

MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE EN CRÍMENES DE ATROCIDAD: UN ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL A PARTIR DE LOS APORTES DE LA CRIMINOLOGÍA

Autora: Miren Odriozola Gurruchaga

Director de Tesis: José Luis de la Cuesta Arzamendi

Donostia – San Sebastián, 2015

eman ta zabal zazu



**Universidad Euskal Herriko
del País Vasco Unibertsitatea**

Facultad de Derecho / Zuzenbide Fakultatea

SUMARIO

Introducción

Part I. Criminology of Atrocity Crimes

CHAPTER I. Introduction

CHAPTER II. Aetiology of Atrocity Crimes: Multiple Causes at Different Levels

CHAPTER III. Macro Level: International and National Context

CHAPTER IV. Meso Level: Groups

CHAPTER V. Micro Level: Individuals

CHAPTER VI. Aetiology of Genocide

CHAPTER VII. Conclusion

Parte II. Modos de intervención criminal punible en Derecho Penal Internacional

CAPÍTULO I. Introducción

CAPÍTULO II. Autoría directa

CAPÍTULO III. Coautoría

CAPÍTULO IV. Autoría mediata, con especial atención a la autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder

CAPÍTULO V. Coautoría mediata

CAPÍTULO VI. Participación

CAPÍTULO VII. Responsabilidad del Superior

Parte III. Modos de intervención criminal punible y determinación de la pena

CAPÍTULO I. Resultados del análisis criminológico de los crímenes de atrocidad

CAPÍTULO II. Modos de intervención criminal punible y determinación de la pena

CAPÍTULO III. Propuesta *de lege ferenda*

Conclusiones / Conclusion

Bibliografía

Índice

INTRODUCCIÓN

Al final del proceso en su contra, Eichmann realizó la siguiente afirmación: "tengo la más profunda convicción de que aquí estoy pagando por los vidrios que otros han roto"¹. En dicha afirmación se refleja uno de los principales problemas a los que se enfrenta el Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI): el desafío de determinar la responsabilidad penal individual de cada uno de los intervinientes en los llamados crímenes de atrocidad (*atrocitiy crimes*) o crímenes internacionales – genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra –² con el debido respeto al postulado elemental de la responsabilidad penal individual o responsabilidad penal por el hecho propio.

El desafío reside en establecer la responsabilidad penal individual de cada interviniente en estos crímenes que, por naturaleza, son masivos³. Piénsese en el Holocausto judío, la Camboya de los *Khmer Rouge*, las dictaduras de Chile y Argentina, la guerra de los Balcanes, o los conflictos de Ruanda, Sierra Leona, República Democrática del Congo, Uganda, República

¹ Citado por GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, B de F Ltda., Montevideo – Buenos Aires, 2007, p. 161: "Ich bin der tiefsten Überzeugung, dass ich hier für andere herhalten muss".

² Pese a que en la introducción se empleen indistintamente los términos "crímenes de atrocidad" y "crímenes internacionales" en referencia al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra, como se verá en el Apartado I.1. de la Parte I, el primer término es preferible.

³ VAN SLIEDREGT, E., "The Curious Case of International Criminal Liability", *JICJ*, Vol. 10, 2012, p. 1173; BALINT, J., "Dealing with International Crimes: Towards a Conceptual Model of Accountability and Justice" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 311-312; MANACORDA, S., "L'imputation Collective en Droit International Pénal: Aperçu Critique de ses Fondements Historiques" en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, p. 107; LIWERANT, O.S., "Les Exécutants" en H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (ed.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, p. 213.

Centroafricana, Darfur (Sudán), por citar sólo algunos de los lamentablemente numerosos episodios en los que la humanidad ha sido testigo de la comisión de crímenes de atrocidad.

Pese a las diferencias existentes entre los mencionados escenarios de crímenes de atrocidad, todos ellos tienen en común, como se verá en el análisis criminológico contenido en la Parte I, además de una elevada cifra de víctimas, la intervención – de alguna manera conectada – de un gran número de victimarios en la comisión de los crímenes. Como ya se ha adelantado, una de las características más destacables de los crímenes de atrocidad es su carácter masivo, lo que choca de frente con las formas individuales de autoría y participación (tradicionales) a las que estamos acostumbrados en los Ordenamientos Jurídicos estatales.

Los crímenes internacionales tienen una naturaleza distinta a los delitos comunes, en tanto que se trata de una violencia masiva, organizada y planeada, en la que los crímenes son provocados, permitidos o tolerados por “autores intelectuales” o “sujetos de atrás” (líderes, criminales de rango alto) y físicamente cometidos a través de la maquinaria ejecutiva (ejecutores, criminales de rango bajo)⁴. El que estos crímenes constituyan supuestos de violencia masiva supone que no se trata de la simple suma de supuestos de violencia individual, sino de la intervención criminal conjunta y coordinada de varias personas⁵. Además, por si esto no fuera ya lo suficientemente complicado, en ocasiones, los ejecutores (subordinados)

⁴ VAN SLIEDREGT, E., “The Curious Case”, *cit.*, p. 1174; OSIEL, M., *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 23-24. En sentido similar, SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes and Criminology: an Agenda for Future Research” en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 488-491; y MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, pp. 146-147.

⁵ CHOULIARAS, A., “Discourses on International Criminality” en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 68-69.

ejercen mayor autonomía de la que se esperaba que tuvieran y actúan movidos por sus propios intereses⁶, por lo que no siempre actúan estrictamente de acuerdo con las órdenes recibidas o el plan establecido.

Debido a estas características propias de los crímenes de atrocidad, resulta a menudo complicado establecer quién es responsable, y en qué grado, de qué atrocidades⁷. Ante esta situación, el objetivo del presente trabajo investigador consiste en:

- 1) Explicar la dinámica de los crímenes de atrocidad para poder valorar el papel que desde el prisma criminológico corresponde a cada uno de los múltiples intervinientes. La Parte I, dedicada al análisis criminológico de los crímenes de atrocidad, servirá a tal propósito.
- 2) Analizar las distintas formas de autoría y participación existentes en el DPI, para después establecer cuáles son las formas que, respetando el principio de la responsabilidad penal individual, mejor encauzan la naturaleza y relevancia de la contribución de cada uno de los intervinientes – tanto de rango alto, como de rango intermedio o bajo – en los crímenes de atrocidad. Por ello, la Parte II se encarga del análisis de los modos de intervención criminal punible en DPI.
- 3) Estudiar el reflejo que los mencionados modos de intervención criminal punible deberían tener en la determinación de la pena, con objeto de que los modos de intervención más graves se traduzcan en penas más severas. La Parte III está dedicada a la relación entre las formas de intervención y la determinación de la pena.

⁶ OSIEL, M., *Making Sense*, *cit.*, pp. 23-24.

⁷ *Ibid.*, p. 1; CASSESE, A., "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 109-110; VAN SLIEDREGT, E., "The Curious Case", *cit.*, p. 1173.

Al tratar de hacer frente al problema de determinar la responsabilidad penal individual de los intervinientes en crímenes internacionales (masivos), el DPI corre dos riesgos fundamentales, cada uno de ellos situado en un extremo opuesto:

- 1) Hacer uso exclusivamente de las formas tradicionales de autoría y participación, con su enfoque excesivamente individualista – y por ende, reduccionista, sin tener en cuenta el contexto masivo en el que tienen lugar dichos crímenes –. Cabe precisar que una cosa es recurrir a enfoques excesivamente individualistas y, otra muy distinta, respetar el principio de responsabilidad penal individual, el cual es indispensable en cualquier caso.
- 2) Caer en el uso de conceptos que conllevan la admisión, en cierta medida, de la responsabilidad penal colectiva.

En lo que respecta al primero de los dos peligros mencionados, el empleo de las formas tradicionales de autoría y participación supone la calificación de los ejecutores de los crímenes como autores directos de los mismos, mientras que aquellos que los planean, coordinan y ordenan en las más altas instancias serán considerados meros partícipes de los mismos. Con frecuencia, ello se apoya en un concepto objetivo-formal de autor – excesivamente restrictivo –, entendiendo que, en tanto que deciden libre y voluntariamente ejecutar el delito, los ejecutores son plenamente responsables, por lo que el líder que planea, coordina u ordena sólo puede serlo a título de participación⁸.

⁸ RENZIOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, Tübingen, 1997; JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 670; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin – New York, 1991, p. 649; JAKOBS, G., “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori” en K. AMBOS e I. MEINI (ed.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 105-114; HERZBERG, R.D., “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen” en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate,

Sin embargo, la responsabilidad a título de participación no refleja adecuadamente la relevancia de la intervención criminal de los sujetos de atrás o criminales de rango alto⁹, ya que subestima la importancia de su intervención¹⁰. El que los líderes no se ensucien las manos de sangre de ninguna manera puede servir para tapar el papel principal que juegan en la comisión de los crímenes.

Tal y como se pondrá de manifiesto en el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad, los criminales de rango alto – entre los cuales destacan los llamados cerebros criminales (*criminal masterminds*) – cumplen un papel fundamental en la comisión de las masacres, las cuales en la mayoría de los casos no es que sean toleradas, sino que son orquestadas por ellos¹¹. A pocos puede convencer la calificación de individuos como Hitler, Milošević, Pol Pot o Al Bashir como partícipes de

Sinzheim, 2000, p. 39; HERZBERG, R.D., "La Sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder" en K. AMBOS e I. MEINI (ed.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 127-130; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 274-275; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de derecho penal. Parte General*, 3º ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 616-617; FERRÉ OLIVÉ, J.C., "Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada" en J.C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLA (eds.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, p. 97; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades. Criterios de Atribución*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997, pp. 412-413.

⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, pp. 271-273; OSIEL, M., *Making Sense*, cit., pp. 81-87; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague?", *JICJ*, Vol. 6, Núm. 5, 2008, p. 865; SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español" en J.M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, p. 369; VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 73 y 80; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing the Control-Theory", *LJIL*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, p. 745; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 174 y 181; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 185-186; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., "The Application of the Notion of Indirect perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 114-115; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 348.

¹⁰ VAN SLIEDREGT, E., "The Curious Case", cit., p. 1174; OSIEL, M., *Making Sense*, cit., pp. 2-3.

¹¹ Vid. Parte I.

crímenes internacionales. Y lo mismo cabe predicar de los superiores intermedios como Eichmann o Al-Senussi.

Lo anterior no supone, obviamente, la irresponsabilidad de aquellos que ejecutan físicamente los crímenes – los que se ensucian las manos de sangre –. Como señala una mujer bosnia: “el que me violó no es Milošević, sino el hombre que veo todos los días pasar por debajo de mi ventana. Mientras no se haga nada al respecto, no puede haber paz”¹². Esta afirmación pone de manifiesto la necesidad de juzgar como autores a los ejecutores de los crímenes. Ciertamente existen supuestos en los que el ejecutor del crimen aparece como un mero instrumento inocente utilizado por el verdadero autor (autor intelectual o autor mediato). Pensemos en quienes actúan bajo coacción (*duress*), error o son menores o inimputables, como los niños soldado.

Pese a ello, como se mostrará en el análisis criminológico de este tipo de crímenes, en la mayoría de las ocasiones, aquel que ejecuta el crimen no es en absoluto un instrumento inocente. Resulta sorprendente saber que, durante el régimen nazi, como explica Jäger, las consecuencias más graves a las que se enfrentaba quien no daba curso a una orden (como la de fusilar a alguien) consistían en una nota desfavorable en el expediente, o una negación de ascensos o un traslado¹³.

Probablemente, de no haberse visto envueltos en el contexto de violencia masiva, la mayoría nunca hubiese cometido ningún crimen. Pero ello no los convierte en instrumentos inocentes: muchos criminales internacionales simplemente se dejan llevar por el curso de los acontecimientos; pero otros muchos ciudadanos en las mismas circunstancias, no. Por consiguiente, no puede considerarse que estaban abocados a la comisión

¹² Referencia en OSIEL, M., *Making Sense*, cit., p. 165.

¹³ JÄGER, H., “Betrachtungen zum Eichmann-Prozess”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 45, Núm. 3/4, 1962, p. 79.

de los crímenes. En la mayoría de los casos, pudieron elegir libre y voluntariamente, y decidieron aportar su contribución a la comisión de los crímenes.

Como ya se ha adelantado, el DPI se enfrenta a un segundo peligro a la hora de tratar de determinar la responsabilidad penal individual en crímenes internacionales (masivos). Este se encuentra en el extremo opuesto al primer peligro mencionado, y consiste en el riesgo de caer en el empleo de nociones de responsabilidad penal colectiva debido a la dificultad para relacionar a determinados sujetos activos con unos hechos en concreto y para probar la relación existente entre los autores mediatos e inmediatos¹⁴. Resulta sumamente complicado – si no, prácticamente imposible – identificar a las personas exactas que planearon o dieron la orden concreta de cometer los crímenes en cuestión¹⁵. Además, en relación a la emisión de órdenes para cometer crímenes internacionales, los superiores suelen tener cuidado de no dejar pruebas de ello, por lo que la Fiscalía se enfrenta a graves problemas probatorios para poder demostrar que los crímenes fueron expresamente ordenados por instancias superiores¹⁶.

Por muy laudable que sea el propósito de hacer responder a los líderes por el verdadero rol que han cumplido como arquitectos de los crímenes, de ninguna manera se justifica la aplicación de figuras que aceptan la responsabilidad penal colectiva, ni la responsabilidad por los hechos de otro, ni la asimilación de la mera pertenencia a organización criminal (*guilt by association*) con la comisión de crímenes de atrocidad. El principio de

¹⁴ VAN SLIEDREGT, E., "The Curious Case", *cit.*, p. 1174; OSIEL, M., *Making Sense*, *cit.*, p. 3; OHLIN, J.D., "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 82-84.

¹⁵ OSIEL, M., *Making Sense*, *cit.*, p. 2.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 16-17.

responsabilidad penal individual es inviolable: cada individuo ha de responder por sus propios hechos¹⁷.

Así, el dilema consiste en encontrar el punto intermedio entre los dos extremos, para que nadie sea condenado por hechos por los cuales no es responsable penalmente, pero para que tampoco ningún líder pueda eludir o mitigar su responsabilidad penal debido a la estrechez de las categorías de autoría utilizadas. En definitiva, el DPI debe disponer de títulos de intervención criminal punible (*modes of liability*) que, respetando el principio de responsabilidad penal individual, tengan en cuenta el carácter masivo de los crímenes internacionales y la importancia del rol de cada uno en la comisión de crímenes que, por naturaleza, son masivos. En concreto, dichos títulos de intervención han de tener en cuenta el papel fundamental que, como pone de relieve el análisis criminológico de la Parte I, cumplen los sujetos de atrás o criminales de rango alto.

Desde un principio, el DPI ha sido consciente de las dificultades para establecer la responsabilidad penal individual en crímenes internacionales (masivos); por ello, ha desarrollado formas de autoría y participación propias, aunque deriven de los Ordenamientos Jurídicos estatales¹⁸. Tales formas de autoría y participación propias se estudian en la Parte II, mediante el análisis de los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales – la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (en adelante, TPIY), y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR) – y, en menor

¹⁷ En sentido similar, MANACORDA, S., "L'imputation Collective", *cit.*, p. 108; DE FROUVILLE, O., *Droit international pénal: Sources, incriminations, responsabilité*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012, p. 343; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución" en A. GIL GIL y E. MACULAN (ed.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 416.

¹⁸ VAN SLIEDREGT, E., "The Curious Case", *cit.*, p. 1174, menciona la excepción de la figura de la Responsabilidad del Superior, la cual procede del Derecho Internacional Humanitario.

medida, de los denominados “tribunales mixtos” –la Corte Especial para Sierra Leona (en adelante, CESL), las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (en adelante, SECC), el Tribunal Especial para el Líbano (en adelante, TEL), las Cámaras Especiales para los Crímenes Graves en Timor Leste (en adelante, CECGTL), la Sala Especial para los Crímenes de Guerra en el seno de la Corte de Estado de Bosnia-Herzegovina¹⁹, y el Programa de Jueces y Fiscales internacionales en Kosovo –.

Mientras que los tribunales *ad hoc* (TPIY y TPIR) – así como los tribunales mixtos – han recurrido a la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (en adelante, ECC) para dar salida al problema de determinar la responsabilidad penal individual en crímenes internacionales, la CPI ha adoptado la teoría del dominio del hecho de Roxin. Estas diferencias se deben a que los tribunales *ad hoc* se han basado en el concepto subjetivo de autor del *common law*, mientras que CPI parte de un criterio objetivo-material de autor, característico de la teoría continental del dominio del hecho²⁰. En cualquier caso, debido al multiculturalismo típico en los tribunales penales internacionales – con la confluencia de magistrados provenientes de ambos sistemas jurídicos –, la jurisprudencia de estos tribunales combina nociones de ambos sistemas jurídicos.

Ello dificulta igualmente las labores de traducción de algunos términos legales, ya que existen conceptos del Derecho continental que no tienen su correspondiente en el *common law* (por ejemplo, el dolo eventual), y viceversa. La combinación de sistemas jurídicos que supone el DPI conlleva que resulte a menudo complicado saber cuál es el significado exacto con el

¹⁹ Este tribunal mixto tiene la particularidad de que no ha sido establecido en lugar de un tribunal penal internacional, sino que complementa la labor del TPIY. Vid. LEMASSON, A.T., “Les “sections pour les crimes de guerre” de la Cour d’État de Bosnie-Herzégovine: une juridiction hybride atypique à Sarajevo” en D. BRACH-THIEL y F. FOURMENT (eds.), *Questions de Droit Pénal International, Européen et Comparé. Mélanges en l’honneur du Professeur Alain Fournier*, PUN, Nancy, 2013, pp. 299-300.

²⁰ Vid. Capítulo I y Apartado III.1. de la Parte II.

que los tribunales internacionales están empleando el término en el caso concreto. Muestra de ello es que, en algunos casos, se ha equiparado erróneamente la *recklessnes* con el dolo eventual continental, mientras que en otros supuestos se ha tenido en cuenta la diferencia existente.

Además, debe subrayarse que la terminología empleada en la versión española del Estatuto de Roma de la CPI (en adelante, ER) no se corresponde con la terminología propia del Derecho Penal español. A modo de ejemplo, el ER habla de conocimiento e “intención” como elementos constitutivos del “elemento de intencionalidad”, mientras que en Derecho Penal español se emplean los términos conocimiento y “voluntad” como contenido del “dolo”.

Aún en el ámbito de la terminología, cabe señalar que en el presente trabajo investigador se emplearán indistintamente los términos “crimen” – utilizado habitualmente por la doctrina penalista internacionalista – y “delito” – más propio de la doctrina penalista española – en referencia al concepto de infracción penal.

Una vez realizada la aclaración terminológica, volviendo a las soluciones que se han propuesto para hacer frente al fenómeno de los crímenes de atrocidad, debemos hacer mención a la jurisprudencia de los tribunales estatales. Los tribunales estatales de Estados recientemente democráticos recurren a conceptos, como la Responsabilidad del Superior, que restringen el ámbito de los responsables penales²¹. En aras a la reconciliación social y a la consolidación del poder, estos tribunales estatales prefieren limitar los procesos judiciales a unos pocos individuos que han dejado de tener poder²².

²¹ OSIEL, M., “Ascribing Individual Liability Within a Bureaucracy of Murder” en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 105-130; OSIEL, M., *Making Sense*, cit., pp. 91-97.

²² OSIEL, M., “Ascribing”, cit., pp. 105-130; OSIEL, M., *Making Sense*, cit., pp. 91-97.

Las distintas respuestas – por parte de cada tribunal penal internacional, mixto o estatal – al problema conllevan soluciones muy dispares, y no todas son igual de adecuadas. Por ello, la Parte II de la presente investigación contiene un análisis de cada modo de intervención criminal punible en DPI.

No obstante, la labor de determinar la responsabilidad penal individual de cada uno de los intervinientes en la comisión de crímenes de atrocidad no se agota en la elección del modo de intervención criminal punible para cada caso, sino que debe influir también en la determinación de la pena. Así, la Parte III está dedicada al estudio de la relación entre el título de intervención criminal punible y la determinación de la pena en DPI.

PART I. CRIMINOLOGY OF ATROCITY CRIMES

CHAPTER I. INTRODUCTION

The criminological analysis of atrocity crimes is utterly important in order to understand the dynamics of mass atrocity. Getting an insight into the dynamics of mass atrocity proves helpful to describe the role that each individual plays in the perpetration of international crimes, and thus, to determine the mode of liability in International Criminal Law (ICL) which best suits the role played by each of these individuals. Notwithstanding the relevance of the criminological analysis of international crimes, criminologists have paid little attention to this field of study¹. Due to the scarce number of researches conducted with regard to atrocity crimes, criminologists are aware that there is a long way ahead².

Since the aim of this Part is to explain how international crimes emerge and take place, it focuses on the aetiology of international crimes, which requires to be studied from a clear conceptual and theoretical framework³.

¹ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes and Criminology: An Agenda for Future Research" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, p. 487; HAGAN, J., RYMOND-RICHMOND, W., *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, New York, 2009, p. 35; FRIEDRICHS, D.O., "Towards a Criminology of International Crimes: Producing a Conceptual and Contextual Framework" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 36-37; HARRENDORF, S., "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?", *JICJ*, Vol. 12, 2014, pp. 231-234.

² SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 487; BARAK, G., "Towards an Integrative Study of International Crimes and State-Corporate Criminality: A Reciprocal Approach to Gross Human Rights Violations" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, p. 74; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, pp. 231-234.

³ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, pp. 488-491.

In doing so, it divides the multiple causes of atrocity crimes in three big groups: causes at macro level, meso level and micro level.

Owing to the specific characteristics of the crime of genocide and the extensive literature on the topic, one Chapter of this Part will be exclusively devoted to the aetiology of genocide. Even though the findings regarding international crimes in general are applicable to the crime of genocide, there are some specific characteristics which are only present in genocides – but not in crimes against humanity or war crimes –.

I.1. Subject of Study: Atrocity Crimes

As the reader may have already noticed, the author has applied the terms “international crimes” and “atrocity crimes” rather interchangeably throughout the text. “Transnational crimes”, “state crimes”, “core crimes” and the trinomial “genocide, crimes against humanity, and war crimes” are some other terms that scholars use to refer to the same phenomenon. This proliferation of terms is due to the fact that “all manner of official documents, public statements, and scholarly works struggle to find the right terminology for the range of crimes associated with atrocities”⁴. As Scheffer puts it, there is an urge to find a unifying term that easily and accurately describes the totality of these crimes, and he suggests the term “atrocity crimes”⁵.

Before explaining the concept of “atrocity crimes”, other terms that have been used to denote the same phenomenon should be excluded. With regard to the term “transnational crimes”, it refers to ordinary crimes that

⁴ SCHEFFER, D., “Genocide and Atrocity Crimes”, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 1, Iss. 3, 2014, p. 237.

⁵ *Ibid.*, p. 238. Also concerned about the definitional issues, SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, pp. 488-491.

can be prosecuted locally, albeit cross-border in nature⁶. Transnational crimes, such as smuggling, human trafficking, arms trafficking, drug trafficking, or money laundering, do not qualify for prosecution by international criminal tribunals⁷. Thus, it proves to be an unsatisfactory term to name the kind of crimes which are subject to analysis in this research.

As for “state crimes”, they describe acts of commission and omission by States which violate national criminal or civil laws or international laws⁸. According to Rothe and Mullins, all crimes prosecutable by the International Criminal Court (ICC) constitute state crimes, since state crimes refer to internationally defined unlawful actions committed by nation-states, typically to advance the social, economic, ideological, or political interests of the state or those in control of the state⁹. Nevertheless, as it will be explained in depth in Section 1.2. of this Part, not all crimes prosecutable by the ICC are necessarily state crimes. They can also be committed by non-state actors – such as rebel groups or militias –, which leads to the conclusion that the term “state crimes” does not cover all genocides, crimes against humanity and war crimes. Therefore, the term does not cover all the crimes which are the subject of study of the present research.

⁶ BARAK, G., “Towards”, *cit.*, pp. 58-59. For a similar view, see SCHABAS, W.A., *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 27. For an explanation on the difference between transnational crimes and supranational crimes, *vid.* FOUCHARD, I., *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 195 and 263.

⁷ BARAK, G., “Towards”, *cit.*, pp. 58-59.

⁸ *Ibid.*, p. 59. A similar definition is provided by ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *State Crime. Current Perspectives*, Rutgers University Press, New Brunswick (New Jersey) – London, 2011, p. 29; and BALINT, J., *Genocide, State Crime and the Law. In the Name of the State*, Routledge, New York, 2012, p. 31.

⁹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *Symbolic Gestures and the Generation of Global Social Control. The International Criminal Court*, Lexington Books, Lanham, MD, 2006, p. 1; BARAK, G., “Towards”, *cit.*, p. 59.

The term “international crimes” is not adequate either. The aforementioned term can be understood in a narrow and in a broad sense. According to a narrow interpretation of the term, “international crimes” are defined by ICL, and they consist of three core crimes: genocide, crimes against humanity, and war crimes¹⁰. In contrast, the broad definition supported by Bassiouni considers the three core crimes as the most serious international crimes, but not the only ones¹¹. He lists a total of twenty-seven crimes, including crimes such as mercenarism, slavery, piracy, unlawful use of the mail, unlawful traffic in drugs and related drug offenses, falsification and counterfeiting, or international traffic in obscene materials¹².

The scope of the broad definition of “international crimes” is visibly wider than the extent of “atrocities crimes”. It includes crimes which fit better into the concept of “transnational crimes”. Therefore, it is an inappropriate term to name the phenomenon which will be studied in the present research.

Although the narrow definition of the term is quite accurate, it describes a wider concept than “atrocities crimes”. As Scheffer explains, ICL is a wider concept than atrocity law¹³. While ICL always applies to atrocity crimes, it would be incorrect to use the term to refer to conducts which are tried by international criminal tribunals, because ICL does not require that the

¹⁰ BARAK, G., “Towards”, *cit.*, pp. 58-59, adds a fourth core crime: the crime of aggression.

¹¹ BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law. Volume I. Crimes*, Transnational Publishers, New York, 1999, p. 58. In a similar sense, HENZELIN, M., “La Cour pénale internationale: organe supranational ou otage des Etats?”, *Revue Pénale Suisse*, Vol. 119, 2001, p. 223; FOUCHARD, I., *Crimes internationaux*, *cit.*, pp. 80-82; KOLB, R., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 68.

¹² BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013, pp. 144-145 and 148-149. In a previous work, he listed a total of twenty five crimes. *Vid.* BASSIOUNI, M.C., *International*, *cit.*, pp. 55-95.

¹³ SCHEFFER, D., “Genocide”, *cit.*, p. 245.

crime is of a certain magnitude¹⁴ or gravity¹⁵. Thus, the term “atrocities crimes” (*crímenes de atrocidad, atrocités criminelles*) is more satisfactory than the term “international crimes” to describe the phenomenon which constitutes the subject of study of the present research.

In relation to this topic, it must be noted that international criminal tribunals presume that they will try leading perpetrators of atrocity crimes, whereas mid- and low-level perpetrators will be prosecuted before competent domestic courts or handled through non-judicial mechanisms, such as truth and reconciliation commissions¹⁶. Theoretically, an international criminal tribunal should have the legal tools to prosecute the foot soldier; nevertheless, scarce resources are being used for international criminal tribunals, while alternative mechanisms at the national level (for the typically much larger number of mid- and low-level perpetrators) are being encouraged¹⁷.

Together with the term “atrocities crimes”, Scheffer suggests the term “atrocity law”. It refers to the law applied to atrocity crimes, it is primarily applied by international and hybrid tribunals, and it is drawn from several disciplines of international law: ICL, International Humanitarian Law (IHL), international human-rights law, and military or court-martial law¹⁸. It has already been mentioned how ICL relates to atrocity law, but the relationship that each of the rest three – IHL, international human-rights law, and military or court-martial law – has with atrocity law needs to be explained yet.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ The Rome Statute declares that the ICC has jurisdiction over “the most serious crimes of international concern” (Article 1 RS) and that it will not admit cases which are not of sufficient gravity (Article 17(1)(d) RS).

¹⁶ SCHEFFER, D., “Genocide”, *cit.*, p. 247.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Ibid.*, p. 245.

IHL prescribes norms to protect certain categories of individuals and property, and it prohibits attacks against them during the course of an armed conflict (whether international or non-international in character)¹⁹. The problem is that it does not include genocides or crimes against humanity which take place outside an armed conflict²⁰. In its relatively short history, international human-rights law has engaged the responsibility of states for violations against individual victims, not the criminal liability of individual perpetrators²¹. On the contrary, atrocity law requires criminal sanction, and it concerns only those human-rights violations that can be prosecuted as crimes²². Lastly, military or court-martial is also unsatisfactory to cover the individual criminal liability of atrocity crimes, since it excludes non-military perpetrators²³. Thus, as Scheffer states, more often than not, “the relevant criminal conduct engages several fields of established law” (ICL, IHL, international human-rights law, and military or court-martial law); in contrast, atrocity law overlaps parts of each of these separate fields of law, although it never encompasses any of them entirely²⁴.

¹⁹ *Idem*. For a similar view, see WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 547 and 556-557; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 81-82; BASSIOUNI, M.C., *International*, *cit.*, p. 526.

²⁰ SCHEFFER, D., “Genocide”, *cit.*, p. 245. Also critic of the inaccurate general reference to IHL, GARIBIAN, S., “A Commentary on David Scheffer’s Concepts of Genocide and Atrocity Crimes”, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Iss. 1, pp. 44-45. For a similar view, see WERLE, G., *Tratado*, *cit.*, p. 547; CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 82-83.

