa. Según los tribunales penales *ad hoc*, por inducción debe entenderse «todo aquel que a través de una acción u omisión, incita a otro a la comisión de un crimen de derecho internacional»¹⁴⁶. La distinción entre la inducción y la autoría mediata es muy compleja, máxime cuando se acepta la posibilidad de que exista un autor mediato con plena responsabilidad, como ocurre en los supuestos de AOP¹⁴⁷. Ahora bien, la propuesta de la inducción deberíamos rechazarla¹⁴⁸ puesto que deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del autor mediato. La inducción no corrobora el dominio que ostenta el autor mediato y que hemos explicado anteriormente, además el inductor interviene en un hecho ajeno mientras que el autor mediato realiza el hecho propio a través de un instrumento (el ejecutor)¹⁴⁹. A su vez, el inductor debe buscar una persona, entablar contacto con ella y convencerle para ejecutar el crimen, mientras que el autor mediato ni busca, ni entabla contacto ni mucho menos convence al ejecutor, simplemente utiliza el aparato de poder para satisfacer sus designios, sin conocer al ejecutor en muchos casos, ya que como se dijo éste es sustituible¹⁵⁰. Otro elemento que hace pensar la no aplicación de la figura del inductor, es la circunstancia de que la función del inductor termina justo cuando ha creado en el ejecutor la idea de cometer el crimen, en ese mismo momento no interviene en nada en la comisión del crimen¹⁵¹; sin embargo el hombre de atrás o autor mediato juega un rol mucho más amplio ya que incide e interviene en el crimen en todas sus facetas al

¹⁴⁵ S. MIR PUIG. 2008, «Derecho Penal...», *op cit*, pág. 408; cfr. A. GIL GIL, J.M. LA-CRUZ LÓPEZ, M. MELENDO PARDOS y J. NÚÑEZ FERNÁNDEZ. 2011, «Curso de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 393 y ss.

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Krstic*, sentencia de 2 de agosto del 2001, pára. 601; cfr. G. WERLE. 2005, «Tratado de derecho penal...», *op cit*, pág. 219 y 220.

¹⁴⁷ P. FARALDO CABANA. 2005, «Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal internacional...», *op cit*, pág. 45; a la hora de observar la complejidad de diferenciar la inducción de la autoría mediata, basta observar la sentencia de 6 de octubre del 2010 del Tribunal Supremo (STS 835/2010) en la cual se condena a una persona como inductor o autor mediato, sin deslindarse claramente dichas figuras jurídicas.

¹⁴⁸ Cfr. P. FARALDO CABANA. 2004, «Responsabilidad penal del dirigente...», *op cit*, pág. 174 y ss.

¹⁴⁹ E. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ. 2006, «La autoría mediata...», *op cit*, pág. 369.

¹⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pág. 370.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pág. 372.

controlar el curso de los acontecimientos. Otra posible distinción entre la inducción y la autoría mediata en virtud de AOP, radica en que la influencia, mediante AOP, ejercida sobre el ejecutor se fundamenta en una estructura jerárquica, mientras que la influencia en la inducción no se fundamenta en relaciones jerárquicas. Siguiendo con el ejemplo del Estado Mayor del Ejército que planea bombardear ciudades indefensas, si se les considerase a éstos como inductores, desde el momento en que pronuncian y cursan sus órdenes por los conductos reglados para que se lleven a cabo, dejarían de intervenir en los hechos, su labor habría finalizado. Empero lo manifestado, surge todo lo contrario. Al ser autores mediatos tienen el pleno control del acontecer criminal, aun después de haber cursado sus órdenes, éstos tienen la facultad y poder de hacer que la misma no se cumpla, retrasarla, modificarla o suspenderla, ya que controlan la estructura jerárquica, de la cual son el nivel estratégico. Ello demuestra el dominio del hecho que ostentan y que un mero inductor no tendría, al faltarle el referido dominio del hecho.

