

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

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Francisco Muñoz Conde

Catedrático de Derecho penal. Universidad Pablo de Olavide.

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

Palabras clave: Autoría mediata; autoría mediata por control de aparato de poder; teoría del dominio del hecho; coautoría mediata; regímenes dictatoriales; tribunales internacionales.

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

Keywords: indirect perpetration, indirect perpetration through organized structures of power, the control theory of perpetration, indirect co-perpetration, dictatorial regimes, international courts.

1. En 1962 cuando el entonces joven penalista CLAUS ROXIN recién habilitado en la Universidad de Hamburgo quiso publicar una parte de su escrito de habilitación en la que desarrollaba su tesis sobre la “autoría mediata por dominio de un aparato de poder” como artículo independiente en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*, esta revista rechazó su publicación. Así estaban todavía las cosas en la República Federal de Alemania a principios de los años sesenta respecto a la elaboración jurídica del pasado régimen nacionalsocialista. Naturalmente, parece lógico que la tesis de ROXIN de que en los pocos casos de este tipo juzgados por los tribunales alemanes, no había mera complicidad sino autoría directa de los ejecutores y mediata de los jefes y cargos intermedios burocráticos del aparato de poder de las SS, no gustara mucho en

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

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

Pero sobre todo hay que tener en cuenta que en el momento en el que ROXIN escribía su artículo y su escrito de habilitación a principios de los años sesenta del pasado siglo, ocupaba la primera página de los medios de comunicación internacionales el “caso de Adolf Eichmann”, un antiguo miembro de las SS, que había intervenido en la reunión que tuvo lugar en Wannsee, en Berlín a principios de los años cuarenta, en la que se decidió el exterminio de la población judía, encargándose él como mero burócrata (*Schreibtischtäter*) de organizar el transporte de miles de judíos a los Campos de Concentración y de Exterminio donde eran asesinados en las cámaras de gas o morían como consecuencia de las malas condiciones en las que vivían, sometidos a trabajos forzados, malos tratos, deficiente alimentación, etc. El citado Eichmann había conseguido huir tras la Guerra a Buenos Aires, donde vivió con nombre supuesto durante varios años hasta que fue detenido ilegalmente por un comando israelí, que lo trasladó secretamente a Israel donde fue juzgado, condenado a muerte y ejecutado. En aquel proceso, que despertó y aún hoy despierta gran interés, tanto el abogado de Eichman, el Dr. Servatius, y buena parte de la opinión pública alemana, consideraban que Eichmann no tenía ninguna responsabilidad, puesto que jamás había intervenido en

la ejecución directa de aquellos hechos y su labor se había limitado a la de ser un mero burócrata organizando el transporte a los Campos de Concentración de los miles de judíos que eran detenidos en muchos lugares y ciudades del Este de Europa, alegando que lo que después se hiciera con ellos no era de su incumbencia. En todo caso, lo más que podían admitir era, conforme a la teoría subjetiva de la participación, la tesis de la complicidad.

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

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

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

siguiendo sus órdenes y un plan preconcebido, sino también en un medio a través del cual podía elaborarse el pasado más reciente de la historia alemana.

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

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

Efectivamente, con fecha 9.12.1985, la citada Cámara condenó a los Comandantes de las Juntas Militares argentinas que entre 1976 y 1983 gobernaron de forma dictatorial el país, como responsables de los crímenes cometidos por patrullas del ejército, policiales y parapoliciales, contra miles de ciudadanos (supuestos miembros de grupos radicales de izquierda opuestos a la Dictadura militar, o simplemente considerados subversivos, a los que detuvieron ilegalmente, torturaron y en muchos casos hicieron desaparecer o asesinaron). Entre asesinados y desaparecidos se cuentan unos 18.000, según las cifras oficiales; y unos 30.000, según otras fuentes. Esta sentencia fue luego en parte confirmada por la Corte Suprema argentina el 20.12.1986, aunque siguiendo una distinta fundamentación jurídica.

