

Harro Otto
Kai Ambos
Rolf D. Herzberg
Thomas Rotsch
Claus Roxin

Aparatos organizados de poder

Yesid Reyes Alvarado
Hernán Darío Orozco López
(eds.)

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigación en Filosofía y Derecho

Aparatos organizados de poder / Harro Otto, Kai Ambos, Rolf D. Herzberg, Thomas Rotsch, Claus Roxin ; Yesid Reyes Alvarado, Hernán Darío Orozco López (editores). – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones en Derecho y Filosofía. 2020.

225 páginas ; 21 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 789587904161

1. Autoría del delito – Colombia 2. Asociación delictuosa -- Aspectos penales – Colombia 3. Participación (Derecho penal) – Colombia 4. Participación (Derecho penal) – América Latina 5. Crimen organizado – Colombia 6. Responsabilidad penal – América Latina I. Reyes Alvarado, Yesid, 1960- , editor II. Orozco López, Hernán Darío, editor III. Universidad Externado de Colombia IV. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente – Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP. julio de 2020

ISBN 978-958-790-416-1

© 2020, YESID REYES ALVARADO (ED.)
© 2020, HERNÁN DARÍO OROZCO LÓPEZ (ED.)
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Santiago Perea Latorre
Composición: María Libia Rubiano
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

CONTENIDO

Presentación	7
Introducción. Rasgos básicos del debate sobre la intervención delictiva en los casos de aparatos organizados de poder <i>Hernán Darío Orozco López</i>	13
Autoría en virtud de aparatos organizados de poder <i>Harro Otto</i>	29
Sobre la “organización” en el dominio de la organización <i>Kai Ambos</i>	57
Autoría mediata e inducción en las organizaciones formales <i>Rolf D. Herzberg</i>	91
¿Dominio del hecho en virtud del dominio de organización? <i>Thomas Rotsch</i>	131
El dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder <i>Claus Roxin</i>	193

CONCLUSIÓN

1. La responsabilidad penal de los emisores y de los receptores de órdenes

En relación con los delitos realizados en el marco de un aparato organizado de poder, que en la fijación de sus objetivos concretos se ha apartado del derecho, los organizadores, dirigentes y las personas que imponen los objetivos intervienen –mediante división del trabajo– en un plano de actuación equivalente con quien actúa de manera inmediata. Cada uno de los intervinientes se ocupa –usando la terminología de Kindhäuser⁵⁶– simultáneamente de un negocio propio y uno ajeno a través de su conducta, de modo que actúa al mismo tiempo “de propia mano y en *nombre ajeno* [*fremdhändig*]”. La consecuencia de ello es que la conducta en cuestión también sea considerada como propio poder por organización de quien no actúa de propia mano.

2. La aplicación de la construcción a las empresas que participan en la vida económica

La fundamentación de la autoría de las personas que dirigen el aparato organizado de poder no se deja aplicar en empresas, pues no le corresponde ningún significado en este contexto a la característica del comportamiento apartado del derecho. Por ello, en los casos particulares se deberá determinar en qué medida se entiende a los intervinientes, individualmente considerados, como autores o partícipes, siguiendo las reglas generales para la delimitación entre autoría y participación, esto es, conforme a las contribuciones concretas al hecho.

56 KINDHÄUSER, *Hollerbach-FS*, p. 645.

SOBRE LA “ORGANIZACIÓN” EN EL DOMINIO DE LA ORGANIZACIÓN*

KAI AMBOS

INTRODUCCIÓN

La teoría del dominio de la organización desarrollada por Claus Roxin¹ ha experimentado recientemente un reconocimiento universal a partir de dos importantes decisiones judiciales². Es verdad que con ello no se puede afirmar que

Edición original: “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, en HEINRICH/JÄGER/ACHENBACH/AMELUNG/BOTTKE/HAFFKE/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai, 2011*, pp. 837-852. Traducción al español a cargo de Diego Fernando Tarapués Sandino (Universidad Santiago de Cali, Colombia y Universidad de Göttingen) y Ricardo Robles Planas (Universidad Pompeu Fabra) publicada en *Indret* 3.11. Actualización a cargo de Gustavo Urquiza, doctorando y docente en la Universidad de Göttingen, y de Sem Sandoval Reyes, LL.M. y doctorando en la misma universidad.

- 1 ROXIN, “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, *GA*, 1963, p. 193 (p. 200 ss.); el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., 2019, p. 269 ss. [en español: *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 2016, p. 237 ss.].
- 2 Entre otras tantas decisiones de la Corte Penal Internacional (CPI), especialmente: *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (icc-01/04-01/07), para. 495 ss. (498, 500 ss.) [en lo sucesivo, “El fallo *Katanga*”]; en parte ya visto en *Prosecutor v. Bemba*, Pre-Trial Chamber III, Arrest warrant decision (icc-01/05-01/08), del 10 de junio de 2008, para. 78, y confirmado en *Prosecutor v. Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I, Arrest warrant decision, del 4 de marzo de 2009 (icc-02/05-01/09), para. 222; todas disponibles en: www.icc-cpi.int/

esta figura jurídica se haya impuesto a nivel internacional³, pero sí la han puesto vertiginosamente en el centro de la discusión jurídica del Derecho penal internacional sobre la responsabilidad por crímenes internacionales de los autores por mando⁴. Al respecto, un problema central reside en la

Menus/icc/Situations+and+Cases/ Sobre las decisiones de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra el expresidente Alberto Fujimori, véase Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, sentencia del 7 de abril de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle; confirmada por la Corte Suprema, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio; crítica de JAKOBS, "Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori", *ZIS*, 2009, p. 572 (p. 574 ss.), en español: "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori", p. 105 (p. 111 ss.), en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, 2010, quien fundamenta la (co)autoría de Fujimori sobre sus actuaciones con respecto a los deberes del cargo que ocupaba; en cuanto a la inducción, HERZBERG, "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates", *ZIS*, 2009, p. 576 (p. 576 ss., p. 580), en español: "La sentencia Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 125. Por último, véase también un fallo del Tribunal de la provincia de Tucumán, en Argentina, sobre desaparición de personas en donde también se sigue a la teoría de Roxin (sentencia del 23 de agosto 8 de 2010, registro N. 6 – F. 07/209 – t. II, p. 339 ss., disponible en: www.cij.gov.ar/lesa-humanidad.html). Acerca del reconocimiento de la teoría del dominio del hecho véase *Prosecutor v. Lubanga*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 29 de enero de 2007 (icc-01/04-01/06), para. 317 ss.; fallo *Katanga*, ya referenciado, para. 480 ss.

- 3 En este sentido, sin embargo, ROXIN, *ZIS*, 2009, p. 565 (p. 566), en español: "Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 91 (p. 96), quien habla eufemísticamente de "la amplia aceptación internacional de la figura del dominio por organización"; por otra parte, con objeciones fundadas, véase WERLE y BURGHARDT, "Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht", en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maitwald zum 75. Geburtstag*, 2010, p. 849 (pp. 854 ss.). Se tendría que esperar por lo menos el veredicto final en el proceso *Katanga*.
- 4 Cfr. JESSBERGER y GENES, "On the application of a theory of indirect perpetration in Al Bashir: German doctrine at The Hague?", *JICJ*, t. 6, 2008, p. 853 ss.; WERLE y BURGHARDT, en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maitwald zum 75. Geburtstag*, cit., p. 849 ss.; VAN DER WILT, "On functional perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the case against the former Peruvian President Alberto Fujimori", *ZIS*, 2009, p. 615 (p. 619 ss.); OSIEL,

cuestión relativa a qué concepto de organización adopta realmente esta teoría como base. En este sentido, Roxin ha sido criticado recientemente por sostener un concepto de organización ligado al Estado burocrático, que no tiene en cuenta, suficientemente, las nuevas formas de organización de los actores militares en el marco de los conflictos armados no internacionales⁵. En este artículo quiero poner de manifiesto al homenajeado, en adhesión crítica, que es cierto que esta crítica es incorrecta globalmente considerada, pero también que aquel concepto de organización, efectivamente, merece ulteriores matizaciones y representa la clave⁶ para un perfeccionamiento y para la independencia de la teoría del dominio de la organización con respecto al modelo de imputación mixto (individual-colectivo) del Derecho penal internacional⁷.

I

Ante todo, si se tiene presente el estado de la teoría del dominio de la organización a la luz de la jurisprudencia

Making Sense of Mass Atrocity, 2009, p. 92 ss.; el mismo, "Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder", en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, 2010, p. 105 (p. 107 ss.).

