

# FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y SU EQUIVALENCIA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

PATRICIA FARALDO CABANA

Profesora titular de Derecho penal. Universidad de A Coruña

## Sumario

1. **Introducción.**–2. **Las formas de autoría.**–2.1. Determinaciones previas.–2.2. Autoría única, coautoría y autoría mediata. Especial referencia a la admisión de la autoría mediata con instrumento penalmente responsable.–3. **Las formas de participación delictiva.**–3.1. Introducción.–3.2. La inducción.–3.3. La cooperación.–3.4. El encubrimiento.–4. **La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Derecho español.**–4.1. La responsabilidad de los jefes y otros superiores en el Estatuto de Roma.–4.2. La responsabilidad por mando en el Derecho penal español.–**Bibliografía.**

## 1. Introducción

En 1994, aprovechando el impulso resultante de la creación de los Tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió retomar los trabajos ya iniciados en 1948 para establecer un Tribunal penal internacional permanente<sup>1</sup>. La aprobación por la Conferencia Diplo-

---

<sup>1</sup> Se tomó como referencia el Proyecto de Estatuto para un Tribunal penal internacional elaborado por la Comisión de Derecho Internacional en 1994, que derivó en un proyecto de «Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad»

mática de Plenipotenciarios, convocada al efecto por las Naciones Unidas, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998 supuso un gran paso en la creación de una jurisdicción penal internacional permanente y de carácter general, paso que ya no admite marcha atrás una vez que ha entrado en vigor el Estatuto al conseguirse el número de firmas necesario<sup>2</sup>.

Por Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre (BOE de 5 de octubre) el Parlamento autorizó la ratificación por España del Estatuto de Roma, que tuvo lugar el 24 de octubre de 2000. Pero con ello no terminaron nuestras obligaciones internacionales, pues era necesario que nuestro país procediera a adaptar el Ordenamiento jurídico interno a los principios del Estatuto de Roma, esto es, que procediera a «implementarlo» con el fin de conseguir la armonización de la legislación nacional con el Estatuto<sup>3</sup>.

Y es que la Corte Penal Internacional sólo actúa de acuerdo con el principio de complementariedad, lo que supone que los Estados signatarios han de asumir la represión de los atentados contra los derechos humanos que se cometan en su territorio, incluyendo en su legislación penal tanto los delitos sancionados en el Estatuto como los principios generales sobre la exigencia de responsabilidad a los distintos partícipes<sup>4</sup>.

---

en 1996, en el cual se recomendaba a la Asamblea General que convocara una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar el proyecto de estatuto y una convención sobre la creación de un tribunal penal internacional. Sobre los trabajos desarrollados por la Comisión de Derecho Internacional *vid.* LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 44 ss.; URIOS MOLINER, S.: «Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional», en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CARDONA LLORENS, J. (coord.): *La Corte Penal internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 37 y ss.

<sup>2</sup> Según el art. 126 del Estatuto, éste «entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión».

<sup>3</sup> Sobre lo que significa la obligación de implementación para los Estados signatarios *vid.* TRIFFTERER, O.: «Domésticos de ratificación e implementación», en AMBOS, K. (coord.): *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 25 y ss.

<sup>4</sup> Sobre las lagunas de punición que supone la ausencia de implementación en la legislación interna *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.): *El Derecho penal internacional*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid, pp. 16 y ss.

En la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE de 26 de noviembre), además de modificar en profundidad los delitos contenidos en el Título XXIV<sup>5</sup>, se ha procedido a la regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, no han impedido la ejecución de estos delitos. Queda por ver si se ha hecho respetando la regulación contenida en el Estatuto, para determinar lo cual es necesario estudiar las formas de autoría y participación en el Estatuto y su adaptación a las categorías penales conocidas y utilizadas en nuestro país.

En las siguientes páginas procederé a analizar, en primer lugar, la regulación de la autoría y participación en el Estatuto de Roma, poniendo especial énfasis en la equivalencia de los conceptos empleados allí respecto de los utilizados en la dogmática penal española, con el fin de determinar si los cambios que se han producido en la legislación interna son suficientes; y en segundo lugar, la adaptación de la legislación penal española operada en esta materia por la Ley Orgánica 15/2003, y en particular la introducción de la responsabilidad por mando.

No olvidemos que la redacción definitiva del Estatuto tuvo lugar en el seno de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios en Roma, en la que se llegó a textos transaccionados cuya complejidad, fruto de la existencia de distintas tradiciones jurídicas, y equivalencia en las categorías jurídico-penales con las que operamos en España debe ser objeto de estudio en este momento.

## 2. Las formas de autoría

### 2.1. *Determinaciones previas*

El precepto dedicado a este tema en el Estatuto de Roma es el art. 25. Antes de entrar en su análisis detenido conviene destacar dos limitaciones: quedan al margen del Estatuto tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas como la que corresponda a los menores de dieciocho años.

---

<sup>5</sup> Con el confesado propósito de «coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional», según la Exposición de Motivos de la LO 15/2003.

En efecto, el art. 25.1 del Estatuto establece que «de conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales».

En el mismo sentido se pronunciaban el art. 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia, de 25 de mayo de 1993 (publicado en el BOE de 24 de noviembre), y el art. 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, de 8 de noviembre de 1994 (publicado en el BOE de 24 de mayo de 1995), así como el art. 4 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad (en adelante PCCPSH) de 1996, elaborado por la Comisión de Derecho Internacional. Se rompe el precedente sentado en Núremberg, pues el art. 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945 contemplaba la posibilidad de juzgar a las organizaciones criminales<sup>6</sup>.

El art. 25.4 del Estatuto puntualiza que «nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional». Con esta declaración se deja a salvo la posibilidad, acogida en el art. 91 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, de que el Estado sea declarado responsable civil subsidiario por actos cometidos por personas que formen parte de sus Fuerzas armadas<sup>7</sup>.

Se sigue en este punto lo establecido en el art. 4 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* no contienen disposición alguna en este sentido.

Además, según dispone el art. 26 la Corte no tiene jurisdicción sobre personas menores de dieciocho años en el momento de la pre-

---

<sup>6</sup> Sobre la responsabilidad penal internacional de grupos y organizaciones *vid.* entre otros CHERIF BASSIUNI, M.: *Le fonti e il contenuto del Diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 37-40.

<sup>7</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-VILLASANTE y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000, p. 139. Sobre la conexión entre la responsabilidad penal del individuo y la internacional del Estado *vid.* LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, pp. 142-143.

sunta comisión de la infracción, lo que supone dejar al margen del Estatuto todos los delitos internacionales cometidos por menores<sup>8</sup>.

Obsérvese que la minoría de edad no se recoge entre las circunstancias eximentes de responsabilidad penal que prevé el art. 31, sino que es objeto de un tratamiento diferenciado con el que se pretendió obviar el problema de la determinación de la mayoría de edad penal, objeto de intensas discusiones, limitándose a excluir de la competencia de la Corte el enjuiciamiento de los menores de dieciocho años<sup>9</sup>.

## 2.2. *Autoría única, coautoría y autoría mediata. Especial referencia a la admisión de la autoría mediata con instrumento penalmente responsable*

De acuerdo con el art. 25.3 del Estatuto, «de conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable».

Se recogen aquí las tres formas de autoría conocidas en el Ordenamiento español: autoría única, coautoría y autoría mediata. Pero si las dos primeras apenas precisan de puntualización alguna, sí se produce un cambio fundamental respecto de la autoría mediata, y es que por primera vez se reconoce expresamente la posibilidad de que exista un autor mediato con un ejecutor penalmente responsable. Ello supone la consagración legislativa en el Derecho penal internacional de la propuesta de ROXIN acerca de la autoría mediata con aparatos organizados de poder<sup>10</sup>.

Con carácter previo he de poner de relieve que la expresión «sea éste o no penalmente responsable» se refiere, en mi opinión, sólo a los

---

<sup>8</sup> Sobre las negociaciones que dieron lugar a esta redacción, que suscitó bastantes problemas en el Comité preparatorio, *vid.* SCHABAS, W. A.: «Principios generales de derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (parte III)», en AMBOS, K./GUERRERO, O. J. (comps.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 293-295.

<sup>9</sup> Cfr. LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 150.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión *vid.* ampliamente FARALDO CABANA, P.: *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; sobre la aceptación de la teoría del dominio del hecho para interpretar las formas de autoría en Derecho penal internacional *vid.* AMBOS, K.: *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín, 2002, pp. 547-548.

casos de autoría mediata, que son los supuestos en los que tradicionalmente no se aceptaba la existencia de un instrumento penalmente responsable, reticencias que están desapareciendo en la actualidad, y no a los de coautoría, en los que nunca ha planteado problemas la posibilidad de que uno o todos los coautores sean inculpables. Hago esta puntualización porque algún autor opina que se refiere también a la coautoría, obligando a entender que «el art. 25.3 a) del Estatuto exige que en todo caso uno de los coautores, al menos, sea responsable», lo que tendría como consecuencia que «la teoría de la autoría y la participación criminal, es decir, la consideración de que éstas no exigen la culpabilidad del autor debe matizarse al analizar las normas del Estatuto de Roma sobre la coautoría»<sup>11</sup>.

Claus ROXIN distingue tres formas de dominio del hecho: dominio del hecho por acción, por la voluntad y funcional. El primero, dominio de la acción, se aplica a los casos de autoría única inmediata; el segundo, dominio por la voluntad, a la autoría mediata; y el tercero, dominio del hecho funcional, a la coautoría. El dominio de la voluntad puede, a su vez, asumir tres modalidades distintas: «mediante la utilización de un agente no libre, es decir, ejerciendo una considerable presión motivadora sobre el ejecutor...; también, si el sujeto de detrás se sirve de quien sufre un error...; asimismo, si se da la combinación de elementos de superioridad psíquicos e intelectuales, como la que existe en la relación con menores o enfermos mentales...; además, en los casos hasta ahora poco tratados en que el sujeto de detrás, con auxilio del poder superior de un aparato organizativo que tiene a su disposición, domina el curso del suceso...»<sup>12</sup>.

Alude así el autor alemán, de forma sintética, al dominio de voluntad por coacción, por error, por utilización de inimputables y menores o en virtud de aparatos organizados de poder, también denominado «dominio por organización».

Descartados el error y la coacción<sup>13</sup>, ROXIN elabora un nuevo criterio que le permita fundamentar la autoría de quien ocupa el vértice

---

<sup>11</sup> GÓMEZ BENÍEZ, J. M.: «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Actualidad Penal* 2003, marginal 1034. Para LAURENZO COPELLO, P.: «Hacia la Corte Penal Internacional», en AA.VV.: *XII Seminario Duque de Ahumada. Crímenes contra la humanidad y genocidio*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, p. 53, nota n.º 44, «se trata de uno de los aspectos dogmáticos no aclarados por el Estatuto pero que sin duda deberán ser objeto de ulteriores precisiones a través de los «elementos del crimen» e, incluso, de la propia jurisprudencia emanada de la Corte».

<sup>12</sup> ROXIN, C.: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, 7.ª ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, p. 164.

<sup>13</sup> ROXIN se preocupa especialmente por delimitar los supuestos de dominio de la organización de los casos de error y de coacción. En relación con los dirigentes nazis

de una estructura jerárquica en cuyo seno se cometen delitos: el dominio por organización. Esta última modalidad del dominio de la voluntad consiste, en opinión de ROXIN, en la utilización por parte del hombre de atrás de «una «maquinaria» personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor»<sup>14</sup>, puesto que se trata de una organización que «funciona «automáticamente», sin que importe la persona individual del ejecutor», que es fungible, dato del que es consciente el hombre de atrás pues «sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global»<sup>15</sup>. En estos supuestos «no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible»<sup>16</sup>.

Por tanto, ROXIN considera la fungibilidad del ejecutor como el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos. Para él, tal intercambiabilidad del ejecutor llega hasta el punto de que el hombre de atrás no necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que cumplirá sus órdenes incluso sin conocimiento personal alguno<sup>17</sup>. La fungibilidad su-

---

que ordenaron el exterminio judío, ROXIN afirma que su autoría mediata no se basa en el dominio de la voluntad conseguido a través de coacción, pues en los juicios de Nuremberg no se pudo probar ningún caso en que alguien fuera ejecutado o internado en un campo de concentración por negarse a cumplir una orden relacionada con el exterminio judío, siendo como máximo sancionado con un traslado o no siendo ascendido en el escalafón cuando hubiera correspondido. Cfr. ROXIN, C.: «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», GA 1963, p. 199. Tampoco admite ROXIN que fuera posible aplicar la obediencia debida como causa de justificación a los ejecutores materiales, ni la relevancia de un posible error de éstos al creer equivocadamente que les era aplicable la mencionada causa de justificación. Cfr. del mismo autor, *Autoría, op. cit.*, p. 271.

<sup>14</sup> ROXIN, C.: *Autoría, op. cit.*, p. 268.

<sup>15</sup> ROXIN, C.: *Autoría, op. cit.*, p. 270. De esta forma, entiende el autor alemán que quien da las órdenes «domina el suceso sin coacción ni engaño, pues puede introducir a cualquier otro que intercambiabilmente realice la acción». ROXIN, C.: «Sobre la autoría y participación en el derecho penal», en AA.VV.: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 63.

<sup>16</sup> ROXIN, C.: *Autoría, op. cit.*, p. 271.

<sup>17</sup> Cfr. ROXIN, C.: «Sobre la autoría y participación en el derecho penal», *op. cit.*, p. 63.

pone que aun en caso de que la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla no podrá impedir el hecho, sino únicamente sustraer su contribución al mismo<sup>18</sup>.

De esta forma, los casos que analizamos se caracterizan porque el ejecutor no puede evitar con su negativa a actuar la consumación del delito, ya que únicamente está en su mano anular o neutralizar su anterior aportación en el sentido de impedir que su prestación influya en la efectiva lesión del bien jurídico. Por su parte, el hombre de atrás sí puede evitar la consumación dando una contraorden. «El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él al centro del acontecer»<sup>19</sup>.

Así, el hombre de atrás se convierte en el verdadero protagonista del hecho, en la figura central en el suceso a pesar de la lejanía respecto del mismo. Precisamente esto caracteriza el dominio de la organización: «la pérdida de proximidad al hecho se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato»<sup>20</sup>.

