

**RECENSIÓN A GIULIA LANZA,
*INDIRECT PERPETRATION AND
ORGANISATIONSHERRSCHAFTSLEHRE.
AN ANALYSIS OF ARTICLE 25 (3) OF THE
ROME STATUTE IN LIGHT OF THE GERMAN
DIFFERENTIATED AND ITALIAN UNITARIAN
MODELS OF PARTICIPATION IN A CRIME,
DUNCKER & HUMBLOT (BERLÍN), 2021,
286 PÁGS.***

Ana M. Garrocho Salcedo

Profesora de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid

El grado de complejidad de cualquier labor humana suele ser directamente proporcional al número de individuos que deben implicarse en dicha actividad. Cuanto más compleja es la tarea, más personas suelen necesitarse, aglutinándose bajo una organización o una asociación. Trasladada esta reflexión al ámbito del Derecho penal es innegable que la comisión de crímenes a gran escala —como lo son los crímenes internacionales— requiere la implicación de múltiples personas en esa empresa delictiva, que deberán actuar de forma organizada, y que contarán con unos mandos o directivos que los dirigen y organizan bajo un propósito común. Esta singular fenomenología de los crímenes internacionales fue evidenciada en los procesos penales internacionales de Núremberg y Tokio, y generó, algún tiempo después, intensas reflexiones académicas sobre el modo de atribución de la responsabilidad penal individual en esos contextos de macrocriminalidad, tanto en el ámbito jurídico, como en otras ramas de las ciencias sociales. A día de hoy, sigue suscitando debate el modo en que debe articularse la imputación de crímenes internacionales a los dirigentes de ciertas organizaciones.

En el ámbito del Derecho penal continental, y tras el juicio a Adolf Eichmann en Jerusalén, le debemos a Claus Roxin la poderosa intuición

de la posible existencia de una forma de autoría desvinculada de la ejecución de propia mano del hecho, cuando se trata de determinar la responsabilidad penal de los dirigentes por la comisión de ciertos delitos acaecidos en los *aparatos organizados de poder* que ellos lideraban. Gracias a su teoría, Roxin evidenció las aporías valorativas que conllevaba la teoría de la intervención delictiva imperante en Alemania en los años 60, que consideraba inductor (partícipe accesorio) al dirigente situado al frente de un grupo estatal organizado, que operaba de forma jerárquica. Dichas reflexiones fueron publicadas en su monumental obra «*Täterschaft und Tatherrschaft*» en 1963, que cuenta, a día de hoy, con diez ediciones posteriores, publicándose la última en el año 2019.

El libro objeto de esta recensión recoge los resultados de la tesis doctoral defendida en 2018 por la Dra. Giulia Lanza en la Universidad Georg-August Universität Göttingen en cotutela con la Universidad de Verona, y dirigida por los profesores Kai Ambos y Lorenzo Picotti.

La monografía aborda, en primer lugar, la problemática general de la autoría mediata con instrumento responsable a partir de la teoría del dominio de la organización (*Organisationsherrschaftslehre*) de Claus Roxin (Sección B). Tras ello la autora analiza minuciosamente su implementación y posterior desarrollo por la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (Sección C), cuando ésta interpreta la comisión del hecho «por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable» (Art. 25.3 a) ECPI), para posteriormente presentar la jurisprudencia doméstica (Alemania, Perú, Colombia, Argentina y Chile) que ha aplicado la teoría del dominio de la organización a nivel nacional (Sección D).

En la última parte del trabajo (Sección E), Lanza presenta la triple estrategia del ordenamiento punitivo italiano para abordar el fenómeno de la criminalidad en aparatos organizados de poder, que por otro lado coincide con la de otros ordenamientos penales nacionales. Dicha triple estrategia consiste en diferenciar tres niveles de reproche diferenciados. Por un lado, la autora incide en el tratamiento que, a partir del modelo unitario de autor, consagrado en el art. 110 CP italiano, han dispensado los tribunales penales italianos a los dirigentes de grupos mafiosos y terroristas en los *anni di piombi* para imputar los delitos cometidos bajo su mando. Junto a ello, la autora resalta también la interesante vía adicional de castigar los delitos de dirección o promoción de una organización criminal como *injusto organizativo* autónomo en contextos de aparatos organizados de poder, donde debe distinguirse entre la sanción de los meros *miembros* de la de los *directores* de la organización (arts. 416 y 416 bis CP italiano). Y finalmente Lanza presenta la posibilidad del CP italiano de agravar la pena, ya sea por la concurrencia de más de cinco personas en el hecho delictivo (art. 112.1), ya sea en virtud de la posición de promotor o director del hecho delictivo en supuestos de codelincuencia (art. 112.2), como herramientas punitivas de refuerzo ante el fenómeno de la criminalidad organizada en contextos de crímenes internacionales.

