

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CRIMEN INTERNACIONAL

FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ SUÁREZ-LLANOS*

SUMARIO: I. INTRODUCCION: EL SUJETO ACTIVO EN EL CRIMEN INTERNACIONAL.– II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA AUTORIA Y DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL: 1. Tribunal Internacional de Nuremberg– 2. Tribunal Internacional para el lejano Oriente– 3. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia– 4. Tribunal Internacional para Ruanda– III. ESPECIAL REFERENCIA AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL– IV. EL APARATO DE PODER: FORMAS DE PARTICIPACION: 1. Introducción– 2. Inducción– 3. Coautoría– 4. Autoría Mediata– 5. Autoría accesoria– 6. Cooperación y Complicidad– V. CONCLUSIÓN.

«Algunos puede que sean más culpables que otros. Pero cuando se trata de crímenes como estos con los que nos enfrentamos, cuando sus consecuencias son la muerte de más de veinte millones de semejantes nuestros, la destrucción de todo un Continente, la extensión de tragedias sin fin y también de sufrimientos y penalidades, ¿qué importancia tiene que unos hayan intervenido en estos crímenes en menor grado que otros, que sean los principales culpables y los otros solamente sus lugartenientes? ¿que importa que algunos sean responsables de la muerte de solamente unos cuantos miles de seres humanos y los otros de millones?»

(Nuremberg, Fiscal HARTLEY SHAWCROS)

I. INTRODUCCIÓN: EL SUJETO ACTIVO DEL CRIMEN INTERNACIONAL

En puridad y referido al marco del sujeto activo, no existe una formulación técnica de autoría y participación¹ en el marco convencional supraestatal sino de-

*. Secreario Relator del Juzgado Togado Militar Territorial de Ceuta y Doctorando en Derecho por la UNED.

¹. **El Artículo 27 del CP dice que** son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices. Asimismo, y dentro de la autoría hay que diferenciar a tenor del art. 28 del CP los Autores propiamente dichos y los “considerados” autores a efectos penales. En cuanto a los primeros, dice: Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, –autores directos–, conjuntamente –coautores– o por medio de otro del que se sirven como

finiciones más o menos solemnes de participación en una organización criminal. Ello obedece a que el crimen internacional como tendremos oportunidad de ver, se comete siempre por una organización criminal, por un aparato organizado de poder o al menos mediante la utilización de tales, pues, y más particularmente el genocidio y demás crímenes contra la humanidad, requieren para su comisión de una infraestructura y de un conjunto de medios ya humanos, ya materiales que muy difícilmente pueden llevarse a cabo de forma individual y dada la magnitud del resultado que persigue y sus autores, es materialmente difícil, por no decir imposible, que éste sea cometido sin el concurso de varios agentes, y que al igual de otros graves crímenes que sanciona el Derecho internacional de hoy, no requiera el cobijo y respaldo, muchas veces disfrazado de consignas extremistas o fundamentalistas, de las autoridades o agentes de los Estados.

Por otro lado y hechas las anteriores advertencias, los estudios aplicados a la autoría y participación en cada figura delictiva aconsejan previamente examinar el papel que juega el sujeto activo en la misma. En este sentido y a la luz del Código Penal español y de la mano de la convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, sujeto activo podría serlo, en una primera aproximación, cualquiera. Dicha conclusión, junto al rechazo final de mencionar al Estado como sujeto activo del delito que finalmente se ha venido adoptando en la mayoría de los diferentes niveles normativos junto a la opinión de la doctrina mayoritaria en el sentido de que las personas jurídicas no pueden ser sujetos de Derecho penal², ha simplificado la problemática de la participación en nuestra parcela criminal. A ello hay que añadir que ésta no ha quedado afectada por las cuestiones dogmáticas que se suscitan en los delitos especiales, en el sentido de que la doctrina mayoritaria al tiempo de abordar la oportunidad de exigir que el crimen internacional sea cometido por o con la tolerancia del poder político no se exige que el sujeto activo sea funcionario público.

II. EVOLUCION HISTORICA DE LA AUTORIA Y LA PARTICIPACION EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES

En el marco propio de las Naciones Unidas, la primera alusión específica a la autoría y participación en el crimen internacional se predica en relación al

instrumento –autores mediatos–. En cuanto a los segundos, el CP dice: También serán considerados autores los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo. –inductores– y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.–cooperadores necesarios–.

² Y así lo entiende la doctrina mayoritaria. J. CEREZO MIR, «Curso de Derecho penal español» Parte General, Tomo II, (Teoría jurídica del delito/1), Tecnos, Madrid 2002, p.65 y ss.

delito de genocidio en la Resolución 96 de 1946 aceptando «reconocer que el genocidio es un crimen de Derecho de Gentes condenado por el mundo civilizado cuyos principales autores y sus cómplices, sean, personas privadas, funcionarios o representantes oficiales del Estado deben ser castigados, obrando por razones raciales, religiosas, políticas u otras»³. A partir de aquí haremos las obligadas consideraciones que merece el tema a tratar siguiendo cronológicamente las diferentes instancias judiciales más representativas que se han sucedido a lo largo del reciente extinto siglo XX.

1. El Tribunal Internacional de Nuremberg

Si atendemos al Estatuto para el Tribunal Militar Internacional de los juicios de Nuremberg, no se recoge consideraciones específicas acerca de la autoría y participación, con excepción de referencias incidentales como el art. 6. 1. «*El Tribunal (...) estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que (...) cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones*», o la letra c) del mismo precepto en referencia a los crímenes contra la humanidad «*Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que actúen en ejecución de dicho plan*» o en fin, el Art. 8: «*El hecho de que el Acusado actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior no le exonerará de responsabilidad, pero podrá considerarse un atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige*»⁴.

Vemos pues que el marco normativo de Nuremberg adopta ya un criterio que tiende a equiparar cualquier forma de apoyo o participación a la conducta

³ En recomendación de la VI Comisión del Consejo Económico y Social. F. PIGNATELLI y MECA, «Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia a partir de 1991» *Revista de Derecho Militar (REDEM)* N° 64, (1994). P. 91.

⁴ Asimismo, el artículo II n° 2 de la Ley del Consejo de Control n° 10 (*Control Council Law N° 10*), que junto al Estatuto recogía las bases jurídicas de los doce procesos estadounidenses subsiguientes, decía: «*es culpable quien como autor o partícipe haya intervenido en los delitos, los haya ordenado o favorecido, haya participado mediante aprobación, haya estado en conexión con su planificación o ejecución, haya pertenecido a una organización en ese sentido o quien haya ocupado una posición de alto rango en el ámbito político, estatal, militar, financiero, industrial o económico*».

ejecutiva de propia mano. En concreto del artículo 6° del Estatuto se desprende la voluntad clara de extender la responsabilidad penal no sólo a los ejecutores principales sino también a cualquiera que hubiese cometido acción en ejecución de un plan para la comisión del crimen ya en concepto de líder, organizador, inductor o participe en la planificación criminal o en una conspiración para su comisión⁵.

Dado lo anterior y partiendo del principio de responsabilidad penal individual, la jurisprudencia de Nuremberg en general no distinguió en el nivel de imputación entre autoría y participación bajo el estigma de la imputación de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia organizada diseñada por el Gobierno a nivel nacional. K. AMBOS comenta que «La jurisprudencia de Nuremberg no distinguió entre Autor principal y accesorio, sino que más bien consideró cualquier forma de participación actual en el crimen como suficiente para considerar al participe como responsable. Así cualquier cooperación en los planes de guerra de Hitler y cualquier conocimiento de estos planes dio origen a la participación criminal en el crimen contra la paz (...). En suma, cualquier forma de participación desde el mero consentimiento a la conducta activa, fue considerado suficiente no sólo para el crimen contra la paz pero también en lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad»⁶.

Este tratamiento unitario que contrastaba con la tradición europea del modelo de diferenciación⁷ e incluso con una antigua tradición inglesa del *Common Law* y la *statute Law* del siglo XIX, se asimilaba al concepto exten-

⁵. Ello tiene su principal manifestación en el Principio VII de Nuremberg que considera que la complicidad en la comisión de un crimen contra la paz, de guerra o contra la humanidad, es un crimen bajo el Derecho internacional

⁶. K. AMBOS «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya» cit, p. 7 y 8. Añade el autor que con apoyatura en la Ley N° 10 del Consejo de Control, se partió de un concepto uniforme que no distinguía entre autoría principal y accesorio

⁷. KLAUSS TIEDEMANN, comenta que en el sistema Europeo de autoría y participación vienen siguiéndose dos posturas, la de la teoría unitaria (Dinamarca, Italia y Austria) y el de la diferenciación (seguido en el resto de países europeos) que diferencia predominantemente entre autores, inductores y cómplices, siendo éste el que tradicionalmente regía en Europa desde su elaboración por la doctrina Italiana de la Baja Edad Media, fijado en el Code Pénal francés de 1810 y trasladado desde este texto a otros Códigos Penales. KLAUSS TIEDEMANN, en «la regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo», *Revista Penal* n° 5, año 2000. P. 92.

sivo de autor⁸ en el que basándose en el concepto anglo-americano aplicado con tal ocasión, trata por igual a autores y a cómplices en el nivel de imputación de responsabilidad criminal y salvo determinadas excepciones, todas las formas de participación fueron tratadas por igual pues partícipe sería todo el que contribuye de alguna manera a la comisión del delito. La aplicación práctica de esta teoría colmaba las lagunas de punibilidad generadas por la «accesoriedad» de la participación de los cómplices e instigadores.

En cuanto al Complot y la Conspiración a que se refería el párrafo final del mismo artículo del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, ha sido reconocida por la doctrina⁹, más que como un tipo, o crimen, con autonomía propia, como una extensión de la responsabilidad a los cómplices y otros partícipes (materiales o intelectuales) de las figuras criminales que hemos tratado, bajo los siguientes términos: «Los dirigentes, los organizadores, los instigadores y los cómplices que hubieren participado en la formulación o ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los citados delitos, serán responsables de todos los actos realizados por cualesquiera personas en ejecución de tal plan». De tal manera, cualquiera que coopere causalmente¹⁰ a la comisión del delito sería considerados autor y no partícipe¹¹ en tanto que ni el estatuto del

⁸. Sin embargo CEREZO MIR explica que en puridad, el concepto extensivo de autor en la dogmática penal, no implica igual tratamiento del autor y el cómplice sino que el concepto de autor se construye bajo la idea de que es autor el que no es cómplice. Según el concepto de autor, formulado por MEZGUER, lo es todo aquel que coopera a la comisión del delito poniendo una condición para su comisión, pero siempre que no esté comprendido en alguna de las categorías de participación expresamente reguladas en el CP.(...). sería autor quien coopere causalmente a la comisión del delito siempre que no sea inductor, cooperador necesario o cómplice. CEREZO MIR «Curso de Derecho penal español» Tomo III, Madrid, 1997, p, 208.