Además de la fungibilidad de los ejecutores, consecuencia de que la organización tiene ya una cierta dimensión, exige ROXIN que el aparato organizado de poder funcione globalmente fuera del orden jurídico<sup>21</sup>. Esta característica, que ha sido objeto de arduas discusiones, responde a que «en la medida en que la dirección y los órganos de ejecución se mantienen ligados, en principio, a un orden jurídico

<sup>18</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., p. 272. Del mismo autor, «Sobre la autoría y participación en el derecho penal», op. cit., p. 63.

<sup>19</sup> ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., p. 273.

<sup>20</sup> ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., p. 274. Vid. también BAUMANN, J.: «Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung», *NJW* 1963, p. 564; del mismo autor, «Gedanken zum Eichmann-Urteil», *JZ*, 1963, p. 114; SCHROEDER, F.-C.: «Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung», *ROW*, 1964, p. 106; del mismo autor, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965, p. 167. Cfr. al respecto, asimismo, JÄGER, H.: «Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß», *MschKrim* n.º 45, 1962, p. 79, quien, además de recoger literalmente las palabras que después ROXIN hará suyas, empleadas por primera vez por el Tribunal de Jerusalén que juzgó el caso Eichmann, pone de relieve que la lejanía del hombre de atrás respecto del escenario del delito no carece de significado, puesto que la carga emocional provocada por el crimen es menor conforme aumenta esa distancia, extremo que ha sido comprobado a través de experimentos realizados por psicólogos sociales.

<sup>21</sup> ROXIN, C.: «Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados», *Doctrina Penal* 1985, pp. 407-408.

que sea independiente de ellos, la orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio, porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, la voluntad del poder del inspirador»<sup>22</sup>. Debe advertirse que el orden jurídico al que alude ROXIN no es únicamente el Ordenamiento interno de cada Estado sino que es también, y muy particularmente, el orden jurídico internacional. Podría incluso pensarse que alude al Derecho natural<sup>23</sup>. Ello le permite seguir afirmando que los detentadores del poder en un Estado totalitario actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, manteniéndose así la aludida nota de la actuación fuera del marco del orden jurídico como característica del dominio de la organización.

Con el fin de no ensanchar el ámbito de aplicación de su tesis hasta extremos que supondrían su desnaturalización, ROXIN se preocupa de especificar que no es aplicable cuando «una media docena de elementos asociales se juntan para cometer hechos delictivos y eligen a uno de ellos como su jefe..., puesto que la comunidad descansa sobre las relaciones individuales de los partícipes entre sí y no tiene nada que ver con la cambiabilidad (sic) o fungibilidad de los miembros, que es la forma específica de la voluntad del dominio para estos casos»<sup>24</sup>.

Incluso llega a poner en duda que la tesis que sustenta se pueda aplicar al supuesto en que un servicio secreto extranjero ordena un

<sup>22</sup> ROXIN, C.: «Voluntad de dominio de la acción», *op. cit.*, p. 407.

<sup>23</sup> Sobre la aceptabilidad de argumentos suprapositivos o de Derecho natural inmanentes a los Estados de los que podemos extraer conclusiones que el propio orden jurídico de esos Estados no extrae, *vid.* ampliamente, desde perspectivas muy distintas, ALEXY, R.: «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín», *DOXA*, n.º 23, 2000, pp. 204 y ss.; JAKOBS, G.: «Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?», *DOXA*, n.ºs 17-18, 1995, pp. 445 y ss.; distingue entre Derecho natural y Derecho suprapositivo GRÜNWARD, G.: *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Peter Hanstein, Bonn, 1971, pp. 6 y ss., que critica que el último suponga el abandono del principio de legalidad recogido tanto en la Constitución como en el Código penal; KAUFMANN, ARTHUR: «Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht», *NJW*, 1995, pp. 85-86, quien procede a realizar una clarificación de los conceptos «derecho supralegal», «derecho suprapositivo» y «derecho natural» (pp. 81-82); NEUMANN, U.: «Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre «delincuencia estatal» en la anterior RDA», *DOXA*, n.ºs 17-18, 1995, pp. 435 y ss.

<sup>24</sup> ROXIN, C.: «Voluntad de dominio de la acción», *op. cit.*, p. 409; del mismo autor, *Autoría*, *op. cit.*, p. 278.

asesinato político en territorio alemán (caso Staschynskij<sup>25</sup>), puesto que no puede decirse que exista una reserva de personas dispuestas a cumplir la orden de la envergadura necesaria para poder hablar de fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores.

Como cabe observar, pues, el dominio por organización, tal y como lo construye ROXIN, no tiene un ámbito de aplicación muy amplio, lo que se debe en buena medida a que ROXIN exige que el aparato organizado de poder actúe por completo al margen del Ordenamiento jurídico, circunstancia que sólo se produce en casos muy concretos. En efecto, esta forma de autoría mediata basada en el dominio de la organización tiene su campo de aplicación natural, según su más destacado representante, en el delito de genocidio. Retomando las palabras de JÄGER que, siguiendo una tesis bastante extendida en el Derecho penal internacional, afirma que el genocidio es un delito que es de todo punto inimaginable como hecho individual completamente privado<sup>26</sup>, señala ROXIN que «los delitos de guerra, estatales y cometidos por organizaciones... no pueden ser aprehendidos adecuadamente si se manejan sólo los criterios que rigen para el hecho individual. Es por ello por lo que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están cortadas asimismo por el patrón del hecho individual, no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así cuando lo contemplamos como fenómeno total»<sup>27</sup>.

Por tanto, ROXIN no pretende extender la tesis de la autoría mediata con aparatos organizados de poder a todo tipo de delincuencia organizada, sino única y exclusivamente a las hipótesis en que una organización se apodera del aparato del Estado y lo utiliza para la realización de delitos, como ocurrió con el régimen nacionalsocialista alemán, o a los casos de movimientos clandestinos, organizaciones secretas y asociaciones criminales que persigan objetivos contrarios al orden jurídico establecido y que, debido a su fuerte estructura jerárquica y considerable número de miembros, aparecen como un Estado dentro del Estado, siempre que reúnan las características apuntadas, que son, como hemos visto, que se trate de un aparato organizado de poder con fuerte estructura jerárquica, que el número de miembros dispuestos a cumplir la orden permita afirmar la fungibilidad del ejecutor y, por último, que la organización esté desvinculada del ordenamiento jurídico<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> El Tribunal Supremo Federal consideró autores a quienes ordenaron un atentado cometido en la República Federal Alemana por un agente secreto, calificando a éste como cómplice. BGHSt 18, 87, 88 y ss.

<sup>26</sup> Cfr. JÄGER, H.: «Betrachtungen zum Eichmann-Prozess», *op. cit.*, p. 78.

<sup>27</sup> ROXIN, C.: «Straftaten», *op. cit.*, p. 193.

<sup>28</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, *op. cit.*, pp. 277-278.

Como he adelantado, la propuesta de la autoría mediata con aparatos organizados de poder ha recibido reconocimiento expreso justamente en el Estatuto de Roma debido a las recientes tendencias de incriminación en el Derecho penal internacional. En efecto, a nivel internacional son conocidas las dificultades de imputación cuando se utilizan conceptos basados en la conducta individual para juzgar injustos cometidos utilizando el aparato y los recursos del Estado<sup>29</sup>. A este nivel, y precisamente en relación con los delitos internacionales, se acepta la quiebra del principio de responsabilidad entendido en sentido clásico, que en el ámbito de la autoría y participación postula que en la medida en que el ejecutor (autor inmediato) comete el delito de forma voluntaria y consciente no es posible ya hablar de dominio del hecho en relación con quien le determinó a ello, de forma que el hombre de atrás no podría ser considerado autor (mediato) sino mero inductor. Por tanto, se admite expresamente la autoría mediata con instrumento que obra de forma penalmente responsable<sup>30</sup>. El hecho de que el subapartado b) del art. 25.3 del Estatuto también considere penalmente responsable a quien «ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen», no es obstáculo para considerar que la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor en el marco de los aparatos organizados de poder encaja en la autoría mediata con instrumento penalmente responsable, aunque sí puede ser difícil precisar en el caso concreto qué conductas se encuadran en la autoría mediata con instrumento penalmente responsable y cuáles en estas formas de inducción, y en concreto en la de ordenar la comisión del delito. Trataré esta cuestión en el apartado siguiente.

<sup>29</sup> Pone de relieve estas dificultades MARXEN, K.: «Beteiligung an schwerem systematischen Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre», en LÜDERSEN, K. (Hrsg.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III. Makrodelinquenz*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 228 y 234 ss, quien propone acudir a los casos que ofrece el Derecho penal internacional para empezar a trabajar sobre este tema. Vid. ampliamente sobre esta cuestión VEST, H.: *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2002, *passim*.

<sup>30</sup> Así lo reconocen, entre otros, AMBOS, K.: «Article 25», en TRIFFTERER, O. (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 479-480; del mismo autor, «Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma», en CHOUKR, F. H./AMBOS, K. (orgs.), *Tribunal Penal Internacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pp. 33-34. En la doctrina española, por todos, BUENO ARÚS, F.: «Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, *op. cit.*, p. 120; LAURENZO COPELLO, P.: «Hacia la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 43; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales», *op. cit.*, p. 139.

En lo que respecta a la coautoría, únicamente quisiera poner de relieve que en el Derecho penal internacional el elemento que la caracteriza ha sido fundamentalmente la existencia de un plan común, pero últimamente se empieza a dar más importancia al elemento objetivo, esto es, a la realización conjunta del hecho.

Abandonadas las teorías subjetivas, de acuerdo con la teoría del dominio del hecho para la coautoría son necesarios el acuerdo común y la realización conjunta del hecho. El dominio conjunto del hecho se alcanza a través del carácter común de la decisión, esto es, por medio del acuerdo de voluntades de quienes intervienen con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias<sup>31</sup>, y mediante la realización conjunta del hecho, lo que supone intervención en la fase ejecutiva<sup>32</sup>.

Por tanto, en primer lugar la coautoría exige la existencia de un acuerdo con división del trabajo.

Sin acuerdo no hay coautoría<sup>33</sup>, sino autoría mediata cuando sólo uno conoce la colaboración y el otro obra a ciegas<sup>34</sup>, o autoría accesoría si ninguno de los intervinientes conoce la colaboración del otro u otros<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., pp. 316-320.

<sup>32</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., pp. 323-336.

<sup>33</sup> Esta afirmación es mayoritariamente aceptada, aunque existen algunas posiciones discrepantes. Al respecto es clásica en Alemania la sentencia del BGH 24, 286, 288, según la cual la responsabilidad a título de coautoría presupone que «varios autores, como consecuencia de un plan diseñado conjuntamente, cometen de forma voluntaria y consciente un hecho que ellos, en su totalidad, reconocen como propio». En España, vid. por todos PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, pp. 281 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. por todos ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., pp. 316-317. Con diversos matices, también son partidarios de esta solución SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2. Aufl. Mohr, Tübingen, 1975, p. 526; SCHRÖDER, F.-C.: *Der Täter hinter dem Täter*, op. cit., pp. 146-147, 150, 166-169 y 218-219. Y en la doctrina española, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.: *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 205-206; también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 196-198, si bien puntualiza que no se puede excluir que en determinados casos la responsabilidad del interviniente unilateral puede revestir las características de la autoría, sea individual o mediata (en este supuesto sólo si existe una verdadera instrumentalización).

<sup>35</sup> Vid. por todos, JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlín, 1996, p. 667; MURMANN, U.: *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993, pp. 216-219; SPENDEL, G.: «Der «Täter hinter dem Täter» - eine notwendige Rechtsfigur?», en AA.VV.: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pp. 167-169; WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 111.

Ahora bien, la relativización del requisito de la resolución conjunta al hecho o acuerdo mutuo se demuestra por el dato de que mayoritariamente se acepte que tenga lugar durante la ejecución, sin exigir que se produzca con carácter previo<sup>36</sup>.

El límite temporal máximo para que la intervención en fase de ejecución sea calificada de coautoría (sucesiva) está constituido por la consumación formal o, en los tipos que la admiten, por la consumación material o terminación del delito<sup>37</sup>. La importancia de esta cues-

---

En la doctrina española anterior al Código penal de 1995, *vid.* por todos RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal. Tomo I (Artículos 1-22)*, Ariel, Barcelona, 1972, pp. 837-838. Más recientemente, con extensas citas bibliográficas, *vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor, op. cit.*, pp. 181-184, quien señala que se recurre a la autoría accesoria (dolosa) en casos de desconocimiento bilateral de la actuación «conjunta» (dolosa).

<sup>36</sup> Así lo hace ROXIN, C.: *Autoría, op. cit.*, p. 320, cuando señala que «obviamente es posible la coautoría sucesiva, aquella en la que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros». También, por ej., PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría, op. cit.*, p. 286, para quien «desde el punto de vista temporal el acuerdo normalmente se adoptará con carácter previo a la realización del hecho, pero no es imprescindible que todos intervengan en la preparación del plan. El acuerdo puede llevarse a efecto también durante la ejecución del hecho, es decir, desde el comienzo de la tentativa hasta su plena consumación» (cur-sivas en el original). En la doctrina española *vid.* además, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios, I, op. cit.*, pp. 837-838; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor, op. cit.*, pp. 164-179; VIVES ANTÓN en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 287. La coautoría sucesiva, que se produce durante la propia ejecución mediante la incorporación de un coautor a la realización del hecho, se denomina también coautoría adhesiva.

<sup>37</sup> Generalmente la consumación material o terminación sigue de manera inmediata a la realización de la totalidad de los elementos del tipo de injusto de que se trate, esto es, a la consumación formal. Ahora bien, existen delitos cuya ejecución se prolonga en el tiempo, sea porque la acción típica continúa ejecutándose, sea porque se da una repetición del tipo en discontinuidad de actos, de forma que es posible distinguir entre la consumación y el momento en que se produce el fin de la realización de la acción típica, que se conoce como terminación («*Beendigung*») o consumación material («*materielle Vollendung*») del delito. La distinción entre la consumación formal y la terminación o consumación material es relevante a efectos diversos. Téngase en cuenta en todo caso que ese espacio de tiempo existente entre la consumación formal y la terminación del delito debe ser abarcado por el tipo. Claro es que deberá acudir-se a la interpretación para delimitar los tipos penales que permiten distinguir entre la consumación formal y la terminación del delito. Distinto de la terminación es el agotamiento, que hace referencia al logro del objetivo por el que se cometió el delito. Se señala tradicionalmente que el agotamiento no tiene ningún papel sistemático, siendo irrelevante a efectos penales. Conviene tener en cuenta, sin embargo, que en ocasiones el Código penal de 1995 otorga relevancia penal al hecho de que el autor haya logrado o no su propósito, razón por la cual esta afirmación doctrinal debe ser matizada. Cfr. FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 45-51.

ción se ve relativizada por la propia estructura de la coautoría, ya que «sólo podrá admitirse la existencia de un acuerdo si a partir de éste es todavía posible la realización conjunta del tipo delictivo y ello con independencia de que nos encontremos ante un suceso delictivo que aún no se encuentra consumado o que a pesar de haber traspasado en su desarrollo la consumación formal todavía admite fase de terminación»<sup>38</sup>.