El trabajo es, pues, una valiosa herramienta para conocer, de un lado, los múltiples casos en los que se ha aplicado la teoría de Roxin, tanto por la CPI, como por otros tribunales penales nacionales, con las oportunas matizaciones con respecto a la teoría original. Y además examina y presenta de forma ordenada las vías exploradas en Italia para imputar los crímenes, a título de partícipes morales, a los líderes de organizaciones terroristas, líderes de la mafia, o los efectuados en contextos macrocriminales de dictaduras militares en Latinoamérica, con independencia de su sanción por los *reati associativi* cometidos por parte de los dirigentes de dichas organizaciones criminales.

El libro comienza exponiendo el planteamiento inicial de Roxin, donde se distinguen tres manifestaciones de dominio del hecho que definen la autoría en sus diversas modalidades: el dominio de la *acción*, el dominio *funcional* del hecho y el dominio de la *voluntad*. Es, precisamente, en el seno del dominio de la voluntad donde Roxin sitúa una nueva forma de autoría, autónoma de la autoría mediata clásica en la que media un error, coacción o un déficit de imputación objetiva o subjetiva del instrumento. Dicha «nueva» forma de autoría mediata se caracteriza por la existencia de un control de la voluntad del dirigente sobre los miembros de dichas estructuras de poder organizadas (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machapparate*). De ese modo, quien se sitúa en la cúspide del aparato organizado de poder, es autor del delito ejecutado por sus inferiores, quienes, a su vez, son también penalmente *responsables* como autores directos. El concepto de autoría se amplía o se normativiza así, atendiendo especialmente al control que la persona de atrás (*Hintermann*) ostenta sobre la organización en la que se insertan los ejecutores materiales del hecho, subordinados a la voluntad del dirigente.

Como es sabido, la noción de autoría mediata en aparatos organizados de poder que propugna Roxin descansa en tres notas esenciales que la dotan de singularidad. Así pues, se requiere la existencia de un «aparato de poder organizado» dirigido por el autor mediato a través de relaciones jerárquicas con sus miembros. La organización es el instrumento a través del cual el autor mediato comete los delitos dirigiendo y organizando su actividad (p. 35). Dicho «aparato organizado» debe tener ciertos rasgos: 1º) debe ordenarse de forma jerárquica, donde la organización debe estar a merced del autor mediato; 2º) el aparato debe funcionar al margen del ordenamiento jurídico, así sea parcialmente en un segmento de su actividad en cuyo seno se cometan los delitos; y 3º) debe contar ciertas dimensiones para poder proveer un número suficiente de individuos intercambiables o fungibles que aseguren su funcionamiento automático. En 2006 Roxin incluyó una cuarta nota a su teoría que consistía en la elevada predisposición de los miembros de la organización a la comisión del hecho delictivo, y que provenía, a su vez, de la propuesta efectuada F. Ch. Schroeder en 1965. No obstante, en versiones posteriores, concretamente en la de 2019, Roxin ha diluido este rasgo relativo a la elevada predisposición a cometer el hecho con los demás criterios

definitorios de su teoría, aunque lo mantiene como una forma de resaltar el control que el *Hintermann* mantiene sobre la estructura organizada.

Como bien destaca Lanza, el poder de mando ejercido por el autor mediato aumenta la disposición de los ejecutores a cometer el hecho, ya que ellos podrían estar más dispuestos a ejecutar la orden, por ejemplo, por miedo a perder su lugar dentro de la organización, o por temor a ser marginados por otros miembros en caso de negarse a actuar (p. 48). En realidad, me parece claro que es precisamente el control sobre el aparato, dirigido de forma jerárquica, el dato definitivo para consolidar una imputación a título de autoría del dirigente respecto a hechos cometidos por sus subordinados, al margen, por tanto, de la presunta *desvinculación del ordenamiento* del aparato o de la *fungibilidad* de los miembros, que son rasgos definitorios de la existencia de una organización criminal y, por consiguiente, de los delitos de organización *stricto sensu*, más que notas definitorias de la autoría como forma de imputación de la máxima gravedad. En tal sentido, puede convenirse con Lanza que la teoría del dominio de la organización de Roxin es un valioso punto de partida, aunque no cierra el debate de la atribución de la responsabilidad en estos contextos interpretando lo dispuesto en el art. 25.3 a) ECPI (p. 149).

