

S'PRAX IDE ET PRO

# Revista

Julio 2014

34

Revista Penal

# Penal



Julio 2014



# Revista Penal

Número 34

## Sumario

---

### Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* ..... 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* ..... 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galán Palermo* ..... 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* ..... 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez*..... 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* ..... 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* ..... 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* ..... 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* ..... 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal*..... 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* ..... 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt*..... 212

### Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* ..... 224

**Sistemas penales comparados:** Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) ..... 242

### In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* ..... 293

**Bibliografía,** *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago*..... 299

**Noticias:** Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil ..... 307



**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: tlb@tirant.com  
http://www.tirant.com  
Librería virtual: http://www.tirant.es  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.



## Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

Gerhard Werle  
Boris Burghardt

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

### Ficha Técnica

**Autores:** Gerhard Werle y Boris Burghardt

**Adscripción institucional:** Universidad Humboldt-Berlín

**Title:** Modes of participation in the International Criminal Court Statute

**Sumario:** I. Introducción II. Sobre la diferenciación entre modelos de participación III. La función de las formas de participación criminal en el ER 1. Literalidad y contexto del art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER 2. Razonamientos teleológicos IV. El art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER como un modelo diferenciador de cuatro niveles V. Dos posibles objeciones VI. Conclusión.

**Abstract:** As the International Criminal Court is handing down its first trial chamber judgments, the debate on modes of participation continues. It appears that there is growing skepticism shown towards the control-of-the-crime-theory that has guided the Court's approach on Article 25 of the ICC Statute so far. This article argues that before an assessment of the merits and demerits of the control-of-the-crime-theory can be made, one needs to determine the role of modes of participation in general. In this regard, it will be shown that Article 25 establishes a four level hierarchy of individual criminal responsibility where modes of participation are relevant for sentencing purposes. Only on the basis of such a systematic understanding can one reach a consistent definition of the different modes of participation and Article 25 as a whole. Ultimately, instead of starting anew, the ICC should continue following the path it has chosen, albeit with refinements.

**Key Words:** International Criminal Court-Modes of participation

**Resumen:** Los casos que están siendo juzgados por la Corte Penal Internacional están originando un debate sobre los modos de participación. En ellos parece reinar un creciente escepticismo sobre la aplicación que hace la Corte de la teoría del control del delito en la interpretación del art. 25 del Estatuto de Roma. En este artículo se contiene antes que una afirmación en favor o en contra de la teoría del control una regla para determinar los modos de participación en general. Este artículo establece cuatro modos jerárquicos de responsabilidad individual a los efectos de la determinación de la pena. Sólo un entendimiento sistemático de estos diferentes modos puede ofrecer una definición consistente de estos diversos modos del art. 25 como un todo. En este momento la Corte Penal Internacional debería proseguir refinando el planteamiento sistemático originario en lugar de emprender otros derroteros.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional. Modos de participación.

**Rec.** 18-03-2014 **Fav.** 8-04-2014

## I. Introducción

En el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ER) existe, a diferencia de lo que ocurría en los estatutos de los tribunales penales internacionales existentes hasta entonces, un apartado referido a los principios generales del derecho penal (*general principles of criminal law*). Allí se encuentra el art. 25 ER, que no solamente reafirma el principio de responsabilidad penal individual, sino que, en su pfo. 3, regula también lo que en el derecho penal alemán se caracteriza como “autoría y participación” (*Täterschaft und Teilnahme*). El art. 25 pfo. 3 ER distingue entre distintas formas de participación punible (*modes of participation*) o — como también se las suele llamar— distintas formas de responsabilidad (*modes of liability*)<sup>1</sup>.

Sin embargo, en ningún caso puede decirse que estas detalladas regulaciones hayan llevado a aclarar todas las cuestiones fundamentales de manera definitiva. Más bien al contrario, en los años desde que la Corte Penal Internacional iniciara su actividad jurisdiccional, los problemas relativos a la autoría y participación se han discutido con mayor intensidad y controversia que cualquier otro tópico de derecho penal internacional material<sup>2</sup>. Con todo, en principio parecía que al menos al interior del tribunal se hubiera asentado una comprensión unitaria. En la primera decisión relevante de la Corte Penal Internacional, la Sala de Cuestiones Preliminares I leyó la regulación del ER a la luz

de la teoría de la autoría de cuño de Claus Roxin: el ER distinguiría entre autores (*principals*) y partícipes (*accessories*)<sup>3</sup>. El art. 25 pfo. 3 lit. a) ER regularía tres formas de autoría, cuyo elemento común sería el dominio sobre la comisión del crimen (*control over the commission of the crime*). Este se manifestaría en la realización dolosa de los elementos objetivos del delito ya sea a través de la propia conducta, por medio del control sobre la voluntad de quien actúa directamente o llevando adelante contribuciones esenciales al hecho de conformidad con un plan<sup>4</sup>. Decisiones posteriores han seguido en lo esencial la aproximación de la Sala de Cuestiones Preliminares I<sup>5</sup>.

En el último tiempo, las opiniones de los jueces Adrian Fulford y Christine van den Wyngaert han criticado la jurisprudencia seguida hasta la fecha, rechazando el criterio del dominio del hecho (en palabras del tribunal, *control-of-the-crime approach*) como criterio que guíe la interpretación del art. 25 pfo. 3 ECPI. Al mismo tiempo se manifiestan contra una relación valorativa gradual entre las formas de participación<sup>6</sup>. En este artículo se sostiene que en la base del ER se encuentra un modelo de participación que consta de varios niveles, en el que las distintas formas de participación punible deben entenderse como indicadores vinculantes para el grado de responsabilidad penal<sup>7</sup>, perfilándose las consecuencias de esta interpretación para la concreción de las distintas formas de participación.

1 Cfr., por ejemplo, *CPI (SCP I)* decisión de 29.1.2007 - ICC-01/04-01/06-803 - Lubanga Dyilo, antes del pfo. 317. Se muestra crítico respecto de la denominación como “*modes of liability*”, a saber, *Stewart Leiden Journal of International Law* 2012, 165 (166).

2 Las publicaciones sobre el particular son ya apenas abarcales. Refiérase sólo a la monografía de *Olásolo*, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2009, y *van Sliedregt*, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, 2012, como también a los simposios organizados por el *Journal of International Criminal Justice* sobre los temas empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*), responsabilidad del superior (*superior responsibility*), responsabilidad penal individual (*individual criminal responsibility*) y autoría mediate (*indirect perpetration*), cfr. *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 67; *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 599; *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 913; *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 85.

