

José Antonio Caro John

Yamila Fakhouri Gómez

Katrin Gierhake

Günther Jakobs

Claus Kreß

Jan-Michael Simon



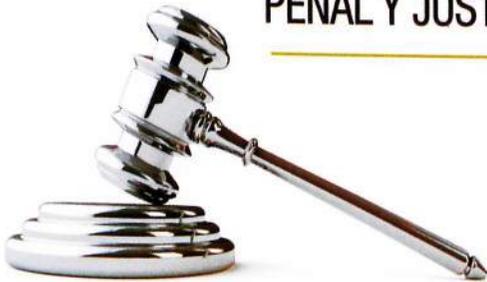
9 789567 721911

MEMORIA



XXXV JORNADAS INTERNACIONALES
DE DERECHO PENAL

PROCESOS DE PAZ: DERECHO
PENAL Y JUSTICIA TRANSICIONAL



JAIME BERNAL CUÉLLAR
Compilador

Universidad
Externado
de Colombia



Jaime Bernal Cuéllar
Compilador

**XXXV JORNADAS
INTERNACIONALES
DE DERECHO PENAL
Procesos de paz: derecho
penal y justicia transicional**

Memoria

Universidad Externado de Colombia



EL DOMINIO DEL HECHO MACROCRIMINAL.
FUNDAMENTOS*

JAN-MICHAEL SIMON**

RESUMEN

La violación colectiva de los derechos humanos, organizada y en grupo, pone a sus víctimas en una situación de desamparo especial. Esto, sobre todo por el anonimato, la disposición a la obediencia, el desenfreno y la desorientación normativa de sus victimarios, frecuentemente presentes en este tipo de violación de los derechos humanos. Esta erosión del autocontrol en los victimarios frente a valores básicos de la sociedad, aumenta en la medida en que la

* Ponencia presentada en las xxxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal: "Procesos de paz: derecho penal y justicia transicional", 25-27 de septiembre del 2013, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. El presente texto corresponde al manuscrito definitivo del autor, culminado el 30 de septiembre de 2013.

** Miembro de la plantilla de personal científico fijo de la Sociedad Max Planck para el Fomento de las Ciencias. Jefe de la sección de América Latina del Departamento de Derecho Penal del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional; coordinador general del programa de doctorado en Derecho Penal Comparado "International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law", de la Universidad Alberto-Ludovico de Friburgo e Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Friburgo en Brisgovia, Alemania. Las opiniones expresadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad. j.simon@mpicc.de

organización horizontal y vertical de las violaciones colectivas tiende a extenderse, tanto en el espacio como en los términos sustantivos de la misma organización, y puede, en casos extremos, llegar a remplazar socialmente el sistema de referencia normativo de una sociedad que determina las conductas sociales aceptables.

La responsabilidad penal individual por una conducta que entraña la violación colectiva de derechos humanos, organizada y en grupo, no se excluye por el hecho de tratarse de delitos perpetrados en colectivo. Por el contrario, el Derecho Penal considera a esta persona como individuo libre y por ende penalmente responsable. Ahora, en el caso en el que el suceso colectivo sea el producto de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, suele establecerse, con base en la dimensión de responsabilidad personal-penal del individuo en el suceso macrocriminal, una escala de responsabilidad penal descendente, que incluye tanto a los individuos de los niveles más altos en la jerarquía como a los de los puestos inferiores de esa jerarquía. La base jurídico-penal para la apreciación de la dimensión de responsabilidad personal-penal de estos individuos en el suceso macrocriminal son las reglas de autoría y participación penal.

La base jurídico-penal de la dimensión de responsabilidad personal-penal de los individuos que se encuentran en los niveles más altos es la autoría mediata, en virtud del dominio que estos ejercen sobre la voluntad de quienes se encuentran en los niveles más bajos; en otras palabras, dominio de organización en virtud de un "aparato organizado de poder". El fundamento de este resultado es el concepto del dominio de organización de CLAUS ROXIN, en contraposición a los resultados del concepto finalista y del concepto objetivo-subjetivo del dominio final, dejando de lado, en la comprensión del dominio del hecho elegida para la presente disertación, posiciones que diferencian entre autoría y participación, a través de conceptos pu-

ramente normativos, como principalmente es la posición de GÜNTHER JAKOBS. Reparos de índole estructural y legal a este resultado no convencen. Así, los argumentos que oponen al resultado de la autoría mediata el principio de autonomía resultan con frecuencia en una argumentación circular sobre la equivalencia entre la teoría del dominio del hecho y el principio de autonomía. Además, afirmaciones en contra de la legalidad de la autoría mediata por dominio de organización respecto a un ejecutor directo del hecho macrocriminal, plenamente responsable, se revelan como poco sustantivas y presentan incoherencias en cuanto a su concepción como en la argumentación.

Más bien, este resultado diferenciado resuelve el problema doctrinario de la responsabilidad personal-penal en un hecho macrocriminal de una manera convincente y, además, tiene un importante potencial político-criminal, más allá de la determinación del *quantum* de una determinada pena. Quien, en cambio, insiste en un resultado no diferenciado, no aprovecha, como mínimo, este potencial político-criminal para programas que implementan una justicia "transicional" y que, con ello, no pretenden someter a todas las personas, al menos de la misma forma, a las consecuencias de su responsabilidad penal en un suceso macrocriminal, como es tendencialmente el caso de la Ley colombiana de Justicia y Paz y, más osado aún, el caso del Marco Jurídico para la Paz de Colombia.

EL DOMINIO DEL HECHO MACROCRIMINAL

*Si hubiera recibido la orden
de tirar el cartucho de gas
entre las víctimas,
entonces su conciencia
hubiera despertado,
pero ya que su deber era
perseguir a las víctimas*

*en los países de Europa
 y transportarlos
 a las cámaras de gas,
 su conciencia
 estaba en paz¹.
 (L)a proximidad o lejanía
 de uno o de otro,
 de entre estos muchos delincuentes,
 respecto al que mató realmente
 a la víctima,
 no dice en absoluto nada
 con relación a la dimensión
 de su responsabilidad.
 Más bien,
 el grado de la responsabilidad
 generalmente aumenta
 cuanto más alejado se esté de aquel
 que con sus propias manos
 utiliza al arma letal
 y más se acerque uno
 a los puestos superiores
 de la cadena de mando².*

FUNDAMENTOS

En la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, sus actores se encuentran generalmente agrupados en colectivos compuestos por varios elementos. Existe en ellos tanto una división del trabajo como una estructura interna. En el grupo normalmente algunos mandan y otros cumplen con el rol asignado. Es

1 Tribunal del Distrito de Jerusalén, sentencia del 12 de diciembre de 1961: *Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann*, reproducido en *International Law Reports*, t. xxxvi, Butterworths, London, 1968, p. 261.

2 *Ibíd.*, p. 236 y s.

decir, unos deciden y otros ejecutan la decisión. Así, la toma de decisiones puede ser compartida entre varios elementos y las órdenes transmitidas hasta el nivel de su ejecución.

Para cualquier concepto de Justicia frente al hecho de la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, es esencial la definición de la responsabilidad de las cabezas del grupo. Ello, no solo por el mayor estado de desamparo de las víctimas frente a esta situación de vulnerabilidad especial. También para reafirmar que esta situación no fue la obra de una "política miserable", de "perversión" o de simple "azar", sino de individuos libres que utilizaron individuos libres para atentar colectivamente, de forma organizada y en grupo, contra los derechos humanos.

1. Fundamento criminológico

1.1 Desamparo de las víctimas

El desamparo de las víctimas de la violación colectiva de sus derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, se produce por su indefensión frente a la concurrencia de varias personas en la violación. Este desamparo es de naturaleza especial, cuando la violación se realiza por "hombres de atrás" del colectivo, que atentan contra los derechos humanos desde la distancia, aprovechándose de la erosión del autocontrol en los victimarios frente a los valores básicos de la sociedad, esto es, frente a los derechos humanos fundamentales.

1.2 Descontrol de los victimarios

Este descontrol en los victimarios se produce típicamente por la naturaleza propia de la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo. Característico de esta situación es su anonimato

y su disposición a la obediencia, así como su desenfreno emocional y su desorientación normativa.

Así, en la medida en que aumenta el grado de división de funciones en el plano horizontal o el grado de jerarquía en el plano vertical, en la violación colectiva de los derechos humanos, organizada y en grupo, también se incrementa de forma tendencial el *anonimato*³ o la *disposición a la obediencia* para violar los derechos humanos⁴.

Además, en la medida en que la distancia vertical u horizontal de la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, conlleva a su vez una distancia espacial en relación con las víctimas, se *disminuye de forma tendencial la carga emocional* de los violadores respecto a las víctimas de sus conductas⁵. Si bien esto criminológico-etiológicamente no explica en todo⁶ las conductas en los grupos que atentan de forma

3 Cf. JAN-MICHAEL SIMON. "La función del Derecho Penal en casos de violencia colectiva: algunas consideraciones sobre los objetivos y fines del Derecho Penal en situaciones de posconflicto", en S. GARCÍA RAMÍREZ y O. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (coords.), *Panorama internacional sobre Justicia penal. Política criminal, Derecho Penal y Criminología*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2007, p. 558 y ss.

4 Cf. el famoso experimento de STANLEY MILGRAM. *Obedience to authority: An experimental view*, Taylor & Francis, New Haven, 1974, p. 123 y ss. Este experimento recientemente fue replicado, esencialmente con los mismos resultados y en sociedades distintas: la sociedad estadounidense por un lado y la francesa por el otro; cf. JERRY M. BURGER. "Replicating Milgram: Would people still obey today?", *American Psychologist*, n.º 64, 2009, pp. 1-11, y DOMINIQUE OBERLÉ, JEAN-LEON BEAUVOIS y DIDIER COURBET. "Une transposition du paradigme d'obéissance de Milgram à la télévision: enjeux, résultats et perspectives", en *Connexions*, n.º 95, 2011, pp. 71-88. Una crítica fundamental respecto a la validez del experimento de MILGRAM, sobre todo respecto a la teoría de la incapacidad moral consecuencia de la determinación cultural y social del ser humano, ofrece el juicio moral de NENAD DIMITRIJEVIC, *Duty to respond. Mass crime, denial, and collective responsibility*, CEU Press, Budapest and Nueva York, 2011, p. 106 y s.

5 MILGRAM, *op. cit. supra* n.º 4, p. 157.

6 Acerca del factor adicional de "distancia social" cf. HERBERT JÄGER, *Makro-kriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1989, p. 168 y ss. Obviamente, el planteamiento aquí presentado

colectiva contra los derechos humanos⁷, su impacto para el autocontrol es considerable, porque genera –en forma tendencial– detrimento y –en gran parte– la minimización de escrúpulos y sentimientos de culpabilidad de los integrantes de estos grupos⁸ y neutraliza, además, de esta manera, la función social asignada al Derecho, consistente en encaminar las conductas humanas para que entren en sintonía con la sociedad.

Bajo estas circunstancias, las dinámicas propias del grupo que atenta colectivamente contra los derechos humanos tienden a generar conductas “desviadas-conformes”. Esto es, desviadas frente a la norma de la sociedad mayor⁹, pero

no se debe confundir con planteamientos generales como los de la teoría general del control de GOTTFREDSON y HIRSCHI; cf. MICHAEL R. GOTTFREDSON, “Una teoría del control explicativa del delito”, en J. L. GUZMÁN DÁLBORA y A. SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho Penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 333-345.

- 7 Más allá de estos tres factores, se trata de una pregunta fundamental de la criminología relacionada con las teorías del programa estándar de la criminología de socialización, anomia, subcultura y neutralización (JÄGER, *op. cit. supra* n.º 6, p. 189 y ss.). JÄGER escoge la teoría de la neutralización (que a su vez tiene sus raíces en la teoría de las subculturas) para el análisis criminológico-etiológico de lo que él denomina “macrocriminalidad”. Respecto a la teoría de la neutralización en el contexto tratado por JÄGER, cf. RAÚL ZAFFARONI, “El crimen de Estado como objeto de la Criminología”, en S. GARCÍA RAMÍREZ y O. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (coords.), *op. cit. supra* n.º 3, pp. 19-34.
- 8 Cf. para el caso de la “macrocriminalidad”, JÄGER, *op. cit. supra* n.º 6, p. 188.
- 9 Sobre el sentido jurídico y social de los derechos humanos como elementos del sistema legal, cf. JAN-MICHAEL SIMON, “O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 92, 2011, p. 406 y ss. Jurídicamente, para los fines de la presente disertación, en cuanto a la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, aquí se adopta la posición de la Corte Internacional de Justicia¹⁾, esto es, la que postula que la protección ofrecida por las convenciones de derechos humanos no cesa en el caso de conflictos armados; eso, para los fines de la presente disertación, sin necesidad de entrar aquí en discusiones sobre la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario¹⁾.

¹⁾ En International Court of Justice, *Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory*. Advisory opinion, del 9 de julio de

conformes con las dinámicas de su grupo y las reglas que se desprenden de ellas¹⁰. En la medida en que estas dinámicas incrementan el grado interno de identidad con el grupo, pueden llegar incluso a cuestionarse la conciencia del injusto –es decir, en la terminología del Derecho Penal: el hecho de captar todo el sentido externo, jurídico-social¹¹– de la conducta por parte de los integrantes del grupo¹².

Esta *desorientación normativa* es aún más grave cuando los grupos que atentan en forma colectiva y de forma organizada contra los derechos humanos también son conformados por funcionarios del Estado¹³ o bien exclusivamente por estos, llegando en casos extremos a coincidir con el mismo Estado. El mayor peligro que implica la participación de funcionarios del Estado en este tipo de violaciones de derechos humanos radica en que la calidad del sujeto activo lleva en forma tendencial a diluir la diferencia entre el lado (desviado) externo de la conducta frente a la sociedad y el lado interno (conforme) respecto al grupo¹⁴, conduciendo

2004 (General List n.º 131), en I. C. J. Reports 2004, p. 136, párrafo 106; ¹⁰ cf. para una sinopsis CHRISTIAN TOMUSCIAT, "Human rights and international humanitarian law", *European Journal of International Law*, n.º 21, 2010, pp. 15-23.

¹⁰ Cf. JÄGER, *op. cit. supra* n.º 6, p. 157 y ss.

¹¹ ROXIN CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Civitas, Madrid, 1997 (traducción de la segunda ed. alemana de 1994), p. 243, nm. 24.

¹² Cf. el célebre trabajo de HERBERT JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Walter, Olten et al., 1967, p. 164 y ss.

¹³ Aparte del término "macrocriminalidad" de JÄGER, en lengua alemana abundan los términos para explicar las causas criminológicas de este fenómeno: "criminalidad reforzada por el Estado" ("staatsverstärkte Kriminalität"), "criminalidad organizada por el Estado" ("staatlich organisierte Kriminalität"), "criminalidad de Gobierno" ("Regierungskriminalität"); cf. la sinopsis de VASCO REUSS, *Zivildourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts. Was bedeutet Generalprävention in der globalen Zivilgesellschaft?*, Lit Verlag, Berlín, 2012, p. 5 y s.

¹⁴ Cf. HERBERT JÄGER, "Ist Politik kriminalisierbar?", en K. LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, tomo III (Makrodelinquenz), Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 126, quien señala que "macrocriminalidad"

en última instancia a lo que describe la metáfora “sistema de injusto”, cuando se refiere a “Estados criminalmente pervertidos” y lo “injusto del sistema”¹⁵. Bajo estas circunstancias, no solo los victimarios carecen de autocontrol, sino también la sociedad en general corre el peligro de perder su autocontrol frente a los derechos humanos fundamentales¹⁶.

1.3 Resumen

Se puede constatar que la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, eleva a sus víctimas a una situación de desamparo especial. Esto, sobre todo, por el anonimato, la disposición a la obediencia, el desenfreno y la desorientación normativa de sus victimarios, frecuentemente presentes en este tipo de violación de los derechos humanos. Esta erosión del autocontrol en los victimarios frente a valores básicos de la sociedad aumenta en la medida que la organización horizontal y vertical de las violaciones colectivas tiende a extenderse, tanto en el espacio como en términos sustantivos de la misma organización. En casos extremos, esto puede llegar a remplazar socialmente el sistema de referencia normativo de una sociedad que determina las conductas sociales aceptables.

tiene el potencial de no solo neutralizar la conciencia de la antijuridicidad de los participantes en la “macrocriminalidad”, sino, además, de tener un impacto sobre la opinión pública.

15 Cf. ERNST-JOACHIM LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, en *íd.*, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, p. 120 y ss.

16 Para un concepto criminológico consistente en contextualizar violencia extrema y genocidio y así entender los vínculos entre conflictos a nivel macro, su estructura microrrelacional y las dinámicas de lo que la autora llama “atrocidad masiva”, cf. SUSANNE KARSTEDT, “Contextualizing mass atrocity: Moving towards a relational approach”, en *Annual Review of Law and Social Science*, n.º 9, 2013, p. 387 y ss.

2. Fundamento político-criminal

Además del problema que implica la violación colectiva de los derechos humanos, cometida de forma organizada y en grupo, de exponer a sus víctimas a una situación de vulnerabilidad especial—sobre todo—como consecuencia de la tendencia a la erosión del autocontrol de los integrantes del grupo, este tipo de violación de los derechos humanos plantea un problema de índole político-criminal.

2.1 Culpabilidad penal

La primera faceta del problema consiste en que la desorientación respecto al ordenamiento jurídico en general y, muy en especial, del jurídico-penal, basado en los derechos humanos fundamentales¹⁷, inducida por las dinámicas sociales descritas, está relacionada con la capacidad de los seres humanos para pensar y actuar como individuos responsables. En este sentido, se ha planteado la pregunta relativa a si el Derecho Penal puede tratar la acción típica y antijurídica de la persona en la violación colectiva de los derechos humanos, organizada y en grupo, como comportamiento de un individuo plenamente libre y por lo tanto penalmente responsable¹⁸. Este interrogante aborda un problema fundamental para el principio básico del Derecho Penal *nulla poena sine culpa: el individuo por un lado y el colectivo por el otro*. Sin embargo, el problema no consiste en la responsabilidad penal del colectivo¹⁹. Más bien, se trata de determinar hasta qué punto el Derecho Penal puede afirmar la culpabilidad

17 Cf. CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo 1 (Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre), Beck, München, 2006, 4.ª ed., p. 222, nm. 59, donde menciona los derechos humanos y los principios del Estado social y de derecho.

18 JÄGER, *op. cit. supra* n.º 6, pp. 133 y 173 y ss.

19 Para los diferentes puntos de vista respecto a este tema, cf. ampliamente KAT AMBOS, *La parte general del Derecho Penal internacional. Bases para una elaboración*

individual de una persona por su participación en la violación colectiva de los derechos humanos, organizada y en grupo, cuando la acción típica y antijurídica de esta persona está inmersa en una erosión general del autocontrol de los integrantes del grupo.

Este problema fundamental del Derecho Penal se puede analizar desde la óptica de diversas concepciones de la culpabilidad penal²⁰. Entre estas, las dos posiciones más pronunciadas hoy por hoy, al menos en la teoría del delito de origen alemán²¹, son, por un lado, los conceptos de

dogmática, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005, p. 148 y ss.; cf. también *infra*, p. 16 y s.

- 20 Para una sinopsis muy instructiva sobre el desarrollo y cambio del concepto de culpabilidad penal en Alemania en lengua alemana, cf. HANS-HEINRICH JESCHECK, "Wandlungen des strafrechtlichen Schuld begriffs in Deutschland und Österreich", en *Juristische Blätter*, n.º 120, 1998, pp. 609-618, y en castellano, HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002 (traducción de la 5.ª ed. alemana de 1996), p. 447 y ss.; así como, en el ámbito de la ciencia penal colombiana, cf. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho Penal. Parte general*, Comlibros, Bogotá y Medellín, 2009, 4.ª ed., p. 808 y ss., y FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Comlibros, Medellín, 2007, 3.ª ed., p. 408 y ss. Una sinopsis aún más amplia presentan RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO SLOKAR y ALEJANDRO ALAGIA, *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, 2.ª ed., p. 390 y ss., p. 660 y ss., quienes agregan a la culpabilidad –entendida en sentido tradicional y estricto de culpabilidad de acto– el correctivo de la vulnerabilidad, consistente en el esfuerzo personal por la vulnerabilidad y el estado de vulnerabilidad, en que la relación entre ambas es de correlación inversa; es decir, cuanto más bajo el estado de vulnerabilidad, más esfuerzo debe efectuarse por no colocarse en una situación de vulnerabilidad para ser seleccionado por el sistema penal, como explican GABRIEL PÉREZ BARBERÁ y ALEJANDRO AGÜERO en "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", *Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2012, p. 262.
- 21 Cf. JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 229 y ss. Vale la pena resaltar aquí que "[l]a dogmática jurídico penal alemana [...] no [es] la única", como señala FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Dogmática penal afortunada y sin consecuencias (comentario)", en A. ESER, W. HASSEMER y B. BURKHARDT (COORDS.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 231; cf. también en este sentido a VELÁSQUEZ V. (2009), *op. cit. supra* n.º 20, p. 494. Sin embargo, en el ámbito latinoamericano, "[...] en cuanto al espíritu del sistema, que hace la esencia de la ciencia jurídica desde sus comienzos medievales, la principal inspiración actual (énfasis JMS) es decididamente alemana. [...] (S)u construcción y condiciones se deciden conforme a necesi-

culpabilidad con raíces en teorías funcionalistas del delito, donde las concepciones de CLAUS ROXIN y de GUENTHER JAKOBS predominan en la discusión²², y, por otro lado, los que no comparten los planteamientos funcionalistas de la culpabilidad y que hoy representan la posición dominante en Alemania²³.

A pesar del peso fundamental del problema planteado, este no representa problema alguno para el sistema de comprensión conceptual del Derecho Penal de GÜNTHER JAKOBS²⁴, en particular, para su concepto de culpabilidad²⁵.

dades o urgencias locales, pero las técnicas de construcción son universales y en estas técnicas, el aporte alemán es fundamental”, como resalta RAÚL ZAFFARONI, “La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina”, en H.-J. ALBRECHT, U. SIEBER, J.-M. SIMON y F. SCHWARZ (coords.), *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho Penal en la actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 13; cf., mucho más crítico respecto al estado actual de la dogmática alemana, MICHAEL PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012, p. 18.

- 22 Entre otros, de la misma opinión, TONIO WALTER, “Vor § 13”, en H. W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN y K. TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, tomo 1 (§§ 1-31), De Gruyter Recht, Berlín, 2006, 12.ª ed., nm. 172 (= LK-Walter, StGB, 12. Aufl., Vor § 13, rz. 172) y ZAFFARONI et al., *op. cit. supra* n.º 20, p. 666 y ss, especialmente la conclusión n.º 10 (p. 670 y s).
- 23 Entre otros, cf. JESCHECK, 1998, *op. cit. supra* n.º 20, p. 613, y WALTER, *op. cit. supra* n.º 22, nm. 164 y ss.
- 24 Cf. ampliamente GÜNTHER JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, *passim*, y de manera sinóptica en castellano, GÜNTHER JAKOBS, “La parte objetiva del comportamiento en la lesión de deberes negativos”, *Derecho & Sociedad*, n.º 39, 2013, pp. 11-17; cf. también las explicaciones de EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, *passim*; y en particular, respecto a la teoría de la pena, las explicaciones de MANUEL CANCIO MELIÁ y BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar”, en G. JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 15 y ss.
- 25 Cf. fundamentalmente los aportes de GÜNTHER JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976, *passim*, y en castellano GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (traducción de la 2.ª ed. alemana de 1991), p. 17 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma*

De acuerdo con esta posición, una disminución de la responsabilidad individual frente a la sociedad como consecuencia de la existencia de limitantes psíquicos de la persona no es socialmente aceptable y, por lo tanto, es normativamente imposible, salvo que sea factible imputar el injusto a otra causa, persona o "sistema" normativamente "competente" en vez de "psicológicamente capaz"²⁶, de tal suerte que se logre la reafirmación de la vigencia de la norma infringida²⁷; la "competencia" es entonces un término dogmático y no psicológico o criminológico²⁸.

y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional, Civitas, Madrid, 2000, p. 59 y ss., particularmente p. 67; de interés especial para el tema que tratamos aquí, GÜNTHER JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, *passim*, donde abandona, aún parcialmente, la función exclusivamente simbólica de la pena (en el sentido de reafirmar la vigencia de la norma), dándole una función de aseguramiento cognitivo de la norma; respecto a las implicaciones de esta concepción para un supuesto "Derecho penal del enemigo", cf. HANS-JÖRG ALBRECHT, "Sistemas de sanciones penales: presente y futuro", en U. SIEBER y J.-M. SIMON (eds.), *Hacia la unificación del Derecho Penal*, INACIPE, México D. F., 2011, 2.ª ed., p. 302.

