



La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España*

Francisco Muñoz Conde**

Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Héctor Olásolo***

Universidad de Columbia
y Universidad de Salamanca

Revista Penal México, núm. 1, enero-junio de 2011

RESUMEN: La tesis de Roxin (1963) de la autoría mediata por control de un aparato de poder se ha convertido en una vía importante para resolver el problema de la responsabilidad de los líderes políticos militares. En el presente artículo se analizan diferentes decisiones de Tribunales de países latinoamericanos y del Tribunal supremo español en los que, de un modo u otro, se muestra la utilidad de esta tesis para exigir responsabilidad como autores mediatos a los jefes militares y líderes políticos por los delitos internacionales cometidos por sus subordinados en el apartado de poder por ellos dirigidos.

PALABRAS CLAVE: Autoría mediata, Aparato de poder, Responsabilidad líderes políticos militares.

* Título original: "The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin-america and Spain: from the argentinean military Juntas trial to the cases against Abimael Guzman, Alberto Fujimori and colombian political leaders linked to paramilitarism".

Traducción del original en inglés de M. Verónica Yamamoto.

Este trabajo ha sido publicado originalmente en el *Journal of International Criminal Justice*, 2011, en un volumen monográfico dedicado a exponer la aplicación de la tesis de Claus Roxin sobre la autoría mediata por aparato de poder en la Jurisprudencia de los Tribunales nacionales e internacionales. A los autores de este trabajo se les encargó que se ocuparan exclusivamente y de forma resumida de la Jurisprudencia sobre esta materia habida en los países latinoamericanos y en España, de ahí que no se haga un análisis pormenorizado de la tesis de Roxin, ni desde el punto de vista doctrinal, ni desde el de la Jurisprudencia internacional, de la que de todos modos se da cuenta en otros trabajos de los autores y en la bibliografía citada en las notas a pie de página.

** Catedrático de Derecho Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla (España).

*** LLM Universidad de Columbia; Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca; Catedrático de Derecho Penal Internacional y de Derecho Procesal Internacional del Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Utrecht; Director del Programa Clínico sobre Conflicto Armado, Derechos Humanos y Justicia Internacional de la Universidad de Utrecht; Letrado de las Salas de la Corte Penal Internacional (2004-2009); Miembro de la Asesoría Jurídica y de la Sección de Apelaciones de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (2002-2004); Miembro de la Delegación española en la Comisión preparatoria de la Corte Penal Internacional reunida en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York entre 1999 y 2002.

Los coautores agradecen a Verónica Yamamoto, Lourie Taramin, Enrique Carnero Rojo y Diana Contreras por la contribución en la búsqueda de legislación, jurisprudencia y doctrina.

ABSTRACT: *The notion of indirect perpetration through organized structures of power (Roxin 1963) despite the initial reluctance of national and international case law has, become a very important key to solve problems of responsibility of political and military leaders. The cases analyzed in the present article of Latin-American and Spanish courts show how the notion of indirect perpetration has come to play today a key role in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders that make use of the organizations that they control to secure the commission of international crimes.*

Keywords: *Indirect perpetration, Organized structures of power, Responsibility of political and military leaders.*

1. Introducción

El 9 de diciembre de 1985, la *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal de Buenos Aires* pronunció la sentencia¹ en el denominado “Juicio a las Juntas”. En ella se condenó a los comandantes de las tres Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar gobernante en Argentina desde el año 1976 hasta 1983 (cada Junta estaba compuesta por los Comandantes generales, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea). Aunque ninguno de los integrantes de estas tres Juntas Militares había perpetrado materialmente secuestros, torturas ni homicidio alguno, la Cámara Federal los encontró responsables penalmente como autores mediatos por los crímenes que habían cometido los miembros de las fuerzas militares que ellos comandaban. Esta sentencia fue la primera decisión judicial en la que se aplicó la tesis desarrollada por Claus Roxin en el año 1963 acerca de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Luego del Juicio a las Juntas, en numerosos casos, tanto a nivel nacional como internacional, se ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, incluyendo, entre otros, el caso del Muro de Berlín, varios hechos relativos a crímenes cometidos durante el periodo del régimen militar argentino de 1976-1983, el caso contra el general Manuel Contreras en Chile, el juicio contra el ex senador nacional Álvaro Alfonso García Romero

en Colombia, en Perú los casos contra el líder de Sendero Luminoso *Abimael Guzmán* y el ex presidente *Alberto Fujimori*, así como los casos contra *Milomir Stakić*, *Radoslav Brđanin*, *Momcilo Krajišnik*, *Milan Martić* y *Fatmir Limaj* y otros celebrados ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), el caso contra *Protais Zigiranyirazo* ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y los casos contra *Jean Pierre Bemba*, *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo Chui*, *Omar Al Bashir* y *Abu Garda* ante la Corte Penal Internacional (CPI).

Dada la creciente aplicación por los Tribunales de Justicia (en particular en los últimos diez años) del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, analizaremos en el presente artículo cómo la jurisprudencia en Argentina, Chile, Colombia, Perú, España y Uruguay ha recurrido a este concepto para fundar la condena de los líderes políticos y comandantes militares de alto rango como autores por los crímenes cometidos por miembros subordinados de sus organizaciones.²

2. La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por la Jurisprudencia de los tribunales de justicia en Latinoamérica y España

El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en la época de su primera exposición en 1963 por Claus Roxin, encontró en prin-

¹ Fallos de la Corte Suprema, volumen 29, I-II, p. 36-1657. El texto de este fallo y el de la Corte Suprema argentina referido en la siguiente nota puede verse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>. Para un informe y traducción completa del fallo al inglés, véase American Society of International Law (1987) 26 *International Legal Materials* 2. La nota introductoria y la traducción al inglés fueron preparadas para *International Legal Materials* por E. Dahl, Profesor Visitante de Derecho, Southern Methodist University School of Law, y AM Garro, Profesor de Derecho, en la Columbia University.

² Para un exhaustivo análisis del origen y aplicación de esta noción en Derecho penal internacional, véase H. Olasolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2009, Capítulos 3 y 5 [de ahora en adelante citado como Olasolo Criminal Responsibility].

cipio cierta renuencia por los tribunales de justicia en América Latina y España, principalmente debido a tres razones. En primer lugar, la ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales que expresamente preveían el concepto general de autoría mediata.

En segundo lugar, la extendida creencia de que el ámbito de aplicación de esta especie de responsabilidad por autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se limitaba a supuestos en que los superiores utilizaban agentes inocentes que carecían de completa responsabilidad penal en la perpetración de los crímenes.³ En ese sentido, en los casos de crímenes materialmente perpetrados por subordinados en cumplimiento de órdenes impartidas por sus superiores en el contexto de estructuras organizadas de poder, los subordinados no son meros agentes inocentes, sino plenamente responsables penalmente por su decisión libre de cometer los crímenes. Para esta postura, por tanto, la responsabilidad penal de los superiores que imparten la orden de cometer los crímenes no podría equivaler a la ejecución misma pues carecen del dominio sobre esos crímenes (los superiores no pueden nunca estar seguros sobre si sus decisiones serán realmente cumplidas por sus subordinados). Como consecuencia, de acuerdo con el enfoque tradicional de la jurisprudencia latinoamericana y española, en el contexto descrito por Roxin debía ser aplicada una clase de responsabilidad diferente a la autoría —utilizándose usualmente la instigación o inducción debido a que los superiores que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados de cometer los crímenes, no tienen ninguna participación más durante la ejecución.

En tercer lugar, la circunstancia de que la aplicación del concepto de autoría mediata no cambia la gravedad de la pena a ser impuesta a superiores debido a que en la mayoría de los Códigos Penales latinoamericanos (como Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el Código Penal español, se prevé el mismo marco penal para las distintas formas de autoría así como para ciertas modalidades de participación como la inducción y la *complicidad necesaria* (asistencia material sin la cual el crimen no podría haberse perpetrado).

Sin embargo, con el paso del tiempo, los Tribunales de Justicia en América Latina y España, cada vez con mayor frecuencia se han dado cuenta de que el planteamiento tradicional no reflejaba adecuadamente la naturaleza de la contribución del superior a los crímenes (planeando y dominando los medios a través de los cuales la actividad criminal es llevada a cabo), porque los relega a un rol secundario que no se corresponde con su real envergadura. Como consecuencia, en los últimos diez años, ha surgido la discusión de si la responsabilidad penal de las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la maquinaria estatal podría ser abarcada más adecuadamente por figuras jurídicas como la autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas o como la coautoría basada en el dominio funcional del hecho —según esta última figura jurídica—, cuando una pluralidad de personas participan en la comisión de un delito con base en una división de tareas para la ejecución de un plan común, aquellas personas que comparten el dominio sobre su comisión como resultado de las funciones esenciales a ellos asignadas (de no cumplirse con esa función, el plan fracasaría) se consideran coautores (autores del delito).⁴

³ Por ejemplo, casos en los que los ejecutores directos actúan bajo error sobre las circunstancias fácticas que afectan un elemento del tipo objetivo (*actus reus*) en que el delito está basado, o sobre una causa de justificación como resultado de haber sido inducido por sus superiores (vgr., un comandante militar da la orden a sus subordinados para que bombardeen un pueblo o aldea indefenso dándole instrucciones erróneas sobre la ubicación de la artillería enemiga en esa área). También se da este tipo de autoría mediata cuando las acciones de los ejecutores directos están justificadas por necesidad debido al daño que ellos evitan al llevar a cabo órdenes ilegales dadas por sus superiores que es más grave que el daño infringido como resultado de no cumplir esas órdenes. Véase los múltiples casos de aplicación del concepto de autoría mediata en esta clase de situaciones referidas por H. Olásolo/A.I. Pérez Cepeda, “The Notion of Control over the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case”, en *475 International Criminal Law Review*, núm. 4 (2004), 485 [de aquí en adelante citado como Olásolo/Pérez Cepeda]; sin embargo, cuando la persona que físicamente llevó a cabo el tipo objetivo (*actus reus*) del delito actuó bajo una *vis absoluta* (vgr., alguien es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que está parado a su lado en las vías del tren cuando éste está acercándose; y, como resultado, el enviado especial del enemigo cae en las vías del ferrocarril y recibe una herida mortal por el choque del tren), no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata debido a que el superior es considerado autor directo que utilizó a su subordinado como podría haber utilizado cualquier herramienta no humana, como un martillo o una pistola.