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

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

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

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

Por otra parte, muchos de los casos llamados de “inducción” no son más que una forma de instrumentalización de personas irresponsables, generalmente inimputables, niños o enfermos mentales, pero también de personas que actúan correctamente, sin saber que están cometiendo un delito. Es evidente que en estos casos hay más que inducción y que el que verdaderamente controla la realización del delito,

aunque no intervenga personalmente en su ejecución, es el que instrumentaliza al ejecutor, y, por tanto, aunque su intervención es indirecta o mediata, se trata de un verdadero autor. De ahí que para fundamentar la punibilidad de este tipo de sujetos, la doctrina alemana elaborara el concepto de autoría mediata (“mittelbare Täterschaft”), aplicando la teoría del “dominio del hecho”, que obviamente en estos casos tiene el llamado autor mediato, cuya relación con la realización del delito es sin duda más estrecha y similar a la autoría propiamente dicha que a la inducción.

Algo parecido sucede con la cooperación necesaria, que supone que el sujeto que coopera en la realización del delito no interviene directamente en su ejecución, por lo que su contribución en cierto modo también depende de la acción del ejecutor. Pero también aquí nos encontramos con un supuesto de cooperación de tanta importancia que sin ella el delito no podría haberse llevado a cabo, con lo que difícilmente se puede decir que se trata de una participación meramente secundaria o accesoria de la del autor ejecutor. De ahí que también en muchos Códigos penales, como el argentino o el español, se le castigue expresamente con la misma pena que al autor ejecutor, y que, bajo determinados presupuestos, igualmente aplicando la teoría del dominio del hecho, se le pueda considerar coautor, ya que la necesidad de su cooperación, independientemente del criterio que se elija para medir o determinar esa “necesidad”, implica un control sobre el acto de similar importancia al que tiene el autor ejecutor.

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

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

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

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

2. La tesis de ROXIN

Como se acaba de decir, en 1963, CLAUS ROXIN acuñó, en su obra “Täterschaft und Tatherrschaft” su teoría del *dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados*. Y todavía en el mismo año, escribió un artículo, que en parte coincidía con uno de los capítulos de su libro y que, como se ha dicho antes, fue rechazado para su publicación por la Revista Juristenzeitung y publicado posteriormente en el Goltdammer’s Archiv.

Punto de partida de esta teoría son las dificultades que presenta la teoría tradicional para fundamentar la autoría de los dirigentes de los aparatos de poder organizados por los delitos cometidos por miembros de los mismos. Para poder superar estas dificultades, ROXIN desarrolla una nueva concepción de la autoría mediata en la que, a diferencia de la concepción tradicional, que sólo admite esta figura cuando el sujeto que ejecuta el delito es un mero instrumento no responsable del delito que comete, también la aplica cuando el ejecutor del hecho es plenamente responsable. Y frente a la tesis subjetiva mantenida todavía en aquella época por la jurisprudencia alemana según la cual autor solo era quien tenía *animus auctoris*, independientemente de su intervención material en el hecho, mientras que el que solo tenía *animus socii* todo lo más podía ser considerado como cómplice, aunque interviniera materialmente en la ejecución del hecho,

ROXIN argumenta con la teoría del dominio del hecho que, en su opinión, también debía aplicarse aquí para comprender materialmente las particularidades de estos casos y poder fundamentar el castigo por autoría (mediata) del que sin intervenir directamente en la ejecución material del hecho tenía el dominio del aparato de poder. A este respecto decía acertadamente ROXIN que “el fundamento para ello no puede basarse en las especiales actitudes anímicas del que da las órdenes, sino en el mecanismo de funcionamiento del aparato, en cuyo marco se actúa”. Y en este sentido destaca tres elementos que, en su opinión, son los que deben estar presentes para aplicar su nueva concepción de la autoría mediata:

- El primer elemento de este mecanismo funcional es, para ROXIN, el *dominio de la organización*.

