

Sobre las diferencias en la responsabilidad de los intervinientes en el Derecho penal de una sociedad civil y en Derecho penal internacional*

Reflexiones sobre el proceso de paz en Colombia

De Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Leipzig

El Derecho penal es, de entrada, una institución estatal que reacciona a lesiones de una persona cometidas por parte de otro en las relaciones jurídicas individuales (en lo que sigue: “microcriminalidad”¹), en el seno de una sociedad civil, en general, intacta. En cambio, los procesos de paz como el que tiene lugar en Colombia tienen un punto de partida diferente: parten de un estado de guerra (civil) y pretenden superarlo. La cuestión del papel que el Derecho penal puede desempeñar en un proceso de paz como parte de una justicia de transición que se caracteriza por reaccionar a actos violentos colectivos (en lo que sigue: “macrocriminalidad”²) es una cuestión polifacética que también atañe en especial a la teoría de la intervención. Para intentar formular una respuesta es preciso dar varios pasos. En primer lugar, quiero aclarar cómo están configurados el “micro Derecho penal” y su teoría de la intervención en una comunidad consolidada de la sociedad civil (I.). A continuación, me dedico a las razones determinantes sistémicas por las cuales una sociedad de tales características puede entrar en una crisis que degenere en estados semejantes a la guerra civil (II.). Por último, abordo la aportación que el Derecho penal internacional puede realizar para la pacificación y extraigo de su naturaleza jurídico-internacional consecuencias para la teoría de la intervención (III.).

I. El Derecho penal de una comunidad estable de la sociedad civil

Delito y pena han experimentado en la Historia un gran cambio. Hoy en día, la infinidad de codificaciones jurídico-penales también ofrecen un panorama variopinto. Sin embargo, en lo que atañe al presente, es posible deducir, a partir de los fundamentos jurídico-constitucionales, definiciones fundamentales jurídico-internacionales generalizables para la interpretación de delito y pena (1. a) cuya consideración coherente también puede dotar a la teoría de la intervención de contornos más precisos (1. b). Junto a

ello, se puede entender la constitución de organizaciones criminales de manera autónoma como injusto (2.).

1. “Micro Derecho penal” y dogmática de la intervención

a) En los mismos términos que la Ley Fundamental, la Constitución de Colombia de 1991 cuenta en su art. 1 la dignidad humana entre sus valores más elevados. Al igual que muchos Pactos sobre derechos humanos, la Constitución de Colombia garantiza a todo ser humano el reconocimiento de su personalidad en Derecho, art. 14. Con ello se expresa que tal ordenamiento jurídico no se agota en una colección de derechos y bienes,³ sino que dicho ordenamiento contiene también la pretensión de validez del correspondiente titular de esos derechos y bienes conforme a la cual éstos deben continuar existiendo.⁴ Este ordenamiento se ve afectado no sólo incidental sino plenamente cuando un sujeto impone su voluntad a otro mediante la agresión intencionada a sus bienes jurídicos. Con ello, también se llama a una comunidad obligada con la dignidad humana a proteger a la víctima. Ahora bien, la condena a reparar el daño no es suficiente para pacificar el conflicto.⁵ A este último pertenece también la arrogación del autor – vinculada con la agresión intencionada, esto es, culpable – conforme a la cual aquél puede (“darf”) lesionar.⁶ Para poder restablecer plenamente la relación jurídica es necesario contradecir dicha arrogación.⁷ Por ello, del deber de protección del Estado se deriva que este último, por general, tiene que conminar con pena tales quebrantamientos elementales del Derecho, siempre que conste la culpabilidad.

Como se puede deducir de los teoremas del estado de naturaleza de la Edad Moderna, el Derecho tiene su realidad inmediata en la conducta de unas personas con otras.⁸ Por consiguiente, es posible identificar un quebrantamiento del Derecho también fuera de una comunidad y de su legislación positiva. Sin embargo, una legislación, la aplicación del Derecho y la reacción al injusto que estén configuradas solamente con base en la autonomía privada son inestables,

* Conferencia impartida en el Coloquio colombiano-alemán sobre cuestiones fundamentales del Derecho en el cambio, el 21.4.2016 en la Universidad de Regensburg.

¹ El concepto de “microcriminalidad” no ha sido suficientemente aclarado. Con más detalle al respecto: *Kunz*, *Kriminologie*, 6. ed. 2011, § 8 nm. 29; *Krämer*, *Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht*, 2015, p. 90, con más referencias. Yo lo concibo en el sentido indicado supra como un hecho que es cometido por un individuo que se encuentra en una relación jurídica con otra persona y que vulnera el deber que le corresponde en virtud de dicha relación.

² Fundamentalmente: *Jäger*, *Makrocriminalität*, 1989, pp. 11 ss.; cfr. además *Krämer* (nota 1), pp. 135 ss., con más referencias.

³ Cfr. *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. 1991, 2/23.

⁴ *Kleszczewski*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 2016, § 1 nm. 12.

⁵ *Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 98 s., citado según la *Theorie Werkausgabe*, Moldenhauer/Mickel (eds.), tomo 7, 1975, pp. 185 ss. Sobre la fundamentación de *Hegel* de una teoría del delito y de la pena: *Kleszczewski*, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991, pp. 78 ss., pp. 232 ss.

⁶ *Hegel* (nota 5), § 99, p. 186.

⁷ *Wolff*, *ZStW* 97 (1985), 786 (818 ss.).

⁸ *Locke*, *Two Treatises of Government*, II §§ 6 f.; *Kant*, *Metaphysik der Sitten, Anfangsgründe der Rechtslehre*, citado según la *Weischedel Ausgabe*, § 41, 1983, tomo 8, pp. 423 s.; *Hobbes*, *De Cive*, 2. capítulo, 2. sección.

pues en caso de conflicto todos juzgan el Derecho desde su propia perspectiva.⁹ Ciertamente, la integración en el mundo natural de la relación jurídica en la que el uno ha lesionado al otro puede ser próxima a una conciliación de mutuo acuerdo. Además, los seres humanos constituyen su sociedad como comunidad en Derecho en la medida en que cooperan unos con otros de forma duradera por el interés recíproco. Ello es así porque en su fundamento, el intercambio de prestaciones no es solamente una realidad económica,¹⁰ sino que, en el trabajo cotidiano de unos para otros, los seres humanos convierten en costumbre también su reconocimiento recíproco y, de este modo, construyen una identidad común como ciudadanos que son libres en la misma medida.¹¹ Aunque esto otorgue cierta estabilidad a la legislación y restitución del Derecho provenientes de la autonomía privada, sigue cobijando un potencial de conflicto. Por consiguiente, los conflictos profundos solamente se pueden resolver a fondo en una comunidad en la que nadie toma decisiones sobre asuntos propios.¹² En el nivel de la legislación, en ello radica, como mostró *Rousseau*, el verdadero sentido del principio de la soberanía del pueblo: allí donde uno no le dicta al otro las reglas desde su perspectiva, sino que todos los ciudadanos del Estado contribuyen a darse mutuamente preceptos generales-abstractos, sin considerar el caso individual especial,¹³ es donde existe la mayor posibilidad de que la materia sea regulada de forma general con el máximo grado de objetividad.

Por tanto, pertenece a los elementos integrales de un Derecho penal del Estado de Derecho que el Derecho penal parafrasee en la ley el injusto jurídico-penal. Ciertamente, existen diferencias entre las tradiciones de los diversos ámbitos jurídicos en lo que atañe a cómo se define el tipo de manera general-abstracta.¹⁴ En los ordenamientos jurídicos pertenecientes al mundo jurídico europeo continental o próximos a este último, es una ley del Parlamento la que debe definir la punibilidad.¹⁵ Con todo, no reina unanimidad sobre con qué precisión tiene que parafrasear el legislador la

conducta punible para satisfacer el mandato de determinación.¹⁶ Pero si uno se da cuenta de que el sentido del mandato de determinación consiste precisamente en designar la “punibilidad”, el tipo legal sí que tiene que perfilar aquellos aspectos que hacen que la conducta sea en concreto “punible”, a saber, que sea una agresión intencionada específica.¹⁷ En general, los tipos concretos que se encuentran en las codificaciones penales de los Estados de Derecho modernos satisfacen esta exigencia. Para el tema de mi trabajo es importante sacar fruto de este aspecto para la teoría de la intervención.