3 *CPI (SCP I)* decisión de 29.1.2007 - ICC-01/04-01/06-803 - Lubanga Dyilo, pfos. 320, 327.

4 Cfr. *CPI (SCP I)* decisión de 29.1.2007 - ICC-01/04-01/06-803 - Lubanga Dyilo, pfos. 332, 338.

5 *CPI (SCP I)* decisión de 30.9.2008 - ICC-01/04-01/07-717 - Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, pfo. 480; *CPI (SCP I)* decisión de 4.3.2009 - ICC-02/05-01/09-3 - Omar Hassan Ahmad Al Bashir, pfo. 210; *CPI (SCP I)* decisión de 8.2.2010 - ICC-02/05-02/09-243-Red - Abu Garda, pfos. 152 y s.; *CPI (SCP II)* resolución de 15.6.2009 - ICC-01/05-01/08-424 - Bemba Gombo, pfo. 348; *CPI (SCP I)* decisión de 7.3.2011 - ICC-02/05-03/09-121 - Banda y Jerbo, pfo. 126; *CPI (SCP II)* decisión de 23.1.2012 - ICC-01/09-01/11-373 - Ruto, Kosgey y Sang, pfos. 291-292; *CPI (SCP II)* decisión de 23.1.2012 - ICC-01/09-02/11-382 - Muthaura, Kenyatta y Ali, pfo. 296; *CPI (SPI I)* resolución de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 994.

6 *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford v. 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfos. 6 y ss.; *CPI (SPI I)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert v. 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfos. 6, 30.

7 En este sentido se han pronunciado ya en varias ocasiones los autores de este texto, cfr. *Burghardt*, en: Burchard/Triffterer/Vogel (eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court*, 2010, 81 (91 y ss.); *Burghardt Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, 695 (697 y s.); *Werle Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 953 (957); *Werle, Völkerstrafrecht*, 3ª edición 2012, número marginal 476 y ss.; *Werle/Burghardt, Festschrift für Maiwald*, 2010, 849 (850 y ss.).

### II. Sobre la diferenciación entre modelos de participación

Para clasificar los diversos modelos de participación penal, en la ciencia penal alemana suele distinguirse entre modelos unitarios de autor y modelos diferenciadores de participación<sup>8</sup>. Este par conceptual toma como referencia, en primer lugar, si acaso se distingue conceptualmente entre diversas formas de participación punible o no. Para nuestros fines es empero fundamental determinar cuál es la función normativa de la diferenciación. Desde el punto de vista de tipologías ideales existen, por una parte, sistemas de derecho penal en los que las formas de participación punible solamente determinan los límites externos de la responsabilidad criminal; y por otra, sistemas de derecho penal en los que las formas de participación punible también inciden de manera fundamental en la diferenciación entre los distintos niveles de responsabilidad penal, y por lo mismo deben ser tenidas en consideración a la hora de la determinación de la pena. A fin de favorecer la sencillez, también esa distinción será referida con el par conceptual modelo unitario de autor/modelo diferenciador. Con todo, debe tomarse nota de que esa forma de entender la terminología pone el acento en un aspecto distinto al que es común en la literatura alemana.

El modelo unitario de autor puede tomar dos formas: en la primera, pueden determinarse requisitos mínimos comunes de la responsabilidad, sin ninguna distinción conceptual (modelo unitario formal). En la segunda de las formas del modelo unitario de autor se podría distinguir conceptualmente entre formas de participación punibles para las que se describen diversos requisitos de aplicabilidad, los que sin embargo son irrelevantes para la valoración normativa de la responsabilidad penal (modelo unitario funcional)<sup>9</sup>. En un modelo diferenciador, en cambio, se distingue entre diversas formas de participación punible de un modo en que se entiende que estas distinciones sirven además como indicadores del alcance de la responsabilidad penal. La distinción entre las diversas formas de responsabilidad penal puede

estar basada en criterios abiertamente normativos o en criterios descriptivos, siempre que estos últimos se entiendan dotados de contenido normativo. Lo determinante será la relevancia de estas categorías en el campo de la imputación para los efectos de la determinación de la pena.

Imaginémonos entonces un sistema ficticio de derecho penal que distingue conceptualmente entre la comisión a título de autor y la participación, y donde la comisión a título de autor se define como la realización de propia mano del tipo objetivo, en tanto que la participación, por su parte, se define como toda contribución causal a la comisión a título de autoría de un crimen por otra persona. Para la clasificación como sistema unitario de autor o como sistema diferenciador los criterios relevantes no son la distinción conceptual en cuanto a tal o la construcción de la responsabilidad penal como principal o accesoria. Más bien resulta fundamental si a esa distinción se le da un significado normativo, vale decir, si la realización típica, que en principio es un elemento diferenciador descriptivo, se valora como indicio de una responsabilidad principal. De ser así, la comisión a título de autoría ha de valer, en lo fundamental, como la forma de participación punible que comparativamente conlleva el mayor disvalor de injusto. Un signo inequívoco de que estamos en presencia de un modelo diferenciador se presenta cuando se declara explícitamente que la forma de participación punible es relevante para la determinación de la pena. Con todo, aun con prescindencia de una regulación específica como la enunciada, una relación escalonada entre las formas de participación puede resultar de la sistemática de la ley.

La decisión entre un modelo unitario de autoría y un modelo diferenciador no está predeterminada ni por criterios lógico-objetivos ni por criterios normativos preferentes<sup>10</sup>. Naturalmente, el principio de culpabilidad garantiza, en su contenido mínimo garantizado como derecho humano, que la pena no sea desproporcionada a la responsabilidad individual. En todo caso, entonces, para la determinación de la pena ha de considerarse necesariamente la determinación pormenorizada del alcance de la responsabilidad penal individual. Lo que en cambio no se

8 Cfr. *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5a. edición 1996, 645 y s.; *Hamdorf*, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, 38 y ss.; *Rotsch*, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, 131 y ss. Crítico acerca de la dicotomía conceptual, *Vogel Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002), 403 (405).

9 Cfr. al respecto *Kienapfel Juristische Schulung* 1974, 1 (5).

10 Defiende abiertamente otra posición *Stewart*, *Leiden Journal of International Law* 2012, 165 (175, 185, 193, 198). En contra *Werle/Burghardt*, en: van Sliedregt/Vasiliev, *Pluralism in International Criminal Law* (**en prensa**).

deriva del principio de culpabilidad es que para los fines de la determinación de la pena deban considerarse necesariamente las categorías utilizadas a nivel de imputación. Sería también posible que al nivel de la determinación de la pena se desarrollaran criterios independientes para la diferenciación de la responsabilidad. Al mismo tiempo ha de repararse en que la elección entre el modelo unitario de autor y el diferenciador no determina cuál es la conducta que en definitiva sirve de fundamento a la responsabilidad. De ninguno de los modelos resulta *per se* que los límites externos de la conducta punible sean más amplios o más estrictos<sup>11</sup>.

