

EL DESARROLLO EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL DE LA 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

*Héctor Olásolo**

I. INTRODUCCIÓN

Hace apenas una semana, el 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 la misma se afir-

* El autor es doctor en derecho, letrado de Sala de la Corte Penal Internacional y profesor titular en el departamento de derecho penal y procesal penal de la Universidad de Utrecht. El ha sido miembro de la delegación española en la Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002) y letrado de la Fiscalía del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquellas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general, o del gobierno español.

¹ Decisión 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>).

maba 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»)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 la Corte, 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 la Corte recibió, conforme al art. 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 avanzarse en la investigación, la Fiscalía identificó que más de dos cientos de estos documentos contenían información potencialmente exculpatoria y que, por lo tanto, debían ser entregados a la defensa conforme a la dispuesto en el art. 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

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 art. 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 tanto no deberían haber sido confirmados al no pronunciarse la Sala sobre si la figura del dolo eventual es admitida o no por el art. 30 ER), y no afecta, por tanto, a la confirmación de los demás delitos de guerra y de lesa humanidad.

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 exculpatoria³. 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 proceso⁴.

En este contexto, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga –que junto con la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁵ 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 humanidad⁷. 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 delito⁸.

Pero, sin duda, uno de los aspectos más relevantes de la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga es (i) la ratificación de lo dispuesto en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga con respecto a la adopción por el art. 25 (3)(a) ER de la teoría del dominio del

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>).

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 Ibid, pp. 110-114 y 143-148.

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

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 codominio 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 elementos típicos de los delitos imputados, sino que se valen de los grupos armados organizados que 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 como consecuencia de 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 TPIY¹⁰.

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 hechos¹¹.

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/Pérez Cepeda 2004: 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: 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 vice-presidente 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 de Señor (y cuatro de sus más altos comandantes militares (Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Okhiambo, Dominic Ongwen y Raska Lukwiya¹²), 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 Katanga¹³ confirma la interpretación previamente adoptada por la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga¹⁴ en el sentido de que el art. 25 (3) ER¹⁵ acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación.¹⁶ De esta manera, como se afirma en ambas decisiones, mientras el subapartado 3 (a) del art. 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 delito¹⁷, los sub-apartados 3(b) a 3(d) del art.

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 and 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.

¹⁶ En el mismo sentido, Ambos: 1999: 478 a 480; y Werle 2005: 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 núm: 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 deci-

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 noventa¹⁹.

sión se encuentra en el anexo I de la decisión núm 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: 275 *et seq.* ha señalado, un concepto unitario de autor que no distinguía entre autores y partícipes. Como resultado, según explica Werle 2005: 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 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 art. 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, o 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, co-beligerantes o satélites, o 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: 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 art. 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»¹⁹. Desde entonces, la jurisprudencia 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 art. 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 Ojdanic, párrafo 31) intenta rechazar sin éxito la distinción entre autoría y participación en el art. 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 art. 6 (1) ETPIR (cuyo texto es idéntico al del art. 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.

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 objetivo materiales²⁰. Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga²¹ y Lubanga²² afirman que el art. 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 independencia de que el autor material sea o no penalmente responsable, figura que, como señala la SCP I, resulta incompatible con el concepto objetivo de autor²³. Además, la propia SCP I subraya que el concepto objetivo-formal de autor es generalmente rechazado entre la doctrina moderna²⁴.

Las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga²⁵ y Lubanga²⁶ niegan también expresamente que el art. 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 el 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 contribuciones²⁷.

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.

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 Kühn.

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/Little, L.E.: 2003: 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: 165.

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 aquélla. 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: 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 las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

En consecuencia, como Gustafson: 2007: 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 Daner/Martínez: 2005: 150-151, y Ohlin: 2007: 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 al misma 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, aquélla 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.

Según la SCP I, el art. 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 participa-

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 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: 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 art. 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 la misma 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 art. 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.

ción» prevista en el art. 25 (3) (d) ER, conforme a la cual será penalmente responsable todo individuo que «contribuya de algún otro modo en la comisión 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 art. 25 (3) ER no aparecería recogida en dicho apartado, 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 art. 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 art. 25 (3) ER²⁹. Ade-

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 la misma 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 art. 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/Ohlin: 2005: 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/Ohlin: 2005: 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 art. 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 art. 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 art. 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 370) y las sentencias de apelación del

más, la propia SCP I subraya que la doctrina moderna rechaza también de manera general el concepto subjetivo de autor³⁰.

Tras rechazar los conceptos objetivo-formal y subjetivos de autor, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Katanga y Lubanga sostienen que el art. 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

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 la sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente, para distinguir entre quien es coautor por su participación en una empresa criminal común y quien 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 art. 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 art. 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 participe 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: 245.

Ante estas circunstancias, no se puede sino estar de acuerdo con la interpretación realizada por la SCP I conforme a la cual el art. 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: 484-485, y Werle: 2007: 958-961 y 974. Además, hay también que subrayar que esta forma residual de participación es la única de entre aquellas recogidas en el art. 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/Ohlin:2005: 549 han señalado, el art. 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 la misma como coautores, mientras que el art. 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, Kúhl, Kohlrausch, Lange, Maurach, Murmann, Niese, Roxin, Sax, Schönke & Schröder, Stratenwerth & Kuhlen, Rudophi & Wolter, Welzel, and Wessels & Beulke.

éste 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 participación³¹. 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 como será cometido³².

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 «co-dominio 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 art. 25 (3)(a) ER comete el delito «por sí sólo», y se considera que tiene el dominio del hecho porque sustenta el control de la acción 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 art. 25 (3) (a) ER cuando habla de quienes cometen el delito «con otro», es la coautoría basada en el co-dominio 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 un plan común. Como la SCP I ha afirmado en los casos Katanga y Lubanga, el concepto de coautoría «tiene su ori-

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: 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: 124 et seq., y Díaz y García Conlledo: 1991: 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: 122 et seq.

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: 127 et seq.

gen 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 co-dominio 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 cabo³⁶. 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 su comisión mediante la omisión de la función esencial que le ha sido encomendada³⁷. 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 co-dominio 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

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: 385, Muñoz Conde/García Arán: 2002: 452-453, Pérez Cepeda: 1997: 417; Jescheck/Weigend, T: 1996: 674; Otto: 2000: No. 57 y Jakobs: 1991: párrafo 21/35; Kühl: 2002: Num. 99, Tröndle./Fischer: 2003: § 25 No. 6 y Wessels/Beulke: 2001: No. 526. Roxin: 2000: 141 et seq.

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: 141 et seq, Jescheck/Weigend: 1996: 674, Otto: 2000: No. 57, y Pérez Cepeda: 1997: 417.

³⁸ Roxin: 2000: 141 et seq, Kühl: 2002: No. 99, Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 6, y Wessels/Beulke: 2001: No. 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).