⁹. A. BLANC ALTEMIR, en *La Violación de los Derechos Humanos fundamentales como Crimen Internacional*, Bosch. Barcelona. (1990). p. 23.

¹⁰. K. AMBOS, alude a que «(...) No obstante la participación debe tener un efecto real en la comisión, tal como que la persona en cuestión debe haber sido *parte de la maquinaria* haciendo algún deber, llevando a cabo alguna actuación que se dirigió directamente a lograr la muerte (...) tuvo real relevancia en la muerte». (Énfasis del Autor). K. AMBOS, «Responsabilidad penal individual n el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya» Cit p.9.

¹¹. K. AMBOS, comenta que «confirmando la línea adoptada por el IMT, (TMI), autoría (directa) y complicidad (indirecta) fueron tratados de igual forma, de modo tal que « la persona que persuade a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos *principales* o *accesorios* al delito». Cita del Autor al *U. S. V Altstöfer et al (justice trial) (caso 3)*.» K. AMBOS, «Responsabilidad penal individual n el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya» Cit p.8.

TMI ni la Ley CCL N° 10 contenían reglas de participación que obligasen a reducir el círculo de posibles autores, dando lugar a que todos los intervinientes en los delitos enjuiciados respondieran bajo un mismo título de imputación¹², lo que no impedía que se distinguiera al final un menor contenido del injusto en un momento posterior, al poder tenerse en cuenta la distinción Autor-Partícipe en el plano de la individualización de la pena. Las menciones expresas en el apartado c) del artículo 6 del Estatuto de Nuremberg en el plano de los crímenes contra la humanidad a la figura del cómplice no empuja dicha consideración toda vez que la letra c) aludida, con la expresión «(...) los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que actúen en ejecución de dicho plan (...)» recoge exclusivamente una extensión de la responsabilidad a los cómplices por cualquier acto cometido por los autores a los que asistieron o ayudaron, reafirmando por tanto la unidad en el título de imputación en la que se incluye cualquier contribución causal al resultado, ya por autoría ya por complicidad¹³.

No obstante los juicios de Nuremberg que tuvieron lugar bajo la jurisdicción francesa en contrapunto a lo anterior si distinguieron entre autoría y participación dado que la legislación gala recogía dicha distinción. Asimismo y siguiendo a K. AMBOS, en el juicio de juristas los criterios de imputación unitaria en la esfera de la participación criminal se aplicaron de forma que los acusados que no habían cometido directamente los hechos fueron responsables por complicidad «*por estar burocrática y funcionalmente involucrados en crímenes del sistema nazi*».

Por último y en el marco de los delitos de omisión, se aplicó una extensión de la incriminación por el mando, es decir, una incriminación por la obligación de determinados mandos militares que por razón de su empleo y en tanto que tenían conocimiento de los hechos, podían y debían haber dispuesto una conducta opuesta al plan genocida o criminal¹⁴.

En cuanto al problema de la comisión por omisión y por ende la posición de garante en el crimen internacional, A. GIL GIL en relación con el delito de

¹² Imputación que extendería tal responsabilidad ya que se hubiese actuado a título de dirigente, organizador, instigador o cómplice en la elaboración o en la ejecución del plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos.

¹³ En interpretación del que suscribe, dicho extracto estatutario no dice que los cómplices responderán por su aportación accesoria sino por los hechos de los propios autores a los que han ayudado o asistido, lo que ahonda en dicha consideración.

¹⁴ Especialmente en los juicios contra miembros directivos de la Wehrmacht y de las SS; K. AMBOS, «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya», Cit p.9.

genocidio entiende que esta extensión de la autoría requiere la concurrencia de tres elementos siendo éstos, que el sujeto ocupe una posición de garante respecto de la existencia del grupo¹⁵, que el sujeto tenga la capacidad de realizar la acción tendente a evitar el exterminio del grupo y que dicho sujeto no realice la última acción posible tendente a la salvación del grupo¹⁶.

En definitiva podemos concluir que salvo las excepciones apuntadas, el Tribunal de Nuremberg, que tuvo el dudoso honor de ser el Tribunal constituido para enjuiciar a los mayores criminales de guerra conocidos hasta la fecha, en consonancia con la teoría norteamericana¹⁷ de la participación próxima a la difuminación entre autoría y participación, resolvió hacia un concepto unitario de autor¹⁸ con base en el cual y en aplicación de la llamada tesis de la unidad, *unum factum, unum delictum*, que regía en el Derecho Romano todos los partícipes responden unitariamente del delito.

2. Tribunal Internacional para el lejano Oriente

El Estatuto para el Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente recogía paralelamente al del Tribunal Militar Internacional de los juicios de Nuremberg los Artículos 5: « El Tribunal estará facultado para juzgar y condenar a los criminales de guerra del lejano Oriente que, ya individualmente ya como miembros de organizaciones, fueran acusadas por delitos contra la paz» ó su letra «c» «aquellos que lideren, organicen, instigen o participen como cómplices en el planeamiento o ejecución de un plan común o conspiración

¹⁵. Así afirma A. GIL GIL que «pueden ser por ejemplo, los dirigentes de un país, las personas responsables de los campos de concentración o de prisioneros a los que el grupo ha sido trasladado, la autoridad responsable del barrio o gueto al que el grupo ha sido conminado, etc. Pero desde luego nunca una persona que simplemente ocupe una posición de garante respecto de la vida de uno de los miembros del grupo». A. GIL GIL, *Derecho penal Internacional. Especial consideración al delito de Genocidio*, cit, p. 281.

¹⁶. En tal caso, dice la autora, el sujeto está incumpliendo el mandato de evitar la extinción de grupos humanos equivalente a la prohibición de actuar para extinguir grupos humanos que se infringe al realizar el tipo de genocidio por comisión. A. GIL GIL, *Derecho penal Internacional. Especial consideración al delito de Genocidio*, cit, p.281.

¹⁷. La *Common Law*, distinguía en un primer momento entre principal (en el primer y segundo grado) y accesorio (actos anteriores o posteriores al delito) pero con posterioridad, las legislaciones de todos los Estados de Estados Unidos, se unificaron renunciando a cualquier distinción entre principal y accesorio con la única excepción de la participación realizada después del acto.

¹⁸. K. AMBOS en «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época nº 3. 1999 p. 152.

para cometer cualquiera de los crímenes enumerados serán responsables de los realizados por las personas que cometan los crímenes en ejecución de dicho plan» y 6: «Ni la condición oficial que tuviera en cualquier momento del acusado ni el hecho de que actuara obedeciendo órdenes de su gobierno o de un superior le exonerará de responsabilidad respecto de cualquier crimen de que fuera acusado, pero podrá considerarse una atenuante al determinar la condena si el Tribunal estima que la justicia así lo exige».

El sistema era por lo tanto casi mimético y no sólo a nivel normativo sino también en su consecutiva aplicación judicial por el Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente, por lo que lo señalado en relación con los juicios de Nuremberg sirve también a cuantas consideraciones se pudieran hacer valer en los juicios de Tokio.

No obstante y a diferencia de los juicios de Nuremberg, en los juicios de Tokyo la jurisprudencia extendió notablemente la responsabilidad por omisión en el plano de la autoría y participación, pues en los diversos crímenes que se juzgaron bastó la pertenencia a organizaciones o instituciones públicas estatales para imputar deberes de supervisión e investigación a los acusados¹⁹.

Por lo demás, el Tribunal Militar Internacional para el lejano Oriente al tiempo de aplicar respecto de los delitos omisivos el principio de la extensión de responsabilidad por mando, desplegó dicha jurisprudencia al personal civil y la responsabilidad por mando fue incluso extendida al gobierno civil, argumentando un tipo de responsabilidad colectiva²⁰: «Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del mal trato a los prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro mal trato, pero si elige continuar en el gabinete y así permanecer participando de su responsabilidad colectiva (...), voluntariamente asume responsabilidad por cualquier mal trato en el futuro».

3. Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia

El Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas

¹⁹. K. AMBOS comenta que «la pertenencia al gabinete fue considerada para justificar la conexión causal, al menos en el caso de ignorancia voluntaria o negligente, entre la omisión de actuar y los abusos cometidos». K. AMBOS, «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya» Cit p. 10.

²⁰. K. AMBOS, «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya» Cit p. 10..

en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, aprobado por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas mediante resolución N° 827 de 25 de mayo de 1993 recoge únicamente dos preceptos alusivos a la autoría y a la participación en el delito, a saber: 1. El Artículo 4 en su párrafo 3° enumera las siguientes conductas: «a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio». 2. Por otro lado el Artículo 7 establece que: «1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto²¹, es individualmente responsable de dicho crimen. 2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena. 3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores. 4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional lo estima conforme a la justicia».

La primera de las consideraciones que resultan de la simple lectura de tales preceptos y en especial del artículo 7°, es que con su apartado 1° se abarcan todas las formas de participación delictiva, quedando expedita la incriminación tanto de conductas de participación en hechos delictivos ya consumados como de participación en actos preparatorios o ejecutivos sin realización completa de la conducta típica²². En segundo lugar, hay que ser no obstante cautos debiendo tener en cuenta que los conceptos de autoría y participación «domés-

²¹. Crímenes contra la humanidad; genocidio; violaciones de las leyes o prácticas de guerra, e infracciones graves a la Convención de Ginebra de 1949.

²². FERNANDO PIGNATELLI Y MECA, destaca que dicho apartado «permite estimar prevista la sanción tanto del simple o mero hecho de ordenar, instigar o planear la comisión (...) con independencia del resultado de tales acciones (...) como la efectiva realización, en cualquiera de sus formas de la acción típica, o cualquier forma de participación, comisión material o cooperación en la realización de las conductas típicas». «Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia a partir de 1991», Cit, p. 109 y 110.

ticos» de los estados no siempre coinciden con los recogidos en los diferentes Estatutos Internacionales.

Respecto del sistema de autoría y participación español, si empleáramos los artículos 28 y 29 del Código Penal español aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre para ordenar las diferentes contribuciones al delito, las conductas imputables en grado de autoría aparecerían descritas en el Estatuto en los siguientes términos: 1º.- En el art. 4 del Estatuto se contemplan las siguientes: el genocidio²³, la incitación directa²⁴ y la colaboración para la comisión de genocidio²⁵. 2º.- En el art. 7 del Estatuto se recogen estas otras: planificar, incitar, ordenar²⁶, cometer²⁷, y ayudar²⁸.

