

LA AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER DE ROXIN EN LA JURISPRUDENCIA LOCAL. UN CASO PARADIGMÁTICO: EL HOMICIDIO DE MONS. ANGELELLI.¹

Sebastián Félix García Amuchástegui

Abogado (UNC). Doctorando en derecho (UNC).
Docente de Derecho Penal, Parte Especial,
Universidad Nacional de Córdoba.
Investigador en el Institut für
Kriminalwissenschaften, Abteilung für
ausländisches und internationales Strafrecht,
Director Académico Kai Ambos, Universidad
de Göttingen, Alemania.

Palabras claves:

*derecho penal
internacional,
crímenes
internacionales,
homicidio.*

Key words:

*international criminal
law, international
crimes, homicide.*

Resumen

Desde que Claus Roxin desarrolló, por primera vez, en el año 1963 su teoría del dominio por organización como forma independiente y nueva de autoría mediata, varias han sido los debates que se han promovido al respecto, ya sea en el ámbito doctrinario como jurisprudencial.

¹ El presente artículo reproduce –parcialmente– el publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año V, número 07, Dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Bs. As., 2015.

Abstract

Since Claus Roxin developed, for the first time, in 1963, his theory of the domain by organization as an independent and new form of mediate authorship, several debates have been promoted in this regard, either in the doctrinal sphere or jurisprudential.

Introducción

Desde que Claus Roxin desarrolló, por primera vez, en el año 1963² su teoría del dominio por organización como forma independiente y nueva de autoría mediata, muchas han sido las cuestiones que se han suscitado al respecto, ya sea en el ámbito doctrinario³ como jurisprudencial⁴.

² ROXIN, Claus, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 193 y ss.

³ Diversos autores desde los albores de la cuestión, expresaron su conformidad con la misma aunque otros mostraron su rechazo a su contenido teórico como a su aplicación práctica. Entre los primeros se encuentran a nivel internacional Maurach/Gössel, Schumann, por citar algunos. A nivel nacional, Edgardo Alberto Donna quien afirma que, frente a un nivel de ausencia absoluta del Derecho, como ocurrió durante el nazismo alemán, los ejecutores no tenían el dominio del hecho, que sólo correspondía a Hitler. (Cfr.: LASCANO, Carlos J., "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001, p. 355 y 361).

⁴ Fue admitida en el año 1994 por el Tribunal Supremo Federal alemán al entender que, los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de Alemania del Este, fueron autores mediatos de homicidios dolosos porque habían ordenado impedir a fugitivos, que querían traspasar el muro divisorio del Estado alemán del Este, la puesta en práctica de su decisión, en caso necesario mediante disparos mortales. Los soldados de frontera, que habían realizado los disparos, fueron condenados igualmente por homicidio doloso. Recientemente, la teoría de mención ha experimentado un reconocimiento universal a partir, principalmente, de una importante decisión judicial de la Corte Penal Internacional (CPI), en el caso: *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation for charges, del 30/09/2008 (ICC-01/04-01/07) para. 495 y ss. (498, 500 y ss.). También es factible señalar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, contra el ex presidente Alberto Fujimori. Ambas decisiones se verán con más detalle en el punto V del presente trabajo.

Dicha construcción teórica⁵ implicó, entre otras cuestiones, poner en el centro de la discusión jurídica del Derecho Penal Internacional⁶ el tema central de la responsabilidad por crímenes internacionales⁷ de los autores por mando⁸, lo cual trajo aparejado cierta congruencia con la idea primigenia de su autor, en cuanto al traslado de ese concepto común a las precisas categorías de la dogmática jurídica⁹.

La idea central de Roxin¹⁰ se apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás, que ordenan delitos con

⁵ De acuerdo al desarrollo actual de la dogmática jurídica la imputación penal para este tipo de casos puede fundarse en las formas de participación correspondiente a la instigación, la coautoría o la autoría mediata (Cfr.: AMBOS, Kai, GRAMMER, Christoph, "Dominio del hecho por organización: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann", en *Iter Criminis*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, nro. 08, México, 2003, p. 4). Los dos primeros supuestos fueron rechazados por Roxin al entender que, en lo que respecta a la instigación, el inductor no domina la ejecución del hecho en tanto la realización del tipo no depende de su voluntad y por su parte, en lo concerniente a la coautoría, al afirmar, por un lado, que falta una resolución conjunta o común a cometer el hecho y, por otro lado, porque también falta una ejecución conjunta del hecho.

⁶ Históricamente, el Derecho Penal Internacional no ofreció puntos de partida para una elaboración dogmática de la autoría mediata. Con mucha buena voluntad la autoría mediata puede ser identificada, de todos modos, en la forma de dominio por organización en el proceso a los juristas de Núremberg (Cfr.: AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2005, p. 196).

⁷ En el art. 7 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ETPIY), como en el art. 6 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR) y en el art. 25 (3), (b), (c) y (d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), los conceptos de planear, instigar, ordenar o cooperar se configuran como formas de responsabilidad accesoria en la comisión por delitos por terceros, rigiéndose, por tanto, en principio, por los principios de accesoriidad y unidad de atribución (Cfr.: OLASOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 190).

⁸ AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" (...)", op. cit. p. 3/4.

⁹ ROXIN, Claus, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia* (REJ), n° 7, 2006, disponible en www.rej.uchile.cl/ (consulta el 12.04.15).

¹⁰ En 1962, Roxin pretendió publicar una parte de su escrito de habilitación como profesor de la Universidad de Hamburgo en la prestigiosa revista jurídica alemana *Juristenzeitung*. Dicho escrito versaba, precisamente, sobre su tesis de la autoría mediata por aparatos organizados de poder el cual, sin embargo, fue rechazado para su publicación. La negativa a la difusión de la tesis de Roxin puede encontrarse, entre otros aspectos, en el giro que implicaba para la época la aceptación de que en los pocos casos juzgados de este tipo por los tribunales alemanes, los que antes eran considerados como meros partícipes ahora pasarían a autores (para mayor abundamiento: MUÑOZ CONDE, Francisco, "La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado" en *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, GIL GIL, Alicia, Dir., Dykinson, Madrid, 2013, p. 259 y ss). Repárese, en este punto, que tal como ocurrió en Alemania occidental, los crímenes de derecho internacional con frecuencia fueron castigados con base en el derecho penal general, es decir, gran parte de los juicios realizados en esa época no fueron juzgados como crímenes de lesa humanidad sino como asesinato. A ello debe agregarse que en los procesos seguidos por ante los Tribunales Militares Internacionales de post-guerra y en los procesos sucesivos, no se diferenció entre las diversas formas de participación delictiva actuales. El principio rector señalaba que todo tipo de apoyo o colaboración en el hecho debía ser valorado como intervención punible, siguiendo un concepto unitario de autor (WERLE, Gerhard, "Tratado de Derecho Penal (...)", op. cit. p. 286). Es decir, en aquel entonces el Estatuto de Londres no distinguía entre autoría y participación, como tampoco lo hacía la Ley n. 10 del Consejo de Control Aliado.

mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables.