- 5 OSIEL, *Making Sense of Mass Atrocity*, cit., p. 97 ss.; el mismo, en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 110 ss.
- 6 La posible ampliación de la teoría a las empresas se excluye aquí (visión crítica en AMBOS, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate: eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze", *GA*, 1998, p. 226 (p. 239 ss.); también en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., 2019, p. 853 ss. [en la versión en español, p. 242]; recientemente HEINRICH, "Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen", en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, 2010, p. 147 (p. 154 ss., p. 165 con más referencias); en sentido crítico igualmente MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, p. 182 ss.).
- 7 AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., 2011, § 7, n. m. 11.

mencionada, se puede afirmar que tanto la Corte Penal Internacional⁸ como también la Corte Suprema de Justicia peruana⁹ adoptaron esencialmente la teoría de Roxin, por lo que ahora el poder de mando, la desvinculación del derecho y la fungibilidad pueden considerarse como presupuestos constitutivos más allá de las fronteras de Alemania¹⁰. De cualquier forma –junto a las consideraciones que se efectuarán después sobre el concepto de organización– deben efectuarse las siguientes precisiones: con respecto a la *fungibilidad*, Roxin responde a sus críticos de manera doble¹¹. En primer lugar, reconoce como acertado que en supuestos de designación de un especialista (que propiamente no es fungible) entra en consideración más bien la inducción¹². También reconoce que puede haber casos en los que el ejecutor no llegue a ejecutar el hecho¹³. Sin embargo, desde

- 8 Decisión *Katanga*, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (cc-01/04-01/07), para. 512 ss.; resumido en WERLE y BURGHARDT, en BLOY et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, p. 855 ss.
- 9 Sentencia contra Fujimori, Corte Suprema del Perú, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio, para. 720 ss.
- 10 Cfr. últimamente a ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 458 ss.
- 11 Con respecto a ambos presupuestos (poder de mando y desvinculación del derecho), Roxin se aferra a su posición, sin entrar a discutir (ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 459); en relación con la desvinculación del Derecho, véase mi duplica en AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, p. 606 ss.; en español: *La parte general del derecho penal internacional*, 2005, p. 234 ss.
- 12 ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 461; anteriormente en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª ed., 2006, p. 714. Cfr. inicialmente SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 168; el mismo, JR, 1995, p. 177 y 178; también crítica en AMBOS, *supra* nota 11, p. 596; en la versión en español, p. 220 ss.; de manera reciente HEINRICH, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 159; en cuanto a inducción, también en MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 332 y p. 633.
- 13 ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 461 ss. Cfr. inicialmente HERZBERG, "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en AMELUNG (ed.),

su punto de vista, tal "fracaso de la organización"¹⁴ –una idea que Roxin ya reconoció en la fundamentación inicial de su teoría¹⁵– no conduce a la inidoneidad general del criterio de la fungibilidad¹⁶, sino que comporta solamente su relativización¹⁷ y ampliación acudiendo a la –previamente negada por él¹⁸– exigencia de la *disposición al hecho*¹⁹. En este sentido, Roxin también reconoce ahora –adhiriéndose a una postura en la doctrina²⁰, al Tribunal Federal de Justicia (alemán)²¹ y a la Corte Suprema de Justicia peruana²²– que este criterio "contribuye a la fundamentación" de su teoría

Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse, etc., 2000, p. 33 (p. 37 ss.); crítica de AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, p. 596 ss.; recientemente HEINRICH, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE, (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 159.

- 14 ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 462.
- 15 ROXIN, GA, 1963, p. 203, también en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., 2019, p. 275 [en la versión en español, p. 242]: "con pérdidas y defecciones hay que contar siempre en tales organizaciones, sin que por ello el mecanismo del aparato quede perjudicado seriamente".
- 16 Así, sin embargo, AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, p. 598 ss., con el intento de una fundamentación fáctica-normativa.
- 17 ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 462: la fungibilidad puede "estar formada en diferente cantidad [!]", razón por la cual el dominio de la organización no se puede apoyar "exclusivamente" en ella y en los otros dos presupuestos.
- 18 ROXIN, "Anmerkung zu BGH v. 26.7.1994, Az. 5 StR 98/94" JZ, 1995, p. 49 (p. 51).
- 19 Cfr. inicialmente SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 143 ss. (p. 152, 158, 167 ss.); el mismo, JR, 1995, p. 177 (p. 178); el mismo, "Tatbereitschaft gegen Fungibilität", zis, 2009, p. 569 ss.; en español: "Disposición al hecho versus fungibilidad", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 115 ss.
- 20 Véase ante todo a HEINRICH, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, p. 271 ss. (p. 273 ss.).
- 21 Decisiones del Tribunal Federal de Justicia alemán (BGHst) 40, 218 (237); 40, 307 (316); 45, 270 (296).
- 22 Sentencia contra Fujimori, Corte Suprema del Perú, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio, p. 740 ss., en donde, no obstante, este criterio se entiende como un cuarto presupuesto; SCHROEDER, en zis 2009, p. 569 ss., también publicado en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 115 ss.

y "refuerza" el dominio del hecho del hombre de atrás; considera, no obstante, que no se trata "de un requisito propiamente", sino que se "deriva" de los tres requisitos anteriores²³. Además de que la disposición al hecho como tal no es apropiada para la delimitación entre autoría mediata e inducción²⁴ y que probarla como fenómeno intra-psíquico es sumamente difícil²⁵, tampoco es compatible con una comprensión teórico-organizativa consecuente del dominio de la organización²⁶—dominio del hecho como seguridad del

- 23 Sobre la posición actual, véase ROXIN, "Apuntes sobre la sentencia Fujimori de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 99 ss.; véase también ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 463 ss.; sobre la posición original de Roxin véase su contribución en HOYER, MÜLLER, PAWLK y WOLTER (eds.), *Festschrift für Schroeder*, p. 387 (p. 397 ss.), también publicado en *zis*, 2006, p. 293 (p. 298 ss.) [como tercer presupuesto]; véase también ROXIN, "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", *ZStR*, 2007, p. 1 (p. 15 ss.); "Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *zis*, 2009, p. 565 (como uno de "cuatro presupuestos"), también publicado en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 94. Adicionalmente véase PARIONA ARANA, *Autoría mediata por organización*, 2009, p. 57 ss., p. 84 ss.; el mismo, en AMBOS y MEINI, (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 233 (p. 246 ss., p. 248).
- 24 Así la crítica tradicional: cfr. AMBOS, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, 1998, p. 19 ss.; SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, 2004, p. 161 ss.; con más referencias HEINRICH, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 156 y p. 164; también la crítica de HERZBERG, en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 125 ss.
- 25 Cfr. GARCÍA, "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori", *zis*, 2009, p. 596 (p. 602), también publicado en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 187 (p. 208); MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 316. Para una comprensión objetiva de la disposición al hecho, véase MEINI, "El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 07 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema", *zis*, 2009, p. 603 (p. 608), también publicado en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 211 (p. 228 ss.).
- 26 De manera acertada ROTSCHE, "Zur Hypertrophie des Rechts Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis", *zis*, 2008, p. 1 (p. 3); el mismo, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft: Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, 2009, p. 390

resultado a través del *dominio de la organización* como "verdadero instrumento"²⁷—, porque centra la atención de la organización en el —si acaso indirectamente dominado²⁸— ejecutor del hecho y con ello relativiza la particularidad organizativa específica y al mismo tiempo la solidez de la teoría del dominio de la organización. Por supuesto que hay mecanismos socio-psicológicos relacionados con la pertenencia a la organización que aumentan la disposición al hecho de un autor que actúa como parte de un colectivo frente a un autor individual²⁹, pero se trata solamente de

