

El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata^(*)

Héctor Olásolo

Doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional
Profesor titular en el Departamento de Derecho Penal
y Procesal Penal de la Universidad de Utrecht
(España)

Sumario

El presente escrito aborda el desarrollo en derecho penal internacional de la doctrina del dominio del hecho, en general, y el de la coautoría mediata, en particular, a la luz de los más recientes pronunciamientos de la propia Corte Penal Internacional, con una acuciosa y detallada comparación respecto de fallos proferidos por tribunales internacionales ad hoc, instituidos previamente a la conformación de la Corte Penal Internacional, con el fin de juzgar conductas delictivas internacionales tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra.

Temas relacionados

Derecho penal internacional; Corte Penal Internacional; crímenes de lesa humanidad y de guerra; autoría y participación; autoría y coautoría mediata.

(*) Del caso Stakic contra el Presidente de la región de Prijedor ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia a los casos Katanga, Ngudjolo y Bemba contra los Comandantes en Jefe de las Milicias FRPI y FNI y el ex Vicepresidente de la República Democrática del Congo ante la Corte Penal Internacional.

I. Introducción

El pasado 30 de septiembre de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) I de la Corte Penal Internacional (Corte) emitía la versión pública de la decisión de confirmación de cargos en el caso contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui (decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga)⁽¹⁾. En esta misma decisión se afirmaba la existencia de “pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer” que ambos imputados son penalmente responsables como coautores mediatos de los crímenes de guerra y de lesa humanidad presuntamente cometidos por los miembros del Front National Intégrationniste (FNI) y de las Forces de Résistance Patriotique en Ituri (FRPI), durante el ataque conjunto que realizaron el 24 de febrero de 2003 contra Bogoro (villa situada en el distrito de Ituri, al noreste de la República Democrática del Congo, DRC, por sus siglas en inglés)⁽²⁾. Como consecuencia, la SCP I decretaba la apertura del juicio oral.

Dadas las circunstancias particulares reinantes en este momento en la Corte, el juicio oral contra Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui puede llegar a convertirse en el primer juicio oral en la historia de este tribunal, dado que el proceso contra Thomas Lubanga Dyilo (primer caso ante la Corte) se encuentra en este momento suspendido de manera indefinida. La razón de esta suspensión no es otra que el hecho de que en los primeros años (2004 a 2006) de investigación de la situación en la RDC, la Fiscalía de

(1) Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/07-717, emitida por la SCP I en el caso *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* el 30 de septiembre de 2008 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-07-717-ENG.pdf>).

(2) El día anterior a la fecha de entrega de este artículo, concluyó el plazo para que la Fiscalía y ambas defensas solicitasen, conforme al artículo 82(1)(d) del Estatuto de Roma (ER), la autorización de la SCP I para poder realizar una apelación contra la decisión de confirmación de cargos. Solamente la Defensa de Germain Katanga ha hecho uso de este recurso procesal, si bien su solicitud de autorización para apelar se limita a los cargos de violencia sexual (que en opinión de la defensa no fueron cometidos con un dolo de consecuencias necesarias, sino, a lo sumo, con un dolo eventual y que, por ende, no deberían haber sido confirmados al no pronunciarse la Sala sobre si la figura del dolo eventual es admitida o no por el artículo 30 (ER), y no afecta, por tanto, a la confirmación de los demás delitos de guerra y de lesa humanidad.

la Corte recibió, conforme al artículo 54(3)(e) ER, numerosos documentos bajo condición de que no podrían transmitirse ni a la Sala competente de la Corte ni a la defensa a no ser que mediara previa autorización expresa de la entidad que le entregó los mismos. Al avanzar en la investigación, la Fiscalía identificó que más de doscientos de estos documentos contenían información potencialmente exculpatoria y que, por lo tanto, debían ser entregados a la defensa conforme a lo dispuesto en el artículo 67(2) ER. A estos efectos, la Fiscalía solicitó la correspondiente autorización a las entidades que le habían transmitido los documentos (en su mayor parte, la Organización de las Naciones Unidas). Sin embargo, dos semanas antes del inicio del juicio oral, previsto para el 23 de junio de 2008, la Fiscalía no había recibido la autorización solicitada, y no había puesto a disposición de la defensa los documentos identificados como potencialmente exculpatorios. Ante esta situación, el 13 de junio de 2008, la Sala de Primera Instancia decidió suspender indefinidamente el inicio del juicio oral hasta que la defensa tuviera acceso a los documentos, o hasta que, al menos, la Sala de Primera Instancia pudiera valorar si, tal y como afirmaba la Fiscalía, la información incluida en los mismos tenía efectivamente una naturaleza potencialmente exculpatoria⁽³⁾. Con posterioridad, en su decisión de 3 de septiembre de 2008, la Sala de Primera Instancia ha reiterado que a pesar de las autorizaciones parciales obtenidas por la Fiscalía en los últimos meses, todavía no se dan las condiciones necesarias para levantar la suspensión del proceso⁽⁴⁾.

En este contexto, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga —que junto con la decisión

(3) "Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008", dictada por la Sala de Primera Instancia I en el caso Lubanga el 13 de junio de 2008, ICC-01/04-01-06/1401 (available at <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1401-ENG.pdf>).

(4) Vid. Redacted Version of "Decision on the Prosecution's Application to Lift the Stay of Proceedings", emitida por la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso Lubanga el 3 de septiembre de 2008, ICC-01-04-01-06-1467 (disponible en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-1467-ENG.pdf>).

de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁽⁵⁾ son las dos únicas decisiones de carácter sustantivo emitidas hasta el momento por la Corte— adquiere especial importancia. En la misma, se abordan por primera vez los elementos contextuales de los delitos de lesa humanidad previstos en el Estatuto de Roma (ER) y en los Elementos de Crímenes (EC)⁽⁶⁾, así como los elementos específicos de ciertos delitos de violencia sexual (violación y esclavitud sexual) tipificados en el ER como crímenes de guerra o de lesa humanidad⁽⁷⁾. Así mismo, se analizan con cuidado las características que definen a los crímenes de guerra cometidos durante el desarrollo de operaciones militares en conducción de las hostilidades, y que los distinguen de aquellos otros crímenes de guerra cometidos una vez que las personas o bienes protegidos se encuentran bajo el control del grupo al que pertenecen los autores del delito⁽⁸⁾.