Dicha concepción primigenia y novedosa encontró cabida a nivel jurisprudencial por primera vez en nuestro país, a partir de su aplicación por parte de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Capital Federal en el denominado "juicio a las juntas militares"¹¹; lo cual constituyó el basamento inicial para su posterior adopción por parte de otros tribunales nacionales, entre los que se encuentra el Tribunal Oral Federal en lo Criminal de la Rioja, el cual juzgó el homicidio perpetrado en perjuicio de Monseñor Angelelli¹².

La muerte del mencionado religioso vino a engrosar la larga lista de actos criminales perpetrados por el terrorismo de Estado que asoló la República Argentina entre los años 1976 y 1983, cuyo ámbito de aplicación alcanzó a todos y a cada uno de los sectores de la comunidad, no encontrándose excluidos, por consiguiente, aquellos sacerdotes, seminaristas, catequistas, etc., y miembros de otras confesiones, que estaban comprometidos con la causa de los más carenciados y con aquellos que sostenían una actitud de denuncia frente a la violación sistemática de los Derechos Humanos, los cuales sufrieron secuestros, vejaciones, torturas y en muchos casos, la muerte¹³.

¹¹ Sin embargo, para cierta parte de la doctrina la Cámara al juzgar a los ex comandantes no los trató como autores mediatos —esto sin perjuicio de la calificación jurídica atribuida— sino como partícipes accesorios. Así lo entiende, entre otros, Sancinetti al considerar que el tribunal de juicio al aplicar la falta de dolo respecto de los autores materiales en relación de resultados más graves de muerte a causa de torturas, los consideró, en definitiva, simples responsables de un hecho ajeno y no como autores. Es que, para dicho autor, las órdenes impartidas ya constituyen un comienzo de ejecución de todo el plan. Entonces, a partir de dicho momento, el autor es responsable con dolo directo o eventual de la tentativa de todos los hechos que podrían ser derivados de la ejecución, aunque finalmente no se produjeran todos los resultados previstos (SANCINETTI, Marcelo, A., 1988, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner, Bs. As., p. 29/30).

¹² Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Rioja (en adelante TOCFR), S. del 12/09/2014, *in re*: "Menéndez, Luciano Benjamin y otros p.ss.aa homicidio agravado p/ el concurso de dos o más personas en concurso real con asociación ilícita, Expte. N° FCB97000411-2012".

¹³ Así se sostuvo en el informe *Nunca Más, de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)*. Aquí se cita el publicado por la Editorial de la Universidad de Buenos

Sin embargo, el homicidio perpetrado en perjuicio de Monseñor Angelelli presenta aristas particulares que lo alejan del común denominador de aquellos otros ocurridos durante la dictadura militar. La mentada diferenciación no se encuentra, tal como se verá seguidamente, en el carácter religioso de las víctimas, ni siquiera en determinadas características que presentaban aquéllos que ordenaron la realización de los actos criminales sino, precisamente, en la metodología utilizada por los autores materiales para el desarrollo de su cometido, es decir en el *modus operandi* orquestado por los autores de atrás y concretado por los ejecutores.

Es por ello que en el presente trabajo pretendo analizar si, el mentado órgano judicial adecuó su jurisprudencia o no a los presupuestos esgrimidos por Roxin, para la configuración de su teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder.

A tales fines, en primer término, reseñaré el supuesto de hecho que tuvo por acreditado el tribunal para luego, en segundo término, exponer los argumentos brindados por el mencionado órgano judicial en orden a la aplicación de la figura de autoría mediata.

Posteriormente, me abocaré a enunciar los requisitos establecidos por Claus Roxin para la aplicación de su teoría, para luego determinar si la sentencia adecuó o no su decisión a la misma, exponiendo finalmente la conclusión.

II. El caso

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Rioja tuvo por probado el siguiente hecho que, para un mejor descripción del mismo, se transcribe a continuación: *"Conforme el plan denominado "proceso de reorganización nacional", concebido, delineado e implementado a nivel nacional con el alegado propósito de perseguir y aniquilar*

Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 1984 (cuarta reimpresión de la segunda edición de 1996), específicamente lo sustentado en el Cap. 2, punto E, "Religiosos".

la llamada "subversión", durante la última dictadura cívico-militar 1976-1986, el Comandante en Jefe del Ejército Argentino y Presidente de la Junta Militar que de facto gobernó nuestro país a partir del 24/03/1976, el entonces Teniente General Jorge Rafael Videla, dispuso un plan de acción que integraba el resto de las Fuerzas Armadas (Armada y Fuerza Aérea) y de seguridad, policiales y penitenciarias provinciales, con la finalidad de eliminar mediante la destrucción psíquica y física, a toda persona o grupo de personas que se opusieran-sea por la fuerza, sea por la ideas- al estilo de vida adecuado a los valores de la cultura occidental y cristiana que la dictadura cívico-militar decía defender. En el marco de este plan, el General Albano Harguindeguy, titular del Ministerio del Interior entre el 29.03.1976 y el 29.03.1981, emitió directivas precisas para eliminar los grupos vinculados al Movimiento de Sacerdotes del Tercer Mundo. En la jurisdicción del III Cuerpo de Ejército, que coincidía territorialmente con la Zona de Defensa 3, ese plan era delineado e implementado por su Comandante, el entonces General de División **Luciano Benjamín Menéndez**, bajo cuya jurisdicción se encontraba la subzona 31 y el área 314, conformada especialmente para la denominada "Lucha contra la subversión", al igual que las restantes Áreas en que se dividió el país. Dependía a su vez del III Cuerpo, el Batallón de Ingenieros 141 que tenía su base en La Rioja, y se encontraba a cargo del Teniente Coronel Osvaldo Pérez Bataglia (fallecido). Como el Ejército Argentino detentaba la responsabilidad primaria en la "lucha contra la subversión", dependía del mencionado Batallón y cuerpo de Ejército, la Base Aérea Chamental "CELPA" (Centro de Ensayo y Lanzamiento de proyectiles Autopropulsados), elemento orgánico de la Fuerza Aérea Argentina. El Jefe