Pero es que además se admite que los coautores no se conozcan entre sí, pues basta el conocimiento de que junto a uno intervienen otros con el mismo fin, es decir, siempre y cuando cada uno actúe en división del trabajo consciente y voluntariamente con otros para el logro del plan delictivo común<sup>39</sup>. E incluso se ha considerado suficiente a estos efectos un acuerdo tácito y general de cometer delitos, entendiendo que los que cumplen las órdenes dan a conocer a través de su pertenencia a la organización que quieren realizar los correspondientes encargos, y la orden se vincula a esta disponibilidad, concretando una resolución general de ejecutar hechos tomada con antelación<sup>40</sup>. Desde esta perspectiva también se ha afirmado que quien como miembro de una organización criminal comete un delito doloso en cumplimiento de una orden que ha recibido actúa en el marco de un acuerdo previo, en tanto que tiene lugar antes de que comience la ejecución del delito, y tácito, ya que desde el momento en que recibe la orden de cometer un delito, siendo libre y plenamente consciente del hecho que va a cometer, y decide su ejecución, puede entenderse que existe un acuerdo tácito de este sujeto con aquél que le dio la orden<sup>41</sup>.

Lo cierto es que con estas últimas propuestas se desdibuja, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el elemento subjetivo de la coautoría, lo que ha llevado a admitir que «no es preciso otorgar una importancia excesiva al acuerdo común como elemento de la coautoría, pues se trata solamente de un elemento muy importante de la misma, pero que, como sabemos, no es el único»<sup>42</sup>. Así pues, resulta decisivo el elemento objetivo de la coautoría, la realización conjunta del hecho.

<sup>38</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., p. 170.

<sup>39</sup> Así, entre otros, ROXIN en JÄHNKE, B./LAUFHÜTTE, H. W./ODERSKY, W. (Hrsg): *Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1996, § 25, Rn.173. En España, vid. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., pp. 135-136; PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría*, op. cit., p. 286.

<sup>40</sup> Cfr. MURMANN, U.: «Täterschaft durch Weisungsmacht», GA 1996, p. 279.

<sup>41</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T.: «Autoría y participación en la criminalidad organizada», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.<sup>a</sup> del R./SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.): *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, pp. 35-36.

<sup>42</sup> GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., p. 160.

En efecto, en segundo lugar es necesaria para la coautoría la realización conjunta del hecho. De acuerdo con la teoría del dominio del hecho «es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido»<sup>43</sup>. Esto no significa que el coautor deba ejecutar personalmente la acción típica, ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho, siendo suficiente que su aportación sea indispensable para la realización del acontecer típico<sup>44</sup>. ROXIN afirma que la esencialidad de la contribución se demuestra si el concreto interviniente puede desbaratar todo el plan retirando su contribución al hecho, pues esto es lo que, junto a la actuación en la fase ejecutiva, le da el dominio funcional del hecho<sup>45</sup>. Pero aunque la conclusión a que llega es correcta, esta tesis no es compartible en lo que se refiere a la admisibilidad de la esencialidad de la contribución para fundamentar la coautoría.

En efecto, «no se puede negar que el interviniente que, dejando de actuar, desbarata el plan total tiene un cierto dominio del hecho (o dominio sobre la consumación, si se prefiere), pero lo que hay que preguntarse es si éste es el dominio necesario para ser autor, o sea si es el dominio que determina o decide el si y el cómo de la actuación»<sup>46</sup>. El ejecutor puede evitar la consumación del delito en concreto, esto es, puede evitar consumir el delito del que él sería el autor directo, determinando por tanto el si y el cómo de la actuación delictiva en el caso concreto, aunque no pueda evitar que en el futuro otra persona lo cometa. Pero resulta que esta segunda perspectiva, abstracta o hipotética, no es relevante, ya que nadie puede evitar que el delito sea realizado en el futuro por otros. El dominio negativo del hecho (la capacidad de hacerlo fracasar) no es suficiente para la afirmación de la autoría en cualquiera de sus formas, ya que es necesario también un dominio positivo, es decir, la no dependencia de la decisión autónoma de otra persona para llevar a cabo el hecho<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> ROXIN, C.: *Autoría*, *op. cit.*, pp. 310-311.

<sup>44</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, *op. cit.*, pp. 310-311.

<sup>45</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, *op. cit.*, pp. 308-309. En la doctrina española, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1984, p. 132; LÓPEZ BARJA DE QUIROJA en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. III. Artículos 24 a 94*, Edersa, Madrid, 2000, p. 142; del mismo autor, *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 68.

<sup>46</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La Autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 669.

<sup>47</sup> *Vid.* ampliamente LUZÓN PEÑA, D.-M.: «La «determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en LUZÓN PEÑA, D.-M.: *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 197 y ss.

Teniendo en cuenta esta crítica, el propio ROXIN ha señalado que, además del criterio negativo del desbaratamiento del plan, el dominio funcional del hecho exige un criterio positivo, la aportación esencial que cada uno de los coautores desarrolla en orden a la realización conjunta del delito, de la cual el dominio negativo expresado en el criterio del desbaratamiento del plan no es sino la otra cara de la moneda<sup>48</sup>. Ahora bien, ha de puntualizarse que aunque cada coautor puede, en efecto, desbaratar el plan retirando su aportación, lo cierto es que por sí solo no puede determinar la realización del hecho, pues únicamente tiene un dominio compartido<sup>49</sup> con los demás coautores. Por tanto, el dominio positivo del hecho en la coautoría ha de entenderse en ese sentido de codominio, de dominio conjunto y compartido con otros. Puede parecer que se hace extremadamente difícil diferenciar la coautoría de la cooperación, en particular si se acepta que pueda existir cooperación en la fase de ejecución<sup>50</sup>. Sin embargo, a mi juicio la solución radica en distinguir, en primer lugar, entre la fase de preparación y la fase de ejecución del delito, de forma que quien sólo intervenga en la preparación sin actualizar su contribución en la fase ejecutiva debe ser considerado cooperador; en un segundo momento, ya dentro de la fase de ejecución del delito, se ha de distinguir entre la realización de acciones típicas y la realización de otras acciones, pues sólo quien realice acciones típicas debe ser considerado coautor, mientras que la persona que

<sup>48</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, op. cit., p. 732. Vid. también PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría*, op. cit., pp. 195-196 y 200 ss, quien afirma que «el sujeto (coautor) ha de prestar una contribución independiente y esencial, funcionalmente adecuada en el marco del plan global, para la realización conjunta del hecho» (pp. 247-250 y 263). Mientras que la facultad de desbaratar el plan otorga al coautor el dominio negativo del hecho, la prestación del aporte independiente y esencial le concede el dominio positivo (p. 254).

<sup>49</sup> Un codominio, no un dominio parcial, porque, como señala BLOY, R.: *Die Beteiligungsförm als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985, p. 371, no se trata de una mera pluralidad de aportes que se producen paralelamente sin conexión alguna, sino de un ataque conjunto al bien jurídico presidido por una unidad en la actuación consecuencia de la existencia de un proyecto que dota a cada una de las aportaciones individuales de un sentido común.

<sup>50</sup> Vid. en contra BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. Akal, Madrid, 1997, pp. 366-367, para quien la aportación del cooperador necesario no se puede distinguir de la autoría si se lleva a cabo en fase de ejecución, señalando que «el art. 28 (2) b se refiere a los coautores como aquellos que han prestado durante la ejecución una contribución al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer. Por el contrario aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la etapa de la preparación, previa al comienzo de la ejecución, no han podido dominar el hecho», y deberán ser considerados cooperadores necesarios. En este sentido se ha manifestado asimismo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *Autoría y participación*, op. cit., pp. 80-81; el mismo autor, en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios, III*, op. cit., pp. 144-145. Sobre la situación en la doctrina alemana vid. AMBOS, K.: *Der All-gemeine Teil*, op. cit., pp. 565-568.

colabora en la ejecución del delito mediante acciones que no son típicas es cooperador. Existe además una prueba ulterior de la corrección de esta tesis: cuando podemos afirmar que una acción supone inicio de la ejecución del delito es una acción típica y quien la realiza coautor; si la acción realizada por uno de los intervinientes no puede considerarse aisladamente inicio de la ejecución, quien la lleva a cabo es cooperador necesario. Considero rechazable la afirmación de que la realización de acciones ejecutivas puede ser constitutiva de cooperación.

### 3. LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN DELICTIVA

#### 3.1. *Introducción*

El art. 25.3 del Estatuto recoge distintas formas de participación en las letras b), c) y d): «3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de competencia de la Corte quien: ... b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa. c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión; d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen».

A efectos sistemáticos puede distinguirse por un lado la inducción (letra b) y por otro la cooperación (letras c y d). Como veremos, el encubrimiento no puede entenderse como una forma de participación independiente de las anteriores.

#### 3.2. *La inducción*

En lo que se refiere a la inducción, resulta sumamente problemática su distinción respecto de la autoría mediata, en particular cuando se acepta la posibilidad de que exista un autor mediato con un instrumento penalmente responsable.

Podría pensarse que esta distinción carece de interés en vista de que «la Corte podrá... imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una» pena privativa de libertad por número determinado de años que no exceda de treinta, o reclusión a perpetuidad, y además multa o comiso (art. 77 del Estatuto), debiendo tener en cuenta el Tribunal como criterios que ha de seguir en la individualización de las penas únicamente «factores tales como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado» (art. 78.2 del Estatuto). No existe previsión expresa de una atenuación, sea obligatoria sea potestativa, de la pena del partícipe, lo que significa que un partícipe puede ser castigado con la misma pena que el autor. Ahora bien, esta constatación no debe servir para relativizar la importancia de la distinción entre autoría (en particular la mediata, que es la que plantea más problemas de delimitación) e inducción, pues ambas formas de intervención en el delito responden a una naturaleza, estructura y fundamento bien distintos<sup>51</sup>. En efecto, aunque la distinción pueda no tener trascendencia en cuanto al marco penal aplicable, sí es relevante en todos los aspectos que se relacionan con la accesoriedad de la participación<sup>52</sup>, con la tentativa también en la participación<sup>53</sup>, etc.

Como veremos, es posible encontrar una interpretación que permita distinguir adecuadamente entre la autoría mediata y la inducción.

A la hora de regular la inducción se utilizan tres verbos: ordenar, proponer e inducir («*orders, solicits or induces the commission*»).

Algunos autores entienden que el verbo «proponer» se puede reconducir a la proposición a que alude el art. 17 CP<sup>54</sup>. Sin embargo, su inclusión en la letra b) junto a otros dos que de forma indudable se refieren a la inducción, como son «ordenar» e «inducir», hace que sea

<sup>51</sup> Así, BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 363, nota n.º 79. Por tanto, es rechazable la postura de quienes, como JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed. Comares, Granada, 1993, p. 630, consideran que al estar igualada la pena del inductor y del autor mediato «no existe razón políticocriminal alguna para, mediante la figura del «autor detrás del autor», extraer de la inducción los casos más graves».

<sup>52</sup> Ya que en caso de intervención de varias personas en el hecho, si sólo una de ellas es portadora de un elemento de la autoría o de un elemento subjetivo, y no es autora sino partícipe, desaparece la posibilidad de valorar la participación de las demás, por falta de hecho principal.

<sup>53</sup> En el Estatuto no se sancionan las formas de participación intentadas, salvo que puedan encajar en los actos preparatorios punibles (la provocación a cometer el crimen de genocidio), lo que no ocurre con carácter general. Por tanto, la inducción intentada queda impune.

<sup>54</sup> Así, BUENO ARÚS, F.: «Perspectivas», *op. cit.*, p. 120; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales», *op. cit.*, p. 140.

preferible entender que no estamos ante el acto preparatorio de la proposición<sup>55</sup>, sino ante una incitación seguida de ejecución, por tanto ante una verdadera inducción<sup>56</sup>. El verbo utilizado en la versión inglesa, «*to solicit*», equivale a «*urging, advising, commanding, or otherwise inciting another to commit a crime*»<sup>57</sup>, o a «*to entice or incite to evil or illegal action*»<sup>58</sup>, esto es, supone indicar a una persona concreta que debe cometer un delito determinado, si bien no es necesario que el crimen llegue a ejecutarse ni que la incitación tenga éxito<sup>59</sup>, lo que hace que el concepto expresado por el verbo inglés se aproxime a un entendimiento amplio de la inducción que permite sancionarla sin necesidad de que se haya iniciado la ejecución, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho penal español. Pero ese entendimiento no puede trasladarse al Estatuto, que exige que se proponga «la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa», esto es, que al menos se haya alcanzado la fase de tentativa, lo que significa que no se ha adoptado el concepto anglosajón de inducción.

En mi opinión, la diferencia entre «ordenar», por un lado, y «proponer» o «inducir», por otro, reside en la existencia en el primer caso de una relación de superioridad jerárquica que es utilizada por la persona que ocupa una posición de autoridad para convencer o coaccionar al subordinado para que cometa el delito<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> El proponente es una persona dispuesta a intervenir con actos ejecutivos que busca quien le ayude en la ejecución, no siendo necesario para su punición que haya logrado decidir al invitado a intervenir en la ejecución del delito. Este invitado queda impune, ya que no acepta la proposición. Si la acepta y se ejecuta el delito, proponente e invitado se sancionan como coautores. Si la acepta y no llega a ejecutarse, como conspiradores. El segundo requisito de la proposición es la invitación ejecutiva. Para que exista proposición no basta invitar a realizar actividades de partícipe, sino que se ha de proponer una conducta de coautor. La invitación debe ser concreta y personal, convincente, precisa y persuasiva, no siendo punible la invitación que no es idónea para decidir al invitado.