Los principales defensores de la inducción rechazan la autoría mediata toda vez que entienden que desde el momento en que el ejecutor es plenamente responsable y libre, no hay dominio del hecho alguno por parte del hombre de atrás. Desde mi punto de vista dicha postura resulta errónea. Si bien es cierto, como hemos sostenido, que la línea que separa la autoría mediata de la inducción es muy frágil y difícil de ver, no es menos cierto que en los casos de dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder se puede observar y delimitar ambas figuras. El hecho de que el ejecutor sea plenamente responsable no influye en el dominio del hecho del hombre de atrás, toda vez que éste mediante su poder de mando en la organización jerárquica puede sustituir a los ejecutores e incluso seleccionarlos entre las personas que tiene bajo su subordinación. Además la predisposición al hecho criminal por parte del ejecutor conlleva desde su aceptación la plena responsabilidad de éste, al aceptar el mandato del AOP. La convivencia del ejecutor libre y responsable con el hombre de atrás, no impide la existencia de un dominio del hecho por parte de éste; a mayor abundamiento, es necesario que el ejecutor actúe de forma libre y responsable ya que de lo contrario no se podría hablar de un dominio del hecho mediante un AOP.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico los requisitos necesarios que deben concurrir para que exista la inducción son los siguientes: a) que sea anterior al hecho punible puesto que es su causa, b) que sea directa, es decir, ejercida sobre una **persona determinada** y encaminada a la comisión de un delito también determinado, c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la rea-

lización del hecho perseguido, d) dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito»¹⁵². Como se ha indicado, la inducción debe efectuarse sobre una persona determinada. Esta circunstancia no se encuadra bien en los supuestos planteados en el presente trabajo. Manteniendo el ejemplo anterior, el Estado Mayor del Ejército en ningún momento va a conocer a los subordinados que van a ejecutar el hecho criminal, por lo que no se podría definir tal conducta como una inducción, estando más próxima la figura del autor mediato.

4.6.2. La coautoría

El principal defensor de sustituir la figura del autor mediato en los ejemplos expuestos por la de la coautoría es JAKOBS¹⁵³, quien considera que solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas¹⁵⁴. Desde este mismo momento he de afirmar que en caso de que los supuestos planteados no tuviesen acogida dentro de la figura del autor mediato, la solución más satisfactoria sería encuadrarlos dentro de la coautoría¹⁵⁵. Sin embargo, a mi juicio la coautoría conlleva el problema de la división de tareas dentro de un plan común, mediante la cual los intervinientes acuerdan dicho reparto de funciones. En los casos expuestos no hay un reparto de funciones «democrático» dentro de la organización¹⁵⁶, puesto que el nivel estratégico ni siquiera conoce al ejecutor o ejecutores, no existe acuerdo entre ellos, toda vez que es la propia organización quien mediante el poder que desprende y junto con la fungibilidad y predisposición del ejecutor, lo que produce el reparto de funciones dentro del AOP. Si bien es cierto que podemos afirmar una división de funciones dentro del aparato de poder, ya que es el nivel estratégico quien planea, dirige, diseña y ordena el crimen, no

¹⁵² STS 503/2008, de 17 de julio, FJ. 96º pto.2

¹⁵³ Cfr. GÜNTHER JAKOBS. 1997, «Derecho Penal. Parte General: fundamentos...», *op cit*, pág. 783 y ss.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pág. 784.

¹⁵⁵ Cfr. HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND. 2002, «Tratado de Derecho Penal...», *op cit*, pág. 722, este autor también defiende la posición de la coautoría siempre que el ejecutor sea plenamente responsable.

¹⁵⁶ En mi opinión la organización normalmente estará compuesta por el nivel estratégico (superior), el intermedio y el ejecutor (inferior).

es menos cierto que tal reparto de funciones no se puede asemejar a la de la coautoría, al no poder participar en la toma de decisiones los ejecutores, quienes desconocerán en muchos casos en que consistirá la orden que se les puede emitir. Además, lo característico de la coautoría es su horizontalidad, cosa distinta de la autoría mediata en AOP que se caracteriza por su verticalidad¹⁵⁷, es decir, su estructura piramidal y jerarquizada, mediante la cual quienes están en la cúpula o cima de la misma tienen el poder suficiente para ejercer el dominio del hecho sobre el acontecer jurídico, cosa que en la coautoría estaría bastante más limitado dicho poder en el nivel ejecutor.