Mientras tanto la complicidad²⁹ quedaría reducida a la letra e) del artículo 4 que expresamente alude a la complicidad en el genocidio y a la expresión «ayudar y alentar de cualquier forma» del Artículo 7, siempre que en este último caso dicha cooperación a su ejecución se efectuara con un acto sin el cual también se habría efectuado el crimen enjuiciado.

La Jurisprudencia de la Sala de Primera Instancia adoptó un concepto amplio de complicidad de modo que entendió las letras b) y c) del párrafo 3º del artículo 4º dentro del apartado e) del mismo párrafo. Por otro lado, en el caso *Furundzija* afirmó que para entender que existe dicha complicidad, debe de

²³. Se entendería que comprende la autoría directa descrita en el art. 28 de nuestro C.P. bajo la locución: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente (...)»

²⁴. Se entendería como tal la incitación directa a que se refiere el párrafo 2º del apartado «a» del art. 28 de nuestro C.P. al establecer que: «También serán considerados autores: Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo (...)».

²⁵. Que se consideraría autoría de ser actos de cooperación necesaria recogida en los términos de la letra «b» del párrafo 2º del artículo 28 de nuestro CP, es decir, la que se erige en necesaria para cometer el crimen.

²⁶. Planificar, ordenar e incitar se considerarían imputables en grado de autor cuando sin tal contribución no se hubiera podido llevar a efecto el crimen en los términos del apartado «b» del párrafo 2º del art. 28 precitado mientras que de no ser determinante sólo cabría considerar la complicidad del artículo 29 de nuestro C.P. Si la incitación es directa ésta se incluiría en el apartado «a» de dicho párrafo.

²⁷. Por cometer se entendería el acto ejecutivo comprensivo de la autoría directa del párrafo 1º del art. 28 del C.P.

²⁸. Aquí nos encontraríamos con la misma consideración que la ya expuesta para la planificación, ordenación e incitación, en el sentido de que de cuando la ayuda hubiera sido determinante para la comisión del hecho, estaríamos ante la autoría en forma de cooperación necesaria, mientras que de no ser determinante sólo cabría considerar la complicidad del artículo 29 de nuestro C.P.

²⁹. Además de las observaciones hechas en anteriores notas.

existir una asistencia práctica, incitación o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen. Esta idea de complicidad, incluía tanto la cooperación necesaria como la no necesaria o complicidad propiamente dicha, tal como la entendemos en nuestro sistema.

Siguiendo a K. AMBOS, en el plano subjetivo el acusado tenía que estar consciente del acto de participación y consciente de que esa participación tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del crimen. Y además se requirió que el cómplice tenga la intención de contribuir a la comisión del delito. Sin embargo, el recaudo subjetivo se debilitó de dos formas, primero que conocimiento e intención pueden también inferirse de circunstancias y no ser directamente probados y segundo que la intención fundada en ese conocimiento es suficiente. Dicha consideración fue seguida en *Furundzija* en el sentido de que no es necesario para el cómplice que el cómplice haya compartido el *mens rea* del autor en el sentido de intención positiva de cometer el crimen³⁰.

Por otro lado, la Sala de Apelaciones en el caso *Tadic* reconoció junto a la autoría y a la complicidad, una tercera forma autónoma de participación en el delito: la coautoría y que adquiere carta de naturaleza en opinión de dicha sala, en los delitos colectivos característicos del Derecho Penal Internacional. En dicha coautoría va a ser la existencia del plan común³¹ el núcleo de la imputación que a su vez irá unido a un dolo común aún cuando cada uno desempeñe individualmente un *rol* diferente en la comisión del delito.

En último lugar y a la luz de la Jurisprudencia apuntada, llama la atención el diferente tratamiento de la imputación de la autoría y de la participación en los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia frente a la dispensada bajo la jurisdicción de los Tribunales de Nuremberg y de Tokio, en los que se difuminó como vimos la frontera entre la autoría y la participación en el hecho ajeno al menos en el plano de la imputación.

³⁰. K. AMBOS, «*Responsabilidad penal individual...*». P. 17 y ss.

³¹. K. AMBOS, completa esta visión de la jurisprudencia del Tribunal para la Ex Yugoslavia, añadiendo que en los supuestos en que un coautor comete un hecho en principio no incluido en el plan común pero previsible o al menos considerado consecuencia natural *ex ante* de dicho plan, no excluirá la imputación de su comportamiento en perjuicio del resto de partícipes (coautores), sin embargo, consideramos dicho argumento criticable salvo que se dé un acuerdo tácito sobre el hecho y así lo considera también CEREZO MIR, al comentar que en la coautoría si cada uno de los concertados se excede de lo acordado y comete otro delito diferente, no existe respecto del mismo coautoría. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit, p. 222.

4. Tribunal Internacional para Ruanda

El Estatuto para el Tribunal Criminal Internacional encargado de juzgar a los presuntos responsables de actos de genocidio o de otras graves violaciones del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 1994, alude paralelamente al Estatuto para el Tribunal para la ex-Yugoslavia a diferentes extremos relativos a la autoría y a la participación de los responsables de los crímenes sometidos a su Jurisdicción en el artículo 2 párrafo 3. A continuación desarrolla la responsabilidad penal individual en el Artículo 6, que se redacta de forma idéntica al artículo 7 del Estatuto para la antigua Yugoslavia, y por lo que aquí interesa, vuelve a enumerar en su párrafo 1º con relación al genocidio, los demás crímenes contra la humanidad y a las violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II, las siguientes conductas: «(...) planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar (...)». Habida cuenta las similitudes reflejadas en ambos Estatutos en el plano de la autoría y la participación, las conclusiones obtenidas en este plano estrictamente normativo del elaborado para la antigua Yugoslavia, valen también para el de Ruanda.

Es de destacar que respecto de los superiores y jefes militares tanto en la ex Yugoslavia como en Ruanda, respondieron por los crímenes cometidos por sus subordinados cuando hubieren sabido o hubieren debido saber, según las circunstancias, que se estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometer; y no hubieren adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir los mismos, o al menos para poner el asunto en conocimiento de las autoridades³².

III. ESPECIAL REFERENCIA AL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado el 17 de julio de 1998 recoge en su artículo 25 el consagrado ya como principio general

³² Expresado por la jurisprudencia, específicamente en las sentencias *Prosecutor vs. Tadic* y *Prosecutor vs. Delalic* del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, así como *Prosecutor vs. Kayishema* y *Prosecutor vs. Akayesu* del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, entre otras.

de Derecho la responsabilidad penal individual, en sus dos primeros números: 1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales. 2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

A continuación, en relación con la autoría y la participación, el mencionado artículo 25 recoge en su apartado 3º las siguientes precisiones:

1. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

- a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
- b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
- c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
- d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
- e) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

2. A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

- a) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
- b) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

Antes de pasar a analizar más detalladamente el precepto, podemos adelantar junto a A. GIL GIL³³ que el mismo recoge todas las formas de autoría y participación, para cuyo castigo basta con la aplicación de las normas generales contenidas en los artículos 27 y siguientes de nuestro CP. Si bien el encubrimiento en tanto que no es considerado por el CP español como una forma de participación se erige en la diferencia más relevante entre nuestro CP y el Estatuto de la CPI como luego veremos con más detenimiento.

Siguiendo a AMBOS, puede afirmarse que los subparágrafos (a), (b) y (c) del artículo 25.3, se refieren específicamente a la autoría y la participación, mientras que los subparágrafos (d), (e) y (f) aluden a extensiones de la imputación³⁴ y sobre todo a la problemática del delito intentado, estaríamos pues ante la consagración de figuras de la contribución (que debe ser intencional), la instigación pública y directa respecto al genocidio y la tentativa de forma genérica. Así, los subparágrafos (a) a (f) del artículo 25.3 del Estatuto consideran responsables penalmente a todos aquellos que cometan, participen o intenten cometer un crimen de la competencia de la Corte, lo cual debe ser puesto en relación con el artículo 28 del Estatuto, concerniente a la responsabilidad del superior.

En relación con el párrafo 3º de este artículo 25 hay que detenerse en las siguientes consideraciones:

1º. Autoría: el apartado a) recoge la Autoría Propia que se describe como el que «Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro»: Se recoge tanto los supuestos de autoría directa, en el sentido de que será penalmente responsable el que cometa el crimen por sí solo, los supuestos de coautoría, al mencionar al que cometa el hecho con otro y la llamada autoría mediata, formulando dicho concepto con los términos: el que lo realice por conducto de otro, sea o no este penalmente responsable. A este respecto cabe señalar que la autoría mediata se constituye como una de las formas de responsabilidad más importante, toda vez que en muchos de los crímenes previstos en el Estatuto suelen verse implicados autores mediatos, es decir, hombres de atrás, que como veremos en su momento, se valen de otros para realizar estos crímenes. Esto tiene especial incidencia en cuanto a la responsabilidad del superior, a la que se aludirá posteriormente. Como señala JOSÉ LUIS RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO³⁵, se conso-

³³ A. GIL GIL Ob, Cit, p 323

³⁴ K. AMBOS, *Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. En, del mismo autor: *Temas del Derecho penal internacional*. Pág. 22. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2001.

³⁵ RODRIGUEZ-VILLASANTE, en «los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma», *REDEM*. N° 75 ENE/JUL 2000. P. 402.

lida en el Estatuto un concepto unitario y restringido de autoría, efectivamente, cuando la letra a) del 3er párrafo del artículo 25 del Estatuto dice en primer lugar que es autor el que cometa ese crimen por sí solo, el Estatuto está partiendo del concepto restringido u objetivo formal de autor: autor sería quien realiza el hecho entendiéndose por hecho la acción (u omisión) típica³⁶.

2. Participación: la participación consiste en tomar parte, en cooperar en la ejecución de la acción típica llevada a cabo por el autor³⁷, y para que se dé dicha participación es necesario que concurra además de la conducta de cooperación, el acuerdo de voluntades entre el autor y los partícipes que supone la concurrencia del dolo del partícipe. En consonancia con dicho elemento subjetivo, RODRIGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO explica siguiendo a RODRIGUEZ MOURULLO al tratar el artículo 25 del Estatuto, que «el partícipe no realiza el hecho como propio (teoría jurisprudencial del dominio del hecho) sino que interviene (participa) en un hecho ajeno y esta contribución puede equipararlo al autor (en los supuestos de orden, inducción o cooperación) o comportar una menor responsabilidad en los supuestos de complicidad o encubrimiento»³⁸.

Fieles al análisis comparativo con nuestro sistema penal, vamos a diferenciar la participación asimilada a la autoría (Autoría impropia) y la participación no asimilada a la autoría o participación propiamente dicha.

a) Participación asimilada a la autoría en nuestro CP

La letra b) del apartado 3º del artículo 25 establece la responsabilidad penal del que «Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, (...)»