⁴ Véase al respecto la Decisión de Confirmación de los Cargos, ICC-01/04-01/06, Sala de Cuestiones Preliminares I, Enero 29 2007, párr. 342, 347 [de aquí en más *Caso Lubanga* Decisión de Confirmación de los Cargos]; *Caso Katanga y Ngudjolo*, Decisión de Confirmación de los Cargos, ICC-01/04-01/07-717, Sala de Cuestiones Preliminares I, Septiembre 30 2008, párr. 515-525 [de aquí en más *Caso Katanga y Ngudjolo* Decisión de Confirmación de los Cargos].

Además, dado que el concepto de autoría mediata se basa en el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados en virtud del control de la organización, mientras que el concepto de coautoría requiere un dominio compartido entre los superiores y los subordinados, ha surgido también el problema de cuál de estas dos figuras jurídicas debe ser aplicada a las autoridades políticas y militares de alto rango en la jerarquía de la organización, que planearon campañas sistemáticas y extendidas de criminalidad e impartieron órdenes a sus inferiores para su ejecución.

Los partidarios de la tesis de la autoría mediata ponen de relieve que cuando los crímenes son cometidos a través de aparatos organizados de poder, los superiores e inferiores en verdad no conciertan ningún plan común, ni comparten el dominio en la ejecución de los delitos debido a que la organización posee su propia autonomía y los subordinados meramente ejecutan o implementan automáticamente las órdenes de sus superiores.⁵ En cambio, los partidarios de la tesis de la coautoría enfatizan que los superiores no ejercen en verdad un completo dominio sobre la perpetración de los delitos debido a que la decisión final sobre la comisión descansa siempre en aquellos subordinados que libremente y con conocimiento optan por unirse al plan de sus superiores mediante el cumplimiento de sus órdenes. Como consecuencia, los superiores comparten con sus subordinados el dominio sobre la ejecución de los delitos, particularmente cuando su participación continúa durante la ejecución de las órdenes criminales.⁶

Como se verá en esta sección, la doctrina latinoamericana y española se mantienen divididas en este tema.

Argentina

Como mencionábamos en la introducción, la sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal Buenos Aires, condenatoria de los miembros de las Juntas Militares que presidieron la Dictadura militar argentina de 1976 a 1983, marcó un hito en tanto aplicó por primera vez el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. De acuerdo con la Cámara Federal de Buenos Aires, a partir del derrocamiento de las autoridades constitucionales y la toma del poder en 1976, las Juntas Militares concibieron e implementaron una estrategia global⁷ con el objetivo de luchar contra la subversión mediante el establecimiento de una compleja red de centros de detención clandestina, donde los secuestrados fueron sometidos a interrogatorio y tortura.⁸ El país estaba dividido en numerosas zonas militares, dentro de las cuales los jefes regionales recibieron completa autonomía sobre las operaciones clandestinas. Dentro de cada zona, los oficiales intermedios en la cadena de mando de las tres fuerzas armadas cooperaban en el secuestro de subversivos sospechosos. En el punto más álgido de la campaña contra la subversión, la Corte Suprema, cuyos miembros habían sido designados por los

⁵ Véanse los autores citados por Olásolo/Pérez Cepeda (nota 6), pp. 485, 486.

⁶ *Ibid.*, pp. 494 y ss.

⁷ La sentencia destaca que los comandantes militares condenados impartieron instrucciones generales exigiendo medidas extraordinarias para ser utilizadas no sólo contra terroristas sino contra “elementos subversivos” en general. Véase por ejemplo, Dir 504/77 emitida en abril de 1977 por el General Roberto Eduardo Viola, por entonces Jefe del Estado Mayor y luego Comandante en Jefe del Ejército (que gobernaba el país), relativa al frente industrial de la campaña antisubversiva, *La Prensa*, 23 de julio de 1984, p. 5. Los crímenes en cuestión no eran, por tanto, resultado de decisiones erráticas, solitarias e individuales de aquellos que las llevaron a cabo; sino antes bien, formaban parte de una estrategia global planeada por las Juntas Militares con el fin de luchar contra la subversión. Esta estrategia fue llevada a cabo a través de todo un complejo grupo de elementos (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimento, etc.) que contribuyó para el éxito de cada operación militar. En este sentido, es importante señalar que la Cámara Federal de Buenos Aires rechazó el argumento de la defensa relativo a que los crímenes fueron acciones cometidas porque los subordinados se excedieron en su función militar individual, por lo que sus superiores no podían ser responsables de esos excesos. Sin embargo, la Cámara Federal destaca que el modelo sostenido de secuestro, tortura y homicidio no podía ser explicado como la conducta de unos pocos oficiales trastornados. Muchos de los secuestrados fueron llevados a cabo luego de haberse ordenado a la policía de la zona no interferir, y ese cometido habría sido imposible si no hubiera habido un sistema establecido de impunidad.

⁸ La Cámara Federal de Buenos Aires consideró que la intervención de los comandantes de las tres Juntas Militares desde el más alto rango de la maquinaria de poder no se limitó a ordenar la realización de actividades ilegales. Ellos contribuyeron también activamente a la comisión de los crímenes. Como la Cámara Federal señaló, los centros de detención tenían que ser financiados y proveídos de personal central, y era imposible para los comandantes militares no haber tenido conocimiento de su existencia y actividades. Los ejecutores materiales de los crímenes no habrían podido cometerlos a menos que contaran con los medios indispensables. Esos medios fueron suministrados a los ejecutores por orden de los comandantes militares condenados: vestimenta, vehículos, combustible, armas y municiones, centros de detención, alimentos, etc., constituían elementos indispensables.

militares en el poder, repetidamente instó a los comandantes militares a esclarecer el destino de las personas desaparecidas en una acción colectiva de 400 peticiones de *habeas corpus*. A pesar de los muchos civiles que habían sido secuestrados, torturados y/o asesinados (de acuerdo con fuentes oficiales, hubo en total alrededor de 18 000 víctimas, y según otras fuentes, dicha cifra podría incrementar hasta las 30 000), ninguna persona fue procesada penalmente de modo satisfactorio ni por los Tribunales de justicia militares, ni por los civiles. Además, el Gobierno militar de aquel entonces negó constantemente que dichos crímenes hubieran tenido nunca lugar.⁹

A la vista de estas circunstancias, la Cámara Federal de Buenos Aires en la sentencia en la que se ocupó por primera vez de estos hechos, una vez terminada la Dictadura, afirmó que la determinación de quién realmente había perpetrado los delitos no era lo más importante. En efecto, de acuerdo con esta sentencia, los ejecutores materiales no conformaban en verdad cuadros tan significativos, dado que éstos cumplieron un rol secundario en la perpetración de los crímenes, puesto que el sujeto de atrás que controlaba el sistema dominaba la voluntad de esos hombres que eran parte de la organización. Como el dominio de los comandantes militares condenados en esta sentencia era absoluto (si un subordinado rehusaba a obedecer, era reemplazado automáticamente por otro que cumpliera con

las directivas), el plan concebido por los comandantes militares condenados no podría haber fracasado por la voluntad de los ejecutores materiales del delito, quienes simplemente cumplían una función menor dentro de una maquinaria gigantesca. Además, dado que los comandantes militares de las tres Juntas siempre conservaron el poder decisorio de detener la ejecución de los crímenes que estaban siendo cometidos; sólo cuando lo estimaron necesario interrumpieron repentinamente las operaciones irregulares y anunciaron a la población que “la guerra había terminado”. A partir de ese momento, se suspendieron los secuestros, las desapariciones o las torturas. Para la Cámara Federal, éste era un caso donde el instrumento operado por el hombre de atrás era la organización misma, que éste manipulaba a su discreción, una organización compuesta por hombres intercambiables. De esta manera, el dominio no era tanto sobre la voluntad específica sino sobre una voluntad indeterminada.¹⁰ Sin importar quién resultara ser el oficial subordinado, los actos criminales hubieran tenido lugar de todos modos.

La sentencia de la Cámara Federal que aplicó la tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en el Juicio a las Juntas fue, sin embargo, revocada por la Corte Suprema de Justicia argentina, en una decisión dividida dictada el 20 de diciembre de 1986.¹¹ De acuerdo con el voto mayoritario, en virtud de la circunstancia de que los miem-

⁹ Además, según la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires, los comandantes militares condenados no sólo dirigían la maquinaria de personas y bienes que posibilitaban la comisión de delitos, sino también las fuerzas de seguridad, que estaban a cargo de la prevención de delitos. Se habían instalado, mediante actos de fuerza, como la única fuente de poder en la República, de modo que no había ninguna otra autoridad competente para ejercer un control efectivo sobre lo que estaba sucediendo. Como resultado, la impunidad fue otra circunstancia que hizo que los planes ilegales fueran posibles y que sólo los comandantes militares condenados podían asegurar. En este sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de Buenos Aires concluyó en que mientras el sistema criminal fue implementado, la sociedad se hallaba gobernada por el ordenamiento jurídico y legal tradicional. La Constitución (con las limitaciones impuestas por el gobierno *de facto*) seguía vigente, la policía continuó arrestando a delincuentes y los jueces dictando sentencias. Semejante sistema legal era incompatible con el que se aplicaba para luchar contra la guerrilla. La sorprendente coexistencia de un sistema legal y otro paralegal durante tan prolongado periodo de tiempo sólo fue posible con la presencia de los comandantes militares condenados en la cima de su poder. Desde allí se intentó esconder los hechos mediante mentiras a los jueces, los familiares de víctimas, a organizaciones nacionales y extranjeras, y a gobiernos extranjeros, realizando falsas investigaciones, asegurando engañosas esperanzas y dando explicaciones infantiles.

¹⁰ Como expresó la Cámara Federal, la falta de conocimiento de los comandantes militares condenados acerca de la existencia de cada acto criminal en particular y sobre las identidades de las víctimas no resulta relevante a los fines de determinar su responsabilidad criminal. Las órdenes referidas en general a todas las “personas subversivas”, dieron a los subordinados una amplia libertad para determinar quién caía en esa categoría y para actuar consecuentemente.

¹¹ Sentencia del 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia argentina, p. 1701 y ss. Las razones que llevaron a la Corte Suprema a rechazar la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la sentencia del 9/12/1985 de la Cámara Federal se encuentran desarrolladas en la sección de los Argumentos Legales, párrafos 20 y ss.