4.7. Posición del derecho penal internacional

La postura adoptada por el derecho penal internacional en relación a la figura jurídica del autor mediato es avanzada, pudiéndose afirmar que se ha dado un paso al frente para afianzar esta forma de autoría dentro del derecho penal internacional. Esto se ha conseguido al ser indiferente para el ECPI que el ejecutor del hecho criminal sea responsable o no, cosa que en diversos sistemas penales europeos puede conllevar un problema; así el art. 25.3 a) del ECPI dispone que será considerado autor quien cometa ese crimen por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable. Se ha optado por la modalidad de autoría mediata conocida como «*perpetrator behind the perpetrator* (Täter hinter dem Täter)¹⁵⁸». En base a esta forma de autoría¹⁵⁹, en ciertos casos, puede ser que tanto el ejecutor como el hombre de atrás sean responsables penalmente, el primero porque realiza el tipo penal y el segundo porque controla la voluntad del ejecutor y el curso del crimen¹⁶⁰. A diferencia de lo expuesto en la sentencia de la Corte Suprema del Perú en el caso *Fujimori*, en el que se exigía que el AOP actuase al margen del derecho, las recientes decisiones de la CPI no requieren que dicho aparato actúe fuera o al margen del derecho, en síntesis, han omitido toda referencia a dicha

¹⁵⁷ Cfr. P. FARALDO CABANA. 2004, «Responsabilidad penal del dirigente...», *op cit*, pág. 158.

¹⁵⁸ HÉCTOR OLÁSULO. 2008, «Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 91, pág. 58 y *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, pára. 496.

¹⁵⁹ Cfr. E. VAN SLIEDREGT. 2012, «Individual criminal responsibility...», *op cit*, pág. 165 a 171.

¹⁶⁰ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, pára. 497.

cuestión¹⁶¹. El resto de requisitos es el mismo que los expuestos anteriormente: organización jerarquizada, poder de mando, fungibilidad del ejecutor y cierta predisposición al hecho criminal al aceptar la realización del crimen.

5. La coautoría mediata

Esta forma de autoría podemos afirmar que es propia del derecho penal internacional toda vez que se ha arraigado en el seno de la Corte Penal Internacional, en concreto en las decisiones de confirmación de cargos de *Katanga* y *Ngudjolo*; sin perjuicio de considerar que los tribunales argentinos también la han tenido en cuenta en el reciente *caso Videla* del año 2010. Otra cosa debemos indicar respecto de los tribunales penales *ad hoc*, los cuales no han considerado que dicha forma de autoría tenga acogida en sus estatutos, toda vez que en el momento en que se cometieron los crímenes no formaba parte del derecho consuetudinario, como se expuso en la sentencia de apelación del *caso Stakic* en el TPIY¹⁶² o en la decisión del *caso Milutinovic* también del TPIY¹⁶³. La principal causa por la cual se ha optado en las últimas resoluciones judiciales de la CPI por la coautoría mediata, radica en que la utilización de la figura del autor mediato en virtud de AOP o del coautor no podría acoger correctamente las actuaciones criminales de determinadas personas. Por ejemplo en el caso *Katanga* y *Ngudjolo* si la CPI hubiese aplicado la tesis de la autoría mediata en virtud de AOP solo podría haberles imputado los crímenes cometidos por sus subordinados, mientras que si hubiese optado por la coautoría basada en el codominio del hecho, a lo mejor no se hubiese condenado como autores a los acusados ya que éstos no participaron en la ejecución de los hechos típicos¹⁶⁴. En este estado de cosas, la CPI decidió aplicar la figura de la coautoría mediata, la cual podría sostenerse que constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, consistente en aplicarse conjuntamente la figura de la coautoría (codominio del hecho) y de la autoría mediata (en virtud de AOP)¹⁶⁵.

¹⁶¹ HÉCTOR OLÁSULO.2008, «Desarrollo en derecho penal...», *op cit*, pág. 60.

¹⁶² *Prosecutor v. Stakic*, Appels chamber judgment de 22.03.06, ICTY-97-24-A, pára. 62.

¹⁶³ *Prosecutor v. Milutinovic*, Decision on Ojdanic's motion challenging jurisdiction: indirect co-perpetration, ICTY-05-87-PT, pára. 40.

¹⁶⁴ Cfr. HÉCTOR OLÁSULO.2008, «Desarrollo en derecho penal...», *op cit*, pág. 72.

¹⁶⁵ Cfr. G. WERLE y B. BURGHARDT. 2011, «Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?», en *Revista Penal*, n° 28, pág. 202; HÉCTOR OLÁSULO. 2008, «Desarrollo en derecho penal...», *op cit*, , pág. 72.