- y "Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus", *zis*, 2009, p. 549 (p. 551); en español: "De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la sentencia de la Sala Penal especial de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 33 ss.; véase también HEINRICH, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE, (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 164.
- 27 Cfr. solamente a ROXIN, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 457 y p. 460. Sobre la independencia del aparato de poder véase fundamentalmente a VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 240, 305, 359 ss. 364: aparato de poder organizado como "instrumento criminal estatal" / *organisatorischer Machtapparat als "hoheitliches Verbrecheninstrument"*, p. 398: "peso propio del aparato de poder burocrático" / "*Eigengewicht des bürokratischen Machtapparats*". Resumiendo en cuanto a las diferentes visiones (desde colectivistas hasta individualistas) para la fundamentación del dominio, SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, 2004, p. 52 ss. (p. 108 ss.).
- 28 De manera acertada MEINI, *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, 2003, p. 170; el mismo, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, p. 112.
- 29 Para HEINRICH, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, p. 274, y p. 162, el individuo en el momento de entrada a la organización ha colgado su barrera psicológica interior y su disposición de reflexión, "en cierto sentido, junto con el sombrero y el abrigo en el perchero al lado de la entrada" ["*gewissermaßen zusammen mit Hut und Mantel am Kleiderhaken neben dem Eingang aufgehängt*"]. URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 165 ss., acentúa "el hecho de estar integrado en la organización" y ve una "presión interna de la organización en la acción" (p. 159) así como influencias "condicionadas a la organización" o "relacionadas a la organización" (p. 199 y p. 263). ROTSCHE, en *zis*, 2008, p. 331, habla de "*organisationssoziologisch bedingte[n] Neutralisationsmechanismen*" ["mecanismos de neutralización sociológica y organizativamente condicionados"]. Véase también, con ejemplos, anteriormente ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª ed., 2006,

una "organisationstypische Tatgeneigtheit" ("predisposición al hecho típica de la organización")³⁰ que justamente resalta el predominio de la organización frente al individuo. En otras palabras: es cierto que la pertenencia (voluntaria) a la organización puede justificar una elevada disposición al hecho por parte del miembro individual, pero el dominio del hecho se fundamenta solo en el dominio sobre la organización –comprendido en términos colectivos– y solo a través de este se media sobre los miembros ejecutores del hecho.

II

Volvamos ahora al punto central de la cuestión en torno al concepto de organización en la teoría del dominio de la organización³¹. En este sentido, Osiel reprocha a Roxin el hecho de que este se basa estrictamente en una organización jerárquica del Estado burocrático formal desde una

p. 706 ss. ("organisationsbedingt"); del mismo, "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", *ZStR*, 2007, p. 16; el mismo, *zis*, 2009, p. 567; en español, en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 91 ss.; el mismo, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 463 ss. Véase de igual forma a MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, p. 116 ss. y el mismo, en *zis*, 2009, p. 608, también publicado en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 228 ss., para el cual, entre otros, por este motivo el dominio del hecho de los miembros de la organización es decisivo para la fundamentación del dominio (MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, p. 61 ss. [p. 68], p. 111 ss. [p. 117 y 119], p. 180 ss.; el mismo, *zis* 2009, 608; el mismo, en AMBOS/MEINI (eds.), *La autoría mediata*, 2010, p. 229).

30 HEINRICH, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, p. 273 ss. (p. 274 ss., p. 279); el mismo, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, 2010, p. 163 ss. Cfr. también ROTSCHE, en *zis*, 2008, p. 331, con la acertada advertencia de que Roxin ha "implementado" la tesis de Heinrich (así también HEINRICH, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 164, nota al pie 89); MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 316 ss.

31 Un estudio sociológico amplio sobre el concepto de organización no se puede llevar a cabo en esta sede por razones de espacio y tampoco es necesario para los fines aquí planteados. Para profundizar véase VEST, *supra* nota 27, p. 309 ss.

perspectiva weberiana³², en el ejército prusiano como tipo ideal, y con ello suprime a *limine* las formas de organización no estatales de poder (para-)militar³³. Esta crítica tiene algo de cierto, pero requiere de alguna precisión. Ante todo, Osiel pasa por alto³⁴ el hecho de que Roxin ya en la fundamentación inicial de su teoría había visto el problema de las organizaciones criminales no estatales y la aplicó explícitamente, si bien solo de manera secundaria³⁵, a estos "movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas delictivas y agrupaciones similares"³⁶. Además, Roxin en ninguna parte

32 WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III)*, 1922, p. 650 ss.; el mismo, 5.ª ed., 1980, p. 551 ss. = *Studienausgabe (Stud.)*, 2009, p. 12 ss.; en español: *Economía y sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, 1964; (Osiel cita la versión en inglés de Gerth y Wright Mills, *From Max Weber: Essays in Sociology*, 1946, p. 196 ss.).

33 OSIEL, *Making Sense of Mass Atrocity*, cit., p. 97 ss. (p. 100), p. 114 = en SMEULERS, (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 110 ss. (p. 113), p. 125.

34 Probablemente porque solamente ha recibido la teoría de Roxin a partir de (dos) fuentes primarias en español y en general de otras fuentes secundarias (en español). En las referencias bibliográficas aparecidas en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 127 ss., se encuentran tres artículos de Roxin, dos de los cuales son traducciones españolas. Ciertamente, Osiel cita allí también el GA, 1963, p. 193, pero él, como yo mismo he podido percibir, no domina la lengua alemana y se sirve para la presentación de la teoría de Roxin, de manera bastante ecléctica, de fuentes secundarias en español, esto es, de trabajos de penalistas argentinos como Donna, Lascano y García Vitor (este último es solo citado con su segundo apellido "Vitor", en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit. La obra central de Roxin, "Autoría y dominio del hecho en Derecho penal" ("Täterschaft und Tatherrschaft"), no es citada en absoluto, ni siquiera en su traducción española.

35 Primariamente en aparatos de poder estatales, en forma de la dictadura nacional-socialista, véase a ROXIN, *Strafrecht AT*, II § 25, n. m. 106, en español: *Derecho penal. Parte general*, 1997, § 25. Cfr. también HEINRICH, *Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft*, 2002, p. 279; el mismo, en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli*, cit., p. 148; MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 65, con más referencias en su nota al pie 231.

36 ROXIN, GA 1963, p. 205. Cfr. también LK¹¹-Roxin, § 25, n. m. 129; el mismo, "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität", en SAMSON et al. (eds.), *Festschrift für Grünwald*, 1999, p. 549 ss. (relacionado con la criminalidad organizada).

se basa en las reflexiones sociológico-organizativas de Weber³⁷, aunque este último reconoció—contrariamente también a lo que con poca precisión afirma Osiel— el dominio de los “señores” sobre el “aparato” por medio del mando y del poder coactivo³⁸, y ello no solo en un sistema burocrático de “reglas racionales”, sino también en una autoridad personal—mucho menos formalizada— o en un carisma, si bien es cierto, en todo caso, que Weber vio tipificado el “actuar colectivo racional” primariamente en la “burocracia”³⁹.

En todo caso, en referencia a las organizaciones criminales no estatales, Roxin ha aceptado solamente tal dominio de la organización en aquellas organizaciones que de cierta manera actúan como un “Estado dentro del mismo Estado”⁴⁰ y que, independientemente del cambio de sus integrantes, presentan una continuidad segura, esto es, donde cada miembro como “parte funcional de un todo”, en cierto modo mecánico, puede ser empleado para la realización del hecho⁴¹. Ya entonces señaló que aún se debía desarrollar la distinción, propuesta de modo elemental, entre—las aquí denominadas— organizaciones que son apropiadas para un dominio de la organización (“*organisationsherrschaftstauglichen*

37 Asimismo, tampoco “asume” Roxin que “esos superiores [...] expresamente ordenaron atrocidades, incluso si no existe ninguna prueba directa en el juicio en este sentido” (OSIEL, *Making Sense of Mass Atrocity*, cit., p. 114; igual SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 125).

38 WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III)*, cit., [Stud.], p. 10. Además, VEST, *supra* nota 27) p. 310.

39 WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III)*, cit., [Stud.], p. 11. Cfr. también a VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 311 (“aparato de poder [...] en primera línea el Estado moderno”; resaltado en el original). Acerca de las formas de dominio irracionales preburocráticas del “patrimonialismo”, “feudalismo” y “carismatismo”, de manera detallada en WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriß der Sozialökonomik, Abteilung III)*, cit., [Stud.], p. 46 ss., p. 98 ss., p. 132 ss.

40 Cfr. ROXIN, GA, 1963, p. 205; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., 2019, 278 [versión en español, p. 245]; LK¹¹-Roxin, § 25, n. m. 129.

41 ROXIN, GA, 1963, p. 206.

Organisationen”) y las otras⁴². Sin embargo, el propio Roxin no se dedicó a ese desarrollo y si lo hubiera hecho probablemente se le criticaría por utilizar su concepción “abierto” del dominio del hecho⁴³, puesto que, según este, la teoría del dominio de la organización y el concepto de organización que le subyace solo pueden concretarse teniendo en cuenta las particularidades relevantes del caso concreto⁴⁴. Ahora bien, no se puede negar que la falta de precisión del concepto de organización conduce a una incertidumbre considerable justo en los casos en los que, como en el de Fujimori, el aparato de poder ejecutante (*tatausführende Machtapparat*) consta solamente de un número determinado de ejecutores o se trata, como en el caso *Katanga*, de una organización militar no estatal (con más detalle en el apartado III)⁴⁵. Por eso ya anteriormente he propuesto, con el fin de alcanzar mayor grado de concreción, una distinción entre aparatos de poder organizados estatales y no estatales⁴⁶, dentro de estos últimos he diferenciado entre un aparato de poder formal y un grupo informal, y solamente he considerado posible un dominio de la organización en el caso de una organización jerárquicamente estructurada con un número suficientemente elevado de ejecutores fungibles⁴⁷. Del mismo modo, otros autores consideran que en caso de que se trate de una organización criminal no estatal, en el

42 *Ibid.* (“La delimitación todavía se debe realizar [...] no es posible aquí”).