- Un segundo factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos, era, para ROXIN, la *fungibilidad del ejecutor*. Es decir, el ejecutor debe ser "libremente intercambiable".

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

Esta ampliación del concepto de autoría mediata propugnada por CLAUD ROXIN no tuvo al principio una buena acogida en el ámbito doctrinal alemán, en parte, porque ésta seguía aferrada al concepto tradicional de autoría mediata que exige que el instrumento ejecutor sea irresponsable del delito; en parte también porque, como ya se ha dicho, tenía una relación directa con el caso Eichmann y con la responsabilidad de los dirigentes nazis y de los integrantes del aparato de poder que constituían las SS en los crímenes contra la Humanidad y el Holocausto, temas sobre los que entonces la Dogmática penal alemana prefería no hablar o hablar lo menos posible y no enfrentarse directamente a una jurisprudencia que, en las pocas veces en que se ocupó de estos casos, llegaba todo lo más con la calificación de complicidad a imponer penas de escasa gravedad y puramente simbólicas. Pero esta actitud fue cambiando paulatinamente en Alemania, sobre todo tras la caída del Muro de Berlín y la subsiguiente Reunificación alemana, y la tesis de ROXIN pronto fue acogida por la jurisprudencia del Bundesgerichtshof que la aplicó en el proceso llevado a cabo contra algunos Altos Cargos del Gobierno de la antigua República Democrática Alemana por las muertes ocasionadas

en el Muro de Berlín por los Guardias Fronterizos que dispararon a las personas que intentaron pasar a la República Federal de Alemania.

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

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

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

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

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

“Los procesados tuvieron el *dominio de los hechos* porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la

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

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

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

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

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

Por lo que respecta a España, la tesis de ROXIN ha sido en general bien acogida, aunque con algunas matizaciones, por buena parte de los que se han ocupado expresamente del tema, pero no por la jurisprudencia, que si bien en algunas ocasiones se ha referido o incluso ha recogido literalmente argumentos basados en esta tesis, aunque sin citarla expresamente, finalmente ha aplicado la figura de la inducción o la cooperación necesaria a la hora de imponer una condena.

Visto desde la situación política actual, es evidente que en una situación de normalidad democrática y de respeto a los derechos humanos, no es muy frecuente que se puedan dar casos de comisión masiva de delitos contra derechos humanos utilizando el aparato de poder estatal. Los pocos casos que se han dado de este tipo tras la reinstauración de la democracia en España, han sido el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981, juzgado finalmente en la STS de 22 abril de 1983, y el llamado “Caso Marey”, en el que el TS en su sentencia de 28 julio de 1998 condenó al Ministro del Interior y a otros altos cargos del mismo Ministerio, por el secuestro de un presunto miembro del grupo terrorista ETA. Pero en ninguno de ellos se aplicó y ni siquiera se mencionó el tema de la autoría mediata por utilización de aparatos de poder. En el primer caso, quizás porque aún no era lo suficientemente conocida por la jurisprudencia de aquella época, además de que en tanto en el Código penal como en el Código de Justicia militar vigentes en aquel momento había ya preceptos específicos, que, igual que en el actual Código penal de 1995 (arts. 472 ss.), regulan la responsabilidad de los Jefes y responsables de la rebelión. En el segundo caso, porque se consideró que se trataba de un hecho aislado y no fue considerado como parte de una actividad generalizada que se practicara por grupos ilegales (los llamados GAL) dentro del propio aparato de poder del Estado.

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

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

responsabilidad de los dirigentes políticos y los altos cargos militares del sistema dictatorial.

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

Tampoco se hacen referencias a la tesis de ROXIN en el auto de procesamiento que, tras haber solicitado su extradición, dictó el Juez español Baltasar Garzón contra el General Pinochet por los Crímenes contra la Humanidad, Tortura y Genocidio cometidos por el aparato de poder de la dictadura que durante varios años mantuvo Pinochet en Chile, aunque en él se contienen argumentos claramente inspirados en esta tesis, aún sin mencionarla expresamente, ni referirse a la figura de la autoría mediata.