- 26 Cf. GÜNTHER JAKOBS, "Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm", en H. GÖPPINGER y P. H. BRESSER (eds.), *Sozialtherapie. Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht. Bericht über die XXI. Tagung der Gesellschaft für die Gesamte Kriminologie vom 8.-10. Oktober 1981 in Saarbrücken*. Enke, Stuttgart 1982, p. 128 y s. Una redefinición de la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán en el caso Staschynskij (BGH 18, p. 87 y ss.) como "aplicación del artículo 21 cP Alemania transpuesta a las reglas de autoría y participación penal", utilizada para ratificar esta hipótesis. Cf. *ibíd.*, p. 133 y ss. Acerca de su posición particular respecto a los francotiradores del muro de la antigua RDA, cf. GÜNTHER JAKOBS, "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch", en J. ISENSEE, (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, pp. 37-64, *passim*, y, en el marco de una argumentación acerca del principio de retroactividad, GÜNTHER JAKOBS, "Untaten des Staates - Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der DDR?", *Goltdammer's Archiv*, n.º 141, 1994, pp. 1-19, *passim*.
- 27 JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 26, p. 128 y s., 134 y ss.; cf., contra la reducción de la función del Derecho Penal a la simple reafirmación de la norma, entre otros, CLAUS ROXIN, "Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand", *Goltdammer's Archiv*, n.º 160, 2013, pp. 433-453, 434 y s.
- 28 JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 26, p. 136.

Ahora, si bien la posición de JAKOBS pareciera más garantizadora de la libertad del ciudadano²⁹, por insistir contrafácticamente por principio en la receptividad normativa de la persona, específicamente para los casos que nos preocupan aquí, cuando se dan por un defecto de socialización, JAKOBS descarta *per se* considerar estos defectos, en caso que no haya, como aspecto adicional, un actual distanciamiento de la persona frente al sistema social que podría haber producido el defecto en cuestión en el pasado³⁰. Esto, porque la consideración de este defecto equivaldría al reconocimiento de que la resistencia contra futuras influencias socialmente nocivas no sería asunto propio de cada uno, lo que obstaculizaría el efecto de prevención general entre la declaración de la culpabilidad y la pena³¹.

Además, en un plano más abstracto de política-criminal, vale la pena mencionar que la posición de JAKOBS difícilmente es compatible con la legislación vigente en América Latina. Ello, porque muchas disposiciones de las legislaciones penales existentes en la región para determinar la incapacidad de culpabilidad o la capacidad de culpabilidad disminuida del individuo³² no establecen en forma taxativa cuáles son las categorías de datos psíquicos concretos, de los cuales se puede deducir la correlación funcional entre la sociedad y la culpabilidad penal, en el concepto de culpabilidad de

29 *Ibid.*, p. 131 *iic*; cf. también GÜNTHER JAKOBS, "Die Schuld der Fremden", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 118, 2006, p. 852 y ss.

30 JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 26, p. 136; esto es así, por más que este autor discuta la relevancia de diagnósticos psicológicos para medir el impacto de fuerzas dinámico-grupales (*loc. cit.*, p. 136 y s.); cf. también JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 29, p. 833.

31 *Ibid.*

32 Cf. art. 34, inciso 2 CP Argentina; art. 17 CP Bolivia; art. 26 CP Brasil; art. 33 CP Colombia; arts. 42 y 43 CP Costa Rica; art. 10, inciso 1, y art. 11, inciso 1, CP Chile; art. 27, inciso 4, CP El Salvador; art. 23, inciso 2, CP Guatemala; art. 23, inciso 2, CP Honduras; art. 34, incisos 1-3, CP Nicaragua; arts. 36 y 38 CP Panamá; art. 15, inciso VII, CP Fed. México; art. 23 CP Paraguay; art. 20, inciso, 1 CP Perú; arts. 62 y 63 CP Venezuela; art. 30 CP Uruguay.

JAKOBS³³, pudiendo encontrarse incluso códigos sin mencionar categoría alguna, como es el caso de los artículos 36 y 38 del Código Penal de Panamá del 2010³⁴. Lo anterior, como es obvio, sin necesidad de entrar aquí en discusiones sobre defectos sistemáticos de la concepción de JAKOBS³⁵, ni sobre posibles consecuencias político-criminales generales para la región de América Latina³⁶.

Descartado que la problemática planteada para la concepción de JAKOBS represente problema alguno, se puede proceder a dar respuesta a la pregunta referida a si la acción típica y antijurídica de la persona en la violación colectiva de los derechos humanos, cometida en forma organizada y en grupo, se puede tratar penalmente como comportamiento de un individuo plenamente libre. Partiendo del concepto

33 Cf. *supra* n.º 25. Esto es válido, independientemente que algunas de las codificaciones solo reconozcan los trastornos mentales, la "locura", etc., como factores que excluyen la responsabilidad, y no así las perturbaciones psíquicas, ni tampoco reconozcan la capacidad de culpabilidad o imputabilidad disminuida o reducida, por tratarse igualmente de hechos psíquicos.

34 Lo que, desde la perspectiva de JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 26, simplemente debería ser considerado literalmente como "equivocado" (*loc. cit.*, p. 129). En este sentido, la posición defendida por JAKOBS, como resultado de su programa general de una redefinición normativista del sistema penal, tiene implicaciones para el legislador; para el caso contrario, de la tendencia en la obra de este autor de redefinir proposiciones fácticas a partir de proposiciones normativas, cf. GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, "Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand", *Goltdammer's Archiv*, n.º 160, 2013, p. 456 y s.

35 Cf. la crítica fundamental de BERND SCHÜNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en BERND SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin am 15. mayo 2001*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 2001, p. 12 y ss. y en castellano BERND SCHÜNEMANN, "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología", en Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Actas y congresos. UNED, Madrid, 2001, pp. 643-664.

36 Cf. la crítica acentuada de FERNANDO VELÁSQUEZ V., "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2005, pp. 197-219, *passim*; a favor, cf. las contribuciones en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *El funcionalismo en el Derecho Penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

de culpabilidad de CLAUS ROXIN, que también es de raíz funcionalista y afirma que la necesidad preventiva de la pena debe ser considerada junto con la culpabilidad en una categoría de la responsabilidad³⁷, la respuesta a la pregunta es afirmativa. Esto, sin embargo, no por excluir hechos psíquicos en los casos que aquí nos ocupan, por motivos político-criminales *ab initio*, como lo propone JAKOBS, sino más bien porque el material empírico disponible lo ratifica.

Así, los diagnósticos del análisis de psicología de masas no resultan conceptualmente convincentes en cuanto a los preceptos jurídico-penales de la incapacidad de imputación y de culpabilidad³⁸; y tampoco lo son los resultados de la investigación de dinámicas de grupos³⁹. Más bien, las dinámicas de grupos –incluso en constelaciones con un fuerte componente estatal⁴⁰– solo tienen un valor criminológico-etiológico, pero no para los conceptos legales

37 Independientemente de su base conceptual, *cf.* ROXIN, *op. cit. supra* n.º 11, p. 798 y ss, nm. 16 y ss., con la excepción de pp. 805-807, nms. 31-33 y pp. 812-813, nms. 43-45. Sin embargo, para los fines de la presente disertación, no resulta necesario entrar aquí en las críticas al concepto de culpabilidad de ROXIN (para una sinopsis en castellano, *cf.* AMBOS, *op. cit. supra* n.º 19, p. 51 y s., nota de pie n.º 110).

38 JÄGER, *op. cit. supra* n.º 6, p. 146.

39 *Ibid.*, p. 178. Lo que sí hace este autor es ubicarlos *entre* el “triángulo de exculpación” de la incapacidad de culpabilidad, error de prohibición y estado de necesidad exculpante (*ibid.*). Ante la falta de un correlato exacto con las disposiciones legales –en el caso del Código Penal de Alemania, del art. 20 (incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas), art. 21 (capacidad de culpabilidad reducida), art. 17 (error de prohibición) y art. 35 (estado de necesidad exculpante)–, considera que a lo sumo podrían considerarse de *lege ferenda* (*loc. cit.*, p. 179), para luego desechar la idea (*loc. cit.*, p. 180); *cf.* la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en la cual rechaza un error de prohibición inevitable sobre el homicidio en los casos de los francotiradores del muro de la antigua RDA, BGHSt 39, p. 1, 35; pp. 168, 191 y s.; *cf.*, sin embargo, respecto a lesiones (graves) *ibid.*, p. 194 y s., así como BGH, NJW 1995, p. 1438.

40 Para una sinopsis respecto a la región de América Latina, *cf.* las contribuciones en JÖRG ARNOLD, JAN-MICHAEL SIMON y JAN WOISCHNIK (eds.), *Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina: una visión comparativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2006.

jurídico-penales de exculpación⁴¹. Por lo tanto, se puede afirmar que las características psico-sociales de la violación colectiva de los derechos humanos, organizada y en grupo, no excluyen, de acuerdo con el concepto funcionalista de culpabilidad de ROXIN⁴², la capacidad general de autocontrol de la persona que participa en estas violaciones y, por eso, la asequibilidad normativa que con la capacidad general de autocontrol se produce.

Por las mismas razones, tampoco excluyen la posibilidad de una actuación diferente de la persona, de acuerdo con los estándares de la experiencia de cualquier otra persona en su lugar, según el *concepto social-normativo de culpabilidad*⁴³, que pertenece a la posición dominante, contraria a planteamientos funcionalistas de la culpabilidad y que coincide de forma general con el concepto de culpabilidad del Tribunal Supremo Federal alemán⁴⁴.

De este modo queda claro que las características psico-sociales específicas de la violación colectiva de los derechos humanos, cometida en forma organizada y en grupo, no excluyen que la acción típica y antijurídica de la persona en el colectivo sea tratada por el Derecho Penal como el comportamiento de un individuo libre⁴⁵ y por lo tanto individualmente responsable. Más bien, ante la imposibilidad de

41 JÄGER, *op. cit. supra* n.º 6, p. 180, sin que este autor excluyera, además, la posibilidad de considerarlos en la determinación de la pena.

42 *Cf.* la versión del concepto de culpabilidad de ROXIN, *op. cit. supra* n.º 11, p. 810, nm. 39.

43 *Cf.*, entre otros, la versión del concepto de culpabilidad de JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 441. Respecto a su concepción social de la acción, *cf. infra* p. 26; para una síntesis de la crítica contra este concepto, incluyendo su traslado a la teoría de la pena, *cf.* BERND SCHÜNEMANN, "La culpabilidad: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Civitas, Madrid, 2000, pp. 91-128, 93 y ss.

44 BGHSt 2, p. 200 y ss.

45 *Ibid.* y ROXIN, *op. cit. supra* n.º 11 y s., p. 810, nm. 35. Respecto a la discusión sobre el "libre albedrío" entre deterministas, indeterministas y agnósticos en la materia (ROXIN), *cf.* JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* 17, p. 437 y ss., así como VELÁSQUEZ V. (2009), *op. cit. supra* n.º 20, p. 799 y ss.

ubicar su conducta entre el “triángulo de exculpación”⁴⁶ de la incapacidad de culpabilidad, error de prohibición y estado de necesidad exculpante, debe ser considerada como conducta culpable⁴⁷. Esto, sin que se excluya la posibilidad de considerar las características psico-sociales específicas del contexto de la violación colectiva de los derechos humanos en la determinación de la pena, tal como es la opinión del Tribunal Supremo Federal alemán en algunos casos de los francotiradores del muro de la antigua RDA⁴⁸.

2.2 Responsabilidad macrocriminal

Suponiendo que además de la exclusión de las características psico-sociales tampoco existieran factores de otra calidad que se ajustaran a lo prescrito por el denominado “triángulo de exculpación”, ante el Derecho Penal el comportamiento de cada una de las personas dentro del colectivo debe ser considerado igualmente como una conducta culpable. Ahora, en otro plano, podría preguntarse si todas estas personas deben ser responsabilizadas penalmente por su conducta. Sin embargo, esta cuestión, cuya solución no necesariamente implicaría en todo caso una sanción penal⁴⁹ o, al menos, un

46 Cf. *supra* n.º 39.

47 CLAUS ROXIN, “Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 299.

48 BGHSt 39, pp. 1, 35 y s.; sin embargo, sobre la base de un juicio moral, cf. la crítica contra la consideración de este contexto como circunstancia atenuante de DIMITRIJEVIC, *op. cit. supra* n.º 4, p. 102 y s.

49 Escéptico, HERBERT JÄGER, “Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts”, en G. HANKEL y G. STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburger Edition, Hamburg, 1995, p. 348 y s. Cf. también el informe de la Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: *Situación en Colombia. Reporte intermedio*, noviembre 2012 (mimeo), párrafos 12, 161, 206, así como la carta de agosto del 2013 de la fiscal general de la Corte Penal Internacional al presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (ref. 2013/025/FB/JCCD-evdu, s/f [mimeo]), en la cual la fiscal general determina que si los jueces de la Corte Penal Internacional tuvieron que fallar sobre la suspen-

determinado tipo de sanción penal⁵⁰, no constituye, por sí mismo, objeto de nuestro actual interés⁵¹.

Por el contrario, sí estamos interesados en mayor medida en una problemática fundamental, relacionada con nuestra cuestión del deber jurídico de responsabilizar penalmente al individuo⁵²: la selectividad del sistema

sión de la pena de prisión, prevista en el artículo transitorio 66, inciso 4 de la Constitución Política de Colombia⁹, “[...] una condena que sea grosera o manifiestamente inadecuada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos y la forma de participación del acusado, invalidaría la autenticidad del proceso judicial nacional, aun cuando las etapas previas del proceso hayan sido auténticas (énfasis JMS)”. Así mismo, la Corte Constitucional de Colombia en su comunicado de 28 de agosto del 2013¹⁰, a través del cual da noticia de la exequibibilidad del Acto Legislativo n.º 1 del 2012, señala en sus “parámetros de interpretación del Acto Legislativo” que “(8.) [e]l mecanismo de suspensión total de la ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables [...]”.

⁹ Introducido por el artículo 1 del Acto Legislativo n.º 1 del 2012 (llamado “Marco jurídico para la paz”), publicado en *Diario Oficial* n.º 48.508, del 31 de julio de 2012 (para el texto, cf. *infra* n.º 73); ¹⁰ cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-579/13, del 28 de agosto de 2013, M. P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, sintetizada en comunicado de prensa n.º 34, del 28 de agosto de 2013.

- 50 Cf. JAN MICHAEL SIMON, “Entre o global e o local: Negociações de paz e Tribunal Penal Internacional”, en M. MONTE FERREIRA, M. C. CALHEIROS, F. CONDE MONTEIRO y F. NOVERSA LOUREIRO (eds.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do código de processo penal português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 607 y ss.
- 51 Respecto a esta pregunta, por ejemplo, sobre el problema específico de negociar la responsabilidad penal y sus consecuencias en negociaciones de paz, pero también con varias referencias al problema en general, cf. *ibid.*, *passim*.
- 52 Fundamental: CARLOS S. NINO, “The duty to punish past abuses of human rights put into context: The case of Argentina”, *Yale Law Journal*, n.º 100, 1991, p. 2620; respecto a la afirmación *equivoca* que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (en adelante: Estatuto de Roma)⁹ hubiera establecido un deber internacional convencional o afirmado o reafirmado un deber del derecho consuetudinario internacional, cf. SIMON, *op. cit. supra* n.º 50, p. 589 y ss.; en cambio, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹⁰ la obligación internacional está establecida por la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹.

⁹ UN doc A/CONF.183/9 del 17 de julio de 1998; ¹⁰ en United Nations Treaty

penal⁵³. Esta problemática general del sistema penal⁵⁴ se hace aún más evidente en el caso de la violación colectiva de los derechos humanos, organizada y en grupo. Sin embargo, no es su enunciación como problemática general, sino un aspecto específico de la selectividad general del sistema penal, lo que debe ocupar nuestra atención: *la selección de la responsabilidad penal individual*.

La selección de la responsabilidad penal individual se plantea como solución al deber de responsabilizar penalmente al individuo por su conducta típica, antijurídica, culpable y parte de un suceso colectivo, cuando esta conducta va adquiriendo como acto-parte en este suceso colectivo la calidad de una conducta "macrocriminal"⁵⁵. Esta calidad de criminalidad se produce, según JÄGER⁵⁶, cuando el suceso colectivo tiene la característica de un "estado de excepción" en la sociedad. Este "estado de excepción" se diferencia de la criminalidad del estado normal de una sociedad, esencialmente, en que, para el primero, la sociedad y el Estado son los factores determinantes de la criminalidad⁵⁷. Así, lo característico de este tipo de criminalidad son, según JÄGER, "comportamientos conforme al sistema y amoldados a la situación dentro de

Series 1144, 1979, p. 123 y ss.; ⁱⁱⁱ cf. las referencias en JAN-MICHAEL SIMON, "Posibilidades y límites de la persecución penal de las violaciones a los derechos humanos perpetrados en el pasado en la República de Haití: entre el derecho nacional y el derecho internacional", *Derecho & Sociedad*, n.º 39, 2013, p. 45 y s.; afirman la plausibilidad *moral* de este deber en el caso de violaciones de los derechos humanos graves y sistemáticas, PÉREZ BARBERÁ y AGÜERO, *op. cit. supra* n.º 20, p. 259 y ss.

53 JÄGER, *op. cit. supra* n.º 49, p. 335 y ss.

54 *Ibid.*, p. 335; SIMON, *op. cit. supra* n.º 3, p. 559; cf. Ampliamente, sobre el problema general de la selectividad como característica estructural del sistema penal, ZAFFARONI *et al.*, *op. cit. supra* n.º 20, p. 7 y ss.

55 Cf. la definición de "macrocriminalidad" de JÄGER, *op. cit. supra* n.º 14, p. 122 y s.

56 Cf. *supra* n.º 13.

57 JÄGER, *op. cit. supra* n.º 14, p. 123.

una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva⁵⁸.

Ante esta situación excepcional para el Derecho Penal⁵⁹, se ha argumentado que seleccionar exclusivamente la responsabilidad penal de un individuo en un suceso colectivo de esta naturaleza resultaría en un ejercicio poco adecuado a la justicia penal⁶⁰. Más bien, correspondería con la justicia que la pena se dirigiera, en primer lugar, contra el propio colectivo⁶¹. Además, podría argumentarse que un concepto de Derecho Penal de exclusiva responsabilidad individual, en estos casos, terminaría necesariamente en una decisión injusta por solo poder seleccionar chivos expiatorios⁶².

58 *Íd.*, *op. cit. supra* n.º 49, p. 327.

59 Así, pero con relación a crímenes del Estado, CLAUS ROXIN, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* n.º 110, 1963, p. 193, quien califica esta situación como "[...] caso, con el cual el Derecho Penal no contó, por razones obvias [...]".

60 LAMPE, *op. cit. supra* n.º 15, p. 170 y s., y no justicia moral; para la discusión sobre la responsabilidad moral por crímenes colectivos, cf. DIMITRIJEVIC, *op. cit. supra* n.º 4, p. 133 y ss.

61 LAMPE, *op. cit. supra* n.º 15, denominado por el autor "sistema social" (*loc. cit.*, p. 103), abogando, por lo visto, por un Derecho Penal que en última consecuencia estaría dirigido contra el propio Estado, con base en el antiguo artículo 19 del proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado.

62 Así, la interpretación del planteamiento respecto al "cabeza de turco [...]" que sirva de ejemplo", en *ibíd.*, p. 171, por JÄGER, *op. cit. supra* n.º 49, p. 330. Sin embargo, no se trataría de una interpretación adecuada del planteamiento de LAMPE ya que él mismo llega a esta conclusión por razones prácticas, de índole procesal penal, y no por razones fundamentales de Justicia penal, o sea, basadas en una determinada teoría de la pena. Por eso, tampoco es acertada la crítica subsiguiente del mismo JÄGER, *op. cit. supra* n.º 14, p. 132, quien censura la posición de LAMPE por teóricamente inconsistente en su planteamiento de la relación cumulativa entre el injusto del sistema y el injusto individual, porque al responsabilizar penalmente al individuo no se arreglaría la objeción del "chivo expiatorio" respecto al delito realizado por este, dentro del sistema o colectivo.

Independientemente de la sostenibilidad teórica⁶³ y jurídica⁶⁴ de estas posiciones⁶⁵, ambas aciertan en el problema de fondo que pretenden resolver: el individuo por un lado y el colectivo por el otro. Tomando este problema como punto

-
- 63 Así, NINO, *op. cit. supra* n.º 52, p. 2620 y s., señala que el problema planteado es teóricamente limitado porque solo se presenta con base en una teoría retributiva de la pena.
- 64 Así, JÄGER, *op. cit. supra* n.º 49, p. 330, resalta que este enfoque –tal como LAMPE, *op. cit. supra* n.º 15, p. 173, de hecho lo sostiene, a pesar de supuestamente proponer un Derecho Penal contra el propio Estado (*cf. supra* n.º 61)– entrañaría la responsabilidad penal por la integración en una organización criminal que abarcaría la mera pertenencia a la organización, pero no los delitos perpetrados dentro de la organización. El antecedente de esta estrategia serían los artículos 6, 9, 10 y 11 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, anexo al Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945⁹⁾, así como el artículo 11, inciso 1, *lit. d*) de la Ley del Consejo de Control n.º 10 (“Kontrollratsgesetz” n.º 10), promulgada por el Consejo Aliado en Berlín, el 20 de diciembre de 1945¹⁰⁾. Este antecedente es declarado por JÄGER (*loc. cit.*) como “camino equivocado”, sin embargo, sosteniendo su opinión con una referencia en la nota al final n.º 13 al trabajo de KARL SIEGERT, *Grundlinien des Völkerstrafprozessrechts*, Musterschmidt, Göttingen, 1953, p. 37. En vez de este autor de la Universidad de Gotinga, con publicaciones de inspiración claramente antisemitas entre 1933 y 1945¹¹⁾, respecto a la extensión de la jurisdicción penal a organizaciones y con el propósito de establecer la pertenencia a los mismos como un delito en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional y en la Ley del Consejo de Control n.º 10, más bien, *cf.* la crítica prominente de HANS KELSEN, “Will the judgment in the nuremberg trial constitute a precedent in international law?”, *International Law Quarterly*, n.º 1, 1947, p. 165 y ss.; *cf.* también ALLISON M. DANNER y JENNY S. MARTÍNEZ, “Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law”, *California Law Review*, n.º 93, 2005, p. 112 y ss. Además, vale la pena aclarar que la posibilidad de extender la jurisdicción penal a organizaciones, así como también el propósito de establecer la pertenencia a las mismas como un delito, con posterioridad, no han sido incluidos en los estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, ni de la Corte Especial para Sierra Leona, ni de la Corte Penal Internacional.
- ⁹⁾ Reproducido en *United Nations Treaty Series*, n.º 82, 1951, p. 279 y ss.; ¹⁰⁾ publicado en *Diario Oficial* del Consejo de Control en Alemania, p. 50 y ss.; ¹¹⁾ *cf.* KARL SIEGERT, “Das Judentum im Strafverfahrensrecht”, en *Das Judentum in der Rechtswissenschaft*, tomo 4 (Judentum und Strafrecht), Deutscher Rechtsverlag, Berlín, 1936, pp. 19-38.
- 65 Ya muy temprano ROXIN, *op. cit. supra* n.º 59, p. 193, señaló que este tipo de delincuencia “[...] se puede comprender penalmente bajo dos aspectos: como crimen colectivo y como hecho singular”. Además, advierte que “ninguno de estos aspectos por sí mismo logra alcanzar plenamente el injusto del hecho”.

de partida para salir de la situación excepcional a través de la selección de la responsabilidad penal individual, como reacción del Derecho Penal ante un suceso macrocriminal, su fundamento consiste en considerar como criterio de selección la característica principal que distingue la macrocriminalidad como criminalidad de un "estado de excepción" en la sociedad, de la criminalidad del estado normal de una sociedad, esto es: *la dimensión de responsabilidad personal-penal del individuo en un suceso colectivo*.

Tal como en el caso de la criminalidad en el estado normal de una sociedad, también la macrocriminalidad se caracteriza por la paridad de infracciones en gran cantidad. La diferencia entre ambas, sin embargo, es que los típicos delitos de la llamada criminalidad de masa de cada día, como lo son –entre los delitos clásicos– especialmente los delitos contra el patrimonio económico del hurto y de la estafa, son conductas desviadas, o sea, hechos individuales no conformes a la sociedad y su Derecho (Penal)⁶⁶. En cambio, lo característico de la macrocriminalidad como suceso colectivo es que los comportamientos no son desviados, sino son "conforme(s) al sistema y amoldados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto parecido de acción colectiva"⁶⁷. En este sentido, un aparato de poder macrocriminal, en lo general, está compuesto, por un lado, por individuos que definen el sistema macrocriminal y tienen capacidad de decidir y de disponer y, por el otro, por los individuos que lo siguen⁶⁸.

66 Para una apreciación criminológico-etiológica del fenómeno en Alemania, cf. FRANZ STRENG, "Massenkriminalität – Befunde der Kriminologie", *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, n.º 19, 2008, pp. 148-158.