²¹ SCHEFFER, D., “Genocide”, *cit.*, p. 245.

²² *Idem*.

²³ *Ibid.*, p. 246.

²⁴ *Ibid.*, p. 245.

The following five cumulative requisites must exist if the crime is to be included among those defined as “atrocities crimes”²⁵:

- 1) Significant magnitude of the crime: it is widespread or systematic or it occurs as part of a large-scale commission of such crimes²⁶. Thus, it is required that there is a relatively large number of victims, or a severe injury upon non-combatant populations, or a violation of the laws and customs of war upon combatants or prisoners of war.
- 2) Commission of the crime in time of war or in time of peace, international or non-international in character.
- 3) Identifiable in ICL as genocide, crimes against humanity, war crimes, crime of aggression, the crime of international terrorism, and the emerging crime of ethnic cleansing.
- 4) Crime led, in its execution, by a ruling or powerful elite in society (including rebel or terrorist leaders) who planned the commission of the crime.
- 5) Crime that can lead to state responsibility (and even remedies against states), and which leads to individual criminal liability and prosecution of such individuals before a court duly constituted for such purpose²⁷.

With regard to the first requisite, it must be pointed out that genocide does not demand that the crime takes place as part of a larger plan. Even if the Elements of the Crimes require that “the conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct”, neither the Rome Statute (RS) nor the Statutes of the *ad hoc* tribunals – International Criminal Tribunal for

²⁵ *Ibid.*, pp. 238-239.

²⁶ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, pp. 488-491, also affirm that this kind of crimes involve the use of structural and collective violence on a mass scale.

²⁷ Also in favour of the international liability of States, as well as the criminal liability of individuals, GARIBIAN, S., “A Commentary”, *cit.*, p. 45.

the former Yugoslavia (ICTY) and International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) – require it. However, it is true that genocide usually takes place as part of a pattern – although that is only a factual event, not a legal requisite of the crime of genocide²⁸ –; therefore, the first requisite should be taken into account.

As it has already been explained, this is precisely the reason why the term “atrocities crimes” proves more accurate than that of “international crimes”, since “international crimes” also include genocides, crimes against humanity and war crimes which do not meet the magnitude standard²⁹. And the subject of study of the present research (atrocities crimes) lies in the crimes over which international criminal tribunals have jurisdiction, that is to say, when one of the three core crimes meets the required magnitude standard.

Referring to the third characteristic, the crime of ethnic cleansing is considered a crime against humanity, so it would seem that there is no need to name it specifically. As for international terrorism, there is much controversy whether it should be included or not in the RS. Thus, it seems inadequate to include it in the term “atrocities crimes”. The three core crimes – genocide, crimes against humanity, and war crimes – should compose the category of “atrocities crimes”. Schabas also boils down the category of crimes which constitute “atrocities crimes” to the three core crimes³⁰.

²⁸ SCHEFFER, D., “Genocide”, *cit.*, pp. 239-242, is also aware of this. For a similar view, see KRESS, C., “The crime of genocide and contextual elements. A comment on the ICC pre-trial Chamber’s decision in the Al Bashir Case”, *JICJ*, Vol. 7, No. 2, 2009, p. 306; AMBOS, K., “Criminologically Explained Reality of Genocide, Structure of the Offence and the “Intent to Destroy” Requirement” in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, p. 170; AMBOS, K., “Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la “intención de destruir””, *Revista Penal*, No. 26, 2010, p. 76.

²⁹ SCHEFFER, D., “Genocide”, *cit.*, p. 245.

³⁰ SCHABAS, W.A., “Semantics or Substance? David Scheffer’s Welcome Proposal to Strengthen Criminal Accountability for Atrocities”, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Iss. 1, 2014, p. 31; SCHABAS, W.A., *Unimaginable Atrocities*, *cit.*, p. 28.

Beyond that, however, Scheffer's proposal should be endorsed by scholars working in this field.

Schabas has been one of the first scholars to support the new term³¹, since he believes that nowadays there are almost no distinctions to be made in terms of the legal consequences that flow from characterizing a crime as genocide, crimes against humanity or war crimes³². He gives a convincing explanation of the development of the concepts of those three core crimes in order to understand why such a classification exists – even if it is becoming less and less important³³.

He explains how, in 1943, the UN War Crimes Commission was established by the Allies in order to hold Nazis personally liable for the war crimes they had committed, that is to say, the battlefield offences committed among combatants (such as the use of prohibited weapons, treachery, or the abuse of prisoners of war) or against civilian nationals of an occupied territory³⁴. But those crimes did not include the violations perpetrated within Germany against German nationals³⁵. Owing to the pressure from

³¹ SCHABAS, W.A., "Semantics or Substance?", *cit.*, pp. 34-35; GARIBIAN, S., "A Commentary", *cit.*, pp. 44-45; KARSTEDT, S., "Contextualizing Mass Atrocity Crimes: The Dynamics of "Extremely Violent Societies"", *European Journal of Criminology*, Vol. 9, No. 5, 2012, p. 501. See against this idea MINOW, M., "Naming Horror: Legal and Political Words for Mass Atrocities", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Iss. 1, 2014, pp. 38-39. She argues that "new names will not undo the reluctance of individuals, nations, and international organizations to respond to mass violence", referring to the failures of international and national response to halt mass atrocity.

³² SCHABAS, W.A., "Semantics or Substance?", *cit.*, pp. 34-35. He mentions that the only difference lies in the fact that the International Court of Justice (ICJ) has jurisdiction only over genocide (not over crimes against humanity or war crimes) in the event of disputes between state parties. See against this idea MINOW, M., "Naming Horror", *cit.*, pp. 39-40, argues that "the term "atrocity crime" loses the specificity of "genocide" and "crimes against humanity" without offering clarity in return".

³³ SCHABAS, W.A., "Semantics or Substance?", *cit.*, pp. 32-34.

³⁴ *Ibid.*, p. 32; WERLE, G., *Tratado*, *cit.*, p. 46; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 103; HUET, A., KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001, p. 36.

³⁵ SCHABAS, W.A., "Semantics or Substance?", *cit.*, p. 32; WERLE, G., *Tratado*, *cit.*, pp. 462-463; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 103; ABI-SAAB, G., ABI-SAAB, R., "Les crimes de guerre" in H. ASCENSIO, E. DECAUX and A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions

non-governmental organization activists, the Allies ultimately agreed to try the Nazis also for what were initially called “persecutions, exterminations and deportations” of “any civilian population”, and then labelled “crimes against humanity” in the Charter of the Nuremberg Tribunal³⁶. Owing to the fact that this could “set a precedent by which Britain, France, the United States, and the Soviet Union might themselves be held responsible for “persecutions, exterminations and deportations” of their own subject peoples”, the Allies added a requisite for the prosecution of crimes against humanity: they had to be committed in the context of an international armed conflict³⁷.

In contrast, when the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide was adopted, Article 1 was written in such a way that genocide can be committed “in time of peace or in time of war”³⁸. As a result, besides from the fact that genocide only encompasses the intentional destruction of a limited number of protected groups (whereas crimes against humanity include a broad range of acts directed against any civilian population), another difference lies in the possibility to commit genocide in time of peace or war, while crimes against humanity could only be perpetrated in time of war³⁹. The underlying *rationale* of such a difference was that “states would only agree to the international

A. Pedone, Paris, 2000, p. 277; DAVID, É., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 1299.

³⁶ SCHABAS, W.A., “Semantics or Substance?”, *cit.*, pp. 32-33; SCHABAS, W.A., *Unimaginable Atrocities*, *cit.*, pp. 31-32; WERLE, G., *Tratado*, *cit.*, pp. 46 and 462-463; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 104; BASSIOUNI, M.C., *International*, *cit.*, pp. 369 and 571; ABI-SAAB, G., ABI-SAAB, R., “Les crimes”, *cit.*, p. 277; BETTATI, M., “Le crime contre l’humanité” in H. ASCENSIO, E. DECAUX and A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, p. 308.

³⁷ SCHABAS, W.A., “Semantics or Substance?”, *cit.*, p. 33; WERLE, G., *Tratado*, *cit.*, pp. 466-467; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 104; BASSIOUNI, M.C., *International*, *cit.*, pp. 68, 369, 521-522 and 571; HUET, A., KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal*, *cit.*, pp. 36-37 and 88-89; BETTATI, M., “Le crime contre l’humanité”, *cit.*, p. 308.

³⁸ SCHABAS, W.A., “Semantics or Substance?”, *cit.*, p. 33; BASSIOUNI, M.C., *International*, *cit.*, p. 370.

³⁹ SCHABAS, W.A., “Semantics or Substance?”, *cit.*, pp. 33-34.

criminalization in peacetime of an extreme form of atrocity"⁴⁰. Therefore, by the end of the 1940s, conducts which amounted to the narrow definition of genocide were the only crimes that were punishable when committed in time of peace or in non-international armed conflicts"⁴¹.

Thus, the system of international law was drastically limited in terms of the definitions of crimes and the obligations they imposed⁴². However, the situation today is totally different: there are hardly any distinctions in terms of the legal consequences that arise from characterizing a crime as genocide, crimes against humanity or war crimes⁴³. That is another important reason why the new term suggested by Scheffer should be welcomed⁴⁴. Nevertheless, this does not mean that the three core crimes should be merged into one general crime, since they describe different conducts which should lead to the conviction for different crimes.

The term "atrocity crimes" is the term which best defines the phenomenon which is the subject of study of the present research. Thus, the results of the criminological analysis (Part I) and the proposals submitted in Part III refer exclusively to atrocity crimes.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 34. He also states that this is the reason why there was no Convention on Crimes against Humanity. This fact led to a gap in international law which was not filled until the ICC included crimes against humanity in the Rome Statute.

⁴¹ *Idem.*

⁴² *Idem.*

⁴³ *Ibid.*, pp. 34-35.

⁴⁴ *Idem.*; GARIBIAN, S., "A Commentary", *cit.*, pp. 44-45. See against this idea MINOW, M., "Naming Horror", *cit.*, pp. 38-39. She argues that "new names will not undo the reluctance of individuals, nations, and international organizations to respond to mass violence", referring to the failures of international and national response to halt mass atrocity.

I.2. State Crimes?

Criminologists Green and Ward defined state crime as “state organizational deviance involving the violation of human rights”⁴⁵. The definition of state crime provided by Rothe and Mullins is based on international law: “any action that violates international public law, and/or a states’ own domestic law when these actions are committed by individual actors acting on behalf of, or in the name of the state even when such acts are motivated by their personal economic, political, and ideological interests”⁴⁶. According to these two scholars, using international law as a basis adds legitimacy to the definition, as well as providing clarity and precision⁴⁷. Notwithstanding that, they admit that it can be criticized because of the fact that, as any law produced by States, international law is the result of a political process, and therefore, as suspect as any other body of law⁴⁸.

Be that as it may, a large number of scholars defends that atrocity crimes are always⁴⁹ or, at least, often⁵⁰ committed by states, which leads to the conclusion that atrocity crimes are always or, at least, often state crimes. Although these scholars accept that not all branches and agencies of a

⁴⁵ GREEN, P., WARD, T., *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, Pluto Press, London, 2004, p. 2; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010, p. 29.

⁴⁶ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *State Crime*, *cit.*, p. 29.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *Symbolic Gestures*, *cit.*, p. 1; BALINT, J., *Genocide*, *cit.*, pp. 15-32. With regard to genocide specifically, ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 28-29 and 41; ALVAREZ, A., *Governments, Citizens, and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Approach*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2001, pp. 78-85; SCHERRER, C.P., “Towards a Theory of Modern Genocide. Comparative Genocide Research: Definitions, Criteria, Typologies, Cases, Key Elements, Patterns and Voids”, *Journal of Genocide Research*, Vol. 1, No. 1, 1999, pp. 13-23.

⁵⁰ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, pp. 488-491; BALINT, J., “Dealing with International Crimes: Towards a Conceptual Model of Accountability and Justice” in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, p. 313.

state are always actively complicit in the planning and perpetration of state crimes⁵¹, they believe they are crimes committed “in the name of the state”, utilising state or state-like institutions, and committed as part of state or emerging state policy⁵².

Alvarez, one of the most prominent defenders of this point of view, contends that states are uniquely suited to engage in violent action in pursuit of some end⁵³. This would be so, because states create popular perceptions of right and wrong⁵⁴, and they often attempt to legitimize their destructive actions by enacting laws that support their policies⁵⁵. Furthermore, as a form of power crime, Alvarez describes atrocity crimes as an extreme example of the asymmetry of power, since it invariably involves powerful states targeting relatively helpless and vulnerable minorities⁵⁶. He further explains that the victims are often members of small and marginalized social groups that have a history of persecution and are therefore more easily victimized than other groups⁵⁷. Scholars who defend that atrocity crimes are always or often state crimes use examples such as the Holocaust, the Armenian genocide, the atrocities by the Khmer Rouge in Cambodia, or the Rwandan genocide⁵⁸.

In contrast, another important group of scholars defends that, even if international law has traditionally been state-centred, mass violence is no longer perpetrated only by states or other territorially organized entities⁵⁹.

⁵¹ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, p. 30.

⁵² BALINT, J., “Dealing with”, *cit.*, pp. 313; BALINT, J., *Genocide, cit.*, p. 31.

⁵³ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, p. 41.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 41.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 31-32 and 44; BALINT, J., “Dealing with”, *cit.*, p. 314.

⁵⁹ WERLE, G., BURGHARDT, B., “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a “State-like” Organization?”, *JICJ*, Vol. 10, No. 5, 2012, p. 1167; OSIEL, M., “Ascribing Individual Liability Within a Bureaucracy of Murder” in A. SMEULERS (ed.), *Collective*

The conflicts of Democratic Republic of Congo, Uganda, Central African Republic and Darfur constitute a clear example of crimes attributed to entities that cannot be described as states (neither as state-like)⁶⁰. In the aforementioned cases, different groups of perpetrators – ranging from state government forces to militias – are involved, and they engage in complex and shifting alliances⁶¹. Therefore, it is often difficult in practice to distinguish which crimes have been initiated by the state (or a state-like actor) and which by groups of individuals, such as rebel groups⁶². In any case, organized violent actors (such as paramilitary groups) become increasingly involved, whether encouraged and organized by state actors or by other powerful actors⁶³. Apart from the state, the following constitute some of the other important actors in the international field: militias and paramilitary units, terrorist groups, criminal networks, political parties, and private security firms⁶⁴.

It has long been agreed that the Third Reich was a “bureaucracy of murder”⁶⁵, and that the “Final Solution” was “generated by bureaucracy true to its form and purpose”⁶⁶. However, as Osiel explains, cases of mass atrocity “often depart conspicuously from the rational orderliness,

Violence and International Criminal Justice, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 110-112; KARSTEDT, S., “Contextualizing”, *cit.*, pp. 499-513; GERLACH, C., “Extremely violent societies: an alternative to the concept of genocide”, *Journal of Genocide Research*, Vol. 8, No. 4, 2006, pp. 455-471; STRAUS, S., “Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide”, *Journal of Genocide Research*, Vol. 3, No. 3, 2001, pp. 349-375; LEVENE, M., *The Meaning of Genocide*, I.B. Tauris, London, 2005, pp. 98 *et seq.*; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, p. 499; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 70.

⁶⁰ WERLE, G., BURGHARDT, B., “Do Crimes Against Humanity”, *cit.*, p. 1167.

⁶¹ KARSTEDT, S., “Contextualizing”, *cit.*, p. 500.

⁶² SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, p. 505.

⁶³ KARSTEDT, S., “Contextualizing”, *cit.*, p. 500.

⁶⁴ WERLE, G., BURGHARDT, B., “Do Crimes Against Humanity”, *cit.*, p. 1167.

⁶⁵ OSIEL, M., “Ascribing”, *cit.*, pp. 110-111. For a similar view, see BRETON, A., WINTROBE, R., “The Bureaucracy of Murder Revisited”, *Journal of Political Economy*, Vol. 94, No. 5, 1986, pp. 905-906.

⁶⁶ BAUMAN, Z., *Modernity and the Holocaust*, Cornell University Press, Ithaca NY, 1989, p. 17; OSIEL, M., “Ascribing”, *cit.*, pp. 110-111.

desanitized precision, and efficiency suggested by the bureaucratic, "organization man" account"⁶⁷. Not only is the spontaneous initiative of low-level perpetrators a fact, but also, and most importantly, many of the most recent atrocities reveal a more informal, unsystematic, and decentralized character⁶⁸.

In the same vein, Karstedt aims to raise awareness on the changes in the nature of atrocity crimes⁶⁹. She explains that, owing to the influence of the Holocaust, atrocity crimes have been framed as committed by a single perpetrator group – a national or ethnic group which seized state power – against a targeted single victim group"⁷⁰. That is the reason why criminologists currently explain atrocity crimes as state crimes⁷¹. However, she believes that modern atrocity crimes detach themselves from previous ones, mainly from the Holocaust⁷².

She bases her work on the concept of "extremely violent societies" by Gerlach, because she believes it addresses three problems of atrocity crimes research⁷³:

- 1) Extremely violent societies are characterized by violence against several groups rather than one, and by a range of different forms of violence that contribute to mass violence.
- 2) The focus moves away from the state and its agencies as predominant actors in mass atrocities towards the different

⁶⁷ OSIEL, M., "Ascribing", *cit.*, p. 112.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ KARSTEDT, S., "Contextualizing", *cit.*, pp. 499-513. For a similar view, see GERLACH, C., "Extremely violent societies", *cit.*, pp. 455-471; STRAUS, S., "Contested meanings", *cit.*, pp. 349-375; LEVENE, M., *The Meaning*, *cit.*, pp. 144 et seq..

⁷⁰ KARSTEDT, S., "Contextualizing", *cit.*, pp. 499-500.

⁷¹ *Ibid.*, p. 500.

⁷² *Ibid.*, p. 500.

⁷³ GERLACH, C., "Extremely violent societies", *cit.*, pp. 455-471.

groups that join in and the relationships between different types of actors.

- 3) It focuses on causal factors rather than on race and ethnicity as the main drivers of mass atrocities, widening the range of motives of perpetrator groups (including economic and political aims with equal weight)⁷⁴.

Thus, Karstedt affirms that the shift away from a state-focused perspective⁷⁵ requires a new perspective on inter-group relations, rather than almost exclusively characterizing them as state- and majority-minority relationships and in terms of discrimination and racism⁷⁶. Although it is important to consider inter-group relationships, it seems unfair to describe, for example, the Rwandan genocide as an inter-group relationship rather than a majority-minority relationship: even if Tutsis also killed a number of Hutus, it simply goes too far to state that both groups had the same power. Claiming that states are not always behind atrocity crimes does not necessarily mean that the parties involved in the conflict have to be described as if they were equal in terms of power⁷⁷.

However, she is right when she points out that perpetrators and victims might change sides⁷⁸. She convincingly explains the conflicts of Rwanda, Burundi and Congo as an example where Hutus and Tutsis changed place as victims and perpetrators several times during the 1950s and the 1990s⁷⁹. Owing to the fact that different groups are massively involved in the

⁷⁴ GERLACH, C., "Extremely violent societies", *cit.*, pp. 463-466; KARSTEDT, S., "Contextualizing", *cit.*, p. 502.

⁷⁵ KARSTEDT, S., "Contextualizing", *cit.*, p. 500; SCHERRER, C.P., "Towards", *cit.*, pp. 13-23.

⁷⁶ KARSTEDT, S., "Contextualizing", *cit.*, pp. 500-501.

⁷⁷ For a similar view, see HIEBERT, M.S., "Theorizing Destruction: Reflections on the State of Comparative Genocide Theory", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 3, Iss. 3, 2008, Article 6, p. 323.

⁷⁸ KARSTEDT, S., "Contextualizing", *cit.*, p. 500.

⁷⁹ *Idem.*

events, the lines between different types of involvement and non-involvement are blurred⁸⁰.

Referring to the non-western military organization, Osiel defends that the “formal organization on the Western bureaucratic model is sometimes unnecessary to coordinate an effective fighting force whose members are already united by years of the intimate interaction”⁸¹. This can be due to the fact that they all grew up together in a single village or nearby villages of common tribal affiliation⁸². Due to the mutual trust among these fighters, lines of *de facto* authority permit a fast adaptation to immediate contingencies without detailed orders from superiors, because organization in combat arises instead from their camaraderie and other elements of “social capital”⁸³. In other words, they coordinate spontaneously in response to their comrades’ immediate signs, “which are often unobservable (much less intelligible) to outsiders”⁸⁴.

Thus, bureaucracies are not the only way in which leaders can exercise enormous influence over subordinates during mass atrocities⁸⁵. Informal networks which are based on the so-called “weak ties” can be as powerful as (or even more powerful than) bureaucracies to produce collective violence⁸⁶. These new models of the dynamics of mass atrocity are more complex, but they represent better the factual configurations of most of this type of crimes⁸⁷.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ OSIEL, M., “Ascribing”, *cit.*, p. 116.

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 125-127.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 112, 116 and 125-127; AMBOS, K., “Sobre la “organización” en el dominio de la organización”, *InDret*, Vol. 3, 2011, pp. 15 and 19; OSIEL, *Making sense of mass atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 99 and 104.

⁸⁷ OSIEL, M., “Ascribing”, *cit.*, pp. 125-127.

The aim of Osiel's explanation on modern non-western military organizations is to question whether Roxin's theory of "domination over an organizational apparatus" – which will be studied in depth in Chapter IV of Part II – is suited to address the more informal and unsystematic atrocities which nowadays take place. He affirms that Roxin devised his approach with the Third Reich in mind, trying to justify the punishment of civil servants who were part of a system completely subordinated to a totalitarian executive⁸⁸. In contrast, in the not so all-powerful "failed states" of central Africa, it is difficult to accept that there was any "ordinary course of events", because "from one day to the next, no one may know which "big man" may next become top dog, however fleetingly, among an array of contending warlords, for instance"⁸⁹. However, he contends that, although the state may have failed, the rebel groups opposing it often have not⁹⁰. The leader of such an armed group may indeed exercise greater power over the subordinated child soldiers than did "Eichmann in relation to the camp guards who would murder those he ordered sent to Auschwitz"⁹¹. Therefore, he convincingly explains how Roxin's theory can apply to mass atrocities conducted both by totalitarian states and by insurgent groups within failed states⁹². As shall be seen in Chapter IV of Part II, the aforementioned weak-ties can enable the automatic functioning of organizations which constitute Organized Power Structures.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 122.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ *Ibid.*, pp. 122-123.

⁹² *Ibid.*, p. 123.

CHAPTER II. AETIOLOGY OF ATROCITY CRIMES: MULTIPLE CAUSES AT DIFFERENT LEVELS

As it has already been stated, this Part looks into the aetiology of atrocity crimes in order to better grasp its dynamics. Analysing the role that each of the types of individuals involved plays is utterly important if individual criminal liability is to be established for one's own conduct, that is to say, in a fair way. It is worth recalling that the final aim of the present research is to find the modes of criminal liability which best fit the criminological reality of atrocity crimes. The first studies on the aetiology of international crimes focused on the causes at merely one level, mainly at macro level (regarding states and their international relations), since historians, political scientists and sociologists were the first to address this phenomenon. Criminologists have also conducted interesting research on the causes of atrocity crimes at meso (organizational) and – mainly – micro (individual) level ever since¹.

Another way to put this is the struggle between the situationist and the voluntarist approach when explaining atrocity crimes². While situationist approaches focus on causes at macro and meso level, voluntarist approaches are based on the micro level. To put it briefly, the situationist approach relies on Hannah Arendt's claim of the "banality of evil" and on Milgram's experiments on the "obedience to authority"³. In contrast, the voluntarist approach takes as a starting point the hypothesis that perpetrators are brutal men who use violence to pursue their goals – it also

¹ KARSTEDT, S., "Contextualizing Mass Atrocity Crimes: The Dynamics of "Extremely Violent Societies"", *European Journal of Criminology*, Vol. 9, No. 5, 2012, p. 501.

² FOSTER, D., "Rethinking the Subjectivity of Perpetrators of Political Violence" in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 39-61. For a similar view, see HARRENDORF, S., "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?", *JICJ*, Vol. 12, 2014, pp. 231-252, who distinguishes between situationist and individualistic approaches.

³ FOSTER, D., "Rethinking", *cit.*, pp. 40-42. See ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, The Viking Press, New York, 1963.

includes the hypothesis that perpetrators of international crimes are psychopaths –⁴. Whereas situationists defend that ordinary people turn bad due to the context and describe the perpetrator as a victim of circumstances created by others – this has been used as a basis for the attempt to establish the legal defence of “merely following orders” –, voluntarists believe that bad actions emanate from bad things inside the individual perpetrators, such as hatred, extreme masculinity, psychopathy, etc.⁵.

However, a large number of scholars have drawn attention to the urge of combining different theories into a multi-level approach of atrocity crimes⁶. Considered alone, none of the theories achieves to fully explain the dynamics of mass atrocity⁷. Continuing with the struggle between situationist and voluntarist approaches, the first approach’s almost complete withdrawal of agency constitutes a problem, without forgetting that it defends that it could potentially be anyone depending on the circumstances, albeit it is actually not just anyone (there are people who under the same circumstances do not become perpetrators)⁸. But the

⁴ FOSTER, D., “Rethinking”, *cit.*, pp. 40-42.

⁵ *Idem.*

⁶ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes and Criminology: an Agenda for Future Research” en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 492-501; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity in Central Africa: A Criminological Exploration” in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality. The Crime of All Crimes*, Lexington Books, Plymouth, 2009, pp. 101-113; FOSTER, D., “Rethinking”, *cit.*, pp. 39-61; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010, p. 105; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, pp. 231-252.

⁷ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, pp. 492-501; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 101-113; FOSTER, D., “Rethinking”, *cit.*, pp. 39-61; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 105; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, pp. 231-252.

⁸ FOSTER, D., “Rethinking”, *cit.*, pp. 42-44. For a similar view, see HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 234.

second does not explain how people can be simultaneously victim and perpetrator⁹.

As a consequence, Foster suggests an alternative approach which is based on a relational model¹⁰. Instead of choosing between the option that perpetrators are engulfed by powerful pressures or that they are “willing executioners”, he affirms that the origins of violence are found in the constellation of relations between individuals, groups and ideologies¹¹. He understands ideologies as (i) enabling particular positive subject positions for people to adopt as identities; and as (ii) constructing identities of others in a negative way by which they can be rejected, marginalized, dominated and oppressed¹². Therefore, he defends that ideologies help construct the enemy¹³, which means that he understands ideology as a factor at macro level. But he adds two further sets of factors: organizational and group dynamics (factors at meso level), and space-time configurations (including historical specificity and temporal patterns in relation between salient groups)¹⁴.

Foster’s theory is just one of the theories which proclaim the combination of factors at different levels in order to explain atrocity crimes. Due to the fact that Rothe and Mullins have presented one of the most comprehensive theories in this field, the present research is based on such “integrated theory”¹⁵. Thus, international crimes will be studied at four different levels: the international community, the state, the group, and the

⁹ FOSTER, D., “Rethinking”, *cit.*, pp. 42-44.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 44-47.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.* For a similar view, see WALLER, J.E., “The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence” in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 28-31.

¹⁴ FOSTER, D., “Rethinking”, *cit.*, pp. 44-47.

¹⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 101-113; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, p. 492.

individual. Before analysing the causes of atrocity crimes at each of the levels of study, the “Multi-level Integrated Theory of Supranational Crimes” by Rothe and Mullins needs to be briefly described.

II.1. “Multi-level Integrated Theory of Supranational Crimes” (by Rothe and Mullins)

In their “Multi-level Integrated Theory of Supranational Crimes”, Rothe and Mullins study four catalysts – motivation, opportunity, constraint and control – at four different levels of analysis: international (macro), national (macro), organizational (meso), and individual (micro) level¹⁶. They suggest examining the effects of the four catalysts at the four levels of analysis¹⁷.

Motivation is the first catalyst that they study, and it refers to the constellation of general and specific drives that attract individuals or groups toward offending¹⁸. It should not be confused with *mens rea* or intent, since the intent of an action differs from the motivating factors that are applicable at different levels of analysis¹⁹. Whereas motivation is a force that drives to commit a crime and can be studied at the four levels of analysis, intent is specific at the individual psychological level²⁰. Although there are general motivating factors (such as the marginalization of a

¹⁶ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 101-113.

¹⁷ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 101-113.

¹⁸ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, p. 140; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 106-107.

¹⁹ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 106-107.

²⁰ *Idem.*

specific group), there can also be a wide variety of specific individual motivations (such as revenge or economic gain) within a group²¹.

With regard to **opportunities**, they represent social interactions where the possibility for a crime to be committed emerges and it presents itself to a motivated offender²². Even if motivation is present, without opportunity, the crime will not be committed²³. At international level, the failure to act by international or local bystanders facilitates the creation of opportunity²⁴. At macro level, being a state raises the ability to create criminal opportunity, and the desire to resort to illegal means increases when the legal means to achieve the goals are absent, blocked or constraint²⁵. For instance, the Janjaweed militias committed their crimes in Darfur with the connivance of the government of Sudan²⁶. As for meso level, the opportunity of specific actors depends on the larger organizational culture²⁷.

The social elements that make a crime riskier or less successful are known as **constraints**²⁸. Alike controls, constraints are not expected to fully control or block criminogenic behaviours; nor do they act to penalize criminals²⁹. In contrast, "they serve as potential barriers before or during an

²¹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, p. 140; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 106-107.

²² ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 140-141; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 107-108.

²³ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 107-108.

²⁴ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 140-141; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 107-108.

²⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 140-141; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 107-108.

²⁶ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 140-141; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 107-108.

²⁷ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 140-141; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 107-108.

²⁸ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, p. 141; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 108-109.