Además, desde la perspectiva del derecho comparado resulta que la mayoría de los sistemas penales no se deciden de manera uniforme e inequívoca por uno de los modelos, sino que actúan de manera ecléctica. Algunas formas de responsabilidad penal funcionan entonces más allá de la determinación de los límites externos de la responsabilidad criminal, solamente como categorías descriptivas; a otras se les da contenido normativo también para la diferenciación interna. En parte esto sucede sin que la jurisprudencia ni la doctrina rindan cuenta de su contenido de sentido. También el derecho alemán da muestras de esta mixtura: mientras la distinción entre complicidad y autoría tiene sin dudas relevancia para la diferenciación intrasistémica<sup>12</sup>, no hay consenso de que ocurra lo mismo con la diferencia entre autoría mediata o coautoría por una parte e inducción por otra<sup>13</sup>. Algunas de las controversias sobre la clasificación de ciertos supuestos fácticos como autoría mediata, coautoría o inducción tienen su origen en que el contenido normativo se determina de manera distinta de la diferenciación conceptual.

### III. La función de las formas de participación criminal en el ER

¿Cuál es entonces la función de las formas de participación en el ER? El Estatuto no ordena expresamente que las formas de participación se tengan en cuenta al momento de determinar la pena o que una forma particular de responsabilidad penal deba ser tenida como una forma atenuada o agravada de responsabilidad. El art. 78 pfo. 1 ER determina sólo en general que “[a]l imponer una pena, la Corte tendrá en cuenta (...) factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado” (*the gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person*). La regla 145 pfo. 1 lit. c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba (*Rules of Procedure and Evidence*) agrega que al imponer la pena la Corte debe tener en cuenta “el grado de participación del condenado” (*the individual’s degree of participation*). En otras palabras: naturalmente, la responsabilidad individual funda la determinación de la pena. Sin embargo, queda pendiente determinar si la forma de participación punible es, en cuanto a tal, un indicador vinculante para determinar el grado de responsabilidad y como tal debe ser tenido en cuenta al imponer una pena.

Sin embargo, pueden presentarse diversas razones que finalmente favorecen la interpretación del art. 25 pfo. 3 ER como un modelo diferenciador. En lo que sigue se presentarán con mayor detención solamente aquellos argumentos que resultan de una interpretación inmanente al Estatuto<sup>14</sup>. Tal fundamento tiene, conforme al art. 21 ER, prioridad respecto de otros argumentos que podrían presentarse<sup>15</sup>. A falta de una regulación

11 Coincide *Hamdorf*, *Beteiligungsmoelle im Strafrecht*, 2002, 59. Una postura distinta manifiesta van den Wyngaert, quien argumenta que un modelo que diferencie entre distintos grados de responsabilidad violaría el principio de interpretación *in favorem rei* en caso de dudas que recoge el art. 22 pfo. 2 ECPL. La premisa de van den Wyngaert, que no resulta acertada ni explica mayormente, es que un modelo de esas características es menos conveniente para el acusado, en comparación con un modelo unitario de autor, cfr. *CPI (SPI II)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert de 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfos. 18 y s. En la literatura alemana se sostiene en cambio a menudo que la solución del modelo unitario de autor llevaría a una ampliación de la punibilidad. Cfr. solo *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª edición 1996, 645 y s.; *LK/Schünemann*, tomo 1, 12ª edición 2007, StGB antes del pfo. 25 número marginal 7.

12 Esto resulta ya del § 27 pfo. 2 StGB.

13 El § 26 StGB resulta *prima facie* contrario a una valoración graduable, en particular porque el StGB alemán prevé, en los casos en los que manda aplicar la pena privativa de libertad de por vida, una pena que no da margen para ser individualizada. A favor de una valoración graduable resultan en cambio los criterios de diferenciación propuestos, para cada caso, para delimitar entre inducción, por una parte; y coautoría o autoría mediata, por otra. Por ello, la inducción se caracteriza parcialmente también como híbrido, cfr. *Krey/Nuys*, *Festschrift Amelung*, 2009, 203 (212); en el mismo sentido *Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª edición 1993, pfo. 22 número marginal 31; *Roxin*, *Allgemeiner Teil 2*, 2003, pfo. 26 número marginal 182.

14 Otro argumento puede desarrollarse a partir de un análisis de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Cfr. al respect *Burghardt*, en: *Burchard/Triffterer/Vogel* (eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court*, 2010, 81, 88 y ss.

específica en el propio Estatuto y de conformidad con el derecho aplicable —como lo regula el art. 21 pfo 1 lit. b) ER— para la interpretación del Estatuto ha de aplicarse el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo contenido se reconoce también como derecho consuetudinario. Han de tenerse en cuenta, en consecuencia, el sentido corriente de los términos del tratado (*ordinary meaning*), su contexto (*context*) y su objeto y fin (*object and purpose*).

### 1. Literalidad y contexto del art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER

Al leer el art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER resulta fácilmente constatable que la disposición se refiere a diversas formas de responsabilidad criminal. Se mencionan la comisión por sí solo (*commission as an individual*, art. 25 pfo. 3 lit. a) primera variante ER), la comisión con otro (*commission jointly with another*, art. 25 pfo. 3 lit. a) segunda variante ER), la comisión por conducto de otro (*commission through another*, art. 25 pfo. 3 lit. a) tercera variante ER), el ordenar (*ordering*, art. 25 pfo. 3 lit. b) primera variante ER), el proponer (*soliciting*, art. 25 pfo. 3 lit. b) segunda variante ER), la inducción (*instigating*, art. 25 pfo. 3 lit. b) tercera variante ER), la complicidad (*aiding and abetting*, art. 25 pfo. 3 lit. c) primera variante ER) y la colaboración de algún modo (*assistance*, art. 25 pfo. 3 lit. c) ER), para terminar con la contribución de algún otro modo a la comisión de un crimen por un grupo de personas (*contribution to a group crime in any other way*, art. 25 pfo. 3 lit. d) ER). A este listado de formas de participación puede sumarse la responsabilidad del superior conforme al art. 28 ER<sup>16</sup>.