67 Cf. *supra* n.º 58.

68 Cf. ROXIN, *op. cit. supra* n.º 59, p. 201 y ss., así como ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000 (traducción de la séptima ed. alemana de 1999), p. 271 y ss., quien cita para los fundamentos estructurales del dominio de la organización el análisis de su discípulo, publicado un año antes, sobre el proceso contra el criminal nazi Adolf Eichmann⁹: HERBERT

Su función social consiste en la creación de una organización jerárquica para generar comportamientos conformes al sistema macrocriminal y amoldados a la organización, la cual se nutre de la erosión del autocontrol de sus integrantes⁶⁹, para el desarrollo, por así decirlo, “automático” de hechos macrocriminales⁷⁰. Por eso, la reacción del Derecho Penal frente a un suceso específico, en el desarrollo del sistema macrocriminal, suele consistir en diferenciar, por un lado, entre los que están al mando en la jerarquía para el desarrollo del sistema macrocriminal y que en estas ocasiones suelen denominarse “principales criminales”⁷¹, individuos que tienen “la mayor responsabilidad”⁷² o “máximos responsables”⁷³ y, por otro, todos los demás penalmente responsables⁷⁴.

JÄGER, “Betrachtungen zum Eichmann-Prozess”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, n.º 45, 1962, p. 79 y s.

⁶⁹ Cf. la sentencia de la primera instancia del Tribunal del Distrito de Jerusalén, *Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann*, cit. *supra* n.º 1.

⁶⁹ Cf. *Supra*, p. 5 y ss.

⁷⁰ Cf. ROXIN, *op. cit. supra* n.º 59, p. 200: “Esta organización desarrolla una vida independiente de la composición de sus miembros cambiante. Su funcionamiento no depende de la personalidad individual de los ejecutores, sino que es, por así decirlo, ‘automático’”; para la traducción del original alemán al castellano, ligeramente diferente, cf. ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 272.

⁷¹ Cf. el art. 3 del Acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y el art. 1 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, *cit. supra* n.º 64.

⁷² Así, reiteradamente el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por ejemplo el caso de la Corte Especial para Sierra Leona (UN SC Res. 1315, párrafo 3, en UN doc S/RES/1315 [2000], del 14 de agosto de 2000) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (UN SC Res. 1503, párrafo 7 del preámbulo, en: UN doc S/RES/1503 [2003], del 28 de agosto de 2003).

⁷³ Así, el artículo transitorio 66, inciso 4 de la Constitución Política de Colombia, *cit. supra* n.º 49: “Tanto los criterios de priorización como los de selección son inherentes a los instrumentos de justicia transicional. El fiscal general de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables [énfasis, JMS] de todos los delitos que adquieran la

Con este razonamiento diferenciador de la dimensión de responsabilidad personal-penal del individuo en el suceso colectivo, se construye una sistemática caracterizada por agrupar las responsabilidades penales en el suceso macrocriminal por la paridad de la dimensión de responsabilidad personal-penal del individuo en el suceso colectivo⁷⁵, basada en una escala descendente, en la que los que de alguna forma definen el sistema macrocriminal se encuentran en la parte superior y, más abajo, los que siguen al sistema. Esta escala de responsabilidad penal, casi siempre⁷⁶, tanto

connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática; establecer los casos, requisitos y condiciones en los que procedería la suspensión de la ejecución de la pena; establecer los casos en los que proceda la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas, o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena; y autorizar la renuncia condicionada a la persecución judicial penal de todos los casos no seleccionados. La Ley estatutaria tendrá en cuenta la gravedad y representatividad de los casos para determinar los criterios de selección”.

- 74 Así, explícitamente, la Ley del Consejo de Control n.º 10 (*cit. supra* n.º 64), que *ratione personae* aplica a “personas distintas de las tratadas por el Tribunal Militar Internacional” (de Núremberg). Otro ejemplo muy diferenciado es el caso de Ruanda, como lo menciona JAN-MICHAEL SIMON, “Violencia masiva patrocinada por el Estado. Responsabilidad criminal y ‘reconciliación’”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005), p. 283, nota de pie n.º 38 y, más ampliamente y actualizado, PAUL CHRISTOPH BORNKAMM, *Rwanda’s Gacaca Courts. Between retribution and reparation*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 41 y ss.
- 75 Cf. expresamente lo que se define como “criterio subjetivo de priorización”: Fiscalía General de la Nación: “Directiva 0001-2012 por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía”, 4 de octubre de 2012 (mimeo), hoja 28 y s.; cf. también, señalando la disparidad entre los diferentes niveles de actores, SHACHAR EL DAR, “Exploring international criminal law’s reluctance to resort to modalities of group responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 11, 2013, p. 14.
- 76 No así, inicialmente, en el caso de Ruanda; cf., también en cuanto a las consecuencias desastrosas para los derechos humanos del programa amplio de persecución penal ruandés, SIMON, *op. cit. supra* n.º 74, p. 280 y ss.; consecuencias de esta naturaleza ya habían sido advertidas de forma general por NINO, *op. cit. supra* n.º 52, p. 2620.

en el ámbito internacional⁷⁷ como en el nacional⁷⁸, es la base para diseñar estrategias de salida a la problemática de no poder someter a todas las personas, al menos de la misma forma, a las consecuencias de su responsabilidad penal en el suceso colectivo, en una determinada jurisdicción penal⁷⁹.

77 Cf. el análisis amplio de MORTEN BERGESMO y MARÍA PAULA SAFFON, "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?", en K. AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bogotá, 2011, pp. 23-112, *passim*.

78 Cf. el ejemplo de Argentina en NINO, *op. cit. supra* n.º 52, especialmente p. 2626 y s. Esta parece ser también la comprensión reciente en Colombia respecto a la Ley 975 del 2005 de Justicia y Paz⁸⁰, con tan solo diez sentencias en primera instancia (con 14 sentenciados que se habían postulado al régimen especial de la ley) y siete en segunda instancia (con 9 postulados) a febrero del 2013, esto es, después de ocho años de vigencia de la Ley n.º 975 del 2005 de Justicia y Paz⁸¹; cf. también la Directiva 0001-2012 del 4 de octubre de 2012 de la Fiscalía General de la Nación⁸², así como el artículo 13 de la Ley 1592 del 2012⁸³, que introduce un nuevo artículo, 16a, a la Ley 975 del 2005 de Justicia y Paz; cf. también el texto del inciso 4 del nuevo artículo 66 transitorio de la Constitución Política de Colombia, *cit. supra* n.º 73.

⁸⁰ Publicado en *Diario Oficial* 45.980, del 25 de julio de 2005; ⁸¹ según Fiscalía General de la Nación, *Informe de gestión 2012-2013*, Bogotá, marzo 2013, p. 37 y ss.; ⁸² Fiscalía General de la Nación, *op. cit. supra* n.º 75, hoja 3, sin embargo, incluyendo en su concepto de "máximo responsable", además de la jerarquía y del control en la organización de un hecho delictivo, *independientemente* de este criterio, a la calidad misma del hecho, denominada genéricamente como "particularmente notorio"; ⁸³ publicado en *Diario Oficial* 48.633 del 3 de diciembre de 2012: "Art. 16A. (1) Criterios de priorización de casos. Con el fin de garantizar los derechos de las víctimas, el Fiscal General de la Nación determinará los criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal que tendrán carácter vinculante y serán de público conocimiento. (2) Los criterios de priorización estarán dirigidos a esclarecer el patrón de macrocriminalidad en el accionar de los grupos armados organizados al margen de la ley y a revelar los contextos, las causas y los motivos del mismo, concentrando los esfuerzos de investigación en los máximos responsables. Para estos efectos, la Fiscalía General de la Nación adoptará mediante resolución el 'Plan Integral de Investigación Priorizada'".

79 Cf., de forma ejemplar, las palabras del presidente de la República de Colombia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 68.º periodo de sesiones ordinarias, cuando señaló: "[N]o podemos pretender investigar todos los hechos cometidos en medio siglo de violencia y procesar a todos los responsables para luego no cumplir, pero sí podemos construir una estrategia realista y transparente que permita satisfacer de la mejor manera los dere-

Esto, por una variedad de razones prácticas y políticas que no es menester mencionar aquí⁸⁰, como tampoco lo son las implicaciones de esta calidad de selección para la justificación general de este tipo de justicia penal⁸¹, ya sea fuera o dentro de un esquema de Justicia con un metaatributo como es el caso de la llamada "justicia transicional"⁸². Más bien,

chos de todas las víctimas"⁹). Respecto al problema de la llamada "brecha de impunidad" que resultaría de la política de la oficina de la fiscal general de seleccionar las personas que tienen la mayor responsabilidad en los crímenes más graves bajo la jurisdicción material de la Corte Penal Internacional, por un lado, y la decisión de un Estado sujeto al régimen de complementariedad de la Corte Penal Internacional de no someter a todas las personas que han cometido crímenes bajo la jurisdicción material de la Corte Penal Internacional, cf. SIMON, *op. cit. supra* n.º 50, p. 603; respecto al artículo transitorio 66, inciso 4, de la Constitución Política de Colombia que menciona "[...] criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación (énfasis JMS) penal de los máximos responsables [...]" (*cit. supra* n.º 49 y 73), cf. la carta del 7 agosto del 2013 de la fiscal general de la Corte Penal Internacional al presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia,¹⁰ en la cual la fiscal general "[...] enfatiza(r) que la estrategia procesal de mi despacho no debe considerarse como autoridad precedente o directriz para interpretar los parámetros de las obligaciones jurisdiccionales internas con relación a la investigación o procesamiento [énfasis JMS] de crímenes internacionales".

⁹ Palabras del presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos, ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el 68.º periodo de sesiones ordinarias. Nueva York, 24 de septiembre de 2013 (www.colombiaun.org, último acceso: 28/09/2013); ¹⁰ Ref. 2013/028/FB/JCCD-pmdu. S/f, mimeo.

- 80 Las razones son múltiples e implican muchas veces problemas que siempre están presentes en el Derecho Penal, solo que en estos casos son más pronunciados, como, entre otros, el problema de recursos limitados, según enseña de forma drástica el caso ruandés (cf. SIMON, *op. cit. supra* n.º 74, p. 280 y ss.); respecto al problema específico de negociar la responsabilidad penal y sus consecuencias en negociaciones de paz, cf. SIMON, *supra* n.º 51.
- 81 Cf. NINO, *cit. supra* n.º 63, con una propuesta utilitarista; sin embargo, respecto a los problemas de concepciones utilitaristas en casos de violencia colectiva, cf. SIMON *op. cit. supra* n.º 3, p. 560; además, respecto al problema relacionado con la prohibición de la arbitrariedad como corolario del principio de igualdad en el ámbito del Derecho Penal internacional, cf. JÄGER, *op. cit. supra* n.º 49, p. 335 y ss., y en el mismo sentido, MIRJAN R. DAMASKA, "What is the point of international criminal Justice?", *Chicago-Kent Law Review*, n.º 83, 2008, p. 360 y ss.
- 82 Sobre el carácter ambiguo de lo que describe este término, cf. las referencias en SIMON, *op. cit. supra* n.º 74, p. 274 y s.; SIMON, *op. cit. supra* n.º 9, p. 404 y s.

el asunto que ocupa nuestra atención es la base jurídico-penal de la escala de responsabilidad penal para el suceso macrocriminal.

En el Derecho Penal, una diferenciación entre responsabilidades penales muchas veces se ve reflejada en tipos penales como el de asociación ilícita y rebelión, entre otros, que distinguen entre "jefes", "cabecillas", "promotores" o "dirigentes" por un lado⁸³, y los demás por otro, atendiendo, en cualquier caso, al marco de la determinación de la pena que se haya estipulado⁸⁴. Sin embargo, aparte del concepto diferenciador en estos tipos penales, que suelen ser delitos de organización o sus respectivos agravantes, el juez normalmente no cuenta con ninguna regla sustantiva que defina la responsabilidad en un hecho colectivo, perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, de los individuos que mandan en esta misma jerarquía, en el caso concreto. Más bien, la base jurídico-penal para la apreciación del aporte de estos individuos al hecho macrocriminal son, aparte de los demás presupuestos contenidos en la parte general de los códigos penales, las reglas generales de autoría y participación de los mismos. Ello, sin la necesidad de entrar aquí en la discusión del caso particular en el cual la posición jerárquica coincide con un respectivo deber de garante, como es el caso del artículo 4 del Código Penal Internacional alemán ("Völkerstrafgesetzbuch") que penaliza, con base en ello, la promoción de la realización del hecho por inacción consciente⁸⁵;

83 Cf. ROXIN, *op. cit. supra* n.º 59, p. 193.

84 Desde la perspectiva de la historia del Derecho, se trata de una diferenciación muy antigua que tiene su fundamento en la *conspirationibus* del periodo franco (482-843 AD), tal como está establecido en el Capítulo 10 de la ordenanza "Capitular de Diedenhof" de Carlomagno.

85 Mientras que el art. 4^º, en consonancia con el modelo del art. 357 CP Alemaniaⁱⁱ⁾, establece una responsabilidad del superior en grado de autoría para el caso de que este supiese de la inminencia de un hecho por un subordinado, el art. 13ⁱⁱⁱ⁾ regula de forma independiente el delito de infracción del deber de

vigilancia y comprende así los casos abordados en el art. 28 del Estatuto de Roma (*cit. supra* n.º 52) que da el mismo peso a los supuestos dolosos que a la mera no evitación imprudente de los delitos de los subordinados. En suma, el art. 4 recoge un aspecto de la responsabilidad del superior por los delitos del inferior contenida en el art. 28 del Estatuto de Roma. El Derecho Penal alemán no contiene ninguna regla general de este tipo que establezca la *autoría* por omisión, si bien es cierto que se llega al resultado de la *punibilidad* del superior en los casos en los que este permite a sabiendas la comisión del hecho por el subordinado sujeto a obediencia, bien a través del art. 13 *CP* Alemania o, en los casos del ejercicio de un *cargo público*, por el precepto especial del art. 357 *CP* Alemania. En cambio, si el superior no sabía nada de los inminentes delitos del subordinado, no puede ser castigado igual que si fuera autor del delito doloso, según los principios del Derecho Penal alemán, por falta de dolo. La amplia extensión del concepto de *autoría* en este punto, según la máxima *respondet superior*, como prevé el art. 28 lit. a (i) del Estatuto de Roma también para el supuesto de no impedir un delito de manera meramente imprudente, no podría ser por ello adoptada en la parte general del Código Penal Internacional alemán. Estos supuestos, más bien, son comprendidos en la parte especial del código a través de los preceptos sobre la lesión del deber de vigilancia (art. 13) así como sobre la omisión de la comunicación de un delito (art. 14)^{iv)}.

^{v)} Art. 4: "Responsabilidad de los jefes y otros superiores. (1) Un jefe militar o un superior civil que omite impedir a sus inferiores cometer un hecho descrito en esta Ley será castigado como autor del hecho (énfasis, JMS) cometido por el inferior. En estos casos no es de aplicación el art. 13, inciso 2 del Código Penal. (2) Se equipara al jefe militar la persona que en un grupo armado ejerza efectivamente el mando o la autoridad y el control. Se equipara al superior civil quien en una organización civil o en una empresa ejerza efectivamente la autoridad y el control". ^{vi)} Art. 357. "Inducción de un subordinado a un hecho punible: (1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo público o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurre en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico. (2) La misma determinación se aplicará a un titular de cargo público, a quien se le ha encargado de la supervisión o control de los actos de servicio público de otro titular de cargo público, en tanto que el hecho antijurídico cometido por este último titular de cargo público afecte los asuntos que se encuentran sometidos a su supervisión y control". ^{vii)} Art. 13: "Infracción del deber de vigilancia: (1) El jefe militar que omite dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su mando o control efectivo será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible para el jefe y hubiera podido evitarlo. (2) El superior civil que omite dolosa o imprudentemente controlar como es debido a un subordinado bajo su autoridad o control efectivo será castigado por infracción del deber de vigilancia cuando el inferior cometa un hecho descrito en esta ley cuya inminencia era cognoscible sin más para el superior y hubiera podido evitarlo.

ello, por tratarse solamente de un aspecto del sistema general de autoría y participación⁸⁶.

2.3 *Resumen*

Se puede constatar que la responsabilidad penal individual por una conducta en la violación colectiva de derechos humanos, organizada y en grupo, no se excluye por el hecho de tratarse de delitos perpetrados en colectivo. Por el contrario, el Derecho Penal considera a esta persona como individuo libre y por ende penalmente responsable. Ahora, en el caso que el suceso colectivo sea perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, suele establecerse, con base en la dimensión de responsabilidad personal-penal del individuo en el suceso macrocriminal, una escala de responsabilidad penal descendente, con los individuos que dan las órdenes en el nivel de jerarquía más alto, y más abajo, los individuos de menor jerarquía. La base jurídico-penal para la apreciación de la dimensión de responsabilidad personal-penal de estos individuos en el suceso macrocriminal son las reglas de autoría y participación penal.

3. Fundamento jurídico-penal

El concepto jurídico-penal para diferenciar entre autoría y participación, plenamente dominante tanto en la jurisprudencia⁸⁷

(3) Es aplicable en su caso el art. 4 inciso 2. (4) La infracción dolosa del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta cinco años, la infracción imprudente del deber de vigilancia será castigada con la pena de privación de libertad de hasta tres años". ^{iv)} Cf. ampliamente la explicación de los motivos del *Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17. Juli 1998*. Drucksache n.º 14/8527, del 13 de febrero de 2002.

⁸⁶ Cf., sin embargo, *infra* n.º 232.

⁸⁷ Brasil: sentencias del Superior Tribunal de Justiça del Brasil (en adelante:

STJ): RESP 1068452/PR, relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, del 2 de junio de 2009, en *Diário da Justiça Eletrônico* del 29 de junio de 2009; STJ, HC 30503/SP, relator Paulo Medina, Sexta Turma, del 18 de octubre de 2005, en *Diário da Justiça* del 12 de diciembre de 2005, p. 424; STJ, HC 39732/RJ, relatora Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, del 26 de junio de 2007, en *Diário da Justiça* del 3 de septiembre del 2007, p. 225; STJ, RESP 1.043.415/PR, del 18 de agosto de 2008; STJ, HC 73.193/PE, del 23 de abril de 2008; Sentencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil, STF-Inq 2245, relator Joaquim Barbosa, del 28 de agosto de 2007, en *Diário da Justiça Eletrônico* del 9 de noviembre de 2007. Chile: Sentencia del ministro Sergio Muñoz Gajardo, Rol n.º 1643-1982, del 5 de agosto de 2002; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 11.821-2003, del 5 de enero de 2004; Sentencia del ministro Hugo Dolmetsch, Rol n.º 39.122, del 26 de julio de 2006; Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol n.º 3744-07, del 21 de septiembre de 2007. Colombia: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Colombia: del 26 de octubre de 2000, radicado n.º 15610; del 21 de abril de 2004, radicado n.º 18656; del 9 de marzo de 2006, radicado n.º 22327; del 23 de febrero 2010, radicado n.º 32805; del 18 de marzo de 2010, radicado n.º 27032; cf. también la sentencia del 22 de mayo de 2003, radicado n.º 17457, respecto a la cual VELÁSQUEZ (2009), *op. cit. supra* n.º 20, p. 880, en la nota de pie n.º 52 constata “no solo confusión en la materia sino un atraso teórico preocupante”. Costa Rica: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Tercera (Penal): Resolución 2000-1427, del 15 de diciembre de 2002 (10:15 Hs); Resolución 2003-00776, del 9 de septiembre del 2003 (15:25 Hs); Resolución 2004-00569, del 21 de mayo de 2004 (11:35 Hs); Resolución 2005-01135, del 30 de septiembre de 2005 (10:05 Hs). El Salvador: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Penal, sobre todo n.º 31-CAS-2009, del 11 de octubre de 2010 (08:42 Hs); n.º K13-02, del 18 de octubre de 2002 (11:00 Hs); n.º C320-02, del 23 de enero de 2004 (15:30 Hs); n.º 300-CAS-2004, del 5 de julio de 2005 (09:45 Hs). Guatemala: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, sobre todo la n.º 837-2012, del 15 de mayo de 2012, así como n.º 984-2012 y n.º 540-2011, ambas del 1 de junio 2012; también: n.º 147-2001, del 7 de enero de 2002; n.º 572-2010, del 3 de mayo de 2011; n.º 662-2009, del 11 de abril de 2012. Honduras: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Honduras n.º cr-09-2008, del 16 de noviembre de 2009; n.º 400-2008, del 11 de abril de 2011. Perú: sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal: expediente 3900-97, del 20 de noviembre de 1997; Sala Penal: expediente 5049-99, del 16 de marzo de 2000; Sala Penal Nacional: expediente acumulado 560-03, del 13 de octubre de 2006; Segunda Sala Penal Transitoria: RN 5385-06, del 14 de diciembre de 2007; Sala Penal Especial: expediente 10-2001, del 7 de abril de 2009; expediente 28-2001, del 1 de octubre de 2010. Uruguay: aparentemente, sin que la Corte Suprema se haya pronunciado, cf. sentencias del Tribunal de Apelaciones Penal de Uruguay, Segundo Turno: n.º 149/2005, del 18 de mayo de 2005; n.º 1/2009, del 2 de febrero de 2009; n.º 454/2010, del 25 de noviembre de 2010; n.º 78/2011, del 12 de abril de 2011. Venezuela: sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala de Casación Penal: n.º

y –por más que se anuncia su “ocaso”⁸⁸– en la doctrina en la región de América Latina⁸⁹ y Alemania⁹⁰, así como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán⁹¹ y en la jurisprudencia penal internacional⁹², es el concepto del dominio del hecho.

-
- 151-2003, del 24 de abril de 2003 (expediente C03-0048), n.º 218-2007, del 10 de mayo de 2007 (expediente C06-0538). En cambio, en Argentina la situación resulta poco clara, según RAÚL ZAFFARONI, PABLO VEGA, MARTÍN MAGRAM y ARNEO: *Argentina* (actualizado y revisado por GABRIEL PÉREZ BARBERÁ), en: U. SIEBER, H.-G. KOCH y J.-M. SIMON (eds.), *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities* (cinco tomos), Duncker & Humblot, Berlín (en vías de publicación). Sin embargo, existe una creciente jurisprudencia de tribunales inferiores en Argentina a favor de la teoría del dominio del hecho, al menos en su variante del dominio de organización en virtud de aparatos organizados de poder, con relación a los responsables de las violaciones de los derechos humanos durante la dictadura militar en Argentina (1976-1983), como relatan FRANCISCO MUÑOZ-CONDE y HÉCTOR OLÁSULO, “The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin America and Spain”, *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9, 2011, p. 116 y ss.
- 88 Así expresamente GÜNTHER JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en *El sistema funcionalista del Derecho Penal*, ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal, Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000, Grijley, Lima, 2000, pp. 165-194.
- 89 Cf. las referencias a la doctrina latinoamericana en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional: Decisión de confirmación de cargos n.º ICC-01/04-01/07-717, del 30 de septiembre de 2008 (caso ICC-01/04-01/07: Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), p. 163, párrafo 484, nota de pie n.º 647; cf. también las referencias en ZAFFARONI et al., *op. cit. supra* n.º 20, p. 774 y ss.
- 90 Coincidiendo –por más que la teoría del dominio del hecho haya sido criticada no solo ocasionalmente–, entre otros, con esta opinión GÜNTHER HEINE, “Vorbem. §§ 25 ff”, en A. SCHÖNKE y H. SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, Beck, München, 2010, 28.ª ed., nm. 62 (= Sch/Sch-Heine, StGB, 28. Aufl., Vorbem. §§ 25 ff, rz. 62); URS KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Nomos, Baden-Baden, 2010, 4ª ed., § 38, nm. 37; CHRISTIAN KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Vahlen, München, 2012, 7.ª ed., § 20, nm. 25, con múltiples referencias.
- 91 Más claro en BChSt 48, pp. 77, 90; la jurisprudencia sigue en una “consideración global” tanto criterios subjetivos como objetivos; cf. el análisis de ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 111 y ss., así como su crítica en ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat), Beck, München, 2003, p. 13 y s.
- 92 Cf. Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional: Decisión

A continuación no trataremos posiciones que declaran diferenciar entre autoría y participación con conceptos puramente normativos⁹³, donde el concepto del dominio del hecho no es más que lo que HERZBERG denomina “vaca

de confirmación de cargos n.º ICC-01/04-01/06, del 29 de enero de 2007 (caso ICC-01/04-01/06: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*), p. 113, párrafo 330, especialmente párrafo 340, así como la decisión de confirmación de cargos por la misma sala en *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, *cit. supra* n.º 89, p. 162 y ss., párrafo 484 y ss. y la decisión de confirmación de cargos por la Sala de Cuestiones Preliminares II de la Corte Penal Internacional n.º ICC-01/05-01/08-424, del 15 de junio de 2009 (caso ICC-01/05-01/08: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*), p. 116 y s., párrafo 347 y s.; cf. asimismo la primera sentencia de la Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I: Sentencia con base en el art. 74 del Estatuto, n.º ICC-01/04-01/06-2842, del 14 de marzo de 2012 (caso ICC-01/04-01/06: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*), p. 433, párrafo 1005. Cf. también las referencias y la opinión crítica en contra de esta posición de la magistrada VAN DEN WYNGAERT en la Sentencia de la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional en el caso *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*⁹³. Según la opinión de OLÁSULO, también se puede detectar –a pesar de la posición tajante contraria a la solución del dominio del hecho funcional, buscada por la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Prosecutor v. Stakić*⁹⁴ – desde la sentencia proferida un año más tarde en el *leading case* *Prosecutor v. Brdanin* de la Sala de Apelaciones del mismo Tribunal⁹⁵, que la figura de imputación de la Empresa Criminal Común “[...] se sustenta de manera muy importante sobre la teoría del dominio del hecho”⁹⁶.