<sup>56</sup> Como señala LAURENZO COPELLO, P.: «Hacia la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 53, nota n.º 46, aunque «el texto de la letra b) hace pensar que se contempla el acto preparatorio de la proposición delictiva como supuesto distinto a la ejecución... al exigirse en todos los casos el comienzo de ejecución -es decir, la tentativa-, las diferencias desaparecen y ambos comportamientos pueden reconducirse al supuesto único de crear en otro, con eficacia, la voluntad de cometer el crimen».

<sup>57</sup> BLACK, H. C.: *Black's Law Dictionary*, 7.ª ed. St. Paul, West Group, 1999, p. 1398.

<sup>58</sup> *The American Heritage Dictionary of the English language*, 3.ª ed. Boston, Houghton Mifflin Company, 1992.

<sup>59</sup> Cfr. AMBOS, K.: *Der Allgemeine Teil*, *op. cit.*, pp. 646-647.

<sup>60</sup> En este sentido *vid.* entre otros RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales», *op. cit.*, p. 140, para quien «la orden despliega su eficacia dentro de una estructura de poder organizado y jerarquizado, cuyo ejecutor es el subordinado destinatario (a veces no conocido siquiera por quien imparte el mandato) de la orden». En la doctrina alemana, por todos, AMBOS, K.: *Der Allgemeine Teil*, *op. cit.*, p. 569; HOYER, A.:

Ahora bien, téngase presente que no tiene que tratarse de una estructura formal, como son las Fuerzas Armadas o la policía de un Estado, pues en el Derecho penal internacional se admite que se trate de estructuras informales de mando en las que no existe el deber normativo de obediencia, siempre que estemos ante una organización armada con estructura jerárquica, como una guerrilla. Cuestión distinta es que pueda tratarse de una organización de carácter no militar o paramilitar, sino civil. En la Administración pública existe para los funcionarios un deber de obediencia, hasta el punto de que su cumplimiento se exige bajo amenaza de pena (piénsese en los delitos de desobediencia y denegación de auxilio, por ej.), mientras que en la esfera privada la desobediencia sólo es constitutiva de infracción disciplinaria de naturaleza laboral<sup>61</sup>. Las empresas modernas se caracterizan por la descentralización y división del trabajo en un sistema de mutua dependencia de los distintos departamentos que las conforman, pero también por el principio de jerarquía. El art. 5c del Estatuto de los Trabajadores enuncia entre los deberes básicos de los trabajadores «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas». El deber de obediencia del trabajador manifiesta su dependencia del empresario y es prueba de que la desigualdad entre trabajadores y empresarios no es únicamente una desigualdad socioeconómica, sino también jurídica: el empresario ordena y el trabajador obedece, lo que sin duda lleva a la conclusión de que las relaciones que se establecen entre ellos son jerárquicas y no paritarias o de igualdad. Obediencia jerárquica es la que prestan los subordinados a los superiores en virtud de un reparto legalmente prefijado de competencias, y en este sentido la fuerte implantación burocrática de las organizaciones empresariales las hace sustancialmente idénticas a los entes de la Administración civil y militar. Recuérdese que en el caso de una organización paramilitar no existe deber legal alguno de obediencia cuyo incumplimiento sea objeto de sanción penal o administrativa, y sin embargo la opinión mayoritaria es favorable a considerarla al nivel de las Fuerzas Armadas, en atención a su estructura jerárquica. Además, aunque en la empresa no pueda afirmarse la existencia de relaciones jerárquicas de la misma naturaleza que las existentes en la Administración Pública, las Fuerzas Armadas o estructuras paramilitares, lo cierto es que un deber de obediencia incondicionada no existe en ninguno de estos ám-

---

*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, C. H. Beck, München, 1998, pp. 18-19; del mismo autor, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen: Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen», en AMELUNG, K. (Hrsg.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, p. 191.

<sup>61</sup> Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.ª CP)*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 38-39.

bitos. En conclusión, en mi opinión tanto en el seno de las empresas como de la Administración pública es posible que se dé la modalidad de «ordenar» en el sentido aquí utilizado.

Se ha dicho que la modalidad de «ordenar» debería haberse incluido entre las formas de autoría previstas bajo la letra a), pues en realidad se trataría de un caso de comisión del delito «por medio de otra persona», esto es, de autoría mediata<sup>62</sup>. A mi juicio, si se puede hablar de la existencia de un aparato organizado de poder que es utilizado por el superior en el sentido que hemos visto en el anterior apartado se aplica el apartado a) del citado artículo, mientras que si falta alguna de sus características pero existe una estructura jerárquica en cuyo seno el superior ha dado una orden de contenido delictivo se aplica el apartado b) en la modalidad de acción consistente en «ordenar». Por último, en caso de que no exista la mencionada estructura jerárquica o de que el superior actúe al margen de ella en el caso concreto<sup>63</sup> es de aplicación el apartado b) en las modalidades de «proponer» o «inducir».

Por su parte, parece que no es posible encontrar una diferencia relevante entre «proponer» e «inducir»<sup>64</sup>.

En efecto, la exigencia típica de que se haya iniciado la ejecución del hecho principal impide que distingamos entre la proposición como la incitación a un hecho que no llega a alcanzar la fase de ejecución y la inducción como incitación a un hecho que llega al menos a la fase de tentativa, mientras que tampoco es posible efectuar la distinción señalando que el proponente está dispuesto a intervenir en el hecho con actos ejecutivos y el inductor no, pues si así fuera el proponente debería ser castigado como coautor, ya que se ha iniciado la fase de ejecución, y no como partícipe.

Cuestión distinta, y que por razones de espacio no se puede tratar aquí, es la problemática distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución en el Estatuto de Roma, pues el art. 25.3 f) define el comienzo de la ejecución como la realización de «actos que supongan un paso importante» para la ejecución del crimen, lo que introduce un criterio valorativo notablemente difuso.

<sup>62</sup> En este sentido, de nuevo AMBOS, K.: «Os princípios gerais», *op. cit.*, p. 35; del mismo autor, *Der Allgemeine Teil, op. cit.*, pp. 569 y 645; también RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales», *op. cit.*, p. 140.

<sup>63</sup> Piénsese que en el concepto de «superior» se incluyen líderes políticos y de negocios y autoridades públicas de carácter civil. Cfr. FENRICK, W. J.: «Article 28», en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute, op. cit.*, p. 521.

<sup>64</sup> Cfr. AMBOS, K.: *Der Allgemeine Teil, op. cit.*, p. 649.

A la hora de determinar cuándo empieza la fase de ejecución del delito he de advertir que a mi juicio es también la de realización del delito, pues en esta delimitación subyace una pretendida diferencia entre los actos de ejecución y los actos típicos. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado la dificultad de encontrar en la práctica un criterio seguro de distinción entre acciones preparatorias y ejecutivas, aportando distintas teorías con el fin de determinar qué debe entenderse por «principio de ejecución»<sup>65</sup>. Para un sector doctrinal, el límite mínimo que señala el inicio de la ejecución del delito se sitúa ya en los actos que, no siendo típicos, se encuentran estrechamente unidos a la acción típica sin acciones intermedias esenciales<sup>66</sup>. Me parece preferible, sin embargo, no considerar que se inicia la ejecución del delito (con las consecuencias sancionadoras que ello conlleva, puesto que la tentativa es ya punible, mientras que los actos preparatorios sólo lo son excepcionalmente en el delito de genocidio) con un acto previo a la realización de la conducta típica, por más que aparezca preordenado a la consumación del delito<sup>67</sup>. Las acciones típicas componen la conducta propia de cada figura delictiva, esto es, son las descritas por el tipo cuando es de mera actividad o de resultado con medios determinados de acción, debiendo delimitarse mediante la interpretación y a la vista de un hecho concreto si éste es subsumible o no en el concepto de acción típica<sup>68</sup>, mientras que en los

<sup>65</sup> Ampliamente, FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 137 y ss.; PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría*, op. cit., pp. 221-225; SOLÁ RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 144 y ss. Téngase en cuenta que el precepto transcrito coincide de modo casi textual con la regla referente al comienzo de la tentativa que contenía el art. 3 CP de 1944/73, razón por la cual siguen teniendo vigencia las tesis mantenidas en relación con el anterior texto punitivo. La única diferencia es el uso del término «sujeto» donde antes se empleaba la expresión «culpable».

<sup>66</sup> Cfr. FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito*, op. cit., p. 230. Se trata de una reformulación de la teoría objetivo-material sostenida en su día por FRANK, R. V.: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18. Aufl. Tübingen, 1931, § 43 II 2b, según la cual «son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya». Mantiene esta posición MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?», *Revista Penal*, n.º 9, enero 2002, p. 68, que trata la cuestión en el marco de la discusión acerca de la calificación de la aportación del organizador o jefe de la banda como acto preparatorio o de ejecución. Vid. también GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1966, pp. 105-106. Ampliamente en torno a la distinción entre acciones típicas y acciones ejecutivas, siempre desde esta perspectiva, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1985, pp. 491 y ss.

<sup>67</sup> En este sentido, ampliamente, SOLÁ RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea»*, op. cit., pp. 147-148, con bibliografía.

<sup>68</sup> Como señala CEREZO MIR, J.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, p. 17, entre otros.

delitos puros de resultado son acciones típicas las que de forma directa, es decir, no a través de la aportación de un tercero, lesionen o pongan en peligro el bien jurídico protegido<sup>69</sup>. Con el fin de determinar la proximidad o lejanía de las acciones que se examinan con respecto a la consumación se puede atender, como elemento de ayuda o indicio, a la representación que tiene el autor del hecho, teniendo siempre en cuenta, en cualquier caso, que el legislador suele conceder más relevancia a los aspectos objetivos del hecho, sin que por ello deba negarse de principio la importancia que tiene el plan del autor para ayudar a delimitar la tentativa, y por tanto el inicio de la ejecución del delito, de los actos preparatorios que no suponen dicho inicio<sup>70</sup>. Con este entendimiento del inicio de la fase de ejecución del delito no es posible diferenciar entre acciones ejecutivas y acciones típicas, distinción que es admisible únicamente si se considera que el inicio de la punibilidad por tentativa puede tener lugar cuando se llevan a cabo actos anteriores a la realización de la acción típica.

### 3.3. *La cooperación*

No se distingue según la cooperación sea necesaria o no, esto es, no existen las categorías de cooperación necesaria y complicidad, salvo que procedamos a distinguir la cooperación de la colaboración al modo en que lo hace GÓMEZ BENÍTEZ<sup>71</sup>, equiparando al primero con nuestro cooperador necesario y al segundo con nuestro cómplice, con base en la diferencia que encuentra en la dicción del art. 25.3 c) del Estatuto entre el cooperador y el que «colabora de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión».

En el Estatuto no se ha acogido la exigencia de que la cooperación sea «directa y sustancial» que contenía el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad.

---

<sup>69</sup> Acerca de qué se puede considerar acción típica en los delitos puros de resultado, *vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ M.: *La responsabilidad penal del coautor*, *op. cit.*, pp. 445-484, quien analiza detenidamente si la teoría de la imputación objetiva ofrece una vía de solución para determinar la relación de autoría en estos delitos, o si puede afirmarse que la aportación del coautor es la que determina objetiva y positivamente el desarrollo del suceso, para terminar concluyendo que en los delitos puros de resultado la aportación del coautor debe presentar una capacidad lesiva directa (mediata o inmediata) siquiera parcial respecto al bien jurídico protegido penalmente. Su detallada explicación me parece completamente convincente, y es la adoptada en el texto.

<sup>70</sup> Cfr. FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 231; SOLÁ RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea»*, *op. cit.*, p. 149. En el mismo sentido, por todos, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed. Reppertor, Barcelona, 2004, pp. 347-348, n.<sup>os</sup> 56-58.

<sup>71</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «La parte general», *op. cit.*, marginales 1036-1037.

Respecto de qué se entiende por cooperación a efectos del Estatuto se opta por un concepto amplio, que incluye tanto los actos de colaboración en la fase preparatoria como en la fase ejecutiva<sup>72</sup>. Es objeto de debate si se debe entender que acoge también los actos de colaboración en la fase postdelictiva, como ocurre en los sistemas legales estadounidense e inglés.

En el caso Tadic, la Sala de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia declaró que la complicidad involucraba «apoyar la actual comisión antes, durante, o después del incidente»<sup>73</sup>.

Interesa delimitar los límites inferior y superior del concepto, esto es, qué no es ya cooperación y qué pasa a ser autoría.

En lo que respecta al mínimo necesario para poder hablar de cooperación, parece claro que la mera presencia en la escena del crimen no debe dar lugar a responsabilidad penal, salvo que exista un deber de intervenir en su evitación<sup>74</sup>.

La doctrina se encuentra totalmente dividida ante el tema de la participación por omisión en las modalidades de cooperación necesaria o complicidad, especialmente en aquellos casos en que no se impide el delito cometido mediante acción por otro sujeto. La delimitación entre autoría y participación en las omisiones constituye uno de los problemas más oscuros de la teoría de la participación. En España, siguiendo la doctrina alemana, se mantienen fundamentalmente tres posiciones que de forma sintética expongo a continuación.

— Un primer sector entiende que cuando hay posición de garante no cabe distinguir entre autoría y participación, sino que en la comisión por omisión hay sólo autoría, de modo que todo el que es garante responde, si se lesiona o pone en peligro el bien jurídico, como autor en comisión por omisión aunque el hecho haya sido cometido activamente por otro sujeto y éste también sea autor del mismo<sup>75</sup>. De esta forma, el garante omitente es siempre autor, pero puede haber una cooperación por omisión del no garante en un delito doloso co-

<sup>72</sup> Según AMBOS, K.: *Der Allgemeine Teil*, *op. cit.*, p. 638, la cuestión queda abierta en el Estatuto de Roma, opinión que no puedo compartir en vista del tenor literal del precepto.

<sup>73</sup> *Prosecutor v. Tadic (Case IT 94-I-AR72)*, Decisión de la Sala de Juicio, 7 de mayo de 1997, nota 78, párrafo 692.

<sup>74</sup> Cfr. SCHABAS, W. A.: «Principios generales de derecho penal», *op. cit.*, pp. 289-290.