Sin embargo, las formas de participación no solamente son enumeradas, como sucede por ejemplo en el art. 7 pfo. 1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Más bien, el art. 25 pfo. 3

ER ordena las formas de participación criminal en las letras de la a) a la d) en cuatro grupos. Ni las diferencias terminológicas ni la división de las formas de participación en cuatro grupos se dejan explicar si se quiere entender que las formas de participación se determinan exclusivamente por elementos descriptivos<sup>17</sup>. Esto queda de manifiesto en las tres formas de comisión que son mencionadas en el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER. La comisión por sí solo, la comisión con otro y la comisión por conducto de otro no tienen fenomenológicamente puntos en común, como sea que se los defina en detalle. El haber agrupado a estas tres variantes bajo una denominación en el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER sólo tiene sentido si se entiende la “comisión” como una categoría normativa, que significa una responsabilidad principal en el delito que se imputa<sup>18</sup>. De este modo no solamente se entiende la subordinación al concepto común que abarca las tres formas de participación, sino que también resulta comprensible sin más la razón por la cual el art. 25 pfo. 3 ER comienza su listado con estas tres formas de comisión.

El hecho de que el art. 25 pfo. 3 ER no se deja entender sin referencia a criterios normativos resulta particularmente claro en el caso de la comisión por conducto de otro. Se reconoce expresamente la posibilidad de llevar a cabo esta forma de comisión, de conformidad con el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER, cuando el “otro” sea a su vez penalmente responsable. Para determinar entonces quién comete un crimen por conducto de otro es menester echar mano de conceptos como dominio del hecho o control sobre la comisión del crimen, del ánimo de autoría o la autodeterminación de la resolución criminal<sup>19</sup>. Todos ellos tienen, empero, indiscutiblemente, un contenido normativo. Pues una forma de participación que presupone el

15 Al respecto vid. *Burghardt*, en: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (eds.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, 2011, 235 (243 y s.); *Jesse*, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts. Ein Beitrag zu einer statutsimmanenten Strukturanalyse des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs*, 2009, 110 y ss.; *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 3ª edición 2012, número marginal 193 y ss.

16 No se consideran en cambio la instigación directa y pública al genocidio ni la responsabilidad por delito intentado que se encuentran igualmente en el art. 25 pfo. 3, en los lit. e) y f) ER, pues no se trata allí de formas de participación, sino de estadios previos a la comisión de los delitos que son punibles autónomamente.

17 También *Giustiniani Criminal Law Forum* 20 (2009), 417 (441); *Wirth Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 971 (979).

18 Esta agrupación tampoco se deja explicar entendiendo que se trata de formas independientes de la responsabilidad penal. Cfr. sobre este tópico: *Hamdorf*, *Beteiligungsmodele im Strafrecht*, 2002, 15. En tanto con ello se quiera significar que la responsabilidad penal se debe fundamentar sin referencia al actuar de otros, esto no resulta aplicable ni para la comisión con otro ni para la comisión por conducto de otro.

19 Incluso la jueza van den Wyngaert, que rechaza la lectura del art. 25 pfo. 3 ER como un modelo diferenciado gradual, así como rehúsa entender al dominio del hecho como un elemento común a todas las formas de comisión, explica, en su voto separado, que el elemento distintivo de la comisión por otro sería “*the level of control or influence of the indirect perpetrator over the physical perpetrator*”, cfr. *CPI (SPI II)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert de 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfo. 54.

control de la comisión del crimen, el ánimo de autoría o de la autodeterminación de la resolución criminal contiene necesariamente un mayor grado de responsabilidad por el delito que se imputa que otras formas de participación que no están determinadas por estos elementos. La constatación de que alguien habría cometido un crimen por conducto de otro significa justamente más que solamente que también él es en alguna forma responsable por el crimen.

Es de este modo que ya del tenor literal y la estructura del art. 25 pfo. 3 ER resulta que las formas de participación que se listan allí no se pueden determinar, al menos no exclusivamente, a partir de criterios meramente descriptivos. Han de considerarse entonces o bien una interpretación sincrética, conforme a la cual algunas de las formas de participación son relevantes para la diferenciación interna de la responsabilidad penal, mientras otras lo son solo para determinar sus límites externos. También, sin embargo, puede interpretarse al art. 25 pfo. 3 ER de manera consecuente como un modelo diferenciador, en el que las distintas formas de participación actúan como indicadores del grado de responsabilidad y se concretan como tales. Palmariamente, a partir de las reglas fundamentales de la metodología de la interpretación jurídica, vale preferir la comprensión del ER como un sistema de regulación consistente, y no como una mera acumulación de disposiciones independientes<sup>20</sup>.

A favor de esta lectura pueden traerse a colación otros argumentos sistemáticos. Así, el art. 25 pfo. 3 lit. f) ER declara que la tentativa de *comisión* del delito es punible. El art. 25 pfo. 3, lit. b), c) y d) ER suponen, en cada caso, la (tentativa de) *comisión* de un crimen. También el hecho de resaltar a la comisión frente a las demás formas de participación punible se deja explicar de mejor manera si es que la comisión es comprendida

como una categoría normativa que significa responsabilidad principal<sup>21</sup>.

Por último, se puede hacer referencia a algunas disposiciones en materia procesal penal. La regla 52 del Reglamento de la Corte Penal Internacional (*Rules of the Regulation of the Court*) dispone que la acusación debe contener la tipificación (*legal characterization*) del los hechos que se aleguen. Para formularla, continúa, es necesario, aparte de subsumir los hechos en la descripción de las conductas punibles contenidas en los arts. 6-8 ER, también la caracterización precisa de la forma de participación punible (*form of participation*) de conformidad con los art. 25 y 28 ER. La regla 55 del Reglamento subordina el cambio de la calificación jurídica contenida en el escrito de acusación a determinados requisitos. Una vez más, la forma de participación es vista como una parte integrante de la calificación jurídica de los hechos. Esta clasificación procesal resulta difícil de explicar si la forma precisa de participación se entiende como una categoría meramente descriptiva, sin un valor normativo agregado<sup>22</sup>.

## 2. Razonamientos teleológicos

A favor de una interpretación del art. 25 pfo. 3 ER en el sentido de un sistema de responsabilidad que diferencie entre diversos grados de responsabilidad hablan sobre todo razonamientos que tienen en cuenta las características del derecho penal internacional en general y del ER en particular.