Pero, sin duda, algunos de los aspectos más relevantes de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga son (i) la ratificación de lo dispuesto en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, con respecto a la adopción a través del artículo 25 (3)(a) ER de la teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación, y (ii) la utilización por primera vez en la historia de la Corte de la coautoría mediata, como resultado de la aplicación conjunta de la coautoría basada en el dominio funcional del hecho y de la autoría mediata a través del dominio de la organización. De esta manera, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, además de seguir la línea marcada en el caso Lubanga, da un paso adelante en cuanto que ninguno de los coautores realiza directamente los elemen-

(5) Decision on the confirmation of the charges, ICC-01/04-01/06-803-TEN, emitida por la SCP en el caso *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* el 29 de enero de 2007 (disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf).

(6) Decisión de Confirmación de Cargos en el Caso Katanga, pp. 125-139.

(7) *Ibíd.*, pp. 110-114 y 143-148.

(8) *Ibíd.*, pp. 84-92. Sobre los crímenes de guerra cometidos durante la conducción de las hostilidades, vid. en particular Olásolo, 2007: capítulo IV.

tos típicos de los delitos imputados, sino que se valen de los grupos armados organizados que ellos mismos controlan (FRPI y FNI) para llevarlos a cabo.

De esta manera, la SCP I retoma el concepto de coautoría mediata, previamente aplicado en el 2003 en la sentencia de la Sala de Primera Instancia II del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (“TPIY”) en el caso contra *Milomir Stakic*⁽⁹⁾, y que desde entonces no había vuelto a ser utilizado, debido a que la Sala de Apelaciones del TPIY declaró en su sentencia de apelación en este mismo caso que el concepto de coautoría mediata ni formaba parte de la costumbre internacional en el momento en que se produjeron los delitos imputados (primavera y verano de 1992), ni había sido acogido por la jurisprudencia del TPIY⁽¹⁰⁾.

La elaboración del concepto de coautoría mediata en derecho penal internacional, aplicable por lo general a situaciones en que un pequeño grupo de altos líderes políticos y/o militares acuerdan la ejecución de un plan criminal común mediante la utilización de las diversas organizaciones que dirigen, se produce en un momento en que las fiscalías de la Corte, del TPIY y del Tribunal Penal Internacional para la Rwanda (TPIR), así como aquellas de la Corte Especial para Sierra Leona y de los Tribunales para Camboya y Líbano, han dejado claro que, con independencia de que algunas de sus primeras actuaciones pudieran haberse centrado en soldados y mandos medios de las unidades y grupos involucradas en los crímenes de guerra y de lesa humanidad investigados, sus actuaciones se centran en la actualidad en la responsabilidad de los líderes políticos y militares de dichos grupos, que por lo general se encuentran geográfica y estructuralmente alejados del lugar de los hechos⁽¹¹⁾.

(9) *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Trial Judgement, ICTY, caso num. IT-97, 24-T, dictada por la Sala de Primera Instancia II el 31 de julio de 2003. Vid. sobre esta sentencia, Olásolo y Pérez Cepeda: 2004, pp. 474 *et seq.*

(10) *The Prosecutor v. Milomir Stakic*, Appeal Judgement, ICTY, caso num. IT-97, 24-A, dictada por la Sala de Apelaciones el 22 de marzo de 2006. Vid. sobre esta sentencia, Olásolo: 2007, pp. 142 *et seq.*

(11) Los distintos *policy papers* de la Fiscalía de la CPI están disponibles en la página web oficial de la CPI. Vid. también Olásolo: 2008, capítulo I.

En este sentido, conviene no olvidar que, en lo que a la Corte se refiere, además de la reciente petición de orden de arresto realizada por la Fiscalía contra Omar Hassan Al Bashir (actual presidente de Sudán), se han emitido a día de hoy órdenes de arresto contra el ex vicepresidente de la RDC (Jean Pierre Bemba Bongo), el ex viceministro de interior y actual ministro de asuntos humanitarios del gobierno de Sudán (Ahmed Harum), el actual presidente y comandante en jefe del Ejército de Liberación del Señor (y cuatro de sus más altos comandantes militares: Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Okhiambo, Dominic Ongwen y Rasaka Lukwiya)⁽¹²⁾, el presidente de *l'Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* (“UPC/RP”) y comandante en jefe de su brazo armado, las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (“FPLC”), así como su ex jefe de Estado mayor adjunto para operaciones militares (Thomas Lubanga Dyilo y Bosco Ntaganda), el ex comandante en jefe de las FRPI (Germain Katanga) y el ex comandante en jefe del FNI (Mathieu Ngudjolo Chui).

2. La adopción por el Estatuto de Roma de un modelo dualista de autoría y participación caracterizado por un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho

La reciente decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga⁽¹³⁾ ratifica la interpretación previamente adoptada por la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁽¹⁴⁾, en el sentido de que el artículo 25 (3) ER⁽¹⁵⁾ acoge un modelo dualista

(12) Este último falleció después de que la Sala de Cuestiones Preliminares III emitiera una orden de arresto contra el mismo.

(13) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 484 y 486.

(14) Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

(15) Esta disposición se encuentra incluida en la Parte III del Estatuto de Roma sobre principios generales de derecho penal aplicables por la Corte.

que distingue entre autoría y participación⁽¹⁶⁾. De esta manera, como se afirma en ambas decisiones, mientras el subapartado 3 (a) del artículo 25 ER recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión “cometa ese crimen” para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito⁽¹⁷⁾, los subapartados 3(b) a 3(d) del artículo 25 ER utilizan las expresiones “ordene”, “proponga”, “induzca”, “sea cómplice”, “sea encubridor”, “colabore” y “contribuya de algún otro modo”, para recoger aquellas formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al propio ER⁽¹⁸⁾. Desde esta perspectiva, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga contribuyen, sin duda, a consolidar en derecho penal internacional un modelo dualista basado en la distinción entre autoría y participación (rechazando, de esta manera, el concepto unitario de autor originariamente adoptado en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio), que si bien se recogía ya de manera nominal en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado establecido en Alemania tras la Segunda Guerra Mundial, no fue adoptado jurisprudencialmente hasta el advenimiento de los tribunales *ad hoc* a mediados de los años noventa⁽¹⁹⁾.

(16) En el mismo sentido, Ambos, 1999, pp. 478 a 480; y Werle, 2005, pp. 212-213.