<sup>75</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Parte general*, *op. cit.*, pp. 451-452; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Parte General*, *op. cit.*, pp. 322-323.

misivo<sup>76</sup>. Esta tesis implica la irrelevancia de consideraciones acerca del dominio del hecho para distinguir entre autoría y participación por omisión<sup>77</sup>.

— Otro sector doctrinal opina, por el contrario, que sí cabe cooperación por omisión del garante, pues cuando dicho garante no impide la comisión activa del hecho por otra persona, es ésta quien tiene el dominio del hecho necesario para la autoría mientras que el omitente garante carece de él, razón por la cual es únicamente un partícipe<sup>78</sup>. De esta forma, este sector considera que habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural con la comisión, y participación en comisión por omisión en dos situaciones: «cuando al sujeto, pese a asumir el control de un riesgo que se realizará de modo inmediato en un resultado típico de la Parte Especial, le faltan las condiciones especiales de autoría o el tipo no es susceptible de ser cometido por omisión; y cuando el compromiso asumido se refiere al control del riesgo que se deriva de un sujeto que en el caso concreto obra como partícipe, sea inductor, cooperador necesario o cómplice»<sup>79</sup>. Esta es la postura mayoritaria en Alemania.

— Por último, una posición intermedia sostiene que si el que omite impedir la comisión activa de un delito de resultado por otro es garante, siempre será autor del delito en comisión por omisión sin que se distinga, pues, entre autoría y participación. Coincide hasta aquí con la primera posición que apuntaba, de la que se diferencia al considerar que cabe acudir a la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en que, por requerirse especiales formas de ejecución o cualidades especiales en el autor, o requisitos adicionales subjetivos u objetivos, el garante omitente no puede ser considerado autor. Por tanto, el sujeto en comisión

---

<sup>76</sup> En este sentido, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Parte General, op. cit.*, pp. 546 y 590 y ss. Probablemente también CEREZO MIR, J.: «Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», en CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, pp. 345-346.

<sup>77</sup> En contra, *vid.* por todos CUERZA RIEZU, A.: «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I)», *ADPCP* 1992, p. 513, que ofrece argumentos de justicia material, siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Recensión a la obra de Enrique Bacigalupo», *op. cit.*, p. 725, además de otros de índole sistemática.

<sup>78</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./CÓRDOBA RODA, J.: *Comentarios, I, op. cit.*, pp. 892-893; HUERTA TOCILDO, S.: «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», *RFDUCM*, n.º 68, 1983, pp. 43 y ss.

<sup>79</sup> CUERDA RIEZU, «Estructura», *op. cit.*, pp. 512-513. En el mismo sentido, SILVIA SÁNCHEZ, J. M.: «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y forma de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, n.º 38, 1987, p. 397.

por omisión será partícipe y no autor cuando el hecho típico que no ha impedido no se pueda realizar por omisión<sup>80</sup>.

Personalmente considero preferible la tesis que admite la participación omisiva debido a que a la «colaboración» que menciona el Estatuto puede dársele un significado amplio, comprensivo del hacer y del omitir, de la actividad psíquica y de la material.

En lo que respecta a la distinción entre autoría y participación en comisión por omisión entiendo que la no evitación de un delito de acción puede dar lugar a una u otra según los casos: habrá autoría en comisión por omisión si hay identidad estructural en el plano normativo y material con la comisión activa a título de autor, y participación en comisión por omisión cuando dicha identidad estructural se establece no con la realización activa de un tipo de la Parte especial, sino con el tipo del partícipe<sup>81</sup>.

Ahora bien, partiendo ya de la tesis que afirma la posibilidad de participación omisiva, debemos cuestionarnos si es correcto hacer descansar su fundamentación en la posición de garante, convertida en criterio básico de distinción entre dicha participación y la simple omisión pura. Se trata de determinar cuándo hay equivalencia entre la conducta omisiva y la activa en orden a la participación. La participación consiste en facilitar al autor la comisión del delito y, como pone de relieve DÍAZ Y GARCÍA<sup>82</sup>, «para poder hablar de participación en comisión por omisión, tendrá que ocurrir que la propia omisión facilite, elimine obstáculos a la comisión del delito... facilitación o eliminación de obstáculos no es lo mismo que no interposición de

<sup>80</sup> Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 608; HUERTA TOCILDO, S.: «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en HUERTA TOCILDO, S.: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 59.

<sup>81</sup> Cfr. SILVIA SÁNCHEZ, J. M.: «Aspectos de la comisión por omisión», op. cit., pp. 373 (sobre la aceptación del fundamento de la equivalencia en la doctrina española) y 388 y ss.; del mismo autor, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 223 y ss. En el mismo sentido, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Recensión al libro de Enrique Bacigalupo», op. cit., p. 726; LUZÓN PEÑA, D.-M.: «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en LUZÓN PEÑA, D.-M.: *Estudios Penales*, op. cit., p. 235.

<sup>82</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión», *Poder Judicial*, n.º 24, 1991, p. 210. La jurisprudencia alemana ha apreciado en ocasiones complicidad omisiva en casos en que el sujeto, si bien no podía haber impedido el hecho principal delictivo, sí lo podía haber dificultado y no obstante ello no intervino. La fundamentación que se ofrece es que el no dificultar el hecho por parte de un garante equivale a su favorecimiento activo. Contra tal conclusión se ha pronunciado un cualificado sector de la doctrina. Por todos, vid. KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 293.

obstáculos, igual que, refiriéndonos a conductas de autoría, no es igual creación o aumento decisivo y determinante del riesgo que no evitación del riesgo o dejar que el riesgo siga su curso». Siguiendo el mismo criterio utilizado a la hora de analizar la comisión por omisión, no fundamento la participación omisiva únicamente en la posición de garante, sino que se ha de comprobar que la «omisión favorezca o facilite la comisión del hecho, aumentando —o contribuyendo a aumentar— en ese sentido el riesgo pero sin posibilidad de decisión, control o dominio sobre la realización del peligro... puede haber circunstancias en las que la pasividad o, en cualquier caso (aunque sea realizando otra actividad), la omisión de una actividad de impedir el delito favorezca, haga más fácil, la comisión de éste por el autor, y en tal caso será algo más que omisión propia (de impedir delitos) y constituirá cooperación mediante omisión»<sup>83</sup>. Además de esta eficacia de la omisión en orden a la ejecución del hecho, deberá tenerse en cuenta al menos otros dos requisitos cuya concurrencia permitirá considerar la omisión como participación (cooperación necesaria o complicidad)<sup>84</sup>. En primer lugar, un específico deber jurídico de impedir la comisión del delito «que coloque al obligado en la posición de garante y cuyo sentido sea el de fundamentar una responsabilidad criminal por el resultado no impedido»<sup>85</sup>. En segundo lugar, la voluntad de facilitar la ejecución, ya que la participación requiere como elemento subjetivo que la voluntad del partícipe se dirija a contribuir a la realización del hecho principal, aunque no se considera necesario un acuerdo con el autor. De otra forma no sería posible hablar de participación omisiva, sino de mera inercia no constitutiva de una participación del sujeto en la comisión del delito, que le era desconocida.

Por lo que se refiere a la delimitación entre la cooperación y la autoría presenta particulares problemas la coautoría, ya que con la tesis del dominio funcional del hecho se admite que sea coautor el organizador, lo que obliga a diferenciar bien este caso del supuesto del cooperador que sólo interviene en la fase preparatoria. Pues bien, a mi juicio las aportaciones de los coautores deben producirse o actualizarse en la fase de ejecución del hecho, no en la fase preparato-

---

<sup>83</sup> LUZÓN PEÑA, D.-M.: «Participación por omisión», *op. cit.*, p. 549. A esta posición se adhiere DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión», *op. cit.*, pp. 208 y ss.

<sup>84</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios, I*, *op. cit.*, pp. 892-893.

<sup>85</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios, I*, *op. cit.*, pp. 892-893. En el mismo sentido *vid.* HUERTA TOCILDO, S.: «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», *op. cit.*, p. 249; LUZÓN PEÑA, D.-M.: «Participación por omisión», *op. cit.*, p. 535; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 402.

ria<sup>86</sup>, aunque no tienen por qué materializarse en la ejecución directo-corporal de acciones típicas, de forma que merece la consideración de coautor quien contribuye al delito de forma esencial en su fase de ejecución, es decir, quien ostente un dominio funcional del hecho. Esto, aplicado al supuesto que nos ocupa, supone que el organizador sólo podría ser considerado coautor cuando «sigue «dirigiendo» la realización del hecho, aun cuando no llegue a realizar acciones de «ejecución» en sentido objetivo-formal..., por lo que su dominio funcional del hecho queda actualizado en la fase de ejecución, y no existiría inconveniente teórico ninguno para incardinarle, por tanto, entre los coautores. Pero si la labor de «organización» no se ha actualizado ni siquiera como «dirección de la ejecución», es preciso seguir restringiendo el ámbito de la coautoría, de manera que no termine confluyendo en la genérica imputación del hecho a título de coautor al mero «organizador-preparador», es decir, a quien realiza actos preparatorios»<sup>87</sup>. En efecto, no es suficiente el acuerdo previo o la organización en la fase preparatoria para afirmar que el hombre de atrás posee ya el dominio funcional del hecho que da lugar a la coautoría. «No puede decirse que alguien que sólo ha actuado preparando el hecho pueda «dominar» realmente su transcurso. Por el contrario, dicho «preparador» depende para la realización del hecho de la iniciativa, las decisiones y la confirmación del hecho

---

<sup>86</sup> En este sentido se ha manifestado un destacado sector de la doctrina española. *Vid.* por todos, CEREZO MIR, J.: *Problemas*, *op. cit.*, pp. 176-177; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *ADPCP* 1984, pp. 110-114; GÓMEZ RIVERO, M. C.: «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y de la participación», *La Ley* 1996-I, p. 1627; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, *op. cit.*, pp. 372-375. Por su parte, MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, *op. cit.*, p. 156, sostiene que cabe coautoría no ejecutiva, por lo que la coautoría sirve a su juicio para dar respuesta adecuada a los casos de dominio por organización; sin embargo, más adelante reconoce que la admisión de la coautoría no ejecutiva choca con la figura del cooperador necesario (p. 158); del mismo autor, «¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?», en AA.VV.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 519-522.

<sup>87</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «El dominio del hecho», *op. cit.*, p. 112. Parece asumir este criterio FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ANARTE BORRALLA, E. (eds.): *Delincuencia organizada*, *op. cit.*, p. 97, cuando afirma «que se podrá considerar coautor cuando se constate una aportación de tal magnitud que, pese a no actuar, se entienda que el jefe de la organización domina funcionalmente el hecho». Esto es, el hombre de atrás podrá llegar a ser coautor aunque no realice actos ejecutivos.

del que actúa directamente, si es que éste actúa libre e independientemente»<sup>88</sup>.

Desde este punto de vista no es aceptable la postura de quienes, como WELZEL<sup>89</sup>, afirman la coautoría entre el subordinado y el superior siempre que por parte de éste tenga lugar una actividad de planificación y organización en la fase preparatoria de tal entidad que compense «el *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica»<sup>90</sup>. Para este sector doctrinal, en fin, parece bastar con esa contribución previa a la ejecución para afirmar la coautoría, cuando lo cierto es que el hombre de atrás ha de actualizar su función dirigente en fase ejecutiva, sin lo cual no puede decirse que domine funcionalmente el hecho ni, por lo tanto, que sea coautor del mismo. Esta discusión ha tenido especial intensidad en Alemania en torno a la calificación jurídica del «jefe de la banda»<sup>91</sup>. Sin embargo, no es lo mismo un grupo de individuos que se juntan para cometer delitos sin una firme estructura, que eligen a uno como jefe del grupo por su capacidad para planificar y organizar la comisión de hechos delictivos, que un aparato organizado de poder, pues es imposible afirmar sus características, empezando ya por la fungibilidad de sus miembros<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> ROXIN, C.: *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000, p. 294. Señala además este autor que «cuando el preparador no domina a esta otra persona y el ejecutante es, por el contrario, activo de forma libre y plenamente responsable, entonces aquél que no está presente tampoco puede dirigir el transcurso del hecho, sino que depende de la arbitrariedad del actuante» (p. 296).

<sup>89</sup> Cfr. WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.<sup>a</sup> ed. alemana, 4.<sup>a</sup> ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, pp. 132-133. En sentido similar a WELZEL, *vid.* JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 749-750; MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte General. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 374-375; WESSELS, J.: *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 158.

<sup>90</sup> Señala que no se puede compensar la falta de aporte en la fase ejecutiva con la esencialidad de la actuación en la fase preparatoria, entre otros, BLOY, R.: *Die Beteiligungsform*, *op. cit.*, pp. 199-200, quien pone de relieve que aunque las aportaciones sean igualmente relevantes, las prestadas en la fase preparatoria sólo son punibles una vez en relación con la ejecución que posteriormente otro lleva a cabo, mientras que las prestadas en fase ejecutiva son de por sí punibles. Cabe oponer, sin embargo, que en absoluto puede afirmarse que todas las aportaciones realizadas durante la ejecución den lugar a la coautoría, pues en ocasiones se trata de actos de cooperación, necesaria o no, en el delito. En España, *vid.* GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, *op. cit.*, p. 373.

<sup>91</sup> *Vid in extenso* PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría*, *op. cit.*, pp. 231-235, quien hace un excelente resumen de las opiniones defendidas a este respecto tanto en la doctrina española como en la alemana.

<sup>92</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Autoría*, *op. cit.* En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La Autoría en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 647; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.: *La autoría mediata*, *op. cit.*, pp. 257 y ss, y 273 y ss.; PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría*, *op. cit.*, pp. 231 y ss.

Por tanto, es posible admitir la coautoría del jefe de la banda que actualiza en la fase ejecutiva la contribución al hecho realizada en la fase preparatoria, y sin embargo negar que quien desde la cúspide de un aparato organizado de poder planifica y ordena la ejecución de un delito por alguno de los miembros de la organización sea coautor con él del delito cometido en cumplimiento de sus órdenes. Piénsese que en los casos que nos ocupan el hombre de atrás que da las órdenes generalmente no actualiza su función de dirigente en la fase de ejecución, pues delega en los escalones inferiores de la organización, con lo que será difícil atribuirle el dominio funcional del hecho conjuntamente con el ejecutor, a lo que se añade, como hemos visto, que puede ser imposible constatar la concurrencia del acuerdo común, pues en múltiples ocasiones más que de un acuerdo se trata del cumplimiento de una orden que llega al ejecutor a través de una cadena de sujetos procedente de un superior al que ni siquiera conoce más que por su cargo o funciones.