*del Escuadrón y Tropas del Departamento Aeródromo de dicho elemento era el Vice comodoro **Luís Fernando Estrella**, quien, de acuerdo con su posición intermedia dentro de la estructura castrense, emitía al personal bajo su mando, órdenes ilícitas en el marco de las operaciones destinadas a combatir la "subversión". A su vez, teniendo en cuenta el control operacional del Ejército sobre la policía de la Provincia de La Rioja, la Jefatura del Servicio de Informaciones (D-2) de ésta, a cargo del Comisario Juan Carlos Romero, se hallaba bajo las órdenes del Jefe de Inteligencia y Operaciones del Batallón de Ingenieros 141, desde donde se retransmitían las ordenes provenientes del III Cuerpo de Ejército en el marco de la "guerra anti subversiva", y se brindaba la infraestructura y recursos necesarios para llevarla a cabo. En este contexto, se planificó, ordenó e instrumentó el atentado de fecha 04.08.1976 con la finalidad de eliminar al Obispo de La Rioja Mons. Enrique Angelelli, quien junto al sacerdote Arturo Pinto partió ese día a las 14.30 hs., munido de una carpeta con información sobre el homicidio de los sacerdotes Carlos de Dios Murias y Gabriel Longueville ocurrido días antes, desde Chamental con destino a la ciudad de La Rioja, al mando del utilitario Fiat 125 Multicarga, modelo 1973, motor 125 BTO38-688807, por la ruta nacional 38, en dirección norte, tomando el camino viejo para evitar el conocimiento de su viaje por parte de los miembros del CELPA. En proximidades del mojón que indica el Km. 1.056, luego de traspasar una elevación de terreno (bordo), a unos 6 Km. después de pasar la localidad de Punta de los Llanos, se le acercó a gran velocidad un vehículo de color claro -presumiblemente modelo Peugeot 404- conducido por personas que no han podido ser individualizadas hasta la fecha, que circulando*

en el mismo sentido de dirección alcanzó a la camioneta por su izquierda, encerrándola hacia la derecha con una maniobra intencionalmente brusca, momento en que se produjo una explosión, saliendo de la camioneta del asfalto e ingresando a la banquina en forma de un semicírculo, para luego ingresar de nuevo la ruta, donde se produjo su vuelco, que trajo como resultado la muerte de Mons. Angelelli y lesiones en Arturo Pinto, aproximadamente entre las 15.15/15.30 horas, no consumándose la muerte de este último por razones ajenas a la voluntad de los acusados”.

III. Argumentos del Tribunal para la aplicación de la figura de autoría mediata por aparatos organizados de poder

El Tribunal Oral Federal en lo Criminal de la Rioja sostuvo, en lo que aquí interesa, que la condena de Luciano Benjamín Menéndez y Luis Fernando Estrella como autores mediatos por su participación en el hecho descrito precedentemente, encuentra base legal en nuestro derecho positivo, pues halla favorable acogida dentro del concepto de autor que el legislador argentino contempló en el art. 45 del Código Penal¹⁴.

En tal sentido, se indicó que las reglas sobre autoría que contiene el mencionado artículo son amplias, dominadas por conceptos demasiados vagos (v.gr: *tomar parte en la ejecución del hecho*), por lo tanto, la interpretación de acuerdo con la teoría del dominio del hecho no presenta inconvenientes, pues ello significa que es razonablemente factible atribuir a los hombres de atrás, la circunstancia que con sus órdenes están tomando parte en la ejecución del hecho.

¹⁴ TOCFR, supra nota 12, p. 571.

En cuanto al marco teórico pretendido se precisó que autores mediatos no sólo son aquéllos que se encuentran en la cúspide de la cadena de mando estructurada jerárquicamente dentro de un aparato organizado de poder como el que actuó en nuestro país entre 1976 y 1983, sino que, también, dicha calidad se atribuye a las personas intermedias que organizan y controlan el cumplimiento de estas órdenes¹⁵.

Como presupuestos fundamentales para la configuración de la autoría mediata se siguió la postura de Roxin al considerar que, a los requisitos ya conocidos de aparatos organizados de poder y del carácter fungible (intercambiable) del ejecutor, se debe añadir el de actuación de los aparatos de poder al margen del ordenamiento jurídico¹⁶, lo cual entendió aplicable al caso juzgado.

Precisamente, en cuanto a las cuestiones fácticas se refiere se precisó que Luciano Benjamín Menéndez ocupaba el cargo de Jefe del Tercer Cuerpo de Ejército, y desde ese rol desarrolló un estricto y permanente control de las zonas a su cargo, tomó decisiones, impartió ordenes, aseguró las condiciones para el cumplimiento efectivo de las mismas, supervisando los resultados y controlando el impacto de las acciones.

Con respecto a Luis Fernando Estrella meritó que ocupaba un rol fundamental de autoridad en la Base Aérea CELPA de Chamental, principal guarnición militar con jurisdicción sobre esa zona de la Provincia de La Rioja desde donde se gestaban planes, se emitían órdenes, se hacían tareas de inteligencia, asesoramiento, planificación estratégica y supervisión en la ejecución de las ordenes emanadas del Comandante del Tercer Cuerpo de Ejército; detentando Estrella poder y autoridad, como Segundo Jefe de la Base Aérea¹⁷.

Un punto particular de la sentencia aquí analizada lo constituye, tal como ya se adelantó, la cuestión particular de la modalidad

¹⁵ TOCFR, supra nota 12, p. 573/574.

¹⁶ TOCFR, supra nota 12, p. 575/576.