³⁶ CEREZO MIR *Curso de Derecho Penal Español* Tomo III Tecnos, Madrid, 1997, p. 208, explica que en el concepto restringido u objetivo- formal de autor, autor es el que realiza la acción típica o alguno de sus elementos (en este último caso, tentativa o coautores cuando cada uno de estos realizan uno de los elementos del tipo siendo completado entre todos). Fue formulado por Belling y se llama concepto restringido porque si no se realiza ninguna acción típica aunque se contribuya de cualquier forma a la causación del resultado no puede hablarse de autoría, y si dicha cooperación en la causación del resultado sin realizar la acción típica es castigada, es porque se prevén preceptos que regulan las formas de participación, preceptos que de no existir, dichas conductas quedarían impunes. El principal problema con el que tropieza este concepto, es la autoría mediata, ya que el autor mediato no realiza elemento alguno del tipo, no obstante el Estatuto de la Corte Penal Internacional soluciona la falla de esta formulación con mención expresa a la autoría mediata en el mismo apartado a) del párrafo 3º.

³⁷ CEREZO MIR *Curso de Derecho Penal Español* Cit, p. 229

³⁸ RODRIGUEZ-VILLASANTE, en «Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma», cit, ps. 402-403.

Se incluye expresamente la mención de la orden como forma de participación. Es de observar que según un importante sector de la doctrina alemana, liderado por ROXIN, el subparágrafo (b) que incluye igualmente a quien ordene la comisión del crimen, implicaría una verdadera forma de autoría (específicamente de autoría mediata), por lo que para dicha opinión doctrinal dicha inclusión habría de entenderse superflua al quedar comprendida en el subparágrafo (a). No obstante la construcción doctrinal de la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, ampliamente discutida, será abordada más adelante.

Ello nos autoriza sin embargo a adelantar algunas precisiones sobre los aparatos organizados de poder en el concreto marco de la estructura jerárquica militar en la que se va a dar, transmitir y ejecutar la orden antijurídica. Así, CLAUS ROXIN, considera que en dichas estructuras, junto a los autores directos o ejecutores de la orden criminal, hay que calificar autores mediatos a los superiores jerárquicos hasta llegar al superior en la escala de mando, conforme a su teoría de la fungibilidad a la que más tarde nos referiremos, y con base en la fungibilidad, el eslabón intermedio no sería mas que una *ruedecilla* de la estructura jerárquica militar, por lo que aún cuando aportó una actividad inequívocamente criminal condicionante del resultado se entendería prescindible en todo caso, pues de negar su colaboración otro hubiera llevado a efecto su colaboración en dichos eslabones intermedios. GIMBERNAT³⁹ siguiendo a ROXIN, afirma que los últimos eslabones de la cadena, es decir, los ejecutores de la orden, responden como autores inmediatos pues considera que actuaron con libertad y responsabilidad y se acepta que puede negarse a cumplir la orden. Asimismo se afirmaría según GIMBERNAT, a diferencia de ROXIN, la responsabilidad en grado de autor por inducción de aquellos de quienes surgieron la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo⁴⁰. De esta forma, en el caso de que la ideación, coordinación y organización del aparato que el genocidio exija residiera en el nivel únicamente político ajeno todavía a la cadena de mando, los mandos mas elevados y de los partiría la orden adquirirían el rol de meros eslabones inter-

³⁹. E. GIMBERNAT ORDEIG, «Autor y cómplice en el Derecho penal», Universidad de Madrid sección publicaciones, Madrid 1966, p. 178 y ss.

⁴⁰. Este punto, tropieza no obstante con el problema de la inducción en cadena, que en nuestro sistema y siguiendo a CEREZO MIR, no tiene cabida al tener que ser directa la inducción. CEREZO MIR explica en este sentido que para que la inducción sea eficaz es preciso que el inducido de comienzo a la ejecución del delito, aunque no es preciso que logre su consumación. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español* cit, p. 242.

medios o cómplices⁴¹, sobre la base de la tan citada teoría de los bienes escasos de GIMBERNAT⁴². En cuanto a los estrados intermedios a través de los cuales se transmite la orden criminal, GIMBERNAT entiende que el militar que meramente transmite una orden sería tan sólo un colaborador de un hecho que no es suyo y sobre el que no tendría ninguna clase de dominio considerado en definitiva que estaríamos ante casos de complicidad o de cooperación no necesaria⁴³.

Por otro lado y siguiendo a RODRIGUEZ-VILLASANTE, el concepto de orden diseñado en el Estatuto permite entender incluidas además de las dadas en el seno de los ejércitos regulares oficiales de cada Estado⁴⁴, las ordenes emanadas en las estructuras jerárquicas informales ya de carácter militar ya de carácter guerrillero que no están respaldadas por un orden normativo⁴⁵.

En cuanto a los inductores, aún cuando éstos al igual que los cooperadores necesarios son partícipes, nuestro legislador los considera como vimos, autores, puesto que aún cuando participan en un hecho ajeno, como dice CERZO MIR, el Código penal español, los considera autores con el fin de que sean sancionados con igual penalidad que los autores⁴⁶.

Respecto de la proposición, me parece correcta la apreciación de RODRIGUEZ-VILLASANTE de que atendiendo al artículo 18.2 del CP, solo cuando

⁴¹. Entiendo que ello ocurrirá en los supuestos de Estado de Derecho, en los que al aparato político le estaría subordinada de forma plena la institución castrense. Entiendo que en tales casos tales mandos militares se constituirían en un eslabón intermedio más de la cadena.

⁴². El criterio de los bienes escasos, de Gimbernat, implicaría que una contribución al delito constituye cooperación necesaria, si era difícil de conseguir, mientras que si era fácil conseguir dicha contribución de otra persona, constituirá sólo complicidad. J. CERZO MIR, «Curso de Derecho penal español» cit, p. 246.

⁴³. También es de esta opinión HERNÁNDEZ PLASENCIA si bien entiende que los máximos dirigentes o en este caso, los más altos mandos militares, podrían ser considerados cooperadores necesarios, y que el último escalón antes de llegar al ejecutor directo sería considerado inductor. HERNÁNDEZ PLASENCIA, «La autoría mediata en Derecho Penal», Granada. Comares 1996, p 273 y ss.

⁴⁴. La orden militar es definida en nuestro Código Penal Militar en su artículo 19 como todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

⁴⁵. «Se afirma así, dice RODRIGUEZ-VILLASANTE, la responsabilidad penal derivada de la emisión de una orden criminal por el jefe de una estructura informal, pero que refleja una organización militar.» RODRIGUEZ-VILLASANTE, «Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma», Cit. p.404.

⁴⁶. CERZO MIR *Curso de Derecho Penal Español* Cit, p. 207.

va seguida de la perpetración del crimen se castigaría como inducción, pues de otra forma sólo estaríamos ante un mero acto preparatorio⁴⁷.

Finalmente, y en cuanto a la cooperación necesaria, que a diferencia de lo redactado en el Estatuto de la CPI se articula en nuestro CP junto a la inducción como una forma más de autoría impropia, será ésta abordada a continuación junto a la complicidad.

b. Participación no asimilada a la autoría

La letra c) del apartado 3º del artículo 25 del Estatuto de la CPI establece la responsabilidad penal del que «(...) sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión».

Conforme a dicha letra, el Estatuto no contempla una separación clara, como hace nuestro CP, entre la cooperación necesaria y complicidad, que como se describe en la letra b) del párrafo 2º de su artículo 28, se hace depender de que la cooperación se realice con un acto sin el cual no se habría efectuado el crimen (cooperación necesaria) o bien con cualquier otro acto sin el cual si se hubiera podido efectuarlo (complicidad)⁴⁸.

Por otro lado, y a diferencia del sistema español el Estatuto incluye al encubridor como forma de participación junto a la complicidad, pues como es sabido con el CP de 1995, siguiendo el sentir de la doctrina patria y la evolución de los textos prelegislativos en los que se apostaban por incluir las formas de encubrimiento como figura autónoma en la parte especial del CP, nuestro CP recoge ahora el encubrimiento como delito específico dentro de los delitos contra la administración de justicia. Dicha circunstancia así como el hecho de que se discuta

⁴⁷. CEREZO MIR destaca que los conceptos provocación e inducción son diferentes: «la provocación es una incitación de carácter general dirigida a un número indeterminado de personas para que cometan un determinado delito o una determinada clase de delitos. La provocación se caracteriza por el medio empleado, susceptible de influir en una generalidad de personas (...) y porque el destinatario de la incitación a delinquir no está absolutamente determinado. En la inducción, en cambio, la incitación a delinquir debe dirigirse a una persona o personas determinadas y ser eficaz.» CEREZO MIR *Curso de Derecho Penal Español* cit, ps. 182 y 183.

⁴⁸. A la hora de distinguir entre complicidad y cooperación necesaria, han proliferado diversas teorías en la Ciencia del Derecho penal española, destacando entre otras y siguiendo la enumeración de CEREZO MIR, el criterio del caso concreto; el criterio abstracto; criterio de los bienes escasos de GIMBERNAT o el criterio de la posibilidad de prestación de la contribución al delito por algún otro de los codelincuentes, diseñado por RODRIGUEZ DEVESA. CEREZO MIR, cit. ps. 244 y ss.

mayoritariamente la posibilidad de participación posterior al delito; sus diferencias con la complicidad, y la inexistencia de un concepto unitario de encubrimiento, ha hecho valorar muy desfavorablemente⁴⁹ la inexistencia de un concepto o definición de encubrimiento en el Estatuto de la CPI. No obstante, nuestro Código Penal Militar, se remite a las disposiciones del CP común en todo lo no específicamente previsto en aquel, encontrándose el encubrimiento regulado de forma especial en el artículo 23 como forma de participación en los delitos militares de forma muy próxima a la formulada en el artículo 25 del Estatuto de Roma.

Por último, y considerando, como advertimos al principio, que nos encontramos ante un fenómeno criminal que exige habitualmente de la «empresa criminal», el apartado d) del párrafo 3º del artículo 25, recoge una novedosa forma de participación inédita como tal en nuestros textos legales al inculpar a quien «contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común (...)». Se trataría de las contribuciones intencionales que ya con carácter decisivo o de cooperación necesaria ya como complicidad, se realicen a conductas manifestadas al menos con un principio de ejecución (tentativa o consumación) y realizadas por una colectividad de personas u organización.