⁹³ Sentencia con base en el art. 74 del Estatuto ICC-01/04-02/12-4, opinión concurrente de la magistrada CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, del 18 de diciembre de 2012 (caso ICC-01/04-02/12: *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*), p. 5, nota de pie n.º 6, p. 5 y ss.; ⁹⁴ sentencia IT-97-24-A, del 22 de marzo de 2006, p. 24, párrafo 62 (caso IT-97-24 “Prijedor”: *Prosecutor v. Stakić*); ⁹⁵ sentencia IT-99-36-A, del 3 de abril de 2007 (caso IT-99-36 “Krajina”: *Prosecutor v. Brdanin*, p. 131 y s., párrafo 410 y ss. (caso que motivó el dictamen de ULRICH SIEBER, HANS-GEORG KOCH y JAN-MICHAEL SIMON, “Participation in crime: Criminal liability of leaders of criminal groups and networks – a comparative legal analysis”, en *Max Planck Society Yearbook*, 2006); ⁹⁶ HÉCTOR OLÁSULO, “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal internacional”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, p. 13.

93 Cf. ya JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 88; ROLF D. HERZBERG, “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen”, en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Pforzheim, 2000, pp. 33-53, en particular, p. 48.

sagrada⁹⁴ y que –para seguir en la metáfora– solo se mantiene para servir de puente, por vía de lo que JAKOBS denomina “estructura normativa de la sociedad”⁹⁵, entre el pasto del mundo externo y el programa normativo del Derecho Penal para su sociedad, mediatizado por una teoría general del delito. Ello, por salirse del tema central aquí abordado y que, por demás, sería digno de ser tratado en un espacio amplio, del que se carece en esta contribución⁹⁶.

3.1 Dominio del hecho

Si bien existen diversos representantes y diversas formas de concepción del dominio del hecho, se puede afirmar que, por lo general, el dominio del hecho como planteamiento doctrinario para la delimitación del concepto de autor tiene una relevancia garantista fundamental: no puede haber autor sin dominio del hecho, pues el “hechor” no puede ser separado de su “hecho” y por ende, para que sea autor, debe mantener un “dominio del hecho”. Por dicha razón, el juicio que puede hacerse de la autoría es evidentemente un juicio analítico y no sintético, en el cual la dominabilidad es esencialmente una herramienta para determinar dicho dominio⁹⁷.

94 Así, ROLF D. HERZBERG, “La sentencia-FUJIMORI: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder”, en: K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata*, Ara, Lima, 2010, p. 134.

95 Cf. la explicación de GÜNTHER JAKOBS, “Beteiligung”, en D. DÖLLING (ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70 Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 561-575.

96 Para críticas pronunciadas cf. especialmente SCHÜNEMANN, *op. cit.* n.º 35, p. 12 y ss.; SCHÜNEMANN, *op. cit. supra* n.º 43, p. 114 y ss.; SCHÜNEMANN, “Die Rechtsfigur des ‘Täters hinter dem Täter’ und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 305.

97 ZAFFARONI *et al.*, *op. cit. supra* n.º 20, p. 507 y s.

Entre los diversos conceptos del dominio del hecho⁹⁸ se pueden identificar cuatro concepciones fundamentales⁹⁹. El concepto del dominio del hecho hace parte, sin lugar a duda¹⁰⁰, de la teoría final de acción desarrollada por WELZEL desde 1939¹⁰¹, que dio origen a la estructura del delito, dominante en la teoría del delito de origen alemana en la actualidad¹⁰². Según el concepto finalista del dominio del hecho, autor es quien ha tenido el dominio del hecho o el codominio del suceso, de acuerdo con el papel desempeñado en el despliegue de la acción. Es, por tanto, el “señor del hecho”, aquel que lo realiza en forma final, en razón de su

-
- 98 Cf. la sinopsis de WOLFGANG SCHILD, *Tatherrschaftslehren*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2009, *passim*, quien analiza las cuatro fundamentaciones de la teoría del dominio del hecho, esto es, las de WELZEL, MAURACH, GALLAS y ROXIN (*loc. cit.*, p. 9 y ss.) e identifica a quince variantes (*loc. cit.*, p. 33 y ss.), incluyendo la posición inicial de JAKOBS (*loc. cit.*, p. 46 y ss.), quien luego anunciaría “El ocaso del dominio del hecho”, *cit. supra* n.º 88 (cf. también las referencias *supra* n.º 93 y n.º 95).
- 99 Coincidiendo, JAKOBS, *op. cit. supra* n.º 88, p. 165 y s. Cf. también SCHILD, *op. cit. supra* n.º 98, p. 9 y ss. y, por razones obvias, sin mencionar su propio aporte, ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 89 y ss., quien, además, reconoce que el cuarto autor mencionado por él (LANGE) acabó asumiendo totalmente la posición de WELZEL. Para fines analítico-didácticos, por haber recurrido *supra* p. 13 al concepto de culpabilidad de JESCHECK y WEIGEND, que en su obra se basan esencialmente en la concepción fundamental del dominio del hecho desarrollada por GALLAS (coincide con esta observación SCHILD, *loc. cit.*, p. 77), a continuación se tomará como referencia principalmente el concepto de JESCHECK y WEIGEND (cf. *infra*, p. 26).
- 100 Sin embargo, cf. ULRICH STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988, p. 188 y ss.
- 101 HANS WELZEL, “Studien zum System des Strafrechts”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 58, 1939, pp. 491-566. Sin embargo, la autoría del primer concepto de “dominio del hecho” se asocia a ADOLF LOBE, según JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 17, p. 701, y CLAUD ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, De Gruyter Rechtswissenschaften, Berlín, 2006, 8.ª ed., p. 65; crítico respecto al antecedente de LOBE, véase SCHILD, *op. cit. supra* n.º 98, p. 9 y SCHILD, *Täterschaft als Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1994, p. 30.
- 102 BERND SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en BERND SCHÜNEMANN y J. M. SILVA SÁNCHEZ (coords.), *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 54.

decisión volitiva, dirigiéndolo en forma planificada¹⁰³. En los delitos dolosos¹⁰⁴, es señor del hecho aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; tanto los inductores como los cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. La coautoría, por su parte, se entiende como la ejecución distribuida entre varias personas, de actos parciales, interrelacionados finalmente, de una resolución de actuar asumida conjuntamente por todos. De ahí que coautor sea aquel que comparta la resolución del hecho¹⁰⁵. Sin embargo, WELZEL establece un límite para su concepto al no aceptar que el sujeto de atrás pueda llegar a ser considerado como autor. Según él, “[l]a autoría mediata por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez autor, resulta un despropósito. Quien determina a un autor a un hecho, no es sino un inductor, y no hay voluntad de autor que pueda convertirlo en autor”¹⁰⁶. Por lo tanto, de acuerdo con el concepto finalista del dominio del hecho, la responsabilidad penal por un hecho colectivo perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, de los individuos que mandan en la misma, no es la responsabilidad de un autor, sino la de un inductor.

El segundo concepto fundamental del dominio del hecho es el desarrollado por MAURACH. Según MAURACH, autor es quien mantiene en sus manos, abarcado por el dolo, el curso causal del hecho típico. Por lo tanto, dominio del hecho lo

103 HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán. Parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970 (traducción de la 11.ª ed. alemana de 1969), p. 120. En síntesis, existe autoría cuando se dan las siguientes condiciones: 1. dominio final del hecho, 2. requisitos objetivos del autor, 3. requisitos subjetivos, 4. requisitos de los delitos de propia mano.

104 En materia de delitos imprudentes, al existir la teoría de las equivalencias de las condiciones, todas las causas son iguales, luego rige un concepto extensivo de autor.

105 WELZEL, *op. cit. supra* n.º 101, p. 539 y ss.

106 WELZEL, “Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre”, *Süddeutsche Juristenzeitung*, n.º 2, 1947, columnas 645-650.

tiene todo aquel que puede impedir o hacer avanzar el hecho, a su libre albedrío, hasta su resultado final¹⁰⁷. Este concepto es mucho más amplio que el concepto finalista del dominio del hecho, en la medida que es totalmente independiente del dolo, fijándose más bien en las relaciones de poder fácticas¹⁰⁸. Se trata de una concepción objetiva del autor. Es decir, se reconoce que el sujeto que realiza de propia mano la acción típica debe ser considerado autor del hecho. De modo que, según este concepto objetivo del dominio final del hecho¹⁰⁹, coautor es aquel que, sin poner manos a la obra, supervisa el curso causal del hecho, dirigiéndolo, o sea, sin la necesidad de cualquier acción externa de auxilio como presupuesto de la coautoría¹¹⁰, como sí lo afirma el concepto finalista del dominio del hecho. Por eso, es coautor el jefe que dirige desde la distancia la intervención de los miembros de su banda¹¹¹. Además, en cuanto a la autoría mediata, este concepto no comparte el principio de la exclusión de la autoría mediata a través de una persona cuya conducta es plenamente delictiva¹¹², como sí lo sostiene el concepto finalista del dominio del hecho¹¹³. Por lo tanto, de acuerdo con el concepto objetivo

107 REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Ariel, Barcelona, 1962 (traducción de la 1.ª ed. alemana de 1954), p. 309.

108 Cf. la observación de ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 90 y ss.

109 Respecto a esta categorización, SCHILD, *op. cit. supra* n.º 98, p. 21, y expresamente REINHART MAURACH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo 1.2 (Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat). C. F. MÜLLER, Heidelberg-Karlsruhe, 1978, 5.ª ed., p. 189 y s., y SCHILD, KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, *Derecho Penal. Parte general*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1995 (traducción de la 7.ª ed. alemana de 1989), p. 314, nm. 84.

110 MAURACH, *op. cit. supra* n.º 107, p. 343 y s.

111 *Ibid.* p. 344.

112 *Ibid.*, p. 315; cf. REINHART MAURACH, *Grundriss des Strafrechts*, Wolfenbütteler Verlagsanstalt, Wolfenbüttel-Hannover, 1948, p. 129, donde todavía defiende el resultado del concepto finalista del dominio del hecho; es el primer esbozo de su tratado.

113 Esta posición es consecuente con su punto de partida, pero no explica cómo en una concepción restrictivo-final de autor referida a las conductas dolosas (*ibid.*, p. 498 y ss.)^b, el ejecutor y el sujeto de atrás "tengan en sus manos" simultáneamente el curso del hecho (ROXIN [2000], *op. cit. supra* n.º 68, p. 92).

del dominio final del hecho, no está excluida la responsabilidad penal por autoría, de los individuos que mandan en la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, por un hecho colectivo perpetrado en el marco de la misma¹¹⁴.

JESCHECK y WEIGEND asumen una tercera posición, basándose sobre todo en el concepto fundamental del dominio del hecho elaborado por GALLAS¹¹⁵. Si bien explícitamente se distancian del concepto finalista del dominio del hecho¹¹⁶ y enfatizan que el punto de partida para su teoría del delito es la concepción del injusto personal, sí parten de la finalidad del comportamiento humano como fundamento de lo que denominan "concepción social de acción"¹¹⁷. La autoría no se puede basar en cualquier contribución a la causación del resultado, sino solo, por principio, en la realización de una acción típica. Sin embargo, la acción típica no se entiende únicamente como una actuación con determinada actitud personal, ni como mero acaecer del mundo exterior, sino como unidad de sentido objetivo-subjetiva. El hecho aparece así como la obra de una voluntad que dirige el suceso¹¹⁸. Según este concepto objetivo-subjetivo del dominio final del hecho¹¹⁹, autor es quien realiza de propia mano y de

¹¹⁴ Sin embargo, no así para las conductas culposas o imprudentes, en las cuales rige un concepto extensivo-causal de autor; cf. MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *op. cit. supra* n.º 109, p. 286, nm. 4 y ss.

114 Así, a partir de la 5.ª ed.⁹, expresamente respecto a la posición de ROXIN en el caso particular del dominio de organización en virtud de aparatos organizados de poder¹⁰.

¹¹⁵ MAURACH, *op. cit. supra* n.º 109, p. 210 (aunque ya con una reelaboración parcial del § 12 del tratado por GÖSSEL); ¹¹⁶ cf. también la posición de sus sucesores en la elaboración del tratado, en MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *op. cit. supra* n.º 109, p. 355, nm. 88.

115 WILHELM GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, De Gruyter, Berlín, 1968, pp. 78-129 (cf. *supra* n.º 99).

116 JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 228.

117 *Ibid.*, p. 238.

118 *Ibid.*, p. 702.

119 Respecto a esta categorización, SCHILD, *op. cit. supra* n.º 98, p. 21, y expresamente GALLAS, *op. cit. supra* n.º 115, p. 90.

forma plenamente responsable todos los elementos del tipo, de forma tal que, de acuerdo con el significado de su aporte objetivo, gobierna el curso del hecho y este aparece como la obra de su voluntad directora del acontecimiento¹²⁰. Co-autor es aquel que aparece como co-portador de la responsabilidad por la ejecución conjunta del hecho, debido a su función parcial de carácter esencial para la realización del mismo, sobre la base de una resolución conjunta que vincula recíprocamente a los intervinientes¹²¹; es coautor con dominio del hecho el jefe que dirige desde lejos la intervención de los miembros de su banda¹²². Así mismo, al momento de determinar la autoría mediata, en oposición al concepto objetivo del dominio final del hecho, el concepto objetivo-subjetivo del dominio final del hecho comparte con el concepto finalista la exclusión de la autoría mediata a través de una persona cuya conducta es plenamente delictiva¹²³. Por lo tanto, de acuerdo con este concepto, la responsabilidad penal por autoría mediata de los individuos que mandan en la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, por un hecho colectivo perpetrado en el marco de la misma, está excluida. Más bien, se trata de inducción¹²⁴ o co-autoría¹²⁵.

Finalmente, la cuarta posición fundamental es el concepto del dominio del hecho de ROXIN, según la cual el autor es la figura central, la clave del suceso concreto de la acción¹²⁶.

120 JESCHECK y WEIGEND, p. 702, refiriéndose a GALLAS, *op. cit. supra* n.º 115, quien, con base en un concepto flexible del dominio del hecho, con un pronunciado carácter referido a valores, niega la posibilidad de autoría mediata a través de un instrumento cuya conducta es plenamente delictiva, por no coincidir con el "dominio del hecho en un sentido jurídico" (*loc. cit.*, pp. 99 y 141 e incluso de *lege ferenda* p. 122 y s.).

121 JESCHECK y WEIGEND, p. 726.

122 *Ibíd.*, p. 732.

123 *Ibíd.*, p. 715 y s.; *cf.* en el mismo sentido GALLAS, *op. cit. supra* n.º 115, p. 99.

124 GALLAS, *op. cit. supra* n.º 115, p. 99 y s.

125 JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 722.

126 ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 130.

Para sustentar una afirmación de este tipo, ROXIN recurre no solo a una valoración normativa, sino también a la realidad fenomenológica que ha originado el suceso¹²⁷. El autor, coautor y autor mediato están en el centro del hecho, del acontecimiento, mientras que el inductor y el cómplice se encuentran al margen¹²⁸. Resumidamente, se puede afirmar que en el marco del concepto del dominio del hecho propuesto por ROXIN¹²⁹, en los delitos de dominio¹³⁰, el sujeto podrá ser considerado como autor no solo en los casos en los que realiza el tipo por propia mano (dominio de acción), sino también en los eventos en los que, sin intervenir per-

127 ROXIN, "Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter"", en G. WARDA (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70 Geburtstag*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1976, p. 185.

128 La idea del autor como figura central se basa en un concepto metodológico. De acuerdo con dicho concepto, la idea del dominio del hecho conceptualmente no debe ser entendida como indeterminada (ROXIN [2000], *op. cit. supra* n.º 68, pp. 130-141), ni tampoco fija (*loc. cit.*, p. 141-145), sino "abierta" (*loc. cit.*, p. 145-149), en el sentido que no va a ser posible una "indicación exhaustiva de sus elementos en todo caso imprescindibles" y que no va a estar cerrado a admitir nuevos elementos de contenido (*loc. cit.*, p. 147), sino que se desarrolla en una "dialéctica del concepto de autor" (*loc. cit.*, p. 571 y ss.), basado en un método que conserva tanto el pensamiento problemático como el sistemático (*loc. cit.*, p. 579 y ss.). Teniendo en cuenta lo anterior y con base en la idea de ROXIN de una "autoría de grados" ("gestufte Täterschaft"; ROXIN, *op. cit. supra* n.º 127, p. 185), cf. el desarrollo subsiguiente de "grados de dominio del hecho" ("Täterschaftsstufen") en un marco metodológico de la construcción de "conceptos típicos" ("Typusbegriffe") de autor ("conceptos del autor" = "Täterbegriffe"), del discípulo de ROXIN, BERND SCHÜNEMANN, § 25, en H. W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN y K. TIEDEMANN (eds.), *op. cit. supra* n.º 22, nm. 65 y ss. (= LK-SCHÜNEMANN, StGB, 12. Aufl., § 25, rz. 65 ff). Crítico respecto al "valor agregado" de este aporte de SCHÜNEMANN, véase FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Colombia", en U. SIEBER, H.-G. KOCH y J.-M. SIMON (eds.), *op. cit. supra* n.º 87.

129 ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 149, cuyos fundamentos desarrolla en los capítulos quinto (*loc. cit.*, pp. 151-164: "dominio de acción"), sexto (*loc. cit.*, pp. 165-304: "dominio de la voluntad") y séptimo (*loc. cit.*, pp. 305-336: "dominio del hecho funcional"), presentando la síntesis de los resultados en el párrafo 40 del capítulo undécimo (*loc. cit.*, p. 569 y s).

130 Cf. para el alcance del concepto el capítulo noveno, *ibíd.*, p. 335 y ss.; cf. ZAFFARONI *et al.*, *op. cit. supra* n.º 20, p. 774 y s., quien constata -con razón- un apartamiento del concepto inicial de dominio del hecho.

sonalmente en la ejecución del hecho, ejerce el poder de determinación de la voluntad de acción del otro (dominio de la voluntad), lo que corresponde a la autoría mediata¹³¹. Así mismo, son coautores los que como figuras centrales del suceso de la acción dirigen el hecho¹³², dependiendo cada uno del otro. Se trata de un dominio condicionado al actuar del plan global (dominio del hecho funcional)¹³³.

De acuerdo con ROXIN, la idea del dominio del hecho es un principio rector normativo que se acuña en diferentes manifestaciones y que no se puede desprender de la base fáctica¹³⁴. Se trata, por lo tanto, de un concepto que se basa en la apreciación del poder real del sujeto de atrás sobre la realización del tipo, en casos concretos y precisables, a pesar de concurrir un hecho doloso responsable¹³⁵. Con base en este concepto, el dominio del hecho se manifiesta en el sentido concreto de la acción típica, que contrario al concepto finalista y al concepto objetivo-subjetivo del dominio final del hecho, no se pierde en el evento de un error vencible¹³⁶ o de un error sobre el sentido concreto de la acción, es decir, respecto a elementos del injusto y de la culpabilidad cuantificables¹³⁷, elementos de calificación del hecho¹³⁸ o al tratarse de un *error in persona*¹³⁹, así como tampoco en los delitos cometidos con dominio de organización en virtud de lo que ROXIN describe como "aparato organizado de poder"¹⁴⁰. Concretamente, es autor mediato,

131 ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 569.

132 *Ibid.*, p. 310.

133 *Ibid.*

134 *Íd.*, *op. cit. supra* n.º 47, p. 295.

135 *Íd.* (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 712.

136 *Íd.*, *op. cit. supra* n.º 127, p. 178 y ss.

137 *Ibid.*, p. 184 y ss.

138 *Ibid.*, p. 186 y ss. e *íd.* (2000), *op. cit. supra* n.º 68, pp. 371-384 y p. 729 y s.

139 *Ibid.*, p. 189 y ss. e *íd.* (2000), *op. cit. supra* n.º 68, pp. 721-723.

140 *Ibid.*, p. 192 y ss. e *íd.* (2000), *op. cit. supra* n.º 68, pp. 260-289, así como su clase magistral inaugural de 1963: *íd.*, *op. cit.*, *supra* n.º 59, *passim*, y de manera más didáctica, *íd.*, *op. cit. supra* n.º 47, p. 295 y s.

por su dominio de organización en virtud de un “aparato organizado de poder”, quien

estructuralmente “[...] se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que [...] está a (su) disposición [...] Una organización así [...] (f)unciona ‘automáticamente’, sin que importe la persona individual del ejecutor”¹⁴¹, al cual “[...] no falta [...] ni la libertad ni la responsabilidad [...], que ha de responder como autor culpable y de propia mano”¹⁴².

“[...] (E)sta (última, JMS) circunstancia (es) irrelevante para el dominio por parte del sujeto de detrás, [...]”¹⁴³ cuando

1. “[...] (l)a estructura en su conjunto se encuentra desvinculada¹⁴⁴ del ordenamiento jurídico [...]”¹⁴⁵ en particular en el caso “[...] de movimientos clandestinos [...] y grupos semejantes”¹⁴⁶ cuando, además de “una organización rígida”, el “[...] objetivo¹⁴⁷ [...] (d)el aparato en su conjunto va en contra¹⁴⁸ del ordenamiento jurídico (interno) estatal y vulnera las normas penales positivas”¹⁴⁹ específicas¹⁵⁰; y

141 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 272 e íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 200.

142 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 273; cf. también íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 201.

143 *Ibid.*

144 Discrepando de la versión castellana que traduce el término alemán *rechts-gelöst* del texto original de íd., *op. cit. supra* n.º 101, p. 249 como “al margen de la legalidad” o “al margen del ordenamiento jurídico” (íd. [2000], *op. cit. supra* n.º 68, p. 276 y s.); cf. también la explicación *infra* n.º 150.

145 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 276 y s.; cf. también íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 204.

146 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 278 e íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 205.

147 Discrepando de la versión castellana que traduce el término alemán *Zielsetzung* del texto original de íd., *op. cit. supra* n.º 101, p. 250, como “orientación” (íd. [2000], *op. cit. supra* n.º 68, p. 278).

148 Por la misma razón, también aquí se difiere de la traducción del término alemán *zuwiderlaufen*, que en el texto original es traducida como “contraria”.

149 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 278 e íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 205.

150 Íd., *op. cit. supra* n.º 47, p. 298, señalando que “[...] evidentemente, el aparato de poder no debe haberse desvinculado en los aspectos relevantes e irrelevantes del ordenamiento jurídico, sino solo en el marco de los tipos penales realizados”; así ya antes íd.: “Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei

2. el sujeto de atrás tiene el poder de mando, o sea cuando “[...] puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin dejar a criterio de otros la realización del delito”¹⁵¹; y
3. el agente es fungible, o sea, “cambiable a voluntad”¹⁵²; y así
4. “[...] la libertad de decisión del [...] agente no representa ningún obstáculo [...] en el camino para alcanzar el objetivo del crimen”,¹⁵³ o sea, hay una “elevada disposición al hecho del ejecutor”¹⁵⁴.

Así, para el sujeto de atrás

[...] *desde su atalaya* (énfasis JMS) el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y *sustituible* (énfasis JMS). El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer¹⁵⁵. [...] (E)l dominio de la organización [...] se caracteriza aquí [...] (por) la pérdida de proximidad al hecho (del sujeto de detrás que) se compensa por la medida de dominio organizativo que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato¹⁵⁶.

organisierte Kriminalität”, en E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH, H. FRISTER y W. REISS (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 556 y ss.

- 151 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 275 y s.; cf. también íd.: *op. cit., supra* n.º 59, p. 203.
- 152 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 272; cf. también íd.: *op. cit., supra* n.º 59, p. 201.
- 153 Íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 201.
- 154 Íd.: “Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú”, en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *op. cit. supra* n.º 94, p. 100 y s.; cf. también íd., *op. cit. supra* n.º 101, p. 707, e íd., *op. cit. supra* n.º 47, p. 298 y s.
- 155 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 273; cf. también íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 201.
- 156 Íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 274; cf. también íd., *op. cit., supra* n.º 59, p. 202, refiriéndose a JÄGER, *op. cit. supra* n.º 68, p. 79, y ambos refiriéndose a

3.2 Autoría mediata

Resumiendo las cuatro concepciones fundamentales del dominio del hecho, se puede constatar para el problema macrocriminal que el concepto finalista y el concepto objetivo-subjetivo del dominio final niegan el dominio del hecho macrocriminal perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, de los individuos que mandan en la misma. Ello, por cuanto el hecho colectivo es perpetrado en el marco de esta organización por individuos que están en los niveles inferiores de la jerarquía considerados por el Derecho Penal como libres y, por lo tanto, penalmente responsables como autores¹⁵⁷. Lo que sí hacen estas dos concepciones del dominio del hecho es calificar la aportación al hecho macrocriminal de quienes se encuentran en los niveles más altos de la jerarquía, es decir, de quienes mandan, como inducción, considerando tal aportación acesoria a la conducta de los que están en los niveles inferiores de la jerarquía. Además, aparte de la inducción, se sostiene que los que mandan en la jerarquía de la organización del sistema macrocriminal tienen el co-

su vez al párrafo 197 de la sentencia del Tribunal del Distrito de Jerusalén, Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann, *cit. supra* n.º 2.