Lo característico del *caso Katanga y Ngudjolo* fue la existencia de dos estructuras jerárquicas distintas, dirigidas cada una de ellas por los citados responsables, sin que uno de ellos tuviese capacidad de decisión en la otra estructura. Por ello, mediante la coautoría mediata se puede atribuir a cada líder referido la comisión de los crímenes cometidos por la otra estructura, toda vez que los mismos surgieron del mismo plan común ideado y planeado por los imputados. De otra parte, el *caso Al Bashir* difiere del analizado anteriormente, ya que aquí el dominio del hecho o control sobre los ejecutores correspondía a varias personas de manera asociada, es decir, el nivel estratégico dirigía a todo el nivel ejecutivo, mientras que en el *caso Katanga y Ngudjolo* cada uno de ellos solo dirigía una parte del nivel ejecutor, no la totalidad¹⁶⁶.

Los elementos que integran esta figura jurídica son objetivos y subjetivos. Los primeros consistirán en la existencia de un plan común entre una pluralidad de personas, dicho plan deberá tener una connotación criminal, es decir, los creadores del mismo deben advertir que la implementación del mismo lesiona bienes jurídicos protegidos penalmente o ponen en serio riesgo los mismos. Una vez diseñado el plan común, las personas que participan en éste deberán repartirse una serie de tareas esenciales para su realización; normalmente, la realización no la llevarán personalmente, sino que utilizarán a subordinados suyos para que las ejecuten en aras del plan común instaurado y aceptado por los líderes del nivel estratégico¹⁶⁷. Con respecto a los elementos subjetivos, es necesario que los líderes del nivel estratégico acepten con sus decisiones los requisitos subjetivos derivados del tipo penal, por lo que si el tipo exige un dolo especial, los líderes deberán reunir dicha *mens rea*, la cual podrá apreciarse en el plan común diseñado en muchos casos. Además es necesario que todos los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución redundará en la comisión de

¹⁶⁶ Cfr. G. WERLE y B. BURGHARDT. 2011, «Coautoría mediata: ...», *op cit*, pág. 205, resulta interesante traer a colación los conceptos utilizados por estos autores, quienes consideran que dentro de la coautoría mediata existe una co-autoría mediata (*caso Katanga y Ngudjolo*) y una autoría mediata en co-autoría (*caso Al Bashir*).

¹⁶⁷ Cfr. HÉCTOR OLÁSULO. 2008, «Desarrollo en derecho penal...», *op cit*, pág. 73; *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*, confirmación de cargos de 1 de octubre del 2008, ICC-01/04-01/07, pára. 521 a 526. Conviene recordar que la objeción de que el jefe de la organización no ha ejecutado directamente el hecho típico o contribuido al mismo en la fase ejecutiva, no debería tenerse en cuenta toda vez que a todo coautor se le IMPUTA el actuar de sus instrumentos, entonces sin duda que hay una contribución propia al hecho típico en fase ejecutiva, G. WERLE y B. BURGHARDT. 2011, «Coautoría mediata: ...», *op cit*, pág. 204.

los crímenes que se le imputen y que los imputados sean conscientes del carácter esencial de su contribución, lo que incluye el conocimiento del control de facto que ejerce sobre la organización y a través de la cual ejerce su contribución¹⁶⁸. Un ejemplo claro de coautoría mediata lo podemos encontrar en el *caso Videla* del año 2010, en donde se indica claramente que durante el período de la Junta Militar se constituyó un gobierno de facto por *Videla, Massera y Agosti*, los cuales fueron considerados coautores mediatos (eje horizontal de la coautoría), junto con otros Comandantes de Zona que también participaron y aceptaron el plan de «lucha antisubversiva»¹⁶⁹. Obsérvese que dentro de la coautoría mediata podemos reseñar la existencia de un nivel estratégico plural, es decir, dentro del mismo pueden concurrir diversas personas que elaboren el plan común criminal, pero también puede suceder que el principal nivel estratégico se apoye en otro nivel que no sea el intermedio, sino uno superior que se encuentra entre ambos, como sucedió en la República de la Argentina. Aquí existió la Junta Militar, Comandantes de Zona, Jefes de subzonas, Jefes de Área, Jefes de Unidades militares o policiales de la zona y los miembros de la misma. En este contexto, la coautoría mediata podría satisfacer la debida concreción de la responsabilidad penal de las personas que implementaron el plan común de «lucha antisubversiva». El nivel estratégico ideó, planeó y mandó ejecutar el plan criminal, utilizando como instrumento que operaba al servicio del Ejército a sus propias Unidades militares y de policía, todo ello con la ayuda esencial de los Comandantes de Zonas, máximos responsables del lugar en donde se llevaron a cabo los delitos, toda vez que estos implementaban el referido plan criminal.