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 co-dominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, sólo dará lugar a responsabilidad penal como partícipe³⁹.

Como señala la SCP I citando expresamente a Herzeberg, Jescheck/Weigend, Kölher, Kindhäuser, Kühl, Mir Puig, Muñoz Conde, Pérez Cepeda o Roxin⁴⁰, 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 Katanga⁴¹ y Lubanga⁴² 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 delito⁴³.

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 sólo puede dar lugar a responsabilidad penal como partícipe conforme a los arts. 25 (3)(b) a (d) ER, con independencia de la importancia que pueda tener esa contribución. 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 delito⁴⁴.

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

³⁹ Roxin: 2000: 141 et seq, Muñoz Conde/García Aran: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Nos. 103 y 112, y Wessels/Beulke: 2001: No. 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.

⁴¹ Ibid, 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).

delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁴⁵. El concepto de autoría mediata acaba 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 Centroafricana 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 art. 25 (3) (a) ER al referirse a la comisión del delito «por conducto de otro, sea éste 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 responsables⁴⁸. 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 guerra⁴⁹. Además, la SCP I subraya como –desde el juicio contra los integrantes de las tres juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983⁵⁰

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: 141 et seq.

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 Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 496.

⁴⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 498 y 499.

⁵⁰ Vid. Sentencia de la de la Corte Federal de Apelación de Argentina, Caso de las Juntas, Caso Núm. 13/84, capítulo 7/5.

hasta el reciente proceso contra el líder de Sendero Luminoso en Perú⁵¹, pasando por el llamado caso del muro del Berlín contra los integrantes del Consejo de Defensa Nacional de la ex República Democrática de Alemania⁵² e incluyendo algunos de los procesos celebrados en España en relación con ETA⁵³ y en Chile en relación con la actuación de la DINA durante la dictadura del General Augusto Pinochet⁵⁴— 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 jerárquica⁵⁵.

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 imputan⁵⁶. Además, los miembros de la organización deben tener un carácter fungible (reemplazable), de manera que si alguno(s) de ellos se niega a cumplir con las ordenes de cometer los delitos emitidas por los dirigentes imputados, existan otros miembros de la organización que las ejecuten en su lugar⁵⁷. 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

⁵¹ Vid. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Perú, Caso Núm. 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 Num. 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 Núm 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.

⁵⁷ Ibid, párrafos 512 y 515 a 118.

⁵⁸ Idem.

reducido de miembros éstos han sido sometidos a entrenamientos particularmente estrictos y violentos⁵⁹. 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 autores⁶⁰, si la organización actúa habitualmente conforme a la legalidad, la mayoría de sus miembros no estarían dispuestos a ejecutar órdenes manifiestamente ilícitas⁶¹, 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 cumplidas 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 subordinados⁶².

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 cabo⁶³. 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, éstos mantiene 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 dirigente⁶⁴. Es precisamente por esta razón por la que dirigente y subordinados

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

⁶⁰ C Roxin, *Taterschaft und Tatherrschaft* (7th edn, Berlin, Gruyter, 2000) *Ibid* 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 art. 33 ER, son en todo caso manifiestamente ilícitas aquellas órdenes que ordenan la comisión de genocidio o crímenes de lesa humanidad

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

⁶³ *Ibid*, párrafo 515 y 516.

⁶⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 499, nota 660.

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 delitos⁶⁵.

Para concluir esta sección es importante subrayar que, tal y como la SCP I ha puesto de manifiesto en los casos Katanga y Lubanga⁶⁶, 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 art. 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 arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cabrá, de manera subsidiaria, aplicar, conforme al art. 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

⁶⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 517.

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.

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 estos últimos⁶⁸. Entre ellas baste mencionar para concluir este apartado el hecho de que, mientras que de acuerdo a lo previsto en el art. 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 consumados⁶⁹.

3. DE LA SUPERACIÓN DE LAS LIMITACIONES PRESENTADAS POR EL CO-DOMINIO 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 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'Integrite du Congo* («PUSIC»), el FNI y el FRPI⁷⁰. En este con-

⁶⁸ En este sentido, es importante subrayar que como Olásolo: 2005: 25 y Triffterer: 1999: 318-319 ha señalado, los arts. 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 mismo. Vid en este sentido Olásolo: 2007: 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, 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.

texto, el caso gira entorno 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 del las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo⁷². 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 patentes⁷³. 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

Como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho que Thomas Lubanga mantuvo dentro de las FPLC fue inferior al que ostentó dentro de la UPC/RP. Buen ejemplo de esta situación es el hecho de que los otros miembros del Estado Mayor de las FPLC «ordenaran el lanzamiento de operaciones militares sin consultar con Thomas Lubanga»⁷⁵. De esta manera, la relación entre el imputado y los otros oficiales de alta graduación de las FPLC presuntamente involucrados en la comisión de los delitos imputados tenía una naturaleza más bien horizontal que vertical. Como consecuencia estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Tho-

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

⁷² Ibid, párrafo 373.

⁷³ Ibid, párrafo 375 (a) y (b).

⁷⁴ Ibid, párrafos 375 (c) y 376.

⁷⁵ Traducción del autor. Ibid, párrafo 374.

mas Lubanga. De ahí que la SCP I no considerara al imputado como un autor mediato que hubiera utilizado las FPLC para implementar una política de alistamiento, reclutamiento y utilización activa en hostilidades de niños menores de 15 años⁷⁶.

Por el contrario, en opinión de la SCP, lo que ocurrió es que un grupo de líderes políticos de la UPC/RP y militares de las FPLC –que ya habían trabajado juntos con anterioridad a la creación de las FPLC⁷⁷ y que incluían a (i) Thomas Lubanga, (ii) los miembros de la UPC/RP que se encontraban a cargo de las áreas de defensa y seguridad (en particular, el jefe de seguridad de la UPC/RP y el secretario nacional adjunto de defensa); (iii) los oficiales de más alta graduación de las FPLC (es decir, el jefe de su Estado Mayor y su adjunto para operaciones militares); y (iv) otros comandantes de alta graduación de las FPLC⁷⁸– acordaron al crear las FPLC en septiembre de 2002 que era necesario promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante:

- (i) El reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes de la etnia Hema en las FPLC;
- (ii) Su entrenamiento militar; y
- (iii) Su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares.