Tras explicitar la propuesta por Roxin, la autora repasa sumariamente las principales críticas vertidas sobre ese modelo por parte de la doctrina alemana (pp. 50 y ss.), y perfila las alternativas de quienes —como Jakobs, Frister, o Jescheck/Weigend— abogan por considerar que el dirigente de la organización, es, sin embargo, un coautor, o, quienes sostienen, por el contrario, que en estos casos se trata de una forma de participación accesoria, propia de la inducción, como Renzikowski, Herzberg o Rotsch. A este respecto, Lanza opone con razón que las posiciones que abogan por la inducción no atienden adecuadamente a la existencia de la *cadena de mando* que caracteriza esos escenarios macrocriminales, ni la responsabilidad, claramente principal, de los dirigentes de dichos aparatos (p. 54).

Después de ello, la autora se adentra en la jurisprudencia de la CPI, que aplica la *teoría del dominio de la organización* para interpretar el art. 25.3 a) *in fine* ECPI, que, de forma explícita, contempla la eventualidad de un autor mediato que actúa a través de un instrumento *responsable*. Como era previsible, dicha forma de atribución de la responsabilidad se ha convertido en un instrumento esencial de imputación de los crímenes internacionales en el seno de la CPI, más allá de la *autoría mediata clásica*, en los que se emplean a niños-soldado para cometer los crímenes o donde media error o coacción en el instrumento, que permiten contemplar a los ejecutores como sujetos inocentes o *no responsables*.

Además de informar sobre la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, la Dra. Lanza aborda la teoría general de la intervención delictiva en el ámbito del Estatuto de Roma. Para ello se hace eco de los pronunciamientos mayoritarios de la jurisprudencia de

la CPI, que estiman que el art. 25.3 ECPI contempla un sistema diferenciado entre principales y accesorios, donde la norma presentaría una escala de formas de culpabilidad o responsabilidad (*hierarchy of blameworthiness*) ordenados de mayor a menor importancia. En todo caso, debe tenerse presente la Regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, que determina expresamente que el *grado de intervención en el delito* es uno de los factores que deben atenderse en la determinación judicial de la pena. Como he sostenido en otro lugar (Garrocho, 2016 p. 276), dicha regla no prejuzga en absoluto el tipo de modelo unitario o diferenciador acogido en el ECPI, pues, como es sabido, la determinación de la pena puede admitir igualaciones o gradaciones con independencia del sistema de intervención acogido legalmente. No obstante, parece razonable asumir que las formas más graves de responsabilidad —las de autoría— que se corresponden con la *realización o la imputación* del delito, deben recibir mayor pena que las que adquieren una significación secundaria o accesoria, de quienes son meros facilitadores de un hecho ajeno. La idea de control efectivo del dirigente sobre el aparato de poder, ejercido a través de su poder de mando, emparenta claramente con la idea de competencia o de incumbencia frente al riesgo típico desaprobado, que claramente está vinculado con el concepto de autor.

En cualquier caso, este entendimiento que vincula la teoría de la intervención delictiva con el merecimiento de pena y la determinación de la pena imponible queda desdibujado en los votos particulares del magistrado británico Fulford, y la magistrada belga Van der Wyngaert, emitidos en 2012 en *Lubanga* y *Ngudjolo* respectivamente. Así pues, Fulford rechaza la idea de jerarquía entre las formas de intervención del delito presentes en las letras a-d) del art. 25.3 ECPI en un sentido próximo al *concepto extensivo de autor*, mientras que Van der Wyngaert acepta la posible distinción conceptual entre principales y accesorios, admitiendo, por tanto, la idea de accesoriedad, sin que ello se traduzca en un mayor o menor *quantum de pena*.

La propuesta de Lanza rechaza la idea general adoptada por la doctrina continental dominante (Werle, Jessberger) de que el art. 25.3 ECPI contiene un modelo diferenciado de participación con un sistema de gradación de intervención en el delito a modo de una escala de diferente gravedad (p. 145, *passim*). Para Giulia Lanza dicha norma consagra un modelo unitario funcional (*functional unitarian model*), donde tanto el art. 25 como el art. 28 ECPI (que consagra la responsabilidad del superior por omisión) contemplan una lista de formas de responsabilidad, capaces de reflejar las formas a través de las cuales un individuo puede contribuir a un crimen de competencia de la CPI, donde no hay ninguna jerarquía entre ellas. No obstante, Lanza considera que la teoría del dominio de la organización puede ser un instrumento dogmático útil, que sirve de base a la jurisprudencia de la CPI para interpretar el contenido del art. 25.3 a) ECPI, aunque los rasgos originales pueden ir cambiando o depurándose en función de los casos estudiados, dando

paso a la creación de una teoría de la intervención delictiva autónoma para el moderno Derecho penal internacional. Además, la aplicación de esta forma de autoría vendría a colmar ciertas lagunas de punibilidad en el acervo del Estatuto de Roma, pues este no ha incriminado los delitos de organización criminal de forma autónoma, como sí lo han hecho los ordenamientos nacionales.