La misma opinión es sostenida por C. Nino, *Juicio al mal absoluto* (Ariel 2006), p. 241. Para este autor, la figura jurídica de la coautoría hubiera bastado para afirmar la responsabilidad por los crímenes de los comandantes militares de las tres Juntas Militares consecutivas que gobernaron Argentina de 1976 a 1983. Sin embargo, dos magistrados de la Corte Suprema (los jueces Petracchi y Bacqué) expresaron su opinión por separado en favor de la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Para ello, los jueces Petracchi y Bacqué se remitieron al artículo 514 del Código de Justicia Militar argentino, que establece la responsabilidad criminal de los comandantes militares por los crímenes cometidos por sus subordinados en cumplimiento de las órdenes por ellos impartidas, sin perjuicio de la responsabilidad de los subordinados.

bros de las Juntas Militares no intervinieron en la ejecución de los crímenes, el punto de partida en el análisis de la intervención delictiva debió haber sido la concepción de la autoría que en aquel momento era mantenida por la jurisprudencia argentina. Esta concepción era el enfoque de la teoría formal objetiva, según la cual los autores de un delito son sólo aquellos sujetos que físicamente realizan los elementos objetivos del delito.

Desde el punto de vista del voto mayoritario de esta sentencia, de acuerdo con la teoría formal objetiva, la conclusión a la que debería haberse llegado era que aquellos sujetos que elaboran el plan, preparan, dirigen, organizan, instigan o, de cualquier otra forma, contribuyen a la comisión del delito sin tomar parte físicamente en su ejecución no pueden ser considerados autores. Por otra parte, se resaltó en ese voto que esa conclusión acerca de la intervención delictiva no significaba ni la falta de responsabilidad penal de los mencionados sujetos, ni la imposición de una pena menor, puesto que el art. 45 del Código Penal argentino, similar en esto a otros Códigos Penales latinoamericanos y al español, preveía la misma sanción penal para autores, instigadores y cómplices necesarios. Como resultado, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, por voto de la mayoría, revocó la sentencia de la Cámara Federal que consideró a los nueve comandantes de las Juntas Militares argentinas como autores mediatos; y en su lugar los condenó como cómplices necesarios,¹² lo que no tuvo incidencia en el monto total de la pena que se le impuso, ya que esta figura era castigada con la misma pena que la autoría propiamente dicha.

Luego del Juicio a las Juntas, la jurisprudencia argentina ha ido abandonando progresivamente la teoría formal objetiva para definir la autoría penal responsa-

ble, y ha adoptado la teoría basada en el dominio del hecho.¹³ En este nuevo contexto, y en particular desde la sentencia del 18 de mayo de 2007 en el caso *Etchecolatz* de la Corte Suprema de Justicia argentina (que confirmó la sentencia del Tribunal Oral Federal de La Plata, de septiembre 2006), los tribunales de justicia argentinos han aplicado nuevamente la concepción de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder para fundar la condena de funcionarios militares que integraban los más altos eslabones del Ejército Argentino entre 1976 y 1983.¹⁴

Un buen ejemplo de esta nueva tendencia es la sentencia del Tribunal Oral Federal n° 1 de Córdoba del 24/7/2008, donde *Luciano Benjamín Menéndez* (ex Jefe Comandante del Tercer Cuerpo del Ejército desde 1975 hasta 1979), *Hermes Óscar Rodríguez* (ex Jefe del Batallón de Inteligencia n° 14 que operaba bajo el comando de *Menéndez*) y seis ejecutores materiales (incluyendo el ex Jefe del Grupo Especial de Operaciones PO3, que estaba bajo las órdenes directas de *Rodríguez*, y cinco de sus subordinados) fueron condenados por secuestro, tortura y homicidio de numerosos civiles en cumplimiento de la campaña antisubversiva lanzada por las Juntas Militares argentinas en 1976. Según el Tribunal Oral Federal de Córdoba, la implementación de la campaña global antisubversión se caracterizó por la amplia discreción de que gozaban los comandantes de Operaciones Zonales (como *Menéndez*) para organizar la represión en los territorios bajo su comando, así como a los comandantes subordinados de Operaciones Zonales (como *Rodríguez*, y los otros seis acusados) para identificar a las víctimas. No obstante todos los acusados cumplieron un rol en la implementación de la campaña, *Menéndez* y *Rodríguez* contribuyeron a la comisión de los crímenes de una forma sustancialmente diferente a los

¹² El art. 45 del Código Penal argentino establece: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

¹³ Véase E. Malarino, "El Caso Argentino", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 59 y ss.

¹⁴ Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 1/11/2007, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal núm. 1 de Córdoba del 24/7/2008 en el caso contra *Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Óscar y otros*, y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 4/9/2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*. En esta última, la misma pena (prisión perpetua) fue impuesta a los dos acusados quienes, no obstante su rango subordinado de los comandantes militares miembros de las tres Juntas Militares argentinas, fueron considerados parte de los más altos eslabones del Ejército argentino, entendido como una estructura organizada de poder. El Tribunal Oral Federal de Tucumán juzgó que los dos acusados utilizaron su poder para ordenar el registro ilegal en la residencia del Senador Vargas Aignasse, quien, según ellos, se creía que pertenecía a un grupo subversivo conocido como "Montoneros". El Senador Vargas Aignasse fue detenido en su domicilio delante de su esposa e hijos y llevado por la fuerza a un centro militar de detención donde fue torturado. Posteriormente fue víctima de desaparición forzada. Sus captores inventaron el pretexto de que había sido secuestrado por un grupo desconocido mientras era transferido a otro centro militar. Véase el comentario a la sentencia del 4/9/2008 del Tribunal Oral Federal de Tucumán, en 114 *Anuario de Derechos Humanos* (2008).

otros seis acusados. Mientras *Menéndez* y *Rodríguez* aseguraron un control estricto sobre las unidades bajo su mando, dieron órdenes e instrucciones para implementar la campaña antisubversiva dentro de su esfera de autoridad, crearon las condiciones necesarias para la ejecución efectiva de esas órdenes, y supervisaron los resultados de la actividad de sus subordinados, los otros seis acusados identificaron conjuntamente a las víctimas y detuvieron, torturaron y asesinaron en cumplimiento de las órdenes impartidas por *Menéndez* y *Rodríguez*. En consecuencia, *Menéndez* y *Rodríguez* fueron condenados como coautores mediatos, y los otros seis acusados fueron condenados como coautores directos de los crímenes cometidos.

Sin embargo, la tendencia creciente en la jurisprudencia argentina hacia la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no ha sido invariablemente seguida. Por ejemplo, la sentencia del 12/8/2009 del Tribunal Oral Federal de San Martín en el caso *Floreal Avellaneda* aplicó la figura jurídica de coautoría basada en el dominio funcional (en lugar de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder) para condenar a *Santiago Omar Riveros* (ex Jefe del Comando de Instituciones Militares, bajo cuyo control operacional se encontraba la Estación de Policía *Villa Martelli* y la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Oswaldo Jorge García* (ex Director de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*), *Exequiel Verplaetsen* (ex Jefe del Área de Inteligencia de la Escuela de Infantería *Campo de Mayo*) y otros tres subordinados que estuvieron materialmente involucrados en la comisión de los crímenes. Todos ellos resultaron condenados por la detención ilegal y tortura de *Iris Avellaneda* y su hijo *Floreal Avellaneda* de quince años de edad, y por la posterior desaparición de este último.¹⁵

En este caso pueden observarse varias similitudes con el de *Luciano Benjamín Menéndez y otros*. En ambos casos, líderes militares de elevado rango, comandantes militares de rango intermedio y ejecutores materiales fueron condenados por similares tipos de crímenes perpetrados en el contexto de la campaña global antisubversiva planeada en 1976 por las Juntas

Militares Argentinas para eliminar a sus oponentes políticos. Además, en ambos casos, la concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue expresamente acogida en relación con los miembros de las mencionadas Juntas.

Sin embargo, dado que el Tribunal Oral Federal de San Martín, en el caso *Floreal Avellaneda*, limitó la aplicación del concepto de autoría mediata a los miembros de las Juntas Militares, apoyándose en la circunstancia de que ellos eran los únicos altos comandantes militares cuya contribución (diseño de la campaña global y la puesta en marcha de las Fuerzas Armadas Argentinas para implementarla) no tuvo lugar en el estadio de ejecución de los crímenes, marcó una diferencia fundamental. Según el Tribunal Oral Federal de San Martín, los otros comandantes militares (Comandantes Operacionales Zonales, Comandantes de Área, Comandantes de Unidad) participaron en la ejecución de la campaña antisubversiva mediante (i) la adaptación de tal campaña a las especiales circunstancias de sus zonas y áreas de responsabilidad; y (ii) el diseño de las operaciones específicas a través de las cuales esa campaña iba a ser llevada a cabo. De tal modo, estos últimos poseían autonomía para decidir la manera en que debían proceder sus subordinados en lo relativo a la detención, la tortura y la desaparición forzada de sus oponentes políticos. Como resultado, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, la participación de *Riveros*, *García* y *Verplaetsen* en los crímenes (los jefes de los centros de detención donde los crímenes tuvieron lugar) respondió a una esencial división de funciones entre ellos y aquellos subordinados que materialmente ejecutaron los delitos, comportamientos éstos que integraban un plan común acerca del que todos ellos actuaban de acuerdo para la ejecución de la campaña global antisubversiva.¹⁶

Chile

La concepción de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue aplicada en Chile por primera vez el 12 de noviembre de 1993, en la sentencia de primera instancia de un juzgado de

¹⁵ El cuerpo sin vida de Floreal Avellaneda fue encontrado, con posterioridad, en la costa uruguaya, donde probablemente había sido arrojado desde un avión militar argentino.

¹⁶ Además, para el Tribunal Oral Federal de San Martín, no había necesidad de un acuerdo previo entre todos los coautores, dado que era suficiente que aquellos que se unieron a la empresa criminal conjunta una vez que su implementación se había iniciado: (i) llevaron a cabo las tareas necesarias que les habían sido asignadas; y de ese modo (ii) codominaban el delito con otros miembros de la empresa criminal conjunta.

instrucción en el caso contra el *General José Manuel Contreras* (ex jefe de la agencia de inteligencia chilena, bajo el régimen de Pinochet conocido como DINA —Dirección de Inteligencia Nacional—) y su jefe de operaciones (*Coronel Espinoza*). Ambos fueron condenados por el homicidio de Orlando Letelier (Ministro de Asuntos Exteriores chileno de Salvador Allende), quien al momento del homicidio de que fuera víctima, se encontraba exiliado en Washington DC, donde era miembro del Instituto de Estudios Políticos y cumplía un rol clave en promover la oposición internacional contra el régimen de Pinochet.

