

LES FRAYDES ET PRO

Revista

Julio 2011

28

blanch



blanch

Revista Penal

Número 28

Sumario

Doctrina

- Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por *Juana del Carpio Delgado* 5
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por *Viviana Caruso Fontán* 29
- Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por *Donato Castronuovo* 44
- ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por *Andreas Hoyer*..... 56
- El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por *M^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga*..... 67
- Los límites de la amnistía, por *Juan Antonio Lascuráin*..... 95
- Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 114
- ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por *Adán Nieto Martín* 136
- Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 153
- La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por *Shizhou Wang* 165
- Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 187
- Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* 197
- Sistemas penales comparados:** El delito de blanqueo de dinero 207
- Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por *Francisco Muñoz Conde* 269
- Noticias.** Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal..... 293



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



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
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. 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. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

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).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús 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:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Compobell
MAQUETA: PMc Media

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



Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?*

Por Gerhard Werle y Boris Burghardt

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

RESUMEN: La noción de autoría mediata por control de un aparato de poder desarrollada por Claus Roxin en los años sesenta del pasado siglo, ha desempeñado un importante papel en decisiones de algunos tribunales internacionales en las que se ha condenado a líderes y dirigentes políticos y militares que controlando aparatos de poder estatal han decidido la comisión de crímenes. En este artículo se analiza el impacto de la teoría de Roxin en algunas decisiones de la Corte Penal Internacional.

PALABRAS CLAVE: Autoría mediata. Aparato de poder. Corte penal internacional.

ABSTRACT: The notion of indirect perpetration through organised structures of power developed by Claus Roxin in the sixties of the past century has come to play today in a number of international jurisdictions a key role in portraying the criminal liability of senior political leaders and high military commanders that make use of the organizations that they control to effect the commission of the crimes. This article analyzes the impact of the theory by Roxin in some decisions of the International Criminal Court.

KEY WORDS: Indirect Perpetration. Organised structures of power. International Criminal Court.

La teoría de la autoría y participación representa un componente nuclear de la dogmática jurídico penal alemana. En la actualidad, en sus primeras decisiones sobre la materia, la Corte Penal Internacional ha recepcionado y hecho suya esta parte de la dogmática jurídico penal alemana en una medida asombrosa.

Especial interés tiene en este caso la autoría mediata a través del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Ello no tiene nada de sorprendente, pues esa figura sirve específicamente

para una adecuada aprehensión jurídico penal de los crímenes sistemáticos cometidos a gran escala, es decir justamente aquella forma de criminalidad que también constituye el objeto del derecho penal internacional. No por casualidad la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue desarrollada por su padre intelectual, Roxin, al ocuparse del proceso de *Eichmann*¹; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), como se sabe, reconoció esa figura jurídica por primera vez en el marco de la persecución

* Título original: «Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?», publicado en Bloy et al., *Festschrift für Manfred Maiwald* (2010), p. 849 y ss. Traducción de Jaime Couso, Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (Chile).

¹ Véase Roxin, *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA 1963, pág. 193 y ss. El propio Roxin enfatiza que sus reflexiones tienen por fin la «adecuada aprehensión» de esta forma de criminalidad (loc. cit., pág. 193).

jurídico penal de los responsables del criminal régimen de fronteras de la República Democrática Alemana, es decir, también en el contexto de la macrocriminalidad conducida desde el Estado².

La Corte Penal Internacional, con todo, no se ha quedado en una mera recepción de las ideas ya conocidas entre los penalistas alemanes. Antes bien, las decisiones dictadas hasta ahora recorren nuevos caminos y combinan, bajo la denominación de «*indirect co-perpetration*», los principios de la autoría mediata y de la co-autoría. Este artículo investiga si acaso ello representa un encomiable desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana o una senda equivocada.

I. Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

1. El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la CPI) contiene por primera vez en la historia del derecho penal internacional una regulación comprensiva sobre la Parte General o, como el propio Estatuto la denomina, sobre los «Principios Generales de Derecho Penal» (*General Principles of Criminal Law*). Las reglas sobre la intervención punible se encuentran especialmente en el Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI³. El precepto sistematiza las formas de intervención reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario y las complementa cuidadosamente.

Así, se distinguen la comisión por sí sólo (*comisión as an individual*, Art. 25.3 a), primera alternativa, del Estatuto de la CPI), la comisión con otro (*comission jointly with another*, Art. 25.3 a), segunda alternativa, del Estatuto de la CPI), la comisión por conducto de otro (*comission through another*, Art. 25.3 a), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI), la orden de cometer un delito (*ordering*, Art. 25.3 b), primera alternativa,

del Estatuto de la CPI), la proposición de cometerlo (*soliciting*, Art. 25.3 b), segunda alternativa, del Estatuto de la CPI), la inducción a cometerlo (*inducing*, Art. 25.3 b), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI), la colaboración (*assistance*, Art. 25 Abs. 3 c) IStGH-Statut) y las otros modos de contribución en la comisión del crimen por un grupo (*contribution to a group crime*, Art. 25.3 d) del Estatuto de la CPI).