b) La pena hace responder al ser humano personalísimamente. Por ello, los tipos de la Parte Especial de los Códigos penales solamente conminan con pena conductas de individuos. Dichos tipos parten siempre, lo hagan expresamente o no, del autor directo que, como expresa el § 25 apdo. 1 del Código penal alemán (en lo que sigue, CP alemán) “comete [...] él mismo el hecho punible”. Evidentemente, todo Código penal moderno contempla, junto al autor inmediato, otras formas de intervención. El Derecho comparado enseña que al respecto concurren soluciones de autor único y sistemas de participación.¹⁸ En lo que sigo, me voy a limitar a estos últimos, pues un análisis preciso de los modelos de autor único muestra que éstos no salen adelante sin reglas de accesoriedad y, que por ello, son sistemas velados de participación:¹⁹ dentro de los sistemas de autor único rige no solamente en los delitos especiales o en los delitos de propia mano, sino también en los delitos puros de resultado, por lo menos una accesoriedad mínima. Además, en estos sistemas, no es posible dar autonomía al inicio de la tentativa para cada uno de los sujetos que contribuye sin contradecir la fase preparatoria impune, y ello tampoco es compatible con una defensa necesaria que se limita a la agresión actual. Pese a la elevada elasticidad en la elección del marco penal característica de los sistemas de autor unitario, en ellos es posible detectar en los elementos agravantes de la pena referencias a la accesoriedad.

aa) Es característico de la mayor parte de los sistemas de participación no solamente incorporar a la ley, junto al autor directo, con la inducción y la complicidad (figuras de participación), otras formas de autoría, a saber, la autoría mediata y la coautoría. Por consiguiente, hay que desarrollar criterios dogmáticos con los que se pueda diferenciar al autor del partícipe.

bb) Al respecto, en Alemania en la doctrina se ha impuesto predominantemente la teoría del dominio del hecho en la forma en que la desarrolló *Roxin*.²⁰ Además, dicha

⁹ *Kant* (nota 8), § 44, pp. 430 s.; *Locke* (nota 8), II §§ 87, 125.

¹⁰ Sin embargo, así es tendencialmente: *Marx*, en: *Marx/Engels* (eds.), *Werke*, tomo 13, 14. ed. 1983, p. 616. Una visión de conjunto detallada sobre el surgimiento y el cambio de significado del concepto de la sociedad burguesa o sociedad civil la ofrecen los trabajos en: *Schmidt* (ed.), *Zivilgesellschaft*, 2007.

¹¹ Así *Hegel* (nota 5), § 209, pp. 360 s.

¹² Cfr. *Hobbes* (nota 8), 3. capítulo, 21. sección.

¹³ *Rousseau*, *Contrat Social*, tomo 2, 6. capítulo, pp. 68 s.; cfr. además *Kant*, *Streit der Fakultäten*, citado según la *Weischedel-Werkausgabe*, 1983, tomo 11, p. 364; semejante: *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 1992, pp. 138, 140, 209 s.

¹⁴ *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. ed. 1996, § 15 III. 4.

¹⁵ *Dannecker*, en: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (eds.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo 1, 12. ed. 2007, § 1 nm. 42 ss.

¹⁶ Una visión de conjunto en *Kleszczewski* (nota 4), § 1 nm. 20 ss.

¹⁷ *Kleszczewski* (nota 4), § 1 nm. 22, 30.

¹⁸ *Kleszczewski*, en: *Paeffgen* (ed.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 613 (616 ss.).

¹⁹ *Kleszczewski* (nota 18), pp. 618 s.

²⁰ *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9 ed. 2015, pp. 142 ss.

teoría ha influido en la jurisprudencia.²¹ Esta teoría, por otra parte, ha sido recibida en una medida considerable tanto por el ámbito jurídico de habla hispana, así como por el Derecho penal internacional.²² Debido a la importancia de esta doctrina, en lo que sigue quiero concentrarme en la discusión con la teoría del dominio del hecho. Ésta parte de la siguiente definición general: “dominio del hecho es tener en sus manos, siendo esto abarcado por el dolo, el desarrollo del acontecer típico, la posibilidad, de la que es consciente quien actúa, de una dirección final configuradora del tipo. Tiene el dominio del hecho todo aquél que contribuye al hecho que está en la situación, de la que es efectivamente consciente, de poder, según su voluntad, dejar que se produzca la realización del tipo, frenarla o interrumpirla.”²³

En este contexto, la autoría mediata se construye mediante el dominio de la voluntad y la coautoría, mediante el dominio funcional del hecho en virtud de la realización del hecho en régimen de división del trabajo.²⁴ Ni el coautor ni el autor mediato tienen que agredir por sí mismos a la víctima, sino que en la coautoría basta únicamente con que uno de los sujetos implicados realice una aportación esencial en la fase ejecutiva²⁵ (aunque incluso se considera suficiente una aportación esencial en la fase preparatoria²⁶). Los actos de vigilancia²⁷ o las planificaciones del delito²⁸ se consideran rápidamente coautoría. En la autoría mediata, la distancia respecto a la agresión puesta en marcha por el sujeto en posición de inmediatez respecto hecho es, normalmente, aún mayor. En este caso, se considera decisiva la voluntad de control del hombre de atrás. La concurrencia de tal voluntad no solamente se afirma cuando se aprovecha el estado de falta de culpabilidad del hombre de delante para moverle a realizar el hecho,²⁹ sino que, además (por lo menos en

determinados grupos de casos) también se considera suficiente que el hombre de atrás, debido a la culpabilidad reducida del hombre de delante, tiene, correspondientemente, una mayor influencia.³⁰ Sobre esta base, Roxin desarrolló la figura de la autoría mediata en virtud de la utilización de un aparato organizado de poder,³¹ la cual ha sido aceptada en gran medida no solamente en la jurisprudencia del Tribunal Federal alemán, sino también en la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales.³² Con base en esta doctrina, es posible considerar, sin dificultad alguna, que las órdenes que los miembros del Estado Mayor Central de las FARC o su Secretariado daban a sus subordinados, para que éstos cometieran los delitos, eran un actuar en autoría mediata.

cc) La teoría del dominio del hecho se apoya de manera decisiva, por una parte, en el concepto finalista de acción. Conforme a este último, el empleo final de fuerzas naturales es equivalente a la dirección de personas.³³ Por otra parte, la decisión del legislador de cuáles de las múltiples diferenciaciones lógico-objetivas previamente dadas toma como base de su regulación depende de las representaciones de valor de dicho legislador.³⁴ La teoría de la participación debería abordar esto de forma diferenciada.

Contra la teoría del dominio del hecho se argumenta, por una parte, que el elemento de la dirección final no permite diferenciar entre autoría y participación,³⁵ pues también el inductor y el cómplice actúan dolosamente, esto es, contribuyen de forma final. En segundo lugar, se objeta que el concepto del dominio del hecho o de la dirección final se

zip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 76 en otros lugares.

³⁰ En general: *Schroeder*, Täter hinter dem Täter, pp. 120 ss.; *Joecks* (nota 26), § 25 nm. 93. Referido a los casos del dominio de la voluntad que no son de dominio coactivo, también: *Schünemann* (nota 25), § 25 nm. 62 ss., con más referencias.

³¹ *Roxin* (nota 25), § 25 nm. 128 ss.; en contra, *Schünemann* (nota 25), § 25 nm. 122 ss.

³² BGHSt 40, 218 (236 s.); 45, 270 (296 ss.); 48, 77 (91 s.); 48, 331 (344 ss.); 49, 147 (163 s.); BGH JR 2004, 245 (246); al respect, *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ss.); sobre la jurisprudencia jurídico-penal internacional: *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 25 ss., con más referencias.

³³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, § 15 I b), § 15 II. previos 1; *Gallas* (nota 29), pp. 89 ss., se esfuerza por completar el concepto de dominio del hecho con elementos de valoración, pero no se separa sustancialmente de la teoría de *Welzel*. Sobre la crítica: *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003, pp. 68 ss., 88 ss.; *Kleszczewski*, Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat, 1998, pp. 112 ss. (online:

<https://strafrecht.jura.uni-leipzig.de/forschung/schriftenverzeichnis> [7.9.2017]).

³⁴ *Roxin* (nota 20), p. 20.

³⁵ *Jeschek*, SchwZStr 71 (1956), 225 (234); *Roxin* (nota 20), p. 18.

²¹ Por ejemplo en BGHSt 35, 347 (351); 40, 218 (236 s.); 49, 147 (163 f.), análisis de la jurisprudencia en *Schlösser*, GA 2007, 161 (164 ss.).