43 P. ej., ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., 2019, p. 279 (como “concepto abierto”) [versión en español, p. 245-246]; ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25, n. m. 27 (como “principio rector”).

44 Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT*, II, § 25, n. m. 119, en donde él también advierte que no se trata de “una solución ideal”, sino solamente de “un modelo”, “cuyos elementos constitutivos deben ser verificados en el caso concreto en la realidad”.

45 Crítica de HERZBERG, en *ZIS*, 2009, p. 577, columna derecha; en español: en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 15 ss., por lo que la delimitación “acerca del número, tiempo y dimensión” queda a discrecionalidad judicial.

46 AMBOS, GA, 1998, p. 235 ss.

47 *Ibid.*, p. 240 ss.

sentido aquí relevante⁴⁸, siguiendo los criterios desarrollados para los aparatos ilícitos estatales solo es posible un dominio de la organización para organizaciones delictivas estatales estructuradas jerárquicamente y suficientemente grandes con ejecución cuasi-automática de órdenes⁴⁹—a diferencia de las simples bandas criminales comunes y sin organización—, sin tan siquiera discutir de cerca el concepto de organización⁵⁰. De hecho, la teoría dominante desarrolla el concepto de organización en función de la concepción

- 48 Numerosos autores se ocupan a *limine* solo de organizaciones estatales y empresas, por ejemplo SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, 2004, p. 26, p. 281 ss., p. 332, quien limita su estudio al Estado y a la empresa como organización jerárquica lineal con estructura interna formalizada. Asimismo, por ejemplo, LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, 2000, p. 73 ss., p. 108 ss. Otros se limitan a la organización criminal no estatal en la criminalidad organizada, por ejemplo, BOLEA, *Autoría mediata en derecho penal*, 2000, p. 338, así como los autores mencionados en la siguiente nota al pie.
- 49 Cfr., p. ej., VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 312 ss. (p. 312: "Los aparatos de poder organizados no estatales no funcionan de manera diferente al modelo estatal" / "[N]ichtstaatliche organisatorische Machtapparate funktionieren nicht anders als ihr staatliches Vorbild"; resaltado, sin cursiva, en el original); HEINRICH, *supra* nota 20, p. 283 ss. (p. 283: "figura criminal con estructura organizativa análoga a la mafiosa" / "kriminelle Gebilde mit mafiaähnlichen Organisationsstrukturen"; p. 284: paralelo al aparato de injusto estatal en la medida en que "típicamente existe por un lado la expectativa y por el otro la disposición, de articularse de tal modo que los subordinados jerárquicos ejecuten acriticamente los encargos impartidos"; p. 285: "disposición a priori para el cumplimiento de las órdenes" / "prinzipielle Bereitschaft zur Erledigung von Anordnungen"); URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 99 ss. (con respecto a la criminalidad organizada "y sus relaciones comparables con el Estado" [p. 99] y "cierto grado de organización" [p. 101], en relación con las organizaciones terroristas "equiparable con injustos estatales" [p. 103]); también FARALDO, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, 2003, p. 238 ss. (p. 301 ss.). MOROZINS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 64 ss., p. 331 ss., menciona, ciertamente, a las organizaciones criminales no estatales pero las equipara con organizaciones estatales en el marco de sus presupuestos del dominio de la organización ("fungibilidad al margen del derecho", cumplimiento automático de las órdenes, p. 332).
- 50 Solo VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, cit., p. 308 ss., y FARALDO, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p. 195 ss., tratan sistemáticamente a los "aparatos de poder organizados"; igualmente,

de Roxin del aparato de poder estatal, pero vale la pena preguntarse si con tal visión estatocéntrica pueden tenerse en cuenta adecuadamente organizaciones criminales no estatales modernas que actúan además con frecuencia en el marco de conflictos asimétricos⁵¹.

III

En este sentido, ¿qué se extrae de las sentencias de la Corte Suprema del Perú y de la CPI? En el proceso contra Fujimori se trató de actos de un comando militar especial denominado "Grupo Colina"⁵², el cual estaba conformado por 38 integrantes⁵³. El Grupo Colina se integraba en el Servicio de Inteligencia del Ejército (SIE), que a su vez se encontraba subordinado a la Dirección de Inteligencia del Ejército

- ensede de principios, URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 159 ss., quien acierta en la "naturaleza estructural del colectivo".
- 51 Estos se caracterizan por el hecho de que los particulares participantes (*de facto* combatientes irregulares) no se atienen al Derecho internacional humanitario, especialmente al principio de distinción, y de este modo no pueden reconocerse por los combatientes contrarios (acerca de la terminología, véanse comentarios de AMBOS, antes de los párrafos §§ 8-12 VStGB, n. m. 39 ss.; HERDEGEN, *Völkerrecht*, 9.ª ed., 2010, § 56, n. m. 21).
- 52 Acerca de Colina en la sentencia contra Fujimori, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, sentencia del 7 de abril de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle; confirmada por la Corte Suprema, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio, cuestiones de hecho n.º 83 ss., 181 ss., así como para. 324 ss. Cfr. también Corte Interamericana de Derechos Humanos, *La Cantuta v. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006 (Series C No. 162), para. 80 (citada por AMBOS, en *zis*, 2009, p. 556; en español: "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 45 ss.).
- 53 Sentencia contra Fujimori, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, sentencia del 7 de abril de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle; confirmada por la Corte Suprema, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio, para. 337.

(DINTE), la cual estaba igualmente sujeta a la Jefatura del Estado Mayor del Ejército (JEMGE) que era parte del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas. La DINTE informaba al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), el cual, como parte del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA), coordinaba todas las actividades de inteligencia y estaba dirigido por Vladimiro Montesinos, asesor de Fujimori y persona estrechamente vinculada a él. Bajo la dirección del SIN, el SIE proporcionó apoyo logístico a Colina para la realización de las operaciones especiales, mientras que el DINTE fue el responsable de los planes operativos y de la financiación de Colina⁵⁴. Por tanto, la sentencia contra Fujimori aborda el caso clásico de un dominio de la organización a nivel estatal, pero el verdadero aparato de poder organizado se desarrolla a partir de la mencionada estructura del servicio secreto, en cierto modo como un "Estado dentro del mismo Estado"⁵⁵, e hizo de Colina su órgano ejecutivo militar⁵⁶. Para ser exactos, se trata de varios aparatos de poder organizados: en el nivel

54 Acerca de la estructura y funciones del servicio de inteligencia y de seguridad estatal, véase la sentencia contra Fujimori, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, sentencia del 7 de abril de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle; confirmada por la Corte Suprema, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio, cuestiones de hecho n.º 58 ss., 76 ss., así como para. 275 ss., 301 ss. Cfr. también CARO, "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal", *ZIS*, 2009, p. 585 s.; en español: en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 154 ss.; GARCÍA, en *ZIS*, 2009, 600; el mismo, en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 202; AMBOS, "Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori", *ZIS*, 2009, p. 553.

55 Véase ROXIN, *GA*, 1963, p. 205; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., 2019, p. 278 [versión en español, p. 245]; LK¹¹-Roxin, § 25, n. m. 129, donde, sin embargo, la metáfora se emplea solo para organizaciones criminales no estatales; en tal sentido también HEINRICH, *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, cit., p. 283; FARALDO, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p. 301.

56 Sobre el reconocimiento de un aparato de poder (parcialmente) estatal véase sentencia contra Fujimori, *supra* nota 2, para. 726 ss. (735, 746); además,

superior, el sistema de inteligencia nacional SINA/SIN, en el nivel intermedio, el servicio militar de inteligencia DINTE, y en lo más bajo, en el nivel ejecutivo, el comando homicida Colina. Todos ello se encontraban al servicio del aparato de poder estatal en torno a Fujimori-Montesinos y estaban estructurados jerárquicamente el uno en relación con el otro.