157 Para los fines de la presente disertación, descartamos aquí tratar tanto la tradicional controversia, como también aquella entre los partidarios de concepciones parecidas a las que se oponen contra ROXIN, sobre la autoría mediata en casos de la utilización del no cualificado doloso por el cualificado y de instrumentos dolosos sin intención, por no estar en el centro de interés de nuestro análisis; para la discusión en Alemania, *cf.* la referencia *supra* n.º 138, a su vez con múltiples referencias; para la discusión en España, *cf.* de forma instructiva MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "Autoría y participación", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, p. 25 y ss. Además, esta discusión llevaría en última instancia a la igualmente tradicional discusión sobre la necesidad de la figura misma de autoría mediata, como recientemente se discute, tanto con respecto a la utilización del no cualificado por el cualificado, como con relación al instrumento doloso sin intención (*cf.* HENNING LOYZ, *Das "absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug": Ein Fall der mittelbaren Täterschaft? Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur*, Kovač, Hamburg, 2009, p. 599 y *passim*).

dominio del hecho macrocriminal junto con los que están en los niveles inferiores de la misma, precisamente porque los primeros la dominan¹⁵⁸. Sin embargo, ni la instigación ni la coautoría aplican.

Tratándose de la primera, esto es, de la instigación, dicha figura no aplica, pues la situación fáctica del hecho macrocriminal perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema cuya función es crear comportamientos conforme al mismo y amoldados a la organización, nutriéndose de la erosión del autocontrol de sus integrantes para el desarrollo "automático" de hechos criminales, no encuentra cabida en la instigación a la comisión de un hecho macrocriminal, de aquellos individuos que se encuentran en los niveles inferiores de la jerarquía. Así, para que sea aplicable la instigación, el instigador tiene que buscarse un determinado instigado¹⁵⁹. Sin embargo, como hemos visto¹⁶⁰, la realidad es otra. Los individuos que se encuentran en los niveles inferiores de la organización jerárquica macrocriminal, desde la perspectiva de aquel que da la orden para que se lleve a cabo el hecho macrocriminal, son figuras anónimas y sustituibles¹⁶¹.

158 JESCHECK/WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 722.

159 Cf. ROXIN, *op. cit. supra* n.º 94, p. 97, solamente respecto a la relación instigador/autor, la cual no es frecuente en las constelaciones que nos preocupan en el marco de la presente disertación. Así, la realidad descrita se ajusta -en el caso que sería jurídicamente aplicable- más a la llamada "instigación en cadena" (*Kettenanstiftung*). En estas constelaciones, si bien el instigador al principio o en el medio de la cadena de instigaciones, no necesita saber quién comete el hecho principal, ni mucho menos conocerlo personalmente (BGHSt, n.º 6, pp. 359, 361), ello no es compatible con la relación entre el instigador y el instigado-a-instigar en la cadena, ya que este último necesita ser una determinada persona; en cuanto a este último aspecto es ambiguo WELZEL, *op. cit. supra* n.º 103, p. 168, quien considera, citando la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, *loc. cit.*, que "[L]a instigación ha de ser individual, tanto respecto al hecho como al autor, sin que sea necesario que el instigador conozca al autor".

160 Cf. *supra*, p. 17.

161 Es cuestionable si, en caso de que se haya tenido la necesidad de recurrir a un especialista para la realización del hecho, tendría cabida solo la instiga-

Tampoco es aplicable la coautoría, comoquiera que, independientemente de si la coautoría requiere o no de una intervención en la ejecución¹⁶², la realidad de la comisión del hecho colectivo por individuos que se encuentran en el nivel inferior de la organización jerárquica del sistema macrocriminal no se subsume en el acuerdo común entre coautores para cometer el hecho, condición irrenunciable de la coautoría; lo último, al menos, cuando no se aplica un concepto puramente normativo para diferenciar entre autoría y participación¹⁶³, cuya discusión no es, como ya se

ción, como lo afirma ROXIN,⁹ por ausencia del criterio de fungibilidad del ejecutor, que en este caso sería un ejecutor insustituible, o, en cambio, aún así, tendría cabida la autoría mediata, pues se aplica, en el caso concreto, la disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho, como lo afirma principalmente SCHROEDER.¹⁰ Sin embargo, se trata de un tema que no tiene relevancia para el problema general que ocupa esta parte de la presente disertación (más bien *cf. infra* 4. Conclusión).¹¹

- ⁹ ROXIN, *op. cit. supra* n.º 101, p. 714; ¹⁰ FRIEDRICH CHRISTIAN SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, p. 167 y s.; ¹¹ *cf.*, sin resolver esta discrepancia, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Especial, expediente n.º 10-2001, del 7 de abril de 2009, párrafos 739.1 y 741, con varias referencias al respecto, también en la literatura española; *cf.* también la posición de ROXIN, *op. cit. supra* n.º 94, p. 100, y de FRIEDRICH CHRISTIAN SCHROEDER, "Disposición al hecho *versus* fungibilidad", en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *op. cit. supra* n.º 94, p. 122; para otras críticas contra la solución de la instigación, *cf.* PROFIS-GIZ, *La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder*, s. f. (mimeo), p. 5 y s., así como FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?", en *Revista de Derecho Penal*, 2011-1, p. 87 y s., e *íd.* (2009), *op. cit. supra* n.º 20, p. 893 y s.
- 162 ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, pp. 323 y ss., 726; *cf.* ampliamente para la discusión, aplicada al caso concreto de la decisión de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, *cit. supra* n.º 92, JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ, "Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la sala de cuestiones preliminares I de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)", en K. AMBOS y M. DE HOYOS (eds.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2008, p. 99 y ss.
- 163 *Cf.* la observación de ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 726, respecto a la posición de JAKOBS.

dijo¹⁶⁴, el objeto de esta contribución. Así, el ya abandonado¹⁶⁵ planteamiento, según el cual el carácter común de la decisión respecto a la realización del hecho venía dado por la simple pertenencia a la organización¹⁶⁶, en vez de sustentar de manera convincente el acuerdo común, acababa con la condición esencial de la coautoría¹⁶⁷. Además, tampoco es suficiente para la configuración del acuerdo común¹⁶⁸ “[...] la conciencia del director del aparato y de los ejecutores de que un hecho determinado o varios de ellos de la misma clase deben ser llevados a cabo en correspondencia con las indicaciones de la dirección” como se sostiene¹⁶⁹, luego de haberse abandonado la posición inicial que hacía de la simple pertenencia a la organización una ficción del acuerdo común para cometer el hecho.

Por lo tanto, como ni la solución de la instigación, ni de la coautoría, ofrecidas por las demás concepciones fundamentales del dominio del hecho aplican, queda¹⁷⁰ la

164 Cf. ya *supra* p. 23.

165 JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 17, p. 722.

166 HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada, 1993 (traducción de la 4.ª ed. alemana de 1988), p. 611.

167 ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 725. Combinando la propuesta inicial de JESCHECK con su posición de aceptar una intervención en la fase de planificación y organización del hecho, como suficiente para el codominio del hecho (id., *op. cit. supra* n.º 166, p. 616), JESCHECK se acercaría gradualmente a la llamada “empresa criminal común”, como categoría de responsabilidad penal, elaborada en el marco del Derecho Penal internacional, por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (sobre esta categoría cf. la discusión y las referencias, *cit. supra* n.º 92 e *infra* n.º 184).

168 ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 725.

169 JESCHECK and WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 17, p. 722; otras críticas contra la solución de la coautoría se encuentran en PROFIS-GIZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 5, VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, p. 86 y s., e id. (2009), *op. cit. supra* n.º 20, p. 893 y s.

170 Para otras soluciones, cf. la sinopsis de PROFIS-GIZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 12, así como también VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, pp. 89, 95 y s., y VELÁSQUEZ V. (2009), *op. cit. supra* n.º 20, p. 893 y s.; para la solución particular de las posiciones que declaran diferenciar entre autoría y participación con conceptos puramente normativos (*cit. supra* p. 23), por un lado, cf. GÜNTHER JAKOBS, “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”, en K.

solución ofrecida por ROXIN¹⁷¹ y, siguiéndole, el concepto objetivo del dominio final del hecho. ROXIN sostiene que la base jurídico-penal de la dimensión de responsabilidad personal-penal en el hecho colectivo, perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal de los individuos que mandan en la misma, es la autoría mediata. Ello, en virtud del dominio que estos ejercen sobre la voluntad de quienes se encuentran en los niveles más bajos de la jerarquía, en otras palabras, dominio de organización en virtud de un “aparato organizado de poder”. Sin embargo, dicha solución encuentra oposición.

El argumento principal¹⁷² contra la autoría mediata al cual se recurre¹⁷³ es de índole estructural y legal y tiene que ver

AMBOS e I. MEINI (eds.), *op. cit. supra* n.º 94, pp. 103-114: coautoría; por el otro lado, cf. ROLF D. HERZBERG, “Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 580: inducción (resultado omitido en la traducción del texto al castellano, *op. cit. supra* n.º 94); para una sinopsis de la crítica contra ambas posiciones, que no son nuevas, cf. ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 726 y s., y ROXIN, *op. cit. supra* n.º 101, p. 710 y ss.

171 ROXIN, *op. cit. supra* n.º 59, p. 199 y s.

172 Existen otras posiciones que niegan la posibilidad de autoría mediata, sobre todo de inspiración kantiana, como demuestra el análisis—muy instructivo, incluyendo su examen jurídico-histórico— de JOACHIM HRUSCHKA, “Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 110, 1998, pp. 581-639, quien aboga, basado en la prohibición de regreso, por una “solución en conjunto” (*Gesamtlösung*). Sin embargo, como esta postura se basa en un principio general de derecho de autonomía, que generalmente, al menos en el Derecho Penal alemán vigente, llega a conclusiones que, por un lado, son solamente sostenibles *de lege ferenda*ⁱⁱ⁾ o, por el otro, como demuestra su argumentación en el caso específico de la autoría mediata, hacen caso omiso *de lege lata*ⁱⁱⁱ⁾, no es relevante para los objetivos del presente análisis.

ⁱ⁾ Como en el caso de su “modelo de excepción” en la *actio libera in causa* (cf. SCHÜNEMANN, *op. cit. supra* n.º 43, p. 123)ⁱⁱ⁾; cf. con respecto al art. 25, inciso 1, segunda alternativa *CP* Alemania, la crítica de CLAUD ROXIN, “Bemerkungen zum Regressverbot”, en H.-H. JESCHECK y T. VOGLER (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1989, pp. 178, 185 y s.; ⁱⁱⁱ⁾ cf. también la crítica contra la posición de KÖHLER en íd. (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 694 y ss.

173 Contradiendo no solo el concepto de ROXIN, sino también la jurisprudencia

con el fundamento mismo de la concepción de la autoría mediata. De acuerdo con esta posición, la concepción misma de la autoría mediata está concebida de tal forma que tiene su límite en las situaciones en las que el interviniente inmediato sería un autor plenamente responsable. Ello, por cuanto este último tiene que responsabilizarse personalmente del hecho, lo que impediría considerarlo, de acuerdo con la terminología propia de la jurisprudencia alemana¹⁷⁴, simultáneamente como simple “instrumento” en manos de otro¹⁷⁵. Se trata de una posición que conceptualiza la teoría del dominio del hecho como equivalente normativo del principio de autonomía¹⁷⁶. Sin embargo, este argumento por sí solo no resulta convincente, puesto que sostiene, en la premisa misma, que la concepción del dominio del hecho es de índole puramente normativa, *quod erat demonstrandum*. Es decir, se trataría de un problema propio de lógica, más concretamente de un caso de argumentación circular, porque se asume como premisa una afirmación que tiene el mismo significado que la conclusión; la primera es expresamente rechazada por ROXIN por considerarla un “dogma distor-

del Tribunal Supremo Federal alemán; cf. *BGHSt*, n.º 35, pp. 347, 353; n.º 40, pp. 218, 236; n.º 44, p. 204 y ss.; n.º 45, pp. 270, 296 y s.; n.º 48, p. 77 y ss.

174 Que data del siglo XIX (*RGSt* n.º 1, p. 147 y ss.) y cuyo contexto doctrinario se remonta al siglo XVII (*velut instrumento uti*); cf. HRUSCHKA, *op. cit. supra* n.º 172, p. 598, con referencia en la nota de pie n.º 47 a PUFENDORF (*cit. infra* n.º 226).

175 JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 715.

176 Cf. la posición de GALLAS, *cit. supra* n.º 120; con respecto a las diferentes posturas, que van desde el argumento de la interrupción del nexo causal por la intervención voluntaria de un tercero, pasando por la prohibición de regreso, hasta el planteamiento del principio de responsabilidad o de autonomía, cf. WOLFGANG SCHILD, § 25, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, tomo 1 (§§ 1-145d), Nomos, Baden-Baden, 2013, 4.ª ed., nm. 79 (= NK-Schild, StGB, 4. Aufl., 25 ff, rz. 79); otras posturas basadas en un principio general de derecho de autonomía, cf. ya *supra* n.º 172.

sionador de la realidad"¹⁷⁷, es decir, se trataría, en el peor de los casos¹⁷⁸, de una *petitio principii*.

Es por ello que la posición que contradice la concepción de ROXIN¹⁷⁹ se vale de otro tipo de argumentación: el principio de legalidad¹⁸⁰, es decir, un principio de peso constitucional fundamental, así como de valor esencial para los derechos humanos.

Esta afirmación del principio de legalidad adquiere de vez en cuando características más pronunciadas, como demuestra el siguiente ejemplo del autor colombiano VELÁSQUEZ¹⁸¹, quien defiende su posición consistente en refutar la posibilidad de calificar las conductas de los líderes paramilitares de Colombia como autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, de sujetos cuya conducta es plenamente delictiva¹⁸², de la siguiente manera:

177 ROXIN, *op. cit. supra* n.º 47, p. 295. Sintéticamente, ROXIN, "Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik", en D. DÖLLING (ed.), *op. cit. supra* n.º 95, pp. 423-437, 427 explica "[...] que todas las categorías sistematizantes del Derecho Penal se basan en ideas centrales normativas de carácter político-criminal, las cuales por sí mismas no ofrecen la solución a los problemas jurídicos, sino solo en su aplicación a los materiales legales, a los datos empíricos, producen resultados diferentes, pero adecuados a la realidad".

178 Cf. la posición de BERND SCHÜNEMANN, "Die Rechtsfigur des 'Täters hinter dem Täter' und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, p. 305 y s., quien critica la postura de JAKOBS de postular una única "competencia prioritaria" derivada del postulado del principio de autonomía, y viceversa; siguiéndolo, LUIS GRECO, "Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2011, p. 12.

179 Así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, *cit. supra* n.º 173 y también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia (cf. sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia del 23 de febrero 2010, *supra cit.* n.º 87, p. 76 y ss.).

180 Para el caso de Alemania cf. JESCHIECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 715, que invocan "la ley penal".

181 VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, *passim*.

182 *Ibid.*, p. 102 y s.

Después de criticar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia¹⁸³, de confundir conceptualmente la doctrina de la figura de imputación (del Derecho Penal internacional) de la empresa criminal común “con los aparatos criminales de poder organizado”¹⁸⁴ y de haber

183 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 23 de febrero de 2010, *supra cit.* n.º 87, nota de pie n.º 45, en la cual, dice VELÁSQUEZ, al aplicar la teoría de ROXIN, “resulta(ba) *cercana* (énfasis JMS) [...] a las expresiones recientes de la doctrina [...] foráneas aplicadas a fenómenos *similares* (énfasis JMS)”, refiriéndose a OLÁSOLO, *op. cit. supra* n.º 92.

184 V. VELÁSQUEZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 84, en la nota de pie n.º 15. Sin embargo, esta afirmación no es correcta; parece incluso basarse en una *metátesis eis állo génos*. Veamos: la Corte Suprema de Justicia de Colombia explícitamente sostiene que la “solución frente al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal” que la misma Corte sigue “resulta *cercana* [...] a la expresiones recientes de la doctrina [...] foráneas aplicadas a fenómenos *similares*” (*cit. supra* n.º 183), es decir, no “igual”. Esta cercanía de la solución encontrada en la doctrina de ROXIN por la Corte Suprema de Justicia de Colombia, para resolver el fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal, con la conclusión de OLÁSOLO⁹, sobre la solución encontrada por la Corte Penal Internacional en los casos *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* y *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, obviamente no se explica ni por la categoría de participación del art. 25, inciso 3, *lit. d* del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁰, a la cual se refiere OLÁSOLO opinando que esta “[...] más parece asemejarse (énfasis JMS) a la doctrina de la ECC (empresa criminal común, JMS)” (*loc. cit.*, p. 19) y, desde luego, tampoco se explica por una supuesta subsunción de los hechos del caso de la Corte Suprema de Justicia de Colombia bajo la casuística fenomenológica de la empresa criminal común, como critica VELÁSQUEZ (*loc. cit.*, p. 84). Más bien, el razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de Colombia no deja duda alguna que la misma Corte ve su jurisprudencia “cercana” a la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional analizada por OLÁSOLO, porque ambas jurisprudencias parten de la *misma base normativa*, o sea, de la teoría del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación en cuanto a fenómenos, calificados sobre la *misma base* (genérica) de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal. Esta es la razón por la cual la Corte Suprema de Justicia de Colombia recurre al análisis de OLÁSOLO, quien estudia en su artículo la jurisprudencia penal internacional en la materia desde las raíces del *leading case* de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia *Prosecutor v. Brdanin*¹¹. OLÁSOLO, quien entre los años 2004 y 2009 era letrado de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional, afirma que, desde esta sentencia, el concepto de la empresa criminal común “[...] se sustenta de manera muy importante sobre la teoría del dominio del hecho” (*loc. cit.*, p. 13 y s.), para luego citar

descalificado “la figura de la autoría mediata mediante aparatos criminales organizados de poder” por “sofística y ambivalente”¹⁸⁵, por ser “una tesis atrevida que tiene apariencia de verdadera pero que –al partir de un sofisma¹⁸⁶– se torna

las partes en las decisiones de la Sala de Cuestiones Preliminares 1 de la Corte Penal Internacional en *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*¹⁸⁷, así como en *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*¹⁸⁸, que demostrarían que el art. 25, inciso 3 del Estatuto de Roma, “[...] (i) acoja la teoría del dominio del hecho (funcional, JMS) como criterio básico de distinción entre autoría y participación”, lo que había sido negado en la decisión de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en *Prosecutor v. Stakić*¹⁸⁹, y, además, contendría en la *lit. d*) “[...] (ii) [...] la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la empresa criminal común de las recogidas en el art. 25 del (Estatuto de Roma, JMS) [...] como forma *residual* (énfasis JMS) de complicidad” (*loc. cit.*, p. 19). Esto, aparentemente¹⁹⁰, para demostrar que en el Estatuto de Roma ya no hay más lugar para la construcción del concepto de co-autoría sobre la base de la empresa criminal común, sino de la co-autoría mediata (*mittelbare Mittäterschaft*) adaptando la teoría de ROXIN¹⁹¹. Esto es, de cualquier modo, preferible, frente a la empresa criminal común¹⁹²; y, por supuesto, no se ve afectado por la abreviatura de una crítica como la de FERNANDO VELÁSQUEZ V., “Los aparatos criminales organizados de poder”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 4, 2011, p. 187, quien opina que el “coautor mediato” sería “una categoría improvisada que no tiene ningún fundamento dogmático serio”.

¹⁸⁵ *Op. cit. supra* n.º 92 *in fine*; ¹⁸⁶ *cit. supra* n.º 52; ¹⁸⁷ *cit. supra* n.º 92; ¹⁸⁸ *cit. supra* n.º 92, p. 115, párrafo 337 y p. 115 y s., párrafo 340 y s.; ¹⁸⁹ *cit. supra* n.º 89, p. 162, párrafo 483 y p. 164, párrafo 488; ¹⁹⁰ *cit. supra* n.º 92 *in fine*; ¹⁹¹ *cf.* la publicación del mismo autor del mismo año, HÉCTOR OLÁSULO, “El desarrollo en Derecho Penal internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, n.º 27, 2009, p. 76 y ss.; ¹⁹² *cf.* sobre esta construcción JENS D. OHLIN, *Organizational criminality*, Cornell Legal Studies Research Paper, 28 de septiembre de 2012, p. 9 y ss.; ¹⁹³ *cf.*, aunque por consideraciones de *policy*, la conclusión de STEFFEN WIRTH, “Co-perpetration in the Lubanga trial judgment”, *Journal for International Criminal Justice*, n.º 12, 2012, p. 977 y s., así como la conclusión de GERHARD WERLE y BORIS BURGHARDT, “Die mittelbare Täterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?”, en R. BLOY, M. BÖSE y T. HILLENKAMP (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Matwald*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, p. 860 y ss.

185 V. VELÁSQUEZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 104.

186 *Ibid.*, al parecer, recurriendo para esta descalificación de la figura de ROXIN al juicio de WOLFGANG SCHILD, § 25, en: U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, tomo 1 (§§ 1-145d), Nomos, Baden-Baden, 2010, 3.ª ed., nm. 123 (= NK-Schild, StGB, 3. Aufl., §25,

falsa¹⁸⁷ y que “se confecciona a partir de la dogmática de la (P)arte (G)eneral, para evadir vacíos y/o dudas probatorias¹⁸⁸, VELÁSQUEZ afirma—después de haber anunciado anteriormente que la aplicación de la figura “desconoce el querer del legislador histórico (colombiano) y el texto de la ley¹⁸⁹, el cual “no se puede ni se debe violentar como lo impone el principio de legalidad de los delitos y de las penas¹⁹⁰— que se estaría aplicando “un dispositivo no previsto en la Ley penal vigente” en Colombia¹⁹¹.

A continuación, VELÁSQUEZ sugiere “una reforma legislativa¹⁹², advirtiendo “sin embargo, [que] el debate respectivo se tiene que liberar a partir de la realidad social concreta y con unas directrices político-criminales precisas que lo alimenten a la luz del programa penal de la Constitución¹⁹³. Además, advierte que “[M]uy atentas deben estar la doctrina y la jurisprudencia cuando se debatan estas materias, para evitar que [...] se desconozcan los principios de acto y de legalidad, entre otros¹⁹⁴ e informa a sus lectores sobre “[L]a forma en que tribunales foráneos—piénsese en el Perú— [...] fuerza(n) el Derecho positivo para implantar institutos no previstos [...]”¹⁹⁵.

rz. 123)³; cf. también el texto, en muchas partes casi idéntico, de VELÁSQUEZ, V., *op. cit. supra* n.º 184 *in fine*, p. 185, nota de pie n.º 28.

³Cf., sin embargo, la opinión del mismo comentarista en una edición reciente, donde claramente acepta la construcción de ROXIN: WOLFGANG SCHILD, Vor §§ 25 ff, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.), *op. cit. supra* n.º 176, nm. 5 (= NK-Schild, StGB, 4. Aufl., Vor §§ 25 ff, rz. 5) y WOLFGANG SCHILD, § 25, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.), *loc. cit.*, nm. 123 (= NK-Schild, StGB, 4. Aufl., § 25, rz. 123).

187 VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, p. 105.

188 *Ibid.*

189 *Ibid.*, p. 80.

190 *Ibid.*, p. 81.

191 *Ibid.*, p. 106.

192 Cf. también *infra* n.º 206 *in fine*.

193 VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, p. 107.

194 *Ibid.*

195 *Ibid.*, p. 107 y s.; sorprende, incluso, porqué VELÁSQUEZ no denuncia la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, *cit. supra* n.º 173, ya

En seguida, VELÁSQUEZ constata que “[E]l Derecho Penal propio de un Estado social y democrático de Derecho no puede tolerar que los derechos de las personas –verdadero patrimonio de la cultura occidental– se pisoteen, por más que se trate de juzgar las más horrendas manifestaciones criminales; el imperio de la seguridad jurídica, no se olvide, demanda que a todo ciudadano se le escuche y se le venza en juicio y no se le condene al vaivén de los intereses políticos del momento o acomodando proclamas académicas emitidas por la moda”¹⁹⁶. Todo eso, para finalmente concluir que “[E]n definitiva: lo que está en juego en este debate académico es la pervivencia o decadencia en este hemisferio en general, y, en Colombia en particular, de un Derecho Penal liberal, de garantías –¡un verdadero Derecho Penal de y para los derechos humanos!– cuyas banderas, ahora más que nunca, es necesario izar orgullosas para promover vientos de libertad y no de terror”¹⁹⁷.