²² Sobre el primero: *Vasques*, en: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (eds.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, p. 819 (826 ss.); sobre el segundo, *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. ed. 2014, § 7 nm. 12, 23, 25 ss., 35, 45, 56.

²³ *Maurach*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. ed. 1970, p. 627.

²⁴ *Roxin* (nota 20), pp. 142 ss., 527 s.

²⁵ *Schünemann*, en: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (nota 15), § 25 nm. 182, con más referencias; *Roxin*, en: Jähnke/Laufhütte/Odersky (eds.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, tomo 1, 11. ed. 2003, § 25 nm. 154 y en otros lugares.

²⁶ *Joecks*, en: Joecks/Miebach (eds.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, tomo 1, 2. ed. 2011, § 25 nm. 175 s.

²⁷ *Roxin* (nota 25), § 25 nm. 154.

²⁸ *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr und Praxiskommentar, tomo 1, 6. ed. 2016, previos a los § 25-31 nm. 36 ss.; de otra opinión, *Schünemann* (nota 25) § 25 nm. 182.

²⁹ Reduce esencialmente la autoría mediata a estos casos: *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, pp. 78 ss.; *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prin-

orienta según el modelo de la sobredeterminación consciente de un curso causal ciego,³⁶ un modelo que se puede trasladar sin más por lo menos al empleo de un instrumento que actúa sin dolo. Ahora bien, por lo demás, se infravalora el poder de acción y la responsabilidad del hombre que está delante. Un tercer punto de crítica es que, en los delitos con elementos subjetivos especiales del injusto, la realización del tipo no se puede explicar únicamente con la dirección final. Por ejemplo: es propio de la violación (por ejemplo, § 177 apdo. 6, núm. 1, cfr. además 7 apdo. 1, lit. g, art. 8 apdo. 2 lit. e Nr. vi Estatuto de la CPI junto a los Elementos de los Crímenes correspondientes) que el autor realice con la víctima el acto carnal. Ciertamente, en esta agresión contra la autodeterminación sexual radica el infligir un gran daño corporal y psíquico. Sin embargo, el autor realiza a la vez una acción sexual. Para él se trata de satisfacer el instinto sexual. Precisamente con esto último, el autor degrada especialmente a la víctima, al convertirla en su objeto sexual. También tiene este interés especial en el acto el violador que ha sido motivado por sus superiores a cometerlo. Quien ordena a otro o le incentiva, por cálculo bélico o terrorista, a cometer violaciones contra mujeres de la población civil, algo que se le reprocha al nivel de mando de las FARC, quiere ciertamente lesionar a las víctimas y, además, alcanzar sus metas políticas. Sin embargo, diferencia de lo que ocurre con quien actúa directamente, quien ordena o incentiva al delito no pretende satisfacer su lujuria. Puesto que sólo esta configuración interna convierte a la violación en la realidad horrible que ésta constituye, el hombre que está detrás, por muy grande que sea el poder que tiene sobre el hombre que está delante, no puede ser considerado violador.³⁷

Por último hay que criticar que la afirmación de autoría por el dominio del hecho conduce, por lo menos en el caso de los sujetos que contribuyen al hecho que no atacan directamente a la víctima, a un dilema semejante que ya fue considerado como carencia fundamental de los sistemas de autor único (véase supra b):³⁸ en la medida en que el hacer del hombre que está detrás se considere sólo punible una vez el instrumento empieza con la ejecución, la punibilidad de aquél se está concibiendo de modo accesorio al injusto del hombre que está delante, esto es, se contempla en términos materiales como participación. En cambio, si se pretende ver el actuar del hombre que está detrás en sí mismo considerado como tentativa en autoría mediata, se incurre en una contradicción valorativa: En tal caso se tendría que formular la tesis de que la víctima puede practicar la defensa necesaria contra la conducta del autor mediato en una fase en la que todavía no estaría autorizada a emplear la defensa necesaria por falta de actividad peligrosa. Esto es, evidentemente, insostenible. Los mismos problemas surgen en el caso de la coautoría.³⁹

dd) Pese a estos defectos, el planteamiento de *Roxin*⁴⁰ contiene un aspecto que supone un avance. *Roxin* limita el dominio del hecho, como elemento fundamentador de la autoría, a los delitos de dominio, mientras que desarrolla otros criterios de autoría para los delitos especiales y los delitos de propia mano. En estos últimos, la autoría radica en el dominio de la acción por parte del autor directo. De este modo, resulta posible resolver la problemática que se plantea en el caso de la violación que se acaba de exponer: solamente es autor quien realiza (también) el acto carnal no querido por la víctima; los demás sujetos que contribuyen al hecho solamente pueden ser partícipes. En el caso del autor, la infracción de un deber especial genera la fundamentación de la autoría. Esto conduce a que los *extranei* no puedan ser autores, ni siquiera aunque contribuyan al hecho con dominio del hecho. A la inversa, todos los *intranei* que contribuyen al hecho son autores, aunque no tengan dominio del hecho. De este modo, la teoría de los delitos de infracción del deber contiene, como se mostrará, un elemento con el que se puede dar una nueva base a la problemática de la autoría de quienes imparten órdenes en el marco del Derecho penal internacional (véase infra III.).

No obstante, en el planteamiento de *Roxin* se echa de menos una deducción convincente a partir de un principio unificador. El concepto rector de autor como figura central del acontecer tampoco aporta tal principio, pues, como admite el mismo *Roxin*, aquél es un “concepto abierto”⁴¹, tan vacío como el concepto de la nada en la lógica de *Hegel*.⁴² Por debajo de esta fórmula vacía, la teoría de la intervención se descompone en tres conceptos distintos de autoría y de participación, según si se trata de delitos de dominio, delitos de infracción de un deber o delitos de propia mano.⁴³ La dogmática unitaria se descompone y presenta, en el plano de los principios, rasgos de la teoría normativa de la combinación sostenida por el Tribunal Federal alemán.

c) Tanto en los sistemas de autor único como en el marco de la teoría del dominio del hecho, surgía el dilema de o bien tener que adelantar el inicio de la tentativa del hombre que está detrás o bien tener que construir su responsabilidad de forma accesorio a la actuación del hombre que está delante. Si uno quiere salir de este atolladero, solamente queda una alternativa: se tienen que concebir todas las formas de autoría como agresión contra un bien jurídico.⁴⁴ Si toda realización del tipo está caracterizada por una agresión, quien ataca directamente a la víctima se hace responsable personalísimamente frente a esta última. Evidentemente, esto afecta al autor directo que realiza el tipo agrediendo directamente a la víctima. Con ello también se le pueden dar contornos claros a la coautoría: solamente puede ser coautor aquél cuya agresión a la esfera de la víctima contribuye a que se realice un tipo junto con la agresión de otro, por ejemplo,

³⁶ *Noltenius* (nota 33), pp. 88 ss.

³⁷ Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 33), pp. 83 s. y en otros lugares.

³⁸ *Kleszczewski* (nota 18), pp. 616 ss.

³⁹ *Kleszczewski* (nota 33), pp. 83 s. y en otros lugares.

⁴⁰ *Roxin* (nota 20), pp. 524 ss.

⁴¹ *Roxin* (nota 20), pp. 122.

⁴² *Roxin* (nota 20), pp. 122 ss., 529.

⁴³ Crítica en detalle: *Kleszczewski* (nota 33), pp. 127 ss.

⁴⁴ Con más detalle: *Kleszczewski*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. 2012, nm. 538 ss.

aguantando a la víctima por los brazos por detrás para que otros puedan acuchillarla. Para el caso de la autoría mediata, la consecuencia de este planteamiento es que la autoría mediata se limita a los casos del empleo de un instrumento no cualificado, que actúa sin intención, sin dolo o justificadamente. Como se ha expuesto detalladamente en otro lugar,⁴⁵ sólo en estos casos la actuación del hombre que está detrás tiene en sí la condición de ser una agresión, puesto que él, al crear la situación justificante, impone a la víctima un deber de tolerancia. Este crea, mediante el error de tipo, el peligro para el bien jurídico, permite que a la sustracción le siga la apropiación o no protege, infringiendo su deber de custodia, el bien jurídico contra los peligros que proceden del sujeto que actúa directamente.