(17) SCP I, caso ICC-01/04-01/06, The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, de 10 de febrero de 2006, documento número: ICC-01/04-01/06-1 (referida en el texto como “decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga”), párrafo 78. La versión pública de esta decisión se encuentra en el anexo I de la decisión número ICC-01/04-01/06-8 de 24 de febrero de 2006. La versión inglesa se encuentra disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr_English.pdf, mientras que la versión francesa se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr-tFrench.pdf>. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

(18) Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

(19) Conviene no olvidar que los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente no recogían la distinción entre autoría y participación, adoptando, como Ambos: 2005, pp. 275 *et seq.* ha señalado, un concepto unitario de autor que no distinguía entre autores y partícipes. Como resultado, según explica Werle, 2005, p. 211 (nota al pie 636), la jurisprudencia del IMT y del IMTFE se limita a señalar que distintas formas de intervención en la comisión del

Tal y como ha señalado la SCP I, a la hora de definir el concepto de autor y de distinguir entre autoría y participación se pueden distinguir entre las teorías objetivo-formales, las subjetivas y las obje-

(Cont. nota 19)

delito dan lugar a responsabilidad penal individual. Con posterioridad, las reglas relativas a las formas de responsabilidad penal recogidas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, establecido tras la segunda guerra mundial, introducen por primera vez en el derecho penal internacional la distinción entre los conceptos de autoría y participación. Así el artículo II (2) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que se recoge inmediatamente a continuación de las definiciones de los delitos, prevé que "cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de la capacidad con la que haya actuado, es penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 si (a) fue autor del delito; (b) si fue partícipe, u ordenó o encubrió el mismo; (c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; (d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; (e) era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; o (f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1(a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como la pertenencia al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, cobeligerantes o satélites, u ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países" (traducción del autor). Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales militares norteamericanos que aplicaron esta ley se olvida de esta distinción, y acoge un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes. Vid. en este sentido Ambos, 2005: 75 *et seq.*, y Werle, 2005: p. 211 (nota al pie 636).

Con la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994 de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda, y la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 y en 1996 del proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, aparecen los primeros intentos serios de desarrollar la normativa sobre formas de responsabilidad penal contenida en los estatutos de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania. En este contexto, será la jurisprudencia reiterada del TPIY la que comenzará el proceso de aceptación de la distinción entre autoría y participación en derecho penal internacional. En este sentido, es importante señalar que la sentencia de apelación en el caso Tadic (párrafo 229) subrayó ya en 1999 que el principal elemento que permite distinguir entre los conceptos de empresa criminal común y complicidad es que "el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor". Posteriormente, la Sala de Primera Instancia I, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 en el caso Kordic (párrafo 373), afirmó que "las distintas formas de intervención en la comisión de un delito que dan lugar a responsabilidad penal conforme al artículo 7(1) ETPIY pueden ser divididas entre formas de autoría y formas de participación". Esta misma Sala, en su sentencia de 2 de agosto de 2001 en el caso Krstic (párrafo 642), añadió que "parece claro que la expresión '*accomplice liability*' denota una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito".

La Sala de Apelaciones del TPIY volvió a abordar el problema de la distinción entre autoría y participación en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). En esta decisión afirmó expresamente que "la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría". Desde entonces, la jurisprudencia

tivo-materiales⁽²⁰⁾. Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga⁽²¹⁾ y Lubanga⁽²²⁾ afirman que el artículo 25 (3)(a) ER no adopta un concepto objetivo-formal de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo —de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común. Según se explica en ambas decisiones, el artículo 25 (3)(a) ER admite expresamente la autoría mediata, con indepen-

(Cont. nota 19)

del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac (párrafos 30 y 73), Vasiljevic (párrafos 95, 102 y 111), Blaskic (párrafo 33), Krstic (párrafos 134, 137 y 266 a 269), Kvočka (párrafos 79 y 91), Simic (párrafos 243 y 265), y Brdanin (párrafos 431, 434 and 444-450), y en las más recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik (párrafos 79 a 81) y Martić (párrafos 435 and 440), ha afirmado de manera reiterada que el artículo 7(1) ETPIY adopta la distinción entre autoría y participación y, por lo tanto, rechaza un concepto unitario de autor.

En cualquier caso, conviene no olvidar que alguna que otra decisión del propio TPIY (vid. por ejemplo la sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75 a 77 o el voto particular del juez Hunt en la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojđanic, párrafo 31) intenta rechazar sin éxito la distinción entre autoría y participación en el artículo 7(1) ETPIY por considerarla, además de innecesaria, contraria al ETPIY. Se tratan éstos de casos aislados de desacuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia del TPIY que no justifican la afirmación de Van Sliedregt, 2007: 190 en el sentido de que “los tribunales internacionales ni han aplicado, ni han rechazado tampoco de manera sistemática la distinción entre autoría y participación”.

Finalmente, en el TPIR, la cuestión relativa a si el artículo 6(1) ETPIR (cuyo texto es idéntico al del artículo 7(1) ETPIY) adopta la distinción entre autoría y participación se ha abordado también en el contexto del debate sobre la naturaleza jurídica de la doctrina de la empresa criminal común (también conocida como doctrina del propósito criminal común). Sin embargo, si bien la conclusión a la que se llega es la misma, el alcance de la discusión en el TPIR es mucho más limitado que en el TPIY. Vid. en particular las Sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIR de 13 de diciembre de 2004 y de 7 de julio de 2006 en los casos Ntakirutimana (párrafo 462) y Gacumbitsi (párrafo 158). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIR de 13 de diciembre de 2005 en el caso Simba (párrafo 389).

Una elaboración más detallada sobre el desarrollo del modelo dualista de autoría y participación en derecho penal internacional, vid. Olásolo: 2008, capítulo II.3.

(20) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 480) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 328-330).

(21) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 482.

(22) Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 333.

dencia de que el autor material sea o no penalmente responsable, figura que, como señala la SCP I, resulta incompatible con el concepto objetivo de autor⁽²³⁾. Además, la propia SCP I subraya que el concepto objetivo-formal de autor es generalmente rechazado entre la doctrina moderna⁽²⁴⁾.