Sea como sea, aquellos que se oponen a la concepción de ROXIN y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán¹⁹⁸, así como también tanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Colombia¹⁹⁹ como a la jurisprudencia proveniente de otras naciones latinoamericanas²⁰⁰, tales

que esta se basa en una norma *idéntica* a la que sirvió de base para la jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú (art. 23 CP Perú: “El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible [...] será[n] reprimido[s] con la pena establecida para esta infracción”; art. 25, inciso, CP Alemania: “Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por sí mismo o por medio de otro”).

196 *Ibid.*, p. 108.

197 *Ibid.*

198 *Cit. supra* n.º 173.

199 *Cit. supra* n.º 179.

200 El caso de la calificación del fallo de la Corte Suprema de la Nación de Argentina resulta controvertido, como relata CARLOS JULIO LASCANO, *Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales*, en *íd.* (ed.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, p. 368, nota de pie n.º 54; *cf.* también al respecto la apreciación de EZEQUIEL MALARINO, “El caso argentino”, en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, 2009, 2.ª ed., p. 64 y s., y de MUÑOZ-CONDE y OLÁSOLA, *op.*

como de la Corte Suprema del Perú²⁰¹ y de la Corte Suprema de Chile²⁰², suelen afirmar que el texto legal, al establecer

cit. supra n.º 87, p. 117 y s. Más controvertida aún, la reciente sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil en el llamado caso del “mensalão”, imputando, por mayoría de votos, el delito de cohecho activo (art. 333 CP Brasil) al jefe de la Casa Presidencial de la República del Brasil, José Dirceu, basado en lo que el tribunal entiende como “teoría del dominio del hecho”; cf. el voto crítico del magistrado Ricardo Lewandowski sobre el cargo n.º VI (“*corrupção ativa*”) en la sentencia STF-Ação Penal (AP) 470/MC, relator Joaquim Barbosa, del 17 de diciembre de 2012, en *Diário da Justiça Eletrônico* del 22 de abril de 2013, p. 4950 y ss.

- 201 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Segunda Sala Penal Transitoria, RN n.º 5385-06, del 14 de diciembre de 2007 (caso “Abimael Guzmán”); sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Especial, expediente n.º 10-2001, del 7 de abril de 2009; sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Primera Sala Penal Especial, expediente 28-2001, del 1 de octubre de 2010. Cf. también la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Permanente, recusación 4104-2010, del 20 de julio de 2012 que adopta con otro criterio coautoría, inspirado por la solución de JAKOBS, *cit. supra* n.º 170, sin embargo, anulada por la misma (*sic*) Sala Penal Permanente el 27 de septiembre de 2012, por incumplir lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias emitidas respecto a este caso⁹¹; para una sinopsis muy instructiva de la jurisprudencia hasta 2009, cf. RAÚL PARIONA, “La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, p. 610 y ss. Por lo demás, consideramos que en la última sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en la que se pronunció la Corte con respecto a este concepto, hubo solamente un error de redacción, cuando se afirma “[Q]ue el artículo 23 del Código Penal reconoce la autoría mediata, y tanto la doctrina penalista como la jurisprudencia mayoritaria de este Supremo Tribunal, en varias Ejecutorias, admitió como una de sus expresiones o modalidades, la *autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados* (énfasis JMS). Incluso hoy en día ya lo tiene reconocido expresamente el artículo 28 (énfasis JMS) del ECP⁹²”. Más bien, a lo que pretendía referirse la Corte es al art. 25, inciso 3, *lit. a* del Estatuto de Roma⁹³.
- ⁹¹ Cf. Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012. ⁹² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria: R. N. 3521-2012, sentencia del 24 de julio de 2013, septuagésima segunda fundamentación. ⁹³ Una crítica pronunciada en contra de la aplicabilidad del concepto de ROXIN al art. 25, inciso 3, *lit. a* del Estatuto de Roma presenta la magistrada VAN DEN WYNGAERT en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional en Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, *cit. supra* n.º 92, p. 26 y ss.; sin embargo, no está fundada, según se explica *infra* n.º 237.
- 202 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Rol n.º 3744-07, del 21 de septiembre de 2007; en cuanto a una sentencia anterior, del año 1993 (el

– “utilizando a otro como instrumento”, según el artículo 29, inciso 1 del Código Penal colombiano del año 2000, o

– “se sirve de otro como instrumento”, según el artículo 20 del Código Penal boliviano del año 1997²⁰³, o

– “por medio de otro”, “del que se sirven” o “que actúa”, “como instrumento”, según el artículo 34 del Código Penal de El Salvador del año 1997, el artículo 42 del Código Penal de Nicaragua de 2008, así como del artículo 28, inciso 1, del Código Penal de España de 1995, como también

– “forzar” o “inducir” “directamente a otro(s)”, según el artículo 15, inciso 2, del Código Penal de Chile del año 1874, el artículo 36, inciso 2, del Código Penal de Guatemala de 1973 y el artículo 32 del Código Penal de Honduras de 1983, como también

– la realización del hecho “por interpuesta persona”, o “sirviéndose”, o “por medio”, o “valiéndose”, o “a través” “de otro”, tal como establecen el artículo 45 del Código Penal de Costa Rica del año 1970, el artículo 13, inciso iv, del Código Penal Federal de México de 1931, el artículo 43 del Código Penal de Panamá de 2007, el artículo 29 del Código Penal de Paraguay de 1997, el artículo 23 del Código Penal de Perú de 1991, así como el artículo 25, inciso 1, del Código Penal de Alemania de 1871 (texto refundido del año 1975),

implica necesariamente que el “otro” debe ser un mero medio, un “instrumento” en el sentido de la palabra, lo que

caso “Letelier”), *cf.* el relato del caso así como la apreciación crítica de LUIS JOSÉ GUZMÁN DÁLBORA, “El caso chileno”, en K. AMBOS (coord.), *op. cit. supra* n.º 200, pp. 71-86; *cf.*, sin embargo, también la apreciación positiva de toda la jurisprudencia chilena hasta 2010 por HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO y SALVADOR MILLALEO, “Chile”, en U. SIEBER, H.-G. KOCH y J.-M. SIMON (eds.), *op. cit. supra* n.º 87.

203 Texto igual al art. 23 del Anteproyecto de Reforma; *cf.* Comisión de Reforma Integral del Código Penal de Bolivia: *Parte general del anteproyecto de reforma al Código Penal de Bolivia. Conforme las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires (2008 y 2009)*, La Paz, 2010.

excluiría necesariamente la posibilidad de autoría mediata con una persona que a su vez es autor del hecho²⁰⁴.

Esta pareciera también ser la posición del autor colombiano VELÁSQUEZ, quien, inspirado por la discusión española²⁰⁵, no solo aparentemente duda²⁰⁶ que el texto legal²⁰⁷ cobije el dominio de la voluntad de un autor plenamente responsable,

204 Referencias en la doctrina alemana, en GRECO, *op. cit. supra* n.º 178, p.12, nota de pie n.º 31.

205 Sobre todo, pareciera ser la obra de CAROLINA BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 (cf. V. VELÁSQUEZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 95, nota de pie n.º 52); cf. también las referencias en ALICIA GIL, "El caso español", en K. AMBOS (coord.), *op. cit. supra* n.º 200, p. 119 y s.

206 En eso VELÁSQUEZ no está claro⁹, a pesar de anunciar "una clara toma de posición"¹⁰. El significado señalado por BOLEA BARDÓN, de la concepción del "autor tras el autor, figura [...] al lado de la *autoría mediata en sentido estricto*", es decir, al lado de la que no incluye el autor mediato tras un autor plenamente responsable, calificada por VELÁSQUEZ de "nueva categoría dogmática"¹¹, como "[...] apertura del concepto de autor [...] sin renunciar a las exigencias de determinación y concreción que impone el principio de legalidad", es compartido por VELÁSQUEZ¹², con una cita idéntica de la frase de BOLEA BARDÓN citada en el texto del proyecto ProFis-GIZ (al que el mismo VELÁSQUEZ colaboró con un concepto)¹³. Sin embargo, VELÁSQUEZ agrega a su cita de la frase de BOLEA BARDÓN el adjetivo "aparente". Después de esta cita con la calificación "aparente", VELÁSQUEZ (*loc. cit.*, p. 106 y s.) resuelve en la quinta conclusión de su disertación "[...] acudir a las categorías dogmáticas *tradicionales* (énfasis JMS) alimentadas por construcciones como la del dominio del hecho", o sea, no por la del "autor tras el autor", calificada por el autor colombiano previamente como "nueva categoría dogmática". En su octava conclusión VELÁSQUEZ (*loc. cit.*, p. 107)¹⁴ finalmente resuelve que "[S]e debe promover una reforma legislativa en cuya virtud –al lado de las categorías *tradicionales* (énfasis JMS)– se incluya de forma expresa en los textos la figura del autor tras el autor [...]", apoyándose y refiriéndose respecto a esta conclusión a la misma cita del texto de BOLEA BARDÓN, ya realizada con anterioridad¹⁵. En cambio, la quinta conclusión del proyecto ProFis-GIZ (*loc. cit.*, p. 33) es clara, resolviendo que respecto al "[...] concepto de autor contenido en el art. 29 del Código Penal [...]" se puede adoptar "[...] la autoría mediata con instrumento responsable, es decir, lo que la doctrina ha denominado 'autor tras el autor'", y que (el art. 29 CP Colombia) "[...] solo requiere una nueva interpretación".

⁹ En cambio sí, WALTER FABIÁN VÁSQUEZ RAMÍREZ, "La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano", *Diálogos de Derecho y Política*, n.º 9, año 3 (enero-abril 2012),

es decir, que se trate de un “autor tras el autor” (“Täter hinter dem Täter”), sino que, además, VELÁSQUEZ afirma que la redacción del artículo 29, inciso 1, del Código Penal de Colombia del año 2000, al exigir literalmente que el “instrumento” debe ser “otro”, excluye la posibilidad de recurrir a la autoría mediata, basada en el dominio de la organización en virtud de “aparatos organizados de poder”, utilizando a autores plenamente responsables, porque en su opinión “[E]s claro que el texto alude al que ‘utilizando a otro como instrumento’ y, bien se sabe, ‘otro’ solo puede ser un ser humano y no un aparato criminal organizado de poder”²⁰⁸.

Sin embargo, ambas afirmaciones en contra de la legalidad de la autoría mediata en el caso de un autor (inmediato) plenamente responsable, es decir, tanto la que se opone al dominio de la voluntad de un autor plenamente responsable, como la opinión de VELÁSQUEZ que se opone al dominio de la voluntad por dominio de organización de un autor plenamente responsable, se revelan como poco sustantivas.

En primer lugar, ya podría comenzar por cuestionarse la premisa misma de acuerdo con la cual la autoría mediata y, en particular, la autoría mediata con un autor plenamente

pp. 13 y s., 17, quien aparentemente, sin citarlo de manera expresa, sigue la argumentación de VELÁSQUEZ;¹⁹¹ V. VELÁSQUEZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 80;¹⁹² al menos en la dogmática penal alemana, esta no es una “nueva categoría dogmática”, porque tiene mínimo medio siglo de elaboración y discusión dogmática (cf. la obra de SCHROEDER de 1965, *op. cit. supra* n.º 161, *passim*);¹⁹³ *id.*, *op. cit. supra* n.º 161, p. 95;¹⁹⁴ PROFIS-GIZ, *op. cit. supra* n.º 161, p. 12;¹⁹⁵ cf. también *supra* n.º 192 y texto de la referencia;¹⁹⁶ cf. la cita *supra* n.º 205.

207 Artículo 29. Autores. “Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”.

208 VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 184 *in fine*, pp. 183 y 187 *in fine*; cf. también, aunque menos claro, *id.*, *op. cit. supra* n.º 161, pp. 80, 102 y s., 106. De otra opinión la jefa de la línea jurídica del proyecto Profis-GIZ, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, “El caso colombiano”, en: K. AMBOS (coord.), *op. cit. supra* n.º 200, p. 180 *in fine*, así como el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia YESID RAMÍREZ BASTIDAS, “Concurrencia de personas en el delito. Autoría mediata en aparatos organizados de poder”, en Pontificia Universidad Javeriana (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, tomo III (Derecho Penal), Temis, Bogotá, 2010, pp. 285-308, 306.

responsable requiere una definición legal que habilite esta forma de imputación. De hecho, la jurisprudencia alemana aplicó desde el siglo XIX la autoría mediata sin que esta hubiera sido codificada²⁰⁹ y, además, sin que se hubiera planteado con éxito una violación del principio de legalidad, siendo esta también la práctica judicial en España, incluso antes de la introducción de la figura de la autoría mediata al Código Penal español del año 1995²¹⁰. La razón conceptual que justifica un pronunciamiento jurisprudencial de esta naturaleza radica en aceptar que tanto la figura de la autoría mediata como la de la coautoría operan como meros complementos al concepto fundamental de autor y no representan una extensión de la autoría²¹¹, siendo los límites de cualquier concepción de autoría los límites formales en los tipos de la parte especial²¹²,

209 RGSt 1, p. 146 y ss.

210 CAROLINA BOLEA BARDÓN, "La autoría mediata en algunos supuestos de error", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, p. 21.

211 Cf., entre otros, la síntesis de HEINE, *op. cit. supra* n.º 90, nm. 74 (= Sch/Sch-Heine, StGB, 28, Aufl., Vorbem, §§ 25 ff, rz. 74). Esta posición es compartida en América Latina, por ejemplo, por MARCELO SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 631 y s., así también por autores españoles, como es el caso de BOLEA BARDÓN, *op. cit. supra* n.º 210, p. 21 y s., la que, si bien no ve la redacción del art. 28, inciso 1 CP España como meramente declarativa, sino le da una función de "referente", insiste en que los límites de cualquier concepción de autor que se construyen con este referente son los límites formales en los tipos de la parte especial.

212 Cf., si bien sin la diferenciación *cit. supra* n.º 129 y s., entre otros, SANCINETTI, *op. cit. supra* n.º 211, p. 632, así como BOLEA BARDÓN, *op. cit. supra* n.º 210, p. 21 y s.; argumento que obviamente no debe ser confundido con el planteamiento de la antigua teoría formal-objetiva, sino, más bien, tiene su base en la idea de GALLAS, *op. cit. supra* n.º 115, p. 151, de que dominio del hecho significa autoría en el sentido del respectivo tipo penal; cf. también la aclaración acertada en cuanto a la relación del concepto del autor (mediato) por dominio de organización con los límites formales de los tipos penales, de Ioannis MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte. Eine kritische Darstellung der täterschaftlichen Zurechnungslehre in legalen und illegalen Organisationsstrukturen aus strafrechtsdogmatischer und rechtstheoretischer Sicht sowie ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, p. 298 y s.

y no los establecidos en la parte general que se refieren a la autoría²¹³.

Partiendo de esta base, es posible afirmar que mediante el texto legal relativo al concepto de autoría mediata se explica –y no se establece– que autoría no significa necesariamente la realización del tipo por la propia mano, siempre y cuando haya una razón con el peso suficiente como para justificar la imputación²¹⁴. De esta forma, a lo largo de los últimos dos siglos, estas razones se han establecido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como casuística básica, con diferentes énfasis y acentuaciones entre los intérpretes del Derecho Penal²¹⁵. Como es sabido, en lo esencial, los casos justificados son la falta de dolo y la falta de tipicidad de la conducta, la conducta coaccionada, de conformidad con el Derecho, o justificada, así como la falta de capacidad de motivación de acuerdo con la norma²¹⁶.

Otros casos justificados, como los que presenta, entre otros, ROXIN, son el error vencible y el error sobre el sentido concreto de la acción²¹⁷, así como el caso de la utilización del autor no cualificado doloso por el cualificado y el caso de la utilización del autor inmediato doloso sin intención²¹⁸. Estos casos, incluyendo el caso del error vencible, a pesar de la decisión del Tribunal Supremo Federal alemán en el año 1989 a favor de la autoría mediata (caso “Katzenkönig”)²¹⁹, siguen siendo controvertidos entre las diferentes corrientes teóricas que se basan en la idea del dominio del hecho.

213 De otra opinión, aparentemente, VELÁSQUEZ, *supra* n.º 206.

214 HEINE, *cit. supra* n.º 90.

215 Para una visión general *cf.* ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 165 y ss.

216 Para una apreciación sobre el panorama en América Latina, *cf.* los informes principales de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, Uruguay y Venezuela en U. SIEBER, H.-G. KOCH y J.-M. SIMON (eds.), *op. cit. supra* n.º 128.

217 *Cf. supra* n.º 137-139.

218 *Cf. supra* n.º 157.

219 *Cf.* BGHSt 35, pp. 347, 353; *cf.* ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 646 y ss., 724.

Ahora bien, es precisamente en estos casos controvertidos que se pueden detectar las inconsistencias de algunos de los defensores de la teoría del dominio del hecho como equivalente normativo del principio de autonomía. Por ejemplo, JESCHECK y WEIGEND afirman, para el caso de la utilización del autor no cualificado doloso por el cualificado, la existencia de un "supuesto especial" de autoría mediata²²⁰. De esta manera fundamentan la punición del *intra-neus* como autor mediato, aun cuando esta solución no sea adoptada legalmente en la mayoría de los órdenes jurídicos penales-continenciales, incluyendo los de América Latina, Alemania y España, salvo en el caso extraño del artículo 49 del Código Penal de Costa Rica, que es, aparentemente, una herencia del anteproyecto del Código Penal de 1961 para Guatemala del penalista argentino SEBASTIÁN SOLER²²¹.

Además de esta inconsistencia de argumentación de índole estructural, es la propia jurisprudencia la que demuestra lo infundado que es el argumento en contra de la legalidad del concepto de autoría mediata por dominio de la voluntad de un autor inmediato penalmente responsable. Por más que insistan los críticos de ROXIN, es un hecho que

220 Cf., entre otros, JESCHECK y WEIGEND, *op. cit. supra* n.º 20, p. 721 y s. En cambio, en este sentido, consistente con su posición, VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 128, quien claramente afirma que "[...] frente a una legislación como la colombiana construida a partir de dicha pauta no parece posible 'inventar' semejante construcción que repugna a los principios que limitan el ejercicio de la potestad punitiva del Estado (por ejemplo, el postulado de legalidad de los delitos y de las penas), por lo que ambos concurrentes solo pueden ser penados con base en normas como la prevista en el art. 434 (CP Colombia) –asociación para la comisión de un delito contra la administración pública [...] o acudir a otras figuras de la (P)arte especial cuando se trate de hipótesis encajables en tipos penales equivalentes a los que exigen la calidad especial en el sujeto activo, como sucede en los delitos contra el patrimonio económico en relación con la figura de peculado".

221 Art. 49 CP Costa Rica: "Las calidades personales constitutivas de la infracción son imputables también a los partícipes que no las posean, si eran conocidas por ellos"; cf. la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Cuarta (Constitucional), n.º 6859-98, del 24 de septiembre de 1998 (16:33 Hs).

la máxima jurisprudencia en Alemania, no solo a partir del siglo XIX, aplicó la autoría mediata a la casuística básica, sin que esta figura se encontrara codificada²²². De hecho, en un caso de 1962 (caso "Staschynskij"), si bien el Tribunal Supremo Federal alemán, basándose en la teoría de autoría subjetiva, llegó a condenar al "hombre de adelante" ("Vordermann") –a pesar de haber matado de propia mano, no coaccionado, ni tampoco bajo un supuesto de error– solo por complicidad²²³, concluyó, sin una regla correspondiente expresa en el texto del Código Penal alemán de entonces, que los "hombres de atrás" ("Hintermänner") del "hombre de adelante" calificarían como autores mediatos²²⁴.

Por eso, la afirmación de la supuesta oposición del principio de autonomía a la autoría mediata por medio de un autor (inmediato) plenamente responsable no es solamente refutable como "dogma distorsionador de la realidad", sino que, además, su "blindaje" a través del principio de legalidad presenta incoherencias estructurales y requiere explicaciones más amplias frente a la realidad de la máxima jurisprudencia. Con eso, la carga de la prueba se radica en cabeza de aquellos que afirman tal posición y, entre tanto

222 Cf. *supra* n.º 209.

223 Y por eso fue denominado por ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 606 y s. (cf. también su crítica en *op. cit. supra* n.º 59, p. 194 y ss.), como "leading case de una praxis que invierte la relación regla-excepción en los procesos por delitos nacional-socialistas"; esta praxis fue tácticamente combinada con algunos esfuerzos del legislador en los años 1960, que había preparado una "amnistía a escondidas" (*kalte Amnestie*), situación que solo fue superada a nivel legislativo en 1979 con la imprescriptibilidad del homicidio calificado y genocidio en el CP Alemania; cf. el análisis detenido de lo que la autora denomina incluso "jurisprudencia táctica", MONIKA FROMMEL, "Taktische Jurisprudenz – die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute", en M. MAHLMANN (ed.), *Festschrift für Hubert Rottleuthner zum 65. Geburtstag, Gesellschaft und Gerechtigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 458-492, *passim*.

224 BGHSt 18, pp. 87, 89; cf. la "subsunción" del caso por ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 269 y ss. Sin embargo, cf. la redefinición de la sentencia por JAKOBS, *cit. supra* n.º 26.

no logren sustentar mejor su hipótesis, debe refutarse por poco plausible.

Esta calificación de la argumentación es aún más justificada en relación con la afirmación de VELÁSQUEZ, quien sostiene que la palabra "instrumento" en el texto de la parte general de un Código Penal podría oponerse, bajo la garantía del principio de legalidad, a la concepción de una autoría mediata por dominio de organización en virtud de aparatos organizados de poder. Afirma el autor colombiano que "[...], 'otro' solo puede ser un *ser humano* (énfasis JMS) y no un aparato criminal organizado de poder", frase a la cual se encabeza un "bien se sabe". Esta afirmación carece de un fundamento plausible, tanto por el ya constatado alcance del principio de autonomía en general, y en especial del principio de legalidad hacia el concepto de autoría en la parte general, como por las razones que a continuación se exponen.

Primero, en el supuesto que VELÁSQUEZ construyera su frase, basándose en el sentido coloquial de las palabras "instrumento" o "aparato"²²⁵, en relación con la palabra "otro", para fundamentar su afirmación de acuerdo con la cual el "aparato criminal organizado de poder" no podría ser "otro" y, por lo tanto, la figura de autoría mediata por dominio de organización en virtud de aparatos organizados de poder estaría excluida precisamente por esta redacción del texto legal, VELÁSQUEZ estaría ignorando que "instrumento" jamás se ha entendido en el Derecho Penal, al menos desde el siglo XIX, en el sentido coloquial de la palabra. Incluso, este autor se encontraría en un estadio anterior al Derecho natural del siglo XVII. Con ello, la argumentación de VELÁSQUEZ no solamente resultaría en una simple *fallacia fictae necessitatis*, sino en una auténtica falacia naturalista.

225 VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, p. 93 y s.: "el instrumento es el aparato".

Más bien, desde hace siglos se ha entendido que utilizar a "otro" como un medio es la base requerida para imputar su conducta al que hace uso de él, cuando por una razón especial, el Código Penal no sea aplicable al hombre de adelante, pero sí al hombre de atrás, fundamentándose normalmente un razonamiento de esta naturaleza en la diversidad de la posición subjetiva de las dos personas²²⁶. Fue justamente la dogmática penal la que se encargó de sistematizar esta secular idea normativa fundamental en el concepto del principio de la autonomía²²⁷. Y es, por lo tanto, este principio de autonomía el que define quiénes son "otros" o "instrumentos" y quiénes no lo son, en el marco del concepto de la autoría mediata, y no al revés.

En segundo lugar, e independientemente de la primera hipótesis, en el supuesto que VELÁSQUEZ construyera su frase según la cual la palabra "otro" no abarca un "aparato criminal organizado de poder", basado en un concepto de "aparato criminal organizado" que él mismo define como "manifestación delictiva" de "un número plural de personas (énfasis JMS) de carácter piramidal y de estructura jerárquica, dentro de la cual los órganos que toman las decisiones no son los mismos que los ejecutan"²²⁸, estaría con ello utilizando un argumento distorsionador de la propia construcción de

226 RGST 1, pp. 146, 148. Cf. también en el capítulo I sobre las conductas humanas, sus principios y sus responsabilidades de la obra de SAMUEL VON PUFENDORF, *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo*, J. Hayes, Cambridge, 1682, liber primus, p. 11 y s., el párrafo 27, donde establece: "Circa imputationem autem actionum alterius paulo distinctus observandum, quod aliquando quidem contingat, ut actio ei, qui immediate eam patravit, plane non imputatur, sed alteri, qui hoc tantum velut instrumento usus est" (= Con respecto a la imputación por actos de terceros, se debe observar más detenidamente que a veces, por cierto, sucede que una acción no imputa en absoluto a quien lo cometió directamente, sino a otra persona que lo utiliza como un mero instrumento).