Según la sentencia, Contreras, que tenía control total sobre la DINA (que fue militarizado en 1974) fue quien tomó la decisión de asesinar a Orlando Letelier, y colocó a su jefe de operaciones, Coronel Espinoza, a cargo de la adopción de las medidas que fueran necesarias a efectos de crear las condiciones indispensables para perpetrar el homicidio (incluyendo la puesta en marcha de actividades de espionaje durante varios meses). Finalmente, el *señor Townley*, un agente *de facto* de la DINA, fue puesto a cargo de la misión de asesinar a la víctima y fue enviado a Estados Unidos, donde cumplió con su cometido haciendo estallar una bomba colocada en el automóvil de *Letelier*, el 21 de septiembre de 1976.

Esta sentencia se ocupó finalmente de la cuestión de si, a la luz de los artículos 14, 15 y 16 del Código Penal chileno de 1874, *Contreras* y *Espinoza* debían ser considerados autores o partícipes en el homicidio de Letelier. En este sentido, es preciso destacar que, según el artículo 15, se consideran autores a todos aquellos que (i) toman parte en la ejecución del hecho directa e inmediatamente, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (ii) inducen a una tercera persona a cometer el delito; o actuando de común acuerdo (iii) facilitan los medios para la comisión del delito o están presentes mientras el hecho está siendo ejecutado.¹⁷

Según la sentencia, para determinar si Townley actuó cumpliendo órdenes impartidas por otro, o con base en un acto de instigación o un acuerdo, era necesario tomar en consideración los siguientes factores: (i) Townley formaba parte de la estructura militar jerárquica de la DINA como consecuencia de su situación

como agente *de facto*; (ii) Townley y su familia vivían bajo la protección y control de la DINA; y (iii) Townley había desarrollado un sólido sentimiento de lealtad hacia la DINA. Como resultado, incluso en el caso de que Townley no podría haber sido obligado legalmente a cumplir con la orden de asesinar a Letelier, la fuerte autoridad e influencia que el director de la DINA ejercía sobre Townley lo colocó en una situación en la que inevitablemente debía ejecutar el asesinato. Además, como se subraya en la sentencia, la existencia de un acuerdo hubiera requerido una deliberación con un nivel de libertad e independencia más elevado que el que Townley disponía luego de recibir la orden de asesinar a Letelier. Por otra parte, para aplicar la figura jurídica de la instigación, se hubiera requerido un acto de persuasión sin la naturaleza coercitiva que en efecto tuvo la orden de asesinar recibida por Townley, a través del director de la DINA y del jefe de operaciones de esa misma agencia estatal. Como consecuencia, en la sentencia se resaltó que los hechos juzgados ponían de relieve el tipo de dominio de la voluntad de los subordinados que era característico del que disponían los agentes superiores en la cadena de mando de estructuras organizadas de poder. En estas organizaciones, los superiores utilizan su poder para impartir órdenes y asegurarse de su cumplimiento mediante la fungibilidad de los ejecutores. Esta circunstancia hace casi imposible cualquier resistencia u oposición a la ejecución de las órdenes de los superiores.

A la luz de lo mencionado anteriormente, dada la proximidad jerárquica entre el director de la DINA y el jefe de su personal así como la falta de algún otro elemento que evidenciase que el *Coronel Espinoza* dependía del *Coronel Contreras*, la sentencia condenó a ambos como coautores mediatos, por haberse puesto de acuerdo en la utilización de sus subordinados en la DINA para los fines de asegurar el asesinato de Orlando Letelier.

Algunos juristas chilenos han criticado esta decisión, en especial porque se apartaba, sin buenos argumentos, de la jurisprudencia chilena previa a 1993, según la cual el concepto de autoría mediata resultaba sólo aplicable en aquellos supuestos donde los ejecutores materiales no eran responsables penalmente.

¹⁷ El art. 15 del Código Penal chileno de 1874 consideraba autores a “(1). Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite; (2) Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo; y (3) los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

Para estos autores, cuando, como ocurría en el presente caso, el nivel de determinación por un superior no equivalía a subyugar la voluntad del ejecutor material, sólo podían aplicarse las figuras jurídicas de la instigación o la complicidad necesaria, supuestos para los cuales el Código Penal chileno de 1874 preveía la misma pena que para los autores (mediatos).¹⁸ De esta manera, aún si *Contreras* y *Espinoza* hubieran sido condenados como instigador (*Contreras*) y cómplice primario (*Espinoza*), de todos modos su injusto hubiera sido castigado adecuadamente. En opinión de estos autores, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder sólo alcanzó algún grado de aceptación en la jurisprudencia chilena años después,¹⁹ como lo refleja la decisión de la Corte Suprema chilena del 21 de septiembre de 2007, al acoger el pedido de extradición peruano en relación al ex presidente Alberto Fujimori. En esa decisión, la Corte Suprema chilena se refirió expresamente a la posibilidad de aplicación de la figura jurídica de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.²⁰

Colombia

Las sentencias pronunciadas en los casos *Machuca*²¹ del 7/3/2007, *Yamid Amat*²² del 8/8/2007 y *Gabarrera*²³ del 12/9/2007 fueron las primeras tres decisiones judiciales donde la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema colombiana aludió al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. No obstante, el máximo tribunal de justicia de Colombia no aplicó la figura jurídica de la autoría mediata en ninguno de estos casos, sino que juzgó que concurría en los tres supuestos la responsabilidad por coautoría. De ese modo, el tribunal mantuvo su tradicional enfoque en lo tocante a la distinción entre los conceptos de ins-

tigación (*determinación o autoría intelectual*), autoría mediata y coautoría (*autoría material impropia*), figuras todas a las que el artículo 23 del Código Penal colombiano de 1980 y artículos 28 y 29 del nuevo Código Penal colombiano de 2000, atribuyen la misma pena.

Según el enfoque tradicional de la Corte Suprema colombiana, los instigadores son aquellas personas que, a través de inducción, mandato, instigación, consejo, coerción, orden, acuerdo o cualquier otro medio viable, se aseguran la comisión del delito mediante otra persona que es penalmente responsable como autor directo del hecho punible. Por consiguiente, el concepto de instigación requiere un tipo de comunicación entre el instigador y el ejecutor material que permite a este último decidir, incluso si se trata de una situación precaria, si en efecto llevará a cabo el delito propuesto por el instigador. La decisión final acerca de la ejecución no es tomada por el instigador, sino por los ejecutores materiales. La distinción entre la instigación y la autoría mediata reside en que esta última requiere que los ejecutores materiales no estén en posición de decidir si cometen o no el hecho dado que: (i) sus roles como ejecutores materiales han sido impuestos por el autor mediato y (ii) no son enteramente conscientes de la real dimensión de sus roles. Finalmente, el concepto de coautoría requiere que una pluralidad de personas, actuando de manera concertada, lleven a cabo un plan criminal común según el principio de división de funciones.²⁴ Sin embargo, no es imprescindible para su configuración que los coautores hayan prestado su conformidad a un acuerdo previo. En este contexto, mientras se demuestre que el sujeto contribuyó con su aporte durante la fase de ejecución del delito, se convierte automáticamente en coautor, sin perjuicio de la relevancia de su colaboración; no hay necesidad de que esa contribución sea de naturaleza esencial.²⁵

¹⁸ J.L. Guzmán, "El Caso Chileno", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 77-82.

¹⁹ *Idem*. Véase también P. Lifschitz, "«Cometer» y «hacer cometer»: desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata", en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. «In memoriam»*, vol. I, Universidad Castilla La Mancha, 2001, p. 1272.

²⁰ Véanse, en particular, los argumentos legales núm. 94 y 95 de la sentencia. Para un comentario sobre esta sentencia, véase R. Lledó Vázquez, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2008, pp. 114 y ss.

²¹ Caso núm. 23825.

²² Caso núm. 25974.

²³ Caso núm. 24448.

²⁴ La Corte Suprema colombiana distingue entre dos tipos de coautoría: (i) *coautoría material propia*, que tiene lugar cuando cada uno de los coautores llevan a cabo todos los elementos objetivos del delito; y (ii) *coautoría material impropia*, que tiene lugar cuando los coautores contribuyen de manera diferente a la comisión del delito siguiendo el principio de división de funciones. Para el propósito de este artículo, sólo el segundo tipo de coautoría es relevante.

²⁵ Véase C. López Díaz, "El Caso Colombiano", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, pp. 169-175.

Un buen ejemplo de la aplicación de este concepto amplio de coautoría está dado por el *caso Machuca*. Los hechos juzgados tuvieron lugar el 18 de octubre de 1998 en el pueblo de *Machuca*, en el área de Segovia-Antioquia. Con el fin de perjudicar la economía e infraestructura de petróleo de Colombia, varios miembros de la Compañía Cimarron del Ejército Nacional de Liberación hicieron explotar una bomba en el oleoducto Cusiana-Coveñas, provocando su destrucción y el derrame de una considerable cantidad de petróleo. Dado que la explosión tuvo lugar en un cerro, el petróleo derramado descendió por las laderas del cerro a la localidad de *Machuca*, destruyendo numerosas viviendas y provocando la muerte de más de cien pobladores. Aunque la fiscalía no pudo identificar a los ejecutores materiales del ataque, acusó a los siete miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación así como a los tres comandantes de la compañía Cimarron que operaba en el área en la que se produjeron los hechos.

La sentencia pronunciada por la Corte Suprema colombiana, de fecha 7/3/2007, condenó a todos los acusados como coautores del delito. Mediante esa condena, el máximo tribunal de justicia colombiano —apoyado en informes de los servicios de inteligencia del Ejército colombiano y otras agencias de seguridad que describieron en detalle la organización interna del Ejército Nacional de Liberación y el área de responsabilidad de la compañía Cimarron— concluyó que los responsables de la tragedia de *Machuca* pertenecían a una organización criminal jerárquica que actuaba fuera de la ley. Dentro de la estructura jerárquica de dicha organización, los miembros del Comando Central del Ejército Nacional de Liberación estaban a cargo de diseñar y promocionar la política global de desbaratamiento, mediante violencia, del suministro de petróleo que iba desde *Caño Limón* hasta los Estados Unidos. Las unidades que operaban en ese ámbito, como la compañía Cimarron, poseían amplia autonomía para planificar esas operaciones específicas, a través de las cuales esa política global de desbaratamiento iba a ser puesta

en marcha. El Comando Central retenía el poder de sancionar a los ejecutores materiales que incurrían en errores en la fase de ejecución de la mencionada política global.