2. El Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI debe entenderse como un modelo de intervención diferenciado según grados de responsabilidad (*ein nach Verantwortungsgraden differenzierendes Beteiligungsmodell*)⁴. A favor de ello pueden invocarse, en esencia, tres razones.

a) La primera razón es sistemática y, por ello, de naturaleza immanente al Estatuto: si la regulación no se interpreta en el sentido de un sistema de intervención diferenciado, entonces el resumen y la ordenación de las formas de intervención en cuatro categorías, que es característica del Art. 25,3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI, y que va más allá de la mera distinción conceptual, quedaría desprovista de todo significado⁵. Más aún: la diferenciación y delimitación de las denominadas formas de participación no es posible sin recurrir a criterios valorativos que cuantifiquen la responsabilidad⁶.

b) La segunda razón va más allá del Estatuto de la CPI e involucra una consideración global del estado de desarrollo alcanzado por el derecho penal internacional. Sucede que la jurisprudencia penal internacional, como es posible apreciarlo, en un principio ciertamente partió de una concepción unitaria de autor, para la cual la distinción entre diferentes formas de participación tenía a lo sumo un significado descriptivo⁷. Entre tanto, sin embargo, especialmente los tribunales penales *ad*

2 Cfr. BGHSt 40, 218, 232 y ss. También en conexión con ello BGHSt 42, 65, 68 y ss.; 45, 270, 296 y ss.

3 El Art. 25.3, letras e) y f), del Estatuto de la CPI, en cambio, no regula formas de intervención, sino etapas previas de la ejecución delictiva, punibles de forma autónoma, como la incitación a cometer genocidio y la tentativa, cfr. sobre ello *Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2ª edición (2007), número marginal 586, 724 y ss.

4 En la literatura no hay acuerdo sobre la forma de clasificar la regulación: reconocen una remisión al modelo de la diferenciación *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2002), pág. 543 y ss., así como también *Vest*, *Genozid durch organisatorische Machtparallele*, pág. 181. Por el contrario, arriban a una interpretación en el sentido de un sistema unitario de autor *Hamdorf*, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht* (2002), pág. 396; *Kreß*, *Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts*, *Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften* 1999, 4, pág. 9; *Mantovani*, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003) 26, pág. 35; *Militello*, *The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 941, pág. 946 y s.

5 Cfr. sobre ello, en detalle, *Werle*, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 953, pág. 956 y s.

6 Véase al respecto *Burghardt*, *Modes of Participation and their Role in a General Concept of Crimes*, en: *Triffterer/Vogel/Burhard* (editores), *The Review Conference and the Future of the ICC* (2009), 81, pág. 91 y s.

7 Cfr. *Werle*, *Völkerstrafrecht*, número marginal 404 y ss.

hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda, han comenzado a valorizar las formas de intervención como un indicio del grado de responsabilidad jurídico penal y toman esto debidamente en cuenta en la medición de la pena⁸. Es cierto que el Estatuto de la CPI representa en principio un sistema regulatorio independiente. Por ello, la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* de ningún modo puede ser simplemente transferida al Estatuto de la CPI⁹. Sin embargo, por razones de política jurídica internacional, debe preferirse una interpretación armónica del Estatuto de la CPI ahí donde su regulación lo permita¹⁰.

c) La tercera y más importante razón a favor de la asunción de un modelo de intervención de diversos escalones resulta de ciertas consideraciones de principio sobre la función de la teoría de la intervención delictiva en el derecho penal internacional. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el derecho penal internacional sólo conoce cuatro tipos penales: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cada uno de esos crímenes contiene un reproche de injusto especialmente grave. Al mismo tiempo, los crímenes de derecho internacional típicamente constituyen delitos en cuya comisión está involucrado un gran número de personas. La intervención en el suceso delictivo puede presentarse, por ello, en niveles y con intensidades muy diferentes. De estas dos características básicas del derecho penal internacional resulta que no sólo es necesaria la determinación de límites externos a la responsabilidad jurídico penal. También existe una gran necesidad de una diferenciación interna. En el derecho penal internacional no sólo la pregunta acerca de si, sino también la pregunta acerca de la medida de la responsabilidad jurídico penal, requiere, de modo especialmente apremiante, de una respuesta. Y es que ella es, para la medición de la pena

en el derecho penal internacional, tan decisiva como el tipo delictivo imputado. Bajo estas condiciones, es del todo razonable que la teoría de la intervención delictiva se use como un instrumento con el cual la valorización del grado de responsabilidad pueda ser estructurada, racionalizada y configurada de un modo calculable¹¹.

3. Estas consideraciones se han visto confirmadas a través de las primeras decisiones adoptadas en la materia por la Corte Penal Internacional. Así, la Sala de Asuntos Preliminares ha explicado, en el proceso seguido contra el líder de las milicias congoleñas *Thomas Lubanga Dyilo*, que lo característico de todas las formas de autoría sería el control sobre la comisión delictiva («*le contrôle de la commission de l'infraction*»)¹². Esta jurisprudencia ha sido seguida por sucesivas decisiones¹³. Es fácil reconocer que este criterio se corresponde, en el contenido y en su función, con el concepto de dominio del hecho. Pero junto a ello se debe constatar, al mismo tiempo, que a lo menos la delimitación entre la autoría y las demás formas de intervención delictiva debe ser entendida en el sentido de un escalonamiento valorativo de la responsabilidad por el hecho punible. Pues en aplicación del principio de culpabilidad, que también tiene validez en el derecho penal internacional, una persona que podía ejercer control sobre la ejecución del hecho siempre cargará con una mayor responsabilidad por el hecho que una persona que no contaba con tal control. Sin embargo, si la diferenciación entre la autoría y las demás formas de intervención delictiva se entiende en el sentido de un escalonamiento de grados de responsabilidad, entonces sólo es consecuente hacer lo propio en relación con la diferenciación de las restantes categorías de intervención delictiva entre sí, y calificar al Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI, globalmente, como un sistema de intervención delictiva escalonado.

8 Cfr., por ejemplo, TPIY, sentencia de 25 de febrero de 2004 (Vasiljević, AC), parág. 182; TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 268; TPIR, sentencia de 20 de mayo de 2005 (Semanza, AC), parág. 355 y ss., 364; TPIR, sentencia de 19 de septiembre de 2005, (Kamuhanda, AC), parág. 77. En profundidad, sobre la jurisprudencia, véase *Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straffatsystem* (2008), pág. 360 y ss.