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

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

EXCURSO: Especial consideración de la jurisprudencia peruana en esta materia

Especialmente interesante en relación con este tema es la jurisprudencia de la Corte Suprema de Perú. En este país una Sentencia de 7 abril de 2009 de la Sala Especial de la Corte Suprema condenó al ex Presidente de Perú Alberto Fujimori por diversos delitos contra la vida, detenciones ilegales, etc., cometidos durante su mandato por grupos

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

Esta sentencia de la Corte Suprema peruana constituye sin duda la más directa y clara aplicación de la tesis de ROXIN en la jurisprudencia de un país latinoamericano. Con ella parecía claro que podía ser aplicada en cualquier otro de los procesos en el que tuvieran que juzgarse casos relacionados con los crímenes cometidos durante el régimen de Fujimori. Pero no sólo no ha sido así, sino que en otra sentencia (Ejecutoria, se le llama) más reciente de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Perú, de 20 de julio del 2012, se abandona expresamente la teoría de la autoría mediata por medio de un aparato de poder organizado y, en su lugar, se aplica la tesis de la coautoría para condenar como coautores a

los responsables de la llamada operación Colina o Barrios Altos, en la que un grupo paramilitar siguiendo órdenes de importantes dirigentes del Gobierno y la cúpula militar, asesinó a varias personas, supuestamente implicadas con el grupo terrorista “Sendero Luminoso”. En esta sentencia se rechaza también que dichos crímenes puedan ser considerados como Crímenes contra la Humanidad, por no tratarse de hechos realizados como parte de una “política de exterminio”, y la calificación de asociación ilegal, por no haber sido objeto de acusación específica por parte del Ministerio fiscal. Y en la calificación de la intervención de los acusados en la masacre de Barrios Altos se rechaza expresamente la tesis de ROXIN y en su lugar se aplica la de la coautoría apoyándose para ello expresamente en la tesis formulada por JAKOBS en su artículo “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori, publicado en el volumen “La autoría mediata, Caso Fujimori, Ara editores, p. 105-114, citado expresamente en la página 191, nota 157 del texto de la misma sentencia que se encuentra en Internet. Para ello, se asume la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable del hecho que realiza, por tanto, si los ejecutores en la masacre de Barrios Altos son también responsables, no cabe aplicar esta calificación. Y en su lugar opta por la calificación de coautoría, considerando que hubo un reparto competencial de papeles, en el que “unos aportan la decisión, y otros la ejecución, siendo ambos responsables penalmente” (Fundamento 204), entendiendo además que, a diferencia de lo que sostiene la concepción tradicional de la coautoría, en ésta no es necesario que el coautor intervenga materialmente en la ejecución del hecho.

No deja de ser sorprendente y, a mi juicio, contradictorio, que para rechazar la tesis de ROXIN se invoque como algo irrefutable la concepción tradicional de la autoría mediata, según la cual el instrumento ejecutor debe ser irresponsable, mientras que para acoger la tesis de JAKOBS se abandone la concepción tradicional de la coautoría, según la cual el coautor debe intervenir también en la ejecución del hecho. Pero independientemente de esta contradictoria fundamentación, lo que más sorprende en esta sentencia es que con la calificación de coautoría sin una ulterior matización, sitúe en un mismo plano y bajo una misma calificación a los que deciden y controlan el aparato de poder y a los que luego, en un momento posterior a veces muy alejado del momento en que se adopta la decisión e incluso sin relación directa o personal con los anteriores, ejecuten la decisión criminal, confundiendo así dos planos y momentos distintos: la decisión por unos y la ejecución por otros. Como indicaré más adelante, no creo que haya

ningún problema en calificar como coautores a los que, controlando en sus diversos niveles el aparato de poder, deciden la realización del hecho delictivo, pero su relación con los ejecutores materiales y, por tanto, autores directos, no puede ser otra que la de la autoría mediata.