En cambio, quien no agrede por sí mismo a la víctima, como ocurre con frecuencia en el caso de quienes dan órdenes, no puede, en un “micro Derecho penal” que parte de las relaciones individuales entre las personas, ser autor, sino “a lo sumo” partícipe, pues su conducta no es, por sí misma, punible, sino que “solamente” puede adquirir este predicado mediante su referencia accesoria a la agresión antijurídica dolosa cometida por otro.

A primera vista, este planteamiento presenta el inconveniente de que a los hombres que están detrás poderosos “solamente” se les puede considerar partícipes. Según este planteamiento, por ejemplo, los miembros del Estado Mayor Central de las FARC o de su Secretariado son “solamente” inductores. Sin embargo, al respecto hay que distinguir dos cosas: por una parte, la definición lógica del tipo y de la autoría según el criterio de la agresión y, por otra, la cuestión de la valoración de las diversas contribuciones al hecho por parte de los autores y los partícipes. En muchas codificaciones modernas, la inducción es conminada con la misma consecuencia jurídica prevista para la autoría. Además, es habitual en el caso concreto castigar menos al hombre que está delante y que solamente comete el hecho debido a la presión intensa que al inductor. Para tratar el prejuicio conforme al cual la inducción o la complicidad conduce incomprensiblemente a un castigo más leve se puede pensar en caracterizar en la ley de manera más precisa las formas cualificadas de participación (por ejemplo, el cabecilla, el hombre que está detrás, como, por ejemplo, en el § 129 apdo. 4, primera media frase del CP alemán). Sin embargo, todo esto no modifica en nada el hecho de que una dogmática de la intervención que sea consistente desde el punto de vista del Estado de Derecho solamente es viable en un “micro Derecho penal” si se define la autoría mediante el elemento de la agresión y todas las demás contribuciones se conciben, “a lo sumo”, como participación.

Ahora bien, en el plano de la elección del marco penal se pueden diferenciar cualitativamente dos grados distintos de inducción.⁴⁶ En el caso de quien determina a un autor principal que actúa sin culpabilidad a la realización del hecho, su contribución es equivalente en cuanto a gravedad del injusto a la contribución de un autor. Por consiguiente, a

aquellos mandatarios de las FARC que dieron a niños soldados la orden de realizar una conducta conminada con pena es adecuado castigarlos en el fallo “sólo” como inductores, pero en la consecuencia jurídica castigarlos igual que a un autor. Lo mismo rige para todas las órdenes que son impartidas a subordinados con la indicación de que una desobediencia conduciría a daños para la vida, cuerpo o libertad, pues en este caso el autor principal actúa en una situación de estado de necesidad exculpante. Por tanto, en el lado de la consecuencia jurídica, el planteamiento aquí defendido se aproxima mucho a la figura de *Roxin* de la autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder, sin infringir la construcción conceptual unitaria de autoría y participación en el lado del tipo.

2. Sobre el fundamento del castigo de la constitución de una asociación criminal

Junto a la punibilidad por la intervención en un hecho se puede identificar la constitución de una asociación criminal como delito autónomo.

a) Ciertamente, dichas asociaciones adquieren su nombre por el hecho de que sus miembros planean y ejecutan otros delitos, los hechos de referencia. Pero de ello no se deriva que los bienes jurídicos contra los que se dirige dicho delito de organización sean idénticos a los bienes jurídicos de los hechos de referencia. De ello tampoco se deriva que la constitución de tales asociaciones solamente se pueda construir como forma previa especial de intervención en dichos hechos de referencia.⁴⁷ Si el merecimiento de pena del delito de organización se derivara únicamente de la punibilidad de los hechos de referencia, el injusto penal se debería basar entonces únicamente en el vínculo de planificación.⁴⁸ Esto contradice de manera fundamental el principio del hecho, conforme al cual la conducta merecedora de pena tiene que constituir en sí misma una agresión. *Gierhake* ve en este fundamento poco espacio para la punibilidad de la constitución de una asociación criminal o terrorista. La existencia del grupo en cuanto tal tiene que constituir una agresión contra la comunidad, una agresión que cuestione la confianza básica jurídicamente constituida y la conducta del autor individual tiene que co-configurar de manera esencial la existencia y actividad de la asociación.⁴⁹

b) Si se presta más atención a los efectos que tiene el hecho de la constitución de un grupo conspiratorio sobre la orientación del comportamiento de los sujetos externos, se puede, en mi opinión, fundamentar de manera autónoma el merecimiento de pena.⁵⁰ El reconocimiento social como persona se vehicula, como se ha indicado antes (I. 1. a)

⁴⁷ Sin embargo, así: *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. ed. 2017, § 129 nm. 2, con más referencias.

⁴⁸ *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751 (771 ss.); cfr. además *Kleszczewski* (nota 4), § 18 nm. 4, 98.

⁴⁹ *Gierhake*, Der Zusammenhang zwischen Freiheit, Sicherheit und Recht, 2013, pp. 275 ss.

⁵⁰ Aquí y en las siguientes reflexiones me baso en lo señalado en *Kleszczewski* (nota 4), § 18 nm. 2 ss., 105 ss.

⁴⁵ *Kleszczewski* (nota 33), pp. 102 ss., 148 ss., 251 ss.

⁴⁶ Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 44), nm. 691 s.

mediante el intercambio recíproco entre los seres humanos. Esto presupone regular la vida en común de común acuerdo, esto es, sobre todo sin violencia. Por tanto, el carácter civil (“Zivilität”) de una sociedad se basa sobre todo en el autodominio practicado y, con ello, en el carácter pacífico en la solución de conflictos que puedan surgir. Al respecto, constituye una especificidad de las sociedades civiles que todo miembro tiene que manejar esencialmente solo su destino.⁵¹ Por esta razón, la asociación de otros con el fin principal de cometer delitos puede generar una aglomeración de fuerzas cuyo desencadenamiento frente a los conciudadanos abandonados a su propia suerte determina que éstos se sientan impotentes.

El fenómeno es algo cotidiano: si, en una reunión, hasta el momento desperdigada, una parte de los reunidos se presenta de repente coordinadamente, este solo hecho modifica la conducta de todos los demás. Esto rige en especial cuando los miembros del grupo incrementan, mediante su cooperación, sus posibilidades de conseguir beneficios. De este modo, fuerzan en todo caso a que los sujetos externos al grupo orienten su conducta claramente a la actuación del grupo. Ahora bien, estos efectos externos de la constitución de un grupo se agravan cuando la actividad del grupo está esencialmente dirigida a cometer delitos. En tal caso, la mera creación de tal asociación expresa la definición de los sujetos externos como víctimas potenciales. Ahora, como hemos visto, el desvalor de un delito radica precisamente en agredir la capacidad en Derecho de la víctima. Si ello es así, entonces la estipulación del fin común de querer cometer determinados delitos contiene la afirmación de negar a los sujetos externos la capacidad en Derecho y provoca las correspondientes medidas de autoprotección.

Ciertamente, la constitución de una asociación para cometer hechos de referencia no significa lo mismo que la comisión de dichos hechos. Ahora bien, la reunión de varios sujetos une las fuerzas de éstos y, de este modo, crea frente al individuo, que en una sociedad civil moderna se encuentra característicamente solo, una superioridad estructural. Si el fin fijado conjuntamente tiene para sus miembros un efecto rector de la actuación, ha empeorado claramente la situación para el sujeto externo como víctima potencial, pues este último tiene que contar con la agresión de un poder superior. Ahora bien, la fijación común de un fin criminal no deviene sin más rectora de la actuación, sino solamente cuando los miembros tienen una inclinación a cometer delitos o cuando en el grupo se han establecido mecanismos de sanción que fuerzan a participar. Si los miembros de un grupo constituido internamente en estos términos se han organizado de tal manera, el dominio es perfecto, por lo que las víctimas potenciales tienen que sufrir impotentes los delitos planeados. Se ha creado un estado de peligro permanente. En ello radica el injusto penal.

c) Puesto que las FARC son una organización dirigida a cometer atentados contra la población civil, secuestros para conseguir financiación, y el deseo de salirse de la

organización va acompañado de sanciones graves, constituyen una asociación criminal, si no incluso terrorista, en el sentido que se acaba de exponer. Por tanto, la pertenencia en el sentido de un tomar parte, se puede concebir como injusto criminal y el ejercicio de funciones de mando, como liderazgo.