9 Véase al respecto *Jesse*, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts* (2009), pág. 95 y ss.; *Nerlich*, *The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC*, en: *Stahn/Sluiter* (editores), *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009), pág. 305 y ss.

10 Cfr. *Burghardt/Geneuss*, *Der Präsident und sein Gericht, Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir*, ZIS 2009, 126, pág. 132 y s.; *Werle*, *Völkerstrafrecht*, número marginal 173.

11 Cfr. *Burghardt*, en: *Triffterer/Vogel/Burchard* (editores), *Review Conference*, 81, pág. 86 y ss.; *Werle*, *Völkerstrafrecht*, número marginal 411; de modo similar *Kreß*, *Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, GA 2006, 304, pág. 308.

12 CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 326 y ss.

13 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 480 y ss.; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 210; CPI, decisión de 15 de junio de 2009 (Bemba Gombo, PTC), parág. 347 y s.

4. En conclusión, el Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI debe leerse como un sistema de intervención delictiva diferenciado, de cuatro niveles, lo que debe ser consecuentemente tenido en cuenta en la medición de la pena. En el nivel más alto se encuentra la comisión en calidad de autor, en sus tres modalidades, como la forma más grave de intervención en el injusto. En el segundo nivel se sitúa la determinación a cometer un delito, en sus diversas manifestaciones (ordenar, inducir, proponer). En el tercer nivel se encuentra la colaboración y, finalmente, en el cuarto nivel, como la forma más leve de intervención, la contribución en la comisión del crimen por un grupo.

II. La autoría mediata en el derecho penal internacional

La primera regulación de la autoría mediata en el derecho penal internacional es la que ha establecido el Art. 25.3 a), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI. Hasta entonces, esta figura jurídica no había desempeñado papel alguno en la praxis del derecho penal internacional¹⁴. Por cierto que también antes de la entrada en vigencia del Estatuto de la CPI el comportamiento de la persona de atrás (*Hintermann*) en ningún caso quedaba impune. Los casos que pueden ser clasificados como autoría mediata, en el pasado fueron tratados más bien como planificación, orden, inducción o —después de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia— como intervención en una empresa criminal (*participation in a joint criminal enterprise*)¹⁵. La importancia de la regulación no radica entonces en haber criminalizado comportamientos que hasta ese momento no lo estaban, sino en la aprehensión dogmática precisa de la respectiva constelación

de casos. Desde un punto de vista fenomenológico, la autoría mediata ofrece una explicación clara respecto del hecho de que la persona de atrás tiene el poder de hacer intervenir al ejecutor «como un instrumento». Desde el punto de vista normativo, la figura jurídica deja en claro que al autor mediato le cabe una medida de responsabilidad especialmente grande por el hecho delictivo cometido.

Además, debe ponerse de relieve que la autoría mediata, de conformidad con el Art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI —expresamente—, también viene al caso cuando el instrumento es penalmente responsable. En contra de la aplicación de la autoría mediata apelando al principio de este caso, se han elevado objeciones, por ejemplo, en la doctrina penal alemana¹⁶, o de responsabilidad (*Eigenverantwortlichkeitsprinzip*). Ahora bien, en lo que atañe a la aplicación del Estatuto de la CPI tales objeciones quedan excluidas, al menos, desde el punto de vista del derecho positivo. Si el Estatuto de la CPI también reconoce la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es algo que en un comienzo parecía dudoso¹⁷. La Corte Penal Internacional, en sus primeras decisiones sobre la autoría mediata, ha respondido a esa cuestión de manera afirmativa¹⁸. Como fundamento, la Corte ha aludido, por una parte, al hecho de que la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder sin lugar a dudas es consistente con la exigencia de un control sobre la comisión del hecho, y de esa manera satisface los presupuestos de la autoría¹⁹.

Por otra parte, esta figura jurídica supuestamente representaría una constelación de casos de autoría mediata usual, y reconocida en un gran número de sistemas jurídicos²⁰. Sin embargo, esta última tesis es dudosa. Hasta ahora no hay constancia de una praxis

14 Cfr. *Jessberger/Geneuss*, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, German Doctrine at The Hague?, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 853, pág. 855 y ss.; *Kress*, GA 2006, 304, pág. 306. No resulta convincente cuando las declaraciones del Juicio de Nuremberg seguido contra los juristas (U.S. v. *Altstötter* et al., sentencia de 4 de diciembre de 1947, disponible en: <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/index.php?expanded=aktuell&id=archiv&lang=de>>) son reconducidas a la idea de autoría mediata (en ese sentido, sin embargo, *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª edición (2008), § 7 número marginal 25).

15 Sumariamente, sobre estas formas de intervención delictiva, véase *Werle*, *Völkerstrafrecht*, número marginal 415 y ss. Del gran número de trabajos sobre la doctrina de la *joint criminal Enterprise* del TPIY cfr. sólo *Barthe*, *Joint Criminal Enterprise (JCE)* (2009); *Haan*, *Joint Criminal Enterprise, Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht* (2008); *Satzger*, *Die Ausweitung der (Mit-)Täterschaft - Besorgnis erregende Entwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht?*, en: *Hassemer et al* (editores), *Festschrift Volk*, pág. 649 y ss.

16 Sumariamente al respecto véase *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, 12ª edición (2007), § 25 número marginal 62 y ss.

17 Sumariamente, sobre el cuadro de opiniones existentes, *Kress*, GA 2006, 304, pág. 307. Escéptico, por ejemplo, *Vest*, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (2002), pág. 185.

18 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 498.

19 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 501.