Por de pronto es menester tener en consideración la fenomenología de los crímenes contra el derecho internacional. Con razón se suele resaltar que estos crímenes típicamente no son cometidos por individuos aislados, sino por el trabajo conjunto de un gran grupo de personas, a menudo se relacionan de manera compleja<sup>23</sup>. Es así que cada individuo puede estar involucrado de

20 Cfr. sobre el mandato de una interpretación consistente, por ejemplo *Kramer*, *Juristische Methodenlehre*, 3. edición 2010, 85 y s.; *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 10ª edición., 43, 52; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2ª edición 1991, 324 y ss., 333 y ss., 339 y ss.; *Rüthers*, *Rechtstheorie*, 3ª edición 2007, pfo. 22; *Cameron/Gray* *International and Comparative Law Quarterly* 50 (2001), 248 (256); *Fitzmaurice*, en: *Evans*, *International Law*, 3ª edición 2010, 188; *Pechstein/Drechsler*, en: *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2ª edición 2010, pfo. 8 número marginal 48.

21 Similar *CPI (SPI I)* resolución de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, 14.3.2012, pfos. 996-999; *Giustiniani* *Criminal Law Forum* 20 (2009), 417 (441); *Herzig* *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2013, 189 (198); *Wirth* *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 971 (979).

22 En este sentido por ejemplo *CPI (SPI II)* decisión de 21.11.2012 - ICC-01/04-01/07-3319 - Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, pfo. 6; *CPI (SA)* decisión de 27.3.2013 - ICC-01/04-01/07-3363 - Germain Katanga, pfos. 51 y ss. Todavía más estricto *CPI (SPI II)* opinión concurrente de Christine Van den Wyngaert de 21.11.2012 - ICC-01/04-01/07-3319 - Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, pfos. 1 y ss. Opina lo contrario *CPI (SA)* opinión disidente de Cuno Tarfusser de 27.3.2013 - ICC-01/04-01/07-3363 - Germain Katanga, pfos. 1, 10 y ss.

23 Cfr. solo *ICTY (SA)* resolución de 15.7.1999 - IT-94-1-A - Tadić, 15.7.1999, pfo. 191; *Werle*, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, 2da edición 2011, número marginal 447.

maneras muy distintas en la comisión del crimen. Así, puede ser responsable en la arena política o administrativa por la puesta en marcha de un sistema criminal; pero también puede, sin embargo, actuar solamente como receptor de órdenes con considerables constreñimientos psicológicos dentro de un sistema, que funciona en su lógica criminal independientemente de su aporte<sup>24</sup>.

Además han de considerarse las particularidades normativas del derecho penal internacional. Por una parte, las reglas de participación del derecho penal internacional tradicionalmente han abierto el círculo de la responsabilidad criminal. El art. 25 pfo. 3 ER no representa una excepción a esta tendencia. Independientemente del modo en que se definan cada una de las formas de participación, la regulación deja en claro que no solamente se comprende a los responsables principales, sino también aquellas personas solamente han tenido una colaboración indirecta y menos importante desde un punto de vista valorativo<sup>25</sup>. Por otra parte, los crímenes contra el derecho internacional conllevan el reproche de injusto más grave que se pueda imaginar. La responsabilidad penal por un crimen contra el derecho internacional significa, en la formulación del ER, lo mismo que la atribución de una amenaza contra la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto.

De estas características se sigue que la necesidad de una diferenciación interna entre diversas formas de responsabilidad penal es especialmente grande en el derecho penal internacional. Para formularlo todavía de manera más clara: el derecho penal internacional depende de manera mucho más apremiante que el derecho penal “normal” de una diferenciación del reproche de injusto más allá de las categorías de crímenes. Simplemente, la diferencia de injusto entre las contribuciones al hecho de los diversos partícipes es muchísimo mayor. Sin exagerar puede decirse que en el derecho penal internacional el rol concreto que haya jugado el partícipe en la comi-

sión del crimen tiene una relevancia que prácticamente iguala a la del crimen que se imputa<sup>26</sup>.

Al mismo tiempo, la determinación de la pena en el derecho penal internacional se revela como un campo cuya regulación es francamente rudimentaria. El ER no conoce, como tampoco lo hicieron los Estatutos de tribunales penales internacionales que le precedieron, marcos penales para cada uno de los tipos penales. Tal sólo se consigna cuál será la pena máxima que puede aplicar para todos los crímenes. De conformidad con el art. 77 ER, esta pena es en principio una pena privativa de libertad de 30 años, mientras que en casos de extrema gravedad (*extreme gravity*) puede imponerse una pena privativa de libertad de por vida. El ER tampoco contempla circunstancias agravantes o atenuantes de responsabilidad penal específicas. Los jueces, entonces, tienen un amplio margen de discrecionalidad a la hora de la determinación de la pena, cuyo ejercicio es muy difícil de examinar a falta de criterios orientadores vinculantes. Este modelo regulatorio resulta problemático desde el punto de vista de los derechos individuales<sup>27</sup>.

A la vista de esta situación sería derechamente incomprensible no utilizar las formas de responsabilidad penal también para una diferenciación interna de la responsabilidad. Cada categoría que permita hacer que el proceso de determinación de la pena sea más comprensible y con ello más susceptible de control jurídico, resulta bienvenida. No hay dudas de que las formas de participación pueden ser de ayuda en ese sentido. Después de todo, toman en cuenta justamente el rol específico de cada partícipe en la comisión del crimen. Naturalmente, en un modelo diferenciador las formas de participación criminal no son el único factor para determinar el grado de responsabilidad por el crimen que se imputa<sup>28</sup>. Ofrecen empero una perspectiva esencial para la valoración de lo que el ER llama la gravedad del crimen (*gravity of the crime*).

24 Un panorama general sobre la así llamada investigación sobre los autores (*Täterforschung*) en el campo de la macrocriminalidad en el derecho penal internacional ofrecen, por ejemplo Vest, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen*, 2011, 15 y ss.; Möller, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof - kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, 297 y ss.

25 Cfr. por ejemplo Burghardt, en: Burchard/Triffterer/Vogel (eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court* 2010, 81 (86 y s.).

26 Cfr. Burghardt *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, 695 (701 y s.); *Wirth Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 971 (979).

27 Cfr. en general críticos sobre la práctica en materia de determinación de la pena de los tribunales penales internacionales Holà/Smeulers/Bijleveld *Leiden Journal of International Law* 22 (2009), 79; Holà/Smeulers/Bijleveld, *Journal of International Criminal Justice* 9 (2011), 411.