²⁹ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 108-109.

act”³⁰. States are often in a unique position to neutralize the power of such constraints³¹. States can even neutralize international pressure by saying the crimes are committed by “insurgent activity” or “militias”, and thus, government-sponsored organizations are not limited by potential constraints of the population or foreign involvement³².

Lastly, **controls** completely block an act or they inevitably punish it criminally after being committed³³. They usually adopt the form of formal social controls that can act as deterrents or provide liability, punishment or sanctions³⁴. Owing to the social integration and position of most individuals who commit international crimes, deterrence based on existing laws should be more effective with regard to them in comparison with ordinary criminals³⁵. However, because of the power and control that militia leaders possess, the crimes committed by them will not be deterred by the existing law³⁶. Therefore, deterrence will only serve as a control if the ICC continues to prosecute this type of crimes³⁷.

Rothe and Mullins conclude that, although important theoretical issues operate at different levels of analysis, the crime is still committed by an individual social actor after a decision to offend has been made³⁸. Crimes have multi-level causes – for example, in most of the cases the offender is part of an organization –, but the specific criminal conduct is individualized

³⁰ *Idem*.

³¹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, p. 141; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 108-109.

³² ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, p. 141; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 108-109.

³³ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, p. 141; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 109-110.

³⁴ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, p. 141; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 109-110.

³⁵ ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 109-110.

³⁶ *Idem*.

³⁷ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, p. 141; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 109-110.

³⁸ ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 110-112.

in its commission after an individual, although bounded, decision³⁹. Thus, they suggest examining each of the four catalysts at the different levels of analysis, because the levels above the micro level affect the individual decision-making process of whether or not to offend⁴⁰.

II.2. Causes at Macro, Meso and Micro Level

Chapter III of this Part is dedicated to the causes of atrocity crimes at **macro level**, which means that the levels regarding the international community and the state will be both studied in Chapter III. By way of example, the lack of social control mechanisms and enforcement at international level, that is to say, the lack of international law and international sanctions, will be mentioned among the factors that play an important role in the commission of atrocity crimes⁴¹. Moving on to the factors which belong to the national level (but still at macro level), phenomena like social disorder or ideology will be analysed⁴².

Since atrocity crimes are manifestations of collective violence⁴³ and thus a form of group crime⁴⁴, the organizational or group-context (**meso level**) in which these crimes take place also needs to be addressed. Social-psychological research on the influence of groups on individuals has shown

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Ibid.*, pp. 102 and 111-112; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, pp. 499-501; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, p. 141.

⁴² ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, p. 142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

⁴³ GUPTA, D.K., *Path to Collective Madness. A Study in Social Order and Political Pathology*, Preager, Westport – Connecticut - London, 2001, pp. 11, 14 *et seq.* and 73-80; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism, Group Behaviour and Collective Identities" in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, p. 243.

⁴⁴ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 497.

that groups have a deep effect on the acts, ideas and behaviour of their members⁴⁵. Those who join and submit themselves fully to the group often submit their own norms and values to those of the group⁴⁶, and their individual identity is submerged into a collective identity⁴⁷.

Furthermore, the studies on conformity by Asch and the studies on obedience by Milgram show the difficulty to grow apart from the group. The first studies proved that the pressure to conform is very strong⁴⁸, while the second ones focused on the natural tendency of individuals to obey orders⁴⁹. Together with the phenomena of conformity and obedience, professional socialization – regarding extreme training programs of perpetrators – will be studied in Chapter IV of this Part. Deindividuation and diffusion of responsibility among group members will also be analysed at

⁴⁵ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", *cit.*, pp. 244 and 256-257.

⁴⁶ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 497.

⁴⁷ GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 11, 14 *et seq.* and 73-80; TAJFEL, H., "Social Psychology of Intergroup Relations", *Annual Review of Psychology*, Vol. 33, 1982, pp. 1-39; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 497; STAUB, E., *The Psychology of Good and Evil. Why Children, Adults, and Groups Help and Harm Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 313 and 352.

⁴⁸ WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 218-220; BAUM, S.K., *The Psychology of Genocide. Perpetrators, Bystanders, and Rescuers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 124-126; ALVAREZ, A., *Governments, Citizens, and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Approach*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2001, p. 94; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 497; SMEULERS, A., "Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 238-239; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 77; KRESSEL, N.J., *Mass Hate. The Global Rise of Genocide and Terror*, Plenum Press, New York – London, 1996, pp. 174-175.

⁴⁹ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 119; FOSTER, D., "Rethinking", *cit.*, pp. 40-42; BAUM, S.K., *The Psychology*, *cit.*, pp. 126-129; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 238-239; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, p. 237; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Political Murder*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, pp. 54-57; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 102-108; VALENTINO, B.A., *Final Solutions. Mass Killing and genocide in the 20th Century*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2004, pp. 43-46; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, p. 95; MANN, M., *The Dark Side of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 26-27; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 75-76; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 178-183; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature and Social-Psychological Insights" in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 212-222.

meso level, since people tend to feel less responsible for their individual acts within large groups – what influences their inclination to commit crimes⁵⁰.

With regard to the analysis at **micro level**, it deals with the individual who is involved in atrocity crimes, in other words, with the perpetrator. This last level of analysis is utterly relevant in order to find the modes of liability which best fit the reality of atrocity crimes, because it focuses on the specific conducts of individuals, who are the ultimate targets of international criminal justice and ought to be punished for their own conduct – not for acts committed by others –.

Notwithstanding that individuals are usually exposed to similar influences at macro and meso level, perpetrators of international crimes still differ in the reasons or motivations to commit such crimes⁵¹; therefore, the analysis of atrocity crimes at micro level becomes crucial. Thus, Chapter V of this Part includes an analysis of different typologies of perpetrators, and due to its comprehensiveness, it endorses Smeulers' typology of perpetrators of international crimes. As general as it may be, Smeulers' typology⁵² provides a useful basis to understand the role and the kind of acts that each type of perpetrator usually performs in atrocity crimes.

⁵⁰ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 497; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature", *cit.*, pp. 207-208; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, pp. 243-244; WALLER, J.E., "The Ordinarity", *cit.*, p. 32; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 92-97; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, p. 95; STAUB, E., *The roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, New York, 1989, pp. 77-87.

⁵¹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 239-240; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, p. 39; STRAUS, S., *The Order of Genocide. Race, Power, and War in Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca and New York, 2006, p. 95.

⁵² SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 243-260.

Although her typology consists of nine types of perpetrators, she groups them into three main categories⁵³:

- 1) Law-abiding citizens: well adapted, relatively successful and law-abiding, they can lose a lot as a result of the changes and restructuration of society during periods of collective violence. Thus, they go along with it in order to avoid any loss.
- 2) Borderlines: less well adapted and not as successful as the law-abiding citizens, they might feel misfits within society. Therefore, they have much to win during collective violence periods, since these periods lead to a restructuring of society which can give them new opportunities.
- 3) Criminals: already involved in crime under ordinary circumstances, during collective violence periods, they have the opportunity to legitimize what has been their behaviour all along – if they support a specific ideology and only target a particular group, they can be seen as heroes rather than criminals –. Collective violence periods provide them a chance to continue with their activities, but with a legitimate goal.

The massive involvement of otherwise law-abiding citizens in atrocity crimes⁵⁴ is a characteristic – and at the same time, disconcerting – feature. One of the main features of this type of crimes is that most perpetrators – except from the top-level and some lower-rank perpetrators – commit crimes of obedience rather than acts of deviance⁵⁵. As Smeulers and Haveman explain, the concept of crimes of obedience does not necessarily

⁵³ *Ibid.*, pp. 236-237.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 236-237; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, p. 493; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People in Extra-Ordinary Circumstances" in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 295-303; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, p. 246.

⁵⁵ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, pp. 492-493; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 236-237.

require that perpetrators act after receiving direct orders, but instead that they live in a specific context where authority seems to support and legitimize the crimes⁵⁶. Therefore, most perpetrators of atrocity crimes differ from ordinary perpetrators, and this makes it difficult for theories from mainstream criminology to apply to atrocity crimes⁵⁷.

For instance, theories which focus on physical or mental deficiencies or on a failed socialization are of limited use to explain the commission of atrocity crimes, since they fail to explain why so many otherwise law-abiding people get involved in periods of collective violence⁵⁸. Albeit that these theories are not widely applicable to perpetrators of international crimes, they can still be helpful to understand the behaviour of certain types of perpetrators, like top-level perpetrators (the “criminal mastermind” in Smeulers’ typology) and those who resemble ordinary perpetrators (the “criminal/sadist” in Smeulers’ typology)⁵⁹. In any case, theories which are based on the effect of specific social contexts – such as social-learning theories, theories which focus on differential association and neutralization techniques – prove to be far more useful when addressing the aforementioned phenomenon⁶⁰.

Even if she affirms the need for a multi-level approach and the combination of different theories to address the phenomenon of atrocity

⁵⁶ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, pp. 493-496; SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 236-237.

⁵⁷ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, pp. 492-493; SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 236-237.

⁵⁸ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, p. 493; WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, pp. 22-25; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 103; SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 234; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 246.

⁵⁹ SMEULERS, A., HAVEMAN, R., “International Crimes”, *cit.*, p. 493.

⁶⁰ *Idem*.

crimes, Rothe suggests that the value of traditional criminological theories should be recognized and used to build an integrated theory in this field⁶¹.

- Referring to *Rational Choice Models*, she explains that as calculative rational beings, human beings make rational choices after a cost-benefit analysis (the doctrine of rationality)⁶². Although she accepts that structure frames action and defines possibilities, she contends that social actors exercise individual choice based on a number of variables, since all acts require that a singular social actor makes the decision and produces the act⁶³. In short, she claims that, although individuals are modified and limited by the social conditions of the organization to which they pertain, "no bureaucratic actor" is a mere automaton⁶⁴.
- As for *Deterrence Models*, she argues that all deterrence theories are models of obedience, and she explains the classical difference between general and specific deterrence⁶⁵. According to Rothe, owing to the social integration and position of the potential offenders, deterrence based on existing laws should be more efficient with regard to perpetrators of international crimes compared to ordinary perpetrators⁶⁶.

⁶¹ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 91-106. See also HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, pp. 248-249.

⁶² ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 92, refers to CORNISH, D., CLARKE, V., *The Reasoning Criminal*, Springer-Verlag, New York, 1986; COHEN, L.E., FELSON, M., "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", *American Sociological Review*, Vol. 44, 1979, pp. 588-605; SYKES, G., MATZA, D., "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, Vol. 22, 1957, pp. 664-670.

⁶³ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 104-105.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 93, refers to ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *The International Criminal Court: Symbolic Gestures and the Generation of Global Social Control*, Lexington Books, Lanham, 2006.

⁶⁶ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 93.

- With regard to *Control Theories*, she affirms that they involve the idea of barriers or constraints⁶⁷. Based on Tittle's work, she describes constraints as the probability that a potential control will be exercised, which leads her to the conclusion that the key factor regarding the deviance of those who hold power is the amount of control that is (or can be) exercised relative to the amount of control exerted over them⁶⁸. She identifies two types of controls which can be applied to states: external – they lie outside of and are imposed to the state – and internal – they arise within the state and go against itself –⁶⁹. Owing to the lack of (or weak) control abilities regarding the behaviour of states, Rothe concludes that states have a high probability of deviance⁷⁰.
- According to *Disorganization Theories*, disorganization occurs when communities lack informal mechanisms of social control (or exhibit ineffectual levels of collective efficacy) and common problems cannot be solved because of existing barriers which affect the formal and informal ties which promote the ability to solve such problems⁷¹. Rothe further explains that, when legitimate forms of social organization are missing, illegal organizations proliferate to provide social structures and opportunities which are absent due to institutional failures⁷².

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Idem.*, refers to TITTLE, C., *Control Balance: Toward a General Theory of Deviance*, Westview Press, Boulder, 1995.

⁶⁹ ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, p. 105.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 94.

⁷¹ *Idem.*, refers to SHAW, C., MCKAY, D., *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, University of Chicago Press, Chicago, 1942; SAMPSON, R.J., RAUDENBUSH, S.W., "Systematic Social Observation of Public Spaces: A New Look at Disorder in Urban Neighborhoods", *American Journal of Sociology*, Vol. 105, No. 3, 1999, pp. 603-651; BURSİK, R.J., Jr., GRAMSIK, H.G., "Economic Deprivation and Neighborhood Crime Rates 1960-1980", *Law and Society Review*, Vol. 27, 1993, pp. 263-268.

⁷² ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, p. 104.

- In the field of *Anomie Theories*, Durkheim provided the first definition of anomie as a condition of a society where a rapid social change has provoked mass communal effects that lead to normlessness (mainly lack of social constraints or regulation)⁷³. Merton gave another definition of anomie, describing it as the result of the combination of a high emphasis on cultural goals and a low emphasis on institutionalized norms to achieve these goals⁷⁴. Since the unequal social structure acts as a limit to obtain the goals through legitimate means, Merton suggested that a contradiction which can lead to strain appears, and individuals respond in several ways to this strain: conformity, innovation (criminal behaviour), ritualism, and rebellion⁷⁵. Rothe explains that abrupt colonial departures or *coups* lead to anomie (as defined by Durkheim) because they demolish socio-political structures and rearrange governmental structures, economic ownership and production⁷⁶. Furthermore, weak institutions lead to a lack of formal and informal social control⁷⁷. Rothe also affirms that overregulation can produce criminogenic environments at state level, and she puts the hyper-centralized power during Nazi regime as an example⁷⁸.
- *Learning Theories* are based on the assumption that individuals are shaped (and can be shaped again) by specific environments and conditions⁷⁹. Some scholars contend that the process by

⁷³ *Ibid.*, p. 95; DURKHEIM, E., *The Division of Labor in Society*, Free Press, New York, 1933.

⁷⁴ MERTON, R., "Social Structure and Anomie", *American Sociological Review*, Vol. 3, No. 6, 1938, pp. 672-682; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 95.

⁷⁵ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 95.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 96, refers to SUTHERLAND, E., *White Collar Crime*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1949; AKERS, R., *Deviant Behavior: A Social Learning Approach*, Wadsworth, Belmont, 1977.

which criminal behaviour is learnt does not differ from other learning-processes⁸⁰. Rothe explains that some organizations instil ideological beliefs that facilitate violating laws in their members, such as the process of presentation of negative and positive stimuli to child soldiers in order to ensure their obedience⁸¹.

- With regard to *Organizational Theories*, Rothe explains that there might be some structures in bureaucratic environments which can push the attainment of goals by any means necessary⁸², which can lead to criminal behaviour. However, she points out that a high number of international crimes are committed by militias and paramilitaries which do not fit into the organizational model conceived by many organizational theorists⁸³.
- When talking about *Phenomenology and Everyday Knowledge*, the work of Berger and Luckmann must be taken into account⁸⁴. They stated that objective reality is the reality of everyday life which appears to be objectively real for the individuals who live within it⁸⁵. They also explained the process of subjectivity as a process of socialization where the objective reality of others is internalized as one's own reality⁸⁶. Rothe argues that, since crime is a social phenomenon created by a process of social interaction,

⁸⁰ See ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 96, with further references.

⁸¹ *Ibid.*, p. 104.

⁸² *Ibid.*, p. 98, refers to PERROW, C., *Complex Organizations: A Critical Essay*, McGraw-Hill, Columbus, 1986; WEBER, M., *From Max Weber*, edited and translated by H.GERTH and C. WRIGHT MILLS, Oxford University Press, New York, 1946; SUTHERLAND, E., *White, cit.*.

⁸³ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 103.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 98; BERGER, P., LUCKMANN, T., *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Anchor Books, New York, 1967.

⁸⁵ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 98; BERGER, P., LUCKMANN, T., *The Social Construction, cit.*, pp. 19 et seq..

⁸⁶ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 98; BERGER, P., LUCKMANN, T., *The Social Construction, cit.*, pp. 129 et seq..

state crime often eludes the label of crime because of its position and access to power and political resources⁸⁷.

Due to the fact that, standing alone, none of the aforementioned theories can explain these types of crimes, Rothe suggests an integrated theory which offers a more comprehensive explanation⁸⁸. The following table summarizes her explanation with regard to traditional criminological theories and their applicability to international crimes.

⁸⁷ ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, p. 98.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 99, refers to KAUZLARICH, D., KRAMER, R.C., *Crimes of the American Nuclear State: At Home and Abroad*, Northeastern University Press, Boston, 1998.

Criminological Theories	Main idea	Representatives	With regard to atrocity crimes
Rational Choice Models	As calculative rational beings, human beings make rational choices after a cost-benefit analysis (the doctrine of rationality)	- Cornish and Clarke (1986): bounded rationality - Cohen and Felson (1979): choice constrained by opportunity - Sykes and Matza (1957): neutralization techniques	Even if individuals are modified and limited by the social conditions of the organization to which they pertain, no bureaucratic actor is a mere automaton
Deterrence Models	General and specific deterrence	- Rothe and Mullins (2006)	Due to the social integration of the potential offenders, deterrence based on existing laws should be more efficient with regard to perpetrators of international crimes compared to ordinary perpetrators
Control Theories	Constraints as the probability that a potential control will be exercised	- Tittle (1995)	Due to the lack of (or weak) control abilities regarding the behaviour of states, states have a high probability of deviance
Disorganization Theories	Disorganization occurs when communities lack informal mechanisms of social control (or exhibit ineffectual levels of collective efficacy) and common problems cannot be solved because of barriers which affect formal and informal ties	- Sutherland: differential social organization - Shaw and Mckay (1942): model of social disorganization - Bursik and Gramsik (1993), and Sampson and Raudenbush (1999): collective efficacy	When legitimate forms of social organization are missing, illegal organizations proliferate to provide social structures and opportunities which are absent due to institutional failures
Anomie Theories	Durkheim: anomie as a condition of a society where a rapid social change has provoked mass communal effects that lead to normlessness	Merton: anomie as the result of the combination of a high emphasis on cultural goals and a low emphasis on institutionalized norms to achieve these goals	Abrupt colonial departures or coups lead to anomie, because they demolish socio-political structures and rearrange governmental structures, economic ownership and production
Learning Theories	Individuals are shaped by specific environments and conditions. The process by which criminal behaviour is learnt does not differ from other learning-processes	- Sutherland (1949): differential association theory - Akers (1977): social-psychological social learning theory	Some organizations instil ideological beliefs that facilitate violating laws in their members
Organizational Theories	Some structures in bureaucratic environments can push the attainment of goals by any means necessary	- Perrow (1986) and Weber (1946): organizations and instrumental rationality - Sutherland (1949): organizations can develop	Many international crimes are committed by militias and paramilitaries which do not fit into the organizational model conceived by many organizational theorists

		cultures which motivate criminal conduct	
Phenomenology and Everyday Knowledge	Objective reality and the process of subjectivity	- Berger and Luckmann (1967)	Since crime is a social phenomenon created by a process of social interaction, state crime often eludes the label of crime (because of its position and power)
Integrated theories	Standing alone, none of the theories can explain atrocity crimes	Kauzlarich and Kramer (1998): Rothe bases her integrated theory in their model	An integrated theory which offers a more comprehensive explanation is needed

CHAPTER III. MACRO LEVEL: INTERNATIONAL AND NATIONAL CONTEXT

One of the main – and most disturbing – characteristics of atrocity crimes is the massive involvement of ordinary citizens in their commission. As it has already been stated, the massive involvement of citizens cannot be explained in terms of mental disorder. To put it simply, too many people get involved in international crimes, and they cannot all be insane¹. As difficult as it may be to accept that those who commit such heinous crimes are not psychopaths, sadists or mentally ill, the truth is that they are ordinary people who do not differ from the normal and average person². As Waller puts it, they are ordinary people, “like you and me”³. They are

¹ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010, p. 103; SMEULERS, A., “Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology” in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, p. 234; WALLER, J.E., “The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence” in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 22-25; HARRENDORF, S., “How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?”, *JICJ*, Vol. 12, 2014, p. 246. The Authoritarian Personality Theory is not consistent with reality either. See WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 76-80; BAUM, S.K., *The Psychology of Genocide. Perpetrators, Bystanders, and Rescuers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 117-119; KRESSEL, N.J., *Mass Hate. The Global Rise of Genocide and Terror*, Plenum Press, New York – London, 1996, pp. 215-221.

² WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 18 and 87; WALLER, J.E., “The Ordinarity”, cit., p. 21; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., pp. 103-104; SMEULERS, A., “Perpetrators”, cit., p. 234; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People in Extra-Ordinary Circumstances” in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 295-303; HARRENDORF, S., “How Can”, cit., p. 246; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Political Murder*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, p. 57; CHARNY, I.W., *How can we commit the unthinkable? Genocide: The Human Cancer*, Westview Press, Boulder, 1982, p. 140.

³ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, cit., p. 23; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 18. For a similar view, see ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 105; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, cit., pp. 295-303; STRAUS, S., *The Order of Genocide. Race, Power, and War in Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca and New York, 2006, p. 96; GUPTA, D.K., *Path to Collective Madness. A Study in Social Order and Political Pathology*, Praeger, Westport – Connecticut – London, 2001, pp. 9-10; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., p. 156.

ordinary people who under ordinary circumstances would obey the law⁴. The previous sentence contains the key element to understand why so many otherwise law-abiding citizens get involved in atrocity crimes: as Smeulers affirms, this kind of crime takes place in “extraordinary circumstances”⁵.

These “extraordinary circumstances” constitute the crucial difference: perpetrators of international crimes are “ordinary people within extraordinary circumstances”⁶. Atrocity crimes are usually committed in a context of collective violence⁷. On a macro perspective, the circumstances and conditions which precede periods of atrocity crimes need to be studied⁸. It has been proved that states which endure episodes of atrocity crimes previously undergo periods of political turmoil, rapid changes, difficult life conditions, revolutions, civil wars, *coup d'états*, dictatorial regimes, wars on terror, etc.⁹. However, the means by which collective violence periods affect individuals need to be addressed as well¹⁰.

Collective violence periods share the following features¹¹:

- 1) The massive involvement of people.

⁴ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 234. See also SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, pp. 295-303; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 246.

⁵ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 234.

⁶ *Idem.*

⁷ *Idem.* For a similar view, see KELMAN, H.C., “Violence Without Moral Restraint: Reflection on the Dehumanization of Victims by Victimizers”, *Journal of Social Issues*, Vol. 29, No. 4, 1973, pp. 31-32.

⁸ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 235.

⁹ *Idem.*; HARFF, B., “No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955”, *American Political Science Review*, Vol. 97, No. 1, 2003, pp. 62 and 66; FEIN, H., “Accounting for Genocide after 1945: Theories and Some Findings”, *International Journal on Group Rights*, Vol. 1, 1993, pp. 84-85 and 93-98; STRAUS, S., *The Order of Genocide*, *cit.*, pp. 7-8 and 123-126; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, pp. 68-71.

¹⁰ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 235.

¹¹ *Ibid.*, pp. 235-236.

- 2) The progressive use of violence, which means that atrocity crimes do not appear from one day to another; instead, it is the consequence of an escalation period in which individuals get trapped in what Staub called a "continuum of destructiveness"¹².
- 3) Violence against one specific group which is blamed for the misfortune of the masses. The specific group which is victimized is often identified with the wealthy or powerful class, the intellectuals, the privileged minorities, or with those who represent the regime which is about to be or has been overthrown. As a result, the masses see their fight as a justified war against unfairness, totalitarianism, oppression and corruption.
- 4) An alleged legitimacy of violence, which is provided by an ideology. Ideology not only incites and instigates violence, but it also offers justification-mechanisms (such as neutralization techniques) to the masses.

During collective violence periods, every individual has to make a choice: they either go along with or they grow apart from the group¹³. The effect of conformity and obedience on individuals will be analysed at meso level; however, it is worth mentioning now that they constitute a major obstacle for individuals to grow apart from the group to which they pertain. Due to this combination of factors at macro and meso level – without underestimating the factors which operate at micro level – during collective violence periods, individuals get trapped and they change slowly and gradually¹⁴.

¹² STAUB, E., *The roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, New York, 1989, pp. 17-18.

¹³ For a similar view, see CHARNY, I.W., *How can we*, cit., pp. 204-206 and 210-211.

¹⁴ SMEULERS, A., "Perpetrators", cit., pp. 239-240; WALLER, J.E., "The Ordinarity", cit., p. 23.

In the aforementioned description of the main features of collective violence periods, some of the most important factors which operate at macro level have already been outlined; however, they will now all be structurally analysed following the integrated theory of atrocity crimes by Rothe and Mullins.

III.1. Controls

First, regarding controls, either their lack or their failure to apply is a common characteristic of atrocity crimes. At international level, it should be understood as the lack or failure to apply of international law and international sanctions, whereas at state-level, it means that state-law and sanctions fail to apply when the state itself is somehow involved in the commission of international crimes¹⁵.

III.2. Constraints

Second, in a similar vein, constraints are usually lacking (or they are very weak) at both international and national level when atrocity crimes are committed. At international level, international reaction, political pressure, condemning public opinion, and opposing INGOs or NGOs are either missing or they are weak¹⁶. Similarly, at state-level, political pressure,

¹⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity in Central Africa: A Criminological Exploration" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality. The Crime of All Crimes*, Lexington Books, Plymouth, 2009, pp. 102 and 111-112.

¹⁶ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

media scrutiny, opposing public opinion, opposing social movements and rebellions are either missing or they are weak¹⁷.

Studies which focus on the relation between regime type and the perpetration of atrocity crimes¹⁸ should be included here. These studies suggest that atrocity crimes are more likely within authoritarian and non-democratic regimes¹⁹. Since not all totalitarian states have perpetrated atrocity crimes, these studies cannot be understood as establishing a causal relationship between authoritarian regimes and atrocity crimes; instead, they show that there is a correlation between these two phenomena, in the sense that it is more likely for atrocity crimes to take place within authoritarian regimes²⁰. The reason for that lies in the fact that macro-level constraints are usually missing in authoritarian regimes, since they normally brutally oppress opposing public opinion, social movements or rebellions²¹.

¹⁷ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

¹⁸ HIEBERT, M.S., "Theorizing Destruction: Reflections on the State of Comparative Genocide Theory", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 3, Iss. 3, 2008, Article 6, pp. 323-324; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 63 and 66; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 252-255; FEIN, H., "Accounting for Genocide", *cit.*, pp. 82-84 and 92-93; HOROWITZ, I.L., *Taking Lives. Genocide and State Power*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1980.

¹⁹ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 323-324; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 63 and 66; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 252-255; FEIN, H., "Accounting for Genocide", *cit.*, pp. 82-84 and 92-93; HOROWITZ, I.L., *Taking Lives*, *cit.*, pp. 34-39 and 43-67.

²⁰ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 323-324; VALENTINO, B.A., *Final Solutions. Mass Killing and genocide in the 20th Century*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2004, pp. 26-29; FEIN, H., "Accounting for Genocide", *cit.*, pp. 82-84 and 92-93.

²¹ For a similar view, see KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 252-255.

III.3. Motivations

Third, the main motivations at international and state-level can be divided into four groups: economy, politics, ideology, and “us-them thinking”.

III.3.1. Economy

In the economic arena, global economics need to be taken into account²². For instance, post-colonial African economies depend mostly on exportation; therefore, fluctuations and collapses in specific product markets can have radical effects on national economies²³. Since their markets are less diversified than Western and Asiatic countries, the decrease in the value of a given product generates serious damages in their economies, such as the situation in Rwanda after the collapse of international coffee markets²⁴. During such economic lapses, individuals, especially those who are involved in the production of the commodity, are more motivated toward criminal conduct – and social disorder and the illegitimate opportunity structures provide the opportunity to do so –²⁵.

²² ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 143-145; GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 130-131; MANN, M., *The Dark Side of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge University Press, New York, 2005, p. 31; STAUB, E., *The Psychology of Good and Evil. Why Children, Adults, and Groups Help and Harm Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 293-294.

²³ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 143-145.

²⁴ *Idem.*; GUPTA, D.K., *Path, cit.*, p. 156; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, p. 341.

²⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 143-145 and 147-148. For a similar view, see GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 130-131; STAUB, E., *The roots of Evil, cit.*, pp. 13-15 and 44; STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, pp. 126-127; MANN, M., *The Dark Side, cit.*, p. 31.

III.3.2. Politics and Ideology

Concerning politics and ideology, elites are aware of and exploit the potential of ideology in order to facilitate the commission of atrocity crimes, with the final aim of achieving their political and ideological interests. Scholars refer to the effect that extreme exclusionary and dividing ideologies have in motivating and facilitating the commission of atrocity crimes²⁶. This type of ideologies will be studied in depth when analysing the motivating factors which operate at macro level with regard to the specific crime of genocide.

Alvarez defines ideology as a system of shared ideas, values, and symbols which help people understand the world surrounding them²⁷. Ideologies provide the intellectual framework of understanding which is necessary to define the world and ourselves as individuals and as groups²⁸. In short, ideologies tell us who we are²⁹. Van Dijk suggests that ideologies have the following basic structure³⁰:

²⁶ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs: Genocide and the Role of Ideology" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 213-231; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., pp. 62-73; HARFF, B., "No Lessons Learned", cit., pp. 62-63 and 66; FEIN, H., "Revolutionary and Antirevolutionary Genocides: A Comparison of State Murders in Democratic Kampuchea, 1975 to 1979, and in Indonesia, 1965 to 1966", *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 35, Iss. 4, 1993, pp. 797 et seq.; DU PREEZ, P., *Genocide. The Psychology of Mass Murder*, Boyars/Bowerdean, London – New York, 1994, pp. 28-47; STAUB, E., *The Psychology*, cit., pp. 299-301 and 353; KIERNAN, B., "Twentieth Century Genocides. Underlying Ideological Themes from Armenia to East Timor" in R. GELLATELY and B. KIERNAN, *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 29 and 39-46.

²⁷ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", cit., p. 216; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., pp. 57-61.

²⁸ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", cit., p. 216.

²⁹ *Idem.* For a similar view, FOSTER, D., "Rethinking the Subjectivity of Perpetrators of Political Violence" in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 44-47.

³⁰ VAN DIJK, T.A., *Ideology: A Multidisciplinary Approach*, Sage Publications, London, 1998, pp. 69-70; ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", cit., p. 216. For a similar view, FOSTER, D., "Rethinking", cit., pp. 44-47.

- 1) Membership: it defines who is a member and which the requisites for membership are.
- 2) Activities: they refer to the kinds of behaviours which are acceptable and expected.
- 3) Goals: they represent the purposes of the group in terms of what it hopes to achieve.
- 4) Values/Norms: they prescribe what is permitted and prohibited (right and wrong).
- 5) Position and Group Relations: it refers to the distinction between friends and enemies.
- 6) Resources: needs and attributes of a particular group.

Therefore, apart from providing identity, ideologies also provide meaning and purpose³¹. They are not mere abstract symbols and ideas; but, instead, they also manifest in behaviour³². Due to the fact that they can mobilize populations into action³³, leaders make extensive use of them in order to motivate individuals into the commission of atrocity crimes.

III.3.3. "Us-them thinking"

Ideology is closely related to the so-called "us-them thinking"³⁴. Waller includes the mechanism known as "us-them thinking" within the explanation of the psychological construction of the "other", among the proximate influences³⁵. Before analysing his explanation of "us-them

³¹ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 216-217.

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

³⁴ STAUB, E., *The roots of Evil*, *cit.*, pp. 17 and 58-59; WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 237-244; WALLER, J.E., "The Ordinarity", *cit.*, p. 28; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 149-150; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 73-74, 79-80 and 104-105; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 39; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, pp. 295-296.

³⁵ WALLER, J.E., "The Ordinarity", *cit.*, pp. 28-31.

thinking”, his general explanatory model of atrocity crimes needs to be briefly outlined³⁶. He examines two levels of analysis³⁷:

- 1) Proximate influences: they refer to the immediate influences closest to the present moment, and they deal with “how” certain behaviour occurs in a specific place and time.
- 2) Ultimate influences: they identify deeper influences from the evolutionary past, and they aim to explain “why” certain behaviour evolved by natural selection.

With regard to the ultimate influences, Waller bases his explanation on the concept of a human nature by the field of evolutionary psychology³⁸. According to this approach, evolution has provided human beings with a variety of needs and desires in a way that it is often difficult for one person to pursue their needs and desires without coming into conflict with other people³⁹. Therefore, although deeply buried, the capacities for evil are within all human beings⁴⁰. In short, natural selection has designed our minds, and to a certain degree, it has prepared us with the capacity of evil⁴¹.

More importantly, proximate influences refer to the immediate cultural, psychological, and social constructions that merge to activate the aforementioned evolutionary capacities⁴². Thus, there are three proximate

³⁶ According to WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 23, his model is based on existing literature; eyewitness account by killers, bystanders, and victims from a wide range of atrocity crimes; and research in social and evolutionary psychology. See also WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 145-168.

³⁷ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 24; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 145-168.

³⁸ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 24; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 145-168.

³⁹ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, pp. 24-25; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 145-168.

⁴⁰ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, pp. 24-25; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 145-168.

⁴¹ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, pp. 24-25; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 145-168.

⁴² WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 25.

constructions that impact individual behaviour in situations of collective violence: the cultural construction of worldview; the psychological construction of the "other"; and the social construction of cruelty⁴³. As it has already been stated, "us-them thinking" is included in the second construction: the psychological construction of the "other", where he analyses how victims of atrocity crimes become the targets of the crimes of the perpetrators⁴⁴. He studies three mechanisms⁴⁵:

- 1) "us-them thinking";
- 2) moral disengagement; and
- 3) blaming the victims.

However, since the last two pertain to the catalyst of opportunity – not motivation –, they will be explained when dealing with such catalyst.

"Us-them thinking" provides the capacity to see one's own group as superior to all others, and it can lead to being reluctant to recognize that members of other groups deserve equal respect⁴⁶. Social exclusion and atrocity crimes are not an inevitable consequence of us-them thinking, but once identified with a group, exaggerating differences becomes easier and it can lead to believing "kill or be killed"⁴⁷. Although colonizers created arbitrary divisions among people – for example, in Rwanda or Burundi –, after African states became independent, those tensions were hardly

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 28-31. With regard to the "otherizing" effects of ethnic polarization, see ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 149-150.

⁴⁵ WALLER, J.E., "The Ordinariness", *cit.*, pp. 28-31; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 186 and 237-249. With regard to the "otherizing" effects of ethnic polarization, see ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 149-150.

⁴⁶ WALLER, J.E., "The Ordinariness", *cit.*, p. 28; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 237-244; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 73-74, 79-80 and 104-105; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 39; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, pp. 295-296.

⁴⁷ GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 79-80 and 104-105; WALLER, J.E., "The Ordinariness", *cit.*, p. 28; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, p. 186.

visible in society⁴⁸. However, following a period of political instability favoured by the hyper-plurality of political parties which were based on geographical divisions, a number of *coup d'états* established one-party states⁴⁹. These one-party states – such as the ones in Rwanda, Cote D'Ivoire or Sudan – exacerbated existing ethnical divisions in order to establish and maintain power and political stability⁵⁰.

III.4. Opportunities

Fourth and last, opportunity needs to be addressed at international and state-level. Whereas international opportunity mainly consists in economic and military supremacy and international relations, the following are some of the most important opportunities at state-level⁵¹:

- 1) Ideology, propaganda, and control of information.
- 2) Social disorganization.
- 3) Military capabilities, and availability of illegal means.

As the reader might have noticed, ideology operates both in the field of motivation and opportunity, and at both international and state-level. As an opportunity, ideology is closely related to the leaders' use of the media. The control of information and the control over the media enable leaders to develop propaganda aimed at targeting one or various specific groups⁵². Apart from the extensive use of anti-Semitic propaganda by the Nazis,

⁴⁸ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 148-149; GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 151 *et seq.*

⁴⁹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 148-149.

⁵⁰ *Idem.*; GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 154-155.

⁵¹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality, cit.*, pp. 102 and 111-112.

⁵² GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 122-124 and 159-160; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, p. 110; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, pp. 342-343.

Rwandan genocide is also well-known for the hate speeches pronounced by the media, going as far as reading lists of Tutsis – with their addresses – that should be attacked⁵³.

With regard to social disorganization, political instability and ethnic tensions constitute main features of the scenarios preceding most African conflicts⁵⁴. African history consists of numerous cases of *coups d'état* and counter-coups⁵⁵. This is due to the fact that many of the recently formed African states "entered the world community with underdeveloped and ill-functioning social institutions and patterns of social organization"⁵⁶. Political instability brings the decrease of constraints and controls at macro level: national law and law-enforcement does not operate in an acceptable way anymore, and it becomes a tool to reach the interests of social elites and to halt political opponents (rather than focused on basic criminal control)⁵⁷. As for ethnic tensions and divisiveness, ethnical divisions – which some leaders have purposefully exacerbated in order to maintain power and political stability – are also a common feature of most African conflicts⁵⁸.

Even if Rothe and Mullins place justifications and rationalizations of criminal conduct at micro level (in the opportunity catalyst), some of them operate at macro level, since they are produced and provided by leaders to the whole society, specially to low- and mid-level perpetrators. The

⁵³ GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 122-124 and 159-160; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, p. 110; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, pp. 342-343.

⁵⁴ HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 62 and 66; STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, pp. 7-8 and 123-126; ALVAREZ, A., *Governments, Citizens, and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Approach*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2001, pp. 68-71; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 145-149; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 235.

⁵⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 145-147.

⁵⁶ *Idem.*

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 148-149; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 115-118. For an opposite view, see VALENTINO, B.A., *Final Solutions, cit.*, pp. 16-22; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, pp. 343-344.

following are two of these justifications and rationalizations which operate as opportunities at macro level⁵⁹:

- 1) Moral disengagement: it refers to the process of detachment by which elites place some individuals or groups outside the limit in which moral values, rules and considerations of fairness apply⁶⁰. There are many disengagement mechanisms which perpetrators use to make their conduct acceptable: portraying it as serving socially worthy or moral purposes, and most importantly, dehumanization of the victims (including the use of language to redefine the victims)⁶¹. The dehumanization of Tutsis by Hutus in the Rwandan genocide has often been portrayed as an example of facilitating political and economic subordination as well as wanton violence and destruction⁶². Leaders have also made use of several euphemisms – such as “final solution”, “special treatment”, “cleansing”, “clearing the bush”, etc. – in order to make atrocities seem more acceptable⁶³.
- 2) Blaming the victims: the need to believe in a just world overwhelms our recognition that bad things can happen to good people, and as a consequence, it is often assumed that victims

⁵⁹ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, pp. 28-31. He considers them, together with “us-them thinking”, elements of the psychological construction of the “other”. Referring to justifications and rationalizations, see SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 239-240.

⁶⁰ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 120-122; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, p. 305; WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 28; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, p. 237.

⁶¹ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, pp. 29-30; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 244-249; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, p. 139; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 120-122; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, 2011, pp. 308-309; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, pp. 244-245.

⁶² KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 200; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., “Genocide”, *cit.*, pp. 149-150; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 121.

⁶³ ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, pp. 117-120; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, p. 160; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 110 and 165; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 188-189; KELMAN, H.C., “Violence”, *cit.*, p. 48.

deserve their fate⁶⁴. Human beings rearrange their perception of people so that it seems everyone has what they deserve, and thus, perpetrators believe that victims are suffering because they have done "something", are somehow inferior or dangerous, or because a higher cause is being served⁶⁵.

Finally, the "cultural construction of worldview" (the first of the three elements which Waller identifies as proximate influences of atrocity crimes) needs to be addressed at macro level⁶⁶. He defines the concept "worldview" as the set of presumptions, meanings, rules, values, principles and practices through which people live their lives⁶⁷. He also suggests understanding such concept in terms of cultural models: cultural models are the elements of a worldview which provide the background through which individuals interpret the social world and decide about appropriate responses⁶⁸. He highlights three cultural models which are particularly important to understand the making of perpetrators⁶⁹:

- 1) Collectivistic values: with the collectivistic values of tradition, obedience, safety, conformity and order in mind, he explains that they create a worldview in which group membership shapes and completes individuals: group-based identity is a defining feature of individual personal identity, and group goals become indistinguishable from individual goals. Regimes who commit atrocity crimes use such collectivistic values to establish the limit

⁶⁴ STAUB, E., *The Psychology*, cit., p. 325; WALLER, J.E., "The Ordinarity", cit., p. 30; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 249-256; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., pp. 116-118.

⁶⁵ STAUB, E., *The Psychology*, cit., p. 325; WALLER, J.E., "The Ordinarity", cit., pp. 30-31; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 249-256; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., pp. 116-118.

⁶⁶ WALLER, J.E., "The Ordinarity", cit., pp. 26-28.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 26.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 26-28.

between in-groups and out-groups, and to make radical categorical judgements of “good us” versus “bad them”.

- 2) Authority orientation: he describes it as a way of ordering the social world according to people’s position in hierarchies. People who live in such a cultural model enjoy obeying authority and exercising power over those below them. An excessively strong sense of authority results in individuals being less likely to oppose leaders who use violence against a specific targeted group.
- 3) The desire for social dominance: it consists of a set of aggressive-submissive relations among individual animals which lead to differences in rank and status. As a result, some individuals gain greater access than others to key resources. Under some circumstances, aggression and violence can be used to increase status and power within a social dominance hierarchy.

As relevant as factors at macro level may be, the elements at meso and micro level are as important in order to fully understand the aetiology of atrocity crimes. As Waller says, even if resisting the effect of such influences requires a certain degree of individual strength, some people do resist; indeed, in the process of committing atrocity crimes, there are many choice points for each perpetrator⁷⁰. In a similar vein, Smeulers affirms that individuals differ in the ways and reasons why they take part in atrocity crimes, and thus, the factors referring to collective violence periods (mainly at macro level) cannot explain the conduct of each of the perpetrators of international crimes⁷¹. That is the reason why Smeulers groups the perpetrators in different categories – according to factors at micro level –

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 36-37.

⁷¹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 239-240.

and she suggests her typology of perpetrators, which will be analysed in Chapter V of this Part⁷².

⁷² *Ibid.*, p. 240.

CHAPTER IV. MESO LEVEL: GROUPS

Some of the factors which operate at meso level have already been mentioned – such as obedience to authority or conformity –, but they will all be analysed below following the integrated theory of atrocity crimes by Rothe and Mullins.

As for **controls**, internal controls and codes of conduct are usually missing or they fail to apply when atrocity crimes are committed¹.

Similarly, **constraints** pertaining to meso level – internal oversight, communication structures, and traditional authority structures – are either missing or they are very weak².

Regarding **motivation**, organizational goals, leadership pressure and reward structures constitute different factors that can motivate criminal conduct at meso level³. Although obedience to authority could be identified with leadership pressure (and thus, should be considered a motivation)⁴, it fits better into opportunities⁵.

Moving on precisely to **opportunities** at meso level, means availability and economic support need to be taken into account⁶. More importantly, the factors known as organizational structure, role specialization and

¹ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity in Central Africa: A Criminological Exploration" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality. The Crime of All Crimes*, Lexington Books, Plymouth, 2009, pp. 102 and 111-112.

² ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

³ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

⁴ See, for example, ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, p. 142.

⁵ *Ibid.*, pp. 102 and 111-112.

⁶ *Ibid.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

separation of consequences play an important role at meso level⁷. This last group of factors constitute what others call deindividuation and diffusion of responsibility⁸. Waller explains these phenomena in relation with group identification, and he describes the last as one of the three mechanisms that enable the social construction of cruelty⁹. The social construction of cruelty makes perpetrators believe that everyone is capable of doing what they do, and it enables perpetrators to initiate, sustain, and cope with their cruelty¹⁰.

IV.1. Diffusion of Responsibility and Deindividuation

Concerning contexts which promote diffusion of responsibility and deindividuation¹¹, bureaucratic organization and routinization of bureaucratic subroutines – to put it in plain language, the segmentation of the killing tasks – are central in achieving diffusion of responsibility, since they entail a division of labour which reduces the identification of

⁷ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

⁸ STAUB, E., *The roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, New York, 1989, pp. 77-78; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature and Social-Psychological Insights" in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 207-208; HARRENDORF, S., "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?", *JICJ*, Vol. 12, 2014, pp. 243-244; WALLER, J.E., "The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence" in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 32-33; WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 212-218; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010, pp. 92-97; ALVAREZ, A., *Governments, Citizens, and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Approach*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2001, p. 95.

⁹ WALLER, J.E., "The Ordinarity", *cit.*, p. 31.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ *Ibid.*, p. 32; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 92-97; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, p. 95; STAUB, E., *The roots of Evil*, *cit.*, pp. 77-78; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature", *cit.*, pp. 203-242; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, pp. 390-391.

perpetrators with the consequences of their conduct¹². Bureaucratic organizations also provide a relative anonymity in which a person can only be identified as a group member – not as a particular individual –; in other terms, it provides deindividuation¹³.

Rothe and Mullins place the diffusion of responsibility as an opportunity at micro level¹⁴; however, due to the fact that it is unimaginable without the existence of a group or organization, it seems better to analyse them at meso level. The same is applicable to other factors which Rothe and Mullins identify as opportunities at micro level, such as obedience to authority, group membership or group think¹⁵. These factors which operate at meso-level are craftily exploited by top-level perpetrators.

IV.2. Obedience to Authority

Obedience to authority has already been outlined as one of the factors which restrict the ability to grow apart from the group¹⁶. People

¹² SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 236; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 138-139; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 199-200; WALLER, J.E., "The Ordinarity", *cit.*, p. 33; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 208-211; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 92-97; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, pp. 97-100; KELMAN, H.C., "Violence", *cit.*, pp. 46-48; STAUB, E., *The Psychology of Good and Evil. Why Children, Adults, and Groups Help and Harm Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 330.

¹³ WALLER, J.E., "The Ordinarity", *cit.*, p. 33; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 216-218. For a similar view, see ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 92-97; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, p. 95; STAUB, E., *The roots of Evil*, *cit.*, pp. 77-78; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, pp. 390-391.

¹⁴ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

¹⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

¹⁶ STAUB, E., *The roots of Evil*, *cit.*, p. 43; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 102-108; STRAUS, S., *The Order of Genocide. Race, Power, and War in Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca and New York, 2006, p. 137; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Political Murder*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, pp. 54-57; VALENTINO, B.A., *Final Solutions. Mass Killing and genocide in the 20th Century*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2004, pp. 43-46; MANN, M.,

want to feel good about themselves, and when they start to act against their own norms and values, they feel bad and guilty, and the feeling known as “cognitive dissonance” – coined by Festinger – appears¹⁷. Rationalising and justifying one’s own conduct is a natural reaction to this feeling¹⁸. This natural justifying tendency is a crucial defence mechanism to prevent people from becoming mentally ill, but it can also be a psychological trap by which perpetrators are caught up in their own defence mechanisms during collective violence periods¹⁹. A slow, gradual and progressive involvement, together with such natural defence mechanisms, makes it more difficult for people to stop and get out once the first step has been made²⁰.

In this field, the studies on obedience by Milgram are already well-known²¹. Not only did these studies show that people have a natural tendency to

The Dark Side of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 26-27; ALVAREZ, A., *Governments*, cit., p. 95; BAUM, S.K., *The Psychology of Genocide. Perpetrators, Bystanders, and Rescuers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 126-129; KRESSEL, N.J., *Mass Hate. The Global Rise of Genocide and Terror*, Plenum Press, New York – London, 1996, pp. 169-171; SMEULERS, A., “Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology” in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 238-239; STAUB, E., *The Psychology of Good and Evil. Why Children, Adults, and Groups Help and Harm Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 302.

¹⁷ FESTINGER, L., *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, Stanford, 1962, p. 3; SMEULERS, A., “Perpetrators”, cit., p. 238; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Conformism, Group Behaviour and Collective Identities” in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, p. 252; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 114; GUPTA, D.K., *Path to Collective Madness. A Study in Social Order and Political Pathology*, Praeger, Westport – Connecticut – London, 2001, pp. 77-78; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., p. 54.

¹⁸ SMEULERS, A., “Perpetrators”, cit., p. 238; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Conformism”, cit., p. 252; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., p. 54.

¹⁹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, cit., p. 238; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., p. 54.

²⁰ SMEULERS, A., “Perpetrators”, cit., p. 238; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 119. Similarly, HARRENDORF, S., “How Can”, cit., p. 241; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Human Nature”, cit., pp. 212-222; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 205-207; STAUB, E., *The roots of Evil*, cit., pp. 17-18 and 79-83; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., p. 155; STAUB, E., *The Psychology*, cit., pp. 304-305.

²¹ MILGRAM, S., *Obedience to Authority. An Experimental View*, Harper and Row, New York, 1974. Vid. CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., pp. 54-57; WALLER, J., *Becoming Evil*,

obey authority – even when authority orders them to perform acts which are totally opposed to society’s norms and values –, but they also proved the relevance of getting progressively involved in something²². As Smeulers explains, the continuum of destructiveness was recreated in Milgram’s experiments²³. The experiment was supposed to be a study on memory: the subjects of the study had to read a list of words which another individual (the learner, who was in fact a confederate of the experimenter) had to repeat, and the experimenter ordered the subjects to give a shock to the learner (the confederate) with every wrong answer they gave²⁴.

The experiment started with a low 15-volt shock, but with each wrong answer the voltage was upgraded by 15 volts, until the highly dangerous 450-volt shock²⁵. After the shock level of 150 volts, the learner started to complain and told the subject of the experiment that they no longer wanted to continue with the experiment²⁶. But when the subject of the experiment told the experimenter that the learner did not want to continue, the experimenter used a specific set of lines (consisting of four prods) to convince the subject of the experiment to continue²⁷:

- 1) “please continue”;

cit., pp. 102-108; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 43-46; BAUM, S.K., *The Psychology*, *cit.*, pp. 126-129; MANN, M., *The Dark Side*, *cit.*, pp. 26-27; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, p. 95; SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 238-239; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Human Nature”, *cit.*, pp. 212-222; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 237; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 75-76; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 169-171; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, p. 302.

²² SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 238-239; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 241.

²³ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 238-239; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 241.

²⁴ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Human Nature”, *cit.*, pp. 212-222; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 178-183.

²⁵ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Human Nature”, *cit.*, pp. 212-222; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 178-183; SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 238-239; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 237.

²⁶ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Human Nature”, *cit.*, pp. 207-208; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 178-183; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 237.

²⁷ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Human Nature”, *cit.*, pp. 207-208; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 178-183; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 237.

- 2) "the experiment requires that you continue";
- 3) "it is absolutely essential that you continue"; and
- 4) "you have no other choice, you must go on".

The aim of the experiment was to find out how many subjects reached the 450-volt maximum with the knowledge that it was extremely dangerous – the indications of the shock generator were from left to right: slight shock; moderate shock; strong shock; very strong shock; intense shock; extreme intensity; danger: severe shock –²⁸.

Back to the idea of the continuum of destructiveness, Smeulers affirms that Milgram would have never obtained the same results if he had asked the 450-volt shock right from the start²⁹. She further explains that the subjects in this experiment were trapped in their own psychological trap, since the further they went along with it, the more nervous they became and the more cognitive dissonance they felt³⁰. Finishing the experiment would mean accepting that they had been wrong for quite some time before they took the decision to halt³¹. She is right when she points out this idea, because the more individuals become involved in atrocity crimes, the more difficult it is to stop and face their own conscience and accept their own mistakes³².

²⁸ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature", *cit.*, pp. 212-222; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 178-183;

²⁹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 238-239.

³⁰ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature", *cit.*, pp. 212-222.

³¹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 238-239.

³² *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature", *cit.*, pp. 212-222. For a similar view, see WALLER, J., *Becoming Evil, cit.*, pp. 205-207; STAUB, E., *The roots of Evil, cit.*, pp. 17-18 and 79-83; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, p. 155; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, pp. 304-305.

IV.3. Conformity

Conformity has also been mentioned as another factor which makes it difficult to depart from the group³³. What Rothe and Mullins call group think or group membership can actually be identified with conformity. Human beings are social animals who have been raised to obey authority and behave in conformity with social norms and values³⁴. It seems, indeed, human beings have a natural tendency to do so³⁵. We look for the company and acceptance of others, but, in turn, we must conform to the standards of others and to general social norms³⁶. This is the reason why it is so difficult to distance oneself from the group³⁷.

The studies on conformity by Asch are of extreme relevance in this field³⁸. In his experiments, Asch wanted to see to what extent individuals let themselves be influenced, "by testing how they would react when confronted with a majority opinion around them which contradicted their own opinion"³⁹. Allegedly, the experiment studied visual judgment: the subjects were placed in groups of seven or nine men in order to compare the length of three lines which were shown to them on a card, and the subjects had to say which of the three lines was the same in length as the line shown on another card⁴⁰. All men had to give their opinion one after

³³ WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 218-220; WALLER, J.E., "The Ordinariness", cit., p. 34; BAUM, S.K., *The Psychology*, cit., pp. 124-126; SMEULERS, A., "Perpetrators", cit., pp. 238-239; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 77; ALVAREZ, A., *Governments*, cit., p. 94; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 174-175.

³⁴ SMEULERS, A., "Perpetrators", cit., pp. 238-239.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 77; WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., pp. 218-220.

³⁸ KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 174-175; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 77; ALVAREZ, A., *Governments*, cit., p. 94; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., pp. 245-248; SMEULERS, A., "Perpetrators", cit., pp. 238-239.

³⁹ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., p. 245.

⁴⁰ *Idem.*; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 174-175.

another, and the real subject was always the last in line to respond⁴¹. Except from the real subject, the rest of the members of the group were confederates of the experimenter who had agreed to give wrong answers at certain points⁴².

The experiment showed that in 36.8% of the cases the subjects gave the wrong answer, whereas under ordinary circumstances (when the individual was not confronted with a majority opinion) only 1% of the answers were wrong⁴³. While one quarter of the subjects never changed their opinion despite the majority which confronted them, various subjects always conformed to the majority opinion, and others yielded sometimes⁴⁴. The conformist influence of the group is clearly shown in this experiment – although it also proved that not everyone is equally influenced by peer pressure –⁴⁵. In short, individuals change their opinion merely because they differ from what the majority of the group thinks⁴⁶.

IV.4. Extreme Training Programs and Professional Socialization

Another important factor which constitutes an opportunity at meso level lies in the extreme training programs that some perpetrators of

⁴¹ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", *cit.*, pp. 245-246; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 174-175.

⁴² SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", *cit.*, pp. 245-246; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 174-175.

⁴³ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", *cit.*, p. 246; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 174-175.

⁴⁴ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", *cit.*, p. 246; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 174-175.

⁴⁵ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", *cit.*, p. 245; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 174-175.

⁴⁶ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 238-239; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 174-175.

international crimes endure⁴⁷. The training at the torture school during the Greek colonels' regime is often used as an example of an extreme training program to commit atrocities such as torture⁴⁸. Recruits were carefully selected from Greece's regular army, and they were deliberately trained to become torturers at KESA training centre⁴⁹. The method used was one of carrots and sticks: while they endured constant abuse and humiliation, they were constantly told that they were members of an elite corps and that only the best would make it, that once they became full members they would enjoy respect, status and many economic advantages⁵⁰. As a result of this extreme training, recruits are de-individualized and de-personalized, they lose their own will and will-power, and they unquestioningly obey orders⁵¹. They get used to the continuous violence which surrounds them, which leads to their desensitizing and brutalizing⁵².

The extreme training programs are related to professional socialization. Typical from military or paramilitary organizations, professional socialization often entails a sequence of seemingly small, but incremental steps⁵³. This process of escalating commitments often involves a "carrot-and-stick" strategy which combines special benefits with threats and

⁴⁷ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 77; ALVAREZ, A., *Governments*, cit., pp. 93-94; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 207-208; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., pp. 267-294; STAUB, E., *The Psychology*, cit., p. 302.

⁴⁸ HARITOS-FATOUROS, M., *The Psychological Origins of Institutionalized Torture*, Routledge, London and New York, 2003; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 207-208; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., pp. 267 and 282-294; STAUB, E., *The Psychology*, cit., p. 302.

⁴⁹ KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 207-208; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., p. 267.

⁵⁰ SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., pp. 287-288; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 207-208.

⁵¹ KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 207-208; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., p. 288; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 77.

⁵² KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 207-208; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism", cit., p. 267; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., p. 77; ALVAREZ, A., *Governments*, cit., pp. 96-97.

⁵³ WALLER, J.E., "The Ordinarity", cit., p. 31.

punishment for disobedience⁵⁴. Another relevant feature of professional socialization lies in the merger of role and person, since it plays a crucial role in internalizing evil and shaping later evil behaviours⁵⁵.

IV.5. Group Identification

Lastly, group identification – which Waller includes as a factor that produces the social construction of cruelty – should be addressed as an opportunity at meso level⁵⁶. It is worth mentioning that this factor somehow covers the rest of the factors which have been identified as opportunities at meso level. This emotional attachment to a group – independently from the theme on which they are centred, for example, race, ethnicity, nationality, etc. – can constitute a defining feature of one’s personal identity, in the sense that group identification can dominate individual thoughts, emotions, and behaviours⁵⁷. This can lead to a “repression of conscience” where the values of other groups are excluded and in-group values dominate⁵⁸.

Group identification also influences perpetrators’ self-interests, and as it has already been stated, these interests – whether professional (careerism, advancements, etc.) or personal (power, property, etc.) – play an important role in understanding their behaviour⁵⁹. This is the reason why factors which operate at micro level will be explained in Chapter V of this Part.

⁵⁴ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Conformism”, *cit.*, pp. 287-288.

⁵⁵ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 32; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 220-227.

⁵⁶ WALLER, J.E., “The Ordinarity”, *cit.*, p. 32.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Idem.*

CHAPTER V. MICRO LEVEL: INDIVIDUALS

Notwithstanding that perpetrators of international crimes are influenced by factors at macro and meso level, the analysis at micro level is also crucial. For instance, perpetrators differ in their motivations to commit atrocity crimes¹, and these differences need to be studied at micro level. The aim is not to replace a one-sided perspective which focuses on macro-structures (background conditions which are far away from the situation in which violence actually occurs) with an equally one-sided approach which merely pays attention to situational micro-dynamics². Indeed, mass violence combines enduring structures or motives (macro perspective) with situational, emotional processes (micro perspective)³. Furthermore, as it will be explained below, the form and characteristics of violence in atrocity crimes – that is to say, the particular way in which atrocities are committed – are shaped by situational emotional dynamics⁴.

Once the need for a combination of different levels of analysis has been reminded, the four catalysts suggested by Rothe and Mullins – control, constraint, opportunity, and motivation – can be analysed at micro level⁵.

Regarding **controls**, the commission of international crimes by individuals depends on the existence and efficiency of international and domestic law;

¹ SMEULERS, A., "Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 239-240; VALENTINO, B.A., *Final Solutions. Mass Killing and genocide in the 20th Century*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2004, p. 39; STRAUS, S., *The Order of Genocide. Race, Power, and War in Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca and New York, 2006, p. 95.

² KLUSEMANN, S., "Massacres as process: A micro-sociological theory of internal patterns of mass atrocities", *European Journal of Criminology*, Vol. 9, No. 5, 2012, pp. 468-469.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity in Central Africa: A Criminological Exploration" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality. The Crime of All Crimes*, Lexington Books, Plymouth, 2009, pp. 102 and 111-112.

therefore, legitimacy of law, and perception of reality of law application play an important role as controls at micro level⁶.

As for **constraints**, the following should be addressed at micro level: informal social controls, personal morality, socialization, and obedience to authority⁷. What Klusemann names confrontational tension or fear constitutes another micro-level constraint. Based on Collins' work on the micro-sociology of violence⁸, Klusemann describes violent situations as "emotional confrontations, full of tension and fear"⁹. Referring to this confrontational tension or fear, he explains that it is not easy to carry out violence – especially face-to-face –, and therefore, most people elude its performance or are incompetent at it – even when they have the motivation to do so –¹⁰. The reason for confrontational tension or fear does not lie in a moral aversion against violence or fear of injury; instead, it derives from the difficulty of hurting someone at close range¹¹. Thus, it can be described as an interactional tension or fear¹².

According to Klusemann, the essential element for the crimes to be actually committed rests on the establishment of emotional dominance over the other side¹³. When one side breaks down – they lose their confidence and internal cohesion, and they become passive or paralyzed –,

⁶ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

⁷ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

⁸ COLLINS, R., *Violence. A Micro-Sociological Theory*, Princeton University Press, Princeton, 2008, pp. 19-20.

⁹ KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, pp. 469-470; HARRENDORF, S., "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?", *JICJ*, Vol. 12, 2014, p. 245. For a similar view, see ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010, pp. 12-113.

¹⁰ KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, pp. 469-470; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, p. 245. For a similar view, see ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 112-113.

¹¹ COLLINS, R., *Violence*, *cit.*, pp. 39 *et seq.*; KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, pp. 469-470.

¹² KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, pp. 469-470.

¹³ KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, pp. 469-470; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, p. 245.

whereas the other side gains the initiative and confidence to become violent, it is the emotional momentum which enables to overcome confrontational tension or fear¹⁴. The forms that violence takes are shaped by emotional dynamics: on the one hand, through the emotions that lead to the construction of atrocity crimes (before the atrocity); and on the other hand, through the “emotional field of tension and fear” which continues to operate even when violence has already been set free (during the atrocity)¹⁵.

Referring to the first (before the atrocity), Klusemann argues that recurrent processual patterns precede mass violence in all cases¹⁶. This process consists of a period of polarization – by which conflict identities are interactionally constructed –, and the establishment of emotional dominance by way of setting fires and destroying buildings and by way of targeting selected individuals or weak victims¹⁷. Small-scale violence, rumours about minor atrocities or perceived threats, and provocation by leaders constitute the polarization phase, and they result in the clear division between conflict identities and in the raise of solidarity on each side of the conflict¹⁸. But this is not enough for mass atrocity to take place: the swift toward mass violence requires that complete emotional dominance over the other party is established¹⁹.

¹⁴ COLLINS, R., *Violence, cit.*, pp. 19 and 89 *et seq.*; KLUSEMANN, S., “Massacres”, *cit.*, pp. 469-470; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 245.

¹⁵ COLLINS, R., *Violence, cit.*, pp. 19 and 89 *et seq.*; KLUSEMANN, S., “Massacres”, *cit.*, pp. 469-470.

¹⁶ KLUSEMANN, S., “Massacres”, *cit.*, p. 471.

¹⁷ *Idem.*; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 343.

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Ibid.*, pp. 472-473.

Complete emotional dominance demands gathering emotional strength, and this is usually achieved by two different means²⁰:

- 1) acts of destruction (destruction of buildings, setting fires, pillaging, etc.) to build an emotional momentum; and
- 2) targeting elites or weak victims.

The massacres in Srebrenica and Rwanda show that mass violence is usually preceded by a phase of destruction²¹. Whereas looting and burning are easy to perform as a form of violence against inanimate objects, killing is “interactionally and psychologically much more difficult”: complete emotional dominance has to be established first, and violence against inanimate objects contributes to such an establishment²². Targeting elites or weak victims plays a similar role in establishing complete emotional dominance, and it implies that unlimited emotional dynamics toward mass atrocity have not been released yet²³.

Regarding the emotions that operate while atrocities are being carried out, Klusemann suggests that confrontational tension shapes the forms that violence actually takes²⁴. Violence is shaped by situational techniques – such as division of labour in violence or group-killings (even when victims are unarmed) – to evade confrontational tension and to maintain emotional dominance²⁵. A dramatic show of force, dispersing victims or increasing distance with them are essential to lower confrontational tension or fear²⁶. Similarly, Klusemann suggests that, rather than reflecting a particular motivation for violence, harassment and shouting ethnic or

²⁰ *Ibid.*, pp. 474-475.

²¹ *Ibid.*, p. 474.

²² *Idem.*

²³ *Ibid.*, pp. 474-475.

²⁴ *Ibid.*, p. 475.

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Ibid.*, pp. 475-476; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 245.

racial insults during massacres are crucial situational means to overcome confrontational tension or fear and to maintain emotional dominance²⁷. He explains that the Srebrenica massacre shows that killing games (which involve humiliation) also serve to keep the emotional arousal alive²⁸.

Other important factors to maintain emotional dominance and evade confrontational tension or fear lie in the division of labour during atrocities and killing in groups²⁹. The division of labour between those who perpetrate most of the atrocities and those who commit fewer is essential during mass atrocities, since those who commit fewer crimes are emotionally essential for core perpetrators to commit crimes³⁰. The cases of Srebrenica and Rwanda show that large crowds provide emotional energy to most active perpetrators, they help to overwhelm victims emotionally, and they contribute to the creation of the emotional atmosphere which facilitates the killings³¹.

After having examined how confrontational tension or fear (one of the micro-level constraints) is usually overcome when atrocity crimes are committed, opportunities and motivations at micro level have to be studied.

As it has already been explained, most of the **opportunities** which Rothe and Mullins place at micro level – obedience to authority, group think, and

²⁷ KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, p. 476; HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, p. 245.

²⁸ KLUSEMANN, S., "Massacres", *cit.*, p. 477.

²⁹ *Ibid.*, pp. 477-478.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

diffusion of responsibility – have been analysed at meso level³². However, they also include perceived illegal means as an opportunity at micro level³³.

As for **motivation** at micro level, Rothe and Mullins identify different motivations: normalization of deviance, strain, socialization, and individual goals and ideologies³⁴. As it has already been stated, there are different typologies of perpetrators of international crimes, and some of them are based on the differences in terms of motivation among the perpetrators. Smeulers' typology is one of them, and due to its comprehensiveness, it will be studied in depth in the following pages³⁵. Her typology identifies different motivations among perpetrators of atrocity crimes, and it is worth mentioning that the motivations outlined by Rothe and Mullins are implied in her classification.

V.1. Typologies of Perpetrators

V.1.1. Different Typologies

Although perpetrators of international crimes are influenced by factors at macro and meso level, they still differ in their reasons or motivations to commit atrocity crimes; hence the importance of typologies of perpetrators³⁶. Furthermore, keeping in mind the final aim of determining the mode of liability which best fits the behaviour of each of the perpetrators of international crimes, typologies (even if they are based

³² ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

³³ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

³⁴ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

³⁵ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 243-260.

³⁶ *Ibid.*, pp. 239-240 and 243; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, p. 39; STRAUS, S., *The Order of Genocide*, *cit.*, p. 95.

on the different motivations of perpetrators) prove to be helpful in explaining the kind of contribution that each type of perpetrator makes to the commission of atrocity crimes.

There are several typologies of perpetrators which can be useful in determining the type of contribution made by each of them. Beginning with the ones which are based on motivation, Gupta distinguished three types of perpetrators within contexts of collective violence: true believers (*partidarios leales*), driven by ideology; mercenaries (*mercenarios*), driven by greed; and captive participants (*participes cautivos*), driven by fear³⁷.

Based on motivation as well, Hilberg created a typology of perpetrators who took part in the Nazi regime, and he identified the following types: criminal mastermind (*cerebro criminal*), bureaucrat (*burócrata*), fanatic (*fanático*), sadist (*sádico*), and sceptic (*escéptico*)³⁸.

Mann analysed direct executors within ethnic cleansing periods, and he distinguished several groups in terms of motivation: materialistic (*materialista*), careerist (*sujeto de carrera*), violent (*violento*), ideological (*ideológico*), bigoted (*intolerante*), comradely (*camarada*), bureaucratic (*burócrata*), threatened (*amenazado*), and disciplined (*disciplinado*)³⁹.

³⁷ GUPTA, D.K., *Path to Collective Madness. A Study in Social Order and Political Pathology*, Preager, Westport – Connecticut – London, 2001, pp. 111-116; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 241-243; AMBOS, K., "Criminologically Explained Reality of Genocide, Structure of the Offence and the "Intent to Destroy" Requirement" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, p. 157; AMBOS, K., "Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la "intención de destruir"", *Revista Penal*, No. 26, 2010, p. 68.

³⁸ HILBERG, R., *Täter, Opfer, Zuschauer: Die Vernichtung der Juden 1933-1945*, Fischer, Frankfurt am Main, 1992, pp. 15 et seq., 37, 64-69; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 156; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 67-68.

³⁹ MANN, M., *The Dark Side of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 27-29; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 241-243; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 156; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 67; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 105-112.

Following Gupta's typology, Smeulers groups these nine groups into three main groups⁴⁰:

- 1) Those who are driven by greed (materialistic, careerist, and violent).
- 2) Those driven by ideology (ideological, and bigoted).
- 3) Those driven by fear (comradely, bureaucratic, threatened, and disciplined).

Focusing on tortures, Crelinsten distinguished three types of perpetrators: sadists (*sádicos*), zealots (*fanáticos*), and professionals (*profesionales*)⁴¹.

Based on roles, rather than motives, Thys distinguished various types of perpetrators of international armed conflicts: organizers (*organizadores*), specialists (*especialistas*), and executors (*ejecutores*)⁴².

Based on hierarchical position, Ambos has suggested that perpetrators who are involved in genocidal campaigns should be divided into three groups: top-level perpetrators (*criminales de rango alto*), mid-level perpetrators (*de rango medio*), and low-level perpetrators (*de rango bajo*)⁴³. Furthermore, he argues that each of these types should be treated in a different way regarding genocidal intent: while the purpose-based approach should apply to top-level perpetrators, the knowledge-based approach should apply to mid- and low-level perpetrators⁴⁴.

⁴⁰ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 241-243.

⁴¹ *Idem.*; CRELINSTEN, R.D., "In Their Own Words: The World of the Torturer", in R.D. CRELINSTEN and A.P. SCHMID, *The Politics of Pain. Torturers and their Masters*, Center for the Study of Social Conflicts, Leiden, 1993, pp. 64-68.

⁴² THYS, P., "Contribution à l'étude des violences extrêmes: le criminel de guerre actuel", *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, Vol. 4, 2004, pp. 489-490; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 241-243.

⁴³ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 165-170; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 65-78.

⁴⁴ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 163-170; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 72-76.

Without underestimating the value of the aforementioned typologies, the following pages will be dedicated to Smeulers' typology of perpetrators of international crimes⁴⁵. The reason for studying in depth her proposal is that it is the most comprehensive one. As she explains, her typology is not limited to a specific situation, period or type of crime or perpetrator; and thus, it is a general typology⁴⁶. It is worth mentioning that she admits that individuals are guided by more than one motive and that they can be transformed from one type into another; thus, her typology is based on the presumed predominance of one motivational factor⁴⁷. Her typology is based on interviews and the reading of ego-documents (letters, diaries, trial statements, and autobiographies), biographies, and case-law⁴⁸.

The aim of explaining Smeulers' typology is to reach a better understanding of the micro-dynamics of atrocity crimes so that the behaviour of each type of perpetrator can be better described and justice can be delivered in a fair manner. Even if Smeulers takes into consideration motivation in order to create her typology, this does not mean that the present research supports that international criminal liability should depend on the *mens rea* (subjective element of the crime) of perpetrators. Quite the contrary, both *actus reus* and *mens rea* should be taken into account. There are two main reasons to defend that taking into account Smeulers' typology does not involve establishing criminal liability solely on the grounds of the *mens rea* of the perpetrators.

- First, motivation (*motivación*) and intent (*dolo*) are two different concepts: even if motivation can influence the kind of intent the

⁴⁵ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 243-260; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People in Extra-Ordinary Circumstances" in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 320-325. HARRENDORF, S., "How Can", *cit.*, pp. 247-248, also relies on Smeulers' typology.

⁴⁶ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 240.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 264; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 325.

⁴⁸ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 240.

perpetrator has, they are two separate things. The true motives for committing a crime should not be confused with intent (the required mental element in criminal law)⁴⁹. While motives should not be taken into account when determining the mode of liability which applies in each case, intent must be taken into consideration, since acting with the required intent is crucial for attributing an act to a person⁵⁰. The defining criteria in Smeulers' typology are not the different kinds of intent that an individual may possess when committing a crime, but instead, it is based on motivation. The same motives can give rise to different levels of intent, and different motives can lead to the same level of intent⁵¹. However, as Ambos explains, even if they are two different concepts, within genocidal campaigns, motivation can constitute an *indicia* as to genocidal intent⁵²; in other words, motivation can be useful to prove the existence or lack of genocidal intent.

- Second, Smeulers' typology refers also to the kind of contribution (*actus reus*) by each of the types of perpetrators. The kind of contribution is not the main criterion to create the typology, but on the basis of different motivations, Smeulers also identifies the kind of contribution each of them usually makes⁵³.

Another goal pursued in explaining Smeulers' typology lies in proving that not all the individuals involved in genocidal campaigns possess the genocidal intent themselves. As it will be further explained in Chapter VI of

⁴⁹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁵⁰ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁵¹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁵² AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁵³ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 243-260.

this Part, many perpetrators do not necessarily possess the genocidal intent themselves – they just know about the genocidal nature of the campaign in which they are taking part – and there are even participants in genocidal campaigns who are simply unaware of the final aim pursued by the leaders of the campaign⁵⁴.

V.1.2. Typology of perpetrators by Smeulers

Smeulers' typology of perpetrators of atrocity crimes consists of nine categories⁵⁵:

- 1) the criminal mastermind (*el cerebro criminal*);
- 2) the fanatic (*el fanático*);
- 3) the criminal/sadist (*el criminal/sádico*);
- 4) the profiteer (*el especulador*);
- 5) the careerist (*el sujeto de carrera*);
- 6) the devoted warrior (*el guerrero devoto*);
- 7) followers and conformists (*seguidores y conformistas*);
- 8) the compromised perpetrator (*el autor transigente*); and
- 9) the professional (*el profesional*).

V.1.2.1. The Criminal Mastermind

The criminal mastermind is usually the head of state or the head of a specific organisation – such as the army or police –, a powerful department

⁵⁴ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 159-163; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 70.

⁵⁵ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 243-260; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 320-325.

– for example, the secret service – or a terrorist group⁵⁶. They are almost always male, with strong leadership abilities, manipulative character, and often, charismatic appeal⁵⁷. Even if they consider themselves superior, in fact they need to be worshipped by the masses⁵⁸. They are also very authoritarian, vain and arrogant; and they accept no criticism, since they believe they are infallible⁵⁹.

They are often driven by hatred and social resentment⁶⁰. They fanatically promote an ideology, but indeed they choose the one which will bring them to power⁶¹. The ideologies they usually choose are extreme, undemocratic, and exclusive, but they are also appealing and successful⁶². They seek absolute power and complete control, and they can do anything to stay in power⁶³. They always exclude a group within society, and they use it as the enemy or as the scapegoat⁶⁴. They blame the enemy for all the misfortunes, and they justify mass violence (and often extermination) based on their sole presence⁶⁵.

They do not commit crimes of obedience, but instead they initiate these crimes: they conspire, plan, incite and order the crimes⁶⁶. The following are some examples of criminal masterminds: Hitler, Pinochet, Milosevic, Pol

⁵⁶ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 244; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 320.

⁵⁷ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 244.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 245. For a similar view, see KRESSEL, N.J., *Mass Hate. The Global Rise of Genocide and Terror*, Plenum Press, New York – London, 1996, p. 133.

⁵⁹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 244; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 320.

⁶⁰ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 245.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

⁶³ *Ibid.*, p. 244; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 320.

⁶⁴ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 245.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 320.

Pot, Saddam Hussein, and Stalin⁶⁷. Depending on the nature of the regime and the character of the leader, four different subtypes can be identified: the strict authoritarian (Pinochet), the power hungry careerist (Milosevic), the ruthless dictator (Hussein or Stalin), and the “charismatic almost divine but utterly destructive leader” (Hitler)⁶⁸. Charismatic leaders are usually narcissists who suffer from megalomania and have an evil and destructive nature, although they hide it behind their manipulative and charming appearance⁶⁹.

V.1.2.2. The Fanatic

Driven by hatred, contempt or resentment, fanatics usually project these feeling onto a specific group which they blame for their misfortune⁷⁰. They also consider them inferior – sometimes, even subhuman –⁷¹. They probably feel misfits within society, but they do not think they have any defect, instead they believe that society is unfair or imperfect⁷². They have an extreme and rigid view, and they are absolutely convinced of the worthiness of their cause: when confronted with proof against it, they simply ignore it, because they believe it cannot be true⁷³. They are extremely dedicated to their cause: they can kill or even die for it⁷⁴. They

⁶⁷ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 244-245; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 320.

⁶⁸ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 244; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 321.

⁶⁹ FROMM, E., *The Anatomy of Human Destructiveness*, Holt, Rinehart and Winston, New York – Chicago – San Francisco, 1973, pp. 406-407; SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 245; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 133.

⁷⁰ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 246; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, pp. 322-323.

⁷¹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 246; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, pp. 322-323.

⁷² SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 246.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Idem.*

are often very emotional about their cause, and thus, very difficult to control⁷⁵.

They often incite others to commit crimes, by way of sending hate messages or being the party demagogue⁷⁶. They can also conspire with the criminal mastermind and reach high positions within the hierarchical structure⁷⁷. However, it is also possible that they are close to the physical perpetration of the crimes; they sometimes take the lead in committing violent and brutal crimes⁷⁸. Since violence is not simply functional to them, they often use more violence than necessary⁷⁹.

V.1.2.3. The Criminal/Sadist

Criminals/sadists are either people who under ordinary circumstances are also involved in committing crimes or people who might not yet be involved in crimes but have a hidden tendency to do so (or to behave in a violent and sadistic way)⁸⁰. Regarding those who under ordinary circumstances would also be involved in crime, it is worth mentioning that the crimes they would commit under ordinary circumstances would probably be far less extreme than in a context of mass violence⁸¹. As for those with unknown hidden tendencies, the brutalisation and lack of control resulting from war often leads to the

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Ibid.*, p. 247; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 322-323.

⁸¹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 248.

emergence of such tendencies⁸². In short, war brutalises people and can activate desires which were hidden under a layer of socialisation⁸³.

They deliberately take advantage of the context in order to commit crimes, or they are deliberately used by others because of their fewer inhibitions toward offending⁸⁴. There are many examples of the involvement of this kind of perpetrator in atrocity crimes⁸⁵. In Darfur, convicted criminals have been deliberately recruited or released from prison in order to do the dirty work⁸⁶. In the Nazi's concentration camps, the *Kapos* were convicted criminals who – although prisoners themselves – were put in charge of the other prisoners and were responsible for much of the atrocities⁸⁷. Many criminal organisations were involved in the conflict in the former Yugoslavia, and Arkan was the leader of one of them: the *Tiger Force*⁸⁸. Arkan had been involved in crime prior to the war and he deliberately took advantage of the war to continue with his activities⁸⁹.

However, criminals/sadists are motivated by their own drives⁹⁰. Owing to their lack of obedience, loyalty and discipline, organisations where such characteristics are crucial make little use of this kind of perpetrator⁹¹.

⁸² *Idem.*

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Ibid.*, p. 247; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 322-323; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 33-34; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 40-43.

⁸⁵ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 247; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 33-34; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 40-43.

⁸⁶ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 247.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Idem.*; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 33-34; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 40-43; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 80-82.

⁸⁹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 247; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 33-34; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 40-43; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 80-82.

⁹⁰ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 247.

⁹¹ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 322-323.

Sadists have difficulty controlling themselves⁹². Perpetrators who are clearly driven by sadistic, violent or other sexual impulses always go further than others⁹³. Sadists only follow the system if it is beneficial to them; they never entirely submit to a cause, group or leader; and they betray the cause whenever it is profitable for them to do so⁹⁴. Therefore, the number of sadists or otherwise mentally disturbed people is rather low among the perpetrators of international crimes⁹⁵.

V.1.2.4. The Profiteer

Driven by personal interest, opportunism and greed, profiteers take advantage of the context of mass violence in order to obtain material gain and other advantages⁹⁶. They do not fervently believe in the ideology they support, but they embrace it as a useful tool to gain power, status or material gain⁹⁷. Under ordinary circumstances, they probably would not have been involved in crime⁹⁸. They are selfish and they do not feel responsible for what is happening around them⁹⁹. Even if they might feel horrified when first confronted with actual human suffering, they are opportunists and they rationalise and justify it¹⁰⁰.

⁹² SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 247; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 322-323.

⁹³ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 248.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 247.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 248; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 322-323.

⁹⁶ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 249; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 321.

⁹⁷ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 249.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Idem.*

Since periods of violence usually open new possibilities, they can fulfil any role¹⁰¹. They do not necessarily take part in the crimes, but they support them by keeping quiet and taking advantage¹⁰². They can take advantage of the targeting of a specific group within society: they can take over their houses or companies, steal from them, blackmail or extort them, or take their homes once the inhabitants have left¹⁰³. Since the targeted group is usually an alleged privileged minority (such as the Tutsi in Rwanda), many people benefit from their elimination¹⁰⁴. For example, the Rwandan Interahamwe consisted of the poor and unemployed, and they could take revenge against the rich Tutsis without limits¹⁰⁵.

They can also denounce and betray others for material gain¹⁰⁶. Some profiteers want to make profit and do business with violent regimes by selling them weapons or other natural resources¹⁰⁷. A clear example thereof consists in the case of two Dutch businessmen – Gus K. and Frans van A. – who were convicted by Dutch criminal courts of arms trade and complicity in committing war crimes¹⁰⁸.

When profiteers are part of the system, they might take advantage of the situation for beating, raping or experimenting with their victim¹⁰⁹. Some of them commit crimes because they are curious about it, and they conduct immoral and criminal experiments¹¹⁰. They justify their behaviour by

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 321.

¹⁰⁴ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 250.

¹⁰⁵ *Idem.* For a similar view, see STRAUS, S., *The Order of Genocide*, *cit.*, pp. 126-127; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 111.

¹⁰⁶ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 249; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 321.

¹⁰⁷ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 250; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 321.

¹⁰⁸ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 250.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 249.

¹¹⁰ *Idem.*

reasoning that the victims will die soon anyway¹¹¹. Nazi doctors who conducted cruel experiments on living people are a good example of this kind of perpetrator¹¹². Another reasoning they use lies in the fact that everyone is taking advantage of the situation¹¹³.

V.1.2.5. The Careerist

The careerist is similar to the profiteer in the sense that they both take advantage of the situation and are opportunistic¹¹⁴. But the careerist is extremely well adapted to the system and can thus reach a specific position within the regime¹¹⁵. In contrast, the profiteer is less well adapted and more individualistic: they do not fully identify themselves with the regime¹¹⁶.

Once the difference has been made clear, it must be first stated that careerists are driven by an aim to advance their careers and gain power, prestige, a good salary and status¹¹⁷. They are well adapted and law abiding citizens who do whatever necessary to achieve their goals – often at the expense of others –¹¹⁸. They are not driven by hatred or contempt; instead, they are merely focused on their jobs and they do not want to endanger these¹¹⁹.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² *Ibid.*, p. 250; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p.321. For a similar view, see GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, p. 114.

¹¹³ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 250.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 251.

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 250; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 321.

¹¹⁸ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 250.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 251. For a similar view, see KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 191.

Collective violence periods often result in the re-stratification of society, which gives individuals an opportunity to advance their career¹²⁰. Those who did not have a career prior to the period of collective violence take advantage of the situation to promote themselves¹²¹. As for those who were successful before, they are faced with the possibility of losing everything if they do not go along with the period of collective violence, and thus, many of them decide not to fight in favour of those who are treated unfairly or badly¹²². They continue with their jobs as if nothing had happened¹²³. When they advance to higher ranks within oppressive regimes, they conspire with the criminal mastermind¹²⁴. They plan, organise and delegate so that they do not have to do the dirty work themselves¹²⁵.

It is very unlikely that under ordinary circumstances careerists would have been involved in the commission of crimes, because they are law-abiding citizens and committing a crime could damage their career¹²⁶. However, it is worth mentioning that they would be involved in crime under ordinary circumstances if the organisation where they work gets involved in organisational crime¹²⁷. Therefore, it is possible that they would be white collar criminals under ordinary circumstances¹²⁸.

¹²⁰ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 250.

¹²¹ *Idem.*

¹²² *Ibid.*, pp. 250-251.

¹²³ *Ibid.*, p. 251.

¹²⁴ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 321.

¹²⁵ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 251.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Idem.*

V.1.2.6. The Devoted Warrior

Devoted warriors are law-abiding citizens under ordinary circumstances, but they get involved in crime during periods of collective violence because their loyalty can be easily abused by malignant authorities¹²⁹. They are obedient, loyal and dutiful followers who entirely “submit themselves to an authority, a leader or an ideology in which they strongly believe”¹³⁰. Due to the fact that they do not feel capable of making their own judgement, they devote themselves to an authority they trust¹³¹. Thus, they never question the leader or ideology they follow, especially when they are members of a militarised unit¹³². Dutiful, law-abiding and reliable, they are ideal bureaucrats and soldiers¹³³.

In spite of having a very strong sense of duty and responsibility, they easily submit themselves to an authority¹³⁴. If they are given an order which they find immoral, they will let their feelings aside and focus on their job¹³⁵. Not only do they feel bound by their duty to submit themselves to their superiors, but they also feel they are not responsible for the final outcome¹³⁶. Thus, it is not surprising that under the guidance of an evil leader these law-abiding citizens are transformed into perpetrators of atrocity crimes¹³⁷. Even if they do not have an evil character, they come to

¹²⁹ *Ibid.*, p. 252; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹³⁰ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 252; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹³¹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 252.

¹³² *Idem.*

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Idem.*

believe that the atrocities in which they are taking part are for the good of their country¹³⁸.

They are decent people following the wrong cause: they can see murder, torture or genocide as necessary, but they will not accept corruption, theft, sexual harassment or excessive or unnecessary cruelty¹³⁹. Devoted warriors dislike sadists and fanatics, because they consider them barbarians¹⁴⁰. They usually also dislike profiteers for their unethical behaviour¹⁴¹. For example, the camp commander at Auschwitz (Hoess) shot a guard for abusing a prisoner¹⁴²; and Eichmann, although being in charge of the coordination to exterminate the Jews during Nazi-Germany, was horrified about unnecessary cruelty¹⁴³.

Devoted warriors can plan, organise and supervise the crimes¹⁴⁴. But they can also be otherwise involved in the commission of the crimes¹⁴⁵. Owing to the fact that they truly believe that their behaviour is fair and legitimate, they often go beyond the call of duty and play a crucial role in the commission of atrocity crimes¹⁴⁶. For instance, Eichmann – who is the prototype of a devoted bureaucrat – submitted himself completely and thoughtlessly to authority, and he “unconditionally accepted both means and cause”¹⁴⁷. The thoughtlessness with which devoted warriors

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 252-253; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹³⁹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 253; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹⁴⁰ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 253.

¹⁴¹ *Idem.*

¹⁴² *Idem.*

¹⁴³ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹⁴⁴ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 253.

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Idem.*

completely submit to an authority is at the same time a striking and horrifically common feature among this kind of perpetrator¹⁴⁸.

V.1.2.7. Followers and Conformists

Followers and conformists do not have specific reasons to commit crimes: they are not driven by hatred/resentment or by the urge to obtain material gain¹⁴⁹. The reason why they commit international crimes is that they simply "go along with and follow the current"¹⁵⁰. They do not have strong personalities and they do not think for themselves¹⁵¹. They do not want to lead or take responsibility, especially when that would mean going against the majority¹⁵². They rarely act on their own initiative, and they will do almost anything not to be considered misfits¹⁵³.

Followers are very authoritarian and follow a leader or the hierarchical chain of command¹⁵⁴. Smeulers distinguishes different subtypes of followers: the obedient follower, the naïve follower, and the admirer¹⁵⁵. As for conformists, they are influenced by a group and by peer pressure rather than by authority¹⁵⁶. Conformists submit themselves to normative social influence and they accept the given social definition of reality¹⁵⁷. This type of perpetrator is afraid of being rejected from the group or to be seen as a

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 254.

¹⁵⁰ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 323.

¹⁵¹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 254; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 323.

¹⁵² SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 254.

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 323.

¹⁵⁵ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 254-255.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 254; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 323.

¹⁵⁷ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 255; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, pp. 323-324.

coward or an outcast, and their membership of the group defines their identity¹⁵⁸.

That followers and conformists become (or not) perpetrators of international crimes depends on the type of group they join¹⁵⁹. Whereas there are many choices under ordinary circumstances – they can change groups and it is less probable that they get involved in the wrong groups –, it is more difficult to defect in an oppressive state, and thus more likely to get involved in committing crimes¹⁶⁰.

Both followers and conformists usually play small roles in the commission of atrocity crimes, and are thus considered responsible as accessories to the crime¹⁶¹. Hitler's secretary, who used to take notes and type his speeches, is a good example of this kind of perpetrators¹⁶². Even if she did not commit any crimes, she played an indispensable job by helping Hitler, as many other silent co-operators in destructive regimes¹⁶³. Nevertheless, followers and conformists can also be the physical perpetrators of the crimes, mainly when they are members of a militarised unit¹⁶⁴. Some members of such units accept the order to kill because they are afraid of disappointing the others or of being considered cowards or outcasts¹⁶⁵.

¹⁵⁸ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 255.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 256.

¹⁶⁰ *Idem.*

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 254-256.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 255-256.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 256.

¹⁶⁵ *Idem.*

V.1.2.8. The Compromised Perpetrator

The compromised perpetrator does not agree with the policy which is carried out, mainly with the crimes committed, but they are forced to cooperate¹⁶⁶. They are vulnerable to pressure, because they are either members (or related to members) of the victimized group or they have a socially vulnerable position, such as the children or the unemployed¹⁶⁷. They cooperate because they feel it is the only choice they have or to save their lives or the lives of their loved ones¹⁶⁸. They sometimes also think that if they cooperate, they will somehow limit the damage and keep the situation in control¹⁶⁹. In Rwanda, many Hutus who were married to Tutsis were forced to kill other Tutsis in order to prove their loyalty and to prevent their Tutsi relatives from being killed¹⁷⁰. They usually play minor roles as accomplices, but they can sometimes be the physical perpetrators of the crimes¹⁷¹.

Smeulers distinguishes two subtypes of compromised perpetrators: child soldiers, and those who are confronted to the situation claimed by Erdemović¹⁷². Child soldiers can be clearly considered compromised perpetrators if they are abducted and forced, but also if they are recruited from environments of extreme poverty or if they volunteer – their

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 257. For a similar view, see GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 115-116; STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, pp. 135-137; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, p. 189.

¹⁶⁷ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 257; GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 115-116; STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, pp. 135-137; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 324.

¹⁶⁸ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 257; GUPTA, D.K., *Path, cit.*, pp. 115-116; STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, pp. 135-137; KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, p. 189; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 324.

¹⁶⁹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 257; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 324.

¹⁷⁰ STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, pp. 135-137; SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 257.

¹⁷¹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 257.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 257-258.

vulnerability is abused and they are lured into recruitment –¹⁷³. If the story claimed by Erdemović is true, he should also be considered a compromised perpetrator, since he stated that he had been forced to kill Muslims in Srebrenica¹⁷⁴. Allegedly, after he had refused to do so, he was told to either obey or to stand in line with the prisoners to be executed himself¹⁷⁵. With the safety of his family in mind, he reluctantly obeyed the order and killed around seventy people¹⁷⁶.

V.1.2.9. The Professional

Lastly, the professional is a member of the military, police, secret service or any other specialised and militarised unit¹⁷⁷. They usually receive an extremely coercive training program in which they are taught to accept a very strict hierarchy and to obey all orders unquestionably¹⁷⁸. Apart from being physically exhausted, recruits are deprived from primary facilities, humiliated, beaten and ill-treated during these training programs¹⁷⁹. The aim is to break their personality and to deindividualise and depersonalise them¹⁸⁰. As a result, they get desensitised and brutalised¹⁸¹. They act instinctively, and they learn how to focus on their job letting aside the feelings that can obstruct their work¹⁸². Therefore, they are usually the physical perpetrators of killings, tortures and other kinds of mistreatments.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 257; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 324.

¹⁷⁴ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 258.

¹⁷⁵ *Idem.*

¹⁷⁶ *Idem.*

¹⁷⁷ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 322.

¹⁷⁸ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 258; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", *cit.*, p. 322.

¹⁷⁹ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, p. 258.

¹⁸⁰ *Idem.*

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

Even if at first they act out of fear, after some months they internalise this fear and “continue to do their jobs even in the absence of such a clear threat”¹⁸³. When that happens, it means that they have already been transformed into instruments of violence and destruction, that is to say, professional torturers and killers¹⁸⁴. They do not precisely enjoy inflicting pain or killing, but they get used to it and they see them as a mere job¹⁸⁵. Ordinary people have to distance themselves from the pain they inflict on their victims and fully accept the justification provided to them by the authority they obey if they want to be able to cope with being coerced into regularly torturing or killing¹⁸⁶. The psychological mechanism known as doubling – in which people create their separate reality in order to distinguish between professional life and personal life – is also used to cope with being forced to commit crimes on a regular basis¹⁸⁷.

Like the devoted warrior, the professional sees violence as a part of his/her job; however, the professional is not so committed to a specific cause¹⁸⁸. A professional could change sides during a war, because torture and killing is just a job, whereas for the devoted warrior it is a job with a cause¹⁸⁹. As for the similarities with the compromised perpetrator, the professional is also forced to use violence at first, and it is the only reason why they get involved in atrocity crimes¹⁹⁰.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 259.

¹⁸⁴ *Idem.*

¹⁸⁵ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹⁸⁶ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 259.

¹⁸⁷ *Idem.*; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, 2011, p. 312; HARRENDORF, S., “How Can”, *cit.*, p. 245; WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 111-116; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 164-165.

¹⁸⁸ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 259; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹⁸⁹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 259-260; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People”, *cit.*, p. 322.

¹⁹⁰ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, p. 260.

V.1.2.10. Summary

The following table aims to summarize and offer a general view of Smeulers typology. All the information of the table stems from Smeulers' work on her typology.

	Features	Criminal behaviour	Examples
The Criminal Mastermind <i>(El Cerebro Criminal)</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Driven by hatred and social resentment, they fanatically promote an ideology - They seek absolute power and control - They always exclude a group, which they blame for all misfortunes. Their sole presence justifies violence 	They 1) conspire and plan, 2) incite, and 3) order the crimes	<ul style="list-style-type: none"> - Hitler - Pinochet - Milosevic - Pol Pot - Hussein - Stalin
The Fanatic <i>(El Fanático)</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Driven by hatred or resentment, they usually project these feeling onto a specific group which they blame for their misfortune - They feel misfits in society - They are absolutely convinced of and dedicated to their cause 	They 1) incite, 2) conspire with the criminal mastermind, or 3) are closely related to the perpetration of crimes	
The Criminal/Sadist <i>(El Criminal/Sádico)</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Involved in crimes (or hidden tendency to do so) under ordinary circumstances - Motivated by their own drives 	Physical perpetrators of the crimes. Sadists always go further than others	<ul style="list-style-type: none"> - Kapos - Arkan
The Profiteer <i>(El Especulador)</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Driven by personal interest, opportunism and greed - They embrace ideology to obtain power, status or material gain - They benefit from the elimination of the targeted group, which is usually a privileged minority 	They 1) take over the houses of the victims, etc.; 2) denounce and betray others; or 3) do business by selling weapons, etc.	<ul style="list-style-type: none"> - Rwandan Interahamwe - Nazi doctors - Businessmen who sell weapons
The Careerist <i>(El Sujeto de Carrera)</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Aim to advance their careers and gain power, prestige and status - Like careerists, they are opportunistic, but since they are well adapted to the system, they reach a specific position within the regime 	They 1) conspire, plan, organise; and 2) delegate (not physical perpetrators)	
The Devoted Warrior <i>(El Guerrero Devoto)</i>	<ul style="list-style-type: none"> - Obedient, loyal and dutiful - They do not feel capable of making their own judgment - They entirely submit themselves to an authority - They can accept murder, but not unnecessary cruelty 	They 1) plan, organise and supervise; or 2) be otherwise involved in the crimes	<ul style="list-style-type: none"> - Hoess - Eichmann

Followers and Conformists (<i>Seguidores y Conformistas</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Not driven by hatred or the urge to obtain material gain: they just follow the current - Followers: follow a leader or hierarchy - Conformists: influenced by the group and peer pressure 	1) Small roles (accessories); or 2) physical perpetrators (if members of militarized units)	- Hitler's secretary
The Compromised Perpetrator (<i>El Autor Transigente</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - They do not agree with the policy, but they are forced to cooperate - Members of the victimized group or socially vulnerable - To save their lives (or the lives of their loved ones) 	1) Minor roles (accomplices); or 2) physical perpetrators	<ul style="list-style-type: none"> - Hutus married to Tutsis - Child soldiers - Erdemović (allegedly)
The Professional (<i>El Profesional</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Member of the military or similar - Coercive training program where they are brutalized - They do not enjoy using violence, but they see it as a part of their job 	Physical perpetrators of torture, mistreatments and killings	Greek torture school during the Greek colonels' regime

Based on Smeulers' typology, the author has created the following table in order to explain how each of the types Smeulers identifies corresponds with the types which have been identified in other typologies by other scholars.

Smeulers' Typology	Correspondence with other Typologies
The Criminal Mastermind (<i>El Cerebro Criminal</i>)	- Criminal Masterminds (Hilberg)
The Fanatic (<i>El Fanático</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Fanatics (Hilberg) - Zealots (Crelinsten) - Bigoted (Mann) - True believers (Gupta)
The Criminal/ Sadist (<i>El Criminal/ Sádico</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Sadists (Hilberg) - Sadists (Crelinsten) - Violent (Mann) - Mercenaries (Gupta)
The Profiteer (<i>El Especulador</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Sadists (Crelinsten) - Materialistic (Mann) - Mercenaries (Gupta)
The Careerist (<i>El Sujeto de Carrera</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Bureaucrats (Hilberg) - Sadists (Crelinsten) - Careerist (Mann) - Mercenaries (Gupta)
The Devoted Warrior	- Fanatics (Hilberg)

<p><i>(El Guerrero Devoto)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Zealots (Crelinsten) - Ideological (Mann) - True believers (Gupta)
<p>Followers and Conformists <i>(Seguidores y Conformistas)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Professionals (Crelinsten) - Comradely and bureaucratic (Mann) - Captive participants (Gupta)
<p>The Compromised Perpetrator <i>(El Autor Transigente)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sceptics (Hilberg) - Professionals (Crelinsten) - Threatened (Mann) - Captive participants (Gupta)
<p>The Professional <i>(El Profesional)</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Professionals (Crelinsten) - Disciplined (Mann) - Captive participants (Gupta)

CHAPTER VI. AETIOLOGY OF GENOCIDE

As a form of atrocity crime, genocide also needs to be studied at different levels of analysis¹. As it has already been stated, theories which only focus on one level of analysis are incapable of fully explaining the dynamics of mass atrocity, and more specifically, genocide². Therefore, the variables regarding genocide will also be studied at three different levels:

- 1) Macro level (international and state).
- 2) Meso level (group).
- 3) Micro level (individual).

Based on the integrated theory by Rothe and Mullins, the factors involved in the commission of genocide will be identified as one of the four catalysts they suggest: control, constraint, opportunity and motivation³.

Since the variables regarding international crimes in general have already been explained in the previous Chapters, they will not be repeated here,

¹ HIEBERT, M.S., "Theorizing Destruction: Reflections on the State of Comparative Genocide Theory", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 3, Iss. 3, 2008, Article 6; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes and Criminology: an Agenda for Future Research" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 492-501; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity in Central Africa: A Criminological Exploration" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality. The Crime of All Crimes*, Lexington Books, Plymouth, 2009, pp. 101-113; FOSTER, D., "Rethinking the Subjectivity of Perpetrators of Political Violence" in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 39-61; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010, p. 105.

² FOSTER, D., "Rethinking", *cit.*, pp. 39-61; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 105; HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 309-339; HIEBERT, M.S., "The Three "Switches" of Identity Construction in Genocide: The Nazi Final Solution and the Cambodian Killing Fields", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 3, Iss. 1, 2008, Article 3, p. 8; SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes", *cit.*, pp. 492-501; ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 137-143; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 101-113.

³ ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide", *cit.*, pp. 141-142; ROTHE, D.L., *State Criminality*, *cit.*, pp. 102 and 111-112.

although they certainly apply to genocide cases as well; instead, only the specific factors which are present in the perpetration of genocides will be addressed in the following lines. The aim of this Chapter is to explain why the destruction of the group – and not other forms of victimization – is chosen as the only possible option in genocidal campaigns.

Regarding the analysis at macro level, some characteristics of social disorganization will be analysed as opportunities in relation to genocide. Apart from studying the effect of ideology as a motivation for genocide, the process of construction of the “other” – including again the “us-them thinking” and dehumanization, but adding some new factors – will also be addressed at macro level.

The analysis at meso level will give special attention to the studies which focus on the relationship between the consequences of bureaucratization (namely, diffusion of responsibility and deindividuation) and specifically genocide. Last, micro-level analysis will take into account the different motivations of perpetrators of international crimes in order to conclude which types of perpetrators would possess the genocidal intent if they were involved in genocidal campaigns. The final aim of such analysis at micro level is to find out whether it is realistic or not to say that all the members of genocidal campaigns possess the genocidal intent themselves.

VI.1. Macro Level: International and National Context

Social disorganization has already been mentioned as an **opportunity** which operates at macro level with regard to atrocity crimes. Ethnic tensions and political instability have been identified and explained as the main elements of social disorganization. However, it is worth

mentioning here the studies which focus on the relation of each of these two elements specifically with genocide. As for the first element, some scholars suggest that societies which are split by ethnic, religious or other cleavages are particularly vulnerable to genocide⁴. However, this does not mean that divided societies make genocide inevitable: these scholars defend that it is a necessary precondition for genocide to take place⁵. In fact, not all plural societies commit genocides, and some societies which endure genocide are not characterized by deep ethnic or other cleavages (for example, Cambodia)⁶. Thus, societal cleavages are an important variable, but they do not directly cause genocide or provoke it alone; they create the potential, but they require other variables – such as destabilizing crises or radical eliminationist ideologies – so that genocide can happen⁷.

⁴ KUPER, L., *Genocide*, Penguin Books, Harmondsworth, 1981, p. 57; HOVANNISIAN, R.G., "Etiology and Sequelae of the Armenian Genocide" in G.J. ANDREPOULOS (ed.), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, pp. 112 and 117-121; HARFF, B., "The Etiology of Genocides" in I. WALLIMANN and M.N. DOBKOWSKI (eds.), *Genocide and the Modern Age. Etiology and Case Studies of Mass Death*, Greenwood Press, Westport, 1987, pp. 43 and 48; HARFF, B., "No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955", *American Political Science Review*, Vol. 97, No. 1, 2003, pp. 63-64 and 66; FEIN, H., "Accounting for Genocide after 1945: Theories and Some Findings", *International Journal on Group Rights*, Vol. 1, 1993, pp. 82 and 88-92; FEIN, H., "Revolutionary and Antirevolutionary Genocides: A Comparison of State Murders in Democratic Kampuchea, 1975 to 1979, and in Indonesia, 1965 to 1966", *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 35, Iss. 4, 1993, pp. 801 and 805. See also HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 318-319, and VALENTINO, B.A., *Final Solutions. Mass Killing and genocide in the 20th Century*, Cornell University Press, Ithaca and London, 2004, p. 16, with further references.

⁵ KUPER, L., *Genocide*, *cit.*, p. 57; HOVANNISIAN, R.G., "Etiology", *cit.*, p. 12; HARFF, B., "The Etiology", *cit.*, pp. 43 and 48; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 63-64 and 66; FEIN, H., "Accounting for Genocide", *cit.*, pp. 88-92; FEIN, H., "Revolutionary", *cit.*, pp. 801 and 805; HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 318-319; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 17-22.

⁶ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 318-319; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 67-68; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 17-22, refers to quantitative studies by FEARSON, J.D., LAITIN, D.D., "Ethnicity, Insurgency and Civil War", *American Political Science Review*, Vol. 97, No. 1, 2003, pp. 78-79 and 82-89; KRAIN, M., "State Sponsored Mass Murder: The Onset and Severity of Genocides and Politicides", *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 41, 1997, pp. 341-342 and 355.

⁷ KUPER, L., *Genocide*, *cit.*, pp. 57 *et seq.*; HARFF, B., "The Etiology", *cit.*, pp. 43 and 48; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 67-68; HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, p. 318; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 17-22.

It is also necessary that elites exploit these cleavages for genocidal purposes⁸. This is clear in the conflict in Darfur. The background of tension between Arab and Black groups has been promoted by the Sudanese government by fostering racial and ethnic division⁹. The government has recruited the militias among the landless and nomadic Arab herders – desperate for access to water and pastures in a context of increasing desertification – to target Black African farmers¹⁰. As Hagan and Rymond-Richmond affirm, the racial division between Arab and Black African groups in Sudan has been socially, politically and historically constructed¹¹. Even if both groups are Muslim and they share a history of intermarriage which defied racial classification and made them sometimes physically indistinguishable, the Sudanese state constructed racial distinctions that empowered the Arab Janjaweed militias¹². Language and livelihood differences together with perceived skin tone were increasingly defined as racial, and race and ethnicity acted as the driving forces of the conflict¹³. This case shows how a conflict about material resources can sometimes lead to atrocities when combined with ideologies and feelings which question or denigrate the basic humanity of the opposing group¹⁴.

⁸ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, p. 319; KRESSEL, N.J., *Mass Hate. The Global Rise of Genocide and Terror*, Plenum Press, New York – London, 1996, pp. 20-21, 93-100 and 115-118. For a similar view, see VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 28-29; HARFF, B., "The Etiology", *cit.*, pp. 43 and 48; STAUB, E., *The Psychology of Good and Evil. Why Children, Adults, and Groups Help and Harm Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 344.

⁹ HAGAN, J., RYMOND-RICHMOND, W., *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 5-6 and 161-192.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 161-192.

¹¹ *Idem.*

¹² *Ibid.*, pp. 105-136.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

Regarding the other element of social disorganization – political instability –, some studies describe revolutions¹⁵ and wars¹⁶ as opportunities for genocides to occur. War can offer governments the tools to commit genocide (and cover its track), combat-ready soldiers who can perpetrate genocide, and conditions which leave victim groups isolated and vulnerable and perpetrators and bystanders psychologically desensitized to violence¹⁷. Even if revolution and war are often the context in which genocides are perpetrated, genocide cannot be identified with either of them: revolutions and wars do not necessarily lead to genocides, and some genocides occur once war is over (for example, in Cambodia)¹⁸. Furthermore, equating genocide with war would mean defining genocide as a conflict between two parties – with offensive and defensive power capabilities – which fight in order to achieve something concrete, that is to say, as a two-sided conflict¹⁹. Nevertheless, the fact that some few victims might actively resist their destruction does not transform the attempted destruction of their own group into a two-sided conflict²⁰. Thus, political instability does not necessarily lead to genocide, but it is an opportunity (at macro level) regarding genocide.

Although it can also be described as an opportunity at macro level, ideology is better explained as a macro-level **motivation**. As it has already

¹⁵ HARFF, B., "The Etiology", *cit.*, p. 48; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 62 and 66; FEIN, H., "Accounting for Genocide", *cit.*, pp. 84-85 and 97-98. See also HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 320-323, with further references.

¹⁶ MARKUSEN, E., "Genocide and Total War: A Preliminary Comparison" in I. WALLIMANN and M.N. DOBKOWSKI (eds.), *Genocide and the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, Greenwood Press, Westport, 1987, pp. 97-123; HARFF, B., "No Lessons Learned", *cit.*, pp. 62 and 66; STRAUS, S., *The Order of Genocide. Race, Power, and War in Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca and New York, 2006, pp. 7-8 and 123-126; FEIN, H., "Accounting for Genocide", *cit.*, pp. 84-85 and 93-97; ALVAREZ, A., *Governments, Citizens, and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Approach*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis, 2001, pp. 68-71; KRAIN, M., "State Sponsored", *cit.*, p. 355.

¹⁷ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 320-323.

¹⁸ *Idem.*; VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, *cit.*, pp. 22-26.

¹⁹ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, p. 323.

²⁰ *Idem.*

been said in Chapter III of this Part, ideology plays an important role as a macro-level motivation of international crimes. And various scholars agree that, regarding specifically genocide, ideology is not only important but also crucial²¹. Some of these scholars suggest that the genocides from the twentieth century onwards are due to modern revolutionary ideologies which are inherently genocidal, such as Marxist notions of class conflict between exploiting and exploited classes, or modern conceptions of the world as naturally divided into races and nations²².

However, whereas some elements of these radical ideologies could be defined as modern, other elements of genocidal ideologies are basically anti-modern²³. Genocidal regimes which see peasantry as the most authentic members of the political community – while cosmopolitan urban areas which are contaminated by foreign elements need to be destroyed – are a clear example thereof²⁴.

More generally, instead of focusing on modern revolutionary ideologies, a numerous group of scholars refers to the relevance of ideology – in general

²¹ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs: Genocide and the Role of Ideology" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 213-231; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, cit., pp. 62-73; FEIN, H., "Revolutionary", cit., pp. 797 et seq.; DU PREEZ, P., *Genocide. The Psychology of Mass Murder*, Boyars/Bowerdean, London – New York, 1994, pp. 28-37; STAUB, E., *The Psychology*, cit., pp. 299-301 and 353; KIERNAN, B., "Twentieth Century Genocides. Underlying Ideological Themes from Armenia to East Timor" in R. GELLATELY and B. KIERNAN, *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 29; STAUB, E., *The roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, New York, 1989, p. 50.

²² FEIN, H., "Revolutionary", cit., pp. 796-797 and 819; DU PREEZ, P., *Genocide*, cit., pp. 28-37.

²³ HIEBERT, M.S., "Theorizing", cit., p. 327; KIERNAN, B., "Twentieth Century Genocides", cit., pp. 29-52; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Political Murder*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006, pp. 45-46.

²⁴ HIEBERT, M.S., "Theorizing", cit., pp. 327-328; KIERNAN, B., "Twentieth Century Genocides", cit., pp. 39-46.

– in the commission of genocides²⁵. Fein suggests there are four types of genocide in terms of motivation²⁶:

- 1) Developmental genocide (*de desarrollo*): the aim pursued in this kind of genocide is to colonize or occupy natural resources of a specific geographical area, and the targeted group is seen as an obstacle to achieve such goal. They tend to be directed against indigenous people, and they are often seen as the way to progress.
- 2) Despotic genocide (*despótico*): in these cases, the government uses genocide to destroy political enemies. Dictatorships seek the concentration of power, and this type of genocide serves as a way to eradicate the obstacles to obtain such control. For instance, Stalin struggled to destroy the members of various political, economic and national groups, because he saw them as a threat to consolidate his power.
- 3) Retributive genocide (*retributivo*): this kind of genocide is perpetrated by one group against another in order to protect or change a hierarchical and stratified social/political order. The Rwandan genocide is a clear example thereof, since it was the Hutu government extremists who started using violence in order to maintain power and privilege against the Tutsi minority who had in the past enjoyed a dominant position regarding the Hutu majority.
- 4) Ideological genocide (*ideológico*): it refers to the destruction of a group based on a number of beliefs. It occurs because members of a society (especially those who are in power) hold ideas which

²⁵ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 220-229; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, pp. 61-73; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, p. 353; FEIN, H., "Genocide: A Sociological Perspective", *Current Sociology*, Vol. 38, 1990, pp. 52-78.

²⁶ FEIN, H., "Genocide", *cit.*, pp. 51-91; ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 214-215. For a similar view, see DU PREEZ, P., *Genocide, cit.*, pp. 67-68 and 71-73.

promote the destruction of a specific population. During the Holocaust, Nazis had a series of scientific and medical beliefs about the alleged racial superiority of Aryans. This resulted in them thinking that Jews, Gypsies and Slavs were a threat to the genetic purity of Aryan race, and the Nazi answer to this was genocide. Similarly, during the Cambodian genocide, the Khmer Rouge wanted to create an idealized and utopic Cambodian state which combined self-sufficiency and ethnic purity, which led to the order to kill anyone who was perceived as a foreign or corrupting influence.

Although he accepts that genocide can occur for a variety of reasons (economic, political, religious, etc. motivations), Alvarez states that all motivations are connected and supported by genocidal ideologies which provide the intellectual basis for genocide to take place²⁷. Thus, ideology is not only present in one of the types of genocide that Fein suggests, but in all of them, since genocide cannot take place without the required ideological support²⁸. He rightly points out that genocide is a contradictory phenomenon, since it is both rational and irrational: rational, because it entails a decision to destroy a population and the coherent steps to implement that decision, but irrational, because it rests on irrational and emotional perceptions and arguments derived from a number of myths, stereotypes, xenophobia, and various other beliefs and attitudes²⁹.

Focusing on the irrational or ideological part of genocide, and based on a study of historic examples of genocide, Alvarez identifies six themes which

²⁷ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, p. 220; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, p. 61.

²⁸ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, p. 215; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, p. 57.

²⁹ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 213-214; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, pp. 57-58.

facilitate and enable genocides to happen: nationalism, past victimization, dehumanization, scapegoating, absolutist worldview, and utopianism³⁰.

- 1) Nationalism (*Nacionalismo*)³¹: it points out who is a member of the national community, but also who is not a member. This alone is not necessarily a problem, but it can become a problem when the differences are used to persecute others and to indicate that one's own group is superior to others'. Nationalism can also facilitate genocide by way of idealizing the image of sacrifice – in the sense that genocidaires believe that they are defending their country against the enemies – and facilitating the perception that modern governments enjoy almost complete political independence and autonomy.
- 2) Past victimization (*Victimización anterior*)³²: ideologies that glorify past victimization make it easier to victimize others, because it creates and perpetuates a group self-image as being persecuted people and it provides a justification for violence directed against those defined as the former victimizer. Thus, aggressive violence is portrayed as defensive violence, which is much more accepted and legitimated. The genocidaires are able to define the genocide as a necessary form of self-defence perpetrated in protection of nation and family. For instance, Bosnian Serb propaganda during the Balkan War constantly used the theme of Serb victimization at the hands of the Ottoman Turks in 1389 to argue that, in the same way in which they defended Europe from Islam 600 years

³⁰ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 220-229; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 61-73.

³¹ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 220-222; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 62-64; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, pp. 62-68; DU PREEZ, P., *Genocide*, *cit.*, p. 32.

³² ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 222-223; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 64-66; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, p. 298.

before, they were defending Europe from Islamic fundamentalism³³.

- 3) Dehumanization (*Deshumanización*)³⁴: it refers to the inclination of communities to define their own group as human and other groups as nonhuman. These belief-systems are dangerous because it is easier for the perpetrators to hurt or kill those who they believe are different and less than them. For example, to the Rwandan Hutu, Tutsis were cockroaches; and to the Nazis, the Jews were ranked below the Aryans.
- 4) Scapegoating (*Chivo expiatorio*)³⁵: it refers to the process whereby innocent individuals and groups are unfairly blamed for the misfortunes and problems of others. People generally like simple and easily understood answers to difficult problems, and scapegoating provides this. But life does not usually provide us with such easy answers. Instead, leaders often want to shift responsibility away from themselves and they place it on a vulnerable population who is blamed for the problems. As a matter of fact, the Nazis repeated that the Jews were responsible for Germany's defeat in the First World War³⁶.
- 5) Absolutist worldview (*Punto de vista absolutista*)³⁷: this kind of ideological framework is very common in religious or quasi-religious systems, especially in those who believe in a fundamentalist version of their faith. Fundamentalism consists in the literal and absolute truth of the sacred writings of a religion,

³³ KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, pp. 36-39.

³⁴ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 223-225; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, pp. 66-68; ALVAREZ, A., *Governments, cit.*, pp. 125-128; DU PREEZ, P., *Genocide, cit.*, p. 43.

³⁵ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 225-226; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, pp. 68-69. For a similar view, see STAUB, E., *The roots of Evil, cit.*, pp. 48-49; STAUB, E., *The Psychology, cit.*, pp. 299-301.

³⁶ KRESSEL, N.J., *Mass Hate, cit.*, p. 140.

³⁷ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 226-228; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, pp. 70-71.

and it often involves trying to return to the original practices and principles of religion. Since they view those who do not share the same vision of their faith as spiritually and morally inferior, they consider them legitimate victims of righteous violence. But the absolutist worldview is often manifested also in communist dictatorships, such as the one in Cambodia under the Khmer Rouge. In short, this kind of mind set does not allow differences in thought, appearance, or action. Genocidaires feel secure in their belief-system that orders the destruction of a population that somehow falls short of the standard for inclusion in the group. Those who know about absolute truth with absolute certainty are not very tolerant.

- 6) Utopianism (*Utopismo*)³⁸: utopia refers to any vision of a perfect and therefore unattainable society, but creating a perfect society has often involved getting rid of those who do not fit in. China and Cambodia are clear examples of cases where revolutionary governments decided to eliminate entire classes of people in order to fulfil their idealized vision of society.

Alvarez concludes that genocide is inextricably ideological, since these themes provide the *rationale*, motivation and justification for genocide to take place³⁹. As he affirms, the themes he suggests provide not only the motivation, but also the justification to commit genocide. It is worth mentioning that when he explains each of the ideologies, he actually merges factors which operate as motivation (reason of the behaviour) and as opportunity (justification of the behaviour). The fact that he expressly includes dehumanization as one of the themes makes this clear. As it has already been mentioned, justifications should be included among

³⁸ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 228-229; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 72-73.

³⁹ ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs", *cit.*, pp. 229-230; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, p. 73.

opportunities (not motivation). However, this merge of motivations and opportunities shows how closely related and intertwined all factors which contribute to the commission of genocide are⁴⁰.

Notwithstanding the importance of ideologies used by elites to manipulate institutions and ordinary people in order to target specific groups for elimination, ideology on its own fails to explain why genocide – instead of other measures, such as economic marginalization, physical segregation or expulsion – becomes the chosen policy⁴¹. Thus, it is utterly relevant to know how the identities of victims are constructed, since it determines whether genocide or some other form of violence becomes the chosen policy⁴².

As it has already been explained, “us-them thinking” can be identified as one of the motivations which lead to the commission of international crimes at macro level. Waller considers that this kind of thinking, together with moral disengagement and blaming the victims, results in the psychological construction of the “other”⁴³. In a similar way, but regarding specifically genocide, Hiebert identifies three “switches” or processes of collective identity construction which lead to genocide⁴⁴:

- 1) Conception of victims as “other”.
- 2) Victims as sub- or non-human.

⁴⁰ Furthermore, it is worth recalling that Alvarez does not base his work on a scheme which distinguishes between controls, constraints, opportunities and motivations – whereas here we do –.

⁴¹ HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 8; HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, p. 328.

⁴² HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 8.

⁴³ WALLER, J.E., “The Ordinarity of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence” in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 28-31; WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 186, 237, 244-256. For a similar view, see ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 113-114.

⁴⁴ HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 328-333; HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, pp. 11-12. For a similar view, see GUPTA, D.K., *Path to Collective Madness. A Study in Social Order and Political Pathology*, Preager, Westport – Connecticut - London, 2001, pp. 9, 73-74, 79-80 and 104-105.

3) Victims as threat.

Whereas the first two are present in all kinds of atrocity crimes – that is why they have already been mentioned before –, describing victims as threatening enemies is a unique feature of genocides. It is the conception by which society perceives that the victim group must be neutralized through genocidal policies before society is destroyed⁴⁵.

Characterizing other human groups as “others” (first process), that is to say, dividing the world into in-groups and out-groups⁴⁶, involves removing the victims from what Fein calls the “universe of reciprocal obligations”, meaning that political, economic and social rights and obligations are not owed to them⁴⁷. For instance, the Reich Citizenship Laws of 15 September 1935 by which the Nazis distinguished between Jews and Germans and deprived Jews from their legal status as citizens, definitely removing them from the German political community⁴⁸. As for the conflict in Darfur, the Sudanese state implemented Arab-Islamic demonizing and supremacist policies to create an “us-them” kind of conflict which intensified the division between Arabs and Blacks⁴⁹. Although the conception of victims as “other” is a “necessary part of the process of identity construction that

⁴⁵ HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, p. 333; HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, pp. 12-13; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 73-74, 79-80 and 104-105. ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 116-117, refers to this phenomenon as denial of the victim.

⁴⁶ WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 238-244; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, pp. 81-87; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 73-74 and 104-105; HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, p. 328; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 113-114; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 39; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, pp. 295-296.

⁴⁷ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 120-122; STAUB, E., *The roots of Evil*, *cit.*, pp. 17, 58-59 and 71; HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 328-329; HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 12; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, p. 237; STAUB, E., *The Psychology*, *cit.*, p. 305; FEIN, H., “Accounting for Genocide”, *cit.*, p. 82.

⁴⁸ HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 14.

⁴⁹ HAGAN, J., RYMOND-RICHMOND, W., *Darfur*, *cit.*, pp. 5-6 and 161-192.

leads to genocide”, it is not enough on its own: the victim groups have to be portrayed also as non-human (second process)⁵⁰.

Once victims are seen as sub- or non-human, perpetrators can do anything to them, since they see the victims not only outside a certain political, national, ethnic or racial community, but also outside humanity itself⁵¹. Hiebert argues that dehumanization makes the actual extermination intellectually comprehensible and psychologically tolerable for perpetrators and bystanders⁵². She explains that Nazi concentration camps provided an industrialized means of killing (the gas chambers) by which it was psychologically easier to low-level perpetrators to kill the victims – compared to having to kill them face to face –, but these camps also served at completely dehumanizing the victims before they were killed⁵³. Thus, it seems she portrays it as a justification or rationalization technique. In the present research dehumanization (and moral disengagement in general) has also been identified as a justification, and as such, it has been included as an opportunity at macro level. In any case, dehumanization is crucial in genocide, but as it has already been stated, it is also a common feature of the rest of atrocity crimes.

⁵⁰ HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 328-329.

⁵¹ GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, p. 139; KUPER, L., *Genocide*, *cit.*, pp. 85-100; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, p. 200; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, pp. 84-85; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, pp. 244-249; HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 329-330; KELMAN, H.C., “Violence Without Moral Restraint: Reflection on the Dehumanization of Victims by Victimizers”, *Journal of Social Issues*, Vol. 29, No. 4, 1973, pp. 48-49; CHARNY, I.W., *How can we commit the unthinkable? Genocide: The Human Cancer*, Westview Press, Boulder, 1982, pp. 188-201 and 206-208.

⁵² HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 13; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 120-122; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., “Ordinary People in Extra-Ordinary Circumstances” in A. SMEULERS and F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 308-309.

⁵³ HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, pp. 21-22; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 121-122; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, p. 52.

Genocide still requires a third process of collective identity construction in order to take place: the conception of victims as a source of threat⁵⁴. Genocide only takes place when perpetrators believe that the victim group constitutes a source of danger or threat which must be countered through the physical destruction of the victims⁵⁵. Since the threat lies in the physical presence of the victim group, the only way to neutralize it is to physically eliminate its members⁵⁶. The victim group is seen as a “mortal danger” which needs to be removed from society⁵⁷.

Leaders base the perceptions of the threat the victim group (allegedly) poses on three mortal-threat “motifs” in which the survival of the community is perceived to be in danger: “epic struggle”, “foreign-threat”, and “biological contagion”⁵⁸.

The first motif consists in perpetrators believing that they are engaged in a battle to death with their victims, and thus, victory requires the physical liquidation of the threatening victim group⁵⁹. For example, the epic

⁵⁴ HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 330-333; HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 6 and 12. For a similar view, see GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 79-80 and 104-105.

⁵⁵ HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 330-333; HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 12. For a similar view, see WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, p. 186; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, pp. 31-36 and 61-62; STRAUS, S., *The Order of Genocide*, *cit.*, pp. 159-160; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 79-80 and 104-105; DU PREEZ, P., *Genocide*, *cit.*, p. 29; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 110-111 and 113.

⁵⁶ HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 12; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, pp. 31-36 and 61-62; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 79-80 and 104-105.

⁵⁷ HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, p. 331; HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 12; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, pp. 31-44 and 61-63; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 9, 79-80 and 104-105; WALLER, J., *Becoming Evil*, *cit.*, p. 186.

⁵⁸ HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 13. For a similar view, see HIEBERT, M.S., “Theorizing”, *cit.*, pp. 330-331; CHARNY, I.W., *How Can We*, *cit.*, p. 192; In a similar vein, *vid.* CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, p. 19 *et seq.*

⁵⁹ HIEBERT, M.S., “The Three”, *cit.*, p. 13; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, *cit.*, pp. 110-111 and 113; DU PREEZ, P., *Genocide*, *cit.*, p. 29; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, *cit.*, pp. 31-36 and 61-62; STRAUS, S., *The Order of Genocide*, *cit.*, pp. 159-160; GUPTA, D.K., *Path*, *cit.*, pp. 79-80 and 104-105.

struggle of the Nazis consisted in the race war and the purity of their blood⁶⁰.

As for the second, it assumes that community is threatened by external actors who are supposed to be under the victim group's control⁶¹. The conflict of Cambodia is a clear example thereof: the Khmer Rouge described Vietnam as a mortally threatening enemy that had to be neutralized to save the "Cambodian race"⁶².

The third and last motif suggests that victims' continued existence exposes perpetrators and society to lethal contagions – victims are perceived as microbes, bacteria, etc. –, which means that victims must be physically eliminated through processes of purification or cleansing⁶³. For instance, in Cambodia, the Khmer Rouge labelled the revolutions internal enemies as microbes or sources of contamination or poison which were destroying the revolution from the inside out⁶⁴.

As Hiebert explains, while victims described as outsiders are meant to have fundamental interests which are different from those of the wider community, and victims defined as subhuman are seen as completely expendable, victims defined as threats are seen as powerful forces who threaten the survival of the entire community⁶⁵. As a result, it is this latter conception which motivates genocide⁶⁶. Even if the other two conceptions

⁶⁰ DU PREEZ, P., *Genocide*, cit., p. 29; HIEBERT, M.S., "The Three", cit., p. 16; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., pp. 39-42 and 62-63.

⁶¹ HIEBERT, M.S., "The Three", cit., p. 13.

⁶² *Ibid.*, p. 19.

⁶³ *Ibid.*, p. 13; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., pp. 36-44 and 62-63.

⁶⁴ CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., pp. 42-43; HIEBERT, M.S., "The Three", cit., p. 20.

⁶⁵ HIEBERT, M.S., "Theorizing", cit., pp. 332-333; HIEBERT, M.S., "The Three", cit., p. 6. For a similar view, see WALLER, J., *Becoming Evil*, cit., p. 186; CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., pp. 31-36 and 61-62; STRAUS, S., *The Order of Genocide*, cit., pp. 159-160; GUPTA, D.K., *Path*, cit., pp. 9, 79-80 and 104-105; DU PREEZ, P., *Genocide*, cit., p. 29; KRESSEL, N.J., *Mass Hate*, cit., pp. 110-111 and 113.

⁶⁶ HIEBERT, M.S., "Theorizing", cit., pp. 332-333; HIEBERT, M.S., "The Three", cit., p. 6.

are a necessary part of the genocidal process, they are not enough⁶⁷, since they do not necessarily lead to genocide – they can lead to other atrocity crimes or to discriminatory non-criminal policies –.

VI.2. Meso Level: Groups

Referring to meso level, what has been said with regard to atrocity crimes in general is also applicable to the crime of genocide. Thus, it will not be repeated here. But special attention will be given to the studies which focus specifically on genocide.

Although deindividuation and diffusion of responsibility within groups – as well as conformity, obedience, and extreme training programs – have already been studied as meso-level **opportunities** with regard to atrocity crimes in general, some scholars have focused on their relationship with genocide in particular⁶⁸. They affirm that the Holocaust was possible due to the increased division and specialization of bureaucratic functions within the modern nation-state, because it enabled perpetrators to remove themselves from any moral responsibility for their small and specialized part in the extermination process⁶⁹. Bureaucratization helps explain how so many private and public workers in Nazi Germany continued to play their

⁶⁷ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 332-333; HIEBERT, M.S., "The Three", *cit.*, p. 6.

⁶⁸ BAUMAN, Z., *Modernity and the Holocaust*, Cornell University Press, Ithaca NY, 1989, pp. 98-102 y 104-111; ALVAREZ, A., *Governments*, *cit.*, pp. 95-96; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 92-97. See also HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 325-326, with further references.

⁶⁹ BAUMAN, Z., *Modernity*, *cit.*, pp. 98-100 and 104-111; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, *cit.*, pp. 92-97. See also HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, pp. 325-326, with further references.

small but necessary parts in order to achieve extermination without moral concerns regarding the final outcome⁷⁰.

However, bureaucratization cannot explain all genocides, since the genocides in Cambodia and Rwanda were not bureaucratized, but instead, they encompassed face-to-face public killing – often by ordinary people who were not members of the state –⁷¹. Furthermore, the diffusion of responsibility and deindividuation promoted by bureaucratization cannot explain why genocide – and not another form of violence – is the chosen policy in these cases⁷². As it has been explained throughout this Part, this is due to the fact that the aetiology of genocide (as in all atrocity crimes) needs to be addressed at different levels of analysis. As Alvarez explains, even when working within institutional structures, individuals still have a choice, and therefore, individual agency or micro-level requires to be studied as well⁷³.

VI.3. Micro Level: Individuals

As the different typologies of perpetrators show, the reasons or motives why individuals take part in atrocity crimes vary from one type to another⁷⁴. This is also true for the crime of genocide. Whereas some studies focus on the role which leaders play in the initiation and

⁷⁰ BAUMAN, Z., *Modernity, cit.*, pp. 98-100; ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, pp. 93 and 96; HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, p. 325; SMEULERS, A., "Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology" in A. SMEULERS and R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, p. 236.

⁷¹ HIEBERT, M.S., "Theorizing", *cit.*, p. 325.

⁷² *Ibid.*, pp. 325-326.

⁷³ ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes, cit.*, p. 99.

⁷⁴ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 239-240 and 243; VALENTINO, B.A., *Final Solutions, cit.*, p. 39; STRAUS, S., *The Order of Genocide, cit.*, p. 95.

perpetration of genocide⁷⁵, others concentrate on the reasons why ordinary people follow genocidal orders and policies⁷⁶. As it has already been stated, theories which suggested that there was something abnormal about perpetrators of international crimes have long been abandoned in favour of theories which take into account the multi-level causes by which ordinary people get involved in atrocity crimes, and specifically, in genocide⁷⁷.

Bearing in mind that the present research is framed in a multi-level approach, the last pages of this Part will be dedicated to the analysis at micro level of the different motivations of individuals who take part in genocidal campaigns. Based on the different motivations of each of the types of criminals identified by Smeulers, it can be concluded that not all of them possess the genocidal intent. Before explaining why not all the members of genocidal campaigns share the genocidal intent, two preliminary clarifications are required.

- First, the difference between motivation (*motivación*) and intent (*dolo*) should be made clear here: whereas motivations constitute the reasons why an individual commits a crime, intent refers to the required mental element in criminal law⁷⁸. Thus intent must be taken into account when determining the applicable mode of

⁷⁵ VALENTINO, B.A., *Final Solutions*, cit., pp. 60-65 and 72-73; HAGAN, J., RYMOND-RICHMOND, W., *Darfur*, cit., pp. 158-159. See also HIEBERT, M.S., "Theorizing", cit., pp. 311-312, with further references.

⁷⁶ CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit., pp. 52 et seq.; ALVAREZ, A., *Governments*, cit., pp. 109-129; STRAUS, S., *The Order of Genocide*, cit., p. 96.

⁷⁷ CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not*, cit.; ALVAREZ, A., *Governments*, cit.; HIEBERT, M.S., "Theorizing", cit., p. 312; SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People", cit., pp. 295-303; HARRENDORF, S., "How Can", cit., p. 246.

⁷⁸ AMBOS, K., "Criminologically Explained Reality of Genocide, Structure of the Offence and the "Intent to Destroy" Requirement" in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la "intención de destruir"", *Revista Penal*, No. 26, 2010, pp. 68-69.

liability, while motivation is irrelevant in this regard⁷⁹. Since Smeulers' typology is based on motivation – and not on intent –, the reader might think there is a confusion of both concepts here. It is true that the same motives can lead to different levels of intent and that different motives can result in the same level of intent⁸⁰. However, Ambos rightly suggests that, in the context of genocidal campaigns, motivations can constitute *indicia* as to genocidal intent⁸¹. That is precisely the aim of the author, to use the different motivations as *indicia* to conclude whether genocidal intent is present or not in each of the types of perpetrators.

- Second, the two main existing approaches to understand genocidal intent must be shortly described in order to comprehend the relevance of concluding whether all the members of a genocidal campaign possess or not the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such. The key question is: does genocidal intent require that perpetrators possess the intent to destroy a protected group themselves or is it enough if they just know about the genocidal nature of the campaign in which their actions are taking place? There are two possible answers to this question.

According to the purpose-based approach, the perpetrator must clearly intend to destroy the group⁸². If the perpetrator only knows about the genocidal nature of the campaign, he/she will

⁷⁹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁸⁰ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁸¹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 158-159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 68-69.

⁸² *Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber Judgement*, 2 September 1998 (ICTR-96-4-T), para. 498; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 159; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 69.

“only” be an accessory to the crime of genocide, but not a principal to the crime.

In contrast, according to the knowledge-based approach, if the perpetrator knows about the genocidal context in which his/her acts take place, they will be responsible for genocide as principals to the crime, and not as mere accessories⁸³.

International criminal tribunals have unanimously adopted the purpose-based approach, whereas many scholars have expressed themselves in favour of more flexible approaches⁸⁴. Since the purpose-based approach requires that everyone who is convicted as a principal to the crime of genocide possesses the genocidal intent, it is problematic to determine the mode of liability which best matches the behaviour of the front-line perpetrator who, in spite of not sharing (but only knowing about) the genocidal intent of other members of the genocidal campaign, perpetrates the crimes himself/herself. It is also problematic to determine the crimes which should be charged in those cases. Should they be considered as principals or “merely” accessories to the crime of genocide? Or should they best be convicted as principals to crimes against humanity or war crimes?

Owing to the fact that *ad hoc* tribunals follow the purpose-based approach and that they combine it with Joint Criminal Enterprise (JCE) theory, in the

⁸³ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 159-160; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 69-70.

⁸⁴ GREENAWALT, A., “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation”, *Columbia Law Review*, Vol. 99, No. 8, 1999, pp. 2265, 2288, 2289; TRIFFTERER, O., “Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender “Elements of Crimes” für alle Tatbestände des Völkermordes” in B. SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2001, pp. 1438-1441; GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 231-236; VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate: An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 108; SCHABAS, W.A., *Genocide in international law. The crime of crimes*, 2nd ed., Cambridge University Press, New York, 2009, p. 252; AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 163-171; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 72-77.

above mentioned cases, they have been compelled to rule either that these hands-on perpetrators are “merely” accomplices of genocide⁸⁵ or that all the members of a JCE to commit genocide possess the genocidal intent themselves – even when it referred to huge groups in which not all the members were identified –⁸⁶. As it will be explained in Part II, *ad hoc* tribunals have even applied the third category of JCE⁸⁷ to cases of genocide, which is entirely in contradiction with the standard the purpose-based approach requires.

Regardless of the chosen approach, we would like to answer here the following question: is it consistent with the criminological reality of genocide to affirm that all the members of a genocidal campaign – which normally consist of a high number of individuals – possess the intent to destroy, in whole or in part, one of the protected groups, as such? Based on various typologies of perpetrators⁸⁸, Ambos has rightly stated that it is not in line with reality to say that all the members of a genocidal campaign share the genocidal intent, because while some members possess it, others

⁸⁵ *Prosecutor v. Jelisić, Trial Chamber Judgement*, 14 December 1999 (IT-95-10-T); *Prosecutor v. Jelisić, Appeals Chamber Judgement*, 5 July 2001 (IT-95-10-A); *Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber Judgement*, 19 April 2004 (IT-98-33-A); *Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber Judgement*, 1 September 2004 (IT-99-36-T); *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Warrant of arrest*, 4 March 2009 (ICC-02/05-01/09).

⁸⁶ *Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber Judgement*, 2 September 1998 (ICTR-96-4-T); *Prosecutor v. Kambanda, Trial Chamber Judgement*, 4 September 1998 (ICTR 97-23-S); *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber Judgement*, 21 May 1999 (ICTR-95-1-T); *Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber Judgement*, 6 December 1999 (ICTR-96-3-T); *Prosecutor v. Musema, Trial Chamber Judgement*, 27 January 2000 (ICTR-96-13-T); *Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber Judgment*, 02 August 2001 (IT-98-33-T). *Vid.* Subsection II.3.1.1. of Part II.

⁸⁷ *Prosecutor v. Brđanin, Decision on interlocutory appeal*, 19 March 2004 (IT-99-36-A); *Prosecutor v. Milošević, Decision on Motion for Judgment of Acquittal*, 16 June 2004 (IT-02-54-T).

⁸⁸ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 156-157; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 67-68.

do not, and some others simply do not know about the genocidal nature of the campaign in which they are taking part⁸⁹.

Citing Shaw, Ambos explains that it is unrealistic, from a sociological perspective, to use the concept of collective intention to capture the collective nature of genocide⁹⁰. Because it is individuals who make decisions, and not groups⁹¹. Rather than trying to find a collectively carried out intention, attention should be drawn to the social conflictive context; as a result, Ambos convincingly argues that a sociological structural approach considers "the individual intent contextualized in the genocidal relationship"⁹². Furthermore, it is worth mentioning that the genocidal policy or context is not an element of the offence, but an "objective point of reference of genocidal intent"⁹³.

Therefore, he suggests that the purpose-based approach should be applied to top-level perpetrators while the knowledge-based approach should suffice for mid- and low-level perpetrators of international crimes⁹⁴. He further explains that, during genocidal campaigns by state actors (such as the Holocaust), the purpose-based genocidal intent is located at the top-level of the hierarchy; whereas mid- and low-level perpetrators do not necessarily share such purpose – he affirms that in exceptional cases, low-

⁸⁹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 160; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 70. In a similar sense, JACQUELIN, M.A., *L'Incrimination de Génocide: Étude Comparée du Droit de la Cour Pénale Internationale et du Droit Française*, PhD at Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne (8 December 2010), pp. 435 and 449-451.

⁹⁰ SHAW, M., *What is genocide?*, Polity, Cornwall, 2007, pp. 83 *et seq.*; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 161; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 70-71.

⁹¹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 161; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 70-71.

⁹² AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 161; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 70-71.

⁹³ KRESS, C., "The crime of genocide and contextual elements. A comment on the ICC pre-trial Chamber's decision in the Al Bashir Case", *JICJ*, Vol. 7, No. 2, 2009, p. 306; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 170; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 76.

⁹⁴ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 163-171; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 72-77.

level state agents can even be unaware of the genocidal campaign –⁹⁵. However, Ambos defends that such a threefold classification cannot be automatically transferred to the cases of non-state, private actors⁹⁶. That private mid- and low-level perpetrators know about the genocidal campaign cannot be simply inferred from their role in the power apparatus; it rather depends on their factual status and role in the groups and on their access to top-level individuals or the information the latter possess⁹⁷.

He identifies top-level perpetrators with the criminal mastermind of Smeulers' typology, and he argues that there are not any private individuals who occupy such a position⁹⁸. Only state actors can be top-level perpetrators⁹⁹. He concludes that the top-level perpetrator is the only type of perpetrator that always acts with the required genocidal intent¹⁰⁰. As a consequence, he affirms that knowledge and purpose (with regard to genocidal intent) should be required in order to consider this type of perpetrator responsible for genocide as a principal to the crime¹⁰¹.

As for mid-level perpetrators, he contends that they do not always possess the genocidal intent¹⁰². He includes fanatics, devoted warriors, careerists and professionals as state agents, and criminals/sadists and profiteers in

⁹⁵ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 163-164; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 72.

⁹⁶ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 164; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 72.

⁹⁷ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 164; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 72.

⁹⁸ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 165; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 73.

⁹⁹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 165; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 73.

¹⁰⁰ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 166; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 74.

¹⁰¹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 166; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 74.

¹⁰² AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 166; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 74.

the group of private, non-state actors¹⁰³. He further argues that although they will know about the genocidal context in which they are taking part, careerists, professionals and profiteers will probably not act with the purpose-based intent to destroy a protected group¹⁰⁴. They are motivated by promoting their career within the system (careerists and professionals) or by economic/commercial purposes (profiteers, such as the director of a company who uses victims as “slave workers”) rather than by pursuing the destruction of the group¹⁰⁵.

Owing to the fact that in most cases mid-level perpetrators will act “only” with the knowledge of the genocidal campaign in which they are taking part – and that is hard enough to prove –, requiring purpose on their part would lead to the conclusion that there would hardly be any mid-level genocidaire (emphasis added)¹⁰⁶. In spite of the fact that they normally act without a purpose-based genocidal intent, they are still aware of the genocidal nature of the campaign in which they are taking part, and as such, Ambos affirms that they should be punished as principals to the crime of genocide¹⁰⁷. Therefore, he claims that the knowledge-based approach should apply to mid-level perpetrators¹⁰⁸.

Ambos claims that, compared to mid-level perpetrators, it is even less likely that low-level perpetrators possess the genocidal intent¹⁰⁹. He also

¹⁰³ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, p. 165; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, p. 73.

¹⁰⁴ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 166-167; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 74-75.

¹⁰⁵ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 166-167; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 74-75.

¹⁰⁶ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 166-167; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 74-75.

¹⁰⁷ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 166-167; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 74-75.

¹⁰⁸ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, pp. 166-168; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, pp. 74-75.

¹⁰⁹ AMBOS, K., “Criminologically Explained”, *cit.*, p. 168; AMBOS, K., “Una explicación”, *cit.*, p. 75.

states that low-level perpetrators will certainly have less knowledge as to the genocidal campaign¹¹⁰. At the low level, he identifies criminals/sadists, careerists, professionals, followers, conformists and compromised perpetrators as state-actors, whereas fanatics, devoted warriors, profiteers and compromised perpetrators constitute the group of non-state, private actors¹¹¹.

He defends that the purpose-based approach should not be applied to low-level perpetrators¹¹². He further explains that the knowledge-based approach should be applied in a different way to low-level state-agents and private actors¹¹³. While the knowledge of state agents can be inferred from their knowledge of the genocidal state policy implemented and the fact that they are part of the state apparatus, private actors' knowledge cannot be inferred from the State policy, since they are not part of the State¹¹⁴. Although private actors might have general knowledge of the genocidal context, they will not possess the specific knowledge about how their acts connect to the collective genocidal conduct¹¹⁵. Thus, he suggests the distinction between general and specific knowledge: whereas the first refers to a general idea of the genocidal context, the second addresses the link between the specific individual acts and the concrete genocidal

¹¹⁰ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 168; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

¹¹¹ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 165; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 73.

¹¹² AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 168; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

¹¹³ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 168; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

¹¹⁴ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 168; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

¹¹⁵ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 168; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

campaign¹¹⁶. And he contends that specific knowledge should be required as to private actors¹¹⁷.

Ambos convincingly explains that not all the members of genocidal campaigns possess the genocidal intent themselves. However, when he groups each type of perpetrator into three main categories (top-, mid- and low- level perpetrators), he blends perpetrators which clearly possess genocidal intent with others who do not¹¹⁸. For instance, when he contends that mid-level perpetrators usually lack the genocidal intent – but they normally know about the genocidal context –, he focuses on careerists, profiteers and professional. But he also includes fanatics and devoted warriors in the mid-level perpetrators' group, and since these types of perpetrators usually possess the genocidal intent themselves, it seems inaccurate to claim that mid-level perpetrators usually lack such intent. Furthermore, fanatics and careerists should be included with criminal masterminds among top-level perpetrators, because the cases where criminal masterminds plan, conspire and order atrocity crimes on their own are very rare.

Thus, a separate study of the genocidal intent with regard to each of the types of perpetrators of international crimes is required. The author has translated Smeulers' typology into the context of genocidal campaigns in order to answer the question whether each of the types of perpetrators – irrespective of their hierarchical position – do actually possess the genocidal intent themselves. As the last column of the table below shows,

¹¹⁶ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 168-169; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

¹¹⁷ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 168-169; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 75.

¹¹⁸ Furthermore, using different standards with regard to top-level and low-level perpetrators would violate the principle of equality: it would be easier to convict a low-level perpetrator as a principal to genocide, since the Court would only have to prove that he/she knew about the genocidal nature of the campaign – whereas the Court would have to prove that the top-level perpetrator knew and shared the genocidal intent –.

the author shares with Ambos the idea that not all the individuals who take part in genocidal campaigns possess the genocidal intent themselves. Instead, they just know (or sometimes they do not even know) about the genocidal nature of the campaign in which they are taking part.

Both criminal masterminds and fanatics are driven by hatred and resentment against the victimized group, and they truly believe in the ideology they promote¹¹⁹. Therefore, it seems clear that, when they are involved in genocidal campaigns, these types of perpetrators possess the intent to destroy a protected group as such. Since criminals/sadists are motivated by their own drives¹²⁰, it is possible that within genocidal campaigns they pursue to destroy one of the protected groups; however, since these perpetrators resemble most ordinary criminals, they will most likely seek to “merely” hurt or kill the members of the group.

Regarding profiteers and careerists, they are both opportunistic and they embrace ideology as a means to obtain power, status or material gain (or a higher position in the case of careerists)¹²¹. As a result, in genocidal contexts, they will share the intent to destroy a protected group as a means to obtain what they really want (power, status, etc.). In such cases, their genocidal intent would be defined as a *dolus directus* of the second degree (*dolo directo de segundo grado*) – or even *dolus eventualis* (*dolo eventual*) –, which is insufficient to fulfil the genocidal intent requirement in accordance with the purpose-based approach – tribunals require a standard of *dolus directus* of the first degree for the *dolus specialis* of genocide –¹²².

¹¹⁹ SMEULERS, A., “Perpetrators”, *cit.*, pp. 244-246.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 247-248.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 249-251.

¹²² AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2nd ed., Uruguay, 2005, pp. 416-418; BADAR,

The devoted warriors submit themselves entirely to an authority, and for them, their job is a job with a cause¹²³. Therefore, if the authority orders the destruction of a protected group, they will completely share the genocidal intent with the criminal masterminds and fanatics within the genocidal campaign. Regarding followers and conformists, they just follow the current, either influenced by a leader or by a group¹²⁴. Thus, depending on the grade of the effect which obedience to authority and pressure to conform have in them, they will share (or not) the intent to destroy required by the definition of genocide.

Since compromised perpetrators are forced to cooperate in order to save their lives or the lives of their loved ones¹²⁵, it is clear that, when compelled to carry out genocidal acts, they will not share the intent to destroy the protected group – they might even be members of the protected group or married to one of them –. Last, the professionals see violence as part of their job – a job without cause –, and they would not have any problem changing sides during the conflict¹²⁶. As a consequence, if they get involved in a genocidal campaign, they will not share the genocidal intent; but instead, they will mechanically carry out genocidal acts.

M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oregon, 2013, pp. 289-302 and 426.

¹²³ SMEULERS, A., "Perpetrators", *cit.*, pp. 252-253.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 254-256.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 257-258.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 258-259.

In conclusion, not all the members of genocidal campaigns possess the genocidal intent themselves. The following table summarizes this idea.

	Features	Genocidal intent (purpose-based approach)
The Criminal Mastermind (<i>El Cerebro Criminal</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Driven by hatred and social resentment, they fanatically promote an ideology <li style="padding-left: 20px;">- They seek absolute power and control - They always exclude a group, which they blame for all misfortunes. Their sole presence justifies violence 	Yes
The Fanatic (<i>El Fanático</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Driven by hatred or resentment, they usually project these feeling onto a specific group which they blame for their misfortune <li style="padding-left: 20px;">- They feel misfits in society - They are absolutely convinced of and dedicated to their cause 	Yes
The Criminal/Sadist (<i>El Criminal/Sádico</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Involved in crimes (or hidden tendency to do so) under ordinary circumstances <li style="padding-left: 20px;">- Motivated by their own drives 	Not always
The Profiteer (<i>El Especulador</i>)	<ul style="list-style-type: none"> <li style="padding-left: 20px;">- Driven by personal interest, opportunism and greed - They embrace ideology to obtain power, status or material gain - They benefit from the elimination of the targeted group, which is usually a privileged minority 	No
The Careerist (<i>El Sujeto de Carrera</i>)	<ul style="list-style-type: none"> <li style="padding-left: 20px;">- Aim to advance their careers and gain power, prestige and status - Like careerists, they are opportunistic, but since they are well adapted to the system, they reach a specific position within the regime 	No
The Devoted Warrior (<i>El Guerrero Devoto</i>)	<ul style="list-style-type: none"> <li style="padding-left: 20px;">- Obedient, loyal and dutiful - They do not feel capable of making their own judgment <li style="padding-left: 20px;">- They entirely submit themselves to an authority - They can accept murder, but not unnecessary cruelty 	Yes
Followers and Conformists (<i>Seguidores y Conformistas</i>)	<ul style="list-style-type: none"> - Not driven by hatred or the urge to obtain material gain: they just follow the current <li style="padding-left: 20px;">- Followers: follow a leader or hierarchy <li style="padding-left: 20px;">- Conformists: influenced by the group and peer pressure 	Not always
The Compromised Perpetrator (<i>El Autor Transigente</i>)	<ul style="list-style-type: none"> <li style="padding-left: 20px;">- They do not agree with the policy, but they are forced to cooperate <li style="padding-left: 20px;">- Members of the victimized group or socially vulnerable <li style="padding-left: 20px;">- To save their lives (or the lives of their loved ones) 	No
The Professional (<i>El Profesional</i>)	<ul style="list-style-type: none"> <li style="padding-left: 20px;">- Member of the military or similar <li style="padding-left: 20px;">- Coercive training program where they are brutalized - They do not enjoy using violence, but they see it as a part of their job 	No

The present Part (Part I) of the research has shown that the criminals who take part in atrocity crimes differ in a variety of ways. Not only do they differ in relation to the features of their contribution (*actus reus*), but also in terms of their intent (*mens rea*). The differences among the individuals who take part in the commission of atrocity crimes are particularly clear in genocidal campaigns, where criminals also differ from each other with regard to the *dolus specialis* or genocidal intent. The diversity among the criminal conducts which lead to the commission of atrocity crimes implies the need for a variety of modes of criminal liability in ICL, as well as the need to take such modes of liability into consideration during sentencing. The mentioned modes of liability will be analyzed in Part II. Furthermore, as it will be also studied in Part II, the fact that not all members of genocidal campaigns share the genocidal intent is an extraordinarily relevant reason against the application of co-perpetrator liability in cases of genocide – and in cases of all atrocity crimes –. Part III will be dedicated to the role the mentioned modes of liability should play during sentencing.

CHAPTER VII. CONCLUSION

The criminological analysis of atrocity crimes has shown that a terrifyingly high number of individuals get involved in the commission of such crimes. Not only the victims are numerous, but also the victimizers. Criminals differ from each other in the means and ways in which they take part in the commission of atrocity crimes.

There are substantial differences among their contributions in terms of their impact on the criminal result. Apart from the front-line soldiers who stain their hands with blood, figures such as the criminal masterminds who order and control the crimes or the bureaucrats (for example, Eichmann) who pass the orders from the leadership level to the executors are utterly relevant in the commission of genocides, crimes against humanity and war crimes. The heterogeneous nature of the contributions which lead to atrocity crimes results in the urgent need for a frame of different modes of liability in ICL. Thus, the mentioned modes of liability will be studied in Part II.

In spite of their heterogeneity, the individuals who take part in the commission of atrocity crimes can be grouped into three main categories: top-level perpetrators, mid-level perpetrators, and low-level perpetrators. The leadership level and the executors of the crimes are usually far away from each other, and the mid-level perpetrators are in charge of passing the orders from the first to the last. Based on the conduct that the perpetrators pertaining to each of the levels usually perform, Part III of the present research suggests a general frame which relates each level with certain modes of criminal liability.

VII.1. Low-level and mid-level perpetrators

Throughout this Part, the massive involvement of ordinary citizens in the commission of atrocity crimes has been explained in terms of the extraordinary circumstances surrounding those events. Thus, it is claimed that these otherwise law-abiding individuals become low-level and mid-level perpetrators of heinous crimes as a result of different factors which operate at macro, meso and micro level. The general frame of modes of liability suggested in Part III also refers to the modes of liability which are applicable to the conducts usually performed by the criminals pertaining to the low and mid levels.

At this point, a clarification is required: trying to understand and explain the behaviour of low- and mid-level perpetrators should not be understood as a means to justify their acts or to acquit them. The fact that these criminals act within a context of exclusionary and dividing ideologies, us-them thinking, or dehumanization, to name just a few examples of macro-level factors, does not turn them into completely innocent victims of the circumstances. Neither can meso-level factors, such as extreme training programs or the deindividuation and routinization which take place within groups, be the basis for the application of a defence.

In spite of the great influence that macro- and meso-level factors produce among low- and mid-level perpetrators of atrocity crimes, in almost the entirety of the cases, these individuals were still free to choose. A clear example thereof is that many others who lived under the same circumstances did not engage in the commission of atrocity crimes. Since the Law cannot demand an heroic conduct, but instead what may reasonably be required from the average person, resisting the influence of destructive ideologies or not following orders could be interpreted as an heroic conduct. Nevertheless, history shows that the conduct of the people who did not succumb to the collective madness cannot be described as

heroic (in a juridical sense): they were not asked to give their lives (or the lives of their loved ones) or to damage their integrity or other similar unbearable burdens.

This is not to say that there cannot be cases where criminals act under duress or other similar compelling situations. There is no doubt that in such particular cases, for instance, when crimes are perpetrated by child soldiers or other compromised perpetrators, defences should be applied. As it has been stated, it is not the aim of the present research to study the field of defences in ICL – it is focused on the modes of liability in ICL –. However, it can be safely said that applying a defence (or a mitigating factor) as a general rule to every low- and mid-level perpetrator ought to be rejected, since the application of a defence should be limited to the specific cases (rather an exception in ICL) where its requisites are met.

Therefore, the explanation of why these ordinary people become criminals is not aimed at absolving them, but at understanding it in order to be able to prevent the effect of the aforementioned macro-level and meso-level factors in the future. Another reason for describing the context which facilitates the involvement of so many otherwise law-abiding citizens lies in the aim of portraying the role which top-level perpetrators play in the initiation of atrocity crimes. The last lines of this Part will be dedicated to the conduct of top-level perpetrators.

VII.2. Top-level perpetrators

As it has already been stated, the top-level is not only formed by the criminal masterminds, but also by some fanatics and careerists – criminal masterminds can seldom plan and prepare the atrocities on their own –. Although they rarely stain their hands with blood, top-level perpetrators

organize, plan and help create the general context where atrocity crimes take place. Indeed, the complex patchwork of factors which operate at macro and meso level does not appear out of the blue. The role which leaders play in relation to such macro- and meso-level factors has been outlined throughout this Part.

Not only do elites promote the exclusionary and dividing ideologies which fuel atrocity crimes, but they also exacerbate existing cleavages and mobilize citizens into action. Furthermore, they establish policies which describe the victimized group as “the others” and as subhuman; and in cases of genocide, they also portray victims’ mere presence as a threat which has to be eradicated by their annihilation. Leaders make use of all kinds of mechanisms, such as the media, propaganda, policies, etc., to prepare the macro-context for atrocity crimes to occur. At meso level, they are responsible for creating or perverting the organizations, institutions or groups by which crimes are committed. Apart from taking advantage of the diffusion of responsibility and deindividuation which groups offer – together with the routinization and segmentation of the tasks in bureaucracies –, leaders sometimes also promote extreme training programs.

Due to the significance of the role they play in the establishment of the criminal context, Smeulers and Holá suggest that leaders are considered the most responsible¹.

As it will be further developed in Part III, it is argued here that top-level perpetrators deserve a more severe punishment than low- and mid-level perpetrators. However, leaders’ sentence cannot be based on the creation of the criminal context, since the means they use for that purpose are not

¹ SMEULERS, A., HOLÁ, B., “ICTY and the Culpability of Different Types of Perpetrators of International Crimes” Requirement” in A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 175-205.

acts which constitute atrocity crimes or they are not criminal in itself. Instead, the principle of individual criminal responsibility provides that their penalty should be always based on the actual contribution by each individual to a specific crime (or crimes). Top-level perpetrators do not only create the extraordinary circumstances where atrocity crimes materialize, but they usually also plan, organize, order and, more importantly, control the commission of such crimes. In sum, they decide whether the crime is committed or not, and how it is committed as well. Thus, as it will be explained in Part III, top-level perpetrators should receive a more severe punishment than mid- and low-level perpetrators.

Summary of the general explanatory model suggested here (based on the integrated theory by Rothe and Mullins)

	Atrocity crimes	Genocide
Macro-level controls	<u>Lack (or failure to apply) of:</u> International law and international sanctions State-law and sanctions	
Macro-level constraints	<u>Lack of (or weak):</u> International reaction, political pressure, condemning public opinion, and opposing INGOs or NGOs (international level) Political pressure, media scrutiny, opposing public opinion, opposing social movements and rebellions (State-level)	
Macro-level motivation	Economy Politics Ideology “Us-them thinking”	Ideology “Us-them thinking” Victims as subhuman Victims as threat (only in genocide)
Macro-level opportunity	Ideology, propaganda, and control of information Social disorganization Military capabilities Availability of illegal means Justifications and rationalizations Cultural construction of worldview	<u>Social disorganization:</u> Cleavages Political instability (revolutions and wars)
Meso-level controls	<u>Missing (or weak):</u> Internal controls Codes of conduct	
Meso-level constraints	<u>Missing (or weak):</u> Internal oversight Communication structures Traditional authority structures	
Meso-level motivation	Organizational goals Leadership pressure Reward structures	
Meso-level opportunity	Means availability and economic support Deindividuation and diffusion of responsibility Obedience Conformity Extreme training programs Professional socialization	Deindividuation and diffusion of responsibility
Micro-level controls	Legitimacy of law Perception of reality of law application	
Micro-level constraints	Informal social controls Personal morality	

	Socialization Obedience to authority Confrontational tension or fear	
Micro-level opportunity	Perceived illegal means	
Micro-level motivation	Typologies of perpetrators (based on motivation)	Not all members of genocidal campaigns share the <i>dolus specialis</i>

PARTE II. MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El análisis criminológico de la realidad de los crímenes de atrocidad ha puesto de manifiesto que, dado el carácter masivo de dichos crímenes, no sólo las víctimas son numerosas, sino también los intervinientes en la comisión de los hechos¹. Más importante aún, se ha podido comprobar que tanto la contribución de cada uno de los criminales como los elementos subjetivos de cada uno tienen características propias. Por ello, resulta evidente la necesidad de contar en Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) con distintas formas de intervención criminal punible en las que poder basar la responsabilidad penal individual de cada uno de los intervinientes adecuándose al *actus reus* (elementos del tipo objetivo) y a la *mens rea* (elementos del tipo subjetivo) de la conducta llevada a cabo.

Además, en aras a evitar solapamientos entre las diversas figuras de autoría y participación², pero también a impedir la existencia de lagunas de punibilidad, es imprescindible que las distintas formas de intervención criminal punible se encuentren bien definidas y delimitadas entre sí. Es por ello que esta Segunda Parte está dedicada a analizar cada una de ellas. Mediante un estudio comparativo de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* – Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia (TPIY) y Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) – y de la Corte Penal Internacional

¹ Vid. Parte I.

² Lo que puede conllevar la vulneración, entre otros, de los principios de seguridad jurídica o *ne bis in idem*. Un claro ejemplo de estos casos se encuentra en la aplicación simultánea de las doctrinas de la Responsabilidad del Superior y de la Empresa Criminal Conjunta por parte del TPIY. Para un análisis más exhaustivo, vid. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 159-183.

(en adelante, CPI), se tratará de identificar aquellas construcciones que mejor se adapten al contexto internacional (masivo) y, al mismo tiempo, sean respetuosas con los principios básicos del derecho penal, muy en particular, el principio de responsabilidad penal individual.

Estas, a menudo acusadas, diferencias entre las decisiones de distintos tribunales internacionales se deben, en gran medida, a la apuesta de los tribunales *ad hoc* a favor de la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (en adelante, ECC) como forma de coautoría – basándose así en un criterio subjetivo de autor –³, frente a la clara adopción de la teoría del dominio del hecho de Roxin (criterio objetivo-material de autor) por parte de la CPI⁴.

³ *Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21.05.2003 (ICTY-99-37-AR72) (en adelante, Decisión en el caso *Milutinović*); *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgement* del 25.02.2004 (IT-98-32-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*), párrs. 95 y 102; *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgement* del 29.07.2004 (IT-95-14-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*), párr. 33; *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgement* del 28.02.2005 (IT-98-30/1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*), párr. 79; *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgement* del 03.04.2007 (IT-99-36-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*), párr. 434; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgement* del 13.12.2004 (ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Ntakirutimana*), párr. 462; *Gacumbitsi v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgement* del 07.07.2006 (ICTR-2001-64-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*), párr. 158. Cabe mencionar que, como señala AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005, p. 175, la SPI del TPIY parece haber adoptado la teoría del dominio del hecho de Roxin en la sentencia del caso *Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber Judgement* del 31.07.2003 (IT-97-24-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*), párr. 440, en relación a la coautoría.

⁴ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgement* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*), párrs. 1003-1006; *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut* del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párrs. 1382-1384; *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párrs. 480-486; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEn) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párrs. 328-338. GIL GIL, A., "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, p. 85; GIL GIL, A., "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio

Frente al modelo unitario que no diferencia entre autoría y participación adoptado por el Tribunal Militar Internacional (en adelante, TMI) y por el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente (en adelante, TMILO)⁵, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* constituyeron los primeros intentos reales para elaborar y distinguir reglas sobre las formas de intervención criminal punible⁶. Sin embargo, los artículos 6(1) ETPIR y 7(1) ETPIV recogieron todas estas formas en una misma frase y las pusieron a un mismo nivel⁷. Así, hubo que esperar hasta el Estatuto de Roma de la CPI (en adelante, ER) para lograr un conjunto de reglas que, de manera sistemática, regulan las formas de intervención punibles y distinguen claramente entre autoría y participación⁸.

funcional y coautoría mediata”, *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, pp. 121-122; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho Penal Internacional?” en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 455; OLÁSULO, H., “El Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Vol. 40, 2012, pp. 78-85. Como señala OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2009, p. 5, disponible en <http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf> [Consulta: 15.04.2015], es un criterio objetivo-material de distinción entre autoría y participación.

⁵ Como señala OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 61, la jurisprudencia de estos tribunales consideraba que cualquier tipo de apoyo o cooperación material o jurídica a la comisión del delito constituía una forma más de intervención punible. *Vid.* también GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, pp. 113-114; FINNIN, S., *Elements of Accessorial Modes of Liability. Article 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2012, pp. 14-17.

⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 62-63; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 414; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, p. 20.

⁷ ESER, A., “Individual Criminal Responsibility: Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law” en A. CASSESE, P. GAETA, y J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 781.

⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 68; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 414; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 20-21; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 145-146; AMBOS, K., “Article 25. Individual Criminal Responsibility” en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 478-480.

II. AUTORÍA DIRECTA

Se entiende que es autor directo del delito el individuo que (i) realiza por sí mismo los elementos del tipo objetivo (ii) concurriendo los elementos requeridos por el tipo subjetivo¹. El ER prevé en su art. 25(3)(a) esta forma básica de autoría cuando se refiere a quien “comete el crimen por sí solo” (“*as an individual*”, “*individuellement*”, “*selbst*”), mientras que en los arts. 7(1) ETPIY y 6(1) ETPIR se describe como forma de “comisión” de un delito – entendida la “comisión” como autoría (no participación) del delito –

II.1. Tipo objetivo

Tal y como señaló la Sala de Cuestiones Preliminares I (en adelante, SCP I) de la CPI en la primera Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, los elementos del tipo objetivo del delito pueden clasificarse en dos grupos²:

- 1) Elementos contextuales, comunes a varios delitos.
- 2) Elementos específicos propios de cada tipo penal.

¹ Por todos, CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., New York, 2008, p. 180; OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 129; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, p. 150. Vid. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, *Decision Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda* del 09.06.2014 (ICC-01/04-02/06) (en adelante, *Decisión de confirmación de cargos en el caso Ntaganda*), párr. 136.

² *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Warrant of arrest* del 04.03.2009 (ICC-02/05-01/09) (en adelante, *Orden de arresto en el caso Al Bashir*), párr. 52. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 130-131.

Por el contrario, el TPIY distingue tres categorías – pues contempla dos tipos de elementos contextuales –³:

- 1) Elementos específicos.
- 2) Elementos contextuales
 - a. de carácter material, y
 - b. de carácter jurisdiccional.

A diferencia de los elementos contextuales de carácter material, los cuales forman parte de los elementos del tipo objetivo del delito, y por tanto, deben ser abarcados por el tipo subjetivo, los elementos contextuales de carácter jurisdiccional sólo se exigen para que el tribunal internacional pueda ejercer su jurisdicción, por lo que no precisan ser cubiertos por el tipo subjetivo⁴. Como puede observarse, aunque el presente Apartado esté dedicado al tipo objetivo, debido a su estrecha interrelación con el tipo subjetivo, resulta necesario realizar determinadas referencias a este último.

Mientras que el TPIY considera como elementos contextuales de carácter jurisdiccional de los crímenes de guerra la existencia de un conflicto armado, su conexión con la conducta prohibida, y la condición de protegidas de las personas y objetos sobre los que recae dicha conducta⁵, la CPI los contempla como elementos contextuales de carácter material⁶,

³ *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction* del 02.10.1995 (ICTY-94-1-A), párrs. 79-84; *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgement* del 15.07.1999 (IT-94-1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Tadić*), párr. 80. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 130-131.

⁴ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 130-131.

⁵ *Idem.*

⁶ Los Elementos de los Crímenes del ER relativos a los crímenes de guerra exigen que “el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado”, y en relación a los crímenes de guerra que recaen sobre personas u objetos protegidos según el derecho internacional humanitario, exigen que “el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección”. *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de

por lo que el sujeto activo debe conocer las circunstancias de hecho que establecen su existencia para poder ser considerado autor del crimen de guerra en cuestión. Parece que la CPI sólo contempla como elemento contextual de carácter jurisdiccional el carácter internacional del conflicto armado, puesto que, de acuerdo con lo establecido en los Elementos de los Crímenes del ER, el autor no tiene que llevar a cabo una evaluación en derecho sobre la naturaleza internacional o no del conflicto, ni tan siquiera conocer los hechos que hayan determinado su carácter internacional o no⁷.

Olásolo es, en este sentido, crítico con la jurisprudencia del TPIY y de la CPI. En relación al TPIY, considera que, sin la concurrencia de los elementos calificados como de carácter jurisdiccional, no cabe hablar de la existencia de crímenes de guerra⁸. A diferencia de Olásolo, Ambos no cree que la jurisprudencia del TPIY contradiga la interpretación de que la existencia de un conflicto armado deba ser abarcada por el dolo, ya que la razón por la que el TPIY ha tratado a la exigencia de un conflicto armado sólo como una regla de atribución de competencia (elemento de carácter jurisdiccional) se basa en que tal jurisprudencia se refería únicamente a la cuestión de la competencia⁹.

cargos en el caso *Bemba*), párr. 264; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgement* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, *Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga*), párrs. 1249-1250. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 132-134; WERLE, G., JESSBERGER, F., "Unless Otherwise Provided": Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law", *JICJ*, Vol. 3, Núm. 1, 2005, pp. 42-43.

⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 238. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 134.

⁸ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 132 y 134-135.

⁹ No se preguntó si más allá de su caracterización como "elemento jurisdiccional" los elementos en cuestión deben ser entendidos también como circunstancias del hecho en el sentido del art. 30(3), con la consecuencia de que sea necesario su conocimiento. *Vid.* AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005, p. 410-413; *Sentencia de apelación en el caso Tadić, supra* nota 3, párrs. 249 y 252.

En cuanto a la CPI, tanto Olásolo como Ambos entienden que el carácter internacional de un conflicto armado es un elemento contextual material¹⁰. En efecto, en tanto que, en el marco del ER, algunas conductas sólo dan lugar a responsabilidad penal cuando tienen lugar en conexión con un conflicto armado internacional – no así cuando se desarrollan en el contexto de un conflicto armado no internacional –, independientemente de lo establecido en los Elementos de los Crímenes del ER, el autor debe, al menos, ser consciente de las circunstancias de hecho que establecen el carácter internacional o no del conflicto¹¹.

Además, argumenta de modo convincente Ambos que si los Elementos de los Crímenes del ER (de acuerdo con el art. 30(3) ER) exigen el conocimiento de las “circunstancias de hecho que establecían esa protección” (en referencia al elemento típico de las “personas y objetos protegidos”), debe exigirse un conocimiento similar respecto de la existencia de un conflicto armado, ya que sólo pueden existir personas y objetos protegidos durante un conflicto armado¹². A lo que añade que representaría una contradicción valorativa poco comprensible si el dolo fuera necesario en relación al actuar como “parte de un ataque generalizado contra una población civil” del art. 7 ER y no se exigiese ni siquiera el conocimiento fáctico del actuar en un conflicto armado (internacional o no internacional) del art. 8 ER¹³.

¹⁰ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 132 y 134-135; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 410-413.

¹¹ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 134-135, apoya la práctica de la SCP I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEn) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párr. 406, de afirmar expresamente que el sujeto activo fue consciente de las circunstancias de hecho que establecían el carácter internacional/no internacional del conflicto armado. AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 410-413, cree que mientras se mantenga la diferente punibilidad de una y otra categoría de crímenes de guerra, ello debe repercutir también sobre la exigencia de dolo.

¹² AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 410-413.

¹³ *Idem.*

Pese a lo convincente de los mencionados argumentos, cabe señalar que éstos contienen cierta confusión entre causas y consecuencias. El hecho de que el sujeto deba conocer (o no) el elemento en cuestión no es la causa de que un elemento contextual sea de naturaleza material (o jurisdiccional); sino que el sujeto debe conocer (o no) la existencia de un determinado elemento porque dicho elemento constituye un elemento contextual material (o jurisdiccional). El fundamento o la causa de que un elemento del tipo objetivo sea un elemento contextual de carácter material ha de consistir en que éste incorpore un ataque al bien jurídico. Dado que determinadas conductas sólo son castigadas en DPI si tienen lugar en el contexto de un conflicto armado internacional, puede concluirse que la naturaleza internacional del conflicto armado incorpora una porción de injusto (relacionada con el ataque contra la paz mundial que ello supone), ya que, de lo contrario, también se castigarían cuando ocurren en conflictos armados no internacionales.

En este contexto, queda a la vista el peligro de transformar los elementos contextuales de carácter material en elementos contextuales de naturaleza jurisdiccional¹⁴. No obstante, debe relativizarse la gravedad de tal peligro. En la práctica, el hecho de exigir el conocimiento de las circunstancias fácticas de la existencia de un conflicto armado (internacional o no) – posición subjetiva – implica una diferencia mínima con respecto a la postura objetiva según la cual debe entenderse como un elemento contextual de carácter jurisdiccional (como una condición objetiva de punibilidad), ya que en cualquier caso la jurisprudencia penal

¹⁴ Según OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 135-136, sólo el umbral de gravedad previsto en los arts. 8(1) y 17(1)(d) ER debería ser calificado como elemento contextual de carácter jurisdiccional (lo considera un verdadero requisito de procedibilidad que no necesita ser abarcado por el tipo subjetivo).

internacional deduce el dolo de los hechos y circunstancias constatadas objetivamente¹⁵.

Pero ¿qué prevé el artículo del ER que regula de modo general el tipo subjetivo de los crímenes? Como ya se ha puesto de manifiesto, dada la estrecha vinculación entre tipo objetivo y subjetivo, es inevitable referirse a ciertos aspectos del tipo subjetivo en el presente Apartado relativo al tipo objetivo. El art. 30 ER dispone que, para que una persona sea penalmente responsable, los “elementos materiales del crimen” deben realizarse “con intención y conocimiento” de dichos elementos. Tales “elementos materiales” – en el sentido de “conducta”, “consecuencia”, y “circunstancia”¹⁶ – deben identificarse con el tipo objetivo del injusto¹⁷. Por ello, la traducción española del ER debería haber empleado el concepto de “elementos del tipo objetivo” o “elementos objetivos del tipo” (*objektive Tatbestandsmerkmale*) en vez del de “elementos materiales del crimen”¹⁸; de ahí que en el presente trabajo se emplee el concepto de “elementos del tipo objetivo” en referencia a lo que el ER denomina “elementos materiales del crimen”.

En lo que aquí nos interesa, es de mencionar la discusión existente sobre cuáles de los elementos de los artículos 6-8 ER deben ser calificados como “circunstancia” – en tanto que tal calificación implica la necesidad de su

¹⁵ Así, sirviéndose de la prueba indiciaria, la jurisprudencia puede constatar, por ejemplo, que la conducta del sujeto activo estaba en relación con un conflicto armado, aunque éste niegue haber tenido conocimiento del mismo. *Vid.* AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 410-413.

¹⁶ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 270-273; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 391-394, defiende que al referirse el ER expresamente en su art. 30(2) a la conducta y a la consecuencia (en relación a la intención), y en su art. 30(3) ER a la circunstancia y a la consecuencia (en relación al conocimiento), con el término “elementos materiales” se pretendía aludir a las formas concretas de los elementos objetivos del tipo: conducta, consecuencia, y circunstancia.

¹⁷ AMBOS, K., *Treatise, cit.*, pp. 270-271; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 390-391, se muestra contrario a que se interpreten en el sentido de que incluyan todos los presupuestos jurídico-materiales de la punibilidad, es decir, también las causas de justificación y de exculpación.

¹⁸ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 390-391.

conocimiento¹⁹ –, y en especial, si el *chapeau* o frase superior común que, junto con los tipos individuales, contienen los artículos 6-8 ER (también conocido como elemento internacional) representa un elemento del tipo objetivo en la forma de circunstancia del hecho, en cuyo caso el autor debería conocerlo²⁰. A continuación, se explica brevemente en qué consiste el *chapeau* de cada crimen.

En relación al **genocidio** (art. 6 ER), se exige – con base en el art. 30(3) ER – que el autor tenga conocimiento de que participa en un plan genocida de exterminio, pero sin necesidad de llegar a un conocimiento de todas las particularidades de tal plan²¹. Este es un requisito muy discutido en la doctrina, ya que, según determinado sector, ello contradice la literalidad del artículo 6 ER, el cual no requiere ningún tipo de plan para la calificación de los hechos como genocidio²². Werle y Jessberger, ofrecen una explicación intermedia, y a su vez, novedosa: el hecho de que los Elementos de los Crímenes requieran que el genocidio tenga lugar en un contexto más amplio de violencia organizada no es más que un requisito que afecta la jurisdicción de la Corte, y por ello, no necesita ser abarcado por el conocimiento del sujeto activo²³. En lo que se refiere a la intención de destrucción contenida en el *chapeau*, se trata de un elemento subjetivo

¹⁹ *Ibid.*, p. 394.

²⁰ *Ibid.*, p. 400; WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, pp. 49-51.

²¹ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 401; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 279.

²² TRIFFTERER, O., “Genocide, Its Particular Intent to destroy in Whole or in Part the Group as Such”, *LJIL*, Vol. 14, 2001, pp. 407-408; AMBOS, K., BÖHM, M.L., “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?”, *Revista Penal*, Núm. 26, 2010, p. 55. Para una visión contraria, *vid.* VEST, H., “A structure-based concept of genocidal intent”, *JICJ*, Vol. 5, Núm. 4, 2007, p. 785; KRESS, C., “The Darfur Report and Genocidal Intent”, *JICJ*, Vol. 3, Núm. 3, 2005, pp. 566 y 575. *Vid.* también Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 2, párrs. 113 y 117-133.

²³ WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, p. 51.

del tipo que se añade al dolo, distinguiendo así entre un dolo genérico y un elemento subjetivo especial del tipo en relación al crimen del genocidio²⁴.

Con respecto a los **crímenes contra la humanidad** (art. 7 ER), dado que la comisión de la acción en determinado contexto (“como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”) es lo que la convierte en un crimen contra la humanidad, tal marco de referencia debe ser abarcado por el dolo (en el sentido del art. 30(3) ER), por lo que el conocimiento del ataque no representa un elemento subjetivo del tipo, sino que integra el dolo genérico en el sentido del art. 30 ER²⁵. De todos modos, al igual que en los casos de genocidio, el grado de conocimiento de un plan o política exigido por la jurisprudencia internacional no es muy exigente²⁶.

En cuanto a los elementos más discutidos en el ámbito de los **crímenes de guerra**, como ya se ha señalado, éstos se refieren al requisito

²⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 401 y 416; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 279 y 292; GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 178-179; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 136; BADAR, M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oregon, 2013, pp. 289-302. Como señalan JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 317, nota 1, las denominaciones “elementos subjetivos del injusto” y “elementos subjetivos del tipo” son equivalentes: la primera se fija en la inclusión de todo el grupo de elementos en los factores que caracterizan el *injusto* de una clase de delito, mientras que la segunda indica que estos elementos se utilizan en la estructura del *tipo*.

²⁵ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 401-406. Si bien en AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 280, ha afirmado que no está claro si integra el dolo (genérico) o si constituye un elemento subjetivo del tipo. WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, cit., p. 50, no lo especifican, pero afirman que es necesario el conocimiento del ataque por parte del sujeto activo.

²⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 401-406; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 282. En el mismo sentido, WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, cit., p. 50, explican que no se requiere una valoración normativa por parte del sujeto activo sobre el carácter sistemático y generalizado del ataque. *Vid. Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgment del 07.05.1997 (IT-94-1-T)* (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Tadić*), párr. 653; *Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber Judgement del 03.03.2000 (IT-