20 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 502 y ss.

judicial generalizada al respecto²¹. En materia de praxis jurisprudenciales pertinentes, la Sala de Cuestiones Preliminares, fuera de la conocida jurisprudencia del BGH, apenas se refiere a algunas decisiones provenientes de América Latina, entre ellas la decisión de un tribunal argentino en contra de los miembros de la Junta Militar, que precisamente en ese punto fue objetada por la Corte Suprema²². La Sala de Cuestiones Preliminares también sigue en deuda en cuanto a una demostración convincente acerca del reconocimiento de la autoría mediata en el plano internacional. En lugar de ello argumenta que el rechazo de la figura jurídica por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no es vinculante para la Corte Penal Internacional²³. En esencia, los argumentos aportados por la Sala de Cuestiones Preliminares se limitan a una ilustre colección de trabajos de la ciencia jurídico penal de habla alemana y española. En orden alfabético, se nombra a *Ambos*, *Bacigalupo*, *Bloy*, *Ferrante*, *Herzberg*, *Hirsch*, *Küpper*, *Radtke*, naturalmente *Roxin*, *Sancinetti* y *Schlösser*; junto a ellos se hace referencia a una serie de tratados alemanes de la parte general del derecho penal, a saber, a *Kühl*, *Maurach/Gössel/Zipf*, *Stratenwerth/Kuhlen* y *Wessels/Beulke*, así como a comentarios estándar sobre el derecho penal alemán, como *Lackner/Kühl*, *Leipziger Kommentar*, *Schönke/Schröder* y *Tröndle/Fischer*²⁴. Estas amplias referencias son de seguro halagüeñas para la ciencia jurídico penal alemana, pero son tan insuficientes para la determinación del derecho aplicable en el marco del Es-

tatuto de la CPI como para fundamentar la tesis de que en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se trata *quasi* de un principio general del derecho. Habría sido bueno, entonces, que la Sala de Cuestiones Preliminares hubiese buscado apoyo, para recurrir a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, exclusivamente en una interpretación sistemática y teleológica del Estatuto, en lugar de en un dudoso ejercicio iuscomparativista.

Sobre los presupuestos concretos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en la decisión de 30 de septiembre de 2008 se encuentran las siguientes constataciones: sería algo común a todos los casos de autoría mediata el que la persona de atrás ejerce el necesario control sobre la comisión del hecho mediante un control sobre la voluntad de la persona que lo ejecuta directamente. Ese control también puede consistir en el dominio organizativo de un aparato de poder. Se puede hablar de un «aparato de poder» cuando una organización está estructurada en diversos niveles de jerarquía y según el principio de mando y obediencia. Además se requiere una cierta envergadura del aparato, que ofrece la garantía de que la orden de un superior, si no es ejecutada por un subordinado, lo será entonces por otro²⁵. Entonces, sólo hay un aparato de poder, en el sentido de estos requerimientos, si al interior de la organización jerárquica existen estructuras de mando por principio efectivas. Sólo entonces se puede partir de que el individuo que recibe la orden funciona como «engranaje de una gran máquina», y que

21 Cfr., en ese sentido, sólo *Kress*, GA 2006, 304, pág. 306; *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann*, 12ª edición (2007), § 25 número marginal 60.

22 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 502, haciendo referencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, sentencia de 9 de diciembre de 1985, capítulo 7/3. La decisión de casación es Corte Suprema, sentencia de 30 de diciembre de 1986, publicada en: Fallos Corte Suprema de Justicia 309, pág. 1689 y ss. Véase también respecto de este proceso *Ambos*, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, pág. 233 y ss. Cfr., sin embargo, la reciente sentencia de la Sala Especial de la Corte Suprema del Perú contra el ex presidente Fujimori, Corte Suprema, sentencia de 7 de abril de 2009, parág. 718 y ss. (disponible en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409), donde la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se analiza en detalle y alcanza reconocimiento.

23 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 507 y ss. La Sala de Cuestiones Preliminares hace referencia, en esta materia, a la revocación de la decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el proceso contra *Stakić* (TPIY, sentencia de 31 de julio de 2003 (Stakić, TC)), decidida justamente por esa razón por la Cámara de Apelaciones (TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parág. 58 y ss.). Con todo, ya resulta dudoso si acaso la decisión de primera instancia puede valer como evidencia a favor de una utilización de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, cfr. al respecto *Jessberger/Geneuss*, *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 853, pág. 856. Lo mismo vale para la decisión de la Corte Penal Internacional en el caso contra *Bemba Gombo* (CPI, decisión de 10 de junio de 2008 (Bemba Gombo, PTC)), citada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

24 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), nota 678, nota 683. La Sala de Cuestiones Preliminares, en cambio, no se ha ocupado de las objeciones que parte de la doctrina jurídico penal alemana eleva en contra de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Cfr. al respecto, sumariamente, *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª edición (2006), pág. 704 y ss.

25 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 512 y ss.

la comisión del delito por medio de una orden resulta entonces en cierto modo «automática». Y es que recién bajo estos presupuestos el individuo que recibe la orden sería intercambiable del modo requerido y podría ser sustituido en cualquier momento por otro, sin que la comisión del delito se viese perjudicada²⁶. Desde una perspectiva subjetiva sería necesario que se cumplan directamente en la persona del «hombre de atrás» todos los presupuestos del aspecto interno del crimen²⁷ y que éste tenga conocimiento de las circunstancias que fundamentan su control sobre el instrumento²⁸.