Para la Corte Suprema colombiana, los ejecutores materiales de la Compañía Cimarron decidieron libremente y con conocimiento llevar adelante el ataque, como una manera de contribuir a la puesta en marcha de la campaña global de desbaratamiento del suministro de petróleo en Colombia. Las actividades que llevaron a cabo para cumplir su cometido fueron ejecutadas al margen de sus convicciones ideológicas y no como resultado de haber sido víctimas de engaño ni instrumentalizadas por el Comando Central. Pues ni el Comando Central tenía el dominio sobre su voluntad, ni ellos mismos eran meras herramientas del Comando Central. Como consecuencia, en este contexto, no fue posible recurrir al concepto de autoría mediata. Por otra parte, la figura jurídica de instigación no resultaba aplicable debido a que éste no era sólo un caso donde los delitos eran cometidos en cumplimiento de órdenes impartidas por agentes superiores en la cadena de mando. Por el contrario, para la Corte Suprema colombiana, éste fue un supuesto donde una pluralidad de personas, actuando libremente y compartiendo la política global de desbaratamiento del suministro de petróleo diseñado por el Comando Central, colaboraron en la comisión de los delitos de una manera coordinada y de acuerdo con el principio de división de funciones. Como corolario, los miembros del Comando Central, los comandantes de la compañía Cimarron y los ejecutores materiales que atacaron el oleoducto en las cercanías de *Machuca* fueron todos considerados coautores en la medida en que formaron parte de la misma empresa criminal conjunta.

La renuencia de la Corte Suprema colombiana en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder ha sido parcialmente superada en la sentencia del 23 de febrero de 2010, pronunciada en el caso contra el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero*, co-fundador del grupo paramilitar conocido como *Frente Héroes de los Montes de María* (“el grupo paramilitar”).²⁶ De

²⁶ Según la Corte Suprema colombiana, a mediados de los 90, y tal vez antes, grupos armados ilegales empezaron a operar sin mucha coordinación bajo el nombre de *fuerzas de autodefensas* en el Departamento de Sucre. En 1996, estos grupos empezaron a ser coordinados por el comandante Salvatore Mancuso, quien fue asignado a la tarea de unificar los diferentes grupos armados de *fuerzas de autodefensas* que operaban en la parte norte del país bajo el mando de Carlos Castaño (jefe de la organización más amplia conocida como *Autodefensas Unidas de Colombia*). Para la misma época, algunos de los más acaudalados comerciantes de ganado del Departamento de Sucre tomaron la iniciativa de crear un grupo armado de *fuerzas de autodefensas* para proveer seguridad en el centro y el norte del Departamento de Sucre.

acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema colombiana, este grupo paramilitar era una estructura organizada de poder que operaba en el departamento de Sucre (al norte de Colombia). Poseía una sólida jerarquía vertical. Sus comandantes de más alto rango diseñaron las operaciones específicas a desarrollar, y un amplio número de subordinados (su número ascendió pronto a cientos) las llevó a cabo. Las instrucciones impartidas por los comandantes de más alto rango del grupo resultaban bastante detalladas, y la discrecionalidad para ponerlas en marcha por los comandantes desplegados en el terreno y los miembros del grupo de bajo rango, fue muy limitada (mucho menor que en algunas organizaciones de guerrilla como el Ejército de Liberación Nacional referido más arriba). Las numerosas reuniones y las continuas comunicaciones vía radial y telefónica entabladas entre los comandantes de más alto rango del grupo y sus comandantes desplegados en el terreno permitió a los primeros mantener un estricto dominio y control sobre el desarrollo de las operaciones del grupo. La estrategia final del grupo paramilitar se proponía asegurar el control militar del territorio en que operaban. Su cometido consistía en brindar protección a hombres de negocios y comerciantes de ganado, en las áreas donde ellos operaban, a cambio de obtener apoyo financiero, eliminar cualquier persona que consideraran cooperaba con la guerrilla, y usurpar el territorio abandonado por los numerosos pobladores que dejaron el área a causa de la presencia del grupo paramilitar. En un estadio posterior, esta estrategia del grupo paramilitar se extendió a otros territorios, con el fin de conseguir el control de los gobiernos local y regional en las zonas en las que el grupo actuaba. Para obtener este propósito, esta

agrupación brindaba apoyo a sus candidatos en las elecciones locales y regionales.

La masacre de *Macayepo* fue una operación llevada a cabo por varios cientos de miembros del grupo paramilitar y consistió en el múltiple homicidio que tuvo lugar entre el 9 y el 16 de octubre de 2000, en varios pueblos de la región Carmen de Bolívar (incluyendo *Macayepo*) así como el desplazamiento masivo de su población. De acuerdo con la sentencia de la Corte Suprema colombiana, *García Romero* fue condenado como autor mediato de la masacre con base en los siguientes argumentos: (i) *García Romero* tenía el control sobre el grupo paramilitar (que compartía con los comandantes militares de alto rango); (ii) la masacre fue una actividad regular del grupo paramilitar que *García Romero* cofundó, apoyó y aconsejó; y (iii) el nombrado contribuyó al “éxito” de la operación mediante el aseguramiento que los batallones antiguerrilla de la Primera Brigada de Infantería Naval fueran apartados por el Comandante de la Brigada para así evitar cualquier posible interferencia con los homicidios y el desplazamiento masivo.²⁷

Sin embargo, conviene destacar que en esa misma sentencia del 23 de febrero de 2010, la Corte Suprema colombiana condenó a *García Romero* como instigador (y no como autor mediato) por ordenar el homicidio de Georgina Narváez. Según el máximo tribunal, *García Romero* ordenó a miembros del grupo paramilitar asesinar a Georgina Narváez el día 27 de octubre de 1997, luego de que concluyera que, en virtud de los pobres resultados electorales obtenidos por “su candidato” (Morris Taboada), Taboada sólo podría convertirse en Gobernador del Departamento de Sucre si los votantes en la ciudad de San Onofre fueran recontados para lo que Georgina Narváez (la

Como resultado, hubo varias reuniones entre comandantes paramilitares (como Salvatore Mancuso), políticos locales y regionales, y comerciantes de ganado del centro y norte de Sucre. En este contexto, en 1997 se mantuvo una reunión en la *Hacienda Las Canarias*, donde se llegó a un acuerdo entre el ex senador nacional *Álvaro Alfonso García Romero*, el líder paramilitar Salvatore Mancuso, y los comerciantes de ganado Miguel Nule Amín, Joaquín García Rodríguez y Javier Piedrahita para crear un grupo paramilitar que más tarde se conoció como *Bloque Héroes de los Montes de María*. Luego de acordar en cómo el grupo sería financiado y materialmente sostenido, nombraron a Rodrigo Mercado Peluffo, alias “Cadena”, como comandante del grupo. Debido a su participación en la reunión, su posterior apoyo financiero al grupo paramilitar, y su contribución material a algunas de sus operaciones, *García Romero* fue condenado por la Corte Suprema de Colombia como coautor del delito de miembro de una organización criminal (*concierto para delinquir agravado*).

²⁷ Según la Corte Suprema de Colombia, en una conversación grabada entre *García Romero* y su ayudante de confianza, *Joaquín García*, este último informó al acusado sobre dicha operación el día anterior de su inicio y resaltó la necesidad de sacar a los batallones del Ejército colombiano antiguerrilla fuera del área relevante. En la mencionada conversación, *García Romero* aceptó hablar, en horas tempranas de la mañana siguiente, al Comandante de la Primera Brigada de la Infantería Naval. Así quedó demostrado que las órdenes posteriormente recibidas por los batallones antiguerrilla fueron enviadas desde el área de la masacre, y que eso fue lo que impidió que esos batallones detuvieran la operación paramilitar. Sólo luego de que los cientos de atacantes militares dejaran el área donde se cometió la masacre, el Comandante de la Primera Brigada de la Infantería Naval ordenó a los batallones antiguerrilla bajo su mando, que retornaran al área relevante para ubicar y detener a los supuestos autores (esto fue conocido como “Operación Tranquilidad”).

mujer que había tomado nota de los votos en el primer escrutinio) tenía que ser asesinada.²⁸

Es preciso señalar que, al contrario del homicidio de Georgina Narváez donde *García Romero* dio la orden de asesinar, en la masacre de *Macayepo* no se comprobó que *García Romero* hubiera participado en el diseño de la operación (él mismo fue informado sobre la operación por un asistente suyo de confianza, Joaquín García, el día anterior a su inicio) ni en su puesta en marcha (su contribución consistió en desplegar su influencia con el Comandante de la Primera Brigada de Infantería Naval para evitar la interrupción o desbaratamiento de la operación por el Ejército colombiano). Como resultado, puede verse que el juzgamiento de *García Romero* por la Corte Suprema colombiana como instigador del homicidio de Georgina Narváez se apoya en su enfoque tradicional del concepto de instigación, según el cual, tal figura es aplicable siempre que el acusado impulsa a una persona que es plenamente responsable, a cometer un delito sin intervenir durante su ejecución. Sin embargo, ésta es precisamente el tipo de situación que la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está destinada a cubrir: cuando los agentes superiores utilizan la estructura de poder que dirigen para asegurar la comisión de los delitos.

Asimismo, conforme la sentencia de la Corte Suprema colombiana, la circunstancia de que *García Romero* contribuyera durante la ejecución de la operación en el pueblo de *Macayepo* y las zonas aledañas (asegurando la evitación de cualquier desbaratamiento a la operación por el Ejército colombiano), descartaba la aplicación del concepto de instigación en relación

con su responsabilidad por la masacre de *Macayepo*. Sólo entonces, parece el tribunal colombiano haberse decidido por la aplicación, por primera vez en su historia, del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en lugar del concepto de coautoría. Sin embargo, dicha aplicación se produjo en un caso donde el acusado, un político nacional con mucha influencia en la pertinente área: (i) no dominaba completamente al grupo paramilitar, puesto que compartía el dominio con sus comandantes militares; (ii) no intervino en el diseño de la operación; y (iii) no parecía haber contribuido a la puesta en marcha de la operación. No parecen ser estas las circunstancias más adecuadas para la aplicación de la figura de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder.