Este carácter intencional de la contribución, implicaría según el texto del Estatuto, tanto el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte como el que aún sin concurrir dicho propósito, dicha contribución se lleve a cabo a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen. Como es sabido, el Estatuto ha tenido particularmente en cuenta para recoger este extremo los problemas que se plantearon en los juicios del Tribunal para la ex-Yugoslavia y los del Tribunal para Ruanda, en los que como señalaría K. AMBOS⁵⁰, el criterio de intención complementaba y restringía el criterio objetivo amplio.

⁴⁹ RODRIGUEZ-VILLASANTE entre otros. Ob. Cit. p. 405.

⁵⁰ K. AMBOS partiendo de que la intención estaría fundada en el conocimiento, añade: «El acusado habría de ser consciente de que esa participación tenía un efecto directo y sustancial en la comisión del crimen (...). además la complicidad requiere que el acusado tenga la intención de contribuir a la comisión del delito. Sin embargo, el recaudo subjetivo es en sí mismo considerablemente debilitado de dos formas. Primero, conocimiento e intención pueden también inferirse de circunstancias; (...) no necesitan ser probados directamente. Segundo, la intención fundada en ese conocimiento inherente es suficiente. La sala de Primera Instancia no necesitó sostener que había un plan preestablecido en el cual el acusado se comprometió a una conducta específica; su conexión con un esquema o sistema criminal es suficiente». «Responsabilidad penal individual...». p.19.

IV. EL APARATO DE PODER: FORMAS DE PARTICIPACION

1. Introducción

El delito de genocidio tiene por su estructura, una cualidad que lo hace ser característico de ser cometido por aparatos organizados de poder ya en forma de Estado, ya en forma de grupos organizados, pues su planeamiento y ejecución requiere una organización básicamente piramidal, que se separa con mucho de los grupos en el que se conciertan varios individuos para cometer un delito.⁵¹ Lo cierto es que esta circunstancia fue ya señalada en el concepto aportado por A. GIL GIL relativo a los crímenes de lesa humanidad como reflejamos al principio de este trabajo, al considerar la citada autora dichos crímenes en tanto que «atentados contra bienes jurídicos individuales fundamentales cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político *de iure* o *de facto*»⁵² y será esta participación del poder político la que condiciona la inteligencia de la autoría y la participación objeto de estudio.

BARBERÁ FRAGUAS, considera que el comportamiento aislado no es idóneo para destruir un colectivo, por lo que la intervención en el delito de genocidio siempre formará parte de un «plan global», «normalmente de un Gobierno o de una estructura organizada de poder, en el que participan diversas personas y que está organizado de forma sistemática para hacer desaparecer total o parcialmente un determinado grupo humano»⁵³.

Partiendo de la estructura y finalidad de la organización criminal, podemos proponer una clasificación útil a los efectos que aquí interesan, a saber:

1º Organizaciones que se dedican por propia configuración ya desde su creación y de forma permanente a fines criminales. Estas organizaciones enca-

⁵¹. LEMKIN considera el genocidio como crimen internacional argumentando que por su propia naturaleza se comete siempre por el Estado o grupos que tienen el apoyo del Estado, y por ello no será nunca perseguido por el propio Estado. Citado por MARÍA BARBERÁ FRAGUAS en «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico,; autoría mediata», *Actualidad Penal* nº 11, marzo de 2002, p.263. No obstante no soy de dicha opinión, pues en determinadas circunstancias las organizaciones criminales al margen del Estado, especialmente terroristas, podrían llevar a cabo conductas genocidas especialmente en concretas formas de la conducta típica como le dé a través de la presión o coacción provocar el desplazamiento de grupos humanos.

⁵². Ver Nota 2.

⁵³. MARÍA BARBERÁ FRAGUAS en «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico; autoría mediata», Cit, p.263.

jarían con el término «organización criminal» en el sentido tradicionalmente utilizado. Ejemplos clásicos serían las que se dedican a cometer delitos tales como el tráfico de drogas, las de carácter mafioso y las terroristas. Rara vez aparecen provistos de personalidad jurídica salvo las entidades que son utilizadas para cometer los delitos⁵⁴. ALESSANDRI⁵⁵ argumenta que de empresa ilícita se puede hablar en dos casos, en sentido sustancial, cuando la actividad en su integridad –y no sólo un acto de naturaleza esporádica– tiene objeto ilícito, o en sentido formal, en aquellos casos en que lo ilícito es la forma en la que se desenvuelve la actividad –que en sí misma puede ser lícita–.

2º.- Organizaciones que son inicialmente creadas incluso desarrollarán su actividad durante cierto tiempo ajena a todo fenómeno criminal pero que de forma circunstancial y con una fuerte carga ideológica al tiempo que bajo una férrea disciplina serán utilizadas e incluso reconfiguradas para cometer delitos. Estas son las organizaciones que se corresponderían con los aparatos de poder organizados: policías, agencias de seguridad, espionaje o inteligencia, unidades militares etc... Estarán solapadas al aparato estatal e incluso se hablará de Estado criminal y se verán desprovistas de toda vocación de obtención de un fin de naturaleza predominantemente económica. Su personalidad jurídica vendrá dada de la mano de la atribución de la misma al Estado y a los órganos que forman parte de él. Bajo esta categoría se recogen las organizaciones que interesarán a este trabajo.

3º.- Organizaciones cuya naturaleza ajustada a Derecho y fines lícitos acompañarán su intervención en el tráfico jurídico de forma permanente y a lo

⁵⁴. Este tipo de organización se corresponde con la definición aportada por el Artículo 1º de la Acción común 98/733/JAI, del 21 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea por el que «se entiende por "organización delictiva" una asociación estructurada, de más de dos personas, establecida durante un cierto tiempo, y que actúe de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública.». Así mismo y en análogos términos por la letra a) del artículo 2º de la convención de las naciones unidas contra la delincuencia organizada transnacional: "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material

⁵⁵. Citado por BERNARDO DEL ROSAL y PÉREZ VALERO en *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas; una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch. Valencia 2001, p.44.

largo de su existencia, pero con carácter más ocasional que habitual se comete en su seno algún hecho delictivo⁵⁶.

Por todo ello entendemos que por sus características propias el concepto de organización referido al crimen de genocidio y lesa humanidad merece una categoría autónoma dentro del fenómeno de la delincuencia organizada⁵⁷ que, en mi opinión, debe de configurarse partiendo del concepto de aparato organizado de poder.

Las formas tradicionales de autoría y participación, fueron pensadas originalmente para supuestos de intervención de pocos individuos en el hecho delictivo, y si a ello añadimos que en el Derecho penal y por extensión en el Derecho penal internacional, ha sido rechazada tradicionalmente y mayoritariamente en nuestra doctrina la tesis de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵⁸, es fácil imaginar los obstáculos que se presentan a la hora de imputar hechos como el genocidio a personas que integraban vastas organizaciones o aparatos organizados de poder, como fórmula mas satisfactoria frente a otros criterios que se habían revelado problemáticos⁵⁹.

⁵⁶. Estamos hablando de empresas y de actividad mercantil que cubrirán la llamada criminalidad económica y que por lo general aparecerán provistas de personalidad jurídica.

⁵⁷. La definición de la participación en una organización criminal es abordada por I. BLANCO CORDERO e I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, quienes aluden al art. 3 del Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, cuyas letras a) y b) recogen los comportamientos siguientes: a) El comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o más personas para ejercer una actividad que de realizarse derivaría en la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad de al menos (cuantía no fijada) años; o b) El comportamiento de toda persona que participa en una organización criminal cuando esta participación es deliberada y se dirige a facilitar la actividad criminal general del grupo o servirle en sus fines, o se haga con pleno conocimiento de la intención del grupo de cometer infracciones. I. BLANCO CORDERO e I. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista Penal* Núm. 6, año 2000, p.6.

⁵⁸. A. GIL GIL *Derecho penal Internacional. El delito de Genocidio*, Cit. pp. 41 ss., advierte que el Derecho penal internacional implica una responsabilidad individual, la única posible en Derecho Penal, pues las personas jurídicas carecen de capacidad de acción o de omisión en el sentido del Derecho penal.

⁵⁹. GIMBERNAT comenta con relación al caso Eichmann, una vez calificado su rol en el genocidio como complicidad, a pesar de su trascendencia: «(...) he de confesar que, respecto de Eichmann esta solución no me deja del todo satisfecho. Pero no creo que se deba a un fallo dogmático (...), sino más bien a la circunstancia, tantas veces repetida, de que estos preceptos están recortados para hechos individuales. Un enjuiciamiento más adecuado de los sujetos que intervienen en una matanza de millones solo es posible si el legislador, como ya ha sucedido en muchos derechos positivos, se decide a tipificar el genocidio como delito independiente», Cit, p. 193

Siguiendo a HERNANDEZ PLASENCIA⁶⁰, el problema de la autoría y participación en la comisión de delitos mediante la instrumentalización a través de aparatos organizados de poder, se circunscribe al problema de si sólo deben ser penalmente responsables los ejecutores de la organización por los hechos delictivos que cometen, o si también debe hacérseles responsables como autores o partícipes a los dirigentes de la organización por su influencia dando órdenes de ejecución, suministrando víctimas, aportando medios, es decir, utilizando su poder para cometer el hecho delictivo.

M. BARBERA FRAGUAS significa que tradicionalmente se ha entendido que los problemas que presentan la autoría y participación en los crímenes de genocidio han de ser explicados mediante la teoría de la adecuación, por lo que en tanto la conducta del ejecutor sea concebida como una consecuencia previsible de las órdenes o instrucciones dadas por las instancias que ocupan posiciones de mando o dominio con el objeto de destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso, estaríamos ante la hipótesis de los autores morales o intelectuales⁶¹.

Actualmente la doctrina se manifiesta pacífica bajo la consideración de la teoría del dominio del hecho como fórmula más adecuada para solucionar los problemas de autoría y participación que se plantean en los fenómenos criminales de corte genocida. BARBERA FRAGUAS⁶² explica que la teoría del dominio del hecho implica considerar autor a quien domina el hecho y de cuya voluntad depende la efectiva verificación del delito y cómplice a quien contribuyendo también en el delito, no tiene ese dominio del hecho.

En la teoría del dominio del hecho, la participación punible presupone que el hecho principal haya alcanzado por lo menos el grado de tentativa, es decir que, al menos un principio de ejecución debe ser encontrado para poder iniciar el tratamiento de la participación criminal, dependiendo férreamente del grado de realización.

Siguiendo las diferentes soluciones defendidas por la doctrina científica y que partirían del principio del dominio del hecho por dominio de voluntad

⁶⁰ HERNÁNDEZ PLASENCIA, Cit, p. 269.

⁶¹ MARÍA BARBERÁ FRAGUAS, «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico; autoría mediata», Cit, p. 266.