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga⁽²⁵⁾ y Lubanga⁽²⁶⁾ niegan también expresamente que el artículo 25 (3)(a) ER adopte un concepto subjetivo de autor, que ha tenido hasta el momento su máxima expresión en derecho penal internacional en la construcción jurisprudencial de la doctrina de la empresa criminal común por parte del TPIY y TPIR, conforme a la cual cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, todos aquellos que llevan a cabo su contribución con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores, con independencia de la naturaleza y alcance de sus respectivas contribuciones⁽²⁷⁾.

(23) Decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga (párrafo 482) y Lubanga (párrafo 333).

(24) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 482, citando como ejemplos a Roxin, Joecks & Mieback, Stratenwerth & Kuhlen and Kühl.

(25) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 483.

(26) Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 334.

(27) La doctrina de la empresa criminal común, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por aquella del TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común. En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 23 a 26), ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque esta última es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de Apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. Una opinión distinta ha sido sostenida por Barret y Little, L.E.: 2003, pp. 30 *et seq.* Para estos autores, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una doctrina de empresa criminal colectiva que es difícil de distinguir del concepto de conspiración. Vid. también Fichtelberg: 2006, p. 165.

Según la SCP I, el artículo 25 (3)(a) ER no se decanta por un concepto subjetivo de autor, puesto que la doctrina de la empresa criminal común se encuentra íntimamente relacionada con la “forma residual de

(Cont. nota 27)

Para convertirse en participante en una empresa criminal común, no es suficiente con mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el deseo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquella. Este deseo debe ser compartido por todos los participantes en la empresa criminal común, lo que incluye a los soldados de baja graduación que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo y a los líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión. Como Bogdan (2006, p. 82) ha señalado, la importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante, puesto que lo que importa realmente es que la misma sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común. Vid. sentencias dictadas por la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 227 y 228), Krnojelac (párrafos 31, 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 100 y 101), Kvočka (párrafos 82, 83, 89 y 93), Stakic (párrafos 64 y 65) y Brdanin (párrafos 364 y 365). Vid. también la sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

En consecuencia, como Gustafson: 2007, p. 141 subraya, contribuciones menores pueden ser suficientes siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común (la necesidad de que la doctrina de la empresa criminal común requiera una contribución objetivamente importante a la realización del propósito criminal común ha sido subrayada por Danner y Martínez: 2005, pp. 150-151, y Ohlin: 2007, p. 89). Del mismo modo, contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común. En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta es el hecho de que todos y cada uno de los que participan en esta actúan con el deseo compartido de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común.

Por lo tanto, la doctrina de la empresa criminal común se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten. Vid. decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de maltrato (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de la segunda categoría de empresa criminal común, también conocida como empresa criminal común sistemática), se considera que el deseo compartido de delinquir es inherente al conocimiento de la naturaleza del sistema y a la intención de facilitar su funcionamiento. Finalmente, no existe responsabilidad conforme a la tercera categoría de empresa criminal común (es decir, aquella a través de la cual se atribuye responsabilidad penal a los integrantes de una empresa criminal común por aquellos delitos que, sin ser parte del plan criminal común, son una consecuencia previsible y aceptada de su ejecución) si no existe un deseo compartido entre sus integrantes de que se realicen los delitos incluidos en el plan criminal común.

Considerando que, como la SCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 327), existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio

participación” prevista en el artículo 25 (3)(d) ER, conforme a la cual será penalmente responsable todo individuo que “contribuya de algún otro modo en la comi-

(Cont. nota 27)

para dar contenido al concepto de coautoría —pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado—, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de coautoría elaborado por la misma se basa en la doctrina de la empresa criminal común. En este sentido, aunque como ha apuntado acertadamente Van Sliedregt, 2007, pp. 189-190, la sentencia de apelación en el caso Tadic no fue totalmente clara al concluir que el concepto de coautoría en el derecho internacional consuetudinario se basa en la doctrina de la empresa criminal común, la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 23 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 21 y 29) clarificó que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y con el artículo 7(1) ETPIY: (i) los participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables; (ii) existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos; y (iii) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común. La Sala de Apelaciones llegó a esta conclusión tras rechazar la posición de la defensa de que la práctica de los estados analizada por la sentencia de apelación en el caso Tadic es demasiado limitada como para justificar la consideración de la doctrina de la empresa criminal común como parte de la costumbre internacional. En este sentido, la Sala de Apelaciones manifestó expresamente en el párrafo 29 de la decisión que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación en el caso Tadic porque la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada es suficiente para mostrar que la doctrina de la empresa criminal común era parte de la costumbre internacional ya en 1992. Finalmente, al concluir que la participación en una empresa criminal común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor, la Sala de Apelaciones en el párrafo 20 de la decisión remarcó el hecho de que esto es así, porque quienes participan en esta deben actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materialice. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. Vid. en este sentido, las sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Vasiljevic (párrafo 95), Kvočka (párrafo 79), Krnojelac (párrafos 29 y 30) y Krstic (párrafo 134).

La jurisprudencia del TPIR —y en particular la sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana de 13 de diciembre de 2004 (párrafos 462 a 468), la decisión dictada por la Sala de Apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso Karemera de 12 de abril de 2006 (párrafo 13) y la sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi de 7 de julio de 2006 (párrafo 158)— se ha basado principalmente en la decisión de apelación en el caso Tadic para afirmar que, conforme al derecho internacional consuetudinario y al artículo 6(1) ETPIR, la coautoría se construye de acuerdo con la doctrina de la empresa criminal común. En consecuencia, habiendo basado el concepto de coautoría en la doctrina de la empresa criminal común, no se puede sino concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha adoptado un concepto subjetivo de autor que es a su vez el fundamento de la distinción entre autoría y participación (decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 329).

Una elaboración más detallada sobre el concepto subjetivo de autor adoptado por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, así como sobre la doctrina de la empresa criminal común, se puede encontrar en Olásolo: 2008, capítulos II.5, II.6 y IV.

sión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común⁽²⁸⁾. Para la SCP I, si el legislador hubiera adoptado un concepto subjetivo de autor, una formulación como la recogida en el apartado (d) del artículo 25(3) ER no existiría, cuya aplicación se limita a aquellos supuestos en los que no sea aplicable ninguna otra forma de participación prevista en los apartados (b) y (c) del artículo 25 (3) ER (como la participación por ordenar, la proposición, la inducción, la complicidad o el encubrimiento), sino que se hubiera incluido de forma preferencial en el apartado (a) del artículo 25(3) ER⁽²⁹⁾.