Como se ha podido apreciar la coautoría mediata reúne los aspectos esenciales de la figura del coautor y del autor mediato en virtud de AOP. Se produce una combinación entre factores propios de cada figura de autor, de un lado la horizontalidad de la coautoría y de otro lado la verticalidad del autor mediato por AOP. Dicha horizontalidad resulta clara en los supuestos planteados en el presente trabajo del Estado Mayor de un Ejército que planea un bombardeo sistemático de ciudades indefensas. Aquí, cada miembro del Estado Mayor participa en el diseño del plan común, se les asigna una tarea esencial que deben ejecutar —normalmente a través de sus unidades— para que tenga éxito el plan, comparten la finalidad del plan o

¹⁶⁸ HÉCTOR OLÁSULO. 2008, «Desarrollo en derecho penal...», *op cit*, pág. 74.

¹⁶⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal Oral de lo Federal Criminal de Córdoba de fecha 22 de diciembre del 2010, pág. 625 y ss.

aceptan los riesgos que pueden producir con su implementación (elemento subjetivo). De otra parte, aunque no realicen personalmente los actos ejecutivos del tipo penal, utilizan a sus subordinados como instrumentos para llevar a cabo los mismos, basándose en las estructuras jerárquicas instauradas en el ámbito militar, desarrollo vertical de la coautoría mediata. Llegados a este punto nos tenemos que preguntar si no es mejor utilizar la forma de la coautoría o la de la autoría mediata, en vez de la mezcla propuesta por la CPI. En mi opinión no, ya que la coautoría mediata podría resolver las disfunciones que presenta la utilización individual del codominio del hecho y del dominio de la voluntad en virtud de AOP. Las lagunas de cada forma de dominio podrían solventarse mediante la coautoría mediata. Asimismo, tampoco veo inconvenientes legales para su elaboración dogmática dentro del sistema penal español, aunque no podemos olvidar que nuestros tribunales se han decantado más por la utilización de la coautoría que por la de la autoría mediata en virtud de AOP, por lo que la hipótesis de que apliquen esta nueva forma del dominio del hecho resulta un poco difícil de sostener actualmente.

Sobre los autores de mando o nivel intermedio, tenemos que preguntarnos qué tipo de participación han tenido en el crimen, ¿son autores mediatos, coautores o inductores? Como hemos explicado en anteriores apartados parto de la idea de que al tener dichos mandos intermedios también un poder de mando y ostentar la facultad para impartir órdenes, poseen también un dominio del hecho aunque de menor que el nivel estratégico. Esta circunstancia nos hace pensar si deben ser coautores mediatos o autores mediatos. Coautores mediatos entiendo que no podrían ser toda vez que no han participado en la elaboración del plan común ideado por el Estado Mayor, la horizontalidad propuesta no les alcanza al no estar al mismo nivel que los autores por mando (nivel estratégico). Sin embargo, considero que ostentan un dominio del hecho dentro de la estructura de poder del ejército, que se traduce en la posibilidad de impartir y transmitir la orden, y también de elegir, cesar y cambiar al ejecutor del hecho criminal. Como venimos manteniendo a lo largo del presente trabajo, normalmente los autores por mando no suelen conocer al ejecutor del hecho criminal, esta labor la dejan al arbitrio del nivel intermedio, el cual se encargará de elegir entre los ejecutores fungibles quién de ellos realizará el tipo penal. Dicha labor es muy importante ya que el líder o jefe del AOP confía en el automatismo de la organización y en que sus órdenes serán cumplidas de una u otra forma, pero siempre dentro de los parámetros impartidos por él. Por ello, considero que el nivel intermedio debería responder como autor mediato, al tener un dominio del hecho relevante dentro de

la organización¹⁷⁰; en el caso de que no estuviesen conformes con la orden impartida, deberían de abstenerse o desobedecerla, siempre que hayan reconocido su antijuricidad, puesto que podría haber supuestos en los se diera a la orden una apariencia de legalidad que produjese el error en el nivel intermedio y también en el ejecutor.