A ello se añade que si no se exige en la coautoría que la aportación de los coautores se actualice o tenga lugar en la fase de ejecución del delito, los actos de planificación de quienes sólo intervienen en la fase preparatoria deberían suponer inicio de la ejecución, lo que sería incorrecto, ya que resulta contradictorio afirmar que no intervienen en la fase de ejecución y sin embargo considerar que su actuación constituye inicio de la tentativa, produciéndose un notable adelantamiento de la punibilidad por las formas de ejecución imperfecta, además de no ser coherente con la defensa del principio de accesoriadad cuantitativa<sup>93</sup>. Al tratarse de actos preparatorios, el inicio de la punibilidad por la tentativa tiene lugar para todos los intervinientes (esto es, tanto para el que sólo participa en la fase preparatoria como para los demás) cuando el autor o uno de los coautores inicia la fase de ejecución, lo que pone de relieve la distinta contribución al hecho de unos y otros y la incorrección que se produce al considerar coautor a quien únicamente interviene en la fase de preparación del delito sin actualizar su función durante su ejecución.

El art. 25.3 d) del Estatuto tipifica la contribución a la comisión o tentativa de comisión de un crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.

Según algunos autores se trata de «la contribución intencional a un crimen colectivo, que es algo más que una conspiración puesto que se contribuye a los actos de ejecución (comisión o tentativa de comisión) realizados por un grupo de personas (crimen colectivo) que ten-

---

<sup>93</sup> Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor*, op. cit., pp. 423-424.

gan una finalidad común»<sup>94</sup>. No sería más que otra forma de cooperación. Para otros se trata de la «*conspiracy*» del Derecho anglosajón<sup>95</sup>, aunque lo cierto es que la utilización del término «conspiración» fue expresamente rechazada durante las discusiones<sup>96</sup> y que la expresa exigencia de que el grupo haya comenzado la fase ejecutiva impide que se configure como un acto preparatorio<sup>97</sup>. Téngase presente que la «*conspiracy*» se caracteriza en el Derecho anglosajón por suponer el castigo del mero acuerdo, prescindiendo de que exista o no una organización estable y de que los delitos programados lleguen a ejecutarse o no<sup>98</sup>.

En mi opinión nos encontramos ante una forma de participación en el delito que no se diferencia de las tradicionales más que en el hecho de que se contribuye a la comisión de un crimen colectivo. Ahora bien, la peculiar estructura comisiva de estos crímenes puede suponer que actos individuales que suponen una ínfima contribución al hecho, y que quizás en un delito de otra naturaleza no serían relevantes, alcancen aquí relevancia y superen la frontera de la punibilidad de los actos de cooperación al delito, por supuesto siempre que se constate la presencia del dolo de contribuir a la finalidad común.

### 3.4. *El encubrimiento*

Respecto del encubrimiento, téngase en cuenta que ha sido el término elegido para traducir «*abet*», concepto procedente del «*common law*» cuyo significado en español no resulta nada claro. Según el

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales», *op. cit.*, p. 141.

<sup>95</sup> La «*conspiracy*» se regula en el Derecho anglosajón en la *Criminal Law Act* de 1977, posteriormente modificada por la *Criminal Attempts Act* de 1981. Se define en el art. 1 de la forma siguiente: «sin perjuicio de las ulteriores previsiones de esta parte del Act, si una persona se pone de acuerdo con cualquier otra para seguir una línea de conducta que, si el acuerdo se ejecutase según sus intenciones, o a) necesariamente incluiría o comportaría la comisión de un delito por parte de uno o más de los partícipes, o bien b) alcanzaría tal fin si no fuera por la existencia de hechos que hacen imposible la comisión del delito o de los delitos, esa es culpable de *conspiracy* por cometer el delito o los delitos en cuestión». Sobre este concepto, *vid.* TESSUTO, G.: *Discorso giuridico e repertorio lessicale del diritto penale di common law*, G. Giappichelli, Torino, 2001, pp. 189-192.

<sup>96</sup> Para la historia del proyecto, *vid.* el Informe del Comité *ad hoc* para el establecimiento de una Corte Penal Internacional, Asamblea General, Documentos Oficiales, 50.<sup>a</sup> Sesión, Suplemento, n.º 22/A/50/22, Anexo II, p. 59.

<sup>97</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, P.: «Hacia la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 43.

<sup>98</sup> Cfr. CADOPPI, A.: «La *conspiracy* nel Diritto inglese. Un interessante esempio di trasmutazione di un istituto dalla parte speciale alla parte generale», en FORNASARI, G. (a cura di): *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di Diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002, p. 162.

diccionario que se utilice puede significar «instigar, incitar, prestar apoyo en un delito»<sup>99</sup>, o «cooperar en la comisión de un delito»<sup>100</sup>.

Si se analiza el origen del término las cosas se aclaran un poco. Etimológicamente procede del francés antiguo, «à *beter*», que significa «provocar o excitar». En el inglés actual predomina también ese sentido<sup>101</sup>, si bien en el lenguaje jurídico hemos de tener presente que «*abetting*» no puede ser equiparado sin más a la inducción, pues guarda significativas diferencias con ella. En particular, incluye tanto la conducta de quien hace nacer en otro la resolución delictiva (inducción, en nuestra terminología) como la de quien se limita a dar ánimo y apoyo moral al autor ya previamente decidido a la comisión del crimen (cooperación psíquica)<sup>102</sup>.

En cualquier caso, resulta obvio que no se trata del encubrimiento como forma de intervención postdelictiva que conoció el Ordenamiento español, lo que se confirma al comprobar que el precepto habla de encubridor para referirse a un sujeto que ha de tener «el propósito de facilitar la comisión» del crimen, a lo que se añade que la cláusula de cierre alude a quien «colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen». Teniendo en cuenta su origen, no cabe sino concluir que se trata en realidad de una forma de inducción que debería haberse incluido en la letra b), no de una forma de cooperación equivalente a las contempladas en la letra c).

<sup>99</sup> TENA CALVO, J. A.: *Diccionario de expresiones y términos de interés policial y criminalístico. Inglés-español. Español-inglés*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 21.

<sup>100</sup> *Diccionario Espasa de términos jurídicos. Español-inglés. English-spanish*, Espasa, Madrid, 2002.

<sup>101</sup> Según el diccionario etimológico, «abet» tiene los siguientes significados: «1. To urge on, stimulate (a person to do something. Obs. 2. esp. in a bad sense: To incite, instigate, or encourage (a person, to commit an offence (obs.), or in a crime or offence). In legal and general use. 3. To support, countenance, maintain, uphold, any cause, opinion, or action. Obs. in a good sense. 4. esp. in a bad sense: To encourage, instigate, countenance a crime or offence, or anything disapproved of. 5. To back up one's forecast of a doubtful issue, by steaking money, etc.: to bet. Obs.». Los números 1, 3 y 5 son antiguos. El 1 se usó hasta 1587, el 3 hasta 1725 y el 5 hasta 1630. Por su parte, según el *Compact Oxford English Dictionary*, «to abet» significa «instigation, aid or encouragement».

<sup>102</sup> Cfr. TESSUTO, G.: *Discorso giuridico e repertorio lessicale del diritto penale di common law, op. cit.*, pp. 165-167.

## 4. La responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Derecho español

### 4.1. *La responsabilidad de los jefes y otros superiores en el Estatuto de Roma*

El art. 28 del Estatuto lleva por título «responsabilidad de los Jefes y otros superiores».

Art. 28 del Estatuto: «Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El Jefe militar o el que actúe efectivamente como Jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

- a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y
- b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

De redacción similar son el art. 7.1 del Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados

dos en la antigua Yugoslavia, y el art. 6.1 del Estatuto del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, respectivamente.

Como antecedente de esta regulación hay que recordar el art. 86.2 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario aplicable a las Víctimas de los Conflictos Armados. Este precepto dispone que «el hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si estos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción»<sup>103</sup>.

El consenso acerca de la necesidad de sancionar al superior en estos casos es prácticamente unánime.

Véase el principio 9 de los Principios de Bruselas contra la impunidad y por la justicia internacional adoptados por el Grupo de Bruselas por la justicia internacional, que señala que «el superior jerárquico es responsable del comportamiento de sus subordinados en todos los casos en que ha tenido, o debería haber tenido, conocimiento de su comportamiento, y que tenía el poder de prevenir o hacerlo cesar», subrayando que «la responsabilidad del superior jerárquico no exonera de responsabilidad al subordinado».

La expresa admisión de la autoría mediata con un ejecutor penalmente responsable, cuyo prototipo es el dominio de la organización, no sustituye al concepto de responsabilidad por mando, conocido tanto en el Derecho penal internacional como en el interno, pues la autoría mediata, «a diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios»<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Sobre los orígenes, extensión y límites de la responsabilidad por mando en el Derecho internacional, con extensas citas jurisprudenciales, *vid.* PAUST, J. J.: «Superior Orders and Command Responsibility», en CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.), *International Criminal Law. I. Crimes*, 2.<sup>a</sup> ed. Transnational Publishers, Ardsley, 1999, pp. 223 y ss.

<sup>104</sup> AMBOS, K.: «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional», *Revista Penal*, n.º 7, enero 2001, p. 16; del mismo autor, «La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional», en AMBOS, K. (coord.), *La nueva Justicia penal supranacional*, *op. cit.*, pp. 196 y ss, donde habla de las diferentes caras de la misma moneda; del mismo autor, «Os princípios gerais», *op. cit.*, p. 35.

En la doctrina se suele afirmar que nos encontramos ante un delito de comisión por omisión, pero a mi juicio al sostener esto se incurre en un equívoco. Esta expresión alude únicamente a aquellas omisiones penales referidas a resultado y equivalentes a la comisión que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa. Por tanto, la denominación «delito de comisión por omisión» no es aplicable a aquellos supuestos de omisión y resultado específicamente previstos, como es el caso que nos ocupa, que ya configuran expresamente la posición de garante<sup>105</sup> y consideran estructuralmente equivalentes la omisión y la causación activa del resultado<sup>106</sup>.

Para justificar la posición que he adoptado conviene efectuar algunas precisiones en torno a los conceptos de omisión propia o pura, omisión impropia y comisión por omisión, advirtiendo que el punto de vista del que parto para efectuar la distinción no es el único que se utiliza en la doctrina<sup>107</sup>. Adopto inicialmente la bipartición básica

---

<sup>105</sup> Que se deriva directamente de lo establecido en el art. 87 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, que establece la obligación de los comandantes de prevenir la comisión de delitos por sus subordinados, por lo que puede hablarse de una obligación legal de actuar en evitación de tales hechos, puesto que se recoge en un Tratado internacional que además tiene la consideración de derecho consuetudinario.

<sup>106</sup> De hecho, durante las discusiones los delegados secundaron la opinión francesa que rechazaba la responsabilidad general por omisión impropia o comisión por omisión, basándose en una interpretación estricta del principio de legalidad. Cfr. AMBOS, K.: «La responsabilidad del superior», *op. cit.*, p. 196.

<sup>107</sup> Un sector de la dogmática, cuyo origen se halla en los trabajos del penalista alemán LUDEN, establece la distinción entre los delitos propios e impropios de omisión («*echte und unechte Unterlassungsdelikte*») conforme a la clase de norma violada, según sea ésta preceptiva o prohibitiva. En España siguen este criterio QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Delito de omisión», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, Bosch, Barcelona, 1975, p. 478; del mismo autor, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 23; SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal español. Tomo I*, 5.ª ed., Madrid, 1950, p. 172. Este criterio no es aceptable, puesto que en los delitos impropios de omisión quien omite la acción esperada sólo infringe el mandato de actuar, y no simultáneamente la prohibición de causación del resultado. Utilizando palabras de Armin KAUFMANN, las normas prohibitivas vetan hacer algo; por tanto, la norma que prohíbe no puede comprender conductas, como las de comisión por omisión, que consisten precisamente en no hacer algo. Más extensamente, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión*, *op. cit.*, pp. 320 y ss.

Según otro sector doctrinal, anterior al Código penal de 1995, en el que se encuentran a título de ejemplo BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 4.ª ed. PPU, Barcelona, 1994, pp. 378-379, y OCTAVIO DE TOLEDO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Parte general*, *op. cit.*, p. 564 (con matizaciones), los delitos propios e impropios de omisión sólo se distinguían atendiendo a un criterio formal o jurídico-positivo, de acuerdo con el cual los primeros se regulaban en la ley, mientras que los impropios habían sido creados al margen de la ley por la jurisprudencia y la doctrina. Esta tesis fue contestada en su momento, entre otros, por JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 552, quien señalaba que de esa forma se borraba

que, de acuerdo con la concepción mayoritaria, distingue entre omisiones puras y omisiones referidas a un resultado, teniendo en cuenta en todo momento que la omisión consiste, en cualquier caso, en un comportamiento que contrasta con una obligación jurídica de contenido positivo, esto es, con una obligación jurídica de hacer. Pues bien, en las omisiones puras o propias sólo se responde de la no realización de una conducta debida, y al omitente no se le imputa un eventual resultado lesivo o de peligro producido, siendo indiferente que éste se dé o no. Esto es, los delitos de omisión pura no requieren para su consumación la presencia de un resultado naturalístico separable de la mera inactividad. El criterio tradicional considera «los delitos propios de omisión como hechos penales que se agotan en la no realización de la acción requerida por la ley»<sup>108</sup>. Por supuesto, con la acción requerida el Ordenamiento pretende evitar un resultado que valora negativamente, pero el omitente no está obligado a impedir el resultado, que tampoco constituye un elemento del tipo. Dentro de las omisiones puras distingue SILVA SÁNCHEZ, el principal monografista sobre el tema, las omisiones generales y las de garante, distinción en la que no insistiré por escapar del objeto de estudio<sup>109</sup>.

Las omisiones referidas a un resultado se caracterizan, a su vez, por la posibilidad de que les sea imputado el resultado de lesión o de peligro que, al no realizarse la conducta indicada, no ha sido evitado.