28 También se deben considerar, por ejemplo, las circunstancias que bajo ciertos supuestos incluso excluyen totalmente la responsabilidad penal, como, a saber, el error de prohibición o el estado de necesidad coactivo.

*A contrario sensu*, los requisitos de las diversas formas de participación funcionan conscientemente, en modelo diferenciador, como exigencias escalonadas: A mayor grado implícito de responsabilidad penal individual, más exigentes son los requerimientos para la prueba de la forma de responsabilidad en cuestión. Si solamente se puede comprobar una colaboración cualquiera del acusado, esto puede alcanzar para una imputación que comparativamente tenga una medida ínfima de responsabilidad penal. Para la fundamentación de una responsabilidad principal es necesaria una contribución que al ser sopesada valorativamente pueda entenderse como particularmente relevante para la comisión del crimen. El tribunal debe sujetarse a estas valoraciones a nivel de imputación en el marco de la determinación de la pena. Queda descartado el aplicar la pena más alta cuando la responsabilidad penal del condenado se funde en una forma de responsabilidad que no implique responsabilidad principal. Incluso una pena que se acerque al máximo requerirá entonces una fundamentación particular.

Si las formas de participación no se consideran para la determinación de la pena, la consecuencia práctica es previsible: en el marco de la determinación de la pena la jurisprudencia no desarrollará criterios propios, tal vez incluso más precisos, para la determinación del grado individual de la responsabilidad criminal por el delito que se impute. Más bien, para la determinación de la pena se considerarán sobre todo aquellos criterios que se dejen comprobar sin grandes dificultades: la posición formal y el estatus del condenado al momento del hecho o su comportamiento durante el proceso, en particular su disposición a cooperar. Estos criterios preferirán sobre un examen más pormenorizado de la actitud del autor, que requeriría mucho tiempo y conlleva problemas probatorios, y sobre la valoración del modo en que el aporte concreto ha influido la valoración del hecho. Un ejemplo ilustrativo para este modo de proceder lo ha entregado la jurisprudencia internacional hace poco en el proceso contra Charles Taylor<sup>29</sup>. No se trata de criterios decisivos para la medición de la culpabilidad individual ligada al hecho.

Si la forma de participación se entiende, sin embargo, como una expresión de valor sobre la extensión y gravedad de la responsabilidad individual, eso no solo aumenta la previsibilidad de la determinación de la pena, sino también la transparencia en todos los estadios procesales previos, pues con ello se elevan en general las posibilidades de expresión comunicativa del proceso penal internacional. Tanto el tribunal como la Fiscalía, el acusado y los representantes de las víctimas en el proceso estarían obligados, en todas las etapas del proceso, a referirse al grado individual de responsabilidad penal sobre la base del material probatorio disponible respecto de los hechos que se imputan, hacia los que los intervinientes pueden orientar su comportamiento procesal. Sin perjuicio del carácter técnico de los conceptos pertinentes, por este medio el público interesado, en todo caso el público con formación jurídica, puede entender más fácilmente el estado del proceso en cada etapa<sup>30</sup>.

Es interesante cómo el juez Fulford, en su opinión separada, confirma esta evaluación del efecto procesal de un modelo diferenciador, aunque su voto separado pretende ser un alegato a favor del sistema unitario de autor. Conforme al desarrollo presentado por Fulford, sería una premisa para la diferenciación, mediante la teoría del dominio del hecho, de las distintas formas de comisión que prevé el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER por una parte, y otras formas de participación de conformidad con el art. 25 pfo. 3 lit. b)-d) ER por otra, al aceptar que entre las formas de participación existiría desde el punto de vista normativo una relación gradual, o, como se dice en el voto separado, habría una “jerarquía de seriedad” (*hierarchy of seriousness*)<sup>31</sup>. Por eso, para la comisión conjunta se seguirían, desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho, requisitos de aplicación más altos que los exigibles a partir de su entendimiento conforme al modelo unitario de autor<sup>32</sup>. El argumento central de Fulford en contra de la exigencia de requisitos más severos para su aplicación es que ellos constituyen “una carga innecesaria e injusta para la Fiscalía” (*an unnecessary and unfair burden on the prosecution*)<sup>33</sup>.

29 Cfr. *Special Court for Sierra Leone (SPI II)* resolución de 30.5.2012 - SCSL-03-01-T - Charles Taylor, pfos. 100-103. Crítico al respecto *Heller Journal of International Criminal Justice* 11 (2013), 835-855.

30 Coincide *Ohlin*, LJIJL Symposium: Names, Labels, and Roses, accesible en <http://opiniojuris.org/2012/03/23/ljil-names-labels-and-roses/> (último acceso: 7.10.2013); manifiesta dudas, sin embargo *Stewart Leiden Journal of International Law* 2012, 165 (212).

31 *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 9.

32 *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 21.

33 *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 3.

El análisis de Fulford es completamente acertado. Es solamente la conclusión que se ha mencionado al final la que cabe refutar: la graduación de requisitos de aplicación que él describe no es de ningún modo innecesaria e injusta. Ella es más bien, al igual que la reducción del margen de discrecionalidad para el tribunal en la determinación de la pena, un efecto deseado del modelo diferenciador. De este modo mejora la transparencia, racionalidad y revisabilidad del procedimiento penal internacional en su conjunto. Y justamente esa debiera ser la finalidad de la formación de categorías en el derecho penal.

#### IV. El art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER como un modelo diferenciador de cuatro niveles

El art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER ha de leerse como un modelo diferenciador que distingue cuatro niveles de responsabilidad penal, que coinciden con los literales a) a d). La comisión del crimen a título de autoría, en sus tres variantes mencionadas en el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER, es la forma más grave de participación en este modelo. Significa la atribución de responsabilidad principal para el crimen imputado. En segundo lugar se encuentran las diversas formas de hacer surgir en otro la voluntad delictiva, de conformidad con el art. 25 pfo. 3 lit. b) ER. En tercer término se ubican las diversas formas de colaboración conforme al art. 25 pfo. 3 lit. c) ER, y en un cuarto nivel la contribución a un crimen cometido por un grupo de personas, de acuerdo al art. 25 pfo. 3 lit. d) ER. El art. 28 ER le agrega a este modelo, mediante la responsabilidad del superior, una quinta grada, una forma de responsabilidad subsidiaria por la vulneración por omisión de obligaciones especiales derivadas de la calidad de superior<sup>34</sup>.