⁶² MARÍA BARBERÁ FRAGUAS, «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico; autoría mediata», Cit, p. 266, menciona a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría mediata en el Derecho Penal* 1991, Barcelona, p.101.

como parámetro de referencia, se han defendido diversas categorías de autoría y participación respecto de las colaboraciones facilitadas por los hombres de atrás así como por la de los eslabones intermedios antes de llegar al ejecutor directo del crimen. En cuanto a este ejecutor, todos los planteamientos que analizaremos a continuación tienen un denominador común al considerar que su responsabilidad es la del autor pues el hecho de tomar parte directa en la ejecución de una muerte exige una energía criminal mucho mayor que la que existe en la que se presta a ser un eslabón de la cadena que transmite la orden.

Dicho lo cual estamos ya en condiciones de trazar las teorías más relevantes en torno a la autoría y participación en el delito de genocidio:

2. Teoría de la inducción

GIMBERNAT partiendo de que el ejecutor directo actúa dolosamente en un plano de libertad y responsabilidad con conductas conscientes y voluntarias, opina que no podría mantenerse la consideración de autor al hombre de atrás sino tan sólo podrían ser acusados los dirigentes de la organización y que ocupan el escalón más alto en la estructura piramidal, como inductores⁶³, y como cómplices los eslabones intermedios. BARBERA fiel a la teoría del dominio del hecho, discute dicho planteamiento al considerar que cuando hablamos de organizaciones o aparatos jerarquizados fuertemente disciplinados, mientras el ejecutor que obedece no participe de forma voluntaria o desconozca los fines que se persiguen, la participación por parte del hombre de atrás se efectúa con total dominio del hecho, lo que ciertamente obliga a identificar el papel del superior jerárquico con alguna categoría de autoría. HERNÁNDEZ PLASENCIA es partidario, como vimos, de entender que el último escalón antes de llegar al ejecutor directo puede ser considerado inductor, pero no los máximos dirigentes, que propone sean considerados cooperadores necesarios.

Por lo demás, este planteamiento presenta numerosas críticas que se polarizan bajo los argumentos de que no aprecia la verdadera trascendencia del pa-

⁶³. Aún reconociendo las dificultades de aplicar las reglas de autoría y participación tradicionales, GIMBERNAT, fiel a ellas afirma que la actividad de Hitler y de aquellos en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, debe de ser calificada como inducción. Ob Cit, p. 189.

pel del hombre de atrás⁶⁴ y de que en el caso de los hechos realizados en el contexto de organizaciones de poder no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigador (inductor) con las contra fuerzas «fieles al Derecho» del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica⁶⁵. Opino junto a K. AMBOS que la teoría de la inducción deja vacío de contenido el dominio del hecho del hombre de atrás pues dicho dominio se verifica independientemente de que el ejecutor se preste o no a realizarlo pues aún cuando los soldados que recibían las órdenes de sus superiores de disparar en el «muro» no estaban decididos de forma incondicional a ejecutar la orden antijurídica pues muchos intentaron evitar el servicio de centinela y los que lo prestaron esperaban que no se produjera ningún suceso en la frontera, dichos soldados seguían siendo ruedas intercambiables del sistema⁶⁶.

3. Teoría de la coautoría

Su máximo representante es JAKOBS, que alude a la inexistencia de la «fungibilidad» y afirma la concurrencia en los crímenes estudiados, de la decisión común de realizar el hecho propia de la coautoría que queda constatada por la conciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección. JAKOBS se opone en definitiva a reconocer la existencia del dominio de la organización y considera el régimen de reparto de tareas como el más apropiado para comprender los delitos cometidos por aparatos organizados de poder y organizaciones criminales⁶⁷. Según JAKOBS no hay tal fungibilidad en el caso de los asesinatos del muro, pues no son intercambiables todos los soldados de las patrullas de frontera de forma si-

⁶⁴. K. AMBOS en «*Dominio del hecho...*» Cit, p. 145 afirma que «(...) una comparación entre la inducción y la autoría mediata conduce a la conclusión de que esta última no solo aprehende de modo más adecuado el contenido de injusto de la conducta de los hombres de atrás, sino que además se inscribe de modo más armónico en la teoría general de la participación» y comparte el criterio de SCHOEDER para el que en los supuestos que tratamos no concurre la situación típica de la inducción, es decir, el encuentro de la voluntad del instigador (inductor) con las contra fuerzas psíquicas «fieles al Derecho» del instigado (inducido) y la inseguridad en cuanto al éxito de la instigación que ello implica. SCHOEDER apunta que en estos casos la voluntad contraria del instigado es tan débil que el instigador puede partir de la base de la «ausencia de cualquier fuerza que se oponga», (énfasis del autor).

⁶⁵. Citado por K. AMBOS en «*Dominio del hecho...*», Cit, p. 145.

⁶⁶. K. AMBOS en «*Dominio del hecho...*», Cit, p. 146.

⁶⁷. Citado por K. AMBOS en «*Dominio del hecho...*», Cit, ps. 143 y 144.

multánea, sino de forma sucesiva y en tanto la intercambiabilidad se predica no solo de los receptores de las órdenes sino también de los emisores de estas, se equiparan en plano de igualdad jurídica⁶⁸.

En la doctrina patria, se manifiesta en favor de la coautoría MUÑOZ CONDE para quien basándose en el dominio del hecho, los requisitos propios de ésta y consistentes en el acuerdo de voluntades y la intervención de todos los coautores en la ejecución del delito, se verifican en las formas de realización del delito en las que el cerebro o emprendedor situado en el escalón más alto, no esta presente en la ejecución⁶⁹.

Los críticos con la aplicación de esta teoría a los crímenes cometidos por estructuras jerárquicas y disciplinadas, utilizan entre otras, justamente dicha particularidad para discutir la coautoría, que habría de reconocerse únicamente en la ejecución del hecho por estructuras horizontales pero no por estructuras verticales⁷⁰. Pero es especialmente la afirmación de que lo decisivo es el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor pues el que ordena y el que ejecuta no se conocen, lo que habría de excluir la ejecución en régimen de reparto de tareas⁷¹.

4. Teoría de la autoría mediata

El Art. 28 del CP considera autor a «(...) quienes realicen el hecho (...) por medio de otro del que se sirven como instrumento». Como advertimos más arriba y siguiendo a CEREZO MIR, el C. P. Español parte de una concepción personal de lo injusto, y considera también autor al que tiene el dominio finalista del hecho⁷².

Sobre la base de la teoría del dominio del hecho, la STS de 2 de julio de 1994 entra a valorar el problema de la responsabilidad de las autoridades ante

⁶⁸. JAKOBS, *Strafrecht AT* (Studienausgabe), 2ª ed., 1993 según nota de K. AMBOS en «*Dominio del hecho...*». p. 143.

⁶⁹. MUÑOZ CONDE diferencia entre coautoría ejecutiva y coautoría en la que alguno de los autores no está presente en el momento de la ejecución del hecho y comenta: «Lo decisivo en la coautoría es que el dominio del hecho lo tienen varias personas que, en virtud el reparto funcional de roles, asumen por igual la responsabilidad de su realización». MUÑOZ CONDE en *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed, Titant lo Blanch Valencia, p. 454.

⁷⁰. BARBERA «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales...», Cit, p, 268.

⁷¹. K. AMBOS en «*Dominio del hecho...*», Cit, p. 146.

⁷². CEREZO MIR *Curso de Derecho Penal Español*, Cit, p. 213

desórdenes públicos racistas ocurridos en la localidad almeriense de El Ejido, en la que afirmada la responsabilidad del Alcalde, considera: «La cuestión no ofrece dudas: es claro que no es posible saber si el Alcalde creó el dolo en los manifestantes y, por lo tanto, no resulta posible considerarlo inductor, dado que el Alcalde tuvo una auténtica preponderancia del dominio de la decisión que condujo a los hechos, se le debe considerar como autor mediato de los daños (...). La utilización en forma contraria al deber de su autoridad, para lanzar proclamas que aprobaran la acción contra determinados vecinos, al tiempo que postulaban la responsabilidad contra un grupo étnico respecto de un hecho individual, constituye en las circunstancias del caso un verdadero superdominio del hecho de los autores inmediatos, fundado en la posición de autoridad del Alcalde. En estos supuestos una parte muy significativa de la doctrina ha considerado la posibilidad de la autoría mediata sobre la base del autor detrás del autor, caracterizada por la posibilidad de la autoría en ciertos casos en los que el autor inmediato realiza la acción típica en también plenamente responsable. (...) supuestos en los que los autores inmediatos obran en la creencia de que su comportamiento cuenta con una autorización o, al menos, una tolerancia oficial (...)»⁷³

Una vez deducido el concepto mixto de autoría adoptado por nuestro sistema penal, y volviendo al delito de genocidio, BARBERA FRAGUAS⁷⁴ afirma que los supuestos de autoría mediata compatibles con la ejecución genocida, se pueden reducir a dos: dominio del hecho mediante la coacción y dominio del hecho mediante el error⁷⁵.

Sin embargo en Alemania ha adquirido carta de naturaleza una categoría de autoría mediata a la que ya nos referimos en su momento cuando adelantamos las líneas básicas sobre las que ROXIN defendió su teoría de la autoría mediata por utilización de organizaciones o aparatos de poder jerarquizados, cuando nos referimos a la orden antijurídica. No obstante y habida cuenta que esta forma de autoría mediata basada en el dominio de la organización tiene su campo de aplicación natural, según el propio ROXÍN, en los delitos de genocidio, corresponde ahora completar un planteamiento que en los últimos 30 años

⁷³ J. SANCHEZ-VERA, «La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas», *Revista Cuadernos de política criminal*, año 2000, p. 249 y 250.

⁷⁴ BARBERA «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales ...», Cit, p, 268..

⁷⁵ La autoría mediata fundada en el dominio del hecho por error puede verificarse bien induciendo a una persona a error bien aprovechando la situación de error en que se encuentra. CERESO MIR estima que el dominio del hecho se da incluso si el error de prohibición es vencible, CERESO MIR *Curso de Derecho Penal Español* Cit, p. 215.

y desde que CLAUS ROXIN en 1963 publicara en la revista *Goldammer's Archiv* su teoría sobre «el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder», ha dado lugar a la proliferación de numerosas reacciones en la doctrina científica alemana en la arena de discusión propia de la autoría y participación en los aparatos organizados de poder que actúan al margen del Derecho.

Efectivamente, ya comentamos que ROXIN en el seno de su teoría del dominio del hecho, se inclina a favor de la autoría mediata como forma más conveniente de poder imputar los hechos enmarcados en la delincuencia de Estado con ocasión de la comisión de los crímenes nazis de la Segunda Guerra Mundial.