¹⁷ TOCFR, supra nota 12, p. 578.

elegida para terminar con la vida de Monseñor Angelelli y con el intento de hacerlo con la del sacerdote Pinto. En tal sentido, el Tribunal entendió que

"(...) Si bien es reconocido que el plan sistemático de represión y aniquilación de opositores al régimen respondía a determinados parámetros (intentos de fuga frustrados, detenciones ilegales, torturas, permanencias en centros clandestinos de detención, desaparición, fusilamientos, etc.), el caso bajo examen no se ajusta a ninguno de los mismos (accidente provocado). Ello tiene su explicación en los siguientes elementos objetivos: en general: el significado de la Iglesia para el régimen militar, la posición jerárquica de los Obispos en la estructura eclesiástica, su influencia en las Conferencias Episcopales y en la mirada que la comunidad internacional otorgaba a sus documentos; y en especial: la personalidad y trascendencia del Obispo Diocesano Enrique Ángel Angelelli, quien mantenía una posición muy firme y pública en su homilías, denunciando la detención de sus párrocos y laicos, persecución de religiosos, grabaciones de homilías, gestionando en forma personal la liberación de los detenidos políticos ante las autoridades y exteriorizando públicamente su opción por la paz y repudio de la violencia. La postura pública de Monseñor Angelelli hacia la no violencia (que surge de recortes periodísticos de la época que transcribían sus homilías –reservados en Secretaría- y los testimonios de los sacerdotes que integraban la Iglesia riojana), la investidura que detentaba (Obispo de la Rioja), y la admiración y respeto que le dispensaba la mayoría de la feligresía (la presencia del Obispo era convocante), impedía a las fuerzas de seguridad implementar con Monseñor Angelelli las clásicas metodologías del plan sistemático previstas por el Proceso de Reorganización Nacional, consistentes de detención, secuestro, torturas, asesinato por simulacro de fuga, fusilamiento, desaparición etc., lo que sí fue utilizado con sacerdotes de menor jerarquía (secuestro y asesinato de Murias y Longueville, detenciones de Gervasio Mecca, Eduardo Ruiz, entre otros), sin afectar, aunque

sea en lo formal, la relación de la Junta Militar con las autoridades eclesiásticas y con el Vaticano (...)"¹⁸

Por ello entendió que, en definitiva, los hechos cometidos en contra de Mons. Angelelli y el sacerdote Pinto no consistieron en hechos aislados y fuera de contexto, presididos por móviles particulares sino que, por el contrario, las conductas endilgadas debían interpretarse y comprenderse precisamente en el contexto de un plan sistemático de eliminación de opositores políticos ¹⁹ . Considerándose, asimismo, que

"(...) es fácil observar la compleja trama que estuvo detrás del homicidio de Angelelli. El Obispo formaba parte de la Iglesia Católica su Pastoral había sido aprobada por el propio Papa Paulo VI. Las internas entre los distintos miembros de la Iglesia en relación a las denuncias de Angelelli y el silencio ante sus reclamos, favorecieron la decisión y oportunidad para cumplir con el Plan del Ejército y "aniquilar" al Obispo ejecutando un plan perfectamente diseñado para ocultar el homicidio bajo el manto del "accidente". Para ello, desde la Base Aérea CELPA, a través de sus autoridades, Aguirre (f) y Estrella, realizaron las tareas de inteligencia al menos para: a) conocer las actividades realizadas por Monseñor Angelelli durante su permanencia en Chamental. La policía controló abierta y expresamente el movimiento de sacerdotes y religiosos que concurrieron al velatorio y al entierro. Al querer continuar con su investigación, después del sepelio, fue advertida por el Obispado de que éste colaborará en la medida en que la misma se den las garantías fundamentales de que se busca llegar a la verdad ("Crónica de los hechos relacionados con los asesinatos de los P. Murias y Longueville", firmada por Mons.

¹⁸ TOCFR, supra nota 12, p. 385/386.

¹⁹ TOCFR, supra nota 12, p. 515/518.

Angelelli); b) conocer el día y hora de partida: "el 3 de agosto vino un compadre de Angelelli a la casa de las hermanas y le preguntó a Angelelli a qué hora se iba mañana...el compadre era un civil de la base, un empleado no uniformado, que para la dicente era el entregador... pudiendo ser el Pato Espartaco Rigazzi (declaración de Luisa Sosa Soriano). "Espartaco Rigazzi era personal civil de la Fuerza Aérea y veía dentro del CELPA cómo llevaban gente detenida" (declaración de Hilda Moreno de Rigazzi). Asimismo desde la Base Aérea, Luis Fernando Estrella, al tener el control operacional de la Policía de la Provincia, ordenó liberar la zona en la que usualmente había controles (...)"²⁰.

IV. Requisitos estructurales de la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Roxin.

Desde los albores de su construcción jurídica Claus Roxin sostuvo que el dominio del hecho constituye el criterio decisivo para la autoría y que sólo existen tres formas prototípicas en las que se puede dominar un acontecimiento sin poner las manos en la ejecución: a) obligando o forzando al ejecutor, b) engañando al mismo o c) disponiendo de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución²¹.

Según el profesor alemán la novedosa construcción jurídica encontró (en su momento) un claro ejemplo histórico en la dictadura nacionalsocialista, toda vez que cuando Hitler, Himmler o Eichmann daban una orden de matar podían estar seguros de su ejecución, ya que la posible negativa de uno de los incitados a la ejecución no

²⁰ TOFCR, supra nota 12, p. 551 y ss.

²¹ ROXIN, Claus, 2014, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, especiales formas de aparición del delito, Civitas, Navarra, p. 111.

podía producir como efecto que no tuviera lugar el hecho ordenado. Éste era realizado por otro²².

Es por ello que, para el mentado autor tres son los requisitos necesarios para atribuir el dominio del hecho a los hombres de atrás:

1. **Poder de mando:** Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida, tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo.

2. **La desvinculación del ordenamiento jurídico:** como condición indispensable del dominio de organización. La desvinculación del Derecho tiene que producirse no en toda relación, sino únicamente en el marco de los tipos penales realizados por él. Por otra parte, la ausencia de conexión al Derecho no debe depender, en segundo lugar, de la manera como se juzgue el sistema político anterior, sino de la actual valoración jurídica.

3. **La fungibilidad del ejecutor inmediato** ²³ : esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo²⁴.

Estos tres requisitos deben estar presentes para la configuración de la teoría del dominio de la organización sin olvidar, claro está,

²² ROXIN, Claus, "Derecho Penal...", op. cit. p. 111.