Especial acento se pone en el requisito de la fungibilidad del ejecutor²⁹. En cambio, ninguna consideración recibe el criterio —propuesto por *Roxin*— del apartamiento del derecho, por parte del aparato de poder³⁰, que por lo demás tampoco es tenido en cuenta por la jurisprudencia del BGH³¹ y es rechazado incluso por algunos partidarios de la teoría del dominio por organización³². También falta toda mención de parte de la Corte Penal Internacional a la exigencia del BGH, adhiriendo al planteamiento de *Schroeder*³³, de un «aprovechamiento de la incondicional disposición al hecho» del ejecutor³⁴. Por último, también quedan sin consideración nuevos criterios, que interpretan el dominio de una organización de forma más decididamente sistémica y que, en lugar de la fungibilidad, ponen el acento en un déficit de autonomía estructural de la persona de adelante (*Vordermann*) en vista de la presión organizativa interna para que actúe³⁵.

III. «Indirect co-perpetration»

Mientras las reflexiones bosquejadas hasta ahora se mueven en un marco que al penalista alemán le resulta familiar, en su decisión de 30 de septiembre de 2008 la Corte ya se ha adentrado en un territorio nuevo para la dogmática. La Sala de Cuestiones Preliminares fue de la opinión de que, junto a las tres formas de autoría mencionadas expresamente en el Art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI, también sería imaginable una cuarta forma. La Sala de Cuestiones Preliminares habla aquí de una *indirect co-perpetration*³⁶, cuya característica distintiva sería la combinación de elementos de la autoría mediata y de la co-autoría. El elemento de co-autoría consistiría en que dos o más personas acuerden conjuntamente la comisión de un crimen de derecho internacional. Pero el suceso también presentaría, al mismo tiempo, rasgos propios de la autoría mediata, en la medida que a lo menos uno de los co-autores dispone que la ejecución de su contribución al logro del plan se produzca a través de uno o más instrumentos. Estas contribuciones al hecho realizadas de forma mediata serían imputables a los demás co-autores en razón de su plan común, en la medida que los demás presupuestos de la co-autoría también estén presentes³⁷. La Sala de Cuestiones Preliminares confirmó estas consideraciones en la decisión a través de la cual emitió una orden de arresto en contra del presidente en ejercicio de Sudán, *Omar Al Bashir*³⁸.

26 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 515 y ss.

27 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 527 y ss.

28 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 512 y s.

29 Véase al respecto *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pág. 245.

30 Cfr. *Roxin*, GA 1963, 193, pág. 204 y ss.; *el mismo*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pág. 249 y ss.

31 Sumariamente, sobre las diferencias entre la teoría de *Roxin* y la solución del Tribunal Supremo Federal alemán, *Rogall*, *Bewältigung von Systemkriminalität*, en: *Roxin/Widmaier* (editores), *50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft*, tomo IV, *Strafrecht, Strafprozessrecht* (2000), 383, pág. 423 y ss.; *Rotsch*, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen*, *NSZ* 1998, 491, pág. 492.

32 En contra, por ejemplo, *Ambos*, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA 1998, 226, pág. 241 y ss.; *Herzberg*, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen*, en: *Amelung* (editor), *Strafrechtliche Beteiligungsverhältnisse in bürokratischen Organisationen* (2000), 33, pág. 35 y ss.

33 Cfr. *Schroeder*, *Der Täter hinter dem Täter* (1965), pág. 143 y ss.; *el mismo*, *Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis*, *JR* 1995, 177, pág. 178.

34 Cfr. *BGHSt* 40, 218, 236. Escéptico al punto del rechazo, por ejemplo, *Ambos*, GA 1998, 226, pág. 229; *Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (1985), pág. 362 y ss.; *Rogall*, en: *Roxin/Widmaier* (editores), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, tomo IV, 383, pág. 425 y ss.; *Rotsch*, *NSZ* 1998, 491, pág. 492 y s.

35 Cfr., por ejemplo, *Schlösser*, *Soziale Tatherrschaft* (2004); *el mismo*, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht* (2004); *Urban*, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft* (2004).

36 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 490 y ss.

37 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 492 y s.

38 CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 212 y s.

Para una mejor comprensión de estas afirmaciones, a continuación se presentan los antecedentes de hecho sobre los cuales ellas han sido formuladas:

(1) Según la acusación, en el proceso en contra de *Katanga y Ngudjolo Chui*, ambos acusados contaban, en su calidad de comandantes, con dominio por organización sobre diversas milicias en operación en la región de Ituri (República Democrática del Congo). El acusado *Germain Katanga* habría ejercido el mando sobre la *Force de Résistance Patriotique en Ituri* (FRPI), dominada por la etnia de los Ngiti, mientras que *Mathieu Ngudjolo Chui* habría sido líder del *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (FNI), un grupo miliciano atribuido a la etnia de los Lendu³⁹. Las estructuras de mando de estas dos milicias habrían estado estrictamente separadas, también debido a las diferencias basadas en causas étnicas. En febrero de 2003 la FRPI y el FNI habrían ejecutado conjuntamente un ataque al pueblo de Bogoro y perpetrado en ese contexto numerosos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo, entre otros, homicidios dolosos, violaciones y sometimiento a esclavitud sexual, así como saqueos. Además, en el ataque se habría reclutado a niños soldados⁴⁰. El ataque se habría producido sobre la base de un plan común de *Katanga y Ngudjolo Chui*, con la finalidad de aniquilar el pueblo de Bogoro.