227 SCHÜNEMANN, *op. cit. supra* n.º 178, p. 301.

228 VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, p. 82 y s.; VELÁSQUEZ, V., *op. cit. supra* n.º 184 *in fine*, p. 179 y s.

la figura del dominio de organización en virtud de aparatos organizados de poder de ROXIN.

Esto es así, pues se trata de una adaptación de la teoría de ROXIN²²⁹ y, ciertamente, no de la teoría de dominio de la organización creada por ROXIN, que es una teoría mediata estrictamente individual, en vez de una autoría mediata colectiva²³⁰. Solo bajo esta premisa se puede afirmar, tal como en el caso de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional²³¹, que el razonamiento oscila entre el "injusto del sistema" ("Systemunrecht") por medio de un "sistema de injusto" ("Unrechtssystem")²³², o sea, desde la óptica de VELÁSQUEZ,

229 Cf. *supra* n.º 184.

230 Cf. la conclusión n.º 4 de MOROZINIS, *op. cit. supra* n.º 212, p. 631. Una explicación más allá del problema que ocupa la presente disertación, de por qué el deseo ampliamente expresado en la literatura por un papel más preponderante de lidiar con crímenes internacionales colectivos en lugar de centrarse en la perpetración individual está equivocado, presenta ELDAR, *op. cit. supra* n.º 75, *passim*.

231 Cf. los antecedentes en *supra* n.º 184.

232 KAI AMBOS, "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2011, p. 15, basándose en el trabajo de LAMPE, *op. cit. supra* n.º 15. Esto, definitivamente, no es el caso de la Decisión AK 3/10 del juez de instrucción del Tribunal Supremo Federal alemán del 17 de junio de 2010⁹, como, en cambio, sí lo afirma AMBOS (*loc. cit.*). Ello, por cuanto si bien el Tribunal Supremo Federal alemán argumenta que el Código Penal Internacional alemán difiere del Código Penal alemán, particularmente por el hecho de que el primero pone en primer plano el carácter colectivo de los delitos comprendidos en este Estatuto Penal especial. Es de resaltar que el argumento del Tribunal Supremo Federal alemán se plantea en el caso *concreto* con relación a la figura de la responsabilidad por el mando (art. 4 Código Penal Internacional alemán)¹⁰, es decir, respecto a una figura de imputación por omisión (impropia)¹¹ dolosa en el sistema general de autoría y participación¹² que justamente ha sido introducida por el legislador alemán como *regla general* en la parte primera del Código Penal Internacional alemán (parte general) *para* los delitos tipificados en la parte segunda del mismo (parte especial), precisamente por considerar que el alcance del sistema general de autoría y participación no abarcaría lo que ahora establece el art. 4 del Código Penal Internacional alemán¹³. Además, cabe resaltar que el argumento utilizado por el Tribunal Supremo Federal alemán se debe a una supuesta necesidad de justificar un nivel menos exigente en cuanto al dolo del superior respecto al hecho principal del inferior, el cual, sin embargo, acaba aplicando el mismo nivel utilizado

de un “injusto del aparato de poder” por medio de un “aparato de injusto”²³³, y el “injusto del sistema” o “injusto del aparato de poder” por medio de un individuo, creándose de esta manera una teoría de dominio de organización que se mueve en la intersección entre responsabilidad individual y colectiva²³⁴, sobre todo con base en una construcción de coautoría mediata (“mittelbare Mittäterschaft”). Precisamente por esta razón la Corte Suprema de Justicia de Colombia, tan criticada por VELÁSQUEZ por su posición asumida, al aplicar la teoría de dominio de la organización creada por ROXIN, se limitó a constatar que su posición era *cercana* a la posición asumida por la jurisprudencia internacional en la materia, según el análisis de la doctrina²³⁵.

En todo caso, en relación con la teoría de ROXIN, sigue siendo válida la afirmación que hiciera en el año 1968 su condiscípulo JÄGER, en cuyos trabajos se apoyó desde el principio²³⁶, ya hace medio siglo, el creador del concepto de autoría mediata por dominio de organización en virtud de

en otros casos, no relacionados con el Código Penal Internacional alemán, tal como es el caso BGH18 45, p. 270 (cf. *supra* n.º 173).

²³³ Reproducido en *Juristen Zeitung*, n.º 65, 2010, p. 960 y ss.; ²³⁴ Cf. el texto del art. 4, *cit. supra* n.º 85; ²³⁵ esta calificación de manera convincente cf. THOMAS WEIGEND, “Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 116, 2004, p. 1006 y s.; ²³⁶ cf. Boris BURGHARD, “Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, pp. 703 y 709; de otra opinión: KAI AMBOS, “‘Joint Criminal Enterprise’ y responsabilidad del superior”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2007, p. 67; ²³⁷ cf. *supra* n.º 85; crítico, BURGHARD, *loc. cit.*, *passim*.

233 Esta es la única interpretación que se puede dar a la afirmación que “[...] hoy –a diferencia de la formulación inicial de ROXIN– se le concibe como autoría mediata por dominio de la organización” en VELÁSQUEZ V., *op. cit. supra* n.º 161, p. 95 *iic*.

234 Así, expresamente, AMBOS, *op. cit. supra* n.º 232, p. 15; cf. también *supra* p. 16 y s. y n.º 19. En cambio, para el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán en el Derecho Penal económico, respecto a la delincuencia empresarial, cf. la conclusión crítica n.º 9 de MOROZINIS, *op. cit. supra* n.º 212, p. 633 y s.

235 Cf. *supra* n.º 184 *iic*.

236 Cf. *supra* n.º 68.

aparatos organizados de poder: “[E]l Derecho Penal obliga al análisis microscópico de la conducta individual, porque solo puede juzgar el delito individual, y con eso pone en evidencia la dimensión *personal* (énfasis JMS) del injusto colectivo”, constata JÄGER al referirse a los crímenes del régimen nazi²³⁷. Lo anterior, tomando siempre en cuenta que la jurisprudencia internacional *adaptó* la teoría de ROXIN, y no simplemente la *asumió*, tal como es también el caso del Tribunal Supremo Federal alemán²³⁸; incluso, sin perder de vista que los elementos constitutivos de la figura de *autoría mediata por dominio de organización* en virtud de aparatos organizados de poder, si bien son controvertidos, no han afectado su fundamento, como es evidente, sin que hubiese terminado la discusión²³⁹.

237 HERBERT JÄGER, “Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrechen”, *Kritische Justiz*, n.º 1, 1968, p. 145. Por eso, en cuanto a la aplicabilidad de la teoría del dominio de organización en virtud de aparatos organizados de poder de ROXIN al art. 25, inciso 3, *lit. a* del Estatuto de Roma, igualmente sin lugar, la crítica contra la aplicabilidad del concepto de ROXIN al art. 25, inciso 3, *lit. a* del Estatuto de Roma de la magistrada VAN DEN WYNGAERT en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II de la Corte Penal Internacional en *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*, *cit. supra* n.º 92, p. 26 y ss.; eso, después que la magistrada había rechazado la aplicabilidad de la teoría del dominio del hecho de forma general, declarándola incompatible con la redacción del texto y su *ratio legis* (*loc. cit.*, p. 7 y ss.).

238 En cuanto a los casos *cit. supra* n.º 173, *cf.* ROXIN (2000), *op. cit. supra* n.º 68, p. 658 y ss. en la 8.ª ed., *op. cit. supra* n.º 101, p. 620 y ss. En cambio, en el Derecho Penal económico respecto a la delincuencia empresarial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán no *adaptó* la teoría de ROXIN, sino que creó un razonamiento distinto, el que, más que tener en común con la teoría de ROXIN, utiliza su etiqueta (MOROZINIS, *op. cit. supra* n.º 212, p. 631); *cf.* las críticas de ROXIN, *loc. cit.* (8.ª ed.), p. 715 y ss.

239 Este sobreentendido parece, sin embargo, no ser la experiencia de V. VELÁSQUEZ, *op. cit. supra* n.º 184 *in fine*, p. 186, quien considera que “[...] a veces se pretende y parece derivarse del proveído en comentario –que la única explicación posible sea la diseñada por el gran catedrático alemán, como si con él hubiese terminado la discusión”.

3.3 Resumen

Se puede constatar entonces que la base jurídico-penal de la dimensión de responsabilidad personal-penal en el hecho colectivo, perpetrado en el marco de la organización jerárquica de un sistema macrocriminal, de los individuos que se encuentran en los niveles más altos de dicha organización, es decir, de quienes mandan, es la autoría mediata, en virtud del dominio que estos ejercen sobre la voluntad de quienes se encuentran en los niveles más bajos de la organización, en otras palabras, dominio de organización en virtud de un "aparato organizado de poder". El fundamento de este resultado es el concepto de dominio de organización de CLAUS ROXIN, en contraposición a los resultados del concepto finalista y del concepto objetivo-subjetivo del dominio final, dejando de lado, en la comprensión del dominio del hecho elegida para la presente disertación, posiciones que diferencian entre autoría y participación a través de conceptos puramente normativos, como principalmente es la posición de GÜNTHER JAKOBS. Reparos de índole estructural y legal a este resultado no convencen. Así, los argumentos que oponen al resultado de la autoría mediata el principio de autonomía resultan con frecuencia en una argumentación circular sobre la equivalencia entre la teoría del dominio del hecho y el principio de autonomía. Finalmente, afirmaciones en contra de la legalidad de la autoría mediata por dominio de organización respecto a un ejecutor directo del hecho macrocriminal, plenamente responsable, se revelan como poco sustantivas y presentan incoherencias en su cuanto a su concepción como en la argumentación.

4. Conclusión

En la primera parte se demostró la base criminológica que explica cómo, aquello que doctrinariamente es sintetizado en "la elevada disposición al hecho del ejecutor", se genera

en la organización jerárquica de un sistema macrocriminal. Se evidencia que ello básicamente consiste en la erosión del autocontrol frente a los valores básicos de la sociedad de los individuos que están en los niveles inferiores de esta jerarquía. Sin embargo, esta disposición de los ejecutores directos para cometer un hecho macrocriminal de por sí no puede constituir el dominio de este hecho por los que mandan en la jerarquía²⁴⁰. Ello, como hemos visto en la segunda parte, porque los factores que influyen sobre su disposición a cometer el hecho macrocriminal no afectan su libertad básica de comportarse conforme al Derecho. Caso contrario, se estaría llegando al absurdo de calificar a un tercero como autor sobre la simple base de la disposición psíquica de otra persona²⁴¹.

De no ser la disposición psíquica del ejecutor directo del hecho macrocriminal la que pueda fundamentar el dominio de este hecho por parte de quienes mandan en la organización jerárquica del sistema macrocriminal, solo puede serlo la disposición de la organización misma²⁴². Como vimos en la segunda parte, esta disposición de la organización radica en la generación de comportamientos conforme al sistema macrocriminal y amoldados a la organización, lo que doctrinariamente es sintetizado en la "fungibilidad" del ejecutor directo y "desvinculación del ordenamiento jurídico" de la organización. Estos dos fundamentos, que se condicionan mutuamente²⁴³, son decisivos²⁴⁴ para poder afirmar que el dominio sobre el hecho macrocriminal no se da por medio del dominio sobre la voluntad de una persona individual-concreta, sino por el dominio sobre la organización de un

240 Cf. para la problemática ya *supra* n.º 161.

241 Así, expresamente MOROZINIS, *op. cit. supra* n.º 212, p. 316.

242 ROXIN, *op. cit. supra* n.º 47, p. 296.

243 Cf. sobre la relación funcional entre ambos criterios la argumentación de MOROZINIS, *op. cit. supra* n.º 212, pp. 297, 313 y ss.

244 Al parecer, de otra opinión, PARIONA, *op. cit. supra* n.º 201, p. 614.

colectivo de individuos intercambiables para la realización del resultado típico, lo que hace que este colectivo funcione de manera "automática", es decir, como un "aparato". Y, como es lógico, este dominio del hecho macrocriminal en virtud del "aparato" solo lo tiene quien lo domina, o sea, quien tiene el "poder de mando", siendo el atributo "de poder" del "aparato" un mero indicador del dominio de quien utiliza dicho aparato.

Finalmente, se demuestra cómo el concepto del dominio de organización de ROXIN no solo resuelve el problema doctrinario de la responsabilidad personal-penal en un hecho macrocriminal de una manera convincente, basándose en la realidad de dicha criminalidad particular. Este concepto posee, además, un importante potencial político-criminal consistente en dejar en claro una diferenciación conceptual –en el marco de una actuación catalogada como macrocriminal– entre lo que metafóricamente podría denominarse como la actuación del "chef" y del "mesero". Una diferencia de este orden no se reduce simplemente al *quantum* de la pena, es decir: el consumidor en un restaurante de tres estrellas Michelin, confrontado con un plato de cocina mal preparado y manifiestamente repugnante en su mesa, hará mala propaganda contra el chef y su establecimiento por la *calidad* de su aportación y no, en todo caso, contra la actuación del mesero. Quien insiste en igualar o nivelar este tipo de diferencia, como mínimo, desaprovecha su potencial político-criminal en explicar consecuencias diferenciadas para aportes de diferente calidad a un hecho colectivo, más allá del simple *quantum* de una pena determinada.

Un campo predestinado para aprovechar este potencial es un programa político-criminal que implemente una justicia "transicional" y que, con ello, no pretenda someter a todas las personas, al menos de la misma forma, a las consecuencias de su responsabilidad penal en un suceso macrocriminal, como es tendencialmente el caso de la Ley 975 del 2005 llamada "de Justicia y Paz", reformada por la

Ley 1592 del 2012²⁴⁵ y, más osado aún, en el caso del llamado “Marco Jurídico para la Paz”, introducido por el Acto Legislativo 1 del 2012, recientemente declarado exequible por la Corte Constitucional de Colombia, bajo la condición que “[e]l mecanismo de suspensión total de la ejecución de la pena, no puede operar para los condenados como máximos responsables”²⁴⁶.

En todo caso, cabe constatar que, a través del concepto del dominio de organización de ROXIN, se ofrece una solución racional, con base en un concepto jurídico-penal material, a un problema delicado, como demuestra la carta del 7 de agosto del 2013 de la fiscal general de la Corte Penal Internacional al presidente de la Corte Suprema de Justicia de Colombia²⁴⁷. Este problema consiste en explicar la selección de responsabilidades personales-penales para la persecución penal de un hecho macrocriminal, tal como se desarrolla especialmente en la Directiva 0001-2012 de la Fiscalía General de la Nación de Colombia²⁴⁸.

BIBLIOGRAFÍA

1. Autores y organizaciones particulares

ALBRECHT, HANS-JÖRG. “Sistemas de sanciones penales: presente y futuro”, en U. SIEBER y J.-M. SIMON (eds.), *Hacia la unificación del Derecho Penal*, 2.ª ed., Inacipe, México D. F., 2011, pp. 273-307.

AMBOS, KAI. *La parte general del Derecho Penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Fundación Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005 (traducción de la 2.ª ed. alemana de 2004 por Ezequiel Malarino).

245 Cf. *supra* n.º 78 y texto acompañante.

246 Cf. *supra* n.º 49 y 73.

247 Cf. *supra* n.º 79.

248 Cf. *supra* n.º 75 y 78.

- AMBOS, KAI. "Joint Criminal Enterprise' y responsabilidad del superior", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2007, pp. 39-78 (traducción por Ana Mª Garrocho Salcedo).
- AMBOS, KAI. "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2011, en www.indret.com/es/; último acceso: 30/09/2013 (= Zur "Organisation" bei der Organisationsherrschaft, en M. HEINRICH, CH. JÄGER y H. ACHENBACH (eds.), *Strafrecht als scientia universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. mayo de 2011*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 2011, pp. 837-852; traducción por Diego F. Tarapués y Ricardo Robles Planas).
- ARNOLD, JÖRG, SIMON, JAN-MICHAEL y WOISCHNIK, JAN (eds.). *Estado de Derecho y delincuencia de Estado en América Latina: una visión comparativa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2006.
- BERGESMO, MORTEN y SAFFON, MARÍA PAULA. "Enfrentando una fila de atrocidades pasadas: ¿cómo seleccionar y priorizar casos de crímenes internacionales nucleares?", en K. AMBOS (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), Bogotá, 2011, pp. 23-112.
- BOLEA BARDÓN, CAROLINA. "La autoría mediata en algunos supuestos de error", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, pp. 11-44.
- BORNKAMM, PAUL CHRISTOPH. *Rwanda's Gacaca Courts. Between retribution and reparation*, Oxford University Press, Oxford et al., 2012.
- BURGER, JERRY M. "Replicating Milgram: Would people still obey today?", *American Psychologist*, n.º 64, 2009, pp. 1-11.

- BURGHARD, BORIS. "Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, pp. 696-711.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL y FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar", *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- COMISIÓN DE REFORMA INTEGRAL DEL CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA: Parte general del anteproyecto de reforma al Código Penal de Bolivia. Conforme a las resoluciones adoptadas en las reuniones de Santa Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires (2008 y 2009), La Paz, 2010. <http://es.scribd.com/doc/94150636/Anteproyecto-de-Reforma-Al-Codigo-Penal-de-Bolivia>; último acceso: 30/09/2013.
- DAMASKA, MIRJAN R. "What is the point of international criminal Justice?", *Chicago-Kent Law Review*, n.º 83, 2008, pp. 329-365.
- DANNER, ALLISON M. y MARTÍNEZ, JENNY S. "Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility, and the development of international criminal law", *California Law Review*, n.º 93, 2005, pp. 75-169.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, MIGUEL. "Autoría y participación", *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, pp. 13-61.
- DIMITRIJEVIC, NENAD. *Duty to respond. Mass crime, denial, and collective responsibility*. CEU Press, Budapest y Nueva York, 2011.
- ELDAR, SHACHAR. "Exploring international criminal law's reluctance to resort to modalities of group responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, n.º 11, 2013, pp. 1-19.
- Fiscalía General de la Nación. *Informe de gestión 2012-2013*, Fiscalía General de la Nación, Bogotá, marzo de 2013.

- FROMMEL, MONIKA. "Taktische Jurisprudenz – die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkung der damaligen Rechtsprechung bis heute", en M. MAHLMANN (ed.), *Festschrift für Hubert Rottleuthner zum 65. Geburtstag, Gesellschaft und Gerechtigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 458-492.
- GALLAS, WILHELM. *Beträge zur Verbrechenslehre*, De Gruyter, Berlín, 1968 (= "Täterschaft und Teilnahme", e: *Materialien zur Strafrechtsreform. Gutachten der Strafrechtslehrer*, tomo 1, Heger, Bonn, 1954).
- GIL GIL, ALICIA. "El caso español", en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2009, pp. 87-128.
- GOTTFREDSON, MICHAEL R. "Una teoría del control explicativa del delito", en J. L. GUZMÁN DÁLBORA y A. SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho Penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 333-345.
- GUZMÁN DÁLBORA, LUIS JOSÉ. "El caso chileno", en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2009, pp. 71-86.
- HEINE, GÜNTHER. "Vorbem. §§ 25 ff.", en A. SCHÖNKE y H. SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 28.ª ed., Beck, München, 2010 (= Sch/Sch-Heine, stGB, 28. Aufl., Vorbem. §§ 25 ff.).
- HERNÁNDEZ BASUALTO, HÉCTOR y MILLALEO, SALVADOR. "Chile", en U. SIEBER, H.-G. KOCH, J.-M. SIMON (eds.), *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities*, cinco tomos, Duncker & Humblot, Berlín (en vías de publicación).
- HERZBERG, ROLF D. "La sentencia Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder", en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata*, Ara, Lima, 2010, pp. 125-140 (= "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des

- Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 565-568; traducción de Raúl Pariona Arana [sin la conclusión en la p. 580]).
- HERZBERG, ROLF D. "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro Universitate, Pforzheim, 2000, pp. 33-53.
- HRUSCHKA, JOACHIM. "Regressverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen", en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 110, 1998, pp. 581-639 (= "Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. | 5 [2.ª Época: 2000], pp. 189-218; traducción por Pablo Sánchez-Ostiz).
- JÄGER, HERBERT. "Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, n.º 45, 1962, pp. 73-83.
- JÄGER, HERBERT. *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Walter, Olten et al., 1967.
- JÄGER, HERBERT. "Strafrecht und nationalsozialistische Gewaltverbrechen", *Kritische Justiz*, n.º 1, 1968, pp. 143-157.
- JÄGER, HERBERT. *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*. Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989.
- JÄGER, HERBERT. "Makroverbrechen als Gegenstand des Völkerstrafrechts", en G. HANKEL y G. STUBY (eds.), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, Hamburger Edition, Hamburg, 1995, pp. 325-354.
- JÄGER, HERBERT. "Ist Politik kriminalisierbar?", en K. LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*

Tomo III (Makrodelinquenz), Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 121-138.

JAKOBS, GÜNTHER. *Schuld und Prävention*, Mohr, Tübingen, 1976.

JAKOBS, GÜNTHER. "Zum Verhältnis von psychischem Faktum und Norm", en H. GÖPPINGER y P. H. BRESSER (eds.), *Sozialtherapie. Grenzfragen bei der Beurteilung psychischer Auffälligkeiten im Strafrecht*. Bericht über die XXI. Tagung der Gesellschaft für die Gesamte Kriminologie vom 8.-10. Oktober 1981 in Saarbrücken. Enke, Stuttgart, 1982, pp. 127-142.

JAKOBS, GÜNTHER. "Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch", en J. ISENSEE (ed.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1992, pp. 37-64.

JAKOBS, GÜNTHER. "Untaten des Staates - Unrecht im Staat. Strafe für die Tötungen an der Grenze der DDR?", *Goltdammer's Archiv*, n.º 141, 1994, pp. 1-19.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho Penal. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995 (traducción de la 2.ª ed. alemana de 1991 por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo).

JAKOBS, GÜNTHER. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 2000.

JAKOBS, GÜNTHER. "El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos", en *El sistema funcionalista del derecho penal*, ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000), Grijley, Lima, 2000, pp. 165-194 (= "Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung rechtlicher Begriffe", en *El sistema funcionalista del derecho penal*, ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal [Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000], Grijley, Lima, 2000, pp. 195-223; traducción por Manuel Cancio Meliá).

- JAKOBS, GÜNTHER. "Beteiligung", en D. DÖLLING (ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 561-575.
- JAKOBS, GÜNTHER. *La pena estatal: significado y finalidad*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- JAKOBS, GÜNTHER. "Die Schuld der Fremden", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 118, 2006, pp. 831-854.
- JAKOBS, GÜNTHER. "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori", en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata*, Ara, Lima, 2010, pp. 103-114 (= "Die Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 572-575; traducción por Miguel Polaino-Orts).
- JAKOBS, GÜNTHER. *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.
- JAKOBS, GÜNTHER. "La parte objetiva del comportamiento en la lesión de deberes negativos", *Derecho & Sociedad*, n.º 39, 2013, pp. 11-17 (traducción por Miguel Polaino-Orts).
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Comares, Granada, 1993 (traducción de la 4.ª ed. alemana de 1988 por José Luis Manzanares Samaniego).
- JESCHECK, HANS-HEINRICH. "Wandlungen des strafrechtlichen Schuldbegriffs in Deutschland und Österreich", *Juristische Blätter*, n.º 120, 1998, pp. 609-618.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH y WEIGEND, THOMAS. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Comares, Granada, 2002 (traducción de la 5.ª ed. alemana de 1996 por Miguel Olmedo Cardenete).
- KARSTEDT, SUSANNE. "Contextualizing mass atrocity: Moving towards a relational approach", *Annual Review of Law and Social Science*, n.º 9, 2013, pp. 383-404.

- KELSEN, HANS. "Will the judgment in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law?", *International Law Quarterly*, n.º 1, 1947, pp. 153-171.
- KÜHL, CHRISTIAN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., Vahlen, München, 2012.
- LAMPE, ERNST-JOACHIM. "Injusto del sistema y sistemas de injusto", en LAMPE, ERNST-JOACHIM, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, pp. 97-179 (= "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 106 [1994], pp. 683-745; traducción por Carlos Gómez-Jara Díez).
- LASCANO, CARLOS JULIO. "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en LASCANO, CARLOS JULIO (ed.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, Lerner, Córdoba, 2001, pp. 349-389.
- LÓPEZ DÍAZ, CLAUDIA. "El caso colombiano", en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2009, pp. 153-185.
- LOTZ, HENNING. *Das "absichtslos/qualifikationslos-dolose Werkzeug": Ein Fall der mittelbaren Täterschaft? Entstehung, Entwicklung und Ende einer umstrittenen Rechtsfigur*, Kovač, Hamburg, 2009.
- MALARINO, EZEQUIEL. "El caso argentino", en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, 2.ª ed., Temis, Bogotá, 2009, pp. 39-70.
- MAURACH, REINHART. *Grundriss des Strafrechts*, Wolfenbütteler Verlagsanstalt, Wolfenbüttel-Hannover, 1948.
- MAURACH, REINHART. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II, Ariel, Barcelona, 1962 (traducción de la 1.ª ed. alemana de 1954 por Juan Córdoba Roda).