3. Conclusión provisional

El Derecho penal de un Estado de Derecho es, de entrada, micro Derecho penal y parte de las relaciones en las que unos seres humanos entran directamente con otros. Dicho Derecho penal define los delitos como agresiones contra determinados bienes jurídicos. En consecuencia, en este Derecho penal solamente se puede considerar autor a quien agrede por sí mismo la esfera de la víctima y, de este modo, solo, con otros o mediante otro, realiza el tipo. Todos los demás sujetos que contribuyen al hecho son, a lo sumo, partícipes. Junto a ello, la punibilidad de la constitución de una asociación criminal está plenamente fundamentada.

II. El Derecho penal de una sociedad civil en la crisis

Sin embargo, las sociedades civiles modernas no permanecen por sí mismas estables.⁵² Al igual que en la economía hay coyunturas, también es posible observar altibajos en el grado en que el reconocimiento recíproco se practica en la sociedad (I. 1.). Si una sociedad civil entra en una crisis duradera, su Derecho penal no queda incólume. Esto también tiene consecuencias para la teoría de la participación.

Como se ha expuesto, la solidez de una sociedad civil se basa primariamente en que, en el intercambio recíproco, las prestaciones de reconocimiento se conviertan en algo habitual (v. supra I. 1. a). La garantía de los derechos humanos por el Estado solamente puede construir sobre esta base, no puede de ningún modo sustituirla plenamente. Ahora bien, los seres humanos compiten entre ellos con sus ofertas. Y esta competencia conduce a que algunas partes del mercado ganen, mientras que otras, en cambio, pierdan. Al respecto, hay una multitud de factores que contribuye a que la sociedad, tarde o temprano, se escinda en ricos y pobres y se exponga a la comunidad a una crisis.⁵³

Esto produce efectos en la conciencia del injusto y, con ello, en el desarrollo de la criminalidad, pues el proceso de que las prestaciones de reconocimiento se conviertan en algo habitual encaja en el intercambio robusto. Pues bien, si los seres humanos tienen que competir por sus posibilidades en el mercado, el aprecio que se les muestra también se diferencia según la utilidad que ellos significan para otros. En el último peldaño de la escala social, las personas sienten su exclusión de la vida profesional como injusto. Por ello, no pocos de ellos buscarán vías ilegales de participar en el bienestar prometido en general y, de este modo, se convertirán en criminales. En cambio, en el peldaño más alto

⁵¹ Beck, Risikogesellschaft, 1986, pp. 121 ss., en especial: pp. 199 s.

⁵² Al respecto y sobre lo que sigue, con más detalle, Kleszczewski, ARSP 1997, suplemento 71, 140 (149 ss.); con detalle: *el mismo* (nota 5), pp. 207 ss.

⁵³ Hegel (nota 5), §§ 243-245, pp. 389 ss.

de la escala, muchas personas tienden a definir su propio valor solamente mediante su éxito en los negocios y en este nivel no pocos piensan también en vías ilegales para maximizar sus ganancias. Una comunidad constituida en tales términos tiende a distanciar a sus miembros de las relaciones guiadas por el amor y la ayuda.⁵⁴ En su lugar aparece una aspiración egocéntrica a la felicidad que se prolonga, con una extensión considerable, también a prestaciones ilegales, drogas, prostitución, juegos de azar. De este modo, surge incluso un mercado en el que hay demanda de criminalidad y en la que ésta se ofrece cada vez más de forma organizada.⁵⁵ Por último, la experiencia muestra que históricamente, cuando estas situaciones se han agravado, los elementos comunes en la formación política de la voluntad también se agotan. La consecuencia es, con no poca frecuencia, que las comunidades que se encuentran en tal estado han vivido estados más o menos graves semejantes a los de la guerra civil.

De esta situación social emana ahora reiteradamente la criminalidad como intento de resolver de forma individual las contradicciones mencionadas. De este modo, la criminalidad se convierte en una manifestación permanente de las masas. La consecuencia es que el delito se percibe cada vez más como una verdadera amenaza existencial. La legislación y la justicia penal suelen reaccionar a esta situación con una agravación significativa de las penas.⁵⁶ A la vez, tienden a acentuar, en el lado de los presupuestos del delito, en vez de la culpabilidad, cada vez más el aspecto de la peligrosidad del autor. Esto tiene también efectos para la dogmática de la intervención:

Por una parte, la legislación tiende a adelantar la zona de la punibilidad. Esto conduce a criminalizar ya la tentativa de inducción y la mera conspiración para un hecho común en cuanto tales. Un ejemplo: en Alemania se introdujo tanto la punibilidad de la tentativa de inducción (§ 49a CP del Reich) como la del complot para el asesinato (§ 49b CP del Reich) a consecuencia del descubrimiento de planes para cometer atentados políticos.⁵⁷

Las anticipaciones que se acaban de mencionar también tienen repercusiones sobre la dogmática de la intervención en el hecho consumado: si la tentativa de determinar al hecho o la conspiración para cometer el hecho se consideran merecedoras de pena, entonces es evidente que cada una de esas aportaciones al hecho, incluso cuando perduran en la consumación, serán castigadas como comisión igual a la del autor. En mi opinión, la figura de la autoría mediata en virtud

del uso de un aparato organizado de poder también es una manifestación de dicho pensamiento de la prevención, propio de la crisis. Como es sabido, originariamente *Roxin* desarrolló esta figura para poder considerar “autores de escritorio” a los hombres de que estaban detrás en el régimen nacionalsocialista.⁵⁸ Por tanto, *Roxin* tenía presente una contribución a delitos en una sociedad en la cual, debido al poder totalitario, los seres humanos estaban embrutecidos o, con frecuencia, ejecutaban por miedo a represalias órdenes que reconocían como inhumanas.

Desde luego, la agravación de las penas en situaciones de crisis es, en parte, legítima desde una perspectiva inmanente al sistema: en la crisis, la agresión contra bienes jurídicos se percibe, con cierta razón, como peligro existencial.⁵⁹ Esto incrementa la importancia general del hecho individual, aumenta su injusto y fundamenta una pena más elevada.⁶⁰ Pero dicha agravación es al final, en parte, ilegítima, a saber, siempre que la pena en su fundamento o su medida está dominada por aspectos preventivos, de intimidación o neutralización.⁶¹ De esta manera, el Derecho penal muta de manera general convirtiéndose en un medio de lucha del Estado contra el delincuente. En una situación agravada en términos semejantes a los de una guerra civil, el Derecho penal se convierte también en medio de lucha contra la oposición. Por consiguiente, la pena pierde su función de servir de medio de reconciliación.

III. El “macro Derecho penal” del Derecho penal internacional y las consecuencias para la teoría de la intervención

Si una guerra civil se tiene que superar mediante el acuerdo de paz, ello no puede lograrse si una parte juzga a la otra. Se requiere una comprensión recíproca conforme a la cual el injusto de una parte está co-condicionado por el injusto de la otra. Por ello, los acuerdos de paz requieren, en una parte no pequeña, también regulaciones sobre amnistía.⁶² Sin embargo, también en el marco de este modo de ver las cosas sigue habiendo delitos merecedores de pena. Pero éstos no se pueden fundamentar (solamente) con el ordenamiento jurídico de una de las dos partes, pues precisamente este Derecho es objeto de discusión. Para fundamentar la punibilidad es necesario referirse a una parte del Derecho que ambas partes han de reconocer. Esto es el Derecho internacional.

1. Visión de conjunto de los tipos del Derecho penal internacional

El Derecho penal internacional positivo, como parte del Derecho internacional, es una materia realmente nueva. Hoy en día se comparte generalmente, en cuanto al núcleo, la

⁵⁴ *Hegel* (nota 5), § 238, p. 386; respecto a lo que sigue: *Kleszczewski* (nota 5), pp. 207 ss.; *Habermas*, *Theorie kommunikativen Handelns*, tomo 2, 1981, pp. 480, 522, refleja esta evolución empleando la palabra clave de la colonización del mundo natural.

⁵⁵ Cfr. *Kerner*, en: *Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss* (eds.), *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. ed. 1993, Art. *Organisiertes Verbrechen*, p. 377 (379).

⁵⁶ *Kleszczewski* (nota 5), pp. 331 ss.

⁵⁷ *Frank*, *Das Strafgesetzbuch des deutschen Reiches*, 18. ed. 1931, § 49a comentario 1, § 49b nota *.

⁵⁸ *Roxin* (nota 20), pp. 242 ss.

⁵⁹ *Kleszczewski* (nota 5), pp. 219 ss., 333 ss.

⁶⁰ *Köhler*, *Über den Zusammenhang von Strafbegründung und Strafzumessung*, 1983, pp. 47 ss.