En el proceso de la CPI contra los líderes milicianos Katanga y Ngudjolo Chui se aborda la imputación de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra que fueron cometidos en febrero de 2003, en un ataque conjunto de ambos grupos milicianos por miembros de las agrupaciones lideradas por dichos procesados, en donde la estructura de mando de ambos grupos estaba estrictamente dividida (por la pertenencia étnica disímil de sus miembros)⁵⁷. No obstante, la Sala de Asuntos Preliminares de la CPI imputó a los procesados –mediante una curiosa combinación de autoría mediata (dominio de la organización) y coautoría como *coautoría mediata* ["mittelbare Mittäterschaft"] ("indirect co-perpetration")⁵⁸– no solo los hechos de los propios subalternos, sino también los de cada uno de los otros, ya que habían intervenido en virtud de un plan común, siempre habían efectuado una contribución fundamental y habían controlado conjuntamente la totalidad del asalto⁵⁹. En cuan-

también, CARO, en *ZIS*, 2009, p. 583 ss.; el mismo, en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 150 ss.

57 Fallo *Katanga, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (icc-01/04-01/07), para. 6, 9, 12, 20 ss. (acusación), 519; resumido en WERLE y BURGHARDT, en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, cit., p. 858 ss.

58 Cfr. WERLE y BURGHARDT, en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, cit., p. 860 ss. con recomendación de la adopción en el Derecho alemán y delimitación de "autoría mediata en complicidad" en casos de actuación de un colectivo criminal (junta militar argentina, Consejo Nacional de Defensa del DDR, gobierno de Al Bashir, etc.).

59 Fallo *Katanga, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (icc-01/04-01/07), para. 33 ss. (acusación), 519 ss., 540 ss. (561).

to a la fundamentación del dominio de la organización, la Sala hace hincapié en la seguridad de la realización "casi automática" de las órdenes que provenían de la cabeza de la organización, por la fungibilidad de los ejecutores⁶⁰, pero igualmente reconoce que la obediencia ("compliance") también puede llegar a obtenerse mediante el control del aparato "a través de regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento", por ejemplo reclutando niños a la fuerza e instruyéndolos, en el marco de tales regímenes, a disparar, saquear, violar y asesinar⁶¹. En este caso, el cumplimiento de las órdenes de los procesados se había asegurado porque sus milicias poseían un número suficientemente grande de combatientes reemplazables⁶²; esto es, con tales milicias se garantiza la "intercambiabilidad de los combatientes de más bajo nivel", de tal manera que una orden que no se cumpliera por un miliciano, de igual forma se ejecutaría por otro integrante⁶³. Por otra parte, el cumplimiento casi automático de la órdenes ("sin hacer preguntas") –en el sentido de la mencionada alternativa a la fungibilidad– también había sido garantizado, porque los soldados eran jóvenes, habían estado sometidos a un régimen de entrenamiento militar brutal y se sentían ligados a su correspondiente grupo étnico⁶⁴. De esta manera, el fallo *Katanga* adapta los criterios de Roxin sobre el dominio de la organización a la estructura particular de aquel grupo miliciano africano, en tanto que observa garantizado el cumplimiento casi

60 Fallo *Katanga, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (icc-01/04-01/07), para. 512 ss. (512: "órdenes [...] con las que generalmente se cumplía"; 513: "cumplimiento de sus órdenes"; 514: "cumplimiento seguro"; 517: "garantizado el cumplimiento").

61 Fallo *Katanga, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (icc-01/04-01/07), para. 518.

62 En el ataque concreto, cerca de 1.000 y 375 (ibíd., para. 545).

63 Ibíd., p. 546.

64 Ibíd., p. 547.

automático de las órdenes no solo a través de la fungibilidad de los milicianos, sino también por su subordinación bajo un régimen de entrenamiento especialmente severo y la integración en una organización caracterizada por vínculos informales, étnicos o de tipo socio-familiar. Esta sentencia también es relevante para la praxis alemana en tanto esta se enfrenta al enjuiciamiento de actos delictivos similares a partir de los parágrafos §§ 129a y 129b del Código Penal alemán (StGB) y los parágrafos §§ 6 y subsiguientes del Código Penal Internacional alemán (VStGB)⁶⁵.

IV

El aparato organizado de poder como "sistema de injusto compuesto"⁶⁶ es –en el sentido de la dicotomía de Lampe⁶⁷– al mismo tiempo parte y motor del "injusto del sistema"⁶⁸. De este modo, se encuentra en el centro de la imputación penal⁶⁹ y "colectiviza" –propiamente en el sentido de la ya reconocida doble imputación (colectiva-individual) del Derecho penal internacional (principio de imputación

65 Véase la orden de detención del juez instructor del Tribunal Federal de Justicia alemán del 17 de junio de 2010 (AK 3/10) en el proceso contra Ignace Murwanashyaka, líder de la organización miliciana de los hutu "Fuerzas Democráticas de Liberación de Ruanda" (FDLR), quien se encuentra domiciliado en Alemania, en donde la imputación individual se sostiene en la responsabilidad de mando con relación al parágrafo § 4 del VStGB (en este sentido, véase NStZ 2010, p. 581).

66 "Compuesto", porque está estructurado de manera anónima y compleja frente al sistema de injusto simple. Cfr. LAMPE, "Systemrecht und Unrechtssystem", ZStW, 1994, p. 693 ss.

67 LAMPE, ZStW, 1994, p. 683; además AMBOS, *supra* nota 11, p. 531 ss. Lampe es seguido ampliamente por MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, p. 111; véase también FARALDO, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, cit., p. 269 ss.

68 LAMPE, ZStW, 1994, p. 702 ss.

69 Véase nota 27 ss. y lo correspondiente al texto principal.

del hecho colectivo: "Zurechnungsprinzip Gesamttat"⁷⁰— la perspectiva clásica individual del Derecho penal⁷¹. El vértice de la organización se sirve de la funcionalidad del aparato para la realización del injusto del sistema⁷²; aquella actúa, a través del aparato, conjuntamente con los autores inmediatos para la consecución del fin organizativo supraindividual al cual se hallan subordinados en última instancia todos los miembros de la organización⁷³. Este escenario se corresponde indubitadamente con el de un sistema de injusto con una parte estatal, como en el caso del servicio de inteligencia peruano con su comando de ejecución Colina. ¿Pero qué sucede cuando se trata de actores no estatales de conflictos armados, como es el caso de las tropas milicianas africanas en el proceso *Katanga*? Aquí también surge la ecuación "injusto del sistema" por medio del "sistema de injusto", porque una milicia africana puede ser considerada como "sistema de injusto compuesto" en el sentido de una asociación criminal⁷⁴ y cometer "injusto del sistema" como injusto de organización en el sentido de los §§ 129, 129a y 129b del StGB⁷⁵. Eso lo ve claramente el juez instructor del Tribunal

70 Fundamentalmente DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 116 ss., p. 120 ss. (p. 124, 125, 127), p. 138 ss., p. 145 ss. (p. 160), p. 250 ss.; VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, 2002, p. 30, p. 218 ss., p. 246 ss., p. 303, p. 397, p. 399; el mismo, "Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?", *ZStW*, 2001, p. 457 (p. 495). Cfr. también AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, p. 553 ss., p. 614; el mismo, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., 2011, § 7, n. m. 11 ss., y 29.

71 En el fondo, similar, SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft*, 2004, quien si bien sostiene una orientación individualista en el ejecutor (p. 109, p. 169 ss., p. 359), aboga por una "colectivización" de la perspectiva mediante una concepción del dominio y la libertad socialmente orientada (p. 201 ss., p. 331 ss., p. 360), según la cual la persona que actúa es vista no solo de una manera puramente individualista, sino en sus referencias sociales (p. 362), y la organización se domina "en virtud del ejercicio social del dominio" (p. 361).

72 MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, p. 116.

73 *Ibid.*, p. 112.

74 Acerca de los subgrupos de la asociación criminal, véase LAMPE, en *ZStW*, 1994, p. 695 ss.

75 *Ibid.*, p. 706 ss.

Supremo de Justicia de la siguiente forma⁷⁶: las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR) es una organización criminal o terrorista en el sentido de los §§ 129 y 129a del StGB; junto a la responsabilidad penal individual clásica (*in casu* en virtud de los §§ 4, 7 y 8 del VStGB) se da también una responsabilidad organizativa colectiva en los miembros de dicha organización. Todo ello muestra que la teoría del dominio de la organización se mueve en la intersección entre la responsabilidad individual y la colectiva. Esta se aproxima a la figura de imputación sistémica de la empresa criminal conjunta (*joint criminal enterprise*) tan relevante en la jurisprudencia penal internacional⁷⁷. En terminología propia del Derecho penal de las organizaciones, en los casos de la teoría clásica del dominio de la organización como autoría mediata individual se trata de una conducta delictiva organizativa en un sentido amplio, a diferencia de la responsabilidad organizativa colectiva como conducta delictiva organizativa en sentido estricto⁷⁸.