Además, en opinión de la SCP I, Thomas Lubanga –con anterioridad a su detención en Kinshasa a partir del 13 de agosto de 2003– jugó un papel esencial de coordinación en la ejecución del plan común que consistía en mantener consultas permanentes con los otros miembros del mismo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución⁷⁹. La SCP I hizo especial hincapié en que, en su papel de coordinación, Thomas Lubanga había contribuido, en particular, a la ejecución del plan común: (i) inspeccionando los distintos campos de entrenamiento militar de las FPLC con el fin de animar y preparar a los nuevos jóvenes

⁷⁶ La SCP I si que barajó esta posibilidad en un principio como lo demuestra la siguiente formulación que puede encontrarse en el párrafo 96 de la Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga: «Existen motivos razonables para creer que, dada la presunta estructura jerárquica entre Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con aquel de coautoría basada en el co-dominio del hecho alegado por la Fiscalía, se recoge en el art. 25(3)(a) ER, podría ser aplicable al papel desempeñado por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía».

⁷⁷ Ibid, párrafo 378.

⁷⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377 (i).

⁷⁹ Ibid, párrafo 383 (ii).

reclutas de las FPLC para su participación activa en las hostilidades; (ii) promoviendo que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de al menos uno de sus hijos; y (iii) utilizando niños menores de quince años como guardaespaldas personales⁸⁰. En consecuencia, según la SCP I, el papel jugado por el imputado en la ejecución del plan común fue esencial porque él era el único que podía resolver los problemas financieros y logísticos encontrados durante su ejecución.⁸¹ De ahí que tuviera también el poder de frustrar la ejecución del plan común⁸².

Ante estas circunstancias, y dada la coordinación con que se ejecutó el plan común y el carácter esencial de las aportaciones realizadas por los distintos integrantes del mismo y en particular por Thomas Lubanga, la SCP I decidió aplicar la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, en lo que constituye el ejemplo más sobresaliente hasta la fecha de su aplicación a nivel internacional. Es importante subrayar que la SCP I no necesitó recurrir a la coautoría mediata, puesto que algunos de los líderes políticos y militares del UPC/RP y de las FPLC, que eran parte del plan común, reclutaron directamente a los niños menores de quince años en las FPLC, les entrenaron militarmente, les suministraron armamento, les asignaron a ciertas unidades militares o les dieron la función de guardaespaldas de los principales comandantes militares de las FPLC, y les ordenaron entrar en combate⁸³. En otras palabras, los delitos imputados a Thomas Lubanga fueron llevados a cabo directamente por los otros integrantes del plan común.

Sobre esta cuestión es importante subrayar que la determinación del conjunto de individuos que forman parte del plan común es la piedra angular y, al mismo tiempo, la cuestión más difícil de responder al aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Por un lado, el co-dominio funcional del hecho –como cualquier otra forma de coautoría incluida la doctrina de la empresa criminal común aplicada por los tribunales *ad hoc*⁸⁴– requiere que quienes realizan personalmente los elementos del tipo objetivo formen parte del grupo de coautores y, por lo tanto, sean miembros del plan común. Esto significa que deben participar en el proceso de toma de decisiones relativas a la comisión del delito y en la división de funciones para la ejecución del plan común. Por otro lado, cuanto más se descende en la cadena de mando para intentar incluir den-

⁸⁰ Ibid, párrafo 383 (ii) y (iii).

⁸¹ Ibid, párrafo 398.

⁸² Idem.

⁸³ Ibid, párrafo 383 (i).

⁸⁴ Vid. Olasolo 2008: Capítulo IV.

tro del grupo de coautores a los mandos medios y a los miembros de más baja graduación, más difícil resulta explicar: (i) cómo estos últimos participaron junto con los líderes políticos y militares en el proceso de toma de decisiones; y (ii) cómo la división de funciones para la ejecución del plan común puede ser calificada como consensual si los mandos medios y los miembros de más baja graduación se limitaron a seguir las instrucciones que les fueron enviadas a través de la cadena de mando por los líderes políticos y militares al frente de la organización.

En opinión del autor, la inclusión por la SCP I de «otros comandantes de alta graduación de las FPLC» entre los miembros del plan común resulta en principio problemática porque no indica hasta qué nivel de la cadena de mando desciende el grupo de coautores. Sin embargo, el hecho de que la SCP I pusiese al comandante de las FPLC a cargo de las operaciones militares en el sector sureste (que se encontraba únicamente un escalón por debajo de los más altos mandos de las FPLC) como ejemplo de quienes podían ser esos otros comandantes también incluidos entre el grupo de los coautores, reduce de manera importante el alcance del problema puesto que parece que el círculo de coautores se limita a un pequeño grupo de líderes políticos de la UPC/RP y de comandantes militares de las FPLC, entre los que no habría una relación estrictamente jerárquica.

Además de que los delitos imputados fueran directamente cometidos por varios de los miembros del reducido grupo de líderes políticos de la UPC/RP y militares de las FPLC que formaban parte del plan común, el caso Lubanga presenta una segunda particularidad consistente en que el que el contenido del plan común no parece tener de por sí una naturaleza intrínsecamente criminal en cuanto que, dada la situación de conflicto armado, era perfectamente legítimo que las FPLC lanzaran una campaña de reclutamiento entre los jóvenes de aquella parte de la población civil que apoyaba el movimiento (en este caso, principalmente, la perteneciente al grupo étnico Hema). Tampoco se podía apreciar delito en el hecho de el reclutamiento no sólo fuera voluntario, sino también forzoso, ni en el hecho de que los nuevos reclutas, una vez entrenados, fueran utilizados activamente en operaciones militares o como guardaespaldas de los comandantes de las FPLC. Ahora bien, tal y como subraya la SCP I, el plan común, si bien ni iba dirigido, ni entrañaba necesariamente, la comisión de un delito, sí que contenía un elemento de criminalidad en cuanto que su ejecución conllevaba un riesgo evidente de que afectara a niños menores de quince años⁸⁵.

⁸⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377.

Según la SCP I, desde que se crea dicho plan a principios de septiembre de 2002, Thomas Lubanga y los restantes miembros del mismo eran mutuamente conscientes⁸⁶, y habían aceptado la posibilidad⁸⁷, de que en el curso normal de los acontecimientos niños menores de 15 años fueran alistados o reclutados en las FPLC y utilizados activamente en hostilidades. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación realizada por la SCP I en el caso Lubanga, constituye el estándar mínimo incluido dentro del elemento subjetivo general del art. 30 ER⁸⁸. A lo que hay que añadir que la propia SCP subrayó que Thomas Lubanga era consciente de las circunstancias que le atribuían el codominio del hecho, lo que incluía (i) su posición *de iure* y *de facto* dentro de la UPC/RP y las FPLC; (ii) el carácter esencial de sus funciones como coordinador en la ejecución del plan común para promover el esfuerzo militar de la UPC/RP y las FPLC; y (iii) su capacidad para frustrar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar su papel de coordinador⁸⁹.

La aceptación de que el plan común ni vaya dirigido, ni entrañe necesariamente, la comisión de un delito, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad en el sentido arriba señalado constituye una característica particularmente distintiva de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho. Así, en opinión del autor, el hecho de que el plan común no tuviera como fin último, o como medio necesario para la consecución del fin último, la comisión de alguno de los delitos imputados, habría impedido, en opinión del autor, la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁹⁰. Ello se debe a que esta doctrina encarna un concepto subjetivo de autor que da más importancia a la intención con la que se realiza la contribución al plan común que al valor objetivo de la misma, y que, por lo tanto, requiere que el plan común esté específicamente dirigido a la comisión de los delitos incluidos en la empresa criminal común (*core crimes*)⁹¹.

⁸⁶ Ibid, párrafos 404 (i) y 408.

⁸⁷ Ibid, párrafos 404 (ii) y 408.

⁸⁸ Ibid, párrafos 352 a 355.

⁸⁹ Ibid, párrafo 409.

⁹⁰ Vid. las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnoje-lac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvozca (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brda-nin (párrafo 364). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

⁹¹ Vid. las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnoje-lac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvozca (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brda-nin (párrafo 365). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

Por su parte, el hecho de que la coautoría basada en el codominio funcional del hecho sólo requiera «un elemento de criminalidad» se explica porque la característica principal de la misma es la función esencial que juega cada uno de los coautores en su ejecución y el conocimiento que de su papel esencial tienen estos últimos.

3.2. EL CASO BEMBA: ENTRE AUTORÍA MEDIATA Y COAUTORÍA MEDIATA

La diferencia más importante entre el caso Lubanga, y los casos contra Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Jean Pierre Bemba Gombo es que en estos últimos casos ninguno de los líderes políticos y militares que forman parte del plan común cometieron directamente los delitos imputados, sino que, una vez divididas las tareas, cada uno de los integrantes del plan común se valió de sus subordinados en los grupos armados que dirigían para realizar sus respectivas contribuciones.

La decisión más importante dictada hasta la fecha en caso contra Jean Pierre Bemba, es la dictada por la SCP III el 10 de junio de 2008 en la que se exponen las razones que justifican la emisión de una orden de arresto contra el mismo. En esta decisión se explica que los crímenes de guerra y de lesa humanidad (asesinatos, torturas, violaciones, atentados contra la dignidad personal y saqueos de localidades) cometidos contra población civil residente en el sur de la República Centro-Africana («RCA») entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, e imputados a Jean Pierre Bemba, son el resultado de la ejecución de un plan común acordado entre el ex presidente de la RCA (Ángel-Félix Patasse) y el propio imputado (máxima autoridad *de iure* y *de facto* del *Mouvement pour la Libération du Congo* («MLC»))⁹².

Según la SCP III, el plan común consistía en (i) el envío por Jean Pierre Bemba de una parte importante de los integrantes del MLC para apoyar militarmente al ex presidente Patasse en el conflicto que este último sostenía con las fuerzas del ex jefe del Estado Mayor y actual presidente de la RCA Francois Bozize⁹³; y (ii) el apoyo estratégico y logístico de Ángel-Félix Patasse a Jean Pierre Bemba frente al régimen del actual presidente de la RDC, Joseph Kabila⁹⁴. Conforme al plan común, las fuerzas

⁹² 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 69-72.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

del MLC, una vez en territorio de la RCA, actuarían de manera conjunta y coordinada con las fuerzas leales al ex presidente Patasse (principalmente, las fuerzas de la Unidad de Seguridad Presidencial) para tratar de frenar el avance de las fuerzas del actual presidente Bozize⁹⁵.

Según la SCP III, el plan común, si bien no iba dirigido, ni implicaba necesariamente, la comisión de los delitos imputados, entrañaba el riesgo serio de su comisión dados los numerosos actos de violencia contra la población civil (asesinatos, robos, destrucción de propiedad y violaciones) que las fuerzas del MLC habían realizado en recientes campañas desarrolladas en distintas regiones de la RDC⁹⁶. Se trataba, por tanto, de un plan común que, siguiendo lo establecido en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, contenía un elemento de criminalidad⁹⁷. Además, para la SCP III, tanto Ángel-Félix Patasse como Jean Pierre Bemba eran conscientes de que dichos actos de violencia contra la población civil del sur de la RCA se producirían en el curso normal de los acontecimientos y habían aceptado mutuamente la probable realización de este riesgo⁹⁸. En consecuencia, ni los delitos eran parte integral del plan común (sino un riesgo probable de su ejecución), ni los miembros del plan común actuaron con el deseo de que se produjeran los delitos o con el conocimiento de que su comisión sería una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común (sino que actuaron con un *dolo eventual* compartido).

Conforme a lo señalado por la SCP III, ninguno de los dos integrantes del plan común (Ángel-Félix Patasse y Jean Pierre Bemba) cometió directamente ninguno de los delitos imputados. En consecuencia, a diferencia del caso Lubanga, no cabía la aplicación *stricto sensu* de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Así mismo, si bien los delitos imputados fueron cometidos por miembros del MLC (lo que en principio hubiera podido permitir la imputación de Jean Pierre Bemba en calidad de autor mediato en cuanto que máximo dirigente *de iure* y *de facto* del MLC), lo cierto es que la SCP III subrayó que la prueba presentada mostraba indicios razonables de que dicho delitos se produjeron a raíz de la ejecución coordinada del plan común entre el imputado y el ex presidente Patasse (de manera que, en última instancia, su comisión había sido el resultado de la actuación coordinada en el terreno de los integrantes de las

⁹⁵ Ibid, párrafo 74.

⁹⁶ Ibid, párrafo

⁹⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377.

⁹⁸ 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 82 y 83.

fuerzas que cada uno dirigía frente al intento de golpe de estado del actual presidente Bozize).

En consecuencia, si bien la SCP III, no lo explica de manera expresa, lo que, en opinión del autor, ha llevado finalmente a cabo es atribuir a Jean Pierre Bemba los delitos que se le imputan a título de coautor mediato, que, con plena consciencia de la función esencial que juega en la implementación del mismo, lleva a cabo su parte del plan común a través del grupo armado organizado (el MLC) que dirige *de iure* y *de facto*⁹⁹.

3.3. EL DESARROLLO DEL CONCEPTO DE COAUTORÍA MEDIATA EN EL CASO CONTRA GERMAIN KATANGA Y MATHIEU NGUDJOLO CHUI

La primera aproximación a la coautoría mediata llevada a cabo por la SCP III en el caso Bemba ha sido recientemente retomada y desarrollada por la SCP I en su Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga. Este caso, al igual que el caso Lubanga, se refiere a hechos producidos durante el conflicto armado que tuvo lugar en el territorio del distrito de Ituri (DRC) en el segundo semestre del año 2002 y en el año 2003, si bien los imputados son los ex comandantes en jefe de los grupos armados organizados Ngiti (FRPI) y Lendu (FNI) que se oponían, con el apoyo de las fuerzas armadas ugandesas, al gobierno regional provisional del movimiento Hema UPC/RP y de su brazo armado las FPLC¹⁰⁰.

Conforme a lo señalado en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, los dos únicos miembros del plan común eran Germain Katanga (comandante en jefe de las FRPI) y Mathieu Ngudjolo Chui (comandante en jefe del FNI)¹⁰¹, quienes ya habían cooperado estrechamente en el pasado¹⁰². Ambos fueron quienes según la SCP acordaron el lanzamiento el 24 de febrero de 2003 de un ataque conjunto contra el pueblo de Bogoro, que en ese momento se encontraba bajo el control de las fuerzas de las UPC/FPLC, y tenía un valor estratégico indudable al encontrarse situado en el cruce de las carreteras que van desde Bunia (capital del distrito de Ituri) a Beni (capital de la provincia del Norte de Kivu), y desde

⁹⁹ Ibid, párrafos 52 a 55 (sobre la estructura jerárquica del MLC), párrafos 75-81 (carácter esencial de la contribución del imputado a la ejecución del plan común) y párrafo 83 (conocimiento de la posición de liderazgo que tiene en el MLC y del papel esencial que ha de jugar a través del mismo en la ejecución del plan común).

¹⁰⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, pp. 71-75.

¹⁰¹ Ibid, párrafos 548-553.

¹⁰² Ibid, párrafo 552.

Kasenyi (población más importante de Ituri en la orilla congoleza del lago Albert que sirve de frontera natural con Uganda) a Mongwalu (principal mina de oro de Ituri y una de las más importantes de la región de los grandes lagos)¹⁰³.

Según la SCP I, el plan común tenía dos objetivos fundamentales. Por una parte, obtener el control de Bogoro, lo que dado su valor estratégico lo convertía en un importante objetivo militar¹⁰⁴. Por otra parte, asegurar el posterior mantenimiento de dicho control mediante la destrucción de la población civil, que en su gran mayoría era del grupo étnico Hema y apoyaba a las fuerzas defensoras de las FPLC¹⁰⁵. Se puede, por lo tanto, apreciar ya una primera diferencia importante entre el caso Katanga, y los casos Lubanga y Bemba, en cuanto que mientras en el primero el plan común es intrínsecamente criminal pues se dirige específicamente a atacar a la población civil de Bogoro, en los dos últimos casos el plan común contiene únicamente un elemento de criminalidad al no ir dirigido ni conllevar necesariamente la comisión de los delitos imputados. Como veremos más adelante, esta diferencia va a jugar un papel fundamental en la manera en que la SCP I ha abordado los elementos subjetivos de la coautoría mediata en el caso Katanga.

Según la SCP I, ni Germain Katanga ni Mathieu Ngudjolo Chui cometieron directamente ninguno de los delitos ocurridos durante el ataque a Bogoro. Por el contrario, una vez acordada la fecha del ataque, su papel fue el de asegurar (i) la coordinación de su ejecución mediante la discusión de los detalles del ataque con los comandantes de sus respectivos grupos armados que dirigirían personalmente el ataque; (ii) el suministro de las armas necesarias para llevarlo a cabo; (iii) la movilización de sus respectivas fuerzas; y (iv) la emisión a los comandantes en el terreno de la orden de proceder a la ataque¹⁰⁶. En consecuencia, cada uno de los dos imputados realizó su contribución a través de los grupos armados que dirigían *de iure* y controlaban *de facto*¹⁰⁷, y que, a juicio de la SCP I, cumplían con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros que requiere la aplicación de la autoría mediata a través del dominio de la organización¹⁰⁸. Además, como cada uno de los imputados pertenecía a una etnia diversa, y los grupos armados que dirigían se carac-

¹⁰³ Ibid, párrafos 275-283, y 548.

¹⁰⁴ Ibid, párrafos 273 y 275.

¹⁰⁵ Ibid, párrafos 273, 275, 548 y 549.

¹⁰⁶ Ibid, párrafos 555 a 561.

¹⁰⁷ Ibid, párrafos 540 y 541.

¹⁰⁸ Ibid, párrafos 543 a 547.

terizaban, en gran medida, porque sus integrantes pertenecían a distintos grupos étnicos¹⁰⁹, el éxito del ataque dependía de que ambos imputados actuaran de manera conjunta y coordinada pues los subordinados de uno no responderían a las órdenes de dadas por el otro (contribución esencial coordinada que da lugar al codominio del hecho)¹¹⁰.

De esta manera, la SCP I se encontró con una situación en la que ni podía aplicar la autoría mediata a través del dominio de la organización porque ello limitaría la responsabilidad de cada uno de los imputados a los delitos directamente cometidos por sus subordinados (y no había forma de distinguir a que grupo armado específico pertenecían los autores directos de cada uno de los delitos), ni podía utilizarse la co-autoría basada en el codominio funcional del hecho porque ninguno de los coautores había participado directamente en el ataque a Bogoro (Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui habían entrado en Bogoro sólo una vez concluido el ataque). Ante estas circunstancias, la SCP I, decidió aplicar la figura de la coautoría mediata, que no es sino una cuarta manifestación de la teoría del dominio del hecho consistente en la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y la autoría mediata a través del dominio de la organización. Al adoptar esta decisión, la SCP I rechazó la posición defendida de la Defensa de Germain Katanga, que utilizó una gran parte del tiempo de que disponía durante la audiencia de confirmación de cargos para alegar que el art. 25 (3) (a) ER, si bien admite la aplicación por separado de la coautoría y de la autoría mediata, no permite su aplicación conjunta.

Se trataba ésta de una alegación particularmente relevante, puesto que como lo demuestran los casos contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui y Milomir Stakic, la exigencia de que alguno de los coautores realice directamente los elementos objetivos del tipo, limita notablemente la aplicación práctica de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, a no ser que se admita que los coautores pueden llevar a cabo sus contribuciones a través de sus subordinados en las organizaciones que dirigen. De hecho, cuando los miembros del plan común se limitan a los líderes políticos y militares que se encuentran en las más altas esferas del poder, es del todo excepcional encontrar un caso como el caso Lubanga en el que varios de los dirigentes afectados cometieron directamente los delitos imputados.

¹⁰⁹ Las FRPI estaban formados principalmente por individuos de la etnia Ngiti a la que pertenecía Germain Katanga y el FNI estaba formado por miembros de la etnia Lendu de la que también era miembro Mathieu Ngudjolo Chui.

¹¹⁰ *Ibid*, párrafo 560.

Del mismo modo, los casos arriba mencionados han puesto de manifiesto la dificultad de aplicar por sí sola la autoría mediata a través del dominio de la organización. Así, o bien la existencia de subgrupos de poder dentro de la organización hacen que no se pueda hablar de un control *de facto* del conjunto de la organización (caso Lubanga), o los delitos son cometidos a través de la actuación coordinada de varias estructuras organizadas de poder donde los miembros de cada uno de ellas sólo responden a las instrucciones de quienes se encuentran al frente de las mismas (caso Katanga). De ahí, que si la SCP I hubiera aceptado las alegaciones de la Defensa en el caso Katanga, la utilidad práctica de la teoría del dominio del hecho para reflejar la responsabilidad penal de los líderes políticos y militares por la comisión de crímenes internacionales se hubiera visto muy seriamente mermada.

La SCP I rechazó la posición de la Defensa de Gemain Katanga al considerar que ni tan siquiera una interpretación estrictamente literal de la expresión «cometa ese crimen por sí solo, con otro, o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable» puede llevar a la conclusión inequívoca de que el art. 25 (3) (a) ER excluye la coautoría mediata de su ámbito de aplicación¹¹¹. A lo que hay que añadir que, según la SCP I, las interpretaciones sistemáticas y teleológicas de esta disposición apoyan la conclusión contraria, es decir, que la coautoría mediata forma parte del ámbito de aplicación del art. 25 (3) (a) ER¹¹².

En cuanto a sus elementos, la SCP I estableció que los elementos objetivos de la coautoría mediata consisten en la existencia de un plan común entre un pequeño círculo de líderes políticos y militares que ostentan el control *de facto* sobre una o varias organizaciones estructuradas jerárquicamente y cuyos miembros son fungibles. Una vez divididas las tareas para la ejecución del plan común, los dirigentes que integran el mismo llevan a cabo sus respectivas contribuciones esenciales a través de las organizaciones que controlan. Los delitos imputados son finalmente cometidos por sus subordinados como consecuencia de la ejecución del plan común¹¹³.

En cuanto a los elementos subjetivos, la SCP I señaló que, además de que el imputado debe llevar a cabo su contribución con los requisitos subjetivos requeridos por la definición de los delitos que se le imputan a títu-

¹¹¹ Ibid, párrafos 490 y 491.

¹¹² Ibid, párrafos 492 a 494.

¹¹³ Los elementos objetivos de la coautoría mediata se describen en los párrafos 595 a 526 de la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga.

lo de coautor¹¹⁴, es necesario también: (i) que todos los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que su ejecución resultará (o es probable que resulte) en la comisión de los delitos imputados¹¹⁵; y (ii) que el imputado sea consciente del carácter esencial de su contribución, lo que incluye el conocimiento del control *de facto* que ejerce sobre la organización que dirige y a través de la cual lleva a cabo su contribución¹¹⁶.

Con respecto a la definición que de los elementos subjetivos de la coautoría mediata realiza la SCP I en el caso Katanga, es importante señalar que la misma es incompleta en cuanto que renuncia expresamente a discutir si el art. 30 ER acepta o no el dolo eventual¹¹⁷. De esta manera, la SCP I no aclara si la coautoría mediata requiere que los delitos imputados sean, como mínimo, una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común (dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias), o si es suficiente con que dichos delitos sean una consecuencia probable y aceptada de la ejecución del plan común (dolo eventual, aceptado por la propia SCP I en el caso Lubanga). Del mismo modo, la SCP I tampoco discute si se requiere que los miembros del plan común sean conscientes y acepten mutuamente que los delitos imputados serán una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común, o si es suficiente, como la propia SCP I ha señalado en el caso Lubanga, con que los mismos sean conscientes y acepten mutuamente la probabilidad de que la implementación del plan común lleve consigo la comisión de dicho delitos.

La razón dada por la SCP I para renunciar a la discusión sobre el dolo eventual en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga es que no era necesaria dado que la prueba presentada mostraba que el plan común incluía a la población civil de Bogoro como uno de los objetivos específicos del ataque, lo que suponía que todos los delitos imputados fueron cometidos con dolo directo de primer grado o al menos con dolo directo de segundo grado. No parece, sin embargo, que las circunstancias fácticas de un caso concreto justifiquen una descripción incompleta de los elementos que jurídicamente conforman la autoría mediata, sobre todo si se tiene en cuenta que ésta era la primera decisión en la historia de la Corte en que se analizaban dichos elementos, y que, con anterioridad, sólo existía el precedente del caso contra Milomir Stakic ante el TPIY.

¹¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafos 527-532.

¹¹⁵ Ibid, párrafos 533-537.

¹¹⁶ Ibid, párrafos 538 y 539.

¹¹⁷ Ibid, párrafo 531.

Además, para generar todavía una mayor confusión, la SCP I define el dolo directo de segundo grado utilizando la misma expresión recogida en el art. 30 (2)(b) ER, de manera que éste incluiría aquellas situaciones en que el imputado, a pesar de no tener la intención de producir los elementos del tipo objetivo, es consciente que los mismos se producirán «en el curso normal de las circunstancias»¹¹⁸. Como consecuencia, pareciera que la SCP I estuviese implícitamente declarando que cualquier estándar inferior al dolo directo de segundo grado, incluido el dolo eventual, queda excluido del ámbito de aplicación del art. 30 ER, lo que impediría también su inclusión dentro de la autoría mediata. La interpretación de la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga en este sentido se vería reforzada porque en el caso Lubanga la SCP I utilizó la misma expresión «en el curso normal de las circunstancias» para definir el dolo eventual y no el dolo directo de segundo grado¹¹⁹.

Ahora bien, al mismo tiempo, la SCP I, en la propia Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, afirma en varias notas al pie de página que la mayoría de la Sala sigue considerando válida la interpretación realizada en el caso Lubanga de que el dolo eventual se encuentra incluido dentro del elemento subjetivo general del art. 30 ER¹²⁰. De manera que no se puede sino afirmar que, con respecto a los elementos subjetivos de la coautoría mediata, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga levanta importantes interrogantes que deberán ser resueltos en futuras decisiones de la Corte.

3.4. EL CONCEPTO DE COAUTORÍA MEDIATA BASADO SOBRE LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES AD HOC: EL CASO STAKIC

El problema con el que se enfrentó la SCP I en el caso Katanga no es nuevo, en cuanto que ya se había planteado a nivel internacional en el caso contra Milomir Stakic ante el TPIY, y a nivel nacional en los casos de las Juntas Militares argentinas y del muro del Berlín. Ahora bien, sólo la Sala de Primera Instancia II del TPIY en el caso Stakic había intentado realmente abordarlo puesto que tanto la Corte de Apelaciones de Buenos Aires

¹¹⁸ Ibid, párrafo 529.

¹¹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 351 a 355.

¹²⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 251, nota al pie 329. Vid también el voto particular de la jueza Anita Usascka a la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga, párrafo 12, nota al pie 10.

como el Tribunal Supremo alemán decidieron no analizar las relaciones existentes entre los miembros de cada una de las tres Juntas Militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983 o entre los integrantes del Consejo de Seguridad Nacional de la ex República Democrática Alemana («RDA»)¹²¹. En consecuencia, mientras que los integrantes de cada una de las tres Juntas Militares argentinas –los respectivos comandantes en jefe del ejército de tierra, de la armada y del ejército del aire– fueron únicamente condenados por los delitos cometidos por sus subordinados directos¹²², los distintos miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la ex RDA fueron condenados como autores mediatos de las muertes y lesiones producidas por los guardias de frontera en cumplimiento de la orden de tirar a matar contra todo aquel que intentase pasar a la ex República Federal Alemana a través del tristemente conocido «muro de Berlín»¹²³.

El caso Stakic se refiere a una campaña de limpieza étnica contra la población civil de ascendencia no serbia que se produjo en la Municipalidad de Prijedor (Bosnia y Herzegovina) en la primavera y verano de 1992. Según la Sala de Primera Instancia II del TPIY, existían en aquel momento en la Municipalidad de Prijedor, tres estructuras organizadas de poder: (i) la administración civil; (ii) la policía nacional de la autoproclamada República Serbia de Bosnia-Herzegovina (República Sprska) que formaba parte de su Ministerio de Interior; y (iii) el ejército de la República Sprska que estaba formado por aquellas unidades desplegadas en la Municipalidad de Prijedor, así como por aquellas otras unidades de defensa territorial creadas en Prijedor a raíz del inicio del conflicto¹²⁴.

El imputado, Milomir Stakic, era el presidente de la Asamblea Municipal de Prijedor y de su Presidencia de Guerra y ostentaba el control *de facto* sobre la administración civil de la Municipalidad, que, según la Sala de Primera Instancia II del TPIY, cumplía con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros que son necesarios para la aplicación de autoría mediata a través del dominio de la organización¹²⁵. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia II del TPIY se encontró con el

¹²¹ Olasolo 2008: Capítulos III.3.3.3 y V.6.

¹²² Vid. Sentencia de la Sala de la Corte Federal de Apelación de Argentina, Caso de las Juntas, Caso Núm. 13/84, capítulo 7/5.

¹²³ 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.

¹²⁴ *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, párrafo 469. Vid. el extenso comentario que sobre la aplicación de la coautoría mediata en esta sentencia se encuentra en Olásolo/Pérez Cepeda 2004: 474 *et seq.*

¹²⁵ Decisión de Primera Instancia en el Caso Stakic, párrafos 492-494.

problema de que no podía aplicar esta última forma de responsabilidad en cuanto que los delitos imputados habían sido directamente cometidos por miembros de la policía y del ejército que pertenecían a las otras dos organizaciones existentes en Prijedor en aquel momento (las cuales también cumplían con los requisitos de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros arriba mencionados)¹²⁶. Del mismo modo, la Sala de Primera Instancia II del TPIY tampoco podía aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho en cuanto que ninguno de los dirigentes de la policía, del ejército y de la administración municipal de Prijedor, que, junto con Milomir Stakic, habían planeado y puesto en marcha la campaña de limpieza étnica allí ocurrida en la primavera y verano de 1992, había cometido directamente ninguno de los delitos imputados¹²⁷.

En consecuencia, la Sala de Primera Instancia II del TPIY terminó recurriendo a la figura de la coautoría mediata¹²⁸ para condenar a Milomir Stakic como coautor de los delitos imputados en cuanto que él mismo, junto con los jefes de la policía y del ejército de la Municipalidad de Prijedor, habían acordado la ejecución de una campaña de limpieza étnica que llevaron a cabo de manera coordinada a través de sus respectivas estructuras organizadas de poder¹²⁹. En particular, el imputado jugó un papel esencial en la coordinación general de la ejecución de la campaña, así como en asegurar que la administración civil, que él personalmente dirigía, suministrase la asistencia logística y operacional necesaria para que los miembros de la policía y del ejército pudieran llevarla directamente a efecto¹³⁰.

En este sentido, conviene destacar que la Sala de Primera Instancia II del TPIY adoptó la posición de que no era necesario que el plan común fuese intrínsecamente criminal, y que, por lo tanto, ni tenía que ir dirigido a la comisión de los delitos imputados, ni la producción de estos últimos tenía que ser una consecuencia necesaria de sus ejecución. Por el contrario, para la Sala de Primera Instancia II del TPIY era suficiente con que el plan común contuviera un elemento de criminalidad consistente en la probabilidad de que los delitos imputados resultaran cometidos como consecuencia de su ejecución¹³¹. Correlativamente, para la Sala de Primera Instancia II del TPIY también era suficiente con que los miembros del plan

¹²⁶ Olásolo/Pérez Cepeda 2004: 474 *et seq.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Decisión de Primera Instancia en el Caso Stakic párrafos 421-461 y 468-498.

¹²⁹ *Ibid.*, párrafos 470-477.

¹³⁰ *Ibid.*, párrafos 477-482.

¹³¹ *Ibid.*, párrafos 470-477.

común fueran conscientes de esta probabilidad y la hubieren mutuamente aceptado¹³².

Sin embargo, con posterioridad, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su sentencia de apelación de 22 de marzo de 2006 dictada en el mismo caso Stakic, rechazó la aplicación de la coautoría mediata realizada por la Sala de Primera Instancia II por considerar que la costumbre internacional, al menos tal y como se manifestaba en el momento en que se produjeron los hechos objeto del caso, había adoptado un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común¹³³. En consecuencia, la Sala de Apelaciones sustituyó la condena a Milomir Stakic como coautor mediato por una condena como coautor en cuanto que integrante de una empresa criminal común que incluía a los dirigentes de la administración civil, de la policía y del ejército de Prijedor, así como a los subordinados que ejecutaron directamente la campaña de limpieza étnica planeada y puesta en marcha por aquéllos¹³⁴.

En importante subrayar que la Sala de Apelaciones del TPIY afirmó la aceptación de un concepto subjetivo de autor en la costumbre internacional sin referencia a fuente alguna¹³⁵. En este sentido, como el autor ha expuesto extensamente en otros trabajos¹³⁶, esta afirmación no sólo no se corresponde con el estado actual de la costumbre internacional en esta materia, sino que la propia Sala de Apelaciones del TPIY se ha desdicho en sentencias posteriores en las que ha decidido aplicar varias de las manifestaciones de la teoría del dominio del hecho¹³⁷. Además, en relación con la ley aplicable ante la Corte, conviene recordar que, tal y como la SCP I ha señalado en los casos Katanga y Lubanga, la costumbre internacional es sólo una fuente subsidiaria de derecho que únicamente aplicable en aquellos supuestos en los que no sea suficiente con la interpretación del Estatuto de Roma y de sus instrumentos suplementarios a la luz de los principios de interpretación previstos en los arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados. A este respecto, como vimos en secciones anteriores, la propia SCP I ha afirmado expresamente, que esta

¹³² Ibid, párrafos 495-498.

¹³³ *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, párrafo 62. Vid. sobre el tratamiento en esta sentencia de la autoría mediata basada en la teoría del dominio del hecho, Olásolo 2007: 142 *et seq.*

¹³⁴ Sentencia de Apelación en el Caso Stakic, párrafos 63 *et seq.*

¹³⁵ La conclusión es alcanzada sin referencia alguna al pie de página. Vid. Sentencia de Apelación en el Caso Stakic, párrafo 62.

¹³⁶ Olásolo Lubanga 2008; pp. 285 *et seq.*

¹³⁷ Olásolo 2008: Capítulo IV.

situación no se plantea con respecto a la adopción por el art. 25 (3) (a) ER de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho¹³⁸.

4. CONCLUSIÓN

Tras una primera aproximación a la figura de la coautoría mediata por la SCP III de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba, la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga dictada la semana pasada por la SCP I abre de nuevo las puertas de manera expresa al recurso a esta figura tras su injustificado rechazo por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Stakic. En opinión del autor, se trata éste de un desarrollo particularmente relevante en un momento en el que el derecho penal internacional se encuentra inmerso en pleno proceso de revisión de sus categorías tradicionales de autoría y participación para reflejar con mayor precisión la responsabilidad penal de líderes políticos y militares en la comisión de crímenes internacionales.

Si bien es cierto que todavía queda un largo camino por recorrer, particularmente a la luz de las deficiencias que la Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga presenta en la elaboración de los elementos subjetivos, no es menos cierto que su reafirmación del concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y su desarrollo de la coautoría mediata suponen un desarrollo importante en el tratamiento penal de aquellas situaciones en las que varios líderes políticos y militares (i) controlan conjuntamente una estructura organizada de poder que utilizan de manera coordinada para asegurar la comisión de los delitos; o (ii) controlan diversas estructuras organizadas de poder que ponen en marcha coordinadamente para asegurar la comisión de los delitos.

ANEXO I: TABLA DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Akehurst, «Custom as A Source of International Law», *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1974.
- Ambos, K., Gil y Gil, A., Guzmán, J.L., Malarino, E. y Meinin, I., *Imputación de los Crímenes del Subordinado al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Ambos, K. (Coord.), Uniandes, Bogotá, 2008.

¹³⁸ Vid. *supra*, Sección 2. Vid. También Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga (párrafo 508) y Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (párrafo 335).

- Ambos, «Article 25. Individual Criminal Responsibility», en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Ambos, *La Parte General de un Derecho Penal Internacional, La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, Traducción de Malarino, E., Duncker & Humblot/Temis/Honrad Adenauer Stiftung, 2005.
- Ambos, «Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility in Modern Case Law: The Basics», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Barret/Little, «Lessons of Yugoslav Rape Trials: A Role for Conspiracy Law in International Criminal Tribunals», *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2003.
- Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003.
- Bogdan, «Individual Criminal Responsibility in the Execution of a «Joint Criminal Enterprise» in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia», *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 63-120,
- Brownlie, *Principles of Public International Law*, quinta edición, 1998.
- Cassese, «The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise», *Journal of International Criminal Justice*, Vol 5, 2007.
- Danner/Martínez, «Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law», *California Law Review*, 2005, Vol. 93, pp. 75-169.
- Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, 1991.
- Dressler, *Understanding Criminal Law*, segunda edición, 1995.
- Eser, «Individual Criminal Responsibility», en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, J.R.W.D. (eds.), Oxford University Press, 2000.
- Fichteberg, «Conspiracy and International Criminal Justice», *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006.
- Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, segunda edición, 2000.
- Fletcher/Ohlin, «Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 539-561.
- Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1995.
- Gillies, *Criminal Law*, LBC Information Services, cuarta edición, 1997.
- Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966.

- Gómez Benitez, «Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *Actualidad Penal*, Num. 42, 2002.
- González Rus, «Autoría Única Inmediata, Autoría Mediata y Coautoría», *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. XXXIX, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- Gustafson, «The Requirement of an 'Express Agreement' for Joint Criminal Enterprise Liability», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Hamdorf, «The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, segunda edición, 1991
- Jescheck/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, quinta edición, 1996, p. 674.
- Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001.
- Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cuarta edición., 2002.
- Larguier, «Chronique de jurisprudence: Droit pénal général», *Revue des Sciences Criminelles*, 1976.
- Meron, «Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout», *American Journal of International Law*, Num. 92, 1998.
- Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, sexta edición, 2002,
- Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, quinta edición, Tirant lo Blanch, 2002.
- Ohlin, «Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Olásolo, *Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, 2008 (en prensa) (Olásolo.2008)
- Olásolo/Pérez Cepeda, *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Tirant lo Blanch, 2008.
- Olásolo, «La Influencia de la Decisión de la Corte Penal Internacional de Confirmación de Cargos en el Caso Lubanga en el Desarrollo del Derecho Penal Internacional», en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia (Spain), Vol. 3, 2008, pp. 285-321.(Olásolo Lubanga 2008)
- Olásolo, *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007.

- Olásolo, «Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakić Appeal Judgement», *International Criminal Law Review*, 2007, Vol. 1, pp. 143-162.
- Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Olásolo/Pérez Cepeda, «The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakić Case», *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004.
- Otto, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, sexta edición, 2000, No. 57
- Pérez Cepeda, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, 1997.
- Pictet, *Commentary on I Geneva Convention of the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- Pictet, *Commentary on II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960.
- Pignatelli y Meca, F., *La Sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español: Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, 2003.
- Rassat, *Droit Pénal Général*, segunda edición, 1999.
- Read/Seago, *Criminal Law*, 1999.
- Rotsch, «Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Tater bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen» (1998) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 495.
- Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, séptima edición, 2000.
- Rush/Yeo, *Criminal Law Sourcebook*, 2000.
- Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos, La Protección de los Derechos Humanos mediante el Derecho Penal en las Transiciones Democráticas*, 1999.
- Sandoz/Swinark/Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987.
- Sassoli/Olson, «The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić case», en *ICRC Review*, Núm. 839, 2000.
- Snyman, *Criminal Law*, 1995.
- Smith & Hogan, *Criminal Law*, undécima edición, Butterworths, Londres, 2005.

- Triffterer, O., «Article 10», en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Trechsel/Noll, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, quinta edición, 1998,
- Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, quincuagésimo-primer edición, 2003,
- Van de Wilt, «Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Van Sliedregt, E., «Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Waller/Williams, *Criminal Law Text and Cases*, 2001.
- Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZSTW 58, 1939.
- Werle, G., «Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute», *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 953-975.
- Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Traducido por Díaz Pita, M.M., Tirant lo Blanch, 2005.
- Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, trigésimo-tercera edición, 2001.