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

Con sorprendente rapidez esta Corte Internacional, ha pronunciado el 24 de septiembre del 2012 otra sentencia, en la que se anula la de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema peruana de 20 de julio. Se basa para ello en anteriores resoluciones que ya había emitido en relación con el régimen de Fujimori, en el que, según la misma Corte Internacional (véase por ejemplo, su sentencia de la misma de 14 de marzo de 2001) se cometieron graves violaciones de derechos humanos que bien podían ser constitutivas de crímenes internacionales, imponiendo al Estado peruano “la remoción de todo obstáculo que impida la investigación y juzgamiento de los hechos y, en su caso, la sanción de todos los responsables de las violaciones declaradas así como la búsqueda de la verdad” . Para ello advierte que la impunidad no sólo puede darse cuando el Estado dicta Leyes de Amnistía, sino también cuando el Poder judicial no procede a investigar y juzgar hasta sus últimas consecuencias casos concretos en los que se hayan producido esas violaciones.

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

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

La Corte Internacional de Derechos humanos de Costa Rica no se plantea siquiera si la calificación jurídica de la participación de los responsables de los crímenes debe ser la de la autoría mediata o la de coautoría, sino la impunidad que pueda generarse, si no se califica de crimen internacional con todas sus consecuencias que ello pueda suponer para todos los responsables (subrayado del autor de este artículo). Dicho en pocas palabras: La Corte Internacional no entra en la discusión dogmática de si hay autoría mediata o coautoría, sino que de lo que trata es de, siguiendo con ello la idea incorporada al Preámbulo del Estatuto de Roma, evitar la impunidad y proteger los derechos de las víctimas a la verdad y a que todos los responsables sean condenados penalmente. Y desde este punto de vista no cabe duda de que tanto la tesis de la autoría mediata, como con la de la coautoría, pueden ser útiles para conseguir esa meta.

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

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

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

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

Actualmente, coexisten, al menos en el mundo occidental, dos sistemas jurídicos diferentes, el del Common Law y el Civil Law o sistema continental europeo, cada uno con peculiaridades que los distinguen y separan entre sí, incluso más allá de los diferentes idiomas en los que se expresan. El sistema del Common Law, dominante en los países integrantes del antiguo Imperio Británico, cuyo idioma oficial es el inglés, está basado sobre todo en el precedente judicial, vinculado al caso concreto, y es poco proclive a construcciones teóricas o sistemáticas generalizadoras. En cambio, el sistema del Civil Law, se preocupa especialmente, sobre todo en Alemania, por la elaboración de una Teoría General del Delito, que a su vez ejerce gran influencia en los países latinos de Europa (Italia, España, Portugal, con la importante excepción de Francia), y prácticamente sin excepción en todos los latinoamericanos.

Ambos sistemas tienen sus ventajas e inconvenientes y se hace difícil elaborar una síntesis que permita integrarlos o unificarlos. No obstante, en los últimos años se está produciendo una aproximación entre ambos, en la que fue pionero GEORGE P. FLETCHER con su *Rethinking Criminal Law*. Y también en la bibliografía aparecida en los últimos años en el ámbito del Derecho penal internacional se puede observar, en mayor o menor medida, un intento de aproximación entre ambos sistemas, sobre todo en las obras generales de ANTONIO CASSESE, GERHARD WERLE, KAI AMBOS, HÉCTOR OLASOLO y ALICIA GIL GIL entre otros muchos autores. La mejor prueba de ello son las recientes decisiones adoptadas por los Tribunales internacionales, en cuyos fundamentos jurídicos se introducen cada vez más, junto a criterios argumentativos propios del Derecho penal del Common Law, conceptos de la Dogmática penal alemana; sobre todo en materia de autoría y participación, cuya distinción se asume

cada vez con mayor frecuencia a través de una interpretación del art. 25 del Estatuto de Roma.