(28) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 335-337). Para que esta “forma residual de participación” sea punible, será necesario que esta se realice: (i) con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otra entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

(29) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafos 335-337). La interpretación del artículo 25(3)(d) ER como una forma residual de participación es también coherente con los dos elementos subjetivos que se prevén en dicha disposición. Así, por un lado, la contribución prestada debe ser “intencional”. Si bien, como Fletcher y Ohlin: 2005, p. 549 han explicado, esto sólo significa que la acción en que consiste la contribución —por ejemplo la venta de gasolina a aquellos que se dirigen al lugar donde van cometer una masacre— debe ser voluntaria. Además, como Fletcher y Ohlin: 2005, p. 549 también han señalado, dicha contribución, además de ser voluntaria, debe ser realizada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”; o al menos “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”. Por lo tanto, el artículo 25(3)(d) ER, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, sino que es suficiente con que la misma se preste siendo consciente del propósito criminal del grupo.

De esta manera, el artículo 25(3)(d) RS, no solo se limita a “aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25(3)(b) o (c) ER”, sino que tampoco requiere que quien contribuye actúe con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate (incluyendo cualquier *dolus specialis* que pudiera ser exigido por el mismo). Por esta razón, incluso si el artículo 25(3)(d) ER pudiera tener ciertas características en común con la elaboración que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha realizado de la doctrina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como una forma de coautoría. De hecho, al adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participa en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo. Vid. a este respecto, la sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo

Además, la propia SCP I subraya que la doctrina moderna rechaza también de manera general el concepto subjetivo de autor⁽³⁰⁾.

(Cont. nota 29)

370) y las sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Ver también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282). Además, como las sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente, para distinguir entre quién es coautor por su participación en una empresa criminal común y quién es meramente cómplice, es esencial determinar si quien toma parte en el proceso de tortura comparte también el *dolus specialis* que requiere el delito de tortura.

A lo dicho hasta ahora hay que sumar que, mientras el artículo 25(3)(c) ER requiere que el cómplice, el encubridor o la persona que asiste en la comisión del delito actúe "con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen", el artículo 25(3)(d) ER no prevé este requisito. Por lo tanto, conforme al artículo 25(3)(d) ER, al igual que ocurre con la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc (vid. sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagerura (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 46), Vasiljevic (párrafo 102), Krstic (párrafos 140 y 141), Simic (párrafo 86) y Blagojevic (párrafo 127), la responsabilidad penal a título de partícipe se deriva de aquellas acciones de favorecimiento del delito que son llevadas a cabo sin el deseo de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan. Vid. en el mismo sentido Kittichaisaree: 2001, p. 245.

Ante estas circunstancias, no se puede sino estar de acuerdo con la interpretación realizada por la SCP I conforme a la cual el artículo 25(3)(d) ER constituye, en el marco del sistema del ER, una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son llevadas a cabo con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas. Vid. en el mismo sentido Ambos: 1999, pp. 484-485 y Werle: 2007, pp. 958-961 y 974. Además, hay también que subrayar que esta forma residual de participación es la única de entre aquellas recogidas en el artículo 25(3) ER que, de alguna manera, tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. Si bien como Fletcher y Ohlin: 2005, p. 549 han señalado, el artículo 25(3)(d) ER difiere de la doctrina de la empresa criminal común elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* porque (i) requiere un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del propósito criminal común en lugar del deseo de que se materialice) y (ii) no prevé responsabilidad penal por los llamados delitos previsibles. Sin embargo, en opinión del autor, la principal diferencia radica en que la doctrina de la empresa criminal común trata a quienes participan en ella como coautores, mientras que el artículo 25(3)(d) ER es una forma residual de participación.

(30) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 483), citando entre otros a Sancinetti, Quintero Olivares, Bacigalupo, Fletcher, Werle, Bloy, Bockelmann, Bottke, Cerezo, Gallas, Gómez Benítez, Gropp, Herlitz, Jakobs, Jescheck Krey, Kühl, Kohlrausch, Lange, Maurach, Murmann, Niese, Roxin, Sax, Schönke & Schröder, Stratenwerth & Kuhlen, Rudophi & Wolter, Welzel, and Wessels & Beulke.

Tras rechazar los conceptos objetivo-formal y subjetivo de autor, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga sostienen que el artículo 25 (3)(a) ER adopta, mediante el uso de la referencia a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”, un concepto subjetivo-material basado en la teoría del dominio del hecho, que se convierte de esta manera en el criterio distintivo entre las categorías de la autoría y la participación⁽³¹⁾. En consecuencia, tal y como señala la SCP I, serán autores quienes dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y cómo será cometido⁽³²⁾.

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga han subrayado que el dominio del hecho es un concepto abierto, que se desarrolla en tres líneas principales: (i) en la autoría directa o inmediata como “control de la acción”; (ii) en la autoría mediata como “control de la voluntad” y (iii) en la coautoría como “codominio funcional del hecho”⁽³³⁾.

Según la SCP I, autor directo es la persona que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo. Se trata, por tanto, de la persona que según el artículo 25 (3)(a) ER comete el delito “por sí solo”, y se considera que tiene el dominio del hecho porque sustenta el control de la ac-

(31) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafos 484-486) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (333-338).

(32) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 485) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 330). La teoría del dominio del hecho es la más extendida de las teorías objetivo materiales del concepto de autor. Propuesta por primera vez por Welzel: 1939, pp. 491-466, es subsecuentemente desarrollada por Roxin. (vid. a este respecto, decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332). La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias. En contra de la exigencia de un elemento subjetivo se han manifestado, sin embargo, *inter alia* Gimbernat Ordeig: 1966, pp. 124 *et seq.*, y Díaz y García Conlledo: 1991, pp. 573 *et seq.*

(33) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 488 y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332. Vid. también Roxin: 2000, pp. 122 *et seq.*

ción al ser él mismo quien realiza materialmente el tipo penal⁽³⁴⁾.

La segunda manifestación del concepto abierto de dominio del hecho, a la que se refiere el artículo 25 (3)(a) ER cuando habla de quienes cometen el delito “con otro”, es la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, que es aplicable en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común. Como la SCP I ha afirmado en los casos Katanga y Lubanga, el concepto de coautoría “tiene su origen en la idea de que cuando la suma de las contribuciones realizadas de manera coordinada por una pluralidad de personas resulta en la realización de todos los elementos objetivos de un delito, cada una de las personas que realiza una contribución es también responsable de las contribuciones de los demás y, por lo tanto, se le puede considerar como autor del delito en su conjunto”⁽³⁵⁾.