---

la diferencia material entre delitos propios e impropios de omisión, prescindiendo del dato de que en la ley hay delitos impropios de omisión que merecen un tratamiento diferenciado del que procede en los delitos propios. En el mismo sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *op. cit.*, pp. 322 y ss. No obstante, cabe señalar, con MIR PUIG, S.: *Parte General, op. cit.*, p. 313, n.º 17, que «tan importante como la distinción de omisión pura y comisión por omisión es, en efecto, la de **omisión prevista como tal por la ley y omisión no descrita expresamente por la redacción legal**» (negrita en el original). En el primer grupo se contienen tanto formas de omisión pura como de comisión por omisión o de omisión y resultado, mientras que en el segundo únicamente cabe la comisión por omisión.

En las páginas que siguen parto, pues, de una combinación de dos de los criterios expuestos: el criterio formal o jurídico-positivo, que atiende a la tipificación expresa o no, y el material, que se basa en la necesidad o no de producción de un resultado naturalístico para entender consumado el delito.

<sup>108</sup> JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, p. 550. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión, op. cit.*, p. 343.

<sup>109</sup> Las omisiones puras de garante sancionan el incumplimiento por determinadas personas de un deber especial de actuar distinto del que pueda incumbir al resto de los ciudadanos, no exigiéndose tampoco para su aplicación la presencia de un ulterior resultado de lesión o de peligro, ya que es suficiente para la consumación el simple incumplimiento del deber de actuar. A su vez diferencia, dentro de esta última categoría, entre las que aparecen expresamente tipificadas como tales omisiones de gravedad intermedia y aquellas otras en que no se da dicha tipificación. Para este último supuesto propone el mismo autor, *de lege ferenda*, una regulación específica como cualificaciones de los tipos de omisión de socorro y de impedir determinados delitos. *Cfr.* SILVIA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión, op. cit.*, p. 347.

Como indica SILVA SÁNCHEZ<sup>110</sup>, dentro de este grupo se han de distinguir tres categorías. La primera está constituida por las omisiones que, «apareciendo expresamente tipificadas en preceptos de descripción negativa y siéndoles imputado un resultado, carecen sin embargo de una paralela realización comisiva de la que puedan considerarse equivalentes; son pues, *omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva*» (en cursiva en el original). La segunda categoría «acoge aquellas realizaciones típicas omisivas referidas a resultado que muestran equivalencia con la correspondiente comisión activa». A su vez, esta categoría se subdivide en otras dos. «La primera subcategoría dentro de ella la constituyen las omisiones penales que aparecen expresamente acogidas, en descripciones negativas, por preceptos legales que contemplan, a la vez, la correspondiente comisión activa. Son las *omisiones referidas a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas*». La segunda subcategoría acoge en su seno «aquellas omisiones penales, referidas a resultado y equivalentes a la comisión, que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa». Únicamente las omisiones comprendidas en esta última subcategoría deben recibir la denominación de «comisión por omisión».

En mi opinión no nos encontramos tampoco ante un delito de mera omisión del deber de impedir la comisión de delitos. El precepto señala expresamente que el superior «será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso», por tanto, esos crímenes se le imputarán directamente a título de autor, justificándose tal imputación «en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas».

Rechazo por tanto las opiniones que consideran la responsabilidad del superior como una modalidad de complicidad<sup>111</sup>.

En lo que respecta al «*actus reus*», ha de existir una posición de preeminencia del superior sobre los subordinados, que es lo que fundamenta la posición de garante. Este poder de mando, en el caso de los superiores militares, esta autoridad y control, en el caso de los superiores no militares, no debe identificarse sin más con el rango o status de una persona, pues debe incluir la capacidad de modelar el

<sup>110</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión*, op. cit., pp. 343, 347 y ss.

<sup>111</sup> Vid. entre otros BANTEKAS, I.: «The contemporary law of superior responsibility», *American Journal of International Law*, 93, 1999, p. 577; FENRICK, W. J.: «Article 28», op. cit., nm.2.

comportamiento y de influir de forma determinante en la conducta de los subordinados<sup>112</sup>.

Tanto el art. 28 del Estatuto como la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia se refieren no al status formal o *de iure* del superior sino al status *de facto*, esto es, el que efectivamente la persona en cuestión actúe como superior<sup>113</sup>.

De esta forma, existe poder de mando o autoridad y control cuando dando una orden el superior puede impedir la comisión de delitos, al estar los subordinados obligados a obedecerle. Y al respecto ha de puntualizarse que esa capacidad es menor en las estructuras jerárquicas civiles que en las militares, como hemos tenido ocasión de comprobar al tratar la cuestión del deber de obediencia. En cualquier caso, el superior debe poseer tanto la competencia legal como la posibilidad material de impedir los crímenes, como se desprende del hecho de que deba adoptar las medidas «necesarias y razonables... a su alcance».

La actitud que ha de adoptar el superior ante la comisión de crímenes por parte de sus subordinados depende del estadio que haya alcanzado la ejecución y de su propia capacidad de mando, autoridad y control: si el crimen todavía no se ha cometido o se ha iniciado la ejecución, el superior tiene la obligación de impedir su consumación; si ya se ha cometido, tiene la obligación de reprimirlo siempre que tenga potestades sancionadoras, y de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes si carece de ellas o no son suficientes en relación con la entidad de los crímenes<sup>114</sup>. Pero conviene tener presente que «la obligación del jefe o superior de impedir o sancionar los comportamientos de los subordinados no lo sitúa ante dos opciones igualmente satisfactorias, puesto que una vez que el superior tiene razones para conocer que sus subordinados van a cometer un crimen y no lo impide, no puede compensar esa omisión, sancionándolos con posterioridad»<sup>115</sup>.

<sup>112</sup> Cfr. FENRICK, W. J.: «Article 28», *op. cit.*, n.º 4, p. 15. Vid. también LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 147; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, «Aspectos penales», *op. cit.*, pp. 143 y ss.

<sup>113</sup> Vid. la definición de BANTEKAS, I.: «The contemporary law of superior responsibility», *op. cit.*, p. 582; también FENRICK, W. J.: «Article 28», *op. cit.*, n.º 5, p. 18.

<sup>114</sup> Piénsese en la potestad disciplinaria, que sería insuficiente cuando debe intervenir el Estado ejerciendo su «*ius puniendi*», ante la importancia del crimen cometido.

<sup>115</sup> LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 148.

Ya atendiendo al elemento subjetivo o «*mens rea*», en caso de tratarse de jefes militares (no de jefes civiles) la conducta puede realizarse tanto de forma dolosa como imprudente<sup>116</sup>. En efecto, el ámbito de responsabilidad es más amplio cuando se trata de los jefes militares que de los civiles, ya que, a diferencia de estos últimos, no es imprescindible que los primeros hayan tenido cabal conocimiento de la conducta ilícita de sus subordinados, siendo suficiente con que hubieran debido conocerla.

El dolo ha de abarcar tanto el incumplimiento del propio deber del superior de ejercer un control apropiado sobre las fuerzas bajo su mando cuanto la comisión de crímenes por los subordinados<sup>117</sup>.

Se han de equiparar los casos de ignorancia deliberada al dolo<sup>118</sup>. Éste sería el caso de quien estando en condiciones de conocer algo opta por no hacerlo, prefiriendo ignorar el verdadero alcance y contenido de su decisión. Y en efecto no debe olvidarse que un sector doctrinal sostiene que «el concepto de error, la equivocación, pese a la falta de diligencia, presupone un mínimo interés, entendido no como la actitud interna del sujeto, sino como elemento expresado externamente en la comisión del hecho. Quien no sabe por carecer de interés alguno en conocer, por rechazo o indiferencia o, incluso, por falta intencional de adquisición del conocimiento no incurre en error»<sup>119</sup>. Existen casos en que un sujeto no quiere saber más de lo que ya conoce porque es consciente de la posible comisión de delitos en cuyos detalles no desea profundizar. «En tal caso, el conocimiento con el que se cuenta inicialmente basta para afirmar la existencia de dolo eventual, de tal forma que deja de ser necesario acudir a la figura de la ignorancia deliberada para evitar la absolución»<sup>120</sup>. Pero no conviene generalizar en exceso, ya que en otros supuestos la ignorancia responde sin más a que el volumen de trabajo es tan eleva-

---

<sup>116</sup> En este sentido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «La parte general», *op. cit.*, marginales 1035-1036, quien, sin embargo, no atiende a la diferente descripción del elemento subjetivo de la conducta en los dos párrafos; a semejanza de lo recogido en el texto, LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional*, *op. cit.*, p. 147.

<sup>117</sup> Cfr. AMBOS, K.: «La responsabilidad del superior», *op. cit.*, p. 198.

<sup>118</sup> En este sentido, cfr. WU, T./KANG, Y.-S.: «Criminal liability for the actions of subordinates - The doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law», *Harvard International Law Journal* 38, 1997, pp. 284-285.

<sup>119</sup> FELIP I SABORIT, D.: *Error Iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000, p. 263, con apoyo bibliográfico en JAKOBS.

<sup>120</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R.: «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en AA.VV.: *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 268.

do que el superior no puede entrar a conocer los detalles de cada actuación, por lo que «no parece nada claro que estas ignorancias deliberadas imputables a un exceso de atribuciones deban hacerse acreedoras de la misma pena que las comisiones dolosas»<sup>121</sup>.

La tipificación de la modalidad imprudente ha sido criticada por quienes entienden que se trata de una «circunstancia no totalmente comprensible en el contexto de un cuerpo legal que pretende circunscribirse a «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional» (art. 5.1)», afirmando que «resulta difícil explicar la equiparación del que directa y dolosamente comete alguno de estos graves atentados a los derechos humanos con la conducta de quien, sin intervenir en ellos, no los impide por la mera falta de cuidado en el ejercicio de sus deberes de control sobre la tropa»<sup>122</sup>. La crítica se hace más acerba una vez que se comprueba que la imprudencia aquí sancionada es tanto la consciente (equivalente a la «*recklessness*») como la inconsciente (o «*negligence*»), como claramente se desprende de la utilización de la expresión «debió haber tenido conocimiento»<sup>123</sup>.

En lo que se refiere a la punición de los delitos imprudentes de omisión y resultado, ésta se rige por las mismas normas que la de los delitos dolosos<sup>124</sup>. Teniendo en cuenta que el delito imprudente se caracteriza por la causación de un resultado que es consecuencia de la creación o el aumento de un peligro no permitido a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado, la omisión imprudente debe suponer la creación de un riesgo no permitido o bien la transformación de un riesgo originalmente permitido en otro no permitido por ausencia de las medidas de precaución exigibles, riesgo que desemboca en la producción del resultado típico<sup>125</sup>. Por lo que a nosotros interesa, el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido en los delitos imprudentes de omisión y resultado viene establecido por las normas de diligencia<sup>126</sup>.

<sup>121</sup> RAGUÉS I VALLÈS, R.: «Atribución de responsabilidades», *op. cit.*, p. 268.

<sup>122</sup> LAURENZO COPELLO, P.: «Hacia la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 44.

<sup>123</sup> Cfr. AMBOS, K.: «La responsabilidad del superior», *op. cit.*, pp. 220 y ss.

<sup>124</sup> Cfr. PÉREZ MANZANO, M.: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999, p. 110; de la misma autora, «La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995», *RDPC*, n.º 1 extraordinario, 2000, p. 165.

<sup>125</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Causalidad, omisión e imprudencia», en ROMEO CABSABONA, C. M. (ed.): *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, pp. 80 y ss.

<sup>126</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Causalidad, omisión e imprudencia», *op. cit.*, p. 82.

Como señala GIMBERNAT<sup>127</sup>, «como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas... apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces *funcionalmente* existe una *equivalencia* entre la *desestabilización* del nivel de lo permitido *porque* una *acción* incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado..., y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una *omisión* porque, en contra de lo *normativamente previsto*, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado» (cursivas en el original). De esta forma, en el delito imprudente hemos de interrogarnos, en primer lugar, acerca de la existencia de un deber de contener el foco de peligro, afirmado el cual se trata de averiguar si el incumplimiento de ese deber por no aplicar la diligencia debida da lugar a que el foco de peligro se desestabilice, convirtiéndose en un riesgo no permitido que acaba causando efectivamente el resultado. En este caso podremos afirmar la existencia de un delito imprudente de omisión y resultado.

El control del foco de peligro puede tener lugar en el momento inicial, de forma que sea necesario el control para que el foco de peligro se mantenga dentro del riesgo permitido desde el primer momento, y puede ser posterior, cuando el deber de contenerlo se atribuye a personas determinadas para evitar que lo que inicialmente era un riesgo permitido se convierta en uno no permitido, sea por caso fortuito, sea por la conducta dolosa o imprudente de un tercero<sup>128</sup>. En todo cuanto se refiere a cuestiones relacionadas con el reparto de funciones y de ámbitos de responsabilidad ha de tenerse en cuenta el principio de confianza, «entendido como instituto que sirve para determinar el deber de cuidado con respecto a la actuación de terceras personas», en vista de que «los garantes o los que crean riesgos para los bienes de terceras personas están amparados por el principio de confianza no sólo cuando delegan ciertos deberes de control, vigilancia o cuidado, sino también cuando confían de forma aceptable (permitida) para el

<sup>127</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Causalidad, omisión e imprudencia», *op. cit.*, pp. 82-83.

<sup>128</sup> *Vid.* ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Causalidad, omisión e imprudencia», *op. cit.*, pp. 88 y ss, donde distingue entre controles obligatorios originarios y posteriores, permanentes y periódicos, y controles facultativos, señalando que «a la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, en cuanto que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación anti-jurídica creada. Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión» (pp. 94-95).

Derecho en los deberes de control, vigilancia o cuidado de otras personas que han asumido esos deberes o los tienen por disposiciones legales»<sup>129</sup>.

Así pues, el jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar competente para la vigilancia del foco de peligro responde como autor imprudente por omisión al no haber evitado los resultados dañosos causados por sus subordinados como autores inmediatos dolosos (no imprudentes, porque no se prevé la comisión imprudente de los delitos internacionales)<sup>130</sup>.

Por lo que se refiere a «las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a)», esto es, no tratándose de jefes militares ni de quienes actúan efectivamente como tales, además de quedar excluida la sanción en los casos en que hubieran debido saber que los crímenes estaban siendo cometidos o que los subordinados se proponían cometerlos, se introduce otro factor restrictivo de la punibilidad: de acuerdo con el art. 28.2 b), los crímenes deben guardar relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo, pues fuera de ese ámbito no se deriva responsabilidad penal alguna por no prevenirlos o no reprimirlos.