Los requisitos de aplicación de cada una de las formas de participación individuales pueden ser determinados a partir de esta comprensión sistemática de

la disposición. La definición de “comisión conjunta”, “orden” o “apoyo” depende fundamentalmente de la función que tomen en el marco del sistema de participación. A mayor grado de responsabilidad que se pueda fundar mediante la forma de participación respectiva, más estrictos son los requisitos de aplicación, y si es que una conducta permite la imputación del crimen por medio de una forma de participación que implique un grado más alto de responsabilidad penal, las formas de participación de grados inferiores dejan de aplicarse, por razones conceptuales o en todo caso por razones de subsidiariedad. Una interpretación que se limite, como la que proponen Fulford y van den Wyngaert, al “simple tenor literal”<sup>35</sup>, no permite ver tales razonamientos sistemáticos. Con ello se queda atrás respecto de lo que está metodológicamente predeterminado, pues el art. 31 pfo. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que, no solo el sentido corriente (*ordinary meaning*) de los términos, sino también su contexto (*context*) y el objeto y fin (*object and purpose*) de la regulación han de tenerse en cuenta a la hora de interpretar<sup>36</sup>.

Los criterios para delimitar entre las distintas formas de participación en particular pueden comprender elementos objetivos y subjetivos. La Corte hasta ahora se ha manifestado a favor del criterio del dominio del hecho (*control of the crime*) como el diferenciador entre la comisión a la que se refiere el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER y las demás formas de participación. En este contexto se la ha criticado, no del todo injustamente, por su derivación metodológica, en particular por la recepción unilateral de la ciencia penal alemana<sup>37</sup>. Sin embargo, finalmente es decisivo si la jurisprudencia de la CPI hasta ahora resulta en si misma coherente y convincente<sup>38</sup>. Por lo pronto puede constatar que el dominio del hecho no es el único criterio concebible para distinguir el más alto grado de responsabilidad. El criterio del dominio del hecho es con todo, sin dudas,

34 Cfr. al respecto en detalle *Burghardt Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2010, 695 (698 y ss.).

35 Advuértase al margen que Fulford y van den Wyngaert, si bien ambos reclaman una vuelta al tenor literal del Estatuto, muestran diferencias en cuanto a los requisitos de la comisión conjunta conforme al art. 25 pfo. 3 lit. a) ER, y arrancan consecuencias distintas y contradictorias de su “*plain text reading*”. Cfr. por un lado *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 16; por otro *CPI (SPI II)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert de 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfos. 43-48.

36 Cfr. *Comisión de Derecho Internacional*, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, vol. II, 247; conforme a lo cual estos tres aspectos se han de investigar “en una sola operación combinada”.

37 Cfr. por ejemplo *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 10; *CPI (SPI II)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert de 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfo. 5. También los autores han criticado antes el proceder metodológico, cfr. *Werle/Burghardt*, *Festschrift Maiwald*, 2010, 849 (854 y s.); *Burghardt*, en: Beck/Burhard/Fateh-Moghadam (eds.), *Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung*, 2011, 235 (247 y s.).

38 Similar *Ambos International Criminal Law Review* 12 (2012), 115 (143).

un criterio plausible, ya que hace sentido sin más que aquellos a los que es posible imputar razonablemente el dominio del hecho sobre la comisión del crimen son responsables por él en mayor medida que aquellos que no ejercieron el dominio del hecho. Además, el criterio “dominio del hecho” es lo suficientemente abierto como para considerar aspectos objetivos y subjetivos. Ambos aspectos son naturalmente relevantes para la valoración de la responsabilidad penal. El concepto del dominio del hecho presenta en todo inequívoca y claramente, que la imputación de la forma más grave de responsabilidad es el resultado de una valoración objetiva, y no depende sólo del mismo agente, como insinúa un predominio de los criterios de la voluntad de autor o de partícipe<sup>39</sup>.

La pregunta central resulta ser entonces cuándo existe dominio del hecho<sup>40</sup>. Desarrollar criterios para responder a esta pregunta, como también para delimitar entre las distintas formas de participación de grado inferior al art. 25 pfo. 3 lit. a) ER que sean expresivos y al mismo tiempo susceptibles de ser empleados en la práctica es la tarea pendiente para la jurisprudencia y la doctrina del derecho penal internacional. De cara a la naturaleza compleja de los crímenes contra el derecho internacional, esta tarea implica un gran desafío<sup>41</sup>. Es sin embargo una tarea que no se puede eludir sin abandonar al mismo tiempo por completo la idea fundamental del derecho penal internacional: la de la responsabilidad penal *individual*.

## V. Dos posibles objeciones

El intento de concretar a esta altura criterios delimitadores entre las distintas formas de participación que presentamos aquí iría más allá de lo que pretende el presente trabajo. Con todo, a continuación se presentará un desarrollo en torno a dos objeciones especialmente evidentes que pueden hacerse al modelo diferenciador del modo en que se lo ha presentado aquí.

En primer lugar, irrita la clasificación como responsable principal del que comete de propia mano. Finalmente, es una característica de los crímenes contra el

derecho internacional el que la atribución intuitiva de responsabilidad crece al mismo tiempo que la distancia con la comisión física inmediata, mientras que quienes actúan directamente son usualmente “peces pequeños” a los que compete proporcionalmente una medida escasa de responsabilidad. No cabe dudar aquí de que esta intuición es fundamentalmente correcta. De un análisis más detallado resulta claro, sin embargo, que el modelo diferenciador es perfectamente compatible con esta institución. En primer lugar, el modelo aporta un fundamento racional a la convicción de que los “hombres de atrás” son los responsables principales: la convicción es acertada y se corresponde con la valoración del derecho penal, en cuanto los “hombres de atrás” ejercen el dominio del hecho sobre la comisión del crimen, sea como sea que se derive en el caso concreto. En cuanto al autor que comete inmediatamente el crimen, el modelo diferenciador parte de la base de que la realización del tipo penal de propia mano y voluntariamente es un indicio de responsabilidad principal. Esta aproximación resulta correcta en lo fundamental también en el derecho penal internacional. La intuición contraria se funda en el hecho de que no es raro que los autores que cometen inmediatamente el hecho se encuentren en situaciones que —de conformidad con los conceptos del derecho penal alemán— se acercan a una causa de exculpación, como un estado de necesidad coactivo o un error de prohibición inevitable. Por cierto que deben ser tomados en consideración estos puntos de vista que influyen la medida de la responsabilidad que se puede fundar individualmente. Pero esto no ha de suceder necesariamente a través de las categorías del modelo de participación, sino más bien en el marco de —siguiendo ahora la nomenclatura del ER— las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad penal, a la hora de determinar la pena, e idealmente también en el veredicto de culpabilidad y en el texto del fallo.