La Sala de Cuestiones Preliminares I defendió la opinión de que si en el juicio se llegasen a probar como ciertas las hipótesis fácticas alegadas por la acusación, entonces a cada uno de los acusados se podría imputar no sólo los hechos de sus propios subordinados, sino también, por *indirect co-perpetration*, los crímenes cometidos respectivamente por los subordinados del otro acusado⁴¹. Una valoración provisoria del material probatorio arrojaría que tanto *Katanga* como *Ngudjolo Chui* habrían contado con el poder de dominar a sus subordinados como instrumentos, a través de un dominio por organización. En

efecto, ambos acusados durante todo el ataque habrían contado, de acuerdo con la estructura de mando de las milicias y las circunstancias de hecho, con poder de mando efectivo sobre sus subordinados⁴², y habrían actuado en base a un plan común⁴³. Cada uno podría haber hecho fracasar el plan a través de la omisión de la orden de atacar. De ahí que ambos acusados habrían ejercido un control conjunto sobre todo el suceso del ataque⁴⁴. Finalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó la existencia de motivos fundados para creer que se daba el elemento de intencionalidad en *Katanga* y en *Chui*⁴⁵.

(2) El objeto del proceso contra *Al Bashir* lo conforman los crímenes de la región de Darfur, que habrían sido perpetrados desde julio de 2003 a través del ejército sudanés, las fuerzas especiales de la policía y las milicias Janjaweed en contra de la población civil, especialmente la perteneciente a las etnias Fur, Masalit y Zaghawa. La Sala de Cuestiones Preliminares I fue de la opinión de que existía motivo razonable para creer⁴⁶ que *Al Bashir* sería responsable por esos crímenes como «*indirect co-perpetrator*». De acuerdo con una valoración provisoria del material probatorio presentado, él, en su calidad de Presidente, y en conjunto con otros miembros del gobierno sudanés, habría acordado un plan para reprimir y desbaratar a los grupos rebeldes sediciosos, que también habría incluido la destrucción sistemática de los asentamientos de las etnias insurrectas y su desplazamiento forzado. Los crímenes de Darfur habrían sido cometidos por las fuerzas armadas del gobierno sudanés en ejecución de este plan. El gobierno sudanés, a través de diversos organismos, especialmente el Consejo de Seguridad Nacional, y utilizando las respectivas cadenas de mando, habría ejercido control sobre las fuerzas armadas y sobre las milicias. Finalmente, existiría motivo razonable para creer que *Al Bashir*, en su calidad de Presidente y de Comandante en Jefe de las

39 CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 6, 9.

40 Véase, sobre los puntos de la acusación en particular, CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 20-32.

41 De conformidad con el Art. 61.7 del Estatuto de la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares debe examinar si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Véase al respecto CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (*Lubanga Dyilo*, PTC), parág. 37 y ss.

42 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 540 y ss.

43 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 548 y ss.

44 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 555 y ss.

45 Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (*Katanga y Ngudjolo Chui*, PTC), parág. 562 y ss.

46 El estándar probatorio exigido a nivel procesal para emitir una orden de arresto resulta del Art. 58.1 a) del Estatuto de la CPI. Véase al respecto, con más detalle, *Burghardt/Geneuss*, ZIS 2009, 126, p. 137 y s.

Fuerzas Armadas habría jugado un rol fundamental en la elaboración e implementación del plan común⁴⁷. De ahí que viene al caso también, como alternativa, una autoría mediata individual⁴⁸.

IV. La combinación de autoría mediata y co-autoría - ¿un progreso o una senda equivocada?

¿Cómo deben valorarse las afirmaciones de la Corte Penal Internacional acerca de la *indirect co-perpetration* desde la perspectiva de la dogmática jurídico penal alemana? ¿Se trata de un desarrollo coherente de las teorías de la autoría mediata y de la co-autoría, que también es digno de atención para el derecho penal alemán? ¿O la jurisprudencia internacional se ha adentrado por una senda equivocada, de modo que no cabe una «re-importación» al derecho penal alemán?

En primer lugar, hay que constatar que se dan significativas diferencias entre los dos casos que la Corte Penal Internacional ha tratado bajo la *indirect co-perpetration*. Sólo para la constelación tratada en el proceso contra *Katanga* y *Chui*, la denominación «*indirect co-perpetration*», traducida al alemán entonces como «*mittelbare Mittäterschaft*» («co-autoría mediata»), es acertada (sobre ello, 1). La segunda constelación, que está en la base del caso *Al Bashir*, se puede designar de forma más apropiada como una autoría mediata en co-autoría (*mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft*) o autoría mediata a título de co-autores (*mittäterchaftliche mittelbare Täterschaft*) (sobre ello, 2).

1. Co-autoría mediata

En el caso de los hechos tratados en el proceso contra *Katanga* y *Chui*, no se trata de una forma de autoría mediata, sino de una variante de la co-autoría. Una imputación de todo el acontecer delictivo en

virtud de autoría mediata no viene al caso, porque de este modo sólo pueden imputarse las contribuciones del instrumento respecto de las cuales el autor mediato ejerce dominio del hecho⁴⁹. Pero lo característico de los hechos del caso es justamente que hay dos estructuras jerárquicas diversas que, respectivamente, sólo uno de los dos acusados domina con independencia del otro.

La fundamentación de una responsabilidad por el suceso completo en calidad de autor, entonces, sólo puede lograrse de conformidad con los principios básicos de la co-autoría, es decir, en caso de una recíproca imputación de las contribuciones al hecho ajenas. Y efectivamente se dan los presupuestos de la coautoría, de acuerdo con las circunstancias de hecho presentes. Sobre la base de un plan común *Katanga* y *Chui* producen su contribución a la ejecución del crimen, cada uno por medio del aparato organizado de poder que dirige. El necesario dominio funcional del hecho⁵⁰ respecto del suceso total imputado, resulta de la equivalencia en grado de las contribuciones para el logro del plan común. El que las contribuciones al hecho de *Katanga* y *Chui* no sean realizadas de propia mano, sino a través de ejecutores dirigidos por ellos «como instrumentos», desde una perspectiva valorativa no puede hacer diferencia alguna. Tampoco entra en consideración la objeción, planteada en el caso del jefe de la banda, de que no se da un dominio de la voluntad porque falta una contribución al hecho en la fase ejecutiva⁵¹: dado que a todo coautor se imputa el actuar de sus instrumentos, entonces sin duda que hay una contribución propia al hecho, en fase ejecutiva. Si además se dan los requisitos subjetivos de la coautoría no hay obstáculo alguno para una imputación de las contribuciones del co-autor. Las contribuciones del co-autor abarcan no sólo su propio comportamiento sino, justamente, también el que