ROXIN entiende con relación al delito de genocidio, que la autoría mediata de los que manejan el aparato de exterminio no puede fundamentarse, como en los supuestos clásicos, en que el instrumento actúa amparado en un estado de necesidad, por miedo insuperable o víctima de un error. Pero sí de otra manera: autoría mediata basada en el dominio del hecho⁷⁶ que a su vez se fundamenta en la anteriormente mencionada «fungibilidad» de los instrumentos utilizados en el seno de la organización piramidal, pues de negarse el instrumento a cometer el delito, será fácilmente reemplazable por otro. Esta estructura piramidal asegura el dominio del hecho, pues garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor mediato. La orden es lo que delimita al autor mediato del ejecutor o instrumento (o inmediato) pues toda persona con capacidad para dictar órdenes a personas subordinadas, posee el dominio del hecho y será autor mediato: así habría una cadena de autores mediatos (desde el primer instigador que se encontraría en la cúpula hasta el último eslabón antes de llegar al ejecutor pues todos ellos darán órdenes bien por iniciativa propia, bien cumpliendo una orden superior).

Siguiendo a PATRICIA FARALDO CABANA⁷⁷, ROXIN que no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza

^{76.} En la teoría del dominio del hecho, y como veremos más adelante, el elemento objetivo de la autoría consiste en tener en las manos el curso del acontecer típico, en la posibilidad fáctica de dirigir en todo momento la configuración típica. En oposición a la autoría toda forma de participación se caracteriza por la ausencia del dominio del hecho en el colaborador.

^{77.} PATRICIA FARALDO CABANA, «*La autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder*», (inérito).

para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos adversos al orden jurídico establecido. Reduce el marco de aplicación del dominio del hecho en su forma de dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder a aquellos casos en que concurren tres requisitos: 1º.- Que se trate de un aparato organizado de poder fuertemente estructurado. 2º.- Que el número de miembros dispuestos a cumplir la orden permita afirmar la fungibilidad del ejecutor. 3º.- Que la organización en cuestión esté desvinculada del ordenamiento jurídico, entendido este no sólo como ordenamiento interno del estado sino también y especialmente como ordenamiento jurídico internacional e incluso como el mismo derecho natural⁷⁸.

Este último requisito ha planteado a su vez la cuestión de si la construcción dogmática de ROXIN puede ser no obstante aplicada también en organizaciones no desvinculadas del Derecho y más en concreto en el ámbito de la empresa, siendo por lo general rechazado por la doctrina⁷⁹.

El problema de la calificación como autor al eslabón intermedio ya fue abordado mucho antes de la construcción dogmática de ROXIN, en los juicios de Nuremberg y especialmente en el caso *Eichmann*, que aunque pieza insustituible de la organización criminal nazi, era solo un funcionario de cierto rango y a mucha distancia de los principales criminales de guerra, fue

⁷⁸. MUÑOZ CONDE predica la ausencia de esta última circunstancia en el caso de los asesinatos cometidos en la frontera de la antigua RDA, «ciertamente hay en muchos países órdenes, directrices e instrucciones de la superioridad que son contrarias a los pactos internacionales sobre Derechos civiles y políticos que esos mismos países han suscrito, como fue el caso de la RDA que había ratificado en 1976 el pacto Internacional de 1966 que entre otras cosas garantizaba la libre salida del territorio nacional. Pero esto no significa que sus sistemas políticos puedan ser considerados en un todo como organización criminal al margen del derecho». Ob Cit, «¿dominio de la voluntad...?», p. 114.

⁷⁹. MUÑOZ CONDE, en «¿dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho?»», Cit, p 120, afirma que «en el marco de un aparato de poder no estatal y no al margen del derecho, como son sobre todo las empresas, no puede admitirse un dominio de la voluntad en virtud del aparato de poder organizado. En su lugar viene en consideración una coautoría mediata en virtud de error, cuando se trata de un ejecutor irresponsable, y la coautoría cuando el ejecutor es responsable». PATRICIA FARALDO en «La autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder» Cit, p. 13: «cuando se trata de una organización legal en cuyo ámbito se cometen ocasionalmente delitos que normalmente no le produce un beneficio, no se podría decir lo mismo, excluyéndose en su ámbito la aparición de esta forma de autoría».

condenado como autor principal sobre la base de apoyo y colaboración⁸⁰. Más adelante, la atribución de responsabilidad criminal en concepto de autores mediatos a los escalones intermedios, se ha aplicado en la década de los sesenta en los juicios contra los miembros de las Juntas Militares Argentinas⁸¹ y en la Jurisprudencia reciente de Alemania que se ha pronunciado respecto de los asesinatos cometidos en «el muro» en la que no sólo en las estructuras de organización de carácter estatal, sino también en el caso de la jerarquía de mando, se parte de que el hombre de atrás, será autor mediato cuando tiene dominio del hecho⁸². Efectivamente, en los juicios contra los dirigentes de la antigua República Democrática por los asesinatos cometidos en el *muro* de Berlín, los Tribunales Superiores alemanes, ni siquiera exigieron para considerar autor mediato al hombre de atrás, que éste fuera un sujeto con facultades de decisión política y condenó como autor mediato al comandante de un Regimiento de tropas de fronteras cuando transmitió a un subordinado una orden de disparar a un refugiado y con base en su *dominio por comando*.⁸³

No obstante, esta construcción ha sido muy discutida y objeto de severas prevenciones «pues la fungibilidad del instrumento, –dice CERESO MIR–, no es suficiente para fundamentar el hecho. Es cierto que muchos de los supuestos contemplados por ROXIN serán realmente de autoría mediata, pero por la aplicación de otros criterios: coacción, error, etc.»⁸⁴

El principal argumento que ha sido esgrimido para contradecir la teoría de la autoría mediata defendida por ROXIN es el de la incongruencia implícita en considerar el dominio sobre un ejecutor que actúa de forma responsable so-

⁸⁰. K. AMBOS en «*dominio del hecho ...*». p. 151. argumenta que sentencias como el caso *Eichmann* abren la posibilidad de un dominio de organización escalonado. Dicho autor da la razón a ROXIN cuando alude a que cabe fundamentar una autoría mediata con base en una posición con facultad de dar instrucciones ubicada en «cualquier punto» del aparato organizado de poder. (Énfasis del autor).

⁸¹. Aunque finalmente la Corte Suprema los condenó por cooperación necesaria pues a los acusados se les imputaron los hechos principales cometidos por los autores directos, llegándose a una responsabilidad en régimen de accesoriedad. K. AMBOS en «*Dominio del hecho por dominio de voluntad ...*», p. 153.

⁸². Cosa que ocurre cuando «aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de forma que dentro de esas condiciones, su contribución al hecho desencadena procesos reglados». ST de 10-9-1996 en Alemania. Citada por K. AMBOS en «*Dominio del hecho por dominio de voluntad ...*», p. 134.

⁸³. Expresión utilizada por K. AMBOS en «*Responsabilidad penal individual ...*» p. 16

⁸⁴. CERESO MIR *Curso de Derecho Penal Español* Cit, p. 217.

bre la base de la vigencia del principio de responsabilidad⁸⁵. Contra esta crítica, K. AMBOS ha estimado sobre la idea del *injusto de organización* que «un principio estricto de responsabilidad debe de fracasar en el contexto del injusto colectivo, porque no puede aprehender el injusto del hombre de atrás ya por definición, en cuanto parte de la auto responsabilidad como principio liberal y jurídico-individual»⁸⁶.

5. Teoría de la autoría accesoria

Basándose en este último argumento en unión al rechazo de la coautoría por falta de una común decisión a realizar el hecho, algún autor ha defendido la concurrencia de autoría accesoria. K. AMBOS aludiendo a BOCKELMANN⁸⁷ y a VOLK como defensores más representativos de esta autoría, añade sin embargo que las acciones que se suceden en el seno de un aparato organizado de poder excluyen el fluir paralelo y sin vínculos de varias series causales que caracterizan la autoría accesoria⁸⁸.

6. Teoría de la cooperación necesaria y complicidad

Nuestro CP diferencia la cooperación necesaria de la complicidad en que la primera implica cooperar a una ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado (Art. 28, párrafo 2º), mientras que la segunda implicaría cualquier otra forma de participación en el delito fuera de los supuestos de inductores y

⁸⁵. HERNANDEZ PLASENCIA, Cit, p. 274 y ss. También en contra, se ha pronunciado BOLEA BARDÓN con la elaboración de su teoría del mayor dominio del riesgo, que sería el que concurre en estos casos para fundamentar la autoría mediata. En opinión de esta autora, responder bajo la categoría de la autoría mediata no significa responder por la conducta de otro en estos casos sino por la propia conducta sobre la base de la instrumentalización del ejecutor, evitando así tener que reconocer la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder como una excepción al principio de responsabilidad.

⁸⁶. K. AMBOS en «*dominio del hecho ...*». Cit, p. 147.

⁸⁷. BOCKELMANN pretende aceptar una autoría accesoria entre el que da la orden y el que la ejecuta con el argumento de que es una construcción desviada que «no toma en cuenta el hecho de que el aparato es una estructura organizada en la que las acciones singulares están necesariamente relacionadas y novan, por tanto, desvinculadas entre sí, que es lo que caracteriza la autoría accesoria».. citado por MUÑOZ CONDE en «¿dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho?», Cit, p. 112.

⁸⁸. K. AMBOS en «*dominio del hecho ...*». Cit, p. 145 y 146.

de los propios cooperadores necesarios que como dijimos y al igual que los cómplices son en realidad partícipes.⁸⁹

Comentamos más arriba como GIMBERNAT concibe los máximos dirigentes de la máquina genocida como inductores y a los eslabones intermedios como cómplices pues éstos serían meros colaboradores en un hecho que no es suyo, sino de otros, en un hecho sobre el que no tiene ninguna clase de dominio⁹⁰. GIMBERNAT considera que estaríamos ante casos de complicidad o de cooperación no necesaria, aún cuando en supuestos normales ajenos al delito de genocidio habrían de ser calificados como de cooperación necesaria ya que aún cuando aportó una actividad inequívocamente criminal condicionante del resultado, en puridad este eslabón intermedio⁹¹ no es más que una *ruedecilla* de la máquina genocida, prescindible en todo caso pues de negar su colaboración, otro hubiera llevado a efecto su colaboración en dichos eslabones intermedios. GIMBERNAT acepta así la teoría de la fungibilidad de ROXIN.

Partiendo de su famosa teoría de los bienes escasos para diferenciar los casos de complicidad de los de cooperación necesaria, GIMBERNAT entiende que para el todo poderoso Estado nacional socialista, pocos objetos de los que se utilizaron para llevar a cabo la matanza de los judíos, eran escasos, por ello, dice, la mayoría de las cooperaciones que consistieron en la entrega de cosas fueron, constitutivas de complicidad. El único caso en que el eslabón intermedio podría considerarse autor sería el de aquel cuya orden se desvía del plan inicial establecido⁹² e incluya como víctimas a sujetos cuya muerte no estaba prevista⁹³.