Ahora bien, ¿cómo debe ser tal organización criminal no estatal para poder basar la autoría mediata por parte del vértice que la dirige en virtud de un dominio de la organización? En este caso, en primer lugar, la práctica del Derecho penal internacional sobre los conflictos africanos muestra que la macrocriminalidad discurre, a menudo de manera desordenada, por fuera de la organización burocrática⁷⁹ y que la cohesión de los grupos milicianos

76 Véase *supra* nota 65.

77 No puede profundizarse sobre esto aquí, pero requiere de mayores reflexiones. Con más referencias véase AMBOS, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., § 7, n. m. 30 ss.

78 Sobre esta distinción, véase de manera reciente a MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, 2010, p. 25, p. 332, p. 630, p. 644 ss.

79 OSIEL, *supra* nota 4, p. 99; el mismo, en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 112: "episodes of mass atrocity depart conspicuously from the rational orderliness, desanitized precision, and efficiency suggested by the bureaucratic, 'organization man' account" (véase, *ibid.*, p. 110 ss. = p. 122 ss.).

paramilitares, más allá de ser producto de la organización burocrática formal, se basa más bien en factores “débiles” como en la afiliación de origen así como en los vínculos socio-familiares o fácticos⁸⁰. En grupos violentos también es usual el reclutamiento de niños que son sometidos a un adoctrinamiento⁸¹ y a un régimen de entrenamiento especialmente estricto⁸², lo que conduce a una cultura del mando y de la obediencia (ciega)⁸³. Lo decisivo es que el control sobre los ejecutores también se pueda lograr a través de

80 OSIEL, *Making Sense of Mass Atrocity*, cit., p. 104; el mismo, en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 116: “effective fighting force whose members are already united by years of the intimate interaction [...] common tribal affiliation [...] intangible elements of ‘social capital’”.

81 Cfr. ALLEN, *Trial Justice - The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, 2008, p. 42, quien manifiesta que ha sido una “llave estratégica” del grupo ugandés Ejército de Resistencia del Señor (“Lord's Resistance Army”, LRA), “raptar a los jóvenes, incluidos los niños, y educarlos para ser parte de una nueva sociedad”. A parte de eso, indica los planteamientos espirituales de su líder Kony, los cuales dan lugar tanto al “miedo” como también al “respeto por su poder” (p. 42 ss.). AKHAVAN, “The Lord's Resistance Army Case: Uganda's submission of the first State referral to the International Criminal Court”, *Am. J. Int'l L.*, 2005, p. 403 (p. 407), hace hincapié (de igual forma referido al LRA) en el “doble papel de los niños soldados como autores y víctimas” y en la cultura del “mando y control” resultante, así como también en la explotación de “la inocencia y la vulnerabilidad de los niños con el fin de transformarlos en una potente combinación de dócil subordinación y feroces asesinos”.

82 Fallo *Katanga, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, del 30 de septiembre de 2008 (icc-01/04-01/07), o véase también nota 61.

83 Sobre la “espiritualidad” de Kony, el líder del LRA, y el correspondiente seguimiento ciego de sus combatientes, véase TRAYLOR, “Uganda and the ICC: difficulties in bringing the Lord's Resistance Army leadership before the ICC”, *Eyes on the ICC*, 2009-2010, p. 25: “His followers often believe that these spirits allow Kony to watch current and former LRA members and to predict the future. These claims of divine guidance work to effectively insulate Kony against any possible questioning or criticism. For example, when soldiers, many of them children, are ordered to walk directly into oncoming fire during an attack, those who instead seek cover are accused of questioning Kony, and by extension, the ‘Holy Spirit’ itself. Such offenses are often punished by mutilation and/or death. When an individual is killed during combat, it is said that he personally angered the Holy Spirit and thus forfeited protection. Such intimidation results in a group of highly motivated and dedicated followers who are more than willing to carry out Kony's often brutal orders”.

otros medios diferentes a una organización estrictamente jerárquica y muy formal⁸⁴. La estructura anónima y estrictamente jerárquica como paradigma clásico del dominio de la organización en aparatos burocráticos se sustituye en este tipo de organizaciones por elementos estructurales “débiles” informales o, en todo caso, se complementan⁸⁵. Esto no significa la ausencia total de una estructura vertical jerarquizada con una cadena de mando clara, pero sí fundamenta el control de los ejecutores no *primariamente* en la formalidad de una jerarquía (o de otras formalidades), sino más bien en los mencionados factores “débiles”. Tomados en su conjunto, estos factores crean un tipo de autoridad “personal” en torno al líder de las milicias, lo que garantiza el control de la organización y de sus integrantes. Sin embargo, autoridad “personal” no significa necesariamente que el líder conozca personalmente a todos los miembros de su organización o que la ejecución de las órdenes se base en una relación personal estrecha entre estos y el líder. Una “personalización” demasiado fuerte conduciría a que la influencia represiva para la actuación que surge de la cúspide de la organización y que garantiza la ejecución de la orden se debilitara de tal modo que desaparecieran los controles basados en la relación de subordinación entre la cúpula de la organización y sus miembros⁸⁶. Roxin ya reconoció esto

84 OSIEL, *Making Sense of Mass Atrocity*, cit., p. 114; el mismo, en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, cit., p. 125: “sufficient control [...] may arise by means other than a highly formal, rigidly hierarchical organisation”.

85 Con dudas acerca de la exigencia de una jerarquía, cfr. MEINI, EN ZIS, 2009, 604 s.; el mismo, EN AMBOS Y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, cit., p. 217 ss.

86 Cfr. URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 159 ss., p. 263 ss., quien, junto a la existencia de un aparato de poder que trabaja acorde al principio de mando (con más detalle, p. 161 ss.: delimitación de las áreas de competencias y actividades, en un flujo de información vertical), con un tamaño mínimo determinado y con una desvinculación delictiva específica del derecho, coloca ante todo el “modo de obrar represivo del sistema por

en 1963, cuando hizo hincapié en que la unión de “media docena de elementos asociales” no constituye todavía un “aparato de poder”, puesto que la “comunidad se basa en las relaciones individuales de los participantes entre sí y no tiene aquella continuidad que le es independiente al cambio de los miembros” y que es presupuesto del dominio de la organización⁸⁷. En todo caso, la organización tiene que estar estructurada jerárquicamente y debe ser grande, de tal manera que la influencia represiva para la actuación que parte del vértice de la organización pueda ser transmitida de manera anónima a todos los miembros (tanto los conocidos personalmente como los que no) con la firmeza suficiente.

V

Cuando la organización se coloca en el centro de la imputación penal, entonces surge una nueva luz sobre la cuestión que hasta el momento se había dejado de lado, esto es, sobre la posición y el control mínimos necesarios para un dominio de la organización dentro de la jerarquía de mando. En este sentido, Roxin ha ampliado “sin reparos” el dominio del hecho a cualquiera que “en un aparato organizado esté conectado a cualquier posición de tal manera que pueda impartir órdenes a personas subalternas”. Así, lo decisivo radica en “que pueda dirigir la parte de la organización que

medio de la producción de una presión (latente) sobre la acción y/o el adoctrinamiento de una ideología determinada” (véase también p. 159: “presión sobre la acción que proviene de lo interno de la organización”; p. 198: “modo de obrar represivamente orientado del aparato”). Cuando se carece de un tamaño mínimo existe una relación personal estrecha entre el vértice de la organización y los subordinados que debilita demasiado la presión que se produce en el marco de la relación de subordinación jerárquica, por lo que en grupos delictivos pequeños (bandas, así como la mayoría de organizaciones terroristas) habría que rechazar la idea de un dominio por organización (p. 164, p. 177 ss.).

87 ROXIN, GA, 1963, p. 206.

se encuentra bajo su subordinación”⁸⁸ y que sus órdenes se puedan transmitir con “mando autónomo”⁸⁹. Por el contrario, yo he defendido la postura de que solamente el vértice de la organización puede ejercer “un dominio absoluto” por medio de y sobre el aparato organizado. Por consiguiente, que “el dominio de la organización podrá fundamentarse sin duda alguna solo respecto de aquellos hombres de atrás del Estado cuyo poder de mando y cuyas órdenes no pueden sin más ser retiradas o anuladas, esto es, respecto de aquellos que en este sentido dominan y gobiernan” *sin perturbación alguna*⁹⁰. La sentencia contra Fujimori también sigue a Roxin en esta cuestión⁹¹. Asimismo, la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión sigue a Roxin en lo esencial y justifica el dominio de la organización de un autor perteneciente a la jerarquía media de mando, como en el caso *Eichmann*, en su propio espacio de decisión⁹². Sin

88 ROXIN, GA, 1963, p. 203; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.^a ed., 2019, p. 275-276 [versión en español, p. 243].