²³ Entre las varias críticas que se han formulado contra la fungibilidad como presupuesto del dominio de organización en los aparatos organizados de poder, se encuentra desde el punto de vista fáctico que en las organizaciones hay distribución de trabajo y especialidades, situación que haría difícil el reemplazo o el intercambio de un ejecutor material en determinada circunstancias; asimismo, los ejecutores materiales lo son, por la experiencia que ostentan y porque se han ganado la confianza de sus superiores y, por ende, de la misma organización, situación que debe observarse al momento de plantear la intercambiabilidad como automática. Del mismo modo, si esa intercambiabilidad debe materializarse por la razón que sea, el cumplimiento de la orden ya no depende de esa misma intercambiabilidad sino de la disposición que los demás miembros de la organización tengan de cometer el hecho punible ordenado. Finalmente, no podría adjudicarse un dominio de organización sobre un delito determinado, pues su realización es incierta hasta el momento en que se sustituya efectivamente al ejecutor material (ARANA SAGANOME, Federico, *La autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin y su aplicación en Colombia*, en *Dialnet*, www.dialnet.unirioja.es/ (consulta el 27/04/2015).

²⁴ Con respecto a este requisito Roxin ha reconocido como acertado que, en supuestos de designación de un especialista (que no es fungible) entra en consideración más bien la inducción. Admitiendo, asimismo, que pueden existir casos en los que el ejecutor no llegue a ejecutar el hecho. Sin embargo, tal cual lo sostiene Kai Ambos, tal fracaso de organización no conduce en el autor alemán a la inidoneidad general del criterio de la fungibilidad, sino que comporta solamente su relativización y ampliación acudiendo a la exigencia de la disposición del hecho (Cfre: AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización" op. cit. p. 5/6). Este último criterio, es decir "la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor" en el sentido de que un sujeto dentro de la esfera de un aparato organizado de poder tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo, no constituye, en realidad, un requisito propiamente dicho en la teoría aquí analizada, sino que se deriva de los tres anteriores.

que la teoría propuesta por Roxin es un modelo, cuyos elementos constitutivos deben ser verificados en cada caso concreto.

En tal sentido, la necesidad de que la construcción teórica descripta encuentre su correlato fáctico a partir de la verificación de todos los requisitos enunciados, ha sido considerado como un criterio excluyente al momento de su aplicación al caso concreto.

Como ejemplo de ello se puede citar la decisión del Tribunal Supremo Español (en adelante TSE) que, al reexaminar la responsabilidad del acusado Hassan El Haski por el atentado del 11 M²⁵, admitió la posibilidad teórica de la autoría mediata por aparatos de poder –en el derecho penal español- aunque no la consideró aplicable al caso, al sostener, entre otras cosas, que no puede declararse la responsabilidad como autor del nombrado sobre la única base de su posición como dirigente, en general, de la organización terrorista.

IV. Análisis crítico

Tal como se desprende de la breve enunciación desarrollada en párrafos anteriores, el TOFCR comprobó, en el caso concreto, que los requisitos exigidos por Roxin para la configuración de la teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder, se encontraban presentes en las conductas desarrolladas por Menéndez y Estrella para perpetrar el asesinato de Monseñor Angelelli.

Dicha meritación la efectuó, en primer término, al entender que la base normativa para derivar la autoría mediata se encuentra expresamente reconocida en la fórmula del art. 45 del CP, lo cual luce congruente con lo sustentado por la doctrina clásica, en cuanto a que todos los autores –también los autores mediatos– se

²⁵ STS N° 503/2008 del 17 de julio de 2008, Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, citada por GIL GIL, Alicia, "La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española" en *Dialnet*, www.dialnet.unirioja.es/ (consulta el 27/04/2015).

encuentran comprendidos en la primera parte del mentado art. 45: "Los que tomasen parte en la ejecución del hecho..."²⁶.

Luego de ello, ya en el aspecto concreto de la teoría del profesor alemán meritó no sólo que Menéndez y Estrella –cada uno en su rol– cumplían funciones de poder y control dentro de la estructura jerárquica de las fuerzas armadas que ostentaban el poder en aquel momento sino que, además, dichas funciones no eran meramente superficiales evidenciando, por el contrario, **que ambos condenados las ejercían de hecho, con un férreo control sobre sus subordinados.**

Esta primera aseveración no es menor, ya que para cierta parte de la doctrina, la jurisprudencia posterior a la sentencia del denominado "juicio a las juntas militares" ha demostrado, aparentemente, una cierta relajación en orden a la comprobación – en el caso concreto– del control de la organización y de la dación de las órdenes limitándose, en muchos casos, exclusivamente, a una prueba del cargo o posición del superior en la estructura militar o policial (prueba del estatus)²⁷.

La referencia, por otra parte, a que las conductas desarrolladas por los condenados se enmarcaron dentro del plan sistemático de aniquilamiento pergeñado por la dictadura militar ²⁸ persigue evidenciar, a mi entender, por un lado, la existencia del elemento de contexto ²⁹ como requisito ineludible para la tipificación de las

²⁶ Sin embargo, "...La doctrina más moderna, en cambio, deriva esta forma de intervención criminal de la última parte de dicha disposición "[...] los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo)", al igual que hace, como hemos visto, la jurisprudencia mayoritaria. Esta posición encontraría un punto de apoyo en los antecedentes del Código penal vigente. Algunos autores han sostenido, por otra parte, que no es necesario que exista una regla explícita sobre la autoría mediata en el Código Penal, pues esta forma de intervención en el hecho puede derivarse ya de las disposiciones de la parte especial. La "cuestión no depende tanto de una regla explícita sobre la autoría, cuanto de un concepto relativo a qué es lo que está prohibido; por ejemplo, en qué consiste matar a otro (art. 79, CP)...", MALARINO, Ezequiel, "El caso argentino", en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Segunda edición revisada, Temis, Bogotá, 2009, p. 62.

²⁷ Cfr: MALARINO, Ezequiel, "El caso argentino" (...) , op. cit., p. 62.

²⁸ En clara referencia al requisito de desvinculación del derecho de la organización.

²⁹ Todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo. Así, en los crímenes contra la humanidad, el hecho global consiste en un ataque generalizado o sistemático contra la población civil. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial de un grupo protegido. En los crímenes de guerra, el contexto de violencia

conductas particulares como crímenes de lesa humanidad y, por otro lado, precisamente, que los actos particulares desarrollados por los ejecutores –los cuales no pudieron ser identificados- se encuentran comprendidos dentro de aquel contexto de ataque sistemático contra la población civil.

Esto último guarda especial relevancia ya que, tal como ya se adelantó, la metodología utilizada para consumar el homicidio de Monseñor Angelelli y del sacerdote Pinto –en éste último caso no lográndose tal cometido- se alejó de la mayoría de conductas típicas perpetradas durante la dictadura de Estado lo cual, sin embargo, no impide considerar a las mismas como parte de aquel otro entramado de carácter general³⁰.