Ahora bien, la propia SCP I ha matizado que solo tienen el codominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo⁽³⁶⁾. Cada uno de los individuos pertenecientes a este reducido grupo, si bien no se encuentra en posición de garantizar la comisión del delito, pues depende de que el resto de miembros del grupo desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas, comparte el control sobre el delito, porque se encuentra en posición de frustrar

(34) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332 (i)). Vid. también Roxin: 2000, pp. 127 *et seq.*

(35) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 520) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 326).

(36) Vid. la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488 y párrafos 519-526) y la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332 (iii)). Vid. también *inter alia* Mir Puig: 2002, p. 385, Muñoz Conde y García Arán: 2002, pp. 452-453, Pérez Cepeda: 1997, p. 417; Jescheck y Weigend, T: 1996, p. 674; Otto: 2000, n.º 57 y Jakobs: 1991, parágrafo 21/35; Kühl: 2002, n.º 99, Tröndle y Fischer: 2003, § 25 n.º 6 y Wessels y Beulke: 2001, n.º 526. Roxin: 2000, pp. 141 *et seq.*

su comisión mediante la omisión de la función esencial que le ha sido encomendada⁽³⁷⁾. Así, las correcciones del oficial de observación no producirán por sí mismas la consumación del delito (destrucción de la escuela secundaria objeto del ataque de artillería) si el escuadrón de artillería no hace los ajustes necesarios para continuar con el bombardeo. Del mismo modo, a falta de las correcciones del oficial de observación, el escuadrón de artillería podría continuar bombardeando la escuela secundaria indefinidamente sin hacer blanco sobre la misma.

El codominio funcional del hecho es inherente a la función esencial que se asigna a cada coautor en la ejecución del plan común⁽³⁸⁾. Sin embargo, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas que actúan de manera concertada, pueden existir numerosas funciones que no son esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo. Este es el caso, en particular, de las funciones de asesoramiento, como las que realiza quien confirma al escuadrón de artillería que puede utilizar la munición prevista o que debería continuar con el bombardeo de la escuela secundaria. Según la coautoría basada en el codominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, solo dará lugar a responsabilidad penal como partícipe⁽³⁹⁾.

Como señala la SCPI, citando expresamente a Herzberg, Jescheck/Weigend, Kölher, Kindhäuser, Kühl, Mir Puig, Muñoz Conde, Pérez Cepeda o Roxin⁽⁴⁰⁾,

(37) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 524 y 525, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 342. Vid. también Roxin: 2000, pp. 141 *et seq.*, Jescheck y Weigend: 1996, p. 674, Otto: 2000, n.º 57, y Pérez Cepeda: 1997, p. 417.

(38) Roxin: 2000, p. 141 *et seq.*, Kühl: 2002, n.º 99, Tröndle y Fischer: 2003, § 25 n.º 6, y Wessels y Beulke: 2001, n.º 526. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 525, y la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii).

(39) Roxin: 2000, pp. 141 *et seq.*, Muñoz Conde y García Aran: 2002, pp. 452-453, Kühl: 2002, nums. 103 y 112, y Wessels y Beulke: 2001, n.º 528. Ver también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.

(40) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 526, nota al pie 689.

para algunos autores el carácter esencial de la contribución —y por tanto la capacidad para ostentar el codominio del hecho— requiere que la misma se realice durante la fase de ejecución del delito. Sin embargo, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga⁽⁴¹⁾ y Lubanga⁽⁴²⁾ han rechazado esta limitación en cuanto que no aparece recogida en el Estatuto de Roma, de manera que como la propia SCP I en el caso Katanga ha señalado, “diseñar el ataque, proveer armas y municiones, enviar refuerzos y coordinar y monitorear las actividades de las tropas” son actividades de carácter esencial con independencia de que se realicen con anterioridad al inicio de la fase de ejecución del delito⁽⁴³⁾.

Finalmente, es importante señalar que cualquier tipo de asistencia que se preste a la comisión de un delito por una pluralidad de personas pero sin coordinación con las mismas solo puede dar lugar a responsabilidad penal como partícipe conforme a los artículos 25 (3)(b) a (d) ER, con independencia de la importancia que pueda tener esa contribución. Tal como las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga han reiterado, la falta de coordinación impediría la atribución a la persona de que se trate de las contribuciones realizadas por quienes llevan a cabo directamente los elementos del tipo objetivo del delito⁽⁴⁴⁾.

La tercera manifestación del concepto abierto de dominio del hecho es el concepto de autor mediato, es decir, aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁽⁴⁵⁾. El concepto de autoría mediata acaba

(41) *Ibíd.*, párrafo 526.

(42) Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 348.

(43) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 526.

(44) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 524) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 346).

(45) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 488 y párrafos 495-518) y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 332 (i)). Vid. también Roxin: 2000, pp. 141 *et seq.*

de ser desarrollado en detalle por la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, si bien la Corte lo aplicó por primera vez en la decisión dictada el 10 de junio de 2008 por la Sala de Cuestiones Preliminares III en la que se exponen las razones que justifican la emisión de una orden de arresto contra Jean Pierre Bemba Gombo (ex vicepresidente de la RDC) por crímenes de guerra y de lesa humanidad presuntamente cometidos en ciertas áreas del sur de la República Centrafricana por miembros del *Mouvement pour la Liberation du Congo* (MLC)⁽⁴⁶⁾.

Según subraya la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, el concepto de autoría mediata, además de haber sido aceptado en los principales sistemas jurídicos del mundo (al menos en aquellos supuestos en los que autor directo no es penalmente responsable porque actúa bajo error invencible, miedo insuperable o no tiene capacidad de culpabilidad), se recoge también en el artículo 25 (3)(a) ER al referirse a la comisión del delito “por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable”⁽⁴⁷⁾.

La decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga elabora en particular aquella forma de autoría mediata conocida en derecho penal internacional como *Perpetrator behind the Perpetrator* (*Täter hinter dem Täter*), en la que tanto el autor directo como el autor mediato son penalmente responsables⁽⁴⁸⁾. Dentro de los diversos grupos de casos que la doctrina incluye en esta forma de autoría mediata, la SCP I concluye que aquel grupo de casos conocido como “autoría mediata a través del dominio de la organización” es particularmente aplicable en derecho penal internacional dadas las particulares circunstancias en que se cometen los delitos internacionales de genocidio, de lesa humanidad y de crímenes de guerra⁽⁴⁹⁾. Además,

(46) Vid. decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Jean Pierre Bemba Gombo, dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008, ICC-01/05-01/08-14, párrafos 53 a 55 y 69 a 84.

(47) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 495.

(48) *Ibid.*, párrafo 496.

(49) *Ibid.*, párrafos 498 y 499.

la SCP I subraya cómo —desde el juicio contra los integrantes de las tres juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983⁽⁵⁰⁾ hasta el reciente proceso contra el líder de Sendero Luminoso en Perú⁽⁵¹⁾, pasando por el llamado caso del muro del Berlín contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania⁽⁵²⁾ e incluyendo algunos de los procesos celebrados en España en relación con ETA⁽⁵³⁾ y en Chile en relación con la actuación de la DINA durante la dictadura del General Augusto Pinochet⁽⁵⁴⁾— la figura de la “autoría mediata a través del dominio de la organización” ha sido aplicada con cierta regularidad a nivel nacional en relación con delitos cometidos a través de estructuras estatales (en particular la policía y el ejército) o grupos armados organizados que se caracterizan por tener una marcada organización jerárquica⁽⁵⁵⁾.

La decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga explica también los requisitos principales de la autoría mediata a través del dominio de la organización. Según la SCP I, se requiere, en primer lugar, la existencia de una organización jerárquicamente organizada a la que pertenezcan tanto los líderes políticos o militares imputados como los autores directos de los delitos que se imputan⁽⁵⁶⁾. Ade-

(50) Vid. sentencia de la de la Corte Federal de Apelación de Argentina, caso de las juntas, caso nums. 13/84, capítulo 7/5.

(51) Vid. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Perú, caso n.º 5385-200, de 14 de diciembre de 2007.

(52) Vid. Sentencia de la Corte Suprema Federal de Alemania, BGHSt 40, 218, pp. 236 *et seq.*; 45, 270, p. 296; BGHSt 47, 100; BGHSt 37, 106; BGH NJW 1998, 767, p. 769.

(53) Vid. Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, caso n.º 12966/1994, sentencia de 2 de julio de 1994. Más recientemente la sentencia de 29 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la audiencia nacional.

(54) Vid. Suprema Corte de Justicia de Chile, Fallos del Mes, año XXXV, noviembre de 1993, fallo de 12 de noviembre de 1993.

(55) Vid. a este respecto el reciente trabajo de los profesores Ambos, K., Gil y Gil, A., Guzmán, J.L., Malarino, E. y Meinin, I., titulado “Imputación de los crímenes del subordinado al dirigente: Un estudio comparado” (Ambos, K. (coord.), Uniandes, Bogotá: 2008), en el que explican en detalle aquellos casos en que la figura de “la autoría mediata a través del dominio de la organización” ha sido utilizada en Alemania, Argentina, Chile, España y Perú.

(56) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 511 y 112.

más, los miembros de la organización deben tener un carácter fungible (reemplazable), de manera que si alguno(s) de ellos se niega(n) a cumplir con las órdenes de cometer los delitos, emitidas por los dirigentes imputados, existan otros miembros de la organización que las ejecuten en su lugar⁽⁵⁷⁾. En definitiva, se requiere que la organización tenga las características necesarias para que se pueda hablar de “un cumplimiento casi automático de las órdenes”⁽⁵⁸⁾.

Según la SCP I, esto sólo se produce si la organización de que se trata tiene un número importante de integrantes, o si en casos de un número más reducido de miembros estos han sido sometidos a entrenamientos particularmente estrictos y violentos⁽⁵⁹⁾. La SCP I no aborda, sin embargo, el problema de si el llamado “cumplimiento casi automático de las órdenes” exigiría que la organización actuara al margen de la legalidad no de manera excepcional, en cuanto que, según algunos autores⁽⁶⁰⁾, si la organización actúa habitualmente conforme a la legalidad, la mayoría de sus miembros no estarían dispuestos a ejecutar órdenes manifiestamente ilícitas⁽⁶¹⁾, en cuyo caso las mismas sólo podrían darse a personas en las que el dirigente tuviera una particular confianza y que por esta razón no podrían ser consideradas como reemplazables o fungibles dentro de la organización.

En segundo lugar, la SCP I requiere también que el dirigente imputado tenga el control *de facto* de la organización, y lo utilice para asegurar la comisión de los delitos. Según la SCP I, el control real del dirigente sobre la organización se manifiesta principalmente en el hecho de que las órdenes que emite son cum-

(57) *Ibíd.*, párrafos 512 y 515 a 118.

(58) *Ídem.*

(59) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 118.

(60) C. Roxin. *Taterschaft und Tatherrschaft* (7th edn, Berlin, Gruyter, 2000) *Ibíd.* at 249 requiring ‘rechtsgeloste apparate’. Vid. también T Rotsch, ‘Die Rechtsfigur des Taters hinter dem Tater bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen’ (1998) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 495.

(61) Como señala expresamente el artículo 33 ER, son en todo caso manifiestamente ilícitas aquellas órdenes que ordenan la comisión de genocidio o crímenes de lesa humanidad.

plidas habitualmente por sus subordinados, si bien se puede manifestar también a través de su capacidad de contratar, entrenar, imponer medidas disciplinarias y proveer recursos a sus subordinados⁽⁶²⁾.

En definitiva, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga entiende que la organización no es sino una inmensa maquinaria que es activada por el dirigente para ejecutar los delitos. Para el dirigente es irrelevante qué subordinado en particular es finalmente el autor directo de los mismos, pues, a sus ojos, sus subordinados son fungibles en el sentido de que si uno se niega a cumplir con sus órdenes habrá otro que las lleve a cabo⁽⁶³⁾. Es desde esta perspectiva desde la que se puede afirmar que el dirigente ostenta el control de la voluntad del autor directo. Por su parte, desde la perspectiva de los subordinados que reciben las órdenes, estos mantienen su autonomía y control material sobre los delitos, en cuanto que si deciden finalmente llevarlos a cabo será por voluntad propia puesto que, en principio, tienen la posibilidad de negarse a cumplir las órdenes del dirigente⁽⁶⁴⁾. Es precisamente por esta razón por la que dirigente y subordinados pueden ser simultáneamente considerados responsables de los delitos a título de autor (mediato el dirigente, y directo los subordinados que ejecutan sus órdenes).