89 Cfr. anteriormente ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.^a ed., 1994, p. 654. Cfr. ahora en el mismo sentido ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.^a ed., 2019, p. 275 s. [versión en español, p. 243].

90 AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, p. 603 s. (resaltado en el original). Ya en GA, 1998, p. 238, no quise ir “más allá del funcionario de mando medio al estilo Eichmann”; en este sentido, URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 169.

91 Sentencia contra Fujimori, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, sentencia del 7 de abril de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/noticias/noticias.asp?codigo=10410&opcion=detalle; confirmada por la Corte Suprema, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia del 30 de diciembre de 2009, disponible en: www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=inicio, para. 731, n.º 3: “Por tanto, todo aquél que en atención a su jerarquía pone en funcionamiento la maquinaria del aparato de poder organizado para la comisión del delito deberá responder siempre como autor mediato”, y n.º 4: “todo aquél que se encuentra en una posición específica privilegiada con capacidad de impartir órdenes responderá a título de autor mediato, pues sus disposiciones permitirán que la estructura criminal siga activa”.

92 Cfr. URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 167 s., p. 169; también LANGNEFF, *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, 2000, p. 98 ss.; FARALDO, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*,

embargo, no se explica cómo tal espacio de decisión, que puede referirse a la *parte* de la organización administrada autónomamente por el sujeto en cuestión que transmite la orden, puede ser capaz de conducir a un dominio sobre la organización *por completo*. Cuando, en cambio, se coloca a esto último en el centro de la imputación penal y se comprende el dominio de la organización como dominio sobre o a través de la organización (en su conjunto), un dominio parcial como en la relación que se da entre los destinatarios de las órdenes y los que las emiten en las posiciones intermedias no puede ser suficiente para la fundamentación del dominio de la organización⁹³. Los intervinientes con "dominio parcial" en la macrocriminalidad que a la vez reciben e imparten órdenes son (en todo caso) coautores. El eventual déficit de equiparación de rango con relación a los destinatarios de sus órdenes (quienes podrán ser autores directos) debe verse como su déficit de dominio frente a la cúspide de la organización dado que ello es lo que impide en última instancia su dominio (total) de la organización⁹⁴. Únicamente sucederá otra cosa, esto es, un dominio de la organización de estas personas en el sentido aquí establecido (sobre la organización en conjunto) si lo

cit., p. 203 ss. (explícitamente contra mi opinión "restrictiva extrema"). Erróneamente, MEINI, *El dominio de la organización en derecho penal*, 2008, quien por una parte concede también "dominio sobre la organización" a personas por debajo del vértice de la organización, si ellas controlan solamente una parte de la maquinaria situada por debajo de su poder (p. 114), pero por otra parte exige que estas personas puedan "aprovecharse del funcionamiento del aparato", porque el dominio de la organización presupone "que realmente exista dominio sobre el aparato" (p. 118 ss.).

93 Cfr. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate: an der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, cit., p. 239 ("dominio de la organización sobre el aparato [...] únicamente [...] dirección"; resaltado en el original). Acertadamente también MOROZINIS, *Dogmatik der Organisationsdelikte*, cit., p. 319 con nota al pie 1670, cuando está de acuerdo con mi posición bajo el presupuesto de un "principio de imputación del hecho colectivo" ("*Zurechnungsprinzip Gesamtta*").

94 Cfr. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, p. 606.

relacionamos con un sistema criminal complejo dentro del cual varias sub-organizaciones u organizaciones subordinadas intervienen de manera independiente y que, por lo tanto, también pueden ser dominadas autónomamente. A modo de ejemplo, Fujimori y su asesor Montesinos controlaban en su totalidad el aparato de inteligencia del SINA/SIN hasta el nivel inferior, esto es, el comando homicida Colina; si bien el servicio de inteligencia y el Grupo Colina propiamente eran controlados de manera directa por otras personas, quienes, no obstante, eran responsables en última instancia de Fujimori. Si, en un escenario semejante, se identifica a una sub-organización del sistema en conjunto como un aparato de poder organizado independiente que se encuentra fácticamente organizado de manera jerárquica y es lo suficientemente grande, sería posible entonces una autoría mediata por parte de los directores de ese aparato de poder.

VI

Este breve estudio ha demostrado que el concepto de organización de la teoría del dominio de la organización, con relación a los grupos paramilitares no estatales en conflictos armados, tiene que continuar ampliándose y desarrollándose más allá de su comprensión inicial burocrático-estatal formal. El dominio de dichos grupos y de sus integrantes se basa por regla general en factores "débiles" informales que resultan de aquel entorno y actuar socio-cultural. Esta conclusión elemental conduce nuevamente a la cuestión fundamental de si el modelo de imputación colectiva-individual del Derecho penal internacional⁹⁵ no exige liberar (*Herauslösung*) a la teoría del dominio de la organización del modelo de

95 Véase nota 70 y el texto principal al respecto.

imputación individualista de la autoría mediata⁹⁶. A favor de ello habla el rol central que le corresponde a la organización, como parte y motor del injusto de sistema⁹⁷, como punto de referencia para la imputación. Ello solo puede tenerse en cuenta adecuadamente reconociéndose un "Derecho penal de la organización cumulativo" que *complemente* al Derecho penal individual⁹⁸.

Corresponde a Claus Roxin el mérito de haber generado esta y muchas otras reflexiones para una adecuada comprensión de la conducta macrocriminal desde el punto de vista jurídico penal individual. Él continúa defendiendo su teoría hasta el día de hoy, asumiendo los agotadores esfuerzos personales que ello requiere⁹⁹. Por ello es merecedor de un gran respeto y solamente se le puede desear al Derecho penal (internacional) que Claus Roxin con sus aportes nos siga acompañando activamente durante mucho tiempo. *Ad multos annos!*

JURISPRUDENCIA UTILIZADA

Tribunal, Sala y Fecha	Referencia	Partes
Corte Penal Internacional	(icc-01/04-01/06)	<i>Prosecutor v. Lubanga</i>

⁹⁶ Sobre su autonomía, véase AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2004, p. 615; el mismo, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., 2011, § 7, n. m. 28; cfr. también a VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate: an der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, cit., p. 398.

⁹⁷ Véase *supra* nota 68 y el texto principal al respecto.

⁹⁸ VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate: an der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, cit., p. 397. Para un desarrollo posterior de la tesis de Vest véase ahora su nuevo libro *Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, 2011, que apareció después de haber terminado este artículo.

⁹⁹ Recientemente (octubre de 2010), en una gran conferencia sobre autoría mediata en Bogotá donde discutió activamente las objeciones vertidas en contra de su teoría.

Tribunal, Sala y Fecha	Referencia	Partes
Corte Penal Internacional	(icc-01/04-01/07).	<i>Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui</i>
Corte Penal Internacional	(icc-01/05-01/08)	<i>Prosecutor v. Bemba</i>
Corte Penal Internacional	(icc-02/05-01/09)	<i>Prosecutor v. Al Bashir</i>
Corte Interamericana de Derechos Humanos	29/11/2006	<i>La Cantuta v. Perú</i>
Tribunal de la provincia de Tucumán en Argentina	23/08/2010 registro N. 6 - F. 07/209	-
Corte Suprema de Justicia de la República del Perú	7/04/2009	www.pj.gob.pe
Corte Suprema, Primera Sala Penal Transitoria	30/12/2009	www.pj.gob.pe
(BGHst)	40, 218	-
(BGHst)	40, 307	-
(BGHst)	45, 270	-

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

AKHAVAN, Payam. "The Lord's Resistance Army Case: Uganda's submission of the first State referral to the International Criminal Court", *Am. J. Int'l L.*, 99/2005, p. 403 ss.

ALLEN, Tim. *Trial Justice: The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army*, Londres, Zed Books, 2008.

AMBOS, Kai. *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

AMBOS, Kai. "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate: eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze", *GA* 145/1998, p. 226 ss.