Es evidente, por otra parte, que el TOFCR ha seguido, al menos implícitamente, los criterios propugnados por la jurisprudencia internacional al respecto³¹.

En tal sentido, se pueden señalar que, a nivel internacional, la primera vez que se aplicó la teoría aquí analizada fue en la sentencia del 31 de julio de 2003 de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), en el

corresponde, por lo general, al conflicto armado en cuyo marco los sucesos criminales deben ser realizados. Cfre: WERLE, Gerhard, *“Tratado de Derecho Penal Internacional”*, op. cit. p. 84. Asimismo se puede consultar: BASSIOUNI, M. Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992; CASSESE, Antonio, *International Criminal Law*, 2º edición, Oxford, University Press, 2008. También, al respecto: GARCIA AMUCHASTEGUI, Sebastián Félix, “Análisis del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2014 en relación con los crímenes de Derecho Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Bs. As., 2015, p. 181 y ss.

³⁰ Por ello es que no se comparte la opinión en cuanto a que: “(...) tratándose el presente de un hecho singular por su mecánica, era ineludible probar que el ejecutor del homicidio disfrazado de accidente automovilístico pertenecía al aparato organizado de poder, lo que no se pudo hacer en este caso porque nunca se identificó al autor material (...)” (Cfre: MARCOTULLIO, Silvia, E., “Delitos de lesa humanidad. Caso Obispo Enrique Angelelli, nota a fallo”, en *Actualidad jurídica-Derecho Penal*, número 204, Córdoba, 2014, A 6070). Es que, en realidad, la autora de mención soslaya, por un lado, que el TOFCR sí constató que los autores materiales pertenecían al aparato organizado de poder (ver *ut supra* TOFCR, supra nota 20, p. 551 y ss.) y, por otro lado, una cuestión evidente -incluso reconocida por la jurisprudencia y doctrina internacional- en cuanto a que en los hechos aquí meritados (v.gr.: crímenes de lesa humanidad) la perpetración de las conductas individuales es realizada, en la mayoría de los casos, por un gran número de personas, lo cual dificulta la identificación de las mismas en el caso concreto, pero no impide considerar la pertenencia de los perpetradores al aparato organizado de poder.

³¹ Para Werle antes de la entrada en vigor del ECPI la autoría mediata no estaba regulada en el Derecho Penal Internacional, ni había sido aplicada por la jurisprudencia internacional. Por ello, entiende que la importancia de la regulación no procede de la existencia de una nueva criminalización, sino de la contemplación dogmática y precisa de las distintas constelaciones de casos (cfre: WERLE, Gerhard, *“Tratado de Derecho (...)”*, op. cit. 300/301).

caso contra Milomir Stakic, ex alcalde de la ciudad de Prijedor situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska (Bosnia y Herzegovina)³².

Desde entonces, para cierta parte de la doctrina³³ esta figura ha sido aplicada por varios tribunales penales internacionales, incluyendo, entre otros: **a)** Los casos ante el TPIY contra Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan Martic, Vlasistimir Dordejic, Ante Gotovina, Radovan Karadzic y Ratzko Mladic; **b)** El caso ante el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) contra Protais Zigiranyirazo y, más recientemente, **c)** los casos ante la CPI contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Francis Muthaura Uhuru Kenyatta, William Ruto, Henry Kosgey y Laurent Nbagbo.

Sin embargo, para Alicia Gil Gil³⁴ hasta el momento sólo se encuentran tres decisiones de confirmación de cargos por parte de la CPI en las que se aplica la teoría del dominio por aparatos de poder³⁵.

En dichas decisiones, las Salas de Cuestiones Preliminares I y II (en adelante SCP) sostuvieron que para que se dé la autoría mediata, el líder debe utilizar su control sobre el aparato para ejecutar los delitos, lo que significa que el líder, como el autor detrás del autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes.

³² OLASOLO ALONSO, op. cit., p. 213.

³³ OLASOLO ALONSO, op. cit., p. 213 y sgtes. Para el autor de mención, si bien, en la gran mayoría de estos casos, la aplicación de la autoría mediata se llevó a cabo conjuntamente con la aplicación de la co-autoría basada en el co-dominio funcional del hecho, no obstante ello, en el caso ante la CPI contra Omar al Bashir el concepto de autoría mediata por estructura organizada de poder ha sido aplicado de forma autónoma

³⁴ GIL GIL, Alicia, 2013, "Imputación de crímenes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución", en *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid, p- 523.

³⁵ ICC, PTC I, *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, "Decision on the Confirmation of the Charges", ICC-01/04-01/07-717, 30.09.2008; ICC, PTC II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey And Joshua Arap Sang*, "Decision on the confirmation of charges", ICC- 01/05-01/08-424, 23.01.2012; ICC, PTC II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, "Decision on the confirmation of charges", ICC-01/09-02/11, 23.01.2012.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Katanga y Ngudjolo la SCP refiriéndose de forma casi exclusiva a la jurisprudencia y a la doctrina alemanas y españolas, estableció los siguientes requisitos para afirmar que existe un dominio sobre los actos de otra persona por medio del dominio sobre la organización jerárquica: a) el acusado y el ejecutor directo deben operar dentro de la estructura jerárquica de un aparato organizado de poder y b) el aparato organizado y jerárquico debe hacer posible que los superiores se aseguren la comisión de los crímenes³⁶, lo que garantiza que la negativa de un subordinado no impedirá los planes del dirigente³⁷.

Por otra parte, una cuestión particular en donde también el TOCFR ha seguido la jurisprudencia internacional es aquella referida a considerar, conforme lo postulado por Roxin, a los superiores intermedios de las estructuras organizadas de poder³⁸ (que reciben órdenes de los niveles más altos y tienen la facultad de dar órdenes a sus subordinados inferiores de la organización) como autores mediatos, debido a su dominio sobre la voluntad de los autores materiales³⁹.

En tal sentido, la posición mantenida por el profesor alemán fue aplicada por la SCP I de la CPI, en la orden de arresto que emitió el 27 de junio de 2011 contra Muammar Gaddafi⁴⁰, su hijo Saif Al-Islam

³⁶ WERLE, Gerhard, 2011, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 302.

³⁷ Como se desprende, la Sala no consideró aplicable el requisito de la desvinculación de la organización del Derecho.

³⁸ En el caso que nos ocupa a Estrella.