47 CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 214 y ss.

48 CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 223.

49 Las siguientes afirmaciones se formulan sobre la base de la teoría del dominio del hecho, punto de partida que es «absolutamente dominante en la literatura», cfr. Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann, § 25 número marginal 7. Sobre las diversas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho véase Schild, Tatherrschaftslehren (2009). Además, las reflexiones se limitan en gran medida a casos de autoría mediata a través de dominio por organización en virtud de aparatos organizados de poder. También es imaginable, desde luego, que la autoría mediata se fundamente en el marco de una co-autoría mediata por dominio en virtud de error o de coacción.

50 Sobre el dominio funcional del hecho como presupuesto de la co-autoría, véase Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 275 y ss., p. 719 y ss.; Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann, § 25 número marginal 156 y ss., con más referencias.

51 Es sabido que gran parte de la doctrina exige, como presupuesto de la co-autoría, una contribución en la fase ejecutiva, cfr., por ejemplo, Herzberg, Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?, JZ 1991, 856, p. 859 y ss.; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, p. 292-305; Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch-Schünemann, § 25 número marginal 182 y ss. De otra opinión es la jurisprudencia, cfr., por ejemplo, BGHSt 11, 268, 271; BGHSt 14, 128 y s.; BGHSt 16, 12; BGHSt 28, 346, 347 y s.; BGHSt 37, 289; BGHSt 39, 381, 386.

se le imputa por medio de una autoría mediata en virtud de dominio por organización⁵².

Complementando, para dar mayor claridad y circunscribir estas afirmaciones: sólo es posible hablar de un dominio funcional del hecho sobre el suceso total cuando, no sólo las personas de atrás sino también los instrumentos, colaboran entre sí. Sólo en tal constelación existe una ejecución conjunta del hecho, que se compone de las contribuciones al hecho de los co-autores, relacionadas todas entre sí. En el caso *Katanga* y *Chui* el hecho conjuntamente cometido es el ataque coordinado al pueblo de Bogoro. En cambio, no sería suficiente si el plan común sólo hubiese considerado la comisión separada de crímenes a través de sendas estructuras organizadas de poder, o sea, si *Katanga* y *Chui*, por ejemplo, hubiesen acordado que la FRPI, bajo las órdenes de *Katanga*, debía asaltar el pueblo X, mientras que el FNI, sometido a *Chui*, el pueblo Y. A falta de una contribución de cada uno, respectivamente, a la ejecución del hecho por parte del aparato de poder del otro, no entra en consideración en este caso una imputación en virtud de co-autoría mediata.

La distinción conceptual entre la co-autoría mediata y la co-autoría común y corriente es útil. Ella deja en claro que a lo menos un co-autor produce su contribución al hecho, no de propia mano, sino a través de un instrumento. La clasificación de los hechos relevantes como casos de co-autoría mediata resulta de la aplicación de los principios generalmente reconocidos de la co-autoría y de la autoría mediata a una situación fáctica que hasta ahora no ha sido considerada en la discusión alemana. Los principios de la co-autoría conducen a una imputación recíproca de las contribuciones

al hecho producidas (de forma mediata o inmediata). La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional debe entenderse, por tanto, como un desarrollo consecuente de principios de la dogmática jurídico penal alemana que sirven de guía para la praxis, y su «re-importación» es recomendable: la posibilidad de una co-autoría mediata también debe reconocerse para el derecho penal alemán.

2. Autoría mediata en co-autoría

Los acontecimientos tratados en el caso *Al Bashir* coinciden, en sus rasgos esenciales, con la de los procesos seguidos en contra de miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA y del Politburó del Partido Socialista Unificado de Alemania (SED)⁵³. Lo característico de los hechos relevantes es que el dominio del hecho o control sobre el o los ejecutores es ejercido por varias personas colaborando de forma asociada. Formulándolo de otra manera: el sujeto conductor, que ejerce el dominio por organización, es un colectivo, no una persona individual. Esta singularidad, si se le compara con los casos de autoría mediata en que normalmente se piensa, es apenas mencionada en casos puntuales por parte de la jurisprudencia y la doctrina⁵⁴, pero no es tratada en detalle⁵⁵. En la autoría mediata en virtud de dominio por organización⁵⁶ el caso se presenta cada vez que en la cúspide del aparato de poder no se encuentra una persona individual sino un órgano colegiado y, con ello, una pluralidad de personas. Es posible hablar de dominio por organización de un órgano colegiado cuando las decisiones adoptadas conjuntamente al interior del aparato de poder

52 Si acaso, luego, en lo que respecta a los tipos penales realizados, se trata o no de un caso de co-autoría aditiva, no tiene importancia ni requiere entonces ser esclarecido judicialmente. Sobre la co-autoría aditiva cfr. *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, p. 372 y ss.

53 Ambos procesos están documentados en detalle en *Marxen/Werle* (editores), Strafrecht und DDR-Unrecht, tomo 2/2, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze (2002), p. 499 y ss. (Nationaler Verteidigungsrat), p. 643 y ss. (Politbüro).