- AMBOS, Kai. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 2004.
- AMBOS, Kai. *La parte general del derecho penal internacional*, Ezequiel Malarino (trad.), Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Temis y Duncker & Humblot, 2005.
- AMBOS, Kai. "Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori", *ZIS* 11/2009, p. 552 ss.
- AMBOS, Kai. "Vorbemerkung zu §§ 8 ff. VStGB", en JOECKS y MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, n.º 6, III VStGB, 2009, p. 620 ss.
- AMBOS, Kai. "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex-presidente peruano Alberto Fujimori", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori* Diego Tarapués (trad.), Lima, Ara, 2010.
- AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., München, Beck, 2011.
- BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal", *ZIS* 11/2009, p. 581 ss.
- CARO CORIA, Dino Carlos. "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Lima, Ara, 2010.
- DENCKER, Friedrich. *Kausalität und Gesamttat*, Berlín, Duncker & Humblot, 1996.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

- GARCÍA CAVERO, Percy. "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori", *ZIS* 11/2009, p. 596 ss.
- GARCÍA CAVERO, Percy. "La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Lima, Ara, 2010.
- GERTH, Hans Heinrich y MILLS, Charles Wright. *From Max Weber: Essays in Sociology*, Nueva York, Oxford University Press, 1946.
- HEINRICH, Manfred. *Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft*, München, Beck, 2002.
- HEINRICH, Manfred. "'Zur Frage der mittelbaren Täterschaft kraft Ausnutzung hierarchischer Organisationsstrukturen bei Wirtschaftsunternehmen'", en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.), *Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli, 2010*, Stuttgart, Kohlhammer, 2010.
- HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht*, 9.ª ed., München, Beck, 2010.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim, Pro-Universitate, 2000.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. "Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates", *ZIS* 11/2009, p. 576 ss.
- HERZBERG, Rolf Dietrich. "La sentencia *Fujimori*: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder" en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Raúl Pariona (trad.), Lima, Ara, 2010.
- JAKOBS, Günther. "Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori", *ZIS* 11/2009, p. 572 ss.

- JAKOBS, Günther. "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori" en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Miguel Polaino (trad.), Lima, Ara, 2010.
- JESSBERGER, Florian y GENEUSS, Julia. "On the application of a theory of indirect perpetration in Al Bashir: German doctrine at The Hague?", *Journal of Int. Criminal Justice* 8/2008, p. 853 ss.
- LAMPE, Ernst-Joachim. "Systemunrecht und Unrechtssystem", *ZStW* 106/1994, p. 683 ss.
- LANGNEFF, Katja. *Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern innerhalb von Organisationsstrukturen bei vollverantwortlich handelndem Werkzeug*, Aachen, Shaker, 2000.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. *Responsabilidad penal del empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2003.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. *El dominio de la organización en derecho penal*, Lima, Palestra, 2008.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. "El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 07 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema", *ZIS* 11/2009, p. 603 ss.
- MEINI MÉNDEZ, Iván. "El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 07 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001)", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Lima, Ara, 2010.
- MOROZINIS, Ioannis. *Dogmatik der Organisationsdelikte*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010.
- OSIEL, Mark. *Making sense of mass atrocity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- OSIEL, Mark. "Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder", en SMEULERS (ed.), *Collective Violence and*

- International Criminal Justice: An Interdisciplinary Approach*, Antwerpen, Intersentia, 2010.
- PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Lima, Grijley, 2009.
- PARIONA ARANA, Raúl. "La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori", *ZIS* 11/2009, p. 609 ss.
- PARIONA ARANA, Raúl. "La autoría mediata por organización en la sentencia contra Fujimori", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Lima, Ara, 2010.
- ROTSCH, Thomas. "Zur Hypertrophie des Rechts Plädoyer für eine Annäherung von Wissenschaft und Praxis", *ZIS* 1/2008, p. 1 ss.
- ROTSCH, Thomas. "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft: zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- ROTSCH, Thomas. "Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus", *ZIS* 11/2009, p. 549 ss.
- ROTSCH, Thomas. "De Eichmann hasta Fujimori. Sobre la recepción del dominio de la organización después de la sentencia de la Sala Penal especial de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, M. Cecilia Dómine (trad.), Lima, Ara, 2010.
- ROXIN, Claus. *Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate*, GA/1963, p. 193 ss.
- ROXIN, Claus. "Kommentierung der §§ 25 ff. StGB", en JÄHNKE, LAUFHÜTTE y ODERSKY (eds.), *LK StGB*, 11.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1993.
- ROXIN, Claus. "Anmerkung zu BGH v. 26.7.1994, Az. 5 StR 98/94", *JZ* /1995, p. 49 ss.

- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*, Luzón, Díaz y García y de Vicente Remesal (trads.), Madrid, Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. "Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität", en SAMSON, DENCKER, FRISCH, FRISTER y REISS (eds.), *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Cuello y Serrano (trads.), trad. de la 9.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2016.
- ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2019.
- ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 2006.
- ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1994.
- ROXIN, Claus. "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", en HOYER, MÜLLER, PAWLIK y WOLTER (eds.), *Festschrift für Schroeder*, Heidelberg, C.F. Müller, 2006.
- ROXIN, Claus. "Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit", *ZIS* 7/2006, 2006, p. 293 ss.
- ROXIN, Claus. "Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft", *ZStR* 125/2007, p. 1 ss.
- ROXIN, Claus. "Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru", *ZIS* 11/2009, p. 565 ss.
- ROXIN, Claus. "Apuntes sobre la sentencia *Fujimori* de la Corte Suprema del Perú", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Raúl Pariona (trad.), Lima, Ara, 2010.
- ROXIN, Claus. "Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft" en AMELUNG, GÜNTHER y KÜHNE (eds.),

- Festschrift für Volker Krey. Zum 70. Geburtstag am 9. Juli, 2010*, Stuttgart, Kohlhammer, 2010.
- SCHLÖSSER, Jan. *Soziale Tatherrschaft: ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten*, Berlín, Duncker & Humblot, 2004.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. *Der Täter hinter dem Täter: ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1965.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Tatbereitschaft gegen Fungibilität", *ZIS* 11/2009, p. 569 ss.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Disposición al hecho versus fungibilidad", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Meini (trad.), Lima, Ara, 2010.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian. "Der Täter", *JR* 1995, p. 177 ss.
- TRAYLOR, Adrian. "Uganda and the ICC: Difficulties in Bringing the Lord's Resistance Army Leadership before the ICC", *Eyes on the ICC*, vol. 6, n.º 1, 2010, p. 23 ss.
- URBAN, Carolin. *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft: eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen*, Göttingen, V & R Unipress, 2004.
- VAN DER WILT, Harmen. "On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori", *ZIS* 11/2009, p. 615 ss.
- VAN DER WILT, Harmen. "Sobre la comisión funcional en el derecho penal neerlandés. Algunas reflexiones a partir del caso contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori", en AMBOS y MEINI (eds.), *La autoría mediata: el caso Fujimori*, Meini y Revilla (trad.), Lima, Ara, 2010.

VEST, Hans. "Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?", *ZStW* 113/2001, p. 457 ss.

VEST, Hans. *Genozid durch organisatorische Machtapparate: an der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2002.

WEBER, Max. "Wirtschaft und Gesellschaft", en WEBER, ALTMAN y ALBRECHT (eds.), *Grundriß der Sozialökonomik*, t. 3, Tübingen, Mohr, 1922.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, Medina, Roura, Imaz, García y Ferrater (trads.), México D.F., FCE, 1964.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft (Studienausgabe)*, Tübingen, Mohr, 2009.

WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris. "Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht", en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2010.

AUTORÍA MEDIATA E INDUCCIÓN EN LAS ORGANIZACIONES FORMALES*

ROLF D. HERZBERG

INTRODUCCIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL FEDERAL
EN EL CASO *KEBLER-STRELETZ*

Con la asignación de este tema, el organizador de nuestro simposio plantea la cuestión de la "autoría mediata en virtud del dominio de un aparato organizado de poder". El primer impulso lo dio la sentencia del Tribunal Federal en el caso *Kessler-Streletz* (BGHst 40, 218), pues aquella se basa en la figura jurídica desarrollada por Roxin y la Sala anuncia que recurrirá a esa figura en el futuro también para juzgar la criminalidad ordinaria. En efecto, en los fundamentos se indica: "Una autoría mediata concebida en estos términos [...] entrará también en consideración en casos de crimen organizado de forma semejante a la mafia, casos en los que la distancia espacial, temporal y jerárquica entre la cumbre de la organización, responsable por los mandatos, y el que

* Edición original: "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen", en Knut AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universität, Sinzheim, 2000. Traducción de Nuria Pastor Muñoz, doctora en Derecho y profesora agregada de Derecho Penal en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona, España).