En aquellos casos en que la organización no tiene las características arriba mencionadas, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga subraya expresamente que no cabe afirmar el control de la voluntad de los subordinados por parte del dirigente que dicta las órdenes para la comisión de los delitos. Por lo tanto, según afirma la SCP I, en estos casos no cabrá sino considerar al dirigente como un mero partícipe que a través de sus órdenes indujo a sus subordinados (autores directos) a cometer los delitos⁽⁶⁵⁾.

(62) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 513.

(63) *Ibid.*, párrafos 515 y 516.

(64) *Ibid.*, párrafo 499, nota 660.

(65) *Ibid.*, párrafo 517.

Para concluir esta sección es importante subrayar que, tal y como la SCP I ha puesto de manifiesto en los casos Katanga y Lubanga⁽⁶⁶⁾, la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho supone una diferencia sustancial entre el sistema del ER y la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, que han optado por un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común. En este sentido, la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, afirma expresamente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 (1)(a) ER, la Corte ha de regirse, en primer lugar, por lo que se dispone en el ER y en los instrumentos que lo desarrollan (EC y Reglas de Procedimiento y Prueba). Por lo tanto, sólo si no cabe resolver el problema interpretativo creado mediante la aplicación de los criterios de interpretación previstos en los artículos 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabrá, de manera subsidiaria, aplicar, conforme al artículo 21 (1)(b) ER, la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y, en particular, su lectura de lo que en un momento dado constituye el contenido de la costumbre internacional. Es desde esta perspectiva desde la que hay que entender la reciente afirmación de la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga en el sentido de que la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho constituye “un buen ejemplo de la necesidad de no transferir expresamente la jurisprudencia de los tribunales ad hoc al sistema de la Corte”⁽⁶⁷⁾.

A este respecto, conviene no olvidar que esta no es ni mucho menos la única diferencia importante que en materia de autoría y participación se puede apreciar entre el ER y la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, y que no son sino el fruto de las distintas opciones adoptadas por los redactores del primero y los magistrados que integran las salas de

(66) Vid en particular las decisiones de confirmación de los cargos en los casos Katanga (párrafo 510) y Lubanga (párrafo 338).

(67) Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 508 (traducción del autor). Vid. también, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 335.

estos últimos⁽⁶⁸⁾. Entre ellas baste mencionar para concluir este apartado el hecho de que, mientras que de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 (3)(b) a (d) ER todo partícipe es penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa con independencia de que el delito sea o no finalmente consumado, conforme a la jurisprudencia de los tribunales ad hoc las únicas formas de participación punibles son aquellas que se llevan a cabo en relación con delitos consumados⁽⁶⁹⁾.

3. De la superación de las limitaciones presentadas por el codominio funcional del hecho y la autoría mediata mediante la aplicación de la coautoría mediata

3.1. Circunstancias particulares en las que el codominio funcional del hecho fue aplicado en el caso Lubanga

El caso Lubanga se refiere a hechos acaecidos en el territorio del distrito de Ituri (que forma parte de la provincia oriental de la RDC) entre el 1.º de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2003, y en el que participaron las fuerzas armadas de la República de Uganda (*Ugandan People Defence Forces*, “UPDF”) y un número importante de grupos armados organizados, incluidos la UPC/RP, las FPLC, *le Partit pour l’Unité et la Sauvegarde de l’Intégrité du Congo* (“PUSIC”), el FNI y el FRPI⁽⁷⁰⁾. En este contexto, el caso gira entor-

(68) En este sentido, es importante subrayar que como Olásolo: 2005, p. 25 y Triffterer: 1999, pp. 318-319 ha señalado, los artículos 10 y 22 ER subrayan la autonomía entre el ER y el derecho penal internacional en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas. De ahí, la importancia de centrar la atención en las características específicas que un sistema determinado presenta (ya sea el ER, el de los tribunales ad hoc, o el de alguno de los tribunales mixtos creados en los últimos años) para proponer aquellos ajustes que mejor puedan resolver los problemas específicos presentados por los mismos. Vid en este sentido Olásolo: 2007, p. 152.

(69) Olásolo: 2008, sección II.4.

(70) Vid. decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 233-241. Vid. también decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga,

no a la política de alistamiento, reclutamiento y utilización activa en las hostilidades de jóvenes de la etnia Hema (incluyendo también a niños menores de quince años) llevada a cabo por la UPC/RP y las FPLC entre septiembre de 2002 y finales de 2003.

Según la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, el imputado, Thomas Lubanga Dyilo, además de tener el cargo de presidente de la UPC/RP (partido que ostentaba el gobierno provisional del distrito de Ituri durante la casi totalidad del año y medio a que se refiere el caso), “tenía de hecho el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los secretarios nacionales del movimiento”⁽⁷¹⁾. Además, desde la creación de las FPLC como brazo armado de la UPC/RP en septiembre de 2002, y hasta finales del 2003, Thomas Lubanga ostentó también el cargo de comandante en jefe de las FPLC, fue informado regularmente sobre las operaciones militares de las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo⁽⁷²⁾. Sin embargo, debido a las múltiples crisis internas ocurridas en las FPLC a finales de 2002 y principios de 2003, las divisiones entre sus oficiales se hicieron patentes⁽⁷³⁾. Esto provocó que Thomas Lubanga mantuviera mejores relaciones con ciertas facciones de las FPLC, y que sólo tuviera “de manera general, pero no de manera permanente, la última palabra sobre la adopción de las políticas de las FPLC, y sobre la ejecución por las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC”⁽⁷⁴⁾.

(Cont. nota 70)

párrafos 220, 236, 237, 249, 253, 254, 258, 266, 267, 273, 368 y 373. En opinión de la SCP I este conflicto armado tuvo un carácter internacional hasta el momento que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003. Con posterioridad la SCP I consideró que el conflicto armado asumió un carácter no internacional.

(71) Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 368.

(72) *Ibíd.*, párrafo 373.

(73) *Ibíd.*, párrafo 375 (a) y (b).

(74) *Ibíd.*, párrafos 375 (c) y 376.