Perú

La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder tuvo lugar en la sentencia del 13 de octubre de 2006,²⁹ pronunciada por la Sala Penal Nacional, que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la sentencia del 14 de diciembre de 2007.³⁰ Estas dos decisiones judiciales fueron dictadas en el proceso seguido contra *Abimael Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, y contra algunos de sus más próximos colaboradores (su esposa *Elena Iparraguirre*, *Laura Zambrano* y *María Pantoja*) por la masacre de 69 campesinos, incluyendo dieciocho niños, once mujeres, y varios ancianos en la ciudad de Lucanamarca y sus alrededores, el día 3 de abril de 1983.³¹

²⁸ Según la Corte Suprema colombiana, *García Romero* dio la orden de matar a Georgina Narváez y ofreció una suma de USD 2500 a fin de obtener ese resultado lo antes posible. La orden fue transmitida por Joaquín García (asistente de confianza de *García Romero*) a Salomón Feris (que estaba a cargo de las operaciones militares del grupo paramilitar), quien pasó la orden a Danilo (el comandante de la unidad campo con base en la ciudad de San Onofre). La víctima fue asesinada unos días después por dos individuos no identificados que le dispararon desde una motocicleta.

²⁹ Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13 de octubre de 2006, Caso núm. 560-03.

³⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200.

³¹ Sendero Luminoso fue un movimiento maoísta guerrillero, con base en la región peruana de Ayacucho. Inició sus operaciones contra las fuerzas gubernamentales de Perú en 1980. El territorio que controlaba y el número de militantes en la organización pronto aumentó, en particular en las regiones de Ayacucho, Apurímac y Huancavelica (la zona montañosa de Los Andes). En diciembre de 1981, el Gobierno peruano declaró "zona de emergencia" las tres regiones andinas. En algunas de estas áreas, el Ejército peruano entrenó a campesinos y los organizó en milicias antirebeldes denominadas *Rondas*. En marzo de 1983, miembros de *Rondas* de la Provincia de Huanca Sancos Departamento de Ayacucho apedreó, apuñaló, prendió fuego y disparó al comando de Sendero Luminoso en la plaza principal de la pequeña ciudad de Lucanamarca. Unas pocas semanas después, miembros de Sendero Luminoso respondieron al ataque mediante la entrada en las ciudades de Yanacollpa, Ataccara, Llacchua, Muylacruz y Lucanamarca (todas en la Provincia de Huanca Sancos) y asesinaron a 69 personas, incluyendo dieciocho niños (algunos de ellos de seis meses de edad), once mujeres (algunas de ellas embarazadas) y varios ancianos. La mayoría de las víctimas murió a través de cortes de machete y hacha, mientras que otros recibieron disparos a corta distancia en la cabeza (los pobladores fueron escaldados con agua hirviendo). Finalmente, la guerra de Sendero Luminoso contra el Estado peruano decayó, y *Abimael Guzmán* y varios miembros de alto rango de Sendero Luminoso fueron capturados en Lima en 1992.

Según la Sala Penal Nacional, la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central de la organización Sendero Luminoso tenía el control final sobre la forma en que la organización se conducía a sí misma y poseía el poder y la autoridad de adoptar las medidas disciplinarias que creyeran necesarias en caso de incumplimiento de las instrucciones por los comités intermedios y las unidades zonales. Sus miembros presidían las reuniones celebradas con los comités intermedios, los cuales mantenían a su vez contacto con las unidades zonales. Operaciones como las que tuvieron lugar en el área de Lucanamarca, fueron sólo emprendidas como consecuencia de la ejecución de órdenes que reflejaban las decisiones tomadas por la Dirección del Comité Permanente y los acuerdos concluidos en el Comité Central. Por lo tanto, era competencia de la Dirección del Comité Permanente y del Comité Central la toma de decisiones sobre las acciones específicas a adoptar en las áreas locales y la determinación de cuándo, dónde y contra quién esas operaciones debían llevarse a cabo.³²

Las órdenes fueron transmitidas por los miembros de la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central a los puntos de contacto en los comités intermedios, cuya función consistía en el planeamiento de la logística de la operación. Posteriormente, los comités intermedios transmitieron instrucciones detalladas a las unidades desplegadas en el terreno sobre cómo ejecutar las operaciones. En su función de presidente de la Dirección del Comité Permanente, el Comi-

té Central, y el Buró Político de Sendero Luminoso, *Guzmán* tenía el dominio de la organización. Como consecuencia, fue condenado como autor mediato.

En la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, la Sala Penal Nacional y la Corte Suprema de Justicia peruanas dejaron sentado que la definición de autor contenida en el artículo 100 del Código Penal peruano de 1924 (“los que toman parte en la ejecución del delito”)³³ no excluía *per se* tal concepto. Además, la Corte Suprema puso de relieve que el mencionado concepto había sido acogido por el artículo 23 del nuevo Código Penal de 1991, que define a los autores incluyendo a “aquellos que cometen el delito de manera individual, a través de otro o junto con otros”.³⁴

La defensa de *Guzmán* reclamó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no podía ser aplicado, debido a que Sendero Luminoso no conformaba una organización patrocinada por el Estado y, por tanto, sus miembros no tenían un deber de cumplir con las órdenes de la autoridad de Sendero Luminoso. Dicha circunstancia, a su modo de ver, impedía el traslado de responsabilidad hacia los eslabones más altos en la jerarquía de mando de la organización. Sin embargo, tanto la Sala Penal Nacional como la Corte Suprema señalaron que la aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder nunca estuvo limitada a organizaciones subvencionadas por el Estado. Así, para el propio Claus Roxin, tal concepto

³² En una entrevista concedida a *El Diario* (un periódico pro-Sendero Luminoso con base en Lima) en julio de 1988 *Guzmán* reconoció su responsabilidad en la masacre de la siguiente manera: “Ante acciones reaccionarias militares... nosotros respondimos con una acción devastadora: Lucanamarca. Ni nosotros ni ellos lo olvidaremos, para ser preciso, puesto que ellos obtuvieron una respuesta que nunca imaginaron posible. Más de 80 fueron aniquilados, ésa es la verdad. Y nosotros reconocemos abiertamente que hubo excesos, tal como lo analizamos en 1983. Pero todo en la vida tiene dos aspectos. Nuestra tarea era dar un golpe devastador para ponerlos bajo control, hacerles entender que no iba a ser fácil. En algunas ocasiones, como ésa, fue la Conducción Central misma que planeó la acción e impartió instrucciones. Así es como sucedió. En ese caso, lo principal es que nosotros les dimos un golpe devastador, y los controlamos y ellos entendieron que estaban tratando con una clase diferente de contendientes, que nosotros no éramos iguales a aquellos con los que habían luchado antes. Esto es lo que entendieron. El exceso es el aspecto negativo... Si nosotros íbamos a dar a las masas muchas restricciones, requerimientos y prohibiciones, significaría que en el fondo nosotros no queríamos que el río se desbordara. Y lo que nosotros necesitábamos era que el río se desbordara, dejar que la avalancha se enfurezca, porque sabemos que cuando el río se desborda causa devastación en la ribera, pero cuando regresa a su lecho... El punto esencial era que ellos comprendan que nosotros éramos un hueso duro de roer, y que estábamos listos para lo que sea, para lo que sea. (La traducción al inglés de la entrevista completa está disponible en http://www.blythe.org/peru-ppp/docs_en/interv.htm). Posteriormente, el 10 de septiembre de 2002, Abimael Guzmán reconoció nuevamente su responsabilidad por la masacre de Lucanamarca ante la Comisión Peruana de la Verdad y la Reconciliación: “Nosotros, doctores, reiteramos que no negaremos nuestra responsabilidad [por la masacre de Lucanamarca]. Yo tengo la mía, yo soy el primer responsable, y nunca renunciaré a mi responsabilidad, eso no tendría sentido”. (El informe completo de la comisión de la masacre de Lucanamarca se encuentra disponible en español en <http://www.cverdad.org.pe/ifinal/pdf/TOMO%20VII/Casos%20Ilustrativos-UIE/2.6.%20LUCANAMARCA.pdf>).

³³ El artículo 100 del Código Penal peruano de 1924 consideraba como autores aquellos que “toman parte en la ejecución del hecho punible”.

³⁴ El artículo 23 del Código Penal peruano de 1991 considera autor a “el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometen conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción que toman parte en la ejecución del hecho punible”.

es principalmente adecuado para todas las situaciones en donde la organización pertinente actúa fuera del orden legal.

Otro argumento de la defensa de *Guzmán* contra la aplicación de la autoría mediata al caso, se vinculó con la falta de verificación del requisito de fungibilidad de los ejecutores materiales, dado que en el caso de Sendero Luminoso no se demostró que éstos fueran miembros intercambiables. Para la defensa de *Guzmán*, no cualquiera que haya revestido la calidad de miembro de Sendero Luminoso poseía las “habilidades necesarias” para asesinar con machete y hacha mediante las acciones de tajar bebés, mujeres y ancianos, tal como sucedió en Lucanamarca. En este contexto, el requisito de fungibilidad no dependía de cuántos individuos se habían convertido en miembros formales de la organización, sino en cuántos de ellos poseían los conocimientos necesarios y la experiencia para ejecutar las operaciones en Lucanamarca. Dado que había un escaso número de “miembros especializados” en Sendero Luminoso que pudiera llevar a cabo este tipo de acciones, la defensa mantuvo que *Guzmán* carecía del dominio de los hilos de la organización, y que tampoco dominaba la voluntad de los ejecutores materiales de la masacre.

La Sala Penal Nacional rechazó los argumentos de la defensa porque según sus magistrados, el dominio que *Guzmán* ejercía sobre la voluntad de los ejecutores materiales no se basaba en la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso. En efecto, las razones que pudieron conducir los discursos originarios acerca de rehusar conformidad con las órdenes de los superiores pudieron, en principio, también ser compartidas por los otros miembros de la organización. En consecuencia, para la Sala Penal Nacional, la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumentaba la probabilidad de que las órdenes fueran ejecutadas; no aseguraba la conformidad automática con las órdenes. Desde el punto de vista de la Sala Penal Nacional, era la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por los superiores, y no su naturaleza intercambiable, lo que proporcionaba el dominio de los superiores sobre la organización. En este contexto se inscriben los discursos iniciales acerca de que ante el rechazo en el cumplimiento de las órdenes de los superiores, otros miembros de la organización los reemplazarían para llevarlas a cabo, debido a que muchos de sus miembros mostraban una actitud favora-

ble hacia la ejecución de dichas órdenes. Por tanto, mientras la fungibilidad de los ejecutores dentro de la organización sólo aumentaba la probabilidad de que se terminase actuando de conformidad con lo ordenado por los superiores, el dominio que ejercían estos últimos sobre la organización se basaba en la actitud favorable de sus miembros para el cumplimiento de sus órdenes. En consecuencia, según la Sala Penal Nacional, el requisito clave para la aplicación del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder es la existencia de este tipo de actitud entre los miembros de la pertinente organización. Requisito este que se juzgó cumplido en el caso de Sendero Luminoso, puesto que sus miembros se encontraban motivados ideológicamente, evidenciaban un elevado nivel de educación política y militar, y compartían una visión común del Estado y la sociedad en general. En estas circunstancias, *Guzmán* se aseguró de la comisión de la masacre de Lucanamarca mediante la utilización de la estructura jerárquica de Sendero Luminoso, beneficiándose de la buena disposición de sus miembros para seguir las órdenes impartidas por su líder.