Finalmente, en la sección E, la Dra. Lanza presenta el modelo italiano de persecución y castigo de los líderes de organizaciones mafiosas y terroristas atendiendo al *modelo unitario de participación*. Dicho modelo proviene de lo establecido en el art. 110 del CP italiano, adoptado durante el periodo fascista, que dispone que «cuando una pluralidad de personas participe en el delito, cada una de ellas está sujeta a la pena establecida para dicho delito, salvo que los artículos siguientes dispongan otra cosa».

A este respecto, lo primero que resalta Lanza es la facilidad operativa que presenta el modelo unitario de participación frente al modelo diferenciado. Con dicho modelo unitario se simplifica la valoración de la prueba, desdibujándose la atribución de la responsabilidad, donde toda contribución causal al hecho delictivo conforma la base de la responsabilidad sin distinguir entre principales y accesorios e imponiendo la misma pena a todos ellos (pp. 203-204), satisfecha adicionalmente la vertiente subjetiva del tipo penal en cuestión. En ese sentido, la condena requiere acreditar que la conducta ha contribuido de alguna manera a causar el delito, ya sea a través de una contribución de índole material (*concorso materiale*) o de índole psicológica (*concorso morale*), jugando esta última un importante papel en la responsabilidad penal de los dirigentes de ciertos grupos organizados.

La categoría de la *participación moral* se emplea para imputar conductas no ejecutivas, pero que sin embargo implican una contribución al hecho, ya sea reforzando al autor, induciéndolo u ordenándole la comisión del crimen, o aconsejándole para ello. En esos casos se requiere una contribución causal del partícipe moral, donde debe acreditarse un vínculo *ex post* entre la acción del ejecutor y el comportamiento del partícipe moral, además de satisfacer el elemento subjetivo requerido por el tipo delictivo de que se trate (p. 211). En toda instigación debe contenerse un *doppio passaggio*, verificándose, por un lado, la existencia de una conducta instigadora que sirva para reforzar o para inducir al ejecutor del hecho, y, por otro lado, acreditar que la realización del delito es el resultado de la conducta instigada cuya constatación depende, en última instancia, de ese nexo psicológico. Adicionalmente debe probarse que el partícipe moral desea instigar al sujeto provocado, además de querer que el delito instigado sea efectivamente ejecutado (doble dolo).

Tras repasar la vía italiana de imputación de los delitos al dirigente del aparato, la autora presenta los diversos enjuiciamientos a los dirigentes de grupos terroristas en los *anni di piombi* (década de los 70-80) y relativos a los dirigentes de la mafia (pp. 216-237). En ellos, se vislum-

bran claramente dos imputaciones diferentes: por un lado, la que sobreviene de la comisión de delitos de organización (arts. 416 y 416 bis CP italiano, relativos a las asociaciones criminales y asociaciones mafiosas), y, por otro lado, la concreta intervención individual del dirigente de la organización en el delito concreto que se trate. En este punto podríamos cuestionarnos si el hecho de que el ECPI no cuente con la incriminación autónoma de delitos de organización, comporta cierta laguna de punibilidad, que los ordenamientos internos palían con la inclusión de un delito de organización u asociación delictiva en el ordenamiento punitivo (así, por ejemplo, Alemania, Italia o España). A través de la incriminación de dichos delitos de organización autónomos se aprehende el desvalor que representa *per se* el hecho externo de la adhesión personal de ciertos individuos a un aparato organizado de poder (organización criminal) que comete graves crímenes internacionales.

En cualquier caso, y en lo que alcanzo, la propuesta de Lanza trata de significar la importancia de la *teoría del dominio de la organización* para el Derecho penal internacional, sin renunciar a su depuración como propuesta teórica para interpretar el art. 25.3 a) tercera alternativa ECPI. En todo caso, para Lanza la imputación del delito a los dirigentes de ciertos aparatos exige por parte de estos una contribución al hecho (p. 239, *passim*) donde no opere una suerte de responsabilidad objetiva, o donde la posición o estatus del acusado sean, sin más, el fundamento de su responsabilidad penal. En este sentido, la propuesta de Lanza sobre la intervención delictiva de los dirigentes exige una contribución del dirigente al hecho delictivo ejecutado por sus inferiores, creando, promoviendo o dirigiendo el aparato organizado de poder, probado, por lo demás, el conocimiento del jefe con respecto al tipo delictivo imputado de que se trate.