⁶¹ *Kleszczewski* (nota 5), pp. 341 ss.

⁶² Cfr. *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 693.

fundamentación de su legitimación. Sin embargo, dicha fundamentación todavía no se ha aclarado en lo que atañe a algunos de sus tipos de alcance amplio. Por razones de espacio, me permito remitir a los trabajos fundamentales de los que parto.⁶³

El delito internacional es definido por el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal internacional (CPI) acertadamente como un hecho que se dirige contra la comunidad internacional. Sus principios del Derecho rectores son el reconocimiento recíproco de la autodeterminación de los pueblos y la prohibición de violencia, art. 2 núm. 1, núm. 4. Carta de Naciones Unidas. Por esta razón, la agresión (art. 8^{bis} Estatuto CPI) y el genocidio (art. 6 Estatuto CPI) se pueden identificar sin dificultades como crímenes internacionales. Un deber derivado de la prohibición de violencia es el de no librar la guerra y otros conflictos armados internacionales de tal manera que se haga imposible un posterior tratado de paz.⁶⁴ De ahí que se pueden identificar varios tipos de los crímenes de guerra en el marco de conflictos armados internacionales (cfr. art. 8 apdo. 2 lit. a y b Estatuto CPI) como Derecho penal internacional legítimo. Se pueden legitimar como crímenes de lesa humanidad (art. 7 Estatuto CPI) como delitos internacionales aquellos hechos en los cuales la agresión contra la capacidad en Derecho de la víctima concreta significa a la vez colocar en una posición sin derechos de una parte de la población civil.⁶⁵ En cambio, hay dificultades para entender como delito internacional las lesiones en el marco de conflictos armados internos (cfr. art. 8 apdo. 2 lit. c-f Estatuto CPI).⁶⁶ Ciertamente, el tipo penal se refiere a actos de lesión en el marco de un conflicto armado, pero éste solamente concurre característicamente, en el sentido del Derecho internacional humanitario, cuando las partes que luchan entre ellas son Estados u organizaciones que, por el control que ejercitan en determinados territorios (o sea, insurrectos, secesionistas, movimientos de liberación), son semejantes a un Estado.⁶⁷ De este modo, se trata de un conflicto entre formas de dominio que poseen, conforme al Derecho internacional positivo, subjetividad de Derecho internacional:⁶⁸ según esto, el conflicto armado interno se aproxima a un estado de guerra entre Estados, de manera que su finalización pacífica lo más rápida posible se convierte en un interés de la comunidad internacional. Por esta razón, mediante hechos que se producen en el marco de un conflicto

armado entendido como interno, *vulgo* en el marco de una guerra civil, la comunidad internacional puede verse perfectamente afectada si dichos hechos llevan consigo el peligro, de manera semejante a lo que ocurre con los crímenes de guerra clásicos, de hacer imposible un acuerdo de paz futuro.

En la dogmática del Derecho penal internacional, esta referencia del hecho individual a la materia del Derecho internacional se aborda, por una parte, como “hecho global”.⁶⁹ Esto me parece inadecuado. La figura dogmática del hecho global pretende resolver atribuciones de causalidad que se producen en caso de actuación colectiva.⁷⁰ Ciertamente, puede darse la situación en la que no está claro si cada individuo ha puesto una condición, conforme a las leyes de la naturaleza, del resultado. En tal caso es posible fundamentar (por lo menos, con ciertos límites) la imputación de causalidad en el hecho de que cada uno de los compañeros de hecho realiza en todo caso una condición, conforme a las leyes de la naturaleza, del acto de constitución iniciador (tres sujetos se unen para fusilar a una víctima. Esta última muere solamente por una bala).⁷¹ Debido a que y en la medida en que el inicio de los delitos internacionales se produce con frecuencia de manera colectiva, en ellos puede ser relevante hacer valer esta figura de delito para imputar a cada interviniente enteramente como su hecho un hecho individual que es realizado mediante varias condiciones. Ahora bien, esto discurre por las vías, generalmente reconocidas, de la causalidad (condición conforme a las leyes de la naturaleza) y de la dogmática de la intervención (por ejemplo, en este caso: decisión conjunta de cometer el hecho, agresión como contribución propia al hecho) que conocemos del “micro Derecho penal”. Con ello solamente se ha explicado que varias personas responden, en cuanto a intervinientes, del hecho individual. De ello no se deduce sin más el referente jurídico-internacional.

También me resulta poco convincente que haya quien, por otra parte, interpreta el referente jurídico-internacional solamente como “contexto” especial o “contexto de comisión” del hecho individual.⁷² Ciertamente, no pocas veces el contexto de un acontecer lesivo o de puesta en peligro también desempeña un papel decisivo en el marco del “micro Derecho penal” para acentuar el carácter merecedor de pena de una conducta. Así, conforme al § 316 CP alemán, la conducción en estado de embriaguez es punible solamente “en el tráfico público”, esto es, en el seno de un contexto de interacción en el que todo usuario de la vía pública depende de que todos los demás puedan conducir sus vehículos de manera segura.⁷³ Sin embargo, de esta manera tampoco se construye el referente al Derecho internacional. Ello estriba en una diferencia pronunciada respecto al Derecho interno, diferencia que quiero explicar a continuación.

⁶³ En lo que atañe a la fundamentación del Derecho penal internacional parto de *Gierhake*, *Begründung des Völkerstrafrechts auf Grundlage der kantianischen Rechtslehre*, 2005, pp. 169 ss.; *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 840 ss.; *Manske*, *Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Verbrechen an der Menschheit*, 2003, pp. 332 ss. Cfr., además, *Kleszczewski*, en: *Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus* (eds.), *Kants Lehre vom richtigen Recht*, 2005, pp. 143 ss.

⁶⁴ *Kant* (nota 8), § 57, p. 470.

⁶⁵ *Manske* (nota 63), pp. 365 ss.

⁶⁶ Crítico: *Köhler*, *Recht und Gerechtigkeit*, 2017, pp. 842 s.

⁶⁷ Cfr. *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 237.

⁶⁸ *Herdegen*, *Völkerrecht*, 16. ed. 2016, § 11 nm. 1 ss.

⁶⁹ *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 11 ss., 20, 29, 33, 36, 65.

⁷⁰ Fundamentalmente; *Dencker*, *Kausalität und Gesamttat*, 1995, pp. 47 ss., pp. 120 ss.

⁷¹ Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 44), nm. 624 ss.

⁷² Cfr. *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 11 ss., 20, 29, 33, 36, 65.

⁷³ Con más detalle: *Kleszczewski* (nota 4), § 15 nm. 15 ss.

2. *La actuación para un sujeto de Derecho internacional como elemento originariamente fundamentador de la autoría*

a) El Derecho internacional no se refiere, por lo menos no directamente, a las relaciones entre personas. Aquél se puede definir como el conjunto de reglas jurídico-públicas relativas a las relaciones entre Estados y otros sujetos de Derecho internacional.⁷⁴ El núcleo del Derecho internacional sigue estando constituido hoy por la relación entre Estados.⁷⁵ Estos últimos son los sujetos originarios de Derecho que poseen la única personalidad en Derecho completa. Junto a ello, formas de dominio con un comando territorial estabilizado y efectivo (insurrectos, secesionistas, movimientos de liberación) han adquirido el estatus de un una subjetividad (limitada) en Derecho internacional.⁷⁶ Junto a los sujetos atípicos del Derecho internacional (Santa Sede, Orden de Malta, Comité Internacional de la Cruz Roja)⁷⁷ y las organizaciones internacionales,⁷⁸ que, en cuanto sujetos de Derecho internacional, podemos dejar de lado en el contexto que es aquí objeto de análisis, la evolución tras la Segunda Guerra Mundial ha conducido a reconocer también al ser humano, en cuanto individuo, subjetividad en Derecho internacional con personalidad en Derecho limitada.⁷⁹ A diferencia de los Estados, el estatus de los seres humanos en cuanto sujetos de Derecho internacional depende, según el Derecho internacional positivo, de que su condición de portador precisamente de derechos y deberes de Derecho internacional haya sido reconocida mediante Tratados o la praxis universal de los Estados.⁸⁰ En este sentido, su subjetividad en Derecho es, por así decirlo, derivativa.