54 En la jurisprudencia, cfr., por ejemplo, LG Berlin, sentencia de 25 de agosto de 1997 (Krenz u.a.), reproducido en: *Marxen/Werle* (editores), Strafrecht und DDR-Unrecht, tomo 2/2, 643, p. 877 y s. *Roxin*, JZ 1995, 49, p. 52, en su comentario de la sentencia del BGH en el proceso en contra del Consejo de Seguridad Nacional, habla de «mittäterschaftliche[r] mittelbare[r] Täterschaft»; *Gropp*, JuS 1996, p. 13 y ss., de «[m]ittelbare[n] Mit-Täter[n] hinter den Tätern». Cfr. también *Bloy*, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, GA 1996, 424, p. 439 y s., quien explica este caso con la doctrina japonesa de la co-autoría del *kyobo kyodo seihan*. Sobre esto último *Ohno*, Das Kernproblem der Teilnahmelehre in Japan, en: Domseifer et al. (editores), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (1989), p. 691 y ss.

55 La discusión se ha circunscrito, más bien, exclusivamente al correcto tratamiento dogmático de la relación entre los «hombres de atrás» y los ejecutores directos. Cfr., por ejemplo, *Schlösser*, Soziale Tatherrschaft (2004), p. 340 y s., quien habla entonces, incluso de forma explícita, de una relación de exclusión entre la autoría mediata y la co-autoría. En ello puede haber jugado nuevamente un rol la orientación de la dogmática jurídico penal alemana hacia el autor individual, como el caso normal de criminalidad en el que se piensa. Nótese en todo caso que, en el tratamiento dado a la autoría mediata en virtud de dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder, generalmente se habla de *un* «hombre de atrás».

56 Pero también son imaginables casos de autoría mediata en virtud de dominio por coacción o en virtud de dominio por error, en co-autoría; cfr. por todos el caso, que ha alcanzado la fama por su denominación «*Katzenkönig*» («rey gato»), BGHSt 35, 347 y ss.

son vinculantes. El comportamiento que fundamenta la autoría de cada miembro del órgano directivo consiste, entonces, en su contribución a la adopción del acuerdo colegiado. Para la fundamentación de una autoría mediata, no es necesaria una ulterior actividad en la implementación de la decisión porque, de acuerdo con el modo de funcionamiento del aparato de poder, el acuerdo colegiado ya determina, en gran medida, la propia implementación. En aquella parte destinada a afirmar que *Al Bashir* habría jugado dentro del órgano decisorio un rol determinante en la elaboración o, en su caso, en la supervigilancia de la implementación de la decisión, las declaraciones de la Corte Penal Internacional no eran necesarias.

También es útil distinguir conceptualmente la autoría mediata en co-autoría de los casos «clásicos» de autoría mediata. Con esta distinción se pone de relieve la fenomenología del comportamiento en que se basa la imputación, que se caracteriza por el hecho de que varias personas obran conjuntamente de forma cooperativa. La autoría mediata en la co-autoría produce una ampliación de la imputación a título de autor: como el acusado individual justamente no puede ejercer dominio por organización por sí solo, su comportamiento sólo puede tratarse como una autoría mediata si complementariamente es posible una imputación de las contribuciones al hecho realizadas por otros miembros del órgano directivo y, de ese modo, se configura un dominio funcional del hecho en virtud de dominio por organización ejercido conjuntamente⁵⁷.

V. Síntesis y conclusión

La forma de comisión a título de autor que la Corte Penal Internacional denomina «*indirect co-perpetration*» combina autoría mediata y co-autoría. Es posible distinguir dos configuraciones: por una parte, la co-autoría mediata, que puede ser entendida como una forma mo-

dificada de la co-autoría, y que abarca casos en los que a lo menos un co-autor realiza la contribución al hecho que tiene planificada, a través de un instrumento que él domina; por otra parte, la autoría mediata en co-autoría, que, entendida como una ampliación de la autoría mediata por medio de la incorporación de elementos de la co-autoría, cubre casos en los que el dominio del hecho a través del instrumento se ejerce por varias personas conjuntamente. En la primera hipótesis (co-autoría mediata) se aplican con razón principios de la autoría mediata y de la co-autoría reconocidos en el derecho penal alemán. La segunda (autoría mediata en co-autoría) le resulta familiar al penalista alemán a partir de los procesos en contra de miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la RDA y del Politburó del SED. Los principios que fueron decisivos en esos casos son consecuentemente trasladados por la Corte Penal Internacional a los hechos sometidos a su consideración (*Al Bashir*).

En una primera consideración evaluativa, la fundamentación de responsabilidad a título de autor convence tanto para el caso de la co-autoría mediata como para el de la autoría mediata en co-autoría. Y es que no queda nada claro por qué el autor mediato debería poder librarse por haberse servido, para la ejecución de su contribución al hecho, de un instrumento que él dominaba; y tan poco convincente como ello resultaría que, en el caso de la autoría mediata en co-autoría, se conceda un privilegio a quien en el nivel directivo ha participado en la génesis de la decisión que determinó la comisión del crimen, simplemente porque dicha decisión se ha adoptado en un órgano colectivo.

Estas consideraciones aún representan, forzosamente, sólo un bosquejo y no pretenden agotar la cuestión. Deberían bastar, con todo, para avivar la curiosidad de la ciencia jurídico penal alemana. Los casos del derecho penal internacional ofrecen un interesante material, que se presta muy bien para un agudo examen por parte de la dogmática jurídico penal.

⁵⁷ *Roxin* pasa por alto este aspecto cuando afirma que los miembros del Consejo de Seguridad Nacional habrían obrado conjuntamente como co-autores, pero que ello no haría ninguna diferencia en el resultado, *Roxin*, JZ 1995, 49, p. 52.