La Corte Suprema peruana discrepó en su análisis del caso de la interpretación de la Sala Penal Nacional, en el sentido que ésta subrayó que el dominio del superior sobre la organización estaba basado en su estructura jerárquica y en la fungibilidad de sus miembros. En consecuencia, para la Corte Suprema peruana, la naturaleza fungible de los miembros de la organización es un requerimiento clave en la figura jurídica de autoría mediata. No obstante, al analizar la fungibilidad de los miembros de Sendero Luminoso, el máximo tribunal peruano se centró en la fungibilidad sucesiva de sus miembros, enfatizando que si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente, otro miembro lo reemplazaría en ese cometido. Esto fue lo que, para la Corte Suprema, ocurrió con la orden de asesinar a *Felipe Santiago Salaverry*, quien fuera ejecutado luego de seis intentos. El problema que plantea este enfoque está dado por el hecho de que la mayoría de las organizaciones alcanzan un criterio de “fungibilidad sucesiva”, lo cual se explica mediante la circunstancia de que siempre que uno de sus miembros se niegue a cumplir con una orden de un superior, invariablemente habrá otro que pueda intentar ejecutarlo en un estadio posterior. Como consecuencia, este enfoque priva al “criterio de fun-

gibilidad” de algún valor como elemento que permita distinguir entre los casos donde los superiores poseen un dominio real sobre sus organizaciones y aquellos otros casos donde ellos no detentan tal dominio.³⁵

En su voto particular, el magistrado de la Corte Suprema de Justicia peruana, Villa Stein, subrayó que el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder no era aplicable al caso de Sendero Luminoso, fundamentado su opinión en las siguientes razones: (i) Sendero Luminoso era una organización con un alto nivel de centralización y una rígida jerarquía consistente en una pequeña Dirección del Comité Permanente/ Comité Central y numerosas unidades que operaban en el terreno de manera independiente las unas de las otras (relación horizontal); y (ii) todos los miembros de la organización compartían una visión ideológica común del Estado y la sociedad y actuaban según una estrategia común para obtener sus metas políticas. En estas circunstancias, según el Juez Villa Stein, ningún miembro de Sendero Luminoso tenía el dominio sobre las actividades criminales de la organización. Tal dominio era compartido por todos los miembros, quienes actuaban de una manera coordinada de acuerdo con el principio de división de funciones entre aquellos que planeaban las operaciones en la Dirección del Comité Permanente y el Comité Central y aquellos otros que las llevaban a efecto materialmente en el terreno. Por esta razón, en la opinión del Juez Villa Stein, la aplicación del concepto de coautoría basada en el dominio conjunto sobre la masacre de Lucanamarca era preferible.

Al comentar el voto particular del Juez Villa Stein, algunos juristas peruanos han señalado que el fenómeno referido por el magistrado (el dominio colecti-

vo sobre las actividades criminales de la organización por todos sus miembros, en la medida en que todos ellos compartían el mismo objetivo político de dañar la estructura social existente) justifica, en última instancia, la aplicación de la figura de coautoría en relación con el crimen de pertenencia a una organización criminal.³⁶ Sin embargo, estos mismos autores rechazan la aplicación del concepto de coautoría en lo referido a las específicas operaciones llevadas a cabo por la pertinente organización, puesto que, en los supuestos de coautoría la fase de ejecución comienza simultáneamente para todos los coautores. Esto significaría que la fase de ejecución comenzaría para todos ellos con la expedición de la orden por el superior consistente en llevar a cabo la operación, y los miembros de bajo rango de la organización serían responsables por la tentativa, incluso si ellos mismos se negaran a cumplir con la orden.³⁷

Con posterioridad al caso *Abimael Guzmán*, el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder ha sido aplicado por la Sala Especial de la Corte Suprema de Perú el 7 de abril de 2009, en la sentencia de condena a Alberto Fujimori por, entre otros, varios delitos contra la vida y detenciones ilegales perpetrados por grupos militares, paramilitares y organizaciones civiles con estructura de fuerzas de seguridad policiales, durante el lapso de su presidencia en el Gobierno del Perú entre 1991 y 2001.³⁸ De acuerdo con la sentencia de la Sala Penal Especial, el referido concepto era perfectamente compatible con el artículo 23 del Código Penal peruano de 1991 y resultaba aplicable al caso *Fujimori*, en razón de que se cumplían los tres requisitos exigidos: (i) la existencia de una estructura organizada de poder

³⁵ Debido a ello la Corte Suprema de Perú no trató el tema de si los ejecutores materiales de la masacre de Lucanamarca eran miembros fungibles de Sendero Luminoso en el momento en que la masacre tuvo lugar. Como se ha explicado más arriba, el análisis se centró en el concepto de “fungibilidad sucesiva”. Además, se puso de relieve que la prueba mostraba que Guzmán se aseguró la comisión de la masacre a través de utilizar la estructura jerárquica de Sendero Luminoso y se benefició de la buena disposición de sus miembros en lo tocante a una especie de renuncia a su propia identidad para seguir las órdenes de su líder. Sin embargo, tal evidencia sólo muestra que, como se mencionara por la Sala Penal Nacional, los miembros de Sendero Luminoso mostraban una actitud favorable interna hacia la ejecución de órdenes dadas por su líder, *Abimael Guzmán*. A la misma conclusión llega I. Meini, “El Caso Peruano”, en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 144 [de ahora en más Meini].

³⁶ Meini, *op. cit.*, nota 38, p. 146.

³⁷ *Idem*.

³⁸ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del Perú del 7 de abril de 2009 en el expediente núm. AV 19-2001 con respecto a los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. Esta sentencia está disponible en el siguiente sitio web http://www.pj.gob.pe/Corte-Suprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409. En el Capítulo III de la Parte III de la sentencia puede verse una exhaustiva reseña de la posición tomada por los autores peruanos, latinoamericanos y españoles en relación con el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Allí, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia peruana analizó las diversas manifestaciones del concepto, los variados casos en donde ha sido aplicada hasta ahora (incluyendo el caso de las Juntas Militares argentinas y el del Germán Border), y los argumentos a favor y en contra de su aplicación. Además, se indican también las importantes diferencias existentes entre este concepto y el de responsabilidad penal de los jefes y otros superiores del artículo 28 del ECPI.

controlada por el ex presidente Alberto Fujimori, la cual se hallaba jerárquicamente organizada; (ii) los ejecutores materiales eran miembros subordinados de tal estructura de poder y eran intercambiables; y (iii) la estructura de poder controlada por Alberto Fujimori actuaba fuera de la ley (tanto desde el punto de vista del Derecho nacional como del internacional). La Corte Suprema de Justicia peruana, en su sentencia del 3 de junio de 2010, confirmó el pronunciamiento de la Sala Penal Especial.

España

Los tribunales de justicia españoles, si bien en ocasiones expresamente han remitido en sus sentencias los argumentos que apoyan el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, han preferido basar sistemáticamente sus decisiones en las figuras de la inducción o instigación, y compli-

cidad o cooperación necesaria,³⁹ figuras que tanto en el Código Penal de 1973 como en el de 1995 tienen asignadas el mismo marco penal que la autoría propiamente dicha y, por tanto, que la autoría mediata.⁴⁰

Luego de la muerte del dictador español Francisco Franco en el año 1975, en España ha habido sólo un puñado de casos donde los delitos pudieron haber sido cometido a través de estructuras organizadas de poder. Así, en relación con el intento *de Golpe de Estado* de 23 de febrero de 1981, la Sala Penal del Tribunal Supremo Español, en sentencia del 22 de abril de 1983, consideró que no era aplicable la figura de autoría mediata a través de la utilización de aparatos organizados de poder, debido a que tal concepto no era suficientemente conocido por la jurisprudencia española en los inicios de la década del '80. Por otro lado, en ese tiempo, el Código Penal español y el Código de Justicia Militar contenían varias disposiciones que se ocupaban específicamente de la responsabili-

³⁹ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior Español del 2 de julio de 2004 (caso del *Atentado al Supermercado Hipercor*), del 1 de octubre de 2004 (caso *Scilingo*) y del 17 de julio de 2008 (Caso del *Atentado a la Estación Atocha*). Para un análisis del impacto del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, véase A. Gil Gil, "La autoría mediata a través de aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española", 53 *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2008 [de aquí en adelante citado Gil Gil Autoría]. Véase también E. Bacigalupo Zapater, "La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *La Ley* 2008; A. Gil Gil, "El Caso Español", en K. Ambos (ed.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 100 [de aquí en más Gil Gil Caso Español].