Si las cosas son así, entonces los deberes de Derecho internacional se dirigen primariamente a los Estados y las formas de dominio equiparadas a éstos. Por tanto, las prohibiciones del *ius cogens* (a saber, la prohibición de la guerra de agresión, del genocidio, de la tortura, de la esclavitud y de la discriminación de razas⁸¹) se dirigen primariamente a estas dos clases de sujetos de Derecho internacional. Conforme a esto, una conducta solamente cumple el tipo de un delito internacional si dicha conducta es imputable a un Estado.⁸² Ahora, el Estado no actúa por sí mismo, sino mediante seres humanos que lo representan o a

los que uno de los órganos competentes del Estado ha encomendado un encargo. El actuar de un ser humano como persona particular no es esencialmente imputable frente a un Estado.⁸³ Esto implica que dicha conducta no representa, en cuanto tal, un quebrantamiento del Derecho internacional. Las cosas son distintas solamente cuando a la persona le fue encomendado un encargo expresamente por el Estado o cuando la tolerancia de su conducta por parte de instancias estatales tiene el sentido de una conformidad tácita (esto es, de una especie de cuasi-encargo).⁸⁴

b) Ahora bien, el Derecho penal internacional pretende precisamente hacer responsables a individuos por su actuación. Para ello, los tipos concretos del Derecho penal internacional tienen que presentar elementos que establezcan el referente del hecho individual al Derecho internacional. Como se ha expuesto (III. 1. a), la doctrina define este referente de manera más bien objetivista, como “nexo colectivo global”, “hecho global”, “contexto de comisión” o bien como “exigencia de contexto”. Al hacerlo, no logra explicar el actuar como actuar de un sujeto que es siquiera capaz de quebrantar deberes de Derecho internacional. No obstante, es posible mostrar este alineamiento con el actuar de un sujeto originario de Derecho internacional en las interpretaciones de los diversos elementos de los delitos internacionales que deberían establecer la referencia al Derecho internacional:

En los crímenes de agresión conforme al art. 8^{bis} apdo. 1 del Estatuto CPI, radica en el hecho de que solamente puede ser autor quien esté efectivamente en condiciones de controlar o dirigir el actuar político o militar de un Estado. En los crímenes de lesa humanidad, radica en el hecho de un ataque extendido o sistemático contra la población civil, esto es, de una conducta que se produce en ejecución de la política de un Estado o de una organización, art. 7 apdo. 1, apdo. 2 lit. a Estatuto CPI.⁸⁵ En los crímenes de guerra se alude a dicho elemento, en primer lugar, mediante el hecho del conflicto armado, en segundo lugar, mediante la referencia a las Convenciones de Ginebra, esto es, Tratados de Derecho internacional en los que precisamente los Estados se han obligado y, en tercer lugar, en una adición aclaratoria, según la cual el acto de lesión constituye un crimen de guerra cuando aquél se produce como parte de una política, un plan o una comisión masiva. Por último, este elemento también se puede encontrar en el genocidio. Ciertamente, el tipo de este delito también incluye expresamente la actuación de una persona particular, art. IV Convención del Genocidio. Sin embargo, el tipo exige a la vez también la intención de destruir, por lo menos en parte, uno de los grupos allí mencionados, art. 6 Estatuto CPI. Al respecto, los Elementos de los Crímenes ofrecen la aclaración de que, para poder

⁷⁴ *Herdegen* (nota 68), § 1 nm. 4; *Ipsen*, *Völkerrecht*, 6. ed. 2014, § 1 nm. 1.

⁷⁵ *Herdegen* (nota 68), § 7 nm. 3; *Ipsen* (nota 74), § 5 previo nm. 1.

⁷⁶ *Herdegen* (nota 68), § 11 nm. 1 ff.; *Ipsen* (nota 74), § 9 nm. 13 ff.

⁷⁷ *Ipsen* (nota 74), § 9 nm. 1-10; *Herdegen* (nota 68), § 9 nm. 1 ff.

⁷⁸ *Ipsen* (nota 74), § 6; *Herdegen* (nota 68), § 10.

⁷⁹ *Ipsen* (nota 74), § 7 nm. 9 ss.; *Ambos*, *Völkerstrafrecht*, 4. ed. 2014, § 7 nm. 10; *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. ed. 2016, nm. 2 ff.

⁸⁰ *Ipsen* (nota 74), § 7 nm. 6; *Herdegen* (nota 68), § 13 nm. 2.

⁸¹ Cfr. *Herdegen* (nota 68), § 16 nm. 14; *Ipsen* (nota 74), § 16 nm. 37 ss.

⁸² *Herdegen* (nota 68), § 58 nm. 1, 5 s.; *Ipsen* (nota 74), § 29 nm. 2; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 142.

⁸³ *Herdegen* (nota 68), § 58 nm. 6; *Ipsen* (nota 74), § 29 nm. 29 ss.; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 142 s.

⁸⁴ *Herdegen* (nota 68), § 58 nm. 5 s.; *Ipsen* (nota 74), § 29 nm. 29 ss.

⁸⁵ Näher dazu: *Werle/Burchards*, en: Joecks/Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 8, 2. ed. 2013, § 7 VStGB nm. 14 ss.

hablar de dicha intención, el hecho individual tiene que acontecer siempre vinculado a una pauta evidente de conductas semejantes. El Tribunal regional superior de Düsseldorf (OLG) ha interpretado esto entendiendo que el genocidio requiere una dirección estructuralmente organizada.⁸⁶ La CPI, en su sentencia relativa al proceso contra Al Bashir, en la prueba de la intención del acusado, empleó un gran esfuerzo para explicar que éste había actuado, solo o junto con otros individuos de la misma orientación, precisamente como miembro del Gobierno de Sudán. Puesto que la destrucción de un grupo prácticamente solo se puede realizar mediante la colaboración organizada de varias personas y solamente se puede hablar con sentido de dicha intención de destrucción cuando la intención es realista, aquella interpretación queda cubierta por la interpretación teleológica.⁸⁷

Seguro que hay detalles en la interpretación de los diversos tipos del Derecho internacional positivo que todavía no se han aclarado definitivamente.⁸⁸ Sin embargo, se puede establecer como elemento estructural unitario del hecho colectivo, por lo menos como forma común, lo siguiente: éste no se agota en un acontecer objetivo, como parecen sugerir las denominaciones “exigencia de contexto” o “nexo global”, sino que lo característico es que el acontecer global se tiene que poder imputar a un Estado o a una forma de dominio equiparada a este último. Esto resulta evidente en el caso de la agresión. Y algo semejante ocurre en los crímenes de lesa humanidad, por lo menos en lo que atañe a la variante que exige un ataque contra la población civil como elemento de la política de un Estado. Pero esto también es válido para la segunda variante, la del ataque como expresión de la política de una organización. Ciertamente, el concepto de organización en el sentido del art. 7 apdo. 1, apdo. 2 lit. a Estatuto de Roma no se ha aclarado definitivamente.⁸⁹ Por lo menos, en partes de la jurisprudencia se reconoce que con organización solamente se hace referencia a formas de dominio que gozan de un cierto control sobre un territorio.⁹⁰ Si esto se entiende en estos términos, en tal caso aparece, junto a la imputación a un Estado, la imputación a una forma de dominio semejante al Estado (insurrectos, secesionistas, movimientos de liberación) que son, por su parte, portadores de derechos y deberes de Derecho internacional. La exigencia de imputación también se da en el elemento del hecho

colectivo de los crímenes de guerra. Solamente concurre un conflicto armado en el sentido del Derecho internacional humanitario si las partes que luchan entre ellas son Estados o precisamente organizaciones con un control territorial.⁹¹ Por último, en el genocidio, la interpretación que hace la jurisprudencia de la intención de destruir un grupo también tiende a poner el centro de atención en la cumbre del gobierno o en cualquier otro control central.