³⁹ Para cierta parte de la doctrina, los superiores intermedios deben responder como coautores y no en el carácter de autores mediatos. Así lo entiende, entre otros, Kai Ambos al considerar que el control de los superiores intermedios sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización. Dicha postura fue seguida por la Corte Superior de Justicia de Lima en su sentencia de 8 de abril de 2008, en la que condenó como autor mediato en aplicación del concepto de EOP a Salazar Monroe (Director del Servicio de Inteligencia Nacional del Perú ("SIN") durante los gobiernos de Alberto Fujimori), mientras que a varios superiores intermedios del SIN y a los autores materiales de los delitos (que pertenecían al "Grupo Colina" de operaciones especiales del SIN) se les condenó, a pesar de la existencia de una relación superior-subordinado entre los mismos, como coautores de la desaparición forzada de un profesor y nueve alumnos en la Universidad estatal de La Cantuta de Lima en 1992 (AMBOS, Kai, "El juicio a Fujimori (...)", op. cit. p. 260/261).

⁴⁰ En este caso la SCP I explicitó los elementos que se deben configurar para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito conforme al artículo 25 (3) (a) del Estatuto como un **autor mediato**: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y

Gaddafi y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios Abdullah Al-Senussi, en la que aplicó el concepto de autoría mediata a través de estructuras de poder para imputar, a este último, los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011.

La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que Al-Senussi se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder del Estado de Libia, por debajo de Muammar Gaddafi, de quién recibía instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver en Benghazi las manifestaciones contra el régimen⁴¹.

Por otra parte, como un ejemplo de aplicación –aunque parcial– de la teoría propugnada por Roxin en sus aspectos centrales se puede citar, tal como ya se adelantó, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia peruana en el caso contra el ex presidente Alberto Fujimori⁴²

organizado; (c) la ejecución de los delitos deber ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata.

⁴¹ OLASOLO ALONSO, "Tratado de autoría (...)", op. cit., p. 210.

⁴² Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJSPE), Exp. No. AV 19-2001 (acumulado), 7 de abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos SIE, disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/sentencia.pdf> (consultado el 05 de mayo de 2015); Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Primera Sala Penal Transitoria (CSJ-PSPT), Exp. No. 19-2001-09-AV, 30 de diciembre de 2009; disponible en: <http://www.juicioysancionafujimori.org/documentos/R.N.fujisuprema.pdf> (consultado el 5 de mayo de 2015).

En dicha decisión⁴³, el tribunal de mención sostuvo –acorde con la postura de Roxin⁴⁴- que con respecto a Fujimori no cabía aplicarle el carácter de coautor, ya que faltaba entre el autor directo y el nivel estratégico superior, que controla el aparato de poder organizado, un plan criminal de mutuo acuerdo y con distribución del trabajo en función de una horizontalidad necesaria⁴⁵.

También rechazó el supuesto de instigación, ya que con ello se ignoraría el rol de Fujimori como una figura central del aparato de poder⁴⁶

Sin embargo, con respecto a los superiores intermedios que habían intervenido en el plan criminal consideró que no debían

⁴³ En 2009, el ex presidente peruano Alberto Fujimori fue condenado por la Sala Penal Especial y posteriormente en apelación por la Primera Sala Transitoria, ambas de la Corte Suprema de Justicia, por graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente por crímenes de lesa humanidad cometidos entre 1991 y 1992 durante su presidencia. Las condenas contra Fujimori como autor mediato se basan en la teoría del dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder (autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder). Ambas salas de la Corte Suprema establecieron cinco requisitos para esta modalidad de autoría mediata: a) como requisito general la existencia de una organización jerárquica y como requisitos específicos: b) el poder de mando del autor indirecto, c) la desvinculación de la organización del derecho, d) la fungibilidad de los autores directos y e) la disposición del autor directo (cfre: AMBOS, Kai, "El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato organizado de poder" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, época, n. 5, 2011, págs. 229-272). En el proceso contra Fujimori se constató que los actos considerados como crímenes de lesa humanidad fueron cometidos por un comando militar especial denominado "Grupo Colina", el cual estaba conformado por 38 integrantes. Dicho grupo se integraba por el Servicio de Inteligencia del Ejército que a su vez se encontraba subordinado a la Dirección General de Inteligencia del Ejército, la cual estaba sujeta a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército, formando parte del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. La Dirección General de Inteligencia informaba al Servicio de Inteligencia Nacional, el cual, como parte del Sistema de Inteligencia Nacional, coordinaba todas las actividades de inteligencia, encontrándose dirigido por Vladimiro Montesinos, asesor de Fujimori y persona con estrechos vínculos con Fujimori. Es por ello que se considera que en el presente caso, la sentencia abordó la existencia de varios aparatos de poder organizados: en el nivel superior, el sistema de inteligencia nacional, en el nivel intermedio, el servicio militar de inteligencia y, en lo más bajo, en el nivel ejecutivo, el comando homicida Colina. Todos ellos se encontraban al servicio del aparato de poder estatal en torno a Fujimori-Montesinos y estaban estructurados jerárquicamente el uno en relación al otro (cfre: AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio (...)", op. cit., p. 11/12).

⁴⁴ Es preciso aclarar que, si bien, la Sala Especial aplicó la teoría de Roxin, no obstante ello, posteriormente la Corte Suprema de Justicia Peruana, a través de su Sala Permanente, en su sentencia de 13.06.2013 (RN N. 4104-2010, caso "Grupo Colina") rechazó dicha postura sosteniendo que no cabe atribuir la categoría de autoría mediata con ejecutor responsable, sino que, por el contrario, se debe acoger el concepto normativo de autor de Jakobs, basado en la idea de competencia por organización.

⁴⁵ CSJ-SPE, supra nota 12, párrafo 726. Günther Jakobs al analizar la sentencia de mención sostuvo que en el supuesto aquí analizado, podría haber una interacción en el reparto de funciones y de una decisión común del hecho, así que la suposición de complicidad afecta mejor la igualdad jurídica de las partes y su mutua dependencia. Para mayor abundamiento se puede consultar: JAKOBS, Günther, "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori", en *La autoría mediata, El caso Fujimori*, AMBOS, Kai, /MEINI (editores), Ara, Lima, 2010, p. 105 y ss.

⁴⁶ CSJ-SPE, supra nota 12, párrafo 720.

juzgarse como autores mediatos sino como coautores, siguiendo, en este punto, lo sustentado por cierta parte de la doctrina⁴⁷.