⁴⁰ La renuencia de los tribunales de justicia españoles en aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder está en contraste con el apoyo dado a tal concepto por numerosos juristas españoles que han centrado su trabajo en el análisis de esta forma de responsabilidad en derecho penal nacional e internacional. Véase, en particular, P. Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, 2004; y Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006. También los siguientes trabajos de F. Muñoz Conde, "Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no vinculadas al Derecho", en *Revista Penal*, 2000 (versión alemana publicada en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 609 y ss.); "La superación del concepto objetivo formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales", en *Luisiada*, II Serie, núm. 3 (Lisboa 2005), pp. 57 y ss.; "Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?", en *Revista Penal*, 2002 (publicada también en el trabajo conjunto, *Derecho penal económico, Manuales de formación continuada*, Madrid, 2001, pp. 14 y ss. [de aquí en adelante citado como Muñoz-Conde Problemas de Autoría]; un versión resumida de este artículo puede encontrarse en el trabajo colectivo *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología*, Madrid, 2001. Véase también los siguientes trabajos de H. Olásolo: Olásolo Criminal Responsibility (cit. nota 5), Capítulos III a V; Olásolo/ Pérez Cepeda (cit. nota 6), pp. 480 y ss.; "Joint Criminal Enterprise and Its Extended Form: A Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability; A Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?", 263 *Criminal Law Forum*, núm. 20 (2009), pp. 273 y ss. [de aquí en adelante citado como Olásolo Joint Criminal Enterprise]; "Reflexiones sobre el Desarrollo de la Doctrina de la Empresa Criminal Conjunta en Derecho Penal Internacional", en *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), 2009; "Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability under International Criminal Law in light of the First Case Law of the International Criminal Court", en C. Stahn/G. K. Sluiter (eds.), *The International Criminal Court at Five Years* (Martinus Nijhoff Publishers 2008), pp. 339-360; "El Desarrollo de la Coautoría Mediata en Derecho Penal Internacional", en *Revista Jurídica Legis*, vol. 27 (Bogotá, 2009), reimpression en 121 *Iter Criminis* 7 (México, DF, 2009) y en *Revista Española de Derecho Militar*, julio/diciembre 2008 [de aquí en más Olásolo Coautoría Mediata]; "El Impacto de la Primera Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la Distinción entre Autoría y Participación en la Comisión de Crímenes de Guerra conforme al Derecho Penal Internacional", 83 *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, núm. 132 (2008); "Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgment", 143 *International Criminal Law Review*, núm. 7 (2007) [de aquí en adelante citado como Olásolo Stakić Appeal Judgment]; y "Current Trends on Modes of Liability for Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes", en Stahn, C./L. Van den Henrik (eds.), *International Criminal Law: Current and Future Perspectives* (Martinus Nijhoff Publishers, próxima aparición invierno 2009). Varios juristas españoles, como Muñoz-Conde, Pérez Cepeda, García Cervero, Núñez Castaño, Martín de Espinosa, Caruso Fontán, Ferré Olivé, Gómez-Jara Díaz, también han remitido a la posible aplicación del mencionado concepto a los delitos económicos cometidos por aquellos que dirigen empresas económicas en forma de sociedades mercantiles, tema del que no nos podemos ocupar aquí; para más detalles, véase, por ejemplo, Muñoz Conde, "Problemas de autoría", en *Revista Penal*, 2002, y *Derecho penal económico*, Consejo del Poder Judicial, cit.

dad penal de los comandantes militares implicados en un Golpe de Estado.

En el denominado “Caso Marey”, juzgado por el Tribunal Supremo Español, en sentencia de 28 julio 1998, el ex Ministro del Interior y otros altos funcionarios de su Ministerio fueron considerados responsables por el secuestro de un supuesto miembro de la organización terrorista ETA. En este caso, la razón para no recurrir a la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder resultó ser la consideración del Tribunal Supremo Español de que el delito imputado (el secuestro de un supuesto miembro de ETA, Segundo Marey) fue un acto aislado, y, por tanto, no había tenido lugar en el contexto de una actividad ilegal sistemática llevada a cabo a través de grupos que operaban al margen de la ley desde la organización misma del Estado.⁴¹

Los tribunales de justicia españoles pudieron haber recurrido a la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en los procesos seguidos contra individuos que supuestamente integraban altos cargos en los eslabones de la organización terrorista ETA, por crímenes cometidos por sus subordinados dentro de la misma organización. No obstante, aunque se puede observar la influencia de tal concepto en los argumentos legales utilizados para justificar las condenas por inducción y complicidad necesaria, los tribunales de justicia españoles no lo han aplicado expresamente nunca.⁴²

Finalmente, la decisión del 10 de diciembre de 1998, de procesar al General Augusto Pinochet, dictada por el Juez de Instrucción español Baltasar Garzón resulta otro ejemplo de este modelo. En esa decisión se imputó al General Augusto Pinochet por crímenes de lesa humanidad, tortura y genocidio perpetrados por el aparato estatal chileno durante su régimen autoritario. Aunque los argumentos allí contenidos es-

tán claramente vinculados con el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tal figura jurídica no aparece expresamente mencionada en la decisión judicial.⁴³

Uruguay

La sentencia del 9 de febrero de 2010 del Tribunal Penal de Uruguay Num. 7⁴⁴ condenó a Juan María Bordaberry Arocena, ex presidente del Uruguay desde 1972 hasta 1976, como (i) autor directo del delito de ataque contra el orden constitucional (la firma de Bordaberry fue necesaria para promulgar el Decreto Núm. 464/973 del 27 de junio de 1973 mediante el cual el Parlamento fue disuelto); y (ii) coautor de nueve hechos de desaparición forzada de personas y dos homicidios por razones políticas.

Según el Tribunal, *Bordaberry* no poseía el dominio efectivo sobre las operaciones represivas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas uruguayas entre 1973 y 1976 (periodo durante el cual alrededor de una quincuagésima parte de los ciudadanos uruguayos fueron detenidos o interrogados, convirtiendo a Uruguay en el país latinoamericano con mayor porcentaje de detenciones políticas de aquel entonces) debido a que desde el 9 de febrero de 1973 en adelante las Fuerzas Armadas uruguayas asumieron, unilateralmente, la lucha contra la subversión, y *Bordaberry* no tuvo influencia en su diseño o implementación. Los medios (detenciones prolongadas y tortura, seguidas por desaparición forzada y homicidio), a través de los cuales la campaña antisubversiva fue llevada a cabo, fueron decididos por las Fuerzas Armadas uruguayas; no por *Bordaberry*. Como resultado, el Tribunal no discutió en su sentencia si el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder podía ser aplicado.

⁴¹ Muñoz-Conde, “Problemas de Autoría”, art. cit, Consejo del Poder Judicial, pp. 14 y ss.: el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puede ser aplicado en este tipo de casos.

⁴² Véase la sentencia del 2 de julio de 2004 y la del 22 de febrero de 2007 del Tribunal Supremo Español. Véase también el análisis de la jurisprudencia realizado por Gil Gil (cit. nota 42), pp. 65 y ss. Según Muñoz Conde, “Problemas de Autoría” (cit. nota 43), pp. 14 y ss., es posible también aplicar el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder a los líderes de organizaciones terroristas y comandantes de secciones terroristas, sin perjuicio del carácter nacional (ETA) o internacional (Al Qaeda) de la pertinente organización.

⁴³ Según el auto de procesamiento dictado contra el General Augusto Pinochet el 10 de diciembre de 1998 por la Sala de Instrucción núm. 5 de la *Audiencia Nacional* (Juez Baltazar Garzón):

Como Jefe de Gobierno y Presidente de la República [el General Augusto Pinochet] tenía el poder de detener la situación existente. Sin embargo, él, por el contrario, incitó y promovió, impartiendo las órdenes necesarias a sus subordinados, y controlando al mismo tiempo, con un dominio completo sobre los crímenes, su ejecución material a través de su posición de liderazgo en la DINA.

No obstante, esta decisión no consideró a Pinochet como autor mediato. Por el contrario, lo juzgó a veces como un instigador, y otras como un coautor.

⁴⁴ Caso núm. IUE 1-608/2003.

El Tribunal se centró, en cambio, en la figura de coautoría, puesto que Bordaberry apoyó las políticas represivas de las Fuerzas Armadas uruguayas, a partir de la circunstancia probada de que estas últimas buscaban obtener un objetivo que era compartido por Bordaberry, por los comandantes de más alto rango de las Fuerzas Armadas, y por los autores directos de los crímenes; este objetivo no era otro que: la persecución y eliminación de los grupos políticos considerados peligrosos para la Seguridad Nacional. Por lo que respecta a *Bordaberry*, éste no sólo no cumplió con su deber de adoptar las medidas necesarias para prevenir y detener la comisión de delitos, de solicitar su investigación y de presentar las correspondientes denuncias penales en las instituciones judiciales competentes (como presidente de la República de Uruguay tenía autoridad suficiente para adoptar esas medidas a través de sus Ministros), sino que, por el contrario, apoyó la campaña global antisubversiva. De hecho, según la sentencia del Tribunal Penal de Uruguay, las políticas represivas diseñadas e implementadas por las Fuerzas Armadas no podrían haber sido llevadas a cabo durante aquellos años sin el acuerdo y apoyo del entonces presidente de la República de Uruguay.⁴⁵

3. Conclusión

Para el momento en que Roxin definió el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder por primera vez, en 1963, el autor tenía en mente un capítulo de la historia de siglo XX particularmente infortunado y único: el Holocausto y la red de campos de concentración y exterminio construidos por los nazis. En la cumbre de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler. Sin embargo, el funcionamiento efectivo de la maquinaria

nazi requirió la acción coordinada de miles de miembros adicionales quienes, de acuerdo con la estricta cadena de mando, operaban en diferentes niveles de la organización nazi. El concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder puso en cuestión fuertemente aquellos intentos por describir la responsabilidad penal de líderes políticos y militares del régimen nazi, así como la de los superiores en la escala de mando intermedia de dicha organización, como meros accesorios de los crímenes cometidos en la ejecución de la infame Solución Final.

A pesar de la inicial renuencia de la jurisprudencia nacional e internacional a recurrir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en un amplio alcance, la situación ha cambiado a través del tiempo. Éste es el resultado de la creciente percepción de que la aplicación a este tipo de casos de las figuras jurídicas de responsabilidad accesoria de la participación, como la instigación (o inducción) y la cooperación necesaria (o complicidad necesaria), aunque ciertamente no tenga ninguna repercusión en la pena finalmente aplicable, relega a los superiores a un papel secundario que no se corresponde realmente con su relevancia real.

Por otra parte, aunque los tribunales de justicia en América Latina y España se mantienen, hasta cierto punto, divididos sobre si en este tipo de casos se ha de recurrir al concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o al concepto de coautoría por dominio funcional, los supuestos analizados en el presente artículo muestran cómo el concepto de autoría mediata se ha convertido hoy en día en una figura jurídica básica para la definición de la responsabilidad penal de altos líderes políticos y comandantes militares que utilizan las organizaciones que dirigen para asegurar la comisión de crímenes internacionales.

⁴⁵ Con cita de Welzel y Bacigalupo, el Tribunal resaltó que la aplicación del concepto de coautoría requiere que la contribución del acusado (i) tenga lugar durante la fase de ejecución del delito; y (ii) sea esencial debido a que, sin ella, el delito no podría haberse cometido. Sólo si estos requisitos se cumplen, puede afirmarse que el acusado ejercía un codominio (compartido con los otros coautores) sobre la comisión del delito y por tanto decidió avanzar en su conclusión.