

*Grau en Dret*  
Treball de fi de Grau (21067/22747)  
Curs acadèmic 2023-2024

**LA TEORIA DE L'AUTORIA MEDIATA EN  
APARELLS ORGANITZATS DE PODER I LA SEVA  
RECEPCIÓ A LA JURISDICCIO PENAL**

Maria Llabrés Tomás-Valiente  
240060

Tutor del treball:  
Ramon Ragués Vallès



## DECLARACIÓ D'AUTORIA I ORIGINALITAT

Jo, Maria Llabrés Tomás-Valiente, certifico que el present treball no ha estat presentat per a l'avaluació de cap altra assignatura, ja sigui en part o en la seva totalitat. Certifico també que el seu contingut és original i que en sóc l'únic autor, no incloent cap material anteriorment publicat o escrit per altres persones llevat d'aquells casos indicats al llarg del text.

Com a autor/a de la memòria original d'aquest Treball Fi de Grau autoritzo la UPF a dipositar-la i publicar-la a l'e-Repository: Repositori Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en qualsevol altra plataforma digital creada per o participada per la Universitat, d'accés obert per Internet. Aquesta autorització té caràcter indefinit, gratuït i no exclusiu, és a dir, sóc lliure de publicar-la en qualsevol altre lloc.

Maria Llabrés Tomás-Valiente  
Barcelona, 2 de juny de 2024

## **RESUM**

Les estructures de poder organitzades presenten un seguit de particularitats estructurals que dificulten l'enjudiciament dels delictes comesos en el seu marc. Bona part d'aquests problemes tenen el seu origen en la manca de relació entre els càrrecs més elevats i els receptors de les ordres delictives. Aquesta desconexió, així com la freqüent inexistència de proves que permetin desvirtuar-la, tenen com a conseqüència que les figures d'imputació tradicionals resultin inidònies per resoldre aquests supòsits. En el present treball s'exposarà la teoria desenvolupada per Claus Roxin per a la resolució d'aquests supòsits: l'autoria mediata en el marc dels aparells organitzats de poder. També es parlarà de les diverses solucions per les quals han optat la doctrina i la jurisprudència i es farà una breu aproximació als grups de casos per als quals aquestes resulten més encertades.

# ÍNDIX

<b>1. INTRODUCCIÓ.....</b>	<b>1</b>
<b>2. BREU EXPOSICIÓ DE LA TEORIA ORIGINAL PROPOSADA PER CLAUS ROXIN.....</b>	<b>3</b>
2.1. Concepte.....	3
2.2. Requisits de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder.....	4
2.3. Supòsits d'aplicabilitat.....	8
<b>3. PRINCIPALS SOLUCIONS ALTERNATIVES A LA DOCTRINA I A LA JURISPRUDÈNCIA.....</b>	<b>11</b>
3.1. Coautoria.....	11
3.2. Inducció i cooperació necessària.....	16
3.3. L'omissió del superior jeràrquic.....	22
<b>4. APLICACIÓ DE LA TEORIA DE ROXIN PER TRIBUNALS ESTRANGERS.....</b>	<b>29</b>
4.1. El cas dels tiradors del Mur de Berlín (sentència del BGH de 26 de juliol de 1994). 29	
4.2. El cas Fujimori (sentència de la Cort Suprema de 7 d'abril de 2009).....	30
<b>5. APLICACIÓ DE LA TEORIA PEL TRIBUNAL SUPREM ESPANYOL.....</b>	<b>32</b>
5.1. Algunes mencions a la teoria en la jurisprudència del TS.....	32
5.2.1. El cas Puigdemont: Interlocutòria de 29 de febrer de 2024.....	33
<b>6. CONCLUSIONS.....</b>	<b>37</b>
<b>7. BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>38</b>

## 1. INTRODUCCIÓ

Després de la Segona Guerra Mundial, en el marc de l'enjudiciament dels crims de guerra comesos pels dirigents del nacionalsocialisme alemany, va sorgir la necessitat de trobar una forma d'imputació penal que permetés recollir adequadament la seva responsabilitat. Davant les particularitats dels casos i els esforços jurisprudencials en aquest sentit, i partint de l'evidència de la necessitat d'un càstig, la doctrina alemanya va desenvolupar una forma d'autoria mediata en virtut de la qual, partint de la plena responsabilitat de l'executor material del fet, també era possible castigar l'autor de darrere. Els delictes per als quals es va plantejar aquesta teoria, però, havien de complir, com veurem, una sèrie de requisits concrets, i havien d'haver-se comès en un marc determinat.

La teoria no ha tingut una acollida unànime per part de la doctrina, i el seu ús a la jurisprudència ha estat pràcticament nul, amb algunes excepcions, com ara els processos contra els alts comandaments de les dictadures a diversos països d'Amèrica del Sud a partir dels anys 70. Malgrat que la figura planteja alguns dubtes d'admissibilitat, és innegable que presenta uns avantatges, especialment en l'àmbit de la prova, que la fan atractiva per als tribunals. Tant és així que, malgrat les poques pistes que havia donat sobre la seva opinió respecte de la teoria, el Tribunal Suprem espanyol va utilitzar-la per primera vegada fa unes setmanes per explicar els indicis de la culpabilitat de Carles Puigdemont en el marc del cas del Tsunami Democràtic.

En el present treball pretenc fer un anàlisi crític del reconeixement que ha tingut la figura tant per la jurisprudència com per la doctrina. S'exposaran els pressupòsits per a l'aplicació de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder tal com la va plantejar inicialment Claus Roxin, i s'estudiaran les tres principals alternatives a aquesta figura proposades per la doctrina i adoptades pels tribunals, a nivell estatal com a nivell internacional, amb especial atenció a la dogmàtica germànica, que, per motius evidents, és la que més ha desenvolupat la figura.

Finalment, exposaré dos pronunciaments de tribunals estrangers (el cas dels tiradors del Mur de Berlín i el cas Fujimori) en què l'aplicació de la teoria roxiniana ha tingut transcendència, i faré una breu menció a la interlocutòria emesa fa poques setmanes pel Tribunal Suprem i els

motius que podrien explicar que el TS hagi decidit recórrer a aquesta doctrina per primera vegada en la seva història.

Aquesta teoria, és evident, només resulta aplicable a supòsits molt concrets, que sovint estan relacionats amb la criminalitat organitzada a gran escala o amb règims antidemocràtics. En qualsevol cas, el fet que a les possibilitats d'ús de la figura siguin reduïdes no és necessàriament negatiu; de fet, s'explica gràcies a una bona definició dels seus requisits d'aplicabilitat. Amb tot, una delimitació rigorosa dels extrems de la figura és necessària per evitar que els tribunals la facin servir per resoldre casos senzills o, al contrari, casos excessivament complicats. Si bé és cert que hi ha supòsits en què (per la magnitud de l'estructura delictiva o per la manca de contacte entre la cúpula dirigent i els executors materials) l'autoria mediata en aparells organitzats de poder pot pal·liar una insuficiència probatòria, per aquest mateix motiu, hi ha casos en què, davant la manca de proves, els tribunals poden utilitzar la figura de manera oportunista i inapropiada.

## 2. BREU EXPOSICIÓ DE LA TEORIA ORIGINAL PROPOSADA PER CLAUS ROXIN

### 2.1. Concepte

Abans d'entrar en matèria és precís determinar què entenem per *autoria mediata*. És autor mediat aquell que realitza el fet utilitzant a un altre com a instrument<sup>1</sup>. Allò decisiu és la relació entre l'autor mediat i la persona de què es serveix. En aquesta figura els papers tradicionals s'inverteixen: normalment, l'autor és el realitzador material del fet, i l'home de darrere és un mer partícip (un inductor), però en l'autoria mediata el domini del fet, que permet imputar-lo a l'autor com a propi, no correspondrà a l'autor immediat de l'acció, sinó a l'home de darrere<sup>2</sup>. Tradicionalment, la doctrina ha explicat aquesta inversió amb la falta de concurrència dels elements objectius del tipus, a través de dues possibilitats: la coacció i l'engany. Tot i que s'escapa de l'objecte d'aquest treball, també es pot explicar el domini del fet per part de l'autor mediat per la no concurrència de la part subjectiva del tipus, tant per manca de dol en l'autor immediat com perquè aquest no reuneix els pressupòsits necessaris per a ser autor del delictes.

El mes de febrer de 1963, a una conferència celebrada a Hamburg que tenia per títol *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate* ("Els delictes en el marc d'aparells organitzats de poder"), Claus ROXIN va proposar una nova forma d'autoria mediata que complementa a les que s'han esmentat *supra*. La nova idea consistia, precisament, en la possibilitat de l'autor mediat de *renunciar* a l'engany o a la coacció per assegurar la perpetració del delictes, perquè aquesta es produeix en el context d'un aparell de poder<sup>3</sup>. ROXIN va desenvolupar aquesta teoria tenint en ment, no cal dir-ho, els crims del règim nacionalsocialista.

La teoria de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder es planteja, doncs, per a donar resposta a la necessitat de resoldre els problemes que plantejava la responsabilitat d'alts directius en el marc d'organitzacions criminals, tant aquelles que operen al marge de l'Estat

---

<sup>1</sup> Mir Puig, *Derecho penal Parte General*, desena edició, Reppertor, Barcelona, 2016, p. 288.

<sup>2</sup> Mir Puig, *Derecho penal Parte General*, p. 289.

<sup>3</sup> Roxin, "La autoría mediata por dominio de la organización", Conferència dels dies 6 i 7 de novembre de 2002 a la Universitat Lusíada de Lisboa, recollida a *Problemas actuales de la dogmática penal*, trad. al castellà per Manual Abanto Vásquez, ARA, Lima, 2004, p. 223.

com aquelles que s'hi emmarquen. El seu objectiu no és un altre que el d'evitar la impunitat dels alts dirigents que, per mitjà d'un aparell organitzat de poder, ordenen la comissió de delictes, però als qui, amb les figures tradicionals d'atribució de la responsabilitat, no es podrien imputar aquests crims comesos sota el seu comandament.

La peculiaritat d'aquesta teoria plantejada per ROXIN és que ni la coacció ni l'engany són els mètodes utilitzats per l'home de darrere per a perpetrar els delictes, sinó que és la fungibilitat dels autors immediats aquella que dona a l'autor mediat el domini del fet (BOLEA BARDÓN)<sup>4</sup>. Segons la concepció de ROXIN, és autor mediat tot aquell que està col·locat al comandament d'un aparell de poder -en qualsevol nivell de jerarquia- i que a través de les seves ordres pot donar lloc a la comissió de delictes per a la qual és indiferent la individualitat de l'executor<sup>5</sup>.

## **2.2. Requisits de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder**

### **2.2.1. Posició de comandament**

L'autoria mediata es construeix, sempre, de manera vertical, mentre que la coautoria té com a característica general l'horitzontalitat<sup>6</sup>. Partint d'aquest punt, en una estructura organitzada de poder només pot ser autor mediat aquell que té alguna autoritat per a donar ordres sobre la realització del tipus. És important subratllar que el poder de comandament pot no ser absolut, i ser extensiu només pel que fa a aquells que estiguin jeràrquicament subordinats a l'autor mediat, que, al seu temps, pot estar seguint ordres d'un superior<sup>7</sup> (s'ha mostrat crític amb això JAKOBS<sup>8</sup>). Així, tal com assenyala BOLEA BARDÓN, l'element clau d'aquesta subordinació no és en quin grau es dona (qüestió fàctico-psicològica) sinó el seu tipus (que estigui vinculada a una determinada estructura)<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, València, 2000, p. 347.

<sup>5</sup> Roxin, "La autoría mediata por dominio de la organización", p. 223 i seg.

<sup>6</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006, p. 156

<sup>7</sup> Roxin, "La autoría mediata por dominio de la organización" p. 251.

<sup>8</sup> Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, segona edició trad. al castellà per Joaquín Cuello Contreras i J.L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 784. L'autor considera que l'autoria mediata aplicada a aquests casos resulta "supèrflua", perquè permetria imputar un mateix fet a totes les baules de la cadena de comandament, cosa que, al seu parer, requereix d'una individualització de cada ordre d'un superior adreçada a un subjecte subordinat.

<sup>9</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 396.