Pero antes de llegar a ello se ha tenido que recorrer un largo camino que comenzó tras la Segunda Guerra Mundial con la jurisprudencia creada por los Tribunales de Nuremberg, y que ha llegado hasta las últimas decisiones de los Tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda, y de la Corte Penal Internacional en casos como los llamados Lubanga, Katanga y Al Bashir, en los que por primera vez para fundamentar las decisiones se ha recurrido a la tesis de ROXIN, lo que ha provocado que se haya dedicado a este tema el tomo 9, núm. 1 del año 2011, del Journal of International Criminal Law, con aportaciones de WERLE/BURGHARDT, WEIGEND, AMBOS, MUÑOZ CONDE/OLASOLO, FLETCHER, Y MANACORDA/MELONI. Estas decisiones tomadas en una especie de Juicio preparatorio (Pretrial) han culminado finalmente en una reciente sentencia de la Corte Penal Internacional de 14 de marzo de 2012, cuya Sala de Primera Instancia I condena a Thomas Lubanga y posteriormente el 10 de julio le impone una pena de 14 años de prisión, como coautor, de los crímenes de guerra de reclutar o alistar niños menores de 15 años de edad y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

Tanto en esta sentencia, como en las anteriormente citadas de otros tribunales internacionales se acoge la teoría de la coautoría, pero configurándola en el sentido de ROXIN como una “coautoría mediata, en el sentido que, ya hemos señalado anteriormente, de que combina el criterio de la distribución o reparto de funciones, característico de la coautoría, con el del dominio de la organización, característico en la teoría de ROXIN de la autoría mediata por control de un aparato de poder. Esta tesis que ya ha sido defendida algunos autores tiene perfecto encaje en el art. 25 del Estatuto de Roma y ha sido también acogida por ROXIN en su más reciente artículo sobre el tema, como perfectamente compatible con su concepción originaria. La tesis discrepante en la sentencia del caso Lubanga, del Magistrado Fulford, quien apoyándose en una interpretación literal del art. 25 del Estatuto de Roma, considera que no es necesario recurrir a ninguna teoría especial para fundamentar la responsabilidad del que directa o indirectamente, por sí sólo o junto con otros, interviene en la realización del delito, al entender que dicho precepto acoge en realidad un concepto unitario de autor, que hace innecesario la distinción entre autoría mediata y coautoría. Pero es evidente que en ese artículo 25, 2 a), al distinguir claramente entre “el que cometa el crimen por sí solo, con

otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” se están acogiendo una teoría diferenciada entre distintas formas de autoría, por más que a efectos de pena todas puedan ser castigadas del mismo modo. E igualmente en el inciso que se refiere a cometer el crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, se puede incluir sin ningún problema tanto la autoría mediata utilizando un instrumento ejecutor no responsable, como un instrumento ejecutor responsable, en la línea propuesta por ROXIN.

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

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

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

Cuando ROXIN formuló su tesis en 1963, se refería expresamente, aunque no sólo, a un caso muy peculiar de la historia reciente de Alemania, y concretamente a los crímenes calificados luego en el Derecho penal internacional como Crímenes de Guerra, de Lesa Humanidad y Genocidio, llevados a cabo de forma sistemática y planificada por un aparato de poder específicamente creado para llevar a cabo esta tarea, las llamadas

SS, a cuya cabeza se encontraban Hitler, Himmler y otros miembros del aparato de poder nazi, en sus diversos escalones o grados jerárquicos. Con su tesis ROXIN no sólo superaba la teoría subjetiva que en aquella época era dominante en la jurisprudencia alemana, sino también otros planteamientos jurídicos que todo lo más consideraban que los máximos dirigentes nazis, ya fallecidos, podían ser considerados como inductores, y los cargos intermedios como cómplices, de los crímenes que luego otros ejecutaban directamente. La tesis de ROXIN se refería además al caso Eichmann; es decir, a un burócrata, al que, a pesar de que no intervino directamente en la ejecución de los crímenes, se le podía considerar como verdadero autor (mediato), en la medida en que era un engranaje (muy importante) dentro del aparato burocrático de poder de las SS y se encargaba de organizar el transporte a los Campos de Concentración y Exterminio, de miles y miles de judíos y miembros de otras etnias capturados en diversos países del Este de Europa, ocupados por las tropas nazis o por gobiernos que colaboraban con el gobierno nazi alemán (recuérdese que además el tal Eichmann participó en la Conferencia de Wannsee, en la que se decidió la “solución final del problema judío”).