- MAURACH, REINHART. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo 1.2 (Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat), 5.ª ed., C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, 1978.
- MAURACH, REINHART, GÖSSEL, KARL HEINZ y ZIPF, HEINZ. *Derecho penal. Parte general*. Tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1995 (traducción de la 7.ª ed. alemana de 1989 por Jorge Bofill Genzsch).
- MILGRAM, STANLEY. *Obedience to authority: An experimental view*, Taylor & Francis, New Haven, 1974.
- MODELELL GONZÁLEZ, JUAN LUIS. "Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la sala de cuestiones preliminares I de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)", en K. AMBOS y M. de HOYOS (eds.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Comares, Granada, 2008, pp. 91-109.
- MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (ed.). *El funcionalismo en el Derecho Penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Dos tomos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO y PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Dogmática penal afortunada y sin consecuencias (comentario)", en A. ESER, W. HASSEMER y B. BURKHARDT (coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 229-244 (= "Geglückte und folgensele Strafrechtsdogmatik? [Kommentar]", en A. ESER, W. HASSEMER y B. Burkhardt [eds.], *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*. Rückbesinnung und Ausblick, Beck, München, 2000, pp. 199-211).
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y OLÁSULO, HÉCTOR. "The application of the notion of indirect perpetration through organized structures of power in Latin America and Spain", *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9, 2011, pp. 113-135.

- NINO, CARLOS S. "The duty to punish past abuses of human rights put into context: The case of Argentina", *Yale Law Journal*, n.º 100, 1991, pp. 2619-2640.
- OBERLÉ, DOMINIQUE, BEAUVOIS, JEAN-LEON y COURBET, DIDIER. "Une transposition du paradigme d'obéissance de Milgram à la télévision: Enjeux, résultats et perspectives", *Connexions*, 95, 2011, pp. 71-88.
- OHLIN, JENS D. Organizational criminality. Cornell Legal Studies Research Paper. 28 de septiembre 2012. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2153818>; último acceso: 30/09/2013.
- OLÁSULO, HÉCTOR. "Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional", *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n.º 3, 2009, pp. 1-24; en www.indret.com/es/; último acceso: 30/09/2013.
- OLÁSULO, HÉCTOR. "El desarrollo en Derecho penal internacional de la coautoría mediata", *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, n.º 27, 2009, pp. 71-95.
- PARIONA, RAÚL. "La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 609-614.
- PAWLIK, MICHAEL. *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL. "Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand", *Goltdammer's Archiv*, n.º 160, 2013, pp. 454-472 (traducción por Michael Juhas = [aunque con diferencias significativas] "El concepto del dolo en el Derecho Penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental", *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 6 [2011], pp. 11-49).
- PÉREZ BARBERÁ, GABRIEL y AGÜERO, ALEJANDRO. "Contrapunitivismo y neopunitivismo. Perspectiva histórica y moral", *Derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2012, pp. 249-263.

- PROFIS-GIZ. "La concurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder" (s. F.), mimeo; en www.profis.com.co/modulos/contenido/default.asp?idmodulo=423; último acceso: 30/09/2013.
- PUFENDORF, SAMUEL VON. *De officio hominis et civis, juxta legem naturalem libri duo*, J. Hayes, Cambridge, 1682.
- RAMÍREZ BASTIDAS, YESID. "Concurrencia de personas en el delito. Autoría mediata en aparatos organizados de poder", en Pontificia Universidad Javeriana (ed.), *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Tomo III (Derecho Penal), Temis, Bogotá, 2010, pp. 285-308.
- REUSS, VASCO. *Zivilcourage als Strafzweck des Völkerstrafrechts. Was bedeutet Generalprävention in der globalen Zivilgesellschaft?*, Lit Verlag, Berlín, 2012.
- ROXIN, CLAUS. "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, n.º 110, 1963, pp. 193-207 (= "Crimes as part of organized power structures", *Journal of International Criminal Justice*, n.º 9 [2011], pp. 193-205; traducción por Belinda Cooper).
- ROXIN, CLAUS. "Bemerkungen zum 'Täter hinter dem Täter'", en G. WARD (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1976, pp. 173-195.
- ROXIN, CLAUS. "Bemerkungen zum Regreßverbot", en H.-H. JESCHECK y T. VOGLER (eds.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1989, pp. 178, 185 y s. (= "Observaciones sobre la prohibición de regreso", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, vol. III, n.º 6 [1997], pp. 19-44; traducción por Marcelo A. Sancinetti).
- ROXIN, CLAUS. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I (Fundamentos. La estructura de la teoría del delito), Civitas, Madrid, 1997 (traducción de la 2.ª ed. alemana de 1994 por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier Vicente Remesal).

- ROXIN, CLAUS. "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei organisierter Kriminalität", en E. SAMSON, F. DENCKER, P. FRISCH, H. FRISTER y W. REISS (eds.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 549-561.
- ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2000 (traducción de la 7.^a ed. alemana de 1999 por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo).
- ROXIN, CLAUS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo I, 4.^a ed. (Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre), Beck, München, 2006.
- ROXIN, CLAUS. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Tomo II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat), Beck, München, 2003.
- ROXIN, CLAUS. "Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik", en D. DÖLLING (ed.), *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 423-437.
- ROXIN, CLAUS. *Täterschaft und Tatherrschaft. De Gruyter Rechtswissenschaften*, 8.^a ed., Berlín, 2006.
- ROXIN, CLAUS. "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, pp. 293-300 (= A. HOYER, H. E. MÜLLER, M. PAWLIK y J. WOLTER [eds.], *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 387-400).
- ROXIN, CLAUS. "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, n.º 125, 2007, pp. 1-23 (= "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista Penal*, n.º 18, 2006, pp. 242-248; traducción por Justa Gómez Navajas).
- ROXIN, CLAUS. "Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú", en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría*

- mediata*, Ara, Lima, 2010, pp. 91-102 (= "Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 565-568; traducción por Raúl Pariona Arana).
- ROXIN, CLAUDIUS. "Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand", *Goltdammer's Archiv*, n.º 160, 2013, pp. 433-453.
- SANCINETTI, MARCELO. *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SCHILD, WOLFGANG. *Täterschaft als Tatherrschaft*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 1994.
- SCHILD, WOLFGANG. *Tatherrschaftslehren*. Peter Lang, Frankfurt am Main, 2009.
- SCHILD, WOLFGANG. § 25, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*. Tomo 1 (§§ 1-145d), 3.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2010, (= NK-Schild, StGB, 3. Aufl., § 25).
- SCHILD, WOLFGANG. Vor §§ 25 ff, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.); *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*. Tomo 1 (§§ 1-145d), 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2013, (= NK-Schild, StGB, 4. Aufl., Vor §§ 25 ff).
- SCHILD, WOLFGANG. § 25, en U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN y H.-U. PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*. Tomo 1 (§§ 1-145d), 4.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2013, 4.ª ed. (= NK-Schild, StGB, 4. Aufl., § 25).
- SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN. *Täter hinter dem Täter*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965.
- SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN. "Disposición al hecho versus fungibilidad", en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata*, Ara, Lima, 2010, pp. 115-124 (= "Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *Zeitschrift*

- für *Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, pp. 569-571; traducción por Iván Meini).
- SCHÜNEMANN, BERND. "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal", en: SCHÜNEMANN, BERND y SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (coords.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 31-93 (= B de F., Montevideo y Buenos Aires, 2012).
- SCHÜNEMANN, BERND. "La culpabilidad: estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra, Civitas, Madrid 2000, pp. 91-128 (= "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld", en D. DÖLLING [ed.], *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht*. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot, Berlín, 2003, pp. 538-559 [traducción por David Felipi Sarority y Ramon Ragués i Valles]).
- SCHÜNEMANN, BERND. "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en B. SCHÜNEMANN (eds.), *Festschrift für Claus Roxin am 15. Mai 2001*, De Gruyter, Berlín y Nueva York, 2001, pp. 1-32.
- SCHÜNEMANN, BERND. "Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la criminología", en *Congreso Internacional*, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000. Actas y congresos, UNED, Madrid, 2001, pp. 643-664.
- SCHÜNEMANN, BERND. "Die Rechtsfigur des 'Täters hinter dem Täter' und das Prinzip der Tatherrschaftsstufen", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2006, pp. 301-308 (= A. HOYER, H. E. MÜLLER, M. PAWLIK y J. WOLTER [eds.], *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, pp. 401-413).
- SCHÜNEMANN, BERND. § 25, en W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-VAN SAAN y K. TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. Tomo 1 (§§ 1-31), 12.ª ed., De Gruyter, Berlín, 2006, (= LK-Schünemann, StGB, 12. Aufl., § 25).

SIEBER, ULRICH, KOCH, HANS-GEORG y SIMON, JAN-MICHAEL. "Participation in crime: Criminal liability of leaders of criminal groups and networks – a comparative legal analysis", en *Max Planck Society Yearbook*, 2006.

SIEBER, ULRICH, KOCH, HANS-GEORG y SIMON, JAN-MICHAEL (eds.). *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities*. Cinco tomos, Duncker & Humblot, Berlín (en vías de publicación).

SIEGERT, KARL. "Das Judentum im Strafverfahrensrecht", en *Das Judentum in der Rechtswissenschaft*. Tomo 4 (Judentum und Strafrecht = "el ser judío en el Derecho Penal"), Deutscher Rechts-Verlag, Berlín, 1936, pp. 19-38.

SIEGERT, KARL. *Grundlinien des Völkerstrafprozessrechts*, Musterschmidt, Göttingen, 1953.

* SIMON, JAN-MICHAEL. "Violencia masiva patrocinada por el Estado. Responsabilidad criminal y 'reconciliación'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 112, 2005, pp. 273-292 (versión castellana del artículo del autor, previamente publicado en polaco: "Przemoc propierana przez państwo – Odpowiedzialność karna a pojednanie", *Ius et Lex*, n.º 2, 2003, pp. 161-173).

* SIMON, JAN-MICHAEL. "La función del Derecho Penal en casos de violencia colectiva: algunas consideraciones sobre los objetivos y fines del Derecho Penal en situaciones de posconflicto", en S. GARCÍA RAMÍREZ y O. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal, política criminal, derecho penal y criminología*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2007, pp. 555-566.

* SIMON, JAN-MICHAEL. "Entre o global e o local: negociações de paz e Tribunal Penal Internacional", en M. MONTE FERREIRA, M. C. CALHEIROS, F. CONDE MONTEIRO y F. NOVERSA LOUREIRO (eds.), *Que futuro para o direito processual penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias*, por ocasião dos 20

anos do código de processo penal português, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 583-612.

* SIMON, JAN-MICHAEL. "O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 92, 2011, pp. 403-428 (= A. SABADELL, J.-M. SIMON y D. DIMOULIS: *Justiça de transição. Das anistias às comissões de verdade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, pp. 357-382).

* SIMON, JAN-MICHAEL. "Posibilidades y límites de la persecución penal de las violaciones a los derechos humanos perpetrados en el pasado en la República del Haití: entre el derecho nacional y el derecho internacional", *Derecho y Sociedad*, n.º 39, 2013, pp. 35-51.

* <http://www.mpicc.de/ww/de/pub/organisation/wissenschaft/referat/laenderreferate/lateinamerika/publikationen.htm>

STEIN, ULRICH. *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1988.

STRENG, FRANZ. "Massenkriminalität – Befunde der Kriminologie", *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, n.º 19, 2008, pp. 148-158.

TOMUSCHAT, CHRISTIAN. "Human rights and international humanitarian law", *European Journal of International Law*, n.º 21, 2010, pp. 15-23.

VÁSQUEZ RAMÍREZ, WALTER FABIÁN. "La autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y críticas a su aplicación en el sistema penal colombiano", *Diálogos de Derecho y Política*, n.º 9, año 3, enero-abril 2012; en <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/issue/current>; último acceso: 30/09/2013.

- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 15, 2005, pp. 197-219.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., Comlibros, Medellín, 2007.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. *Derecho Penal. Parte general*, 4.ª ed., Comlibros, Bogotá y Medellín, 2009.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. "Los líderes paramilitares: ¿autores mediatos por medio de aparatos criminales organizados de poder?", *Revista de Derecho Penal*, 2011-1, pp. 79-116.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. "Los aparatos criminales organizados de poder", *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 4, 2011, pp. 173-190.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO. "Colombia", en U. SIEBER, H.-G. KOCH y J.-M. SIMON (eds.), *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities*. cinco tomos, Duncker & Humblot, Berlín (en vías de publicación).
- WALTER, TONIO. "Vor § 13", en H. W. LAUFHÜTTE, R. RISSING-van Saan y K. TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*. Tomo 1 (§§ 1-31), 12ª ed., De Gruyter Recht, Berlín, 2006, (= LK-Walter, StGB, 12. Aufl., Vor § 13).
- WEIGEND, THOMAS. "Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 116, 2004, pp. 999-1027.
- WELZEL, HANS. "Studien zum System des Strafrechts", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 58, 1939, pp. 491-566.
- WELZEL, HANS. "Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre", *Süddeutsche Juristenzeitung*, n.º 2, 1947, columnas 645-650.
- WELZEL, HANS. *Derecho Penal alemán. Parte general*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1970 (traducción de la 11.ª ed. alemana de 1969 por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez).

- WERLE, GERHARD y BURGHARDT, BORIS. "Die mittelbare Täterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?", en R. BLOY, M. BÖSE y T. HILLENKAMP (eds.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald*, Duncker & Humblot, Berlín, 2010, pp. 849-864.
- WIRTH, STEFFEN. "Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment", *Journal for International Criminal Justice*, n.º 12, 2012, pp. 971-995.
- ZAFFARONI, RAÚL. "El crimen de Estado como objeto de la Criminología", en S. GARCÍA RAMÍREZ y O. ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL (coord.), *Panorama internacional sobre justicia penal, política criminal, derecho penal y criminología*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D. F., 2007, pp. 19-34.
- ZAFFARONI, RAÚL. "La ciencia penal alemana y las exigencias político-criminales de América Latina", en H.-J. ALBRECHT, U. SIEBER, J.-M. SIMON y F. SCHWARZ (coords.), *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho Penal en la actualidad*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, pp. 3-13.
- ZAFFARONI, RAÚL, SLOKAR, ALEJANDRO y ALAGIA, ALEJANDRO. *Derecho Penal. Parte general*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.
- ZAFFARONI, RAÚL, VEGA, PABLO, MAGRAM, MARTÍN y ARNEDO, FERNANDO. "Argentina" (actualizado y revisado por Gabriel Pérez Barberá), en U. SIEBER, H.-G. KOCH y J.-M. SIMON (eds.), *Criminal masterminds and their minions. Punishing participants in complex criminal entities*. Cinco tomos, Duncker & Humblot, Berlín (en vías de publicación).

2. Documentos de Naciones Unidas

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. UN doc A/CONF.183/9 del 17 de julio de 1998.
- UN SC Res. 1315, en: UN doc S/RES/1315, del 14 de agosto de 2000.
- UN SC Res. 1503, en: UN doc S/RES/1503, del 28 de agosto de 2003.

3. Jurisprudencia

3.1 *Jurisprudencia de Naciones Latinoamericanas*

Brasil

Sentencia del Superior Tribunal de Justiça del Brasil (STJ), RESP 1068452/PR, relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, del 2 de junio de 2009, en *Diário da Justiça Eletrônico* del 29 de junio de 2009.

STJ, HC 30503/SP, relator Paulo Medina, Sexta Turma, del 18 de octubre de 2005, en *Diário da Justiça* del 12 de diciembre de 2005.

STJ, HC 39732/RJ, relatora Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, del 26 de junio de 2007, en *Diário da Justiça* del 3 de septiembre de 2007.

STJ, RESP 1.043.415/PR, del 18 de agosto de 2008.

STJ, HC 73.193/PE, del 23 de abril de 2008.

STF-Inq 2245, 2245, relator Joaquim Barbosa, del 28 de agosto de 2007, en *Diário da Justiça Eletrônico* del 9 de noviembre de 2007.

STF-Ação Penal (AP) 470, relator Joaquim Barbosa, del 17 de diciembre de 2012, en *Diário da Justiça Eletrônico* del 22 de abril de 2013.

Chile

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol n.º 2133-98, del 23 de marzo de 1999, en *Fallos del Mes*, n.º 484, 1999, p. 187.

Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n.º 11.821-2003, del 5 de enero de 2004.

Sentencia del ministro Sergio Muñoz Gajardo, Rol n.º 1643-1982, del 5 de agosto de 2002.

Sentencia del ministro Hugo Dolmetsch, Rol n.º 39.122, del 26 de julio de 2006.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile, Segunda Sala Penal, Rol n.º 3744-07, del 21 de septiembre de 2007.

Colombia

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 26 de octubre de 2000, radicado n.º 15610.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de abril de 2004, radicado n.º 18656.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de marzo de 2006, radicado n.º 22327.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de febrero de 2010, radicado n.º 32805.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de marzo de 2010, radicado n.º 27032.

Costa Rica

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Cuarta (Constitucional), n.º 6859-98, del 24 de septiembre de 1998 (16:33 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera (Penal), n.º 2000-1427, del 15 de diciembre de 2002 (10:15 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera (Penal), n.º 2003-00776, del 9 de septiembre del 2003 (15:25 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera (Penal), n.º 2004-00569, del 21 de mayo de 2004 (11:35 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera (Penal), n.º 2005-01135, del 30 de septiembre de 2005 (10:05 Hs).

El Salvador

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, n.º K13-02, del 18 de octubre de 2002 (11:00 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, n.º C320-02, del 23 de enero de 2004 (15:30 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, n.º 300-CAS-2004, del 5 de julio de 2005 (09:45 Hs).

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, n.º 31-CAS-2009, del 11 de octubre de 2010 (08:42 Hs).

Guatemala

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia n.º 147-2001, del 7 de enero de 2002.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia n.º 572-2010, del 3 de mayo de 2011.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia n.º 662-2009, del 11 de abril de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia n.º 837-2012, del 15 de mayo de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia n.º 540-2011, del 1 de junio 2012; n.º 984-2012, del 1 de junio 2012.

Honduras

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras n.º CP-09-2008, del 16 de noviembre de 2009.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Honduras n.º CP-400-2008, del 11 de abril de 2011.

Perú

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, expediente n.º 3900-97, del 20 de noviembre de 1997.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, expediente n.º 5049-99, del 16 de marzo de 2000.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Nacional, expediente acumulado n.º 560-03, del 13 de octubre de 2006.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Segunda Sala Penal Transitoria, RN n.º 5385-06, del 14 de diciembre de 2007.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Especial, expediente n.º 10-2001, del 7 de abril de 2009.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Primera Sala Penal Especial, expediente n.º 28-2001, del 1 de octubre de 2010.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Perú, Sala Penal Permanente, recusación n.º 4104-2010, del 20 de julio de 2012.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal Transitoria, RN n.º 3521-2012, del 24 de julio de 2013.

Uruguay

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Penal, Segundo Turno n.º 149/2005, del 18 de mayo de 2005.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Penal, Segundo Turno n.º 1/2009, del 2 de febrero de 2009.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Penal, Segundo Turno n.º 454/2010, del 25 de noviembre de 2010.

Sentencia del Tribunal de Apelaciones Penal, Segundo Turno n.º 78/2011, del 12 de abril de 2011.

Venezuela

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal n.º 151-2003, del 24 de abril de 2003 (expediente n.º C03-0048).

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Penal n.º 218-2007, del 10 de mayo de 2007 (expediente n.º C06-0538).

3.2 *Jurisprudencia de Israel*

Tribunal del Distrito de Jerusalén, sentencia del 12 de diciembre de 1961: *Attorney-General of Israel v. Adolf Eichmann*, reproducido en *International Law Reports*, tomo xxxvi, Butterworths, London, 1968, pp. 18-276.

3.3 *Jurisprudencia de Alemania*

RGSt 1, p. 146 (= Decisiones del Tribunal Supremo del Imperio en lo Penal. Tomo 1, p. 146 y ss. = [Mitglieder des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft, eds.]: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen* = RGSt [tomo] 1 [De Gruyter, Berlín, 1888], 146).

BGHSt 2, p. 200 (= Decisiones del Tribunal Supremo Federal en lo Penal. Tomo 2, p. 200 y ss. = [Mitglieder des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft, eds.]: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* = BGHSt [tomo] 2 [Heymanns, Köln-Berlín 1952], 200).

BGHSt 6, p. 359 (= BGHSt [tomo] 6 [Heymanns, Köln-Berlín 1954], 359).

BGHSt 18, p. 87 (= BGHst [tomo] 18 [Heymanns, Köln-Berlín 1963], 87).

BGHst 35, p. 347 (= BGHst [tomo] 35 [Heymanns, Köln-Berlín 1989], 347).

BGHst 39, p. 168 (= BGHst [tomo] 35 [Heymanns, Köln-Berlín 1993], 168).

BGHSt 40, p. 218 (= BGHst [tomo] 40 [Heymanns, Köln-Berlín 1995], 218); traducción por José R. Béguelin: Bundesgerichtshof (Corte Suprema Federal), 5º Senado, Sentencia del 26.7.1994 - 5 StR 98/94 (primera instancia: Tribunal Estatal de Berlín), en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado*, Temis, Bogotá, 2008, pp. 18-23.

BGH, NJW 1995, 1437 (= BGH, Beschluss vom 7.2.1995 - 5 StR 650/94 [LGBerlín], en *Neue Juristische Wochenschrift*, n.º 48 [1995], 1437).

BGHst 44, p. 204 (BGHst [tomo] 44 [Heymanns, Köln Köln-Berlín 2000], 204).

BGHst 45, p. 270 (BGHst [tomo] 45 [Heymanns, Köln Köln-Berlín 2001], 270).

BGHSt 48, p. 77 (BGHst [tomo] 48 [Heymanns, Köln Köln-Berlín 2004], 77).

BGH Ermittlungsrichter, Beschluss vom 17. Juni 2010 - AK 3/10, en *Juristen Zeitung*, n.º 65 (2010), p. 960 y ss.

3.4 *Jurisprudencia internacional*

Corte Internacional de Justicia

Legal consequences of the construction of a wall in the occupied palestinian territory. Opinión consultiva, del 9 de julio de 2004 (General List n.º 131), en I.C.J. Reports 2004, p. 136 y ss.

Corte Penal Internacional

Sala de Cuestiones Preliminares I: Decisión de confirmación de cargos n.º ICC-01/04-01/06, del 29 de enero de 2007 (caso n.º ICC-01/04-01/06: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*).

Sala de Cuestiones Preliminares I: Decisión de confirmación de cargos n.º ICC-01/04-01/07-717, del 30 de septiembre de 2008 (caso n.º ICC-01/04-01/07: *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*).

Sala de Cuestiones Preliminares I: Decisión de confirmación de cargos n.º ICC-01/05-01/08-424, del 15 de junio de 2009 (caso n.º ICC-01/05-01/08: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*).

Sala de Primera Instancia I: Sentencia con base en el art. 74 del Estatuto n.º ICC-01/04-01/06-2842, del 14 de marzo de 2012 (caso n.º ICC-01/04-01/06: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*).

Sala de Primera Instancia II: Sentencia con base en el art. 74 del Estatuto n.º ICC-01/04-02/12-4, voto concurrente de la magistrada Christine Van den Wyngaert, del 18 de diciembre de 2012 (caso n.º ICC-01/04-02/12: *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*).

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Sala de Primera Instancia: Sentencia n.º IT-95-16-T, del 14 de enero de 2000 (caso n.º IT-95-16 "Lašva Valley": *Prosecutor v. Kupreskic et al.*).

Sala de Apelaciones: Sentencia n.º IT-97-24-A, del 22 de marzo de 2006, p. 24, párr. 62 (caso n.º IT-97-24 "Prijedor": *Prosecutor v. Stakić*).

Sala de Apelaciones: Sentencia n.º IT-99-36-A, del 3 de abril de 2007 (caso n.º IT-99-36 "Krajina": *Prosecutor v. Brdanin*).

4. Otros documentos

Misión Permanente de Colombia ante las Naciones Unidas

Palabras del presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos, ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en el 68 periodo de sesiones ordinarias. Nueva York, 24 de septiembre de 2013 (www.colombiaun.org; último acceso: 30/09/2013).

Corte Constitucional de la República de Colombia

Comunicado de prensa n.º 34, del 28 de agosto del 2013.

Fiscalía General de la Nación de Colombia

Directiva 0001-2012, por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía. 4 de octubre de 2012 (mimeo).

Parlamento de la República Federal de Alemania

Deutscher Bundestag: Entwurf eines Gesetzes zur Ausführung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17. Juli 1998. Drucksache n.º 14/8527, del 13 de febrero de 2002 (en castellano en [www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php /Forschung/uebersetzungen.html](http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/Forschung/uebersetzungen.html); último acceso: 30/09/2013; traducción de Alicia Gil Gil).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Barrios Altos *vs.* Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2012.

Corte Penal Internacional

Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: Situación en Colombia. Reporte intermedio. Noviembre de 2012 (mimeo).

Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: Ref.
2013/025/FB/JCCD-evdu, s. f. (mimeo).

Oficina de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional: Ref.
2013/028/FB/JCCD-pmdu (mimeo).