#### 4.2. *La responsabilidad por mando en el Derecho penal español*

La LO 15/2003 ha introducido un nuevo art. 615 *bis* en el Capítulo IV, «Disposiciones comunes», del Título XXIV del Libro II del Código penal de 1995<sup>131</sup>.

Art. 615 *bis* CP: «1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evi-

<sup>129</sup> FEJÓO SÁNCHEZ, B.: «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal», *RDPC*, n.º 1 extraordinario, 2000, pp. 109, 110-111. Más adelante este autor analiza detenidamente la relación entre el fenómeno de la división del trabajo y el principio de confianza.

<sup>130</sup> Ampliamente GIMBERNAT ORDEIG, E.: «La omisión impropia en la dogmática penal alemana», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 9, 1999, pp. 357 y ss.

<sup>131</sup> Ya en 2002 el Grupo de Estudios de Política Criminal había señalado que «debe promoverse una reforma del ordenamiento español con arreglo a los siguientes principios: ... 4. Regulación de la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y/o militares que, sin haber intervenido como ejecutores materiales ni inductores directos, hayan organizado, controlado o no impedido la ejecución de estos delitos». GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta de justicia penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13.

tar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.

5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II *bis* y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

El Derecho penal español ya conocía algunos casos de responsabilidad por mando.

En el Código penal militar español de 1985 existen tres preceptos que regulan el tema de la responsabilidad por mando, si bien de forma fragmentaria: por una parte, el art. 78 CPM, que al sancionar penalmente la realización de «cualesquiera otros actos contrarios» a las normas del Derecho Internacional Humanitario incrimina la violación del deber impuesto a los superiores por el art. 87 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, a que hemos hecho alusión anteriormente<sup>132</sup>; por otro lado, el art. 137 CPM regula un supuesto de responsabilidad por mando que, no obstante, no supone la atribución al

---

<sup>132</sup> Art. 78 CPM: «El militar que llevare a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o náufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión».

superior de los delitos cometidos por los subordinados y no impedidos a título de autoría, pues se configura como un delito de omisión del deber de impedir delitos y no como un delito de comisión por omisión<sup>133</sup>; por último, el art. 614 CPM contiene otro tipo residual aplicable por «cualesquiera otras infracciones o actos contrarios» a las normas mencionadas<sup>134</sup>.

No se ha trasladado a nuestro Derecho interno la misma regulación de la responsabilidad de los jefes y otros superiores que existe en el Derecho internacional. En concreto, se distingue entre autoridad o jefe militar, o quien actúe efectivamente como tal, por un lado, y el superior no comprendido en esas categorías, por otro. Por otra parte, ha de destacarse que no se sanciona con la misma pena al superior que omite impedir que al que omite reprimir o informar a las autoridades competentes para que repriman los crímenes cometidos por los subordinados, pues en este segundo caso recibe la pena inferior en dos grados<sup>135</sup>. Por su parte, la autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que realice la misma conducta sí es castigado con la misma pena que los autores.

---

<sup>133</sup> Art. 137 CPM: «El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión».

<sup>134</sup> Art. 614 CPM: «El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

<sup>135</sup> El legislador español ha seguido la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal en este aspecto, que señalaba que «se establecen dos niveles de responsabilidad: uno para aquellos jefes militares que no intervengan para impedir los delitos cometidos por sus fuerzas cuando aún pudieran hacerlo, que se equipara a la autoría del delito mismo; y otro, para aquellos supuestos en los que se infrinja el deber de promover la persecución de dichos delitos, una vez cometidos, con una pena menor». GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta de justicia penal internacional*, op. cit., pp. 52-53.

## Bibliografía

- ALEXY, R.: «Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín», *DOXA*, n.º 23, 2000, p. 197.
- AMBOS, K.: «Article 25», en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 475.
- : «Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma», en CHOUKR, F. H./AMBOS, K. (orgs.): «Tribunal Penal Internacional», *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2000, p. 25.
- : «Responsabilidad penal individual en el Derecho penal supranacional», *Revista Penal*, n.º 7, enero 2001, p. 5.
- : «La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional», en AMBOS, K. (coord.): *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 159.
- : *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Principios de Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed. Akal, Madrid, 1997.
- BANTEKAS, I.: «The contemporary law of superior responsibility», *American Journal of International Law*, n.º 93, 1999, p. 573.
- BAUMANN, J.: «Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung», *NJW*, 1963, p. 561.
- : «Gedanken zum Eichmann-Urteil», *JZ*, 1963, p. 110.
- BLACK, H. C.: *Black's Law Dictionary*, 7.ª ed. St. Paul, West Group, 1999.
- BLOY, R.: *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985.
- BOLEA BARDÓN, C.: *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BUENO ARÚS, F.: «Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000, p. 117.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal español. Parte general*. 4.ª ed. PPU, Barcelona, 1994.
- CADOPPI, A.: «La *conspiracy* nel Diritto inglese. Un interessante esempio di trasmissione di un istituto dalla parte speciale alla parte generale», en FORNASARI, G. (a cura di): *Le strategie di contrasto alla criminalità organizzata nella prospettiva di Diritto comparato*, Cedam, Padova, 2002, p. 161.
- CEREZO MIR, J.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964.
- : «Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal», en CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 333.

- CHERIF BASSIOUNI, M.: *Le fonti e il contenuto del Diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal. III. Artículos 24 a 94*, Edersa, Madrid, 2000.
- CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I (arts. 1-22), Ariel, Barcelona, 1972.
- CUERZA RIEZU, A.: «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español (I)», *ADPCP*, 1992, p. 491.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M.: *La Autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- : «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión», *Poder Judicial*, n.º 24, 1991, p. 203.
- FARALDO CABANA, P.: *Las causas de levantamiento de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- : *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FARRÉ TREPAT, E.: *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal», *RDPC*, n.º 69, 2000, p. 37.
- FELIP I SABORIT, D.: *Error Iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art. 14 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2000.
- FENRICK, W. J.: «Article 28», en TRIFFTERER, O. (ed.): *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, p. 515.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T.: «Autoría y participación en la criminalidad organizada», en DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.<sup>a</sup> DEL R./SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (coords.): *Hacia un Derecho penal sin fronteras*, Colex, Madrid, 2000, p. 25.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «Blanqueo» de capitales y criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ANARTE BORRALLO, E. (eds.): *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 85.
- FRANK, R. V.: *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18. Aufl. Tübingen, 1931.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1966.
- : «Causalidad, omisión e imprudencia», en ROMEO CASABONA, C. M. (ed.), *Dogmática Penal, Política Criminal y Criminología en evolución*, Comares, Granada, 1997, p. 51.
- : «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 9, 1999, p. 311.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, Civitas, Madrid, 1984.
- : «El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)», *ADPCP* 1984, p. 103.
- : «Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y necesaria tipificación de estos crímenes en el Derecho penal español», en BACIGALUPO ZAPATER, E. (dir.): *El Derecho penal internacional*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial VII-2001, Madrid, p. 9.

- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: «La parte general del Estatuto de la Corte Penal Internacional», *AP* 2003, marginal 1029.
- GÓMEZ RIVERO, M. C.: «Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y de la participación», *La Ley* 1996-I, p. 1624.
- GRÜNWARD, G.: *Zur Kritik der Lehre vom überpositiven Recht*, Peter Hanstein, Bonn, 1971.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: *Una propuesta de justicia penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: *La responsabilidad penal del coautor. Fundamento y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.: *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada, 1996.
- HOYER, A.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen*, C. H. Beck, München, 1998.
- : «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen: Sonderregeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen», en AMELUNG, K. (Hrsg.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, p. 183.
- HUERTA TOCILDO, S.: «Omisión de los deberes de impedir y denunciar determinados delitos», *RFDUCM*, n.º 68, 1983, p. 43.
- : «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en HUERTA TOCILDO, S.: *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 19.
- JÄGER, H.: «Betrachtungen zum Eichmann-Prozeß», *MschKrim*, n.º 45, 1962, p. 73.
- JAKOBS, G.: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- : «Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado. ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?», *DOXA* núms.17-18, 1995, p. 445.
- JESCHECK, H.-H.: *Tratado de Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed. Comares, Granada, 1993.
- JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T.: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- KAUFMANN, ARTHUR: «Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht», *NJW* 1995, p. 81.
- LAURENZO COPELLO, P.: «Hacia la Corte Penal Internacional», en AA.VV.: *XII Seminario Duque de Ahumada. Crímenes contra la humanidad y genocidio*, Ministerio del Interior, Madrid, 2001, p. 35.
- LIROLA DELGADO, I./MARTÍN MARTÍNEZ, M. M.: *La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J.: *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D.-M.: «La «determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», en LUZÓN PEÑA, D.-M.: *Estudios penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 197.

- LUZÓN PEÑA, D.-M.: «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en LUZÓN PEÑA, D.-M.: *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1991, p. 225.
- MARXEN, K.: «Beteiligung an schwerem systematischen Unrecht. Bemerkungen zu einer völkerstrafrechtlichen Straftatlehre», en LÜDERSSEN, K. (Hrsg.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band III. Makrodelinquenz*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 220.
- MAURACH, R./GÖSSEL, K. H./ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte General. 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 7.<sup>a</sup> ed. Reppertor, Barcelona, 2004.
- MUÑOZ CONDE, F.: «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ANARTE BORRALLA, E. (eds.), *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 151.
- : «¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?», en AA.VV.: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, p. 501.
- : «Problemas de autoría y participación en el derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica?», *Revista Penal*, n.º 9, enero 2002, p. 59.
- MURMANN, U.: *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Tatherrschaftslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- : «Täterschaft durch Weisungsmacht», *GA* 1996, p. 269.
- NEUMANN, U.: «Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre «delincuencia estatal» en la anterior RDA», *DOXA*, n.ºs 17-18, 1995, p. 435.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.<sup>a</sup> ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1985.
- PAUST, J. J.: «Superior orders and command responsibility», en CHERIF BASSIOUNI, M. (ed.): *International Criminal Law. I. Crimes*, 2nd. ed.: Transnational Publishers, Ardsley, 1999, p. 223.
- PÉREZ ALONSO, E. J.: *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.
- PÉREZ MANZANO, M.: *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Civitas, Madrid, 1999.
- : «La impunidad de la participación imprudente en el Código Penal de 1995», *RDPC*, n.º extraordinario, 2000, p. 139.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *La obediencia debida en el Código penal. Análisis de una causa de justificación (art. 8, 12.<sup>a</sup> CP)*, Bosch, Barcelona, 1986.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: «Delito de omisión», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. VI, Bosch, Barcelona, 1975.
- : *Comentarios al Código Penal*, 2.<sup>a</sup> ed. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966.

- RAGUÉS I VALLÈS, R.: «Atribución de responsabilidades en el Derecho penal de la empresa», en AA.VV.: *XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 243.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: «Aspectos penales del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (ed.): *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Escuela Diplomática/Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales/BOE, Madrid, 2000, p. 133.
- ROXIN, C.: «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», *GA*, 1963, p. 193.
- : «Verzeichnis der im Literaturbericht besprochenen Schriften. Schroeder, Friedrich-Christian: Der Täter hinter dem Täter», *ZStW*, 1966, p. 222.
- : «Sobre la autoría y participación en el derecho penal», en AA.VV.: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, p. 55.
- : «Der Anfang des beendeten Versuchs», en AA.VV.: *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Müller, Karlsruhe, 1972, p. 213.
- : «Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *JuS* 1979, p. 1.
- : «Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados», *Doctrina Penal* 1985, p. 399.
- : «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», *Revista Penal*, n.º 2, julio 1998, p. 61.
- : «Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität», en SAMSON, E./DENCKER, F./FRISCH, P./FRISTER, H./REIB, W. (Hrsg.): *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 549.
- : «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en FERRÉ OLIVÉ, J. C./ANARTE BORRALLÓ, E. (eds.): *Delincuencia organizada*, Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 191.
- : «Las formas de participación en el delito: el estado actual de la discusión», *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.º 9, 1999, p. 545.
- : «El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo (Comentario a la Sentencia del BGH de 12 de agosto de 1997)», *AP* 1999-2, marginal 589.
- : *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2000.
- : *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000, trad. de la 7.ª ed. alemana (2000).
- : «Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Dr. Herzberg», en AMELUNG, K. (Hrsg.): *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, ProUniversitate, Sinzheim, 2000, p. 55.
- SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *Derecho Penal español*. Tomo I. 5ª ed. Madrid, 1950.
- SCHABAS, W. A.: «Principios generales del derecho penal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (parte III)», en AMBOS, K./GUERRERO, O. J.

- (comps.): *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 269.
- SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2. Aufl. Mohr, Tübingen, 1975.
- SCHROEDER, F.-C.: «Täterschaft und Teilnahme bei eigenhändiger Tatbestandsverwirklichung», *ROW*, 1964, p. 97.
- : *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
- : «Aspectos de la comisión por omisión: fundamento y forma de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario», *CPC*, n.º 38, 1987, p. 367.
- SOLÁ RECHE, E.: *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996.
- SPENDEL, G.: «Der «Täter hinter dem Täter» - eine notwendige Rechtsfigur?», en AA.VV.: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, p. 147.
- TENA CALVO, J. A.: *Diccionario de expresiones y términos de interés policial y criminalístico. Inglés-español. Español-inglés*, Tecnos, Madrid, 2002.
- TESSUTO, G.: *Discorso giuridico e repertorio lessicale del diritto penale di common law*, G. Giappichelli ed.: Torino, 2001.
- TRIFFTERER, O.: «Domésticos de ratificación e implementación», en AMBOS, K. (coord.): *La nueva Justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 13.
- URIOS MOLINER, S.: «Antecedentes históricos de la Corte Penal Internacional», en GÓMEZ COLOMER, J. L./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./CARDONA LLORÉNS, J. (coord.): *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 23.
- VEST, H.: *Genozid durch organisatorische Machtapparate. An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- VIVES ANTÓN, T. S. (coord.): *Comentarios al Código penal de 1995, I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- WELZEL, H.: *Das deutsches Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11. Aufl. Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- : *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11.ª ed. alemana, 4.ª ed. castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993.
- WESSELS, J.: *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
- WU, T./KANG, Y.-S.: «Criminal liability for the actions of subordinates - The doctrine of command responsibility and its analogues in United States Law», *Harvard International Law Journal*, 38, 1997, p. 272.