En cuanto al nivel ejecutor o los subordinados que ejecutan la orden, éstos podrían responder como autores directos del crimen, siempre y cuando hayan aceptado la orden antijurídica, es decir, que aún sabiendo que lo que se les ordena es ilegal, deciden cumplir la orden al compartir la finalidad del plan común reflejada en la orden transmitida; en síntesis, los ejecutores deben tener una predisposición al hecho criminal.

Conclusiones

- a) En primer lugar no podemos negar la importancia de la teoría del dominio del hecho a fin de elaborar el concepto de autor, tanto en el derecho doméstico español como en el derecho penal internacional vigente.
- b) Con respecto a la figura jurídica de la coautoría, ésta se fundamenta en el dominio funcional del hecho de cada coautor, ya que éstos ostentan un codominio del hecho conjunto, mediante el reparto de tareas esenciales. Lo más importante en mi opinión de la coautoría es el hecho de que no es necesario que el coautor realice su tarea esencial en la fase ejecutiva del crimen, siendo únicamente preciso que su aportación al hecho típico sea esencial en la fase ejecutiva, dando igual el momento en la cual lo efectúe, siempre y cuando mantenga un dominio positivo y negativo del hecho, así podría diferenciarse de la mera participación necesaria. Lo relevante de la coautoría es que la misma se desarrolla de forma horizontal, es decir, todas las partes que intervienen en el crimen realizan un hecho esen-

¹⁷⁰ Obsérvese que en el caso ESMA del Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 5, sentencia de 28 de diciembre del 2011, se condenó a M. G. JACINTO TALLADA (Contralmirante Jefe de Operaciones Navales del Estado Mayor de la Armada Argentina) y O. ANTONIO MONTES (Vicealmirante de la Armada Argentina) como autores mediatos de diversos delitos que en su conjunto podían ser considerados como crímenes de lesa humanidad, pág. 1233 y ss. Hemos de significar que aunque estas personas ostentasen empleos militares elevados, los mismos no estaban encuadrados en el nivel estratégico del AOP, el cual era de la Junta Militar (*Videla, Massera y Agosti*); a pesar de ello se les consideró autores mediatos en virtud del dominio de AOP, en concreto, de aquella parcela de la organización criminal que dominaban de manera plena.

- cial, aceptan el plan común típico acordado y se reparten las tareas necesarias para llevar a cabo el crimen.
- c) La autoría mediata, a mi juicio sería una de las formas de autoría más desarrolladas en los últimos tiempos a fin de poder imputar determinados crímenes internacionales a los líderes de organizaciones que han planeado de forma sistemática los mismos, aunque éstos no los hayan ejecutado personalmente. Mediante la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, elaborada inicialmente por ROXIN, podremos imputar crímenes internacionales a aquellas personas que amparándose en la estructura de AOP, su poder de mando, la fungibilidad de los ejecutores, su predisposición al hecho criminal y la desvinculación con el derecho, han ideado, ordenado o planeado crímenes internacionales. Esta teoría mantiene en un mismo plano criminal tanto al autor directo del crimen como al autor mediato, el cual ha utilizado al ejecutor como un instrumento a su servicio. Asimismo, tendremos que tener en cuenta los posibles casos de dominio de la voluntad surgidos en virtud del error o coacción en el ejecutor, los cuales no pueden ser comparados con el dominio de AOP. El empleo normal de esta teoría dentro de los sistemas penales latinoamericanos, así como en las resoluciones de la CPI, nos hace pensar que el dominio de AOP está perfectamente consolidado en el derecho penal actual, aunque nuestros tribunales no lo hayan aplicado directamente en ningún caso, prefiriendo optar por la figura de la coautoría.
- d) Debemos indicar que la coautoría mediata constituye una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho, la cual podría solventar satisfactoriamente los problemas presentados por la figura del coautor y del autor mediato. Esta nueva figura jurídica solo ha sido empleada en algunas resoluciones judiciales de tribunales argentinos, con ocasión de los crímenes cometidos durante el período de las Juntas Militares, aunque la CPI recientemente en el caso *Katanga* también ha hecho uso de la misma. Esto significa la apertura de un nuevo camino a la hora de imputar crímenes internacionales a personas que empleando estructuras organizadas de poder y previo acuerdo con otros líderes que también ostentan un poder de mando en una estructura de poder, pudiendo ser la misma para todos ellos, han ordenado o planeado la comisión de ciertos crímenes internacionales. En el seno del derecho penal internacional deberemos esperar más tiempo hasta que se produzca una resolución judicial firme que confirme la figura jurídica de la coautoría mediata.