Una segunda objeción, que se encuentra en las opiniones de Fulford y van den Wyngaert, concierne a las formas de participación consistentes en hacer surgir en otro la voluntad delictiva a las que se refiere el art. 25

39 A través del reconocimiento expreso de la posibilidad de una autoría mediata a pesar de la responsabilidad penal del instrumento no hay espacio, *de lege lata*, para reparos en relación al principio de responsabilidad por el hecho propio. Cfr. acerca del dudoso fundamento del principio de responsabilidad por el hecho propio en este contexto *Greco Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2011, 9.

40 Coincide *Weigend Journal of International Criminal Justice* 2011, 91 (109 y s.).

41 En el último tiempo, esto ha hecho explicitando la discusión acerca de los requisitos concretos de la comisión conjunta de acuerdo al art. 25 pfo. 3 lit. a) ER. Cfr. al respecto solamente *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford, de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfos. 15 y ss.; *CPI (SPI II)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert de 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfos. 41 y ss.

pfo. 3 lit. b) ER, en particular el ordenar. Se argumenta que no resultaría convincente el clasificar estas formas de participación como menos graves que las diversas formas de comisión. Sobre todo para la conducta de ordenar sería casi una contradicción, ya que, se alega, sería el caso paradigmático una comisión por otro<sup>42</sup>. Esta objeción no resulta convincente, pues no reconoce que desde el punto de vista valorativo no todo supuesto en que existe la emisión de una orden (sin mencionar a las demás maneras de hacer surgir en otro la voluntad delictiva) corresponden a comisión por otro. Justamente cuando se parte de la base del dominio del hecho como el elemento de conexión entre todas las formas de comisión de conformidad con el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER, se muestra que existen constelaciones en las que una persona ordena la comisión de un crimen a otras en el marco de una relación superior-subordinado, sin que por eso se deje fundar un dominio del hecho de quien emite la orden sobre la comisión del crimen. Esto se da sobre todo en los casos en los que quien incurre en la conducta de emitir la orden de cometer un delito lo hace en virtud de haber recibido a su turno una orden en tal sentido. En otras palabras: recién cuando se entiende la diferencia entre cometer un crimen por conducto de otro, por una parte; y ordenar la comisión de un crimen, por otro, en el sentido de una graduación valorativa, es que se abra un ámbito de aplicación autónoma del art. 25 pfo. 3 lit. b) ER. Se aplica en consecuencia a mandos medios, que por cierto hacen surgir en sus subordinados la voluntad criminal, pero mediante una conducta que se ha visto inducida de manera heterónoma, por órdenes de mandos superiores. En los casos en que la orden también reúne los requisitos de la comisión por conducto de otro de conformidad con el art. 25 pfo. 3 lit. a) ER, la comisión se aplica con prioridad, por tratarse de una forma de participación que conlleva un injusto más grave. Resulta secundario si en este caso el ordenar conforme al art. 25 pfo. 3 lit. b) queda conceptualmente fuera del ámbito de aplicación o deja de aplicarse por consideraciones de subsidiariedad.

### VI. Conclusión

No es posible responder de manera adecuada la pregunta por la responsabilidad penal individual con una

simple afirmación o una negación. Por lo mismo, el derecho penal no puede limitarse a fijar los límites externos de la responsabilidad, sino que debe desarrollar también criterios de diferenciación interna, entre diversas formas de responsabilidad penal. Para el derecho penal internacional, cuyo objeto es la valoración jurídica de los injustos más graves que sea posible imaginar, y que por regla general se llevan adelante por un gran número de personas en el marco de un complejo actuar conjunto, esto vale especialmente. Naturalmente que el problema de la diferenciación interna puede en teoría no abordarse al nivel de la imputación, pero entonces solamente se desplaza al nivel de la determinación de la pena<sup>43</sup>.

Un desplazamiento del problema como ese facilita, en todo caso, malos entendidos y distorsiones. A la luz del principio de culpabilidad, la diferenciación interna debe tener lugar considerando justamente los criterios que ya determinan el nivel de imputación, y de este modo la teoría de la autoría y participación. Debe preferirse entonces la comprensión de las diversas formas de participación punible como categorías que son indicativas de un determinado grado de responsabilidad individual para el delito que se imputa. Una comprensión como esa ayuda en primer lugar a concretar razonablemente los requisitos de aplicación de las distintas formas de participación. La decisión a favor de un modelo diferenciador como ese tiene además consecuencias procesales muy bienvenidas; la Fiscalía está obligada a fijar su posición respecto de una valoración jurídica de los hechos fundantes de responsabilidad penal que alega. Si se aplican criterios diferentes en cada caso, correspondientes al grado concreto de responsabilidad que se imputa, la determinación de la pena es más previsible, racional y revisable de mejor manera.

Teniendo en consideración estos razonamientos, la regulación de las diversas formas de participación en el ER significa un gran avance frente a las regulaciones de la misma materia en los Estatutos de los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio y en los de los tribunales penales ad-hoc. El art. 25 pfo. 3 lit. a)-d) ER invita formalmente a una interpretación conforme al modelo diferenciador. Ha sido correcto entonces que la CPI haya tomado ese camino. Sería casi

42 *CPI (SPI I)* opinión separada del juez Adrian Fulford de 14.3.2012 - ICC-01/04-01/06-2842 - Lubanga Dyilo, pfo. 8; *CPI (SPI II)* opinión concurrente de la jueza Christine Van den Wyngaert de 18.12.2012 - ICC-01/04-02/12-4 - Mathieu Ngudjolo Chui, pfo. 23.

43 Coincide Weigend, *Leiden Journal of International Law Symposium: Thomas Weigend comments on James Stewart's "The End of 'Modes of Liability' for International Crimes"*, disponible en <http://opiniojuris.org/2012/03/22/ljil-weigend-comments/> (consultado por última vez el 31.5.2013).

irracional el dejar de lado el tenor literal y la estructura de la norma para volver a la jurisprudencia asistemática y a menudo contradictoria de tribunales penales internacionales anteriores. Si en cambio se entiende al art. 25 pfo 3 lit. a)-d) ER como un modelo diferenciador en cuatro grados, la disposición resulta ser un fundamento

espléndido para la concreción de las diversas formas de participación. La jurisprudencia y la doctrina están llamadas a participar en este proceso, para dar forma a un sistema del delito en el derecho penal internacional que sea coherente y perfectamente coincidente con las exigencias del principio de culpabilidad.