Por tanto, acentuando las cosas, se puede hacer, plausiblemente, lo siguiente: el delito internacional, en cuanto hecho individual, está referido a un hecho colectivo. Este último no es simplemente un acontecer objetivo, sino un tipo de injusto que se puede imputar a un Estado o a una forma de dominio equiparada a aquél, un delito de Derecho internacional (“macrocriminalidad”). Solamente por el hecho de que tal sujeto de Derecho internacional comete tal delito penal internacional es posible reprochar el hecho individual, que es cometido culpablemente por un ser humano en cuanto individuo como parte de la colectividad, a dicho individuo precisamente (también) como delito internacional. En mi opinión, ello tiene consecuencias para la teoría de la intervención en Derecho penal internacional.

c) Si el deber del individuo de omitir una determinada conducta lesiva se deriva del deber del Estado o de un sujeto de Derecho internacional equiparado al Estado de no quebrantar el Derecho internacional, la posición de deber del individuo es, en su origen, un deber especial. Un individuo lo infringe solamente cuando ha asumido dicho deber. En este caso, concurre una estructura semejante a la del § 14 CP alemán.⁹² En dicho precepto, la infracción de un deber especial que, conforme al Derecho civil o el Derecho público, pesa sobre una asociación directamente, solamente será imputada a un ser humano cuando éste ocupa el órgano con representación general de la asociación o parte de dicho órgano o cuando dicho órgano le ha encomendado una tarea de dirigir en responsabilidad general un ámbito parcial de la asociación. Si se toma este modelo de la traslación de deberes como modelo para la interpretación del elemento del hecho colectivo del delito internacional, de ello se deriva que: primariamente solamente es autor de un delito internacional quien, por sí mismo en este sentido como representante general o como encargado general de un Estado o de una forma de dominio equiparada, realiza el tipo de un delito internacional. Este nexo aparece en el crimen de agresión del art. 8^{bis} apdo. 1 Estatuto CPI de manera muy clara. El § 13 apdo. 4 del CP Internacional alemán (en lo que sigue, CP Int alemán) agudiza esto aún más cuando dispone que solamente pueden ser partícipes en el crimen de la guerra de agresión quienes poseen poder político o militar. Debido a la semejanza estructural del elemento del hecho colectivo en otros delitos internacionales, la autoría (en sentido primario) se ha de construir en éstos en los mismos términos. Por tanto,

⁸⁶ OLG Düsseldorf, Sentencia del 26.9.1997 – IV 26/96; igualmente: BVerfG NJW 2001, 1850. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, Tribunal penal internacional para la Antigua Yugoslavia y del Tribunal penal internacional para Ruanda no se refiere siempre a esta exigencia.

⁸⁷ *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 140; *Kreß*, en: Joecks/Miebach (nota 85), § 6 nm. 13 ss.

⁸⁸ *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 122, 177 ss., 229; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 814, 1082, 1504.

⁸⁹ *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 188; *Werle/Jeßberger* (nota 79), nm. 951 ss.

⁹⁰ Cfr. *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 188, con más referencias, quien pretende renunciar al elemento del control territorial.

⁹¹ *Ambos* (nota 22), § 7 nm. 237.

⁹² Sobre la dogmática del actuar por otros a propósito del ejemplo del § 9 OWiG, casi idéntico en cuanto a su contenido: *Kleszczewski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2. ed. 2016, nm. 529 ss.

es autor de un crimen en el sentido originario mencionado solamente quien como representante general o encargado general de un Estado o de una forma de dominio equiparada dirige, solo o junto a otros, un ataque armado contra la población civil o imparte a otros la orden de hacerlo. Además, solamente es autor de un crimen de guerra, en este sentido, quien es, en este papel, representante general o encargado general de una de las partes del conflicto, la cual realiza una acción de ataque o de defensa en cuyo curso se produce (sistemática o extendidamente) la realización de uno de los tipos del crimen de guerra. Por último, es, en este sentido originario, autor del genocidio solamente quien actúa con la intención de, precisamente como representante general o encargado general de un Estado o de una forma de dominio equiparada, destruir solo, por instrucciones de otros, o junto con otros, un grupo.

En cambio, quienes no son representantes generales o encargados generales de un Estado o una forma de dominio equiparada solamente pueden ser considerados autores en sentido secundario. Aquéllos solamente pueden ser considerados autores cuando cualquier otro contribuye, en su condición de representante general o encargado general, al hecho colectivo y ellos, por sí mismos, mediante otro o en común con otro, realizan el tipo del hecho individual. En este punto tiene lugar una duplicación dentro del concepto de autor que ya conocemos de los sistemas de autor único. Así, el § 14 apdo. 1, s. 2 de la OWiG alemana⁹³ considera también autor (en dicha ley, es denominado interviniente) a quien no posee un elemento personal especial como, por ejemplo, ser titular de un deber especial, pero actúa conscientemente con otro que sí posee este elemento personal. Ahora bien, esto no significa que siempre se tenga que probar la responsabilidad de un autor originario concreto para poder juzgar a un autor secundario, pues, para la punibilidad de este último conforme al Derecho penal internacional, puede quedar sin determinar quién exactamente ha contribuido como representante general o encargado general, siempre que se explique que ha tenido lugar una contribución de tales características en el nivel de la dirección.

Este escalonamiento dentro del concepto de autoría, que presenta cierta semejanza con determinadas estructuras que se encuentran en el seno de los sistemas de Derecho penal con autor unitario (funcional),⁹⁴ conduce ciertamente a una valoración distinta de las contribuciones al hecho realizadas a título de autoría. A quien es autor originario le corresponde la pena regular prevista en el Derecho penal internacional positivo, mientras que para quien solamente es autor secundario rige la idea jurídica plasmada en el § 28 apdo. 1 CP Int alemán: puesto que éste no ha asumido, en cuanto representante general o encargado general, el deber especial, tampoco cumple con el elemento personal especial fundamentador de la pena. En consecuencia, su injusto es menor, de manera que corresponde aplicar una atenuación de

la pena en los que determina el § 28 apdo. 1 CP alemán, conforme al § 49 apdo. 1 del mismo Código. Por último, a quien no realiza el hecho individual, sino que, sin ser obligado especial, solamente participa en aquel hecho, se le ha de aplicar una atenuación adicional de la pena.

De este modo, en el seno del Derecho penal internacional, caracterizado por ser “macro Derecho penal”, se puede retomar y reformular la idea del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder: en ésta, no es sólo el poder sobre otras personas lo que conduce a considerar al hombre que está detrás como una figura central del acontecer, sino que lo que convierte a quien da la orden originariamente en autor es la asunción, fundada en la representación general o encargo general, de un deber especial de no abusar de este poder.

d) De esto se deduce para los hechos que se han de juzgar conforme al Derecho penal internacional en el marco de un proceso de paz este esquema: puesto que y en la medida en que las FARC, debido al control de un territorio, son, en cuanto forma de dominio semejante al Estado, un sujeto de Derecho internacional, en todo caso los miembros del Estado Mayor Central de las FARC o su Secretariado, en cuanto representantes generales, entran en la posición de deber jurídico-internacional. En la medida en que contribuyen a un hecho individual de Derecho penal internacional, se deberían considerar esencialmente autores en sentido originario, si tuvieran que ser juzgados conforme al Derecho penal internacional. Lo mismo se puede decir de los sujetos a quienes aquéllos encargaron liderar unidades sectoriales de las FARC. Todos los demás son autores solamente en un sentido secundario si cumplen, solos o en actuación conjunta planeada, el tipo de un delito individual de Derecho penal internacional. Debido a la falta de asunción de un deber especial, a éstos se les debe conceder una atenuación de la pena. Por último, a los partícipes se les debe aplicar una pena aún menor.

IV. Conclusión

El Derecho penal de una sociedad civil es “micro Derecho penal”. Aquél parte del actuar de personas individuales en la relación inmediata de unos con otros. En este Derecho penal, los delitos son agresiones a determinados bienes jurídicos, por tanto, es autor quien solo o junto con otros agrede a la víctima; partícipe, quien contribuye a ello de otra manera. En cambio, el Derecho penal internacional es “macro Derecho penal”. En cuanto parte del Derecho internacional, presupone relaciones jurídicas entre Estados o formas de dominio equiparadas a los Estados. El delito de Derecho internacional consiste en la traslación de un deber fundamentado en tales términos. Tal delito solamente concurre cuando un quebrantamiento del Derecho puede ser imputado a uno de los sujetos de Derecho internacional mencionados. Ciertamente, el Derecho penal internacional hace responsables a seres humanos, pero a éstos se les puede imputar un quebrantamiento de deber jurídico-internacional solamente de manera directa cuando actúan como representantes generales o encargados generales de un Estado o forma de dominio equiparada. En ello radica el verdadero

⁹³ Sobre la dogmática de esta norma de intervención: *Kluszczewski* (nota 92), nm. 486 ss.

⁹⁴ Con más detalle al respecto: *Kluszczewski* (nota 33), pp. 26 ss.

sentido del elemento del hecho colectivo del Derecho penal internacional, que se revela como forma especial de un delito de infracción de deber especial. Quien no es ni representante general ni encargado general solamente puede ser autor en un sentido secundario. Ello permite realizar, ya en el plano del castigo de los autores, distinciones en cuanto al marco penal.