⁸⁹. Vid nota 44.

⁹⁰. GIMBERNAT, Ob Cit, p. 187.

⁹¹. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, indica considerando la orden militar que se cursa a través de eslabones intermedios al recibirse de mandos superiores y transmitirse a los subordinados, que «podría pensarse que estos mandos se limitan a transmitir la orden criminal, pero la doctrina ha entendido que realmente añaden su propia contribución al delito pues utilizan una potestad propia al ordenar el cumplimiento del mandato a sus subordinados jerárquicos.» RODRÍGUEZ-VILLASANTE, en «*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma*», REDEM. N° 75 ENE/JUL 2000. P. 404.

⁹². En el caso del Estado nacional socialista alemán, se trataba de la tristemente llamada «*solución final*» o exterminio e los judíos que residía en los países ocupados y en la misma Alemania.

⁹³. GIMBERNAT, Ob Cit, p. 192. Este jurista explica que aunque las conductas inequívocamente criminales generalmente fundamentan la cooperación necesaria, el genocidio, se erige en la excepción más clara a dicha consideración pues de negarse cualquier interviniente a aportar su conducta criminal, podía ser fácilmente intercambiable por otro, calificando por ello como complicidad sobre la base de la teoría de los bienes escasos, los miembros intermedios que hubieran transmitido la orden de muerte.

Por otro lado y bajo la premisa de excluir toda responsabilidad por autoría mediata bajo la constatación de que el autor directo es plenamente responsable, se afirmó la concurrencia de la complicidad en el ejecutor en el caso Staschinskij⁹⁴. En dicho caso se juzga la conducta del agente Staschinskij consistente en matar a dos dirigentes políticos refugiados en Munich por encargo del servicio secreto soviético. A pesar de haber llevado a cabo el hecho de propia mano, el procesado no fue declarado por el Tribunal alemán autor sino cómplice del asesinato conforme al concepto subjetivo de autor⁹⁵.

En cualquier caso y con la sola excepción de la figura de la complicidad finalmente mencionada, llama la atención que el resultado punitivo es el mismo en todos los planteamientos hasta ahora estudiados conforme a nuestro CP⁹⁶, pues siguiendo las posturas defendidas habría de imponerse la pena prevista al delito de genocidio a los diferentes intervinientes en el delito consumado. En el caso de la complicidad la regla punitiva resulta de aplicar la pena inferior en grado a la que merezcan los autores del delito⁹⁷.

V. CONCLUSIÓN

Si atendemos a la evolución experimentada a través de las diferentes instancias internacionales habrá que colegir que las primeras formulaciones al más alto nivel en materia de autoría y participación, ya hacían alusión aún de manera formal, a la autoría y a la complicidad de forma separada, como ocurrió en 1945 con los Estatutos de los Tribunales de Nuremberg (en el que como vimos no sólo se hablaba de autores y cómplices sino también de autores y partícipes⁹⁸) y para el Lejano Este, a pesar de lo cual se resolvió finalmente en los correspondientes enjuiciamientos hacia un concepto unitario de autor⁹⁹ sobre

⁹⁴ CAROLINA BOLEA BARDON *Autoría Mediata en Derecho Penal* Tirant lo Blanch, 2000 p 343.

⁹⁵ Teoría que delimita el círculo de autor no en el plano objetivo sino en el plano subjetivo así: solo son autores los que quieren el hecho como propio (con voluntad de autor). Partícipes serían los que quieren el hecho como ajeno (con voluntad de partícipe).

⁹⁶ El artículo 61 del CP establece que «Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada».

⁹⁷ Artículo 63 del CP.

⁹⁸ Artículo II n° 2 de la Ley del Consejo de Control n° 10 (*Control council Law N° 10*), que junto al Estatuto recogía las bases jurídicas de los doce procesos estadounidenses subsiguientes, decía : « *es culpable quien como autor o partícipe...* ».

⁹⁹ K. AMBOS en «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época n° 3. 1999 p. 152.

la base del cual y en aplicación de la llamada tesis de la unidad, *unum factum, unum delictum* todos los partícipes responden unitariamente del delito. También se distingue en la misma época histórica entre autoría y complicidad en la la convención sobre la prevención y castigo del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

Transcurrida cerca de media centuria desde los Tribunales Internacionales creados con ocasión de la 2ª Guerra Mundial, con el Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, se alude de forma más exhaustiva que en los Tribunales Internacionales anteriores a actos de comisión, de colaboración, de incitación y de complicidad, si bien su Jurisprudencia adoptó un concepto amplio de complicidad de modo que como vimos, entendió tanto la colaboración como la incitación a cometer el delito de genocidio como meras formas de complicidad, recogiendo bajo dicha locución tanto los actos de cooperación necesaria como los de cooperación no necesaria. No obstante se empieza a deslumbrar en esta ocasión la necesidad de separar los actos de autoría de los de participación en el título de imputación a diferencia de los juicios de Nuremberg y los celebrados bajo la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional para el lejano Este.

Habrà que esperar a 1998 con la redacción del estatuto de la CPI para disponer de un instrumento relativo a un Tribunal creado con vocación de permanencia a diferencia de los anteriores, que recoja por primera vez todas las formas de autoría y participación, distinguiendo entre la autoría, coautoría, autoría mediata e inducción de un lado y complicidad, encubrimiento y cualquier otro tipo de colaboración de otro, formas de participación para cuyo castigo basta con la aplicación de las normas generales contenidas en los artículos 27 y siguientes de nuestro CP.

A la vista de lo anterior es claro que la evolución en materia de autoría y participación en el Derecho Internacional penal ha estado presidida por una cada vez mayor complejidad y separación de la autoría frente a las formas de mera participación en el crimen internacional con las subsiguientes consecuencias de cara a un mejor acomodo a las técnicas jurídicas desarrolladas en los Estados parte en los diferentes instrumentos internacionales, permitiendo ajustarse de forma más realista a la gravedad de las imputaciones de cada interviniente en el ilícito.

Por último, la teoría clásica de imputación personal ha sido superada por la existencia de la delincuencia organizada, y en este sentido, el profesor

QUINTERO OLIVARES¹⁰⁰ ha señalado que: «Se ha dicho con razón que el Derecho penal ideológica y técnicamente se ha construido en el siglo que ahora acaba sin abandonar nunca ciertas notas esenciales, que en lo que aquí interesa se pueden resumir en una misma idea: la persona individualizada es la única referencia que hace comprensibles los conceptos usados en la teoría jurídica del delito. Efectivamente, no sólo la imputabilidad, la culpabilidad o la pena, instituciones netamente individuales, sino problemas tan centrales como el dolo, la imprudencia, el concurso de delitos y, prácticamente todos los conceptos que utilizamos en la ciencia jurídico-penal, sólo son concebibles en referencia a la persona física. Es imposible hablar de todos esos conceptos en relación con grupos de personas en los que la génesis de las decisiones que criminológicamente designaremos como "paso al acto" son fruto de una confluencia de voluntades de diferente signo, capacidad intelectual y poder personal sobre la decisión. Las clásicas explicaciones sobre autoría y complicidad, la inducción o la autoría mediata, la tesis del dominio del hecho como modo de fundamentar la responsabilidad criminal, saltan en pedazos cuando se intentan aplicar en el campo de la llamada criminalidad organizada».

BIBLIOGRAFIA:

- AMBOS, K.: *Principios generales de Derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Temas del Derecho penal internacional*. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia, (2001).
- AMBOS, K.: «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional. Un análisis jurisprudencial. De Nuremberg a la Haya» en *Revista Penal* Núm 7, año (2001).
- AMBOS, K.: «Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época nº 3. (1999).
- BARBERÁ FRAGUAS, M.: «Derecho Penal Internacional: genocidio y otros crímenes internacionales. Autoría y participación; la responsabilidad del superior jerárquico; autoría mediata», *Actualidad Penal* nº 11, marzo de (2002).
- BERNARDO DEL ROSAL y PÉREZ VALERO en «*La responsabilidad criminal de las personas jurídicas; una perspectiva comparada*». Tirant lo Blanch. Valencia 2001.
- BLANC ALTEMIR, A.: «*La Violación de los Derechos Humanos fundamentales como Crimen Internacional*», Bosch. Barcelona. 1990.
- BLANCO CORDERO I. y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I.: «Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio», *Revista Penal* Núm. 6, año 2000

¹⁰⁰. QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, Universidad de Huelva, 1999

- BOLEA BARDON, C.: *Autoría Mediata en Derecho Penal* Tirant lo Blanch, 2000.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español*, Tecnos, Tomo III, Madrid, 2002.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Barcelona, 1991
- FARALDO CABANA, P.: *La autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder*, (inédito).
- GIL GIL, A.: *Derecho penal Internacional. Especial consideración al delito de Genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en el Derecho penal*, Universidad de Madrid sección publicaciones, Madrid 1966.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada. Comares 1996.
- HARHOFF, F.: «Tribunal para Ruanda: algunos aspectos jurídicos» *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm 144 (1997).
- MUÑOZ CONDE *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed, Titant lo Blanch Valencia.
- MUÑOZ CONDE en «¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones “no desvinculadas del Derecho?» *Revista Penal* Nº 6, (2000).
- PIGNATELLI y MECA, F.: «Consideraciones acerca del establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia a partir de 1991» *Revista de Derecho Militar (REDEM)* Nº 64, (1994).
- QUINTERO OLIVARES, *La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita*, Universidad de Huelva, 1999.
- RODRIGUEZ-VILLASANTE, «*Los principios generales del Derecho Penal en el Estatuto de Roma*», *REDEM*. Nº 75 ENE/JUL (2000).
- SAENZ DE PIPEON Y MENGES, J.: «Delincuencia Penal Internacional. Especial consideración del delito de Genocidio» *Publicaciones del Instituto de Criminología. Universidad Complutense* (1973).
- SANCHEZ-VERA, J.: «La responsabilidad de las autoridades ante desordenes públicos racistas», *Revista Cuadernos de política criminal*, (2000).
- TIEDEMANN, K.: «La regulación de la autoría y la participación en el Derecho Penal europeo. Estado de la cuestión, tendencias de armonización y propuestas de modelo», *Revista Penal* nº 5, (2000).
- ZARAGOZA AGUADO, J. A.: «Cuestiones penales y procesales relacionadas con la delincuencia organizada», *Estudios Jurídicos Ministerio Fiscal*, (VI-1999).