Asimismo, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú, aplicó el llamado criterio de la "fungibilidad positiva", conforme al cual el dirigente de la organización selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible,⁴⁸ con el objeto de evitar cualquier fallo⁴⁹.

En definitiva, la breve reseña de la jurisprudencia internacional existente al respecto, evidencia que la sentencia del TOFCR aplicó la teoría de Roxin ajustada a las concretas circunstancias fácticas, con arreglo -en su mayoría- a los precedentes internacionales, en especial, en lo concerniente al dominio del hecho el cual constituye un dato fáctico referido a la dirección del curso causal, el cual fue meritado por el mencionado órgano judicial bajo el parámetro del elemento de contexto ya aludido.

V. Conclusión

La teoría de autoría mediata por aparatos organizados de poder elaborada por Roxin implicó, en lo concreto, un avance decisivo a los fines de considerar a los dirigentes y superiores como autores de los hechos por ellos ordenados.

⁴⁷ En contraposición a Roxin, Kai Ambos considera que a los superiores intermedios se les debería calificar como coautores en lugar de autores mediatos. Si bien coincide con Roxin en que los delitos sólo pueden ser cometidos a través de una estructura organizada de poder porque sus miembros, en diferentes niveles, dirigen la parte de la organización que está bajo su responsabilidad hacia la comisión de los delitos, para Ambos el control de los superiores intermedios sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización (o como mucho a una parte de la organización), de manera que, en todo caso, los más altos dirigentes de la organización pueden en cualquier momento interferir y bloquear dicho control. De ahí que, según Ambos, en el caso de los superiores intermedios sólo pueda hablarse, a lo sumo, de un control parcial, puesto que únicamente los más altos dirigentes de la organización (las personas que lideran un gobierno, y en circunstancias excepcionales quienes dirigen la policía de inteligencia), pueden ejercitar su control sin ningún tipo de interferencia (AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio (...)", op. cit., p. 17/18).

⁴⁸ De esta manera, aunque el grupo especial de operaciones "Colina" del Servicio de Inteligencia Nacional, al que se le encargaron los delitos, estaba compuesto únicamente de unos treinta miembros, no se excluía su fungibilidad puesto que habían sido cuidadosamente seleccionados y entrenados para realizar este tipo de actividades.

⁴⁹ OLASOLO ALONSO, "Tratado de autoría (...)", op. cit., p. 199.

Es que, tal como lo sostiene Kai Ambos, dicha teoría contiene el punto de partida correcto para este tipo de casos, o sea, casos en los cuales los autores inmediatos o materiales actúan en el marco de una política de represión o persecución sistemática y/o generalizada, desarrollada y preparada por la cúpula de una organización estatal (la junta de un gobierno de facto, el comité ejecutivo del partido político dominante, etc.).

En tal sentido, al menos intuitivamente, la idea esbozada por la doctrina aludida evidencia que no es posible considerar como meros partícipes, sin concretar una inadecuada subsunción del substrato fáctico, a aquéllos que, si bien, no pusieron "las manos en el hecho" sí ordenaron, idearon, organizaron (entre otras conductas) valiéndose de una posición de mando actos tan atroces como la consumación de crímenes de Derecho Internacional, en lo que aquí interesa, los cuales afectan la base misma de la comunidad internacional en su conjunto.

Dicha correlación entre justicia material y aplicación práctica de una teoría de índole penal se encuentra plasmada en la sentencia aquí analizada, ya que su aplicación al caso concreto posibilitó una ajustada valoración de las conductas desarrolladas por los autores mediatos Menéndez y Estrella.

Es por ello que, las críticas esbozadas a la teoría de Roxin en cuanto a sus deficiencias estructurales no deben conducir a su rechazo o al abandono de su figura, sino que, por el contrario, tal cual fue sustentado por el TOCFR, la necesidad de su aplicación surge congruente con la magnitud de los sucesos juzgados siempre y cuando, claro está, los requisitos esenciales de la teoría aplicada se encuentren presentes en el caso concreto.

VII. Bibliografía

* AMBOS, Kai, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", en *InDret*, disponible en WWW. INDRET. COM.

- 2011, El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato organizado de poder”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, n. 5.

- 2005, *La parte general del Derecho Penal Internacional, bases para una elaboración dogmática*, traducción de Ezequiel Malarino, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay.

* AMBOS, Kai, GRAMMER, Christoph, 2003, “Dominio del hecho por organización: la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en *Iter Criminis*, Revista de Derecho y Ciencias Penales, nro. 08, México.

* BASSIOUNI, M. Cherif, 1992. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht.

* CASSESE, Antonio, 2008. *International Criminal Law*, 2ª edición, Oxford, University Press.

* GARCIA AMUCHASTEGUI, Sebastián Félix, 2015, “Análisis del anteproyecto de reforma del Código Penal de 2014 en relación con los crímenes de Derecho Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Dir. Eugenio Raúl Zaffaroni, La Ley, Buenos Aires.

* GIL GIL, Alicia, “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”, en *Dialnet*, www.dialnet.unirioja.es/.

* GIL GIL, Alicia, 2013, “Imputación de crímenes internacionales ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución”, en *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson, Madrid.

* LASCANO, Carlos J., 2001, “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba.

* MALARINO, Ezequiel, 2009, “El caso argentino”, en AMBOS, Kai (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, segunda edición revisada, Temis, Bogotá.

* MUÑOZ CONDE, Francisco, 2013, “La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en *Intervención delictiva y Derecho*

Penal Internacional, reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales, GIL GIL, Alicia, Dir., Dykinson, Madrid.

* OLASOLO ALONSO, Héctor, *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

* ROXIN, Claus, 1963, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*.

_ 2006, "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, n° 7, disponible en [www. rej.uchile.cl/](http://www.rej.uchile.cl/).

_ 2014, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, especiales formas de aparición del delito, Civitas, Navarra.

* SANCINETTI, Marcelo, A., 1988, *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*, Lerner, Buenos Aires,

* WERLE, Gerhard, 2011, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHASTEGUI, S. F. (2018). "la autoría mediata por aparatos organizados de poder de roxin en la jurisprudencia local. un caso paradigmático: el homicidio de Mons. Angelelli". *Revista In Iure* [en línea] 15 de Mayo de 2018 Año 8, Vol. 1. pp. 53-76. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>