A partir del cas Eichmann<sup>10</sup>, AMBOS esgrimeix que el domini de l'organització només està exempt de dubtes en relació amb els individus que poden exercir el seu poder “sense interferències”, és a dir, aquells que ostenten un rang dins l'estructura que els permeti donar ordres sense que aquestes puguin ser suspeses per un superior. L'autor argumenta, així, que els alts càrrecs que es troben a una posició de poder intermèdia dins l'organització (i que tenen un domini *parcial*, només respecte dels seus subordinats) haurien de ser considerats -seguint les figures clàssiques d'autoria i participació- coautors. No obstant, en un cas de macro-criminalitat organitzada com els crims del nacionalsocialisme alemany, aquestes figures són insuficients. És per això que, a l'hora d'atribuir responsabilitat penal als individus que operen dins un aparell organitzat de poder, el sistema d'imputació es colectivitza.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ no accepta completament la teoria de la graduabilitat del domini del fet d'AMBOS en funció del “poder de decisió i els recursos personals” i proposa alternativament la tesi de BOTTKÉ<sup>11</sup>, en virtut de la qual aquesta major o menor intensitat del domini del fet depèn d'un “domini de configuració superior rellevant” de l'home de darrere. Per a KÜPPER/WILMS la valoració de la participació dels subjectes amb rangs intermedis és independent a la dels dirigents. Aquests autors distingeixen entre una participació “cap a dalt” (*nach oben*) i una “cap a baix” (*nach unten*). La primera és qualificada com una complicitat, i inclou el mer fet de donar suport a qui dona les ordres, però sense comptar -el còmplice- amb cap poder de direcció. La segona forma de participació, en canvi, es considera una inducció, perquè qui dona l'ordre es limita a reforçar una predisposició al fet encara no consolidada<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Ambos, *El caso Eichmann*, ADPCP, 2015, p. 88-89: “Otto Adolf Eichmann era un membre de les *Schutzstaffel* («SS»), del *Sicherheitsdienst* («SD») i de la Gestapo, totes elles agrupacions que van ser declarades criminals pel Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Com molts criminals de guerra nazi, Eichmann va aconseguir escapar de l'enjudiciament immediat de postguerra. Després d'uns anys amagat a Alemanya, Eichmann va fugir a Buenos Aires, on els serveis secrets israelians, Mossad, el van detenir el 1960. El judici davant el Tribunal Districte de Jerusalem va començar dia 11 d'abril de 1961. El Tribunal del Districte no va adoptar model dualista de participació («Differenzierungsmodell»), sinó que va optar pel sistema unitari d'autoria («Einheitstätermoell»), que considera qualsevol contribució causal al resultat delictual com una «autoria» o «comissió». El problema de la correcta i més precisa forma de responsabilitat és particularment rellevant en el nostre context des que l'acadèmic alemany Claus Roxin va desenvolupar la teoria del control sobre el (o domini del) fet («Tatherrschaft») per mitjà d'una estructura organitzada de poder («Organisationsherrschaft») al voltant del mateix moment en què el judici contra Eichmann va tenir lloc (als anys 60), prenent els fets del cas com un exemple. Tot i això, el Tribunal de Jerusalem no va utilitzar aquesta teoria. De fet, no podria conèixer la seva existència, perquè l'innovador treball de Roxin va ser publicat poc temps després del judici (el 1963). Així doncs, la responsabilitat d'Eichmann va ser determinada en relació amb la seva participació a la «Solució Final», és a dir, qualsevol tipus de participació, sense importar la seva forma concreta (tant una forma d'autoria com una forma de participació secundària), va ser considerada suficient.”

<sup>11</sup> Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, p. 242, citat per Fernández Ibáñez a *Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 169.

<sup>12</sup> Küpper/Wilms, “Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 3, març 1992, p. 91-96.

### 2.2.2. Fungibilitat de l'executor

Aquest requisit i el plantejament que en fa ROXIN constitueixen les bases d'aquesta teoria i la diferencien de l'autoria mediata mitjançant engany o coacció. ROXIN defineix la fungibilitat com “la substituïbilitat d'aquells que, en l'actuar delictiu dels aparells organitzats de poder emprenen el darrer acte parcial que completa el tipus”. D'aquesta manera, la indisposició de qualsevol d'aquests individus a dur a terme l'acció, no impedeix la realització del tipus.

La fungibilitat es basa en la pròpia configuració que tenen els nivells intermitjos i els executors que integren l'estructura criminal<sup>13</sup>. Així, segons FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, “la disposició de l'aparell converteix l'executor en un instrument arbitràriament intercanviable (...). És fungible des del moment en què l'home de darrere pot comptar amb la seva substituïbilitat”. El mateix ROXIN defineix l'executor com “un engranatge substituïble en la màquina del poder”. Així, la intercanviabilitat de l'autor immediat dona a l'autor mediat la certesa que la seva ordre es concretarà en el resultat delictiu, perquè l'acció delictiva es durà a terme amb independència de qui en sigui l'executor.

Aquest criteri ha estat acceptat per la immensa majoria de la doctrina com a condició essencial de l'autoria mediata en estructures organitzades de poder, però també ha estat objecte de crítiques i d'algunes reserves. En la doctrina alemanya, HEINE planteja que el domini superior de l'autor mediat és excessivament abstracte, i planteja la seva responsabilitat en termes d'“organització original o injust del sistema”<sup>14</sup>. Així mateix, en la doctrina espanyola, autors com CEREZO MIR o FERRÉ OLIVÉ han adoptat postures contràries a aquesta figura. En opinió d'HERNÁNDEZ PLASENCIA<sup>15</sup>, avalada posteriorment per BOLEA BARDÓN<sup>16</sup>, la negativa de l'executor de dur a terme l'ordre conduiria inevitablement a la qualificació d'aquesta ordre com a inducció i a la negació del domini d'aquells que donen l'ordre sobre els qui es neguen a executar-la.

La principal reserva de la doctrina respecte d'aquesta exigència, però, es refereix al fet que, per poder tenir una certesa absoluta que el delictes ordenat pel superior jeràrquic es durà a

---

<sup>13</sup> Jiménez Martínez, *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 129.

<sup>14</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 127.

<sup>15</sup> Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, p. 257 i seg.

<sup>16</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 370.

terme, aquest ha de comptar amb un ampli nombre de subordinats fungibles. Tot i que aquesta crítica ha estat rebatuda per un gran nombre d'autors, és interessant destacar la proposta de ROTSCH, que argumenta que si després d'una valoració pràctica dels fets es conclou que, en un supòsit concret, només va ser necessària per a la comissió del delicte la intervenció d'un nombre reduït de subjectes, l'exigència d'una pluralitat d'instruments fungibles esdevé massa abstracta i massa àmplia<sup>17</sup>, de manera que no es podria considerar una *conditio sine qua non* per estimar una autoria mediata en aparells de poder.

### 2.2.3. Desvinculació del dret

ROXIN planteja, des d'un principi, aquest criteri com a fonamental, però també li doona un sentit pràctic. Argumenta que un cas idèntic, en funció de si s'emmarca en una organització desvinculada de l'ordenament jurídic o no, pot derivar en dues solucions diferents: en el primer cas, el superior jeràrquic que dona l'ordre de cometre un delicte al seu subordinat seria considerat autor mediat, mentre que en el segon seria un mer inductor.

Cal, però, i no és una qüestió senzilla, determinar quin ordenament jurídic es pren com a referència per determinar si una acció determinada està o no desvinculada del Dret<sup>18</sup>. Aquesta qüestió esdevé especialment rellevant en els casos en què, en el marc d'una estructura de poder, les ordres que els superiors donen als seus subordinats són considerades delictives en la comunitat internacional però no en l'Estat en què es produeixen. L'exemple paradigmàtic d'aquesta situació és la derogació o la creació de noves lleis en el marc d'Estats totalitaris per avalar els crims que s'hi cometen i que no respecten els principis fonamentals que haurien de regir a un Estat de Dret<sup>19</sup>. ROXIN apel·la, així, a un Dret suprapositiu que transcendeix les lleis estatals internes i que possibilitaria l'enjudiciament posterior de conductes no considerades delictives -per un determinat Estat- en el moment de la seva comissió.

En aquest sentit, és interessant destacar un canvi significatiu en la filosofia de RADBRUCH, inicialment positivista i, després de la Segona Guerra Mundial, progressivament iusnaturalista<sup>20</sup>, i la tensió que planteja entre seguretat jurídica i justícia. Aquest autor va proposar una fórmula per explicar els efectes de la manca de reconeixement dels drets

---

<sup>17</sup> Segons exposa la postura d'aquest autor Fernández Ibáñez a *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 125.

<sup>18</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 182.

<sup>19</sup> Jiménez Martínez, *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 170.

<sup>20</sup> García Manrique, "Radbruch y el valor de la seguridad jurídica", *Anuario de filosofía del derecho*, 2004, núm. 21, p. 261-286.

humans (inicialment deia “una part del contingut del dret natural”, i més tard el va concretar) en un sistema normatiu determinat (és a dir el seu no-reconeixement en el dret positiu)<sup>21</sup>. L'autor, a partir d'aquí, estableix una regla en virtut de la qual un dret que viola greument els drets humans no pot ser tractat com a dret i, per evitar una “injustícia extrema”, permet en aquests casos la renúncia a la seguretat jurídica en favor de la justícia.

#### **2.2.4. Disposició incondicionada de l'executor a la realització del fet**

Aquesta condició va ser formulada inicialment per SCHROEDER i defensada per ell mateix com a requisit central de l'autoria mediata en estructures de poder. Tot i això -encara que la doctrina no és unànime en aquest punt-, tant el propi SCHROEDER com ROTSCH consideren excessiu dir que la decisió de l'executor és sempre *incondicional*. Aquest darrer autor considera com a punt de partida que l'executor material del fet pren una decisió -i d'una voluntat- incondicionada, però la realització de la qual sí que està sotmesa a una condició “aliena a la voluntat del subjecte”.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, en canvi, considera -al meu parer, encertadament- que aquest autor parteix d'una afirmació falsa, en tant que “el reconeixement de l'alienitat de la condició a la voluntat condueix indefectiblement a l'afirmació d'una voluntat incondicionada”<sup>22</sup>. A més, les altres crítiques al plantejament de SCHROEDER que més s'han repetit fan referència a dues qüestions principals: en primer lloc, autors com AMBOS o ROTSCH<sup>23</sup> argumenten que aquesta teoria impossibilita la distinció entre autoria mediata i inducció, i aquesta darrera figura queda reduïda a una aplicació gairebé nul·la. L'altra crítica, que prové dels mateixos autors i ha estat recolzada per ROXIN, fa referència al fet que “la disposició incondicional de l'autor potencial no és necessària perquè no dona a l'instigador el domini del fet”<sup>24</sup>.

### **2.3. Supòsits d'aplicabilitat**

#### **2.3.1. Poder estatal: aparell visible i comportament funcional**

---

<sup>21</sup> García Manrique, “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, p. 282.

<sup>22</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 213.

<sup>23</sup> Citats per Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 216.

<sup>24</sup> Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), 1963, p. 193 i seg.

Com apunta AMBOS<sup>25</sup>, el prototip d'aquest grup de casos és el de l'Estat totalitari com a contraconcepte davant l'Estat liberal. Precisament perquè els crims es donen en el marc d'un Estat, però, aquests supòsits resulten especialment problemàtics, bàsicament perquè aquells que compleixen ordres ho fan en compliment d'uns mandats que són conformes amb les lleis estatals en vigor, al marge de la desaprovació que puguin generar a la comunitat internacional. Així, sorgeix la següent pregunta: Quin ordenament jurídic s'ha de prendre com a referència per determinar si una concreta actuació està o no desvinculada del Dret?<sup>26</sup>

Aquest problema va sorgir, per exemple, respecte de la Legislació de Fronteres de la RDA, que, uns anys després de la seva aprovació al 1966, havia ratificat el Pacte internacional de Drets Civils i Polítics que garantia la lliure sortida del territori nacional<sup>27</sup>. Malgrat tot, MUÑOZ CONDE, entre d'altres, considera que “això no vol dir que aquests sistemes polítics puguin ser considerats en un tot com organitzacions criminals al marge del Dret, sinó simplement que aquelles directrius i ordres, en la mesura en què siguin contràries als pactes subscrits, són antijurídiques”. AMBOS i ROXIN, per contra, qualifiquen tant el règim nazi com l'antiga RDA com a poders estatals desvinculats del Dret *en el seu conjunt*<sup>28</sup>, tot i que els subsumeixen a la categoria dels aparells de poder d'organització estatal. En qualsevol cas, resulta complicat jutjar les vulneracions de drets comeses en el marc d'un sistema autoritari -que no es pot considerar al marge del Dret- si no és des de la concepció d'un Estat democràtic<sup>29</sup>.

Un altre dels casos més representatius d'un aparell estatal *pervertit* en el seu conjunt és el de les Juntes Militars argentines<sup>30</sup>. La *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal con asiento en la Capital Federal de Buenos Aires* va condemnar a cinc dirigents de les tres primeres juntes del “Procés de Reorganització Nacional” argentí pels

---

<sup>25</sup> Ambos, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder”, *Cuadernos de conferencias y artículos* (Universidad de Colombia) núm. 20, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, 1998, p. 33.

<sup>26</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 181.

<sup>27</sup> Muñoz Conde, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?”, *Revista Penal*. n. 6, juliol 2000, p. 104-114.

<sup>28</sup> Ambos, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder”, p. 50.

<sup>29</sup> Muñoz Conde, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?”, p. 107.

<sup>30</sup> Sentència de la Càmera del 9 de desembre de 1985. Fallos de la Corte Suprema, volum 29, I-II, p. 36-1657. El text està disponible a <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13/>.

crims comesos durant la dictadura cívico militar que havia començat nou anys enrere<sup>31</sup> en una sentència clau per al restabliment de la democràcia<sup>32</sup>.

ROXIN reconduïx aquests casos a la inducció, perquè considera que en un ordenament jurídic independent les lleis internes exclouen el compliment d'ordres antijurídiques i, per tant, el domini de la voluntat de l'home del darrere<sup>33</sup>.