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

Sin embargo, la tesis de ROXIN se ha aplicado por los Tribunales de Justicia latinoamericanos anteriormente citados principalmente para fundamentar la responsabilidad de los Jefes militares y Altos dirigentes políticos que controlaban el aparato de poder, incluso al más alto nivel (Comandantes y Jefes militares en la dictadura argentina, o de la del Presidente Alberto Fujimori en Perú), dejando en la mayoría de los casos impunes o fuera de los procesos penales a los que cumpliendo sus órdenes, eran ejecutores directos de los crímenes cometidos. Esta “selección” de los acusados, limitando la acusación sólo a unos pocos o a un único responsable, deja la impresión de que en su aplicación también pueden haber pesado razones de oportunismo político, buscando con la condena del Jefe o Jefes y de sus principales colaboradores una especie de “cabeza de turco” o de “chivo expiatorio” que pague por todos, dejando en la impunidad a otros intervinientes en los hechos, grados intermedios,

o incluso ejecutores directos, torturadores y asesinos, que se ven así liberados de su responsabilidad. Eso es especialmente evidente en la Jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales que sólo se han ocupado o se ocupan de algunos de los dirigentes, Altos cargos o Jefes bajo cuyo mandato, bien por orden expresa suya o con su consentimiento, se cometieron por otros los graves asesinatos por los que luego ellos han sido acusados o incluso condenados.

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

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

A mi juicio, la tesis de ROXIN puede ser utilizada para fundamentar la responsabilidad penal como autores mediatos de los principales responsables del aparato de poder criminal, bien en la cúspide, bien en niveles intermedios, pero no para

calificar a todos los integrantes del mismo. Una tal ampliación llevaría demasiado lejos y desnaturalizaría el concepto de dominio del hecho, del que precisamente parte ROXIN.

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

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

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

Todavía hay que añadir algo que me parece especialmente importante para la praxis jurisprudencial e incluso para las repercusiones que ésta puede tener en la opinión pública de los países afectados por este tema en su pasado histórico reciente. Ciertamente, la Dogmática penal tiene como misión sistematizar y refinar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos en los que se apoyan luego las opiniones doctrinales y las decisiones jurisprudenciales para resolver un caso determinado. Pero lo que en ningún caso se puede olvidar es que además de la precisión y exactitud de los conceptos, lo que realmente importa es que estos ayuden a la consecución de la Justicia material; es decir, a que la resolución de un caso sea lo más satisfactoria posible conforme a los criterios de justicia imperantes en un Estado democrático de Derecho respetuoso con los derechos humanos y los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Desde este punto de vista hay que reconocer que tanto la tesis de la autoría mediata, como la de coautoría, y en menor medida la de la inducción y la cooperación necesaria, pueden satisfacer por igual ese sentimiento de Justicia, en la medida en que todas asumen que la pena aplicable a los responsables de los crímenes cometidos en los regímenes dictatoriales es en todo caso la misma. Lo que no puede admitirse es que el bizantinismo jurídico al que a veces tienden algunos juristas con su eterna discusión sobre si “los perros son galgos o podencos” empañe gravemente el sentimiento de Justicia, minimizando la responsabilidad de los sujetos que desempeñaron un papel importante en la realización de los delitos cometidos en los regímenes dictatoriales, o incluso dejándolos impunes dispuestos a seguir en sus puestos o incluso en otros de superior categoría en el nuevo sistema democrático que vino a sustituir el anterior régimen dictatorial en el que tan fervorosamente sirvieron.