### 2.3.2. Moviments clandestins, grups criminals (“estat dins d’un estat”)

Aquest grup de casos fa referència a la criminalitat organitzada; a aparells de poder que funcionin amb una estructura de comandament mínimament rígida i estricta. És per això que resulta difícil subsumir les empreses -malgrat que es cometin delictes en el seu marc- dins aquesta definició. Segons AMBOS<sup>34</sup>, fins i tot quan parlem d’una empresa amb una activitat majoritàriament delictiva, no es complirien alguns dels requisits bàsics formulats per ROXIN en el desenvolupament de la teoria. Així, per exemple, no sembla plausible parlar d’una fungibilitat dels executors, així com tampoc es podria apreciar una disposició incondicionada d’aquests a la realització dels fets. El primer apunt també serveix, doncs, per rebutjar aquesta teoria en el marc de grups criminals d’escala reduïda.

Pel que fa a les organitzacions criminals, a més dels requisits comuns establerts per ROXIN per a l’aplicació d’aquesta teoria, l’autor exigeix com a pressupòsit que “els seus membres actuïn com a òrgans de la cúpula dirigent, l’autoritat de la qual reconeixen”<sup>35</sup>, i també que l’estructura existeixi de manera independent als seus membres (cosa que està estretament relacionada amb la fungibilitat d’aquests). Així, no és possible predicar l’existència d’un domini de l’organització en tots els casos de criminalitat organitzada, sinó que s’ha de fer un anàlisi casuístic de les característiques que aquests presenten. No obstant, un sector de la doctrina ha rebutjat l’ampliació de la teoria a la criminalitat no estatal<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> Malarino, “El caso argentino”, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, segona edició, Temis, Bogotá, 2009, p. 114

<sup>32</sup> Sentència de la Càmera, *supra* nota. 30, considerant setè, apartat 5<sup>o</sup> “... mientras este sistema se ponía en práctica, la sociedad seguía sometida al orden jurídico, la Constitución (con las limitaciones propias de un régimen de facto) estaba en vigor, al igual que el Código penal. La policía detenía a los delincuentes y los jueces dictaban sentencias. Este sistema normativo se excluía con el aplicado para combatir la guerrilla, pues uno suponía la negación del otro. La increíble subsistencia paralela de ambos durante un prolongado período sólo fue posible merced a la presencia de los procesados en la cumbre del poder”.

<sup>33</sup> Citat per Bolea a *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 349.

<sup>34</sup> Ambos, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder”, p. 44.

<sup>35</sup> Ambos, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder”, p.46.

<sup>36</sup> Murmann, “Tatherrschaft durch Weisungsmacht”, *GA*, 1996, p. 278 i seg.

### 3. PRINCIPALS SOLUCIONS ALTERNATIVES A LA DOCTRINA I A LA JURISPRUDÈNCIA

#### 3.1. Coautoria

##### 3.1.1 La doctrina: posicions a favor i en contra d'aquesta figura

###### 3.1.1.1. Doctrina alemanya

La coautoria és la principal alternativa que es planteja a l'autoria mediata en el marc d'aparells organitzats de poder. JAKOBS ha estat una de les veus que més s'ha pronunciat sobre la conveniència d'aplicar aquesta figura. En primer lloc, l'autor considera que l'aplicació de l'autoria mediata als crims del nacionalsocialisme alemany serveix per encobrir accions no sempre forçades i difuminar la vinculació organitzativa entre els intervinents<sup>37</sup>. Així mateix, l'autor defensa que l'automatisme i la fungibilitat dels executors que caracteritza, segons ROXIN, aquests supòsits, no es dona precisament perquè aquests són plenament responsables, i només es podria predicar d'una estructura en què els executors estiguin *jurídicament* subordinats als seus superiors, partint de la base de la igualtat, en termes jurídics, de tots dos, que es pot veure corrompuda per l'obligació d'obeir una ordre. A més, també en contra de la idea de fungibilitat, JAKOBS argumenta que la intercanviabilitat dels executors no es dona de manera simultània, sinó successiva, la qual cosa no és exclusiva d'aquests tipus de casos.

Les principals crítiques<sup>38</sup> a aquesta solució giren al voltant de la falta d'una resolució comuna de tots els intervinents i de la necessitat que, segons una part de la doctrina, els coautors han d'intervenir en fase d'execució. JAKOBS argumenta, en contra de la primera reserva, que, en base a una concepció normativa del domini del fet, l'acord conjunt sobre la realització del fet no és un requisit essencial de la coautoria.

Són nombrosos els autors alemanys que s'han sumat a la posició de JAKOBS i que hi han afegit matisos. Principalment, aquests autors (JESCHEK o OTTO, LESCH, MURMANN)<sup>39</sup> han defensat la coautoria en base a la "divisió del treball per a la persecució d'un objectiu

---

<sup>37</sup> Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 784.

<sup>38</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 358 i seg.

<sup>39</sup> Citats per Bolea Bardón a *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 360 i seg.

comú supraindividual” i l’adhesió a la resolució comuna per la mera pertinença a l’organització. Per contra, ROXIN argumenta que el fet de pertànyer a una organització no suposa l’acceptació de totes les decisions preses en el seu marc.

### 3.1.1.2. Doctrina espanyola

Malgrat que la gran majoria de la doctrina i la jurisprudència espanyoles defensa que només es pot considerar coautor a l’intervinent que participa en la fase executiva amb una contribució que es consideri *essencial* per a la comissió del delictes, el TS ha considerat que també encaixa dins aquesta figura l’intervinent que només actua a la fase preparatòria del delictes. Així, podem dir que la doctrina s’ha mostrat més exigent que els tribunals a l’hora de delimitar la coautoria, ja que, a més del requisit que s’ha esmentat abans, sovint també es requereix que el coautor tingui la possibilitat d’evitar el fet amb la seva no-contribució (cosa que evidentment no passa en el marc d’estructures de poder organitzades, perquè, sovint, l’home de darrere té molt poca o cap relació amb els executors materials del delictes).

Mentre que CEREZO MIR<sup>40</sup>, GÓMEZ BENÍTEZ<sup>41</sup> o GIL GIL s’han mostrat crítics amb l’amplitud del criteri del TS, MUÑOZ CONDE<sup>42</sup> s’ha pronunciat a favor de considerar coautor a un intervinent que actua només en fase preparatòria. L’acollida d’aquesta posició pel TS té com a conseqüència que, a l’hora de jutjar delictes en el marc d’organitzacions criminals, els tribunals espanyols atorguen la condició de coautor al dirigent que no participa en la fase d’execució, i, per tant, la teoria de ROXIN queda desplaçada en aquests supòsits<sup>43</sup>.

Així mateix, el TS ha entès que la coautoria no requereix ni tan sols un acord entre el dirigent i l’executor, com argumenten aquells que s’han mostrat a favor d’aplicar l’autoria mediata en casos en què no hi ha cap contacte o comunicació entre els dos subjectes. FERNÁNDEZ IBÁÑEZ<sup>44</sup> argumenta, d’una banda, que l’adopció d’aquestes propostes conduiria a un desdibuixament dels contorns de la coautoria, i, en contra del que ha defensat el TS, diu que en aquests supòsits no hi ha una “realització conjunta del fet”, com exigeix el Codi Penal

---

<sup>40</sup> Cerezo Mir, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*, a *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 176 i seg.

<sup>41</sup> Gómez Benítez, *Teoría jurídica del delito, Derecho penal. Parte general*. Madrid, Civitas, 1984, p. 120 i seg.

<sup>42</sup> Muñoz Conde, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? a *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

<sup>43</sup> Gil Gil, “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”, ADPCP, Vol. LXI, 2008, p. 54 i seg.

<sup>44</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 264.



espanyol. No obstant, aquells que recolzen l'opinió del TS han rebut sense dificultats aquesta crítica, amb l'argument que la mera direcció ja suposa aquesta realització conjunta que exigeix la llei.

BOLEA BARDÓN, que inicialment havia argumentat a favor de l'aplicació de l'autoria mediata als aparells organitzats de poder<sup>45</sup>, s'ha inclinat, més recentment, per la solució de la coautoria<sup>46</sup>. Així, l'autora s'ha mostrat crítica amb l'aplicació d'aquesta figura tant en estructures criminals com en organitzacions empresarials. Fonamenta el seu rebuig, en ambdós casos, en base als requisits principals de l'autoria mediata. Segons diu, la figura exigeix una instrumentalització -de l'executor immediat- a través d'una manca de coneixement o de llibertat, cosa que no es pot apreciar en aquests supòsits, perquè l'executor és plenament conscient dels seus actes i lliure de no dur-los a terme.

No obstant, en la meua opinió, genera dubtes sobre aquest darrer punt el fet que el delictes *sempre* s'acabi duent a terme, amb independència de qui el cometi de directament. Malgrat que soc conscient dels problemes que pot generar aquesta objecció (per la importància que hi té l'element subjectiu o volitiu), no deixa de semblar-me important el fet que, com va dir ROXIN, els aparells de poder funcionen com un engranatge amb peces intercanviables, de manera que l'executor que, en exercici de la seva llibertat, decideix no complir l'ordre delictiva, pren una decisió que, en realitat, només té efectes per a si mateix, però que manca de rellevància pràctica per la certesa que l'acte es durà a terme igualment.

L'alternativa que proposa BOLEA BARDÓN, que ha estat avalada, entre d'altres, per ROBLES PLANAS<sup>47</sup>, es basa en la resolució d'aquests casos mitjançant la figura de l'autor rere l'autor a través d'una coautoria vertical. La primera explica la consideració com a autor de l'home de darrere perquè l'executor material "no determina el fet en tots els seus elements essencials", tot i que és plenament responsable. Tots dos autors han considerat que el títol de partícip de l'home de darrere no arribaria a recollir tot el desvalor total de l'acció, i proposen aquesta coautoria vertical en què, com a particularitat, no opera el principi d'imputació recíproca, en el sentit que a l'executor material no se li podria imputar allò realitzat per l'home de darrere, mentre que sí que seria possible fer-ho en un sentit invers.

---

<sup>45</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 153 i seg.

<sup>46</sup> Bolea Bardón, *El autor tras el autor; (autoría y participación en aparatos organizados de poder*, p. 8.

<sup>47</sup> Robles Planas, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 269 i seg.

A més, en l'àmbit empresarial, aquests autors s'adhereixen a la proposta de SCHÜNEMANN i accepten la possibilitat d'una autoria no executiva fonamentada en una responsabilitat omissiva de l'home de darrere, que ha de ser considerat també garant. Ambdós autors admeten, no obstant, la possibilitat que la responsabilitat recaigui únicament en l'autor mediat, en base a la doctrina dels actes neutrals, de manera que l'executor podria no haver de respondre com a coautor<sup>48</sup>.

### 3.1.2. Adopció de la proposta pels tribunals

#### 3.1.2.1. Jurisprudència internacional

La Cort Penal Internacional ha aplicat la figura de la coautoria directa per domini funcional del fet en dos casos: el cas Lubanga<sup>49</sup> i el cas Banda i Jerbo<sup>50</sup>. Aquesta figura (*co-perpetration based on the joint control over the crime*) es basa en la divisió de tasques essencials per a cometre el delictes entre dues o més persones. Pel que fa als requisits per a la concurrència d'una coautoria, aquí és d'interès mencionar que la Sala de Qüestions Preliminars de la CPI exigeix una contribució essencial del coautor per a la realització de l'acció, de manera que té el domini del fet i el pot impedir mitjançant la seva no-contribució. A més, la Sala no ha considerat un requisit necessari que el coautor actuï en la fase executiva del delictes, de manera que deixa oberta la possibilitat de considerar coautor al dirigent que orquestra un pla delictiu en el qual després no intervé<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa* (dir. Silva Sánchez), p. 130 i seg.

<sup>49</sup> Lubanga Judgment Trial Chamber I Judgment pursuant to Article 74 of the Statute In The Case Of The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo 14 March 2012 para. 978.

<sup>50</sup> The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed JerboJamus, Pre-Trial Chamber I Decision on the confirmation of charges: 7 March 2011.

<sup>51</sup> Lubanga Judgment Trial Chamber I Judgment pursuant to Article 74 of the Statute In The Case Of The Prosecutor V. Thomas Lubanga Dyilo 14 March 2012 para. 1002: "The defence submits that co-perpetration requires "personal and direct participation in the crime itself", and that the responsibility of those who do not participate directly in the execution of a crime is reflected in Article 25(3)(b) rather than Article 25(3)(a) It contends that Article 25(3)(a) requires direct participation in the crime. However, the Chamber agrees with the conclusions, firstly, of the Pre-Trial Chamber that criminal liability in this context is "not limited to those who physically carry out the objective elements of the offence, but also include(s) those who, in spite of being removed from the scene of the crime, control or mastermind its commission because they decide whether and how the offence will be committed". Secondly, the Chamber agrees with the prosecution that "[i]t is not necessary that the accused physically perpetrated any of the elements of the crimes or that he was present at the crime scene". Those who commit a crime jointly include, inter alia, those who assist in formulating the relevant strategy or plan, become involved in directing or controlling other participants or determine the roles of those involved in the offence. This conclusion makes it unnecessary for the prosecution to establish a direct or physical link between the accused's contribution and the commission of the crimes. Hence, the Chamber is of the view that the accused does not need to be present at the scene of the crime, so long as he exercised, jointly with others, control over the crime".

Malgrat que la Cort posa de manifest, a la sentència, que Lubanga va reclutar joves menors de 15 anys i que els va sotmetre a una disciplina militar en campaments de les Forces Patriòtiques d'Alliberament del Congo, AMBOS<sup>52</sup> ha considerat que, en aquest cas, no hagués estat possible apreciar una autoria mediata en virtut d'un aparell organitzat de poder, perquè els elements estructurals que constituïen l'estructura eren febles o informals, de manera que la força de l'ordre i el control del seu compliment disminueixen.

### 3.1.2.2. Tribunal Suprem espanyol

El TS, fins ara, sempre s'havia mostrat reticent a la possibilitat d'aplicar la construcció proposada per ROXIN. Com a solució principal, en aquests casos, ha considerat al cap de l'organització criminal com a coautor, amb l'executor material. L'elecció d'aquesta figura, però, no sempre ha estat justificada de la mateixa manera: en algunes ocasions s'ha exigint l'actualització de la direcció en fase executiva; en altres s'ha acceptat el domini del fet per part del coautor que només actua en fase preparatòria, i, finalment, en una multitud de casos, el TS ha considerat coautors a mers inductors o cooperadors necessaris.

Resulta revelador, entre d'altres, el raonament del tribunal a la STS de 20 de juliol del 2001 (cas Lasa-Zabala)<sup>53</sup>. En aquest cas, el Governador civil de Biscaia és considerat coautor, en el marc del terrorisme d'Estat dels GAL, d'un delictes de detenció il·legal<sup>54</sup>.

Aquí, el TS segueix la proposta de SCHÜNEMANN en virtut de la qual en aquests casos, el superior jeràrquic té un doble paper: el de garant i el de partícip actiu. Tal com posa de manifest BOLEA BARDÓN<sup>55</sup>, aquest autor, deixeble de ROXIN, va més enllà que el seu mestre i defensa aquesta solució fins i tot en els supòsits en què l'ordre es dona en base a una condició d'especialitat de l'executor.

---

<sup>52</sup> Ambos, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", *InDret*, núm. 3/2011, juliol 2011, p. 16.

<sup>53</sup> STS 1179/2001, de 20 de juliol del 2001, ponent: Joaquín Giménez García.

<sup>54</sup> "Se está en un claro supuesto de coautoría en el que hay un reparto de papeles, y en este sentido cuando los diversos partícipes colaboran eficazmente en el fin común, todos son autores los hechos, y por lo que se refiere al recurrente, a la sazón Gobernador Civil de la Provincia, y como tal autoridad máxima del Ejecutivo Central, y jefe de todas las fuerzas de seguridad, es claro que sin su consentimiento, o por decirlo más claramente contra su consentimiento, no hubiera podido llevarse a cabo unos hechos como los enjuiciados, existiendo una evidente 'comunidad' de decisión con el resto de condenados por quien en función del cargo que tenía se encontraba en una clara posición de garante de los valores superiores del ordenamiento jurídico como la libertad y el propio respeto a la Ley, con independencia de que la ejecución fuese realizada por otras personas".

<sup>55</sup> Bolea Bardón, *El autor tras el autor (autoría y participación en aparatos organizados de poder)*, ponència presentada a la 2a sessió del I Congrés Internacional de la FICP sobre Reptes actuals de la teoria del delictes, Univ. de Barcelona, 29-30 maig 2015, p. 8.

GIL GIL, seguint l'opinió de FARALDO CABANA, atribueix aquesta tendència amplificadora a un seguiment erroni de la jurisprudència alemanya. L'ordenament alemany no preveu la figura del cooperador necessari i, per tant, sovint els tribunals han de recórrer a la coautoria per a castigar amb la mateixa pena que a l'autor a l'intervinent que ha contribuït al delictes de manera significativa.

Així, per exemple, al cas Segundo Marey (en què els Grups Antiterroristes d'Alliberament van segrestar, amb fons del Ministeri de l'Interior, un comercial sota la creença errònia que era un dirigent d'ETA)<sup>56</sup>, el TS va fonamentar la consideració del Ministre de l'Interior com a coautor sobre la base d'un co-domini del fet. El Ministre havia estat informat del segrest, però no havia participat en la ideació del pla ni havia tingut en cap moment contacte directe amb els executors materials del delictes. Com apunta GIL GIL, doncs, el TS aprecia un acord de voluntats sense necessitat d'un contacte entre tots els coautors, i equipara el consentiment d'una operació dissenyada per subordinats a una intervenció en el pla delictiu equiparable a la del propi autor.

Malgrat que la solució en si no és incorrecta -és evident que els superiors que toleren la comissió de delictes sota el seu comandament són mereixedors de càstig, i que resulta difícil fonamentarlo en una inducció o en una cooperació necessària-, des del meu punt de vista, el raonament del TS no és del tot encertat. Aquest cas, en què un superior no impedeix la comissió d'actes delictius dels seus subordinats -quan està en posició de fer-ho- es correspon amb la forma clàssica de la comissió per omissió. Aquesta qüestió es tractarà més endavant, però val la pena avançar que en la majoria de qüestions amb aquesta estructura resoltes pel TS aquesta proposta és la més adequada, mentre que l'aplicació de la coautoria suposa una distorsió injustificada dels seus límits com els entén la doctrina majoritària.

## **3.2. Inducció i cooperació necessària**

### **3.2.1. Doctrina**

#### **3.2.1.1. Doctrina alemanya**

---

<sup>56</sup> STS 8421/1998 de 29 de juliol de 1998, ponent: Joaquín Delgado García.

S'han mostrat a favor d'aquesta teoria autors com HERZBERG<sup>57</sup> o ROTSCH<sup>58</sup>. Aquest darrer, tot i que es mostra comprensiu amb el fet que, per raons politicocriminals, els tribunals alemanys defugen la possibilitat de castigar l'autor de darrere com a inductor, considera injustificat el fet que es castigui com a autor mediat un superior jeràrquic al qual es podria aplicar la figura de la inducció. Hi objecta que l'ús d'aquestes figures no es pot basar exclusivament en una necessitat criminalitzadora<sup>59</sup> perquè això conduiria a eliminar a funció limitadora del principi de culpabilitat pel fet.

ROXIN<sup>60</sup>, per contra, considera que Hitler, Himmler o Honecker no podrien, com proposa HERZBERG, ser castigats com a mers inductors dels delictes d'homicidi que van ordenar, principalment, perquè això no concordaria amb la importància de "les ordres i la seva posterior execució en el marc d'aparells de poder que operen al marge del Dret". Contra l'aplicació de la figura de la inducció en aquests supòsits, ROXIN argumenta també que "un instigador no es troba al centre de la decisió", sinó que es limita a fer sorgir la resolució de delinquir, però deixa el desenvolupament ulterior dels esdeveniments a l'executor.

En el cas de subjectes que tenen el domini de l'organització, el poder que aquests ostenten és superior al de l'inductor, i els executors materials veuen disminuïda la seva capacitat de modificar el curs dels esdeveniments. ROXIN s'adhereix, doncs, al raonament del Tribunal de Jerusalem en el marc del cas Eichmann<sup>61</sup> en virtut del qual la mesura de la responsabilitat *augmenta* com més allunyat estigui el superior d'aquell que duu a terme el fet. L'autor posa de manifest, encertadament, que l'inductor necessita primer buscar l'autor material del delicte, mentre que l'autor d'escriptori té un domini del curs dels esdeveniments que li permet donar una ordre delictiva amb la certesa que algú la complirà. A més, l'inductor necessita superar uns *obstacles* (bàsicament, perquè pot ser necessària una especial persuasió per a superar una resistència inicial), pel que fa a la resolució criminal de l'executor, que no existeixen en els aparells de poder.

---

<sup>57</sup> Cit. per Roxin a *Dirección de la organización como autoría mediata*, conferència dictada a la Facultat de Dret de la Universitat Andrés Bello de Chile, en el marc del cicle de conferències organitzat amb motiu de l'atorgament del títol de doctor honoris causa en aquesta universitat (2009). Traducció de Dr. Manuel A. Abanto Vásquez.

<sup>58</sup> Rotsch, "Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núm. 112, 2000, p. 518-562.

<sup>59</sup> Tenint en compte que la secció 26a del StGB preveu la mateixa pena a autor i inductor, entenc que l'autor no fa una referència a una pena major a nivell quantitatiu, sinó més aviat al fet que amb l'atribució de l'autoria se superarien barreres que poden dificultar la sanció per inducció, com ara el principi d'accessorietat.

<sup>60</sup> Roxin, *Dirección de la organización como autoría mediata*, p. 56.

<sup>61</sup> Sentència contra Adolf Eichmann, Strafakt [interlocutòria penal] 40/61, traducció no oficial, núm. 197.

Val a dir, però, que ROXIN es mostra més proper a l'admissió d'una inducció que d'una coautoria en aquests casos<sup>62</sup>, principalment per la seva estructura vertical.

### 3.2.1.2. Doctrina espanyola

Pel que fa a la doctrina espanyola, els autors que s'han pronunciat més clarament a favor de la tesi de la inducció són GIMBERNAT ORDEIG i HERNÁNDEZ PLASENCIA. Aquest darrer autor, però, només considera adequada la figura de la inducció per a la darrera persona de la cadena que dona l'ordre d'executar, i, per a la resta de subjectes en posicions intermèdies considera més adient recórrer a la complicitat o a la cooperació necessària<sup>63</sup>. Tant aquest autor com RODRÍGUEZ MOURULLO o FERNÁNDEZ IBÁÑEZ<sup>64</sup> incideixen, a més, en la necessitat que l'ordre sigui allò que crea la resolució delictiva en l'executor. Si no fos així -és a dir, si l'autor material fos un *omnimodo facturus*- la possibilitat de la inducció quedaria exclosa. Com també posa de manifest BOLEA BARDÓN<sup>65</sup>, el fet que els executors materials es mostrin disposats a complir ordres no significa que estiguessin decidits prèviament a cometre el delict<sup>66</sup>.

GIL GIL, d'altra banda, fonamenta la consideració del dirigent com a inductor sobre la base que la cadena de comandament "es configura com un mecanisme semiautomàtic en la transmissió de l'ordre"<sup>67</sup>. Aquesta autora, també, argumenta que la jerarquia simplement assegura el compliment de l'ordre, i la conducta del primer subjecte de la cadena pot ser considerada una inducció -que es du a terme mitjançant un mecanisme complex-, i no una participació en una participació. Així mateix, segons aquesta autora, els comandaments intermedis haurien de ser castigats com a coinductors.

Contra aquesta solució s'ha argumentat que el contacte entre inductor i executor ha de ser directe, cosa que no es dona en aquests casos, en què l'ordre es transmet mitjançant una llarga cadena de comandament<sup>68</sup>. Segons aquesta crítica, doncs, estem davant una inducció en

---

<sup>62</sup> Roxin, *Problemas actuales de la dogmática penal*, p. 236.

<sup>63</sup> Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho penal*, p. 271 i seg.

<sup>64</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 233.

<sup>65</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 366.

<sup>66</sup> Hernández Plasencia, *La autoría mediata en Derecho penal*, p. 271: "La orden vinculante se convierte en el factor desencadenante de la resolución, a pesar de que el ejecutor estuviera en cierta manera predispuesto a la comisión del delito".

<sup>67</sup> Gil Gil, "El caso español" *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, p. 114.

<sup>68</sup> Gil Gil, "El caso español" *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, p. 111.

cadena (que, recordem, és atípica a l'ordenament espanyol, tot i que *infra* s'abordarà la qüestió amb més profunditat). GIMBERNAT<sup>69</sup>, que defensa la inducció com a solució idònia per aquest grup de casos, nega que aquests siguin supòsits d'inducció en cadena i posa com a exemple l'executor directe que delinqueix durant el règim nacionalsocialista a Alemanya. Segons diu, aquest no actua perquè el seu superior l'hi hagi ordenat (també complint ordres d'un altre superior), sinó perquè un acte concret “es correspon amb la voluntat de Hitler”.

Una altra de les crítiques que ha rebut aquesta proposta ha estat la manca de determinació anterior del fet delictiu (per exemple perquè, com va passar al cas dels tiradors del Mur de Berlín<sup>70</sup>, l'ordre de disparar es dona sota la condició de fer-ho *només contra aquells que intenten* travessar clandestinament, de manera que és impossible saber *ex ante* si l'ordre es concretarà en un resultat o no). GIL GIL<sup>71</sup>, entre d'altres, ha rebutjat aquesta posició amb l'argument -encertat, al meu parer- que el fet de condicionar l'ordre delictiva a un supòsit hipotètic -sempre que aquest sigui clar i identificable-, no exclou la possibilitat d'apreciar una inducció. De fet, el TS ho ha arribat a fer en casos en què l'inductor, al moment de donar l'ordre, només podia abastar amb dol eventual les seves conseqüències<sup>72</sup>.

En aquest grup de casos, només resultaria operatiu el concepte d'inducció si s'admet la figura de la inducció en cadena que, igualment, presenta problemes probatoris importants. Així, si s'accepta aquesta figura, resulta molt més complicat demostrar que, en un aparell de poder jerarquitzat, es va transmetre una determinada ordre dels rangs més alts als inferiors -i demostrar per tant també que aquesta crea en cada cas la resolució de cometre l'acció; ja sigui mitjançant una altra ordre o amb l'execució material de l'injust- que provar l'existència d'un subjecte al capdavant de l'organització que té el domini de tot allò que succeeix en el seu marc.

---

<sup>69</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universitat de Madrid, 1966, p. 162.

<sup>70</sup> Roxin, *Problemas actuales de la dogmática penal*, p. 227: “En aquesta sentència, els membres del “Consell Nacional de Defensa” de l'antiga República Democràtica Alemanya van ser condemnats com a autors mediats per l'homicidi en el Mur de Berlín dels “fugitius de la República”. Aquests membres, mitjançant disposicions generals, havien ordenat als soldats fronterers ubicats al mur disparar i col·locar mines amb càrregues explosives mortals i, segons la sentència, dominaven el fet a través de l'aparell de poder dirigit per ells, encara que els executors immediats a la frontera també fossin responsables com a autors.”. *Infra* es parlarà amb més detall sobre la sentència.

<sup>71</sup> Gil Gil, *La autoría mediata por aparatos organizados de poder en la jurisprudencia española*, p. 70.

<sup>72</sup> STS 212/2007 (Sala Penal, Secció 1a, de 22 de febrer de 2007).

El fet que aquesta teoria tingui problemes probatoris, però, no implica que s'hagi de descartar sempre en favor de la proposta roxiniana. De fet, com es comentarà en les properes pàgines, alguns tribunals d'altres estats -i, molt recentment, el Tribunal Suprem espanyol- han utilitzat la teoria de l'autoria mediata als aparells organitzats de poder a la seva conveniència per justificar algunes actuacions, sobretot, davant la manca de proves en un cas.

### 3.2.2. Jurisprudència

#### 3.2.2.1. Pla internacional

L'esmentada sentència de la Càmera Federal en el cas de les Juntes Militars argentines va ser important per diversos motius, entre ells, perquè fou la primera sentència en acollir la teoria de ROXIN sobre l'autoria mediata en aparells organitzats de poder. No obstant això, com ha posat de relleu SANCINETTI<sup>73</sup>, va considerar els ex-comandants com a "autors", però aquest fet no va tenir cap rellevància pràctica. Per contra, la Càmera Federal va tractar els ex-comandants com a *partícips* (cooperadors) *necessaris* i va fer dependre la seva punibilitat del fet de l'autor directe<sup>74</sup>. Segons aquest mateix autor, però, el simple fet de donar una ordre delictiva (per exemple, d'execució o tortura) ja constitueix el començament de l'execució del pla de l'autor mediat, perquè en els casos d'autoria no regeix el principi d'accessorietat. No obstant, sobre la base de la decisió pràctica del tribunal, els dirigents només van ser condemnats pels actes dels autors materials que s'havien concretat en un resultat, i no pels actes en grau de temptativa. Així, en aquest cas hagués estat adient condemnar els dirigents com a autors mediats -o com a coautors- dels crims comesos durant el règim, perquè el fet de donar una ordre suposava l'assumpció amb dol directe del seu resultat més immediat (com ara la certesa que hi haurà morts) i amb dol eventual, d'altres qüestions "secundàries" (com ara el nombre exacte de morts que es produiran).

La Cort Suprema argentina, en cassació, va rebutjar la teoria de ROXIN i es va decantar per una teoria objetivo-formal de l'autoria<sup>75</sup>. Així doncs, com apunta JIMÉNEZ MARTÍNEZ<sup>76</sup>, la Cort limita tàcitament els supòsits d'autoria mediata a aquells en què l'executor material actua en error o sota coacció, de manera que inadmet els supòsits d'autoria mediata en què

---

<sup>73</sup> Sancinetti, *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Lerner, Buenos Aires, 1988.

<sup>74</sup> Malarino, "El caso argentino", *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, p. 60.

<sup>75</sup> Destaquen, en aquest sentit, els vots particulars dels ministres Caballero i Belluscio: Sentència de la Cort Suprema, p. 1762 i seg.

<sup>76</sup> Jiménez Martínez, *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 196 i seg.



l'instrument té el domini de la seva pròpia voluntat -que és precisament allò que caracteritza la proposta de ROXIN-. En aquest sentit, FARALDO CABANA<sup>77</sup> ha posat de manifest que la Cort utilitza un argument circular: No admet que l'home de darrere realitzi el tipus perquè no admet l'autoria mediata i no admet l'autoria mediata perquè l'home de darrere no realitza el tipus.

### 3.2.2.2. Àmbit estatal

A les acaballes de l'any 1998 Augusto Pinochet va ser detingut a Londres i traslladat posteriorment a Espanya, on va ser processat i condemnat per l'Audiència Nacional. A la Interlocutòria de Processament de 10 de desembre de 1998<sup>78</sup>, l'AN el va considerar, inicialment, inductor, però va fonamentar la seva decisió en elements propis de l'autoria<sup>79</sup>. Així, es va considerar que, malgrat que Pinochet no havia intervingut de pròpia mà en els fets jutjats, havia influït de manera directa i sobre persones determinades en la creació de la resolució delictiva, i en controlava l'execució. Exposats els requisits de la inducció, però, el tribunal afegeix que Pinochet donava ordres als seus subordinats i controlava, de vegades *amb domini absolut del fet*, l'execució dels delictes. D'aquesta manera, el raonament del tribunal és més proper a la teoria de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder que a un plantejament clàssic de la figura de la inducció.

En qualsevol cas, la jurisprudència ha mantingut la solució de la inducció en aquests casos per la via d'admetre les induccions en cadena, una qüestió tradicionalment molt discutida per la doctrina. Mentre que alguns autors com FERNÁNDEZ IBÁÑEZ restringeixen l'abast de l'adverbi *directament* de l'article 28 del Codi Penal<sup>80</sup>, el TS no exigeix un contacte personal immediat entre inductor i executor<sup>81</sup>. Així, el TS ha acceptat expressament la inducció en cadena en nombrosos pronunciaments, com ara la STS 202/2007, de 22 de febrer.

---

<sup>77</sup> Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas : la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Tirant lo Blanch, València, 2010, p. 46.

<sup>78</sup> Interlocutòria del Jutjat Central d'Instrucció núm. 5 de l'AN (jutge Baltasar Garzón) 19/1997, de 10 de desembre de 1998.

<sup>79</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 346, nota 533.

<sup>80</sup> Codi Penal espanyol. Article 28.

*Són autors els qui realitzen el fet per si sols, conjuntament o per mitjà d'altri de qui se serveixen com a instrument.*

*També es consideren autors:*

a. *Els qui indueixen directament a altri a executar-lo.*

b. *Els qui cooperen en l'execució amb un acte sense el qual no s'hauria efectuat.*

<sup>81</sup> Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 330.

### 3.3. L'omissió del superior jeràrquic

La responsabilitat omissiva del superior jeràrquic guarda una estreta relació amb la teoria de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder, i ha estat utilitzada pel Tribunal Suprem espanyol en casos similars als que proposa ROXIN per a imputar l'autoria. El pressupòsit d'aquesta construcció és el de la posició de garantia del superior jeràrquic, que examinarem a continuació.

#### 3.3.1. Legislació i doctrina

##### 3.3.1.1. Internacional

L'article 28 de l'Estatut de la Cort Penal Internacional<sup>82</sup> recull la responsabilitat del superior per omissió, i incorpora una distinció innovadora respecte dels estatuts dels tribunals que s'havien creat *ad hoc* alguns anys enrere (així, els Tribunals penals internacionals per als crims de l'antiga Iugoslàvia, Ruanda, la Sala Extraordinària per a Cambodja o la Cort Especial per a Sierra Leona). Així, d'una banda es mencionen els caps militars que *actuen efectivament com a caps militars* i, d'altra banda, els altres superiors, anomenats *superiors*

---

<sup>82</sup> Article 28

*Responsabilitat dels caps i altres superiors*

*A més d'altres causes de responsabilitat penal de conformitat amb aquest Estatut per crims de la competència del Tribunal:*

*a) El cap militar o el que actui efectivament com a cap militar és penalment responsable pels crims de la competència del Tribunal que han estat comesos per forces sota el seu comandament i control efectiu, o la seva autoritat i control efectiu, segons escaigui, per raó de no haver exercit un control apropiat sobre aquestes forces, quan:*

- 1. Ha sabut o, per raó de les circumstàncies del moment, hagi hagut de saber que les forces estaven cometent aquests crims o es proposaven de cometre'ls; i*
- 2. No ha adoptat totes les mesures necessàries i raonables al seu abast per prevenir o reprimir que es cometessin o per posar l'assumpte en coneixement de les autoritats competents als efectes d'investigació i enjudiciament.*

*b) Respecte a les relacions entre superior i subordinat diferents de les assenyalades a l'apartat a), el superior és penalment responsable pels crims de la competència del Tribunal que han estat comesos per subordinats sota la seva autoritat i control efectiu, per raó de no haver exercit un control apropiat sobre aquests subordinats, quan:*

- 1. Ha tingut coneixement o deliberadament ha fet cas omís d'informació que indiqués clarament que els subordinats estaven cometent aquests crims o es proposaven cometre'ls;*
- 2. Els crims que tenen relació amb activitats sota la seva responsabilitat i control efectiu; i*
- 3. No ha adoptat totes les mesures necessàries i raonables al seu abast per prevenir o reprimir que es cometessin o per posar l'assumpte en coneixement de les autoritats competents als efectes de la investigació i enjudiciament.*

*civils*<sup>83</sup>. A més, l'article recull *expressament* -cosa que no s'havia fet fins aleshores- la responsabilitat per omissió dels superiors, i especifica que aquesta és extensiva tant als delictes comesos pels seus subordinats com aquells l'execució material dels quals encara no s'hagi esgotat<sup>84</sup>, mentre que els articles dels estatuts esmentats *supra* només feien referència a delictes que ja s'havien comès o que els subordinats es disposaven a cometre (i, per tant, quedaven exclosos els delictes llur execució ja havia començat però que encara no s'havien consumat o esgotat).

Resulta complicat fer encaixar l'Estatut de Roma en les categories dogmàtiques pròpies del Dret penal continental<sup>85</sup>. D'altra banda, el mateix article 28 ho dificulta, perquè assigna una responsabilitat sense especificar la pena que hi correspon (si és igual o inferior a la dels autors), cosa que deixa obertes diverses interpretacions. AMBOS<sup>86</sup>, per exemple, ha caracteritzat l'article 28 de l'Estatut de Roma com un delicte d'omissió propi (en què el superior és sancionat per la no supervisió dels seus subordinats i per no prevenir la comissió dels seus delictes), però altres autors s'han pronunciat a favor de la solució de la complicitat o d'una vertadera comissió per omissió.

AMBOS ha considerat que el principi de legalitat opera aquí com a barrera pel que fa a una possible interpretació extensiva del tipus, i impedeix la responsabilitat penal per omissió impròpia (la comissió per omissió). Aquesta es trobava inclosa en una de les propostes per a l'elaboració de l'Estatut, que va ser rebutjada per la impossibilitat d'establir, sobre la base de l'article 28, una equivalència entre la no evitació d'un dany i la seva causació efectiva. Aquests delictes, aleshores, són imputats directament als subordinats. En canvi, els superiors no són responsables d'aquests mateixos delictes en comissió per omissió, sinó que són responsables d'un delicte diferenciat, propi i especial. A més, com ja s'ha dit, aquests crims no són ni tan sols un element objectiu del tipus, ni tampoc una condició objectiva de la punibilitat del superior. No obstant, com s'infereix d'una interpretació literal del tipus, el *mens rea* del superior no només abasta la manca de supervisió, sinó que també engloba els delictes comesos pels seus subordinats.

---

<sup>83</sup> Karsten, "Distinguishing Military and Non-military superiors. Reflections on the Bemba case in the ICC", *JICJ*, núm. 7, 2009.

<sup>84</sup> Jiménez Martínez, *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 371 i seg.

<sup>85</sup> Mañalich, "La responsabilidad del superior bajo la ley 20.357", *Revista de Ciencias Sociales*, Número 76 (2020), Universidad de Valparaíso, p. 51 i seg.

<sup>86</sup> Ambos, "La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional", *ADPCP*, vol. LII, 1999, p. 564 i seg.

A partir d'aquí, alguns autors -entre ells, HOWARD<sup>87</sup>- han posat de manifest una contradicció entre la *negligència* del superior per la seva manca de supervisió i la comissió *dolosa* de delictes per part dels seus subordinats. Un sector de la doctrina, doncs, considera que els superiors han de respondre com a còmplices per omissió del delicte comès pel subordinat -que, evidentment, seria autor-. La Cort, però, no ha fet encara cap pronunciament on exposi clarament una distinció entre la responsabilitat penal dels còmplices i la responsabilitat per l'omissió de supervisar. Aquesta complicitat només seria possible, com exposa AMBOS<sup>88</sup>, si el *mens rea* del superior també s'estengués a la seva pròpia contribució en el delicte principal; a la qual cosa s'afegiria la responsabilitat pel no impediment d'aquest mateix.

No obstant això, i en la meua opinió, la Cort Penal ha acomodat la seva jurisprudència a un Estatut que, almenys en aquest àmbit, té mancances que no s'han cobert pel simple fet que l'actuació de la Cort té un abast relativament limitat i que les penes no es contemplen de manera singular per a cada tipus. Al meu parer, seria pertinent ajustar ara la lletra de l'Estatut als resultats que es persegueixen a la pràctica pel que fa als delictes d'omissió dels superiors jeràrquics, tant militars com civils, i crear un tipus -o modificar-lo- de manera que l'omissió pròpia de l'article 28 passés a ser considerada una omissió impròpia basada en la posició de garant de l'aparell de poder del superior. És cert que, en alguns casos, aquesta podria ser difícil de demostrar, però és teòricament plausible: es podria fonamentar que el superior jeràrquic és el creador (cosa que no sempre ocorre, per tant, s'hauria d'analitzar la qüestió de manera casuística) d'una font de perill que posa en risc uns determinats béns jurídics l'afectació dels quals té l'obligació d'evitar.

En qualsevol cas, el que és evident és que les organitzacions criminals -estiguin emmarcades en una estructura estatal o no- són una font de perill per a béns jurídicament protegits, i que la seva creació és prèvia a la concreció del resultat. En aquests casos, doncs, resulta interessant el debat doctrinal sobre si la posició de garant ha de derivar necessàriament d'una acció antijurídica -com ara la creació de la font de perill, és a dir, de l'organització criminal- o si és

---

<sup>87</sup> Cit. per Ambos a, "La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional", p. 567: «The punishable act in the case of the subordinate is the unlawful death of the person whereas in the case of the commander (...) the negligent omission (...) to restrain the act of the subordinate...».

<sup>88</sup> Ambos, "La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional", p. 566.

suficient amb l'assumpció de la direcció de l'aparell. JAKOBS<sup>89</sup>, entre d'altres, considera que la primera opció restringeix massa el deure d'evitar el resultat, perquè el subjecte fa ús, diu, d'una llibertat de comportament que sobrepassa la llibertat general<sup>90</sup>.

### 3.3.1.2. Estatal

Un sector ampli de la doctrina espanyola ha considerat que l'article 28 de l'ER comprèn tant l'omissió pròpia com la impròpia. Així, per exemple, DOPICO<sup>91</sup>, dividiria l'article 28 en dues parts: la primera faria referència a l'omissió d'un deure d'assegurament-gestió de perills (i donaria lloc a la comissió per omissió) i la segona faria referència a l'omissió d'un deure de salvament-revocació de perills (i donaria lloc a l'omissió pura)<sup>92</sup>.

Al CP espanyol l'article 615 bis preveu la responsabilitat del superior jeràrquic que *no adopti les mesures al seu abast per evitar la comissió, per les forces sotmeses al seu comandament o control efectiu, d'alguns dels delictes compresos als capítols II, II bis i III del Títol XXIV*, és a dir, aquells que atempten contra la comunitat internacional; i preveu per a ell la mateixa pena que correspondria a l'autor. Tanmateix, com remarca GIL GIL<sup>93</sup>, un sector de la doctrina considera que aquesta figura és una especificació de la responsabilitat en comissió per omissió que ja regula l'article 11 CP, on la posició de garant del cap militar es fonamenta en les obligacions regulades als Convenis de Ginebra i a les lleis militars<sup>94</sup>.

## 3.3.2. Jurisprudència

### 3.3.2.1. Internacional

El cas Yamashita va donar lloc a la primera decisió en Dret penal internacional basada en la doctrina de la responsabilitat del superior<sup>95</sup>. Aquest tenia el comandament de l'exèrcit militar japonès a Filipines, que, durant l'atac a Manila per part de les tropes nordamericanes, va

---

<sup>89</sup> Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, p. 767.

<sup>90</sup> Cuadrado Ruiz, "La posición de garante", *Revista de Derecho penal y criminología*, 2a época, núm. 6 (2000), p. 32.

<sup>91</sup> Dopico Gómez-Aller, *Omisión e injerencia en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, València, 2006, p. 872.

<sup>92</sup> Pastrana Sánchez, "La omisión en el artículo 28 (a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo", *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, número 6, juliol-desembre 2022, p. 58.

<sup>93</sup> Gil Gil, "El caso español", *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, p. 100.

<sup>94</sup> Són d'aquesta opinió, entre d'altres, Garrocho Salcedo a "Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el Código Penal español", *Revista de Derecho penal y criminología*, 3a época núm. 17 (gener de 2017), p. 47-92, o Feijóo Sánchez a "Art. 615 bis CP", *Memento Penal*, Lefebvre, Madrid, 2017.

<sup>95</sup> Trial of General Tomoyuki Yamashita; United States Military Commission, Manila, 4 de febrer de 1946.

torturar i assassinar a milers de ciutadans. En aquest període, Yamashita es trobava fora de la capital, a Baguio, i durant el procés el seu advocat va argumentar que l'acusat "no havia tingut notícies d'aquests crims perquè les comunicacions havien estat interrompudes". Així, la defensa de Yamashita va girar al voltant de la seva ignorància dels fets. La Comissió Militar dels EUA va dictar sentència al desembre de 1945, i va condemnar l'acusat a pena de mort<sup>96</sup>. La decisió va ser revisada en segona instància pel Tribunal Suprem, però, per qüestions procedimentals no va entrar a valorar el fons de l'assumpte.

En qualsevol cas, el tribunal no va especificar si havia considerat culpable a Yamashita perquè aquest *coneixia* els actes comesos pels seus subordinats o si la responsabilitat es basava en el fet que els *hauria d'haver conegut*. La segona possibilitat és propera a la doctrina de la ignorància deliberada (*willful blindness*), que ha resultat útil en supòsits en què el superior decideix conscientment no controlar els actes dels seus subordinats. Així, els crims comesos per aquests es poden atribuir al superior en virtut d'un coneixement (o desconeixement volgut) que no encaixa completament dins el dol eventual ni dins la imprudència conscient.

Aquesta figura ha estat aplicada per diversos tribunals internacionals, com ara el Tribunal Penal Militar Internacional per a l'Extrem Orient i Tokio<sup>97</sup> o el Tribunal Penal Internacional per a l'antiga Iugoslàvia. Aquest darrer, al cas Delalić et al<sup>98</sup>, va delimitar la possibilitat de recórrer a la figura de la ignorància deliberada per a l'atribució de responsabilitat mitjançant un estàndard de diligència, de manera que, si un superior "ha complert amb els seus deures però tot i així no coneix els crims comesos pels seus subordinats, aquesta no se li pot atribuir a títol de responsabilitat"<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> Ambos, "La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional", p. 533.

<sup>97</sup> International Military Tribunal for the Far East, Judgment of 4 November 1948.

<sup>98</sup> Trial Chamber, decisió de 16 de novembre de 1998, Delalić/Mucić//Delić/Landžo («Čelebići»), IT-96-21-T

<sup>99</sup> Delalić *et al.*, *supra* nota 98, paràgraf 393: "An interpretation of the terms of this provision in accordance with their ordinary meaning thus leads to the conclusion, confirmed by the *travaux préparatoires*, that a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates. This information need not be such that it by itself was sufficient to compel the conclusion of the existence of such crimes. It is sufficient that the superior was put on further inquiry by the information, or, in other words, that it indicated the need for additional investigation in order to ascertain whether offences were being committed or about to be committed by his subordinates. This standard, which must be considered to reflect the position of customary law at the time of the offences alleged in the Indictment, is accordingly controlling for the construction of the *mens rea* standard established in Article 7(3). The Trial Chamber thus makes no finding as to the present content of customary law on this point. It may be noted, however, that the provision on the responsibility of military commanders in the Rome Statute of the International Criminal Court provides that a commander may be held criminally responsible for failure to act in situations where he knew or should have known of offences committed, or about to be committed, by forces under his effective command and control, or effective authority and control."

Pel que fa a l'article 28 ER, malgrat que la CPI va basar la sentència del cas Yamashita en la responsabilitat del superior jeràrquic, la primera i única vegada que s'ha invocat directament ha estat en la jurisprudència emanada del cas Bemba: la Decisió de Confirmació de Càrrecs<sup>100</sup> i les dues sentències de 2016 i 2018. Jean-Pierre Bemba Gombo va ser el president del partit polític *Mouvement de Libération du Congo*, mentre aquest era la principal força de l'oposició. L'any 2016 la Sala de Primera Instància del CPI va considerar que els crims comesos pels soldats del MLC entre 2002 i 2003 van ser el resultat d'un control inapropiat per part de Bemba. Dos anys més tard, la Sala d'Apel·lacions va decretar l'absolució de Bemba (per un error en la interpretació de la prova) i va disminuir els crims considerats provats a una mort, vint violacions i cinc actes de pillatge. No obstant, en aquest cas, Bemba no va ser declarat culpable per una omisió en sentit estricta, sinó que les mesures que va prendre per prevenir els delictes van ser considerades *insuficients* per la Sala de Primera Instància -no així per la Sala d'Apel·lacions-<sup>101</sup>.

### 3.3.2.2. Estatal

Resulta especialment rellevant la STS de 30 de març de 2009<sup>102</sup>, en què es determina la responsabilitat d'un membre del Comitè Central dels GRAPO. Aquest subjecte va assumir la direcció d'una operació que consistia en el segrest d'un empresari i en la petició d'una quantitat econòmica a canvi del seu alliberament. L'acusat, abans dels fets, va assumir la responsabilitat màxima de l'acció, la funció de custòdia i vigilància de la víctima i el cobrament del rescat.

El tribunal qualifica l'organització criminal com a font de perill en si mateixa, de manera que no es pronuncia sobre la qüestió -àmpliament debatuda per la doctrina- de si la posició de garant ha de derivar-se sempre d'una acció antijurídica o no. En qualsevol cas, i encara que no hagués creat o originat la font de perill com a tal, l'acusat va assumir-ne el control i, per tant, el deure de supervisar-la per a evitar la concreció dels riscos emanats de l'organització. Així, el tribunal considera provat que si l'acusat hagués donat l'ordre d'alliberar a la víctima aquesta s'hagués portat a terme. Finalment, el TS aprecia que només es pot imputar a l'acusat

---

<sup>100</sup> Decision Pursuant to Article 61 (7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC 01/05-01/08-424, 15 June 2009.

<sup>101</sup> Pastrana Sánchez, "La omisión en el artículo 28 (a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo", p. 55.

<sup>102</sup> STS 257/2009 (Sala Penal, Secció 1a) de 30 de març (RJ 2009/3065).

el fet de no haver intentat que els seus subordinats alliberessin a la víctima, i ho equipara a una estructura de temptativa en els delictes impropis d'omissió, de manera que l'acusat acaba essent considerat culpable d'un delicte de detenció il·legal en grau de temptativa.

Podem considerar, doncs, que la figura de l'omissió -en qualsevol de les seves formes: pura o en comissió per omissió- és una opció més que vàlida per resoldre aquests grups de casos. De fet, de les tres alternatives que s'han analitzat fins ara (coautoria, inducció i omissió) aquesta darrera és, segurament, la que millor reflecteix el funcionament de les estructures de poder: el superior jeràrquic *permet* -en alguns casos, ordena activament- que es cometin delictes en nom o en el marc d'una organització perillosa que ell té la facultat i el deure de controlar.



#### 4. APLICACIÓ DE LA TEORIA DE ROXIN PER TRIBUNALS ESTRANGERS

En aquest punt es tractaran les sentències més rellevants en què s'ha aplicat la figura de l'autoria mediata per aparells organitzats de poder. Malgrat que l'acollida de la teoria roxiniana no ha estat exempta de crítiques, els tribunals d'alguns estats amb democràcies relativament noves després d'una època dictatorial han trobat en aquesta figura una solució adequada per jutjar els crims de règims totalitaris.

##### 4.1. El cas dels tiradors del Mur de Berlín (sentència del BGH de 26 de juliol de 1994)

L'any 1994 el Tribunal Federal Alemany (BGH) va jutjar la mort de set persones que, entre 1971 i 1989 havien intentat fugir de la RDA travessant la frontera entre les dues alemanyes. Abans d'aquesta sentència, la qüestió central de la discussió girava al voltant de la responsabilitat penal (o la seva absència) dels soldats que van disparar i matar els fugitius, però a la sentència de 26 de juliol de 1994 es va tractar la qüestió de la responsabilitat dels homes de darrere -en aquest cas, tres membres del Consell de Seguretat Nacional-, que havien donat als soldats l'ordre de disparar<sup>103</sup>.

Tant el BGH com, posteriorment, ROXIN, van rebutjar que les figures de la inducció i la coautoria fossin d'aplicació al cas<sup>104</sup>. L'autor diu, d'una banda, que si els dirigents haguessin estat considerats inductors, no hagués quedat constatat que ells eren els qui realment dominaven les decisions. D'altra banda, ROXIN subscriu l'argument del Tribunal en base al qual la coautoria era inaplicable al cas per la "distància física, temporal i psíquica" que separava els executors dels subjectes a la cúspide de l'organització. Malgrat que SCHULZ<sup>105</sup> també qualifica els dirigents com a autors mediats dels homicidis jutjats, arriba a aquesta solució per una altra via: la coacció. Basa aquest argument en les males condicions de vida i la pressió dels soldats alemanys (i el risc que corrien si desobeïen les ordres d'un superior) en el marc d'un sistema totalitari, que permet considerar-los com a instruments.

JAKOBS<sup>106</sup>, en canvi, segueix una concepció àmplia de la coautoria que, segons ell, permetria solucionar aquests grups de casos sense haver de distorsionar la figura de l'autoria

---

<sup>103</sup> Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 376 i seg.

<sup>104</sup> Roxin, "Anmerkung", JZ, 1995, p. 206-208. Citat per Bolea Bardón a *Autoría mediata en Derecho penal*.

<sup>105</sup> Citat per Bolea Bardón a *Autoría mediata en Derecho penal*, p. 378.

<sup>106</sup> Jakobs, "Anmerkung", NSTZ 1995, p. 26 i 27.

mediata. Ell denuncia una concepció excessivament restrictiva de la coautoria per part dels tribunals i la doctrina, i defensa que no és necessària una intervenció en fase d'execució per apreciar un supòsit de coautoria. L'autor, doncs, rebutja que es pugui parlar d'una "superioritat jurídica" de la persona que dona l'ordre delictiva en els casos en què l'executor actua de manera responsable. Segons diu, aquí, la intercanviabilitat -requisit imprescindible de la teoria de ROXIN- esdevé una simple dada naturalista. Així mateix, malgrat que accepta que la predisposició a cometre el delictes per part de l'executor -que sorgeix en un marc en què aquest té poca autonomia- s'ha de tenir en compte, la considera una circumstància psicològica que no determina el seu nivell de responsabilitat. Amb tot, l'autor rebutja l'automatisme de l'aparell defensat pel BGH, i posa els soldats al mateix nivell que els seus superiors pel que fa als assassinats del Mur; els considera, a tots, coautors.

#### **4.2. El cas Fujimori (sentència de la Cort Suprema de 7 d'abril de 2009)**

El dia 7 d'abril de 2009 la Sala Penal Especial de la Cort Suprema de Justícia de la República de Perú va condemnar Alberto Fujimori a una pena de 25 anys de privació de llibertat<sup>107</sup>. Fujimori va ser considerat responsable de l'homicidi de més d'una vintena de persones; lesions greus; segrestos i crims comesos per les forces de seguretat peruanes, en el marc dels casos La Cantuta, Barrios Altos i Sótanos SIE (Servei d'Intel·ligència de l'Exèrcit)<sup>108</sup>.

Durant el mes de juliol de 2007, Perú va sol·licitar l'extradició de Fujimori, que es trobava a Xile. La Cort Suprema xilena va rebutjar la petició en primera instància per manca d'indicis suficients, però la Sala Penal la va autoritzar finalment en segona instància<sup>109</sup>. Posteriorment, el Ministeri Públic peruà, a l'acusació que després va donar lloc al judici oral, va qualificar Fujimori com a autor mediat per domini de l'organització<sup>110</sup>.

La Sala va fonamentar la seva condemna en aquesta mateixa figura, i va rebutjar la possibilitat de considerar la coautoria -per la manca d'un pla de mutu acord i d'una divisió del treball horitzontal entre l'executor i el seu superior-, la inducció -perquè s'ignoraria el rol

---

<sup>107</sup> Cort Suprema de Justícia de la República del Perú, Sala Penal Especial (CSJ- SPE), Exp. No. AV 19-2001, 7 d'abril de 2009, Casos Barrios Altos, La Cantuta i Sótanos SIE, disponible a: <https://lum.cultura.pe/cdi/sites/default/files/documento/pdf/SENTENCIA%20FUJIMORI.pdf>.

<sup>108</sup> Ambos, "El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediano en virtud de un aparato de poder organizado", UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3a época, núm. 5 (2011), p. 233.

<sup>109</sup> Ambos, "El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediano en virtud de un aparato de poder organizado", p. 243.

<sup>110</sup> Jiménez Martínez, *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, p. 183.

central de Fujimori en l'aparell de poder- i la responsabilitat per omissió -perquè Fujimori va tenir un paper actiu en els fets-. A la sentència, seguint de molt a prop el plantejament de ROXIN, la Sala va enumerar cinc requisits per a l'existència d'una autoria mediata per domini de la voluntat en aparells organitzats de poder: l'existència d'una organització jeràrquica; el poder de comandament de l'autor mediat; la desvinculació de l'organització del Dret; la fungibilitat de l'autor directe i la predisposició de l'autor directe a la realització del fet il·lícit.

Resulta especialment interessant el tercer punt. La Cort va considerar que “la desvinculació del dret pot realitzar-se de manera instantània mitjançant la decisió del nivell estratègic superior d'abandonar l'Estat de dret o de manera gradual per mitjà del deteriorament continu de les estructures democràtiques de l'Estat”<sup>111</sup>. Així, va considerar que el grau de responsabilitat era “més intens” quan l'origen de la devinuciació partia d'un marc de legalitat formal, per dos motius: la font de l'ús legítim del poder era un ordre legal preestablert del qual l'autor s'allunya deliberadament; i l'estructura criminal, en aquests casos, és més difícil d'identificar<sup>112</sup>. Sobre aquesta base, es va condemnar a Fujimori per crims comesos tant abans com després del cop d'Estat.

Així mateix, tot i que la Sala va rebutjar la possibilitat de considerar una comissió per omissió, va utilitzar el requisit de la fungibilitat per a determinar que Fujimori tenia una responsabilitat especial (una posició de garant) perquè tenia el deure de protegir a la població de la comissió de delictes per part de l'aparell de poder estatal, de manera que l'incompliment d'aquesta obligació implicava la seva responsabilitat com a autor<sup>113</sup>. AMBOS exposa molt clarament el raonament del tribunal, i val la pena reproduir-ho aquí: “En el cas d'una ordre antijurídica, la dependència -també normativa- del ciutadà respecte de l'Estat, també fonamenta el domini del fet d'aquest; domini que, a més, és exercit per l'Estat per impartir a l'executor, un ciutadà, l'ordre antijurídica de lesionar a la víctima, un altre ciutadà. Així, es troben afectades dues relacions jurídiques: la relació de reconeixement entre l'Estat i el ciutadà, caracteritzada per deures especials, així com la relació de reconeixement dels ciutadans entre si”.

---

<sup>111</sup> CSJ-SPE, *supra* nota 104, paràgraf 735.

<sup>112</sup> CSJ-SPE, *supra* nota 104, paràgraf 731.

<sup>113</sup> Ambos, El juicio a Fujimori: responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado, UNED. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3a época, núm. 5 (2011), p. 266.

## 5. APLICACIÓ DE LA TEORIA PEL TRIBUNAL SUPREM ESPANYOL

### 5.1. Algunes mencions a la teoria en la jurisprudència del TS

Fins fa pocs mesos el Tribunal Suprem no havia emprat mai, per a fonamentar una sentència, la teoria de l'autoria mediata en estructures de poder organitzades. El motiu principal d'aquesta realitat és que en la majoria dels casos que s'han esmentat *supra*, el TS no va utilitzar la teoria de ROXIN perquè no concorrien tots els requisits establerts per a la seva aplicació. Així i tot, el TS, en algunes d'aquestes sentències, s'ha pronunciat sobre la possibilitat teòrica d'aplicar aquesta doctrina, malgrat que després s'acabi rebutjant en favor, com hem vist, de la inducció, la coautoria o la comissió per omissió.

Abans de pronunciar-se sobre aquesta teoria en concret, però, el TS va admetre, en dues sentències poc encertades i conceptualment confuses, la figura de l'autor rere l'autor. En la primera d'aquestes sentències, la STS de 2 de juliol de 1994<sup>114</sup>, el TS va analitzar la responsabilitat penal d'un batle de Mancha Real (Jaén) per danys a domicilis de persones gitanes considerades *non grata*, en el context d'una manifestació on els habitants del poble demanaven que aquestes persones l'abandonessin<sup>115</sup>. En aquest cas, després de rebutjar la possibilitat d'una inducció, el tribunal va considerar que tant el batle com els ciutadans que havien causat els danys eren autors del delictes, cosa que va evidenciar la proximitat entre les figures de l'autoria mediata (que és l'opció per la qual es decanta el tribunal), l'autoria per infracció d'un deure (defensada per SÁNCHEZ-VERA<sup>116</sup>) i la cooperació psíquica (que, en opinió de VIVES ANTÓN<sup>117</sup> i FARALDO CABANA, era l'alternativa més adequada en aquest cas). Cal destacar, a més, que el TS no va considerar que hi hagués cap inconvenient en subsumir l'autoria mediata amb un instrument plenament responsable a l'article 14 de l'antic CP espanyol, que ni tan sols contemplava expressament l'autoria mediata<sup>118</sup>. Una dècada més tard, el TS va tornar a acceptar la figura de l'autor rere l'autor i la va considerar, directament, una inducció. També va identificar la inducció com una forma d'autoria mediata a l'ATS 363/2007, de 17 de setembre de 2007.

---

<sup>114</sup> STS de 2 de juliol de 1994, ponent: Enrique Bacigalupo Zapater.

<sup>115</sup> Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, p. 80 i seg.

<sup>116</sup> Sánchez-Vera Gómez-Trelles, "La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (un comentario tardío, pero actual, a una STS)", *Cuadernos de política criminal*, núm. 70, 2000.

<sup>117</sup> Vives Antón, *Comentarios al Código Penal de 1995*, tom I, Tirant lo Blanch, València, 1996, p. 281.

<sup>118</sup> Gil Gil, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, ADPCP, vol LXI, 2008, p. 79.

A més a més, el TS ha fet referència expressa a la teoria roxiniana en diverses ocasions abans d'aplicar-la al cas del Tsunami Democràtic, que s'analitzarà més endavant. Un exemple és la STS de 17 de juliol de 2008, sobre els atemptats de l'onze de març de 2004 a Madrid. En aquesta darrera sentència, el TS va admetre obertament la figura de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder, tot i que finalment la va descartar. Així mateix, el JCI va enumerar els requisits de la teoria a la Interlocutòria de 29 de març de 2006 (pel qual s'imposa pena de presó per Arnaldo Otegi), però finalment es va decantar per la figura de la inducció. Després d'aquests pronunciaments, en què la jurisprudència espanyola obria la porta a l'aplicació de la teoria de ROXIN, els tribunals no havien donat més pistes sobre la seva posició respecte d'aquesta fins fa pocs mesos.

### **5.2.1. El cas Puigdemont: Interlocutòria de 29 de febrer de 2024**

Dia 29 de febrer de 2024 el Tribunal Suprem espanyol va dictar una interlocutòria a la que declarava, per unanimitat, la seva competència per a obrir una investigació a l'ex president de la Generalitat de Catalunya, Carles Puigdemont, per delictes de terrorisme en relació amb el cas del Tsunami Democràtic<sup>119</sup>. En concret, el Tribunal Suprem parla d'un tipus de terrorisme (al que anomena "terrorisme de carrer") que es caracteritza per la persecució d'alguna de les finalitats numerades a l'article 573.1 del Codi Penal: la subversió de l'ordre constitucional; l'alteració greu de la pau pública; la desestabilització greu del funcionament d'una organització internacional o la provocació d'un estat de terror en la població o una part d'aquesta.

Com ja s'ha dit, és la primera vegada en la història que el TS ha aplicat -malgrat que no es tracta d'una sentència- aquesta teoria. Aquesta puntualització és important perquè, en part, evidencia els esforços que ha hagut de fer el TS per fer que el cas compleixi tots els requisits que caracteritzen aquesta figura.

Convé començar desglossant el supòsit d'aplicació. En aquest cas, el marc d'actuació del presumpte autor mediat és una organització suposadament terrorista que actua *al marge de l'ordenament jurídic*, anomenada "Tsunami Democràtic"<sup>120</sup>. Al fonament de dret quart el

---

<sup>119</sup> Causa Especial 21248/2023.

<sup>120</sup> Aquesta plataforma va ser una iniciativa de la societat civil per a protestar contra la sentència del TS sobre el referèndum per la independència de Catalunya del primer d'octubre de 2017. L'organització no tenia portaveus oficials i va donar-se a conèixer per mitjà de les xarxes socials. L'any 2019 el TD va convocar, entre d'altres, protestes pacífiques a l'aeroport d'El Prat i a l'AP-7.

tribunal reproduïx l'Acta de 6 de febrer de 2024 emesa per la Fiscalia del TS, segons la qual la comissió del delictes previst a l'article 573.1 CP no té com a requisit previ la pertinença a una organització o grup terrorista ni l'actuació associada dels autors. El tribunal, així, rebutja l'informe de la Tinent Fiscal del TS i argumenta que la valoració conjunta dels fets provats atorga indicis suficients que permeten desvirtuar la presumpció d'innocència de l'imputat<sup>121</sup>. En concret, el tribunal considera que els indicis acrediten un "domini funcional del fet, lideratge absolut, autoria intel·lectual i assumptió de les regnes de l'acció típica", i afirma que la solució dogmàtica més adequada en aquest cas és l'autoria mediata en aparells organitzats de poder.

El tribunal argumenta, a la interlocutòria, que no és necessari provar el domini del fet concret (el curs causal del delictes comès per altri), ni l'ordre de cometre uns delictes en específic, ni la voluntat que una activitat il·lícita en concret es duqués a terme. Tot això es justifica perquè l'autor mediat -superior jeràrquic- assumeix les regnes de l'aparell en el marc del qual es produeixen conductes típiques, i omet la possibilitat d'evitar la lesió del bé jurídic o de modificar el recorregut de l'*iter criminis*. El principal avantatge que presenta aquesta teoria és probatori, de manera que només cal demostrar que el presumpte autor mediat tenia una posició de superioritat respecte dels executors materials del delictes. No cal -com passaria si se li imputessin els delictes a títol de coautoria- demostrar una participació activa en l'execució del fet (requisit que tampoc és necessari segons un sector de la doctrina), ni demostrar que els coautors integraven un pla delictiu preconcebut. Així mateix, tampoc s'exigeix un contacte directe entre home de darrere i executor, perquè aquesta característica és pròpia, en realitat, de la inducció.

### **5.2.2. Comentari i valoració personal**

En la meua opinió, el TS ha utilitzat la teoria de ROXIN per arribar a una solució a la que no s'hagués pogut arribar sense expandir injustificadament les formes d'imputació tradicionals. Resulta sorprenent, si més no, el seu canvi de rumb. Un repàs de la jurisprudència anterior del tribunal és suficient per constatar que supòsits com aquest -criminalitat organitzada al marge del Dret- s'han resolt tradicionalment mitjançant la coautoria i la inducció.

---

<sup>121</sup> Aquests s'exposen amb detall al FJ cinquè i consisteixen en missatges i converses telefòniques entre Carles Puigdemont i altres investigats, així com comunicats de suport a la plataforma TD a les xarxes socials de l'imputat.

Les dues figures que s'acaben de mencionar resulten inidònies per resoldre aquest cas, per motius evidents. A grans trets, la coautoria -malgrat l'amplíssima definició que segueix el TS- exigeix una implicació, un *coneixement* dels fets que l'imputat no tenia (o almenys no en tots els casos). Així mateix, la inducció presentaria problemes, essencialment, probatoris: cal un contacte directe entre inductor i autor que en aquest cas no existia; i la inducció en cadena, que ja ha estat aplicada pel TS en alguns casos, també requeriria demostrar que hi va haver un seguit de comunicacions entre inductors que semblen difícils de constatar.

Així, finalment, el TS s'ha decantat per la figura de l'autoria mediata en aparells de poder. Al meu parer, aquesta elecció s'explica essencialment per la facilitat que la figura presenta a efectes probatoris. En la línia del que diu el TS (que no cal provar el domini del fet concret, etcètera), bona part de la doctrina ha posat de manifest que, en aquests supòsits, la prova sobre el control de l'organització es limita simplement a una prova sobre el càrrec formal que el subjecte ostenta a l'estructura (anomenada "prova de l'estatus")<sup>122</sup>.

D'altra banda, al marge de la dubtosa admissibilitat i adequació al principi de culpabilitat d'aquesta prova, el breu raonament del tribunal és contradictori. D'entrada, no queda clar si els delictes s'imputen a l'acusat de manera activa (mitjançant l'autoria mediata)<sup>123</sup> o en virtut d'una comissió per omissió<sup>124</sup>. Ambdues possibilitats, però, semblen incorrectes.

Pel que fa a la primera opció, el TS ha passat per alt, a la seva argumentació, els requisits bàsics per a l'aplicació de la teoria de ROXIN. Només fa menció, al meu parer, amb una fonamentació insuficient (amb la qual no queda provat que l'aparell tingués una estructura que actués de manera mínimament rígida), a la qualitat d'organització terrorista de la plataforma Tsunami Democràtic; i a la posició de lideratge (de fet, se'l qualifica com a autor intel·lectual) de Carles Puigdemont. Els altres requisits de la teoria, però, que són fonamentals, no figuren al raonament del TS. No es fa cap referència a la fungibilitat dels executors materials dels delictes, ni a la seva disposició incondicionada a la comissió dels fets.

---

<sup>122</sup> En aquest sentit, Malarino, "El caso argentino", *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, p. 62.

<sup>123</sup> *supra* nota 119, FJ 5.3: "El autor mediato de este supuesto domina la ejecución del hecho, sirviéndose de todo un aparato de poder de organización que funciona desde la cúpula, donde se diseña, planifica y se dan las órdenes delictivas, hasta los ejecutores materiales de las mismas, no sin antes pasar tales órdenes por las personas intermediarias que organizan y controlan su cumplimiento".

<sup>124</sup> *supra* nota 119, FJ 5.3: "(...) de tal manera que hubiera podido evitar la lesión del bien jurídico y el recorrido del iter criminis, retirando su apoyo carismático".

Abans de valorar la possibilitat d'apreciar una comissió per omissió cal fer referència a la confusió terminològica en què incorre el tribunal. És contradictori fer referència a aquesta opció i, alhora, parlar d'un *domini funcional del fet*, perquè, malgrat que el subjecte que omet una acció amb la qual s'hagués pogut evitar el resultat domina *la situació*, no té com a tal el domini del fet. Així, el domini versa en aquest cas, només, sobre *la possibilitat d'evitació del resultat*<sup>125</sup>.

En qualsevol cas, l'apreciació d'una comissió per omissió requeriria fonamentar la posició de garantia de l'imputat. Resulta complicat fer-ho sobre la base dels fets provats exposats pel TS, perquè, si bé és cert que es podria demostrar que l'acusat, coneixedor de l'existència del TD i de les seves accions, no va prendre cap mesura per evitar-les, no és clar que tingués l'obligació de fer-ho. De fet, resulta qüestionable que Puigdemont tingués tan sols la possibilitat d'evitar la comissió dels delictes que se li imputen. Una qüestió similar, però no idèntica, és que la probabilitat que, amb una acció concreta de l'acusat (la retirada del seu "suport carismàtic"), s'hagués pogut evitar la lesió dels béns jurídics, en la meua opinió, no voreja la certesa, sinó que és més aviat remota.

Amb tot, i, com ja he dit, al marge de la vulneració del principi de culpabilitat que suposaria una condemna a Puigdemont en base als fets provats a la interlocutòria, el recurs del TS a la teoria roxiniana només es pot explicar pels seus avantatges en l'àmbit de la prova, i, malgrat que en ocasions és justificable la flexibilització de les formalitats processals i les garanties d'imputació per a la consecució de la justícia material, la seva distorsió és, en aquest cas, desproporcionada.

---

<sup>125</sup> Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, sisena edició, trad. al castellà per Joaquín Cuello Contreras i José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 501.



## 6. CONCLUSIONS

El reconeixement de la figura de l'autoria mediata en virtut d'aparells organitzats de poder és, a l'ordenament jurídic espanyol, teòricament possible, però no està exempt de problemes. El primer i més evident és el propi Codi Penal espanyol, que, al seu article 28, exigeix que l'autor mediat cometi el delictes a través d'algú *de qui se serveix com a instrument*. Això no obstant, la figura té un rendiment que els tribunals espanyols tot just han començat a explotar.

És evident que hi ha contextos que presenten dificultats a l'hora d'atribuir la responsabilitat penal a subjectes en una posició jeràrquicament superior que han tingut relació amb els fets delictius, i en els quals les figures d'imputació tradicionals resulten insuficients, per exemple en el cas d'organitzacions terroristes, paraestatsals o no, estructurades jeràrquicament, com ara ETA o els GAL. Aquests casos, entre d'altres, es configuren sobre la base dels requisits establerts per ROXIN en la formulació inicial de la teoria. Així mateix, la utilitat i l'ús d'aquesta possibilitat en el marc jurídic espanyol comporta un risc. L'admissió d'aquesta teoria en un marc dogmàtic, no pot comportar, a la pràctica, la seva aplicació automàtica als casos en què, amb l'excusa d'arribar a una justícia material altrament inabastable, no es pugui fonamentar la responsabilitat d'un subjecte.

Així, la Interlocutòria de 29 de febrer de 2024 podria tenir uns efectes nefasts a llarg termini: en els casos en què, en el marc d'organitzacions mínimament estructurades o de protestes multitudinàries, hi hagi un interès (sigui el que sigui) en castigar a un subjecte amb un càrrec determinat, els tribunals hauran de resistir la temptació de fer ús de la figura de l'autoria mediata en aparells organitzats de poder excepte que -cosa que passa amb poca freqüència- se'n compleixin tots els pressupòsits d'aplicabilitat. Val a dir que, a més, bona part d'aquests casos es podrien resoldre més fàcilment mitjançant una responsabilitat per infracció d'un deure positiu d'actuar o, com s'ha explicat al treball, la coautoria i altres formes de participació.

Amb tot, l'acollida de la teoria roxiniana per part dels tribunals espanyols s'ha de celebrar, però no es pot admetre l'ús extensiu d'aquesta construcció doctrinal fins a convertir-lo en un calaix de sastre, obviant les seves condicions i supòsits específics d'aplicació.

## 7. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, “Dominio del hecho por dominio de voluntad en aparatos organizados de poder”, *Cuadernos de conferencias y artículos* (Universidad de Colombia) núm. 20, trad. Manuel Cancio Meliá, Bogotá, 1998.

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

AMBOS, “La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional”, *ADPCP*, 1999.

AMBOS, “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”, *InDret*, núm. 3/2011, juliol 2011.

AMBOS, “El caso Eichmann”, *ADPCP*, 2015.

BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, València, 2000.

BOLEA BARDÓN, *El autor tras el autor (autoría y participación en aparatos organizados de poder)*, ponència presentada a la 2a sessió del I Congrés Internacional de la FICP sobre Reptes actuals de la teoria del delict, Univ. de Barcelona, 29-30 maig 2015.

BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft: zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992.

CEREZO MIR, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*, a *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982.

CUADRADO RUIZ, “La posición de garante”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 2a época, núm. 6, 2000.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, València, 2006,

FARALDO CABANA, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Tirant lo Blanch, València, 2010.

FEIJÓO SÁNCHEZ, “Art. 615 bis CP”, *Memento Penal*, Lefebvre, Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada, 2006.

GARCÍA MANRIQUE, “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 21, 2004.

GARROCHO SALCEDO, “Los delitos de omisión de los mandos militares y superiores civiles ante la comisión de crímenes internacionales en el Código Penal español”, *Revista de Derecho penal y criminología*, 3a época núm. 17, gener de 2017.

GIL GIL, “El caso español”, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, segona edició, Temis, Bogotá, 2009.

GIL GIL, “La autoría mediata por aparatos jerarquizados de poder en la jurisprudencia española”, *ADPCP*, 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Universitat de Madrid, 1966.

GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito, Derecho penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.

JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, segona edició, trad. al castellà per Joaquín Cuello Contreras i J.L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *Dominio del hecho y autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Dykinson, Madrid, 2017.

KARSTEN, “Distinguishing Military and Non-military superiors. Reflections on the Bemba case in the ICC”, *JICJ*, núm. 7, 2009.

KÜPPER/WILMS, “Die Verfolgung von Straftaten des SED-Regimes”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, núm. 3, març 1992.

MALARINO, “El caso argentino”, *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*, coord. K. Ambos, segona edició, Temis, Bogotá, 2009.

MAÑALICH, “La responsabilidad del superior bajo la ley 20.357”, *Revista de Ciencias Sociales*, Número 76, Universidad de Valparaíso, 2020.

MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, desena edició, Reppertor, Barcelona, 2016.

MUÑOZ CONDE, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial? a *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

MUÑOZ CONDE, “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones «no desvinculadas del Derecho»?”, *Revista Penal*. n. 6, juliol 2000.

MURMANN, “Tatherrschaft durch Weisungsmacht”, *GA*, 1996.

PASTRANA SÁNCHEZ, “La omisión en el artículo 28 (a) del Estatuto de Roma: un análisis a propósito del caso Bemba Gombo”, *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, número 6, juliol-desembre 2022.

ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ROTSCH, “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?”, *ZStW* (2000), núm. 12.

ROXIN, “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *GA*, 1963.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, sisena edició, trad. al castellà per Joaquín Cuello Contreras i José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1998.

ROXIN, “La autoría mediata por dominio de la organización”, conferència dels dies 6 i 7 de novembre de 2002 a la Universitat Lusíada de Lisboa, recollida a *Problemas actuales de la dogmática penal*, trad. al castellà per Manuel Abanto Vásquez, ARA, Lima, 2004.

ROXIN, “Dirección de la organización como autoría mediata”, conferència dictada a la Facultat de Dret de la Universitat Andrés Bello de Chile, trad. al castellà per Manuel A. Abanto Vásquez, 2009.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “La responsabilidad de las autoridades ante desórdenes públicos racistas (un comentario tardío, pero actual, a una STS)”, *Cuadernos de política criminal*, núm. 70, 2000.

SANCINETTI, *Derechos Humanos en la Argentina postdictatorial*, Lerner, Buenos Aires, 1988.

SILVA SÁNCHEZ (coord.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, segona edició, Atelier, Barcelona, 2023.

VIVES ANTÓN, *Comentarios al Código Penal de 1995*, tom I, Tirant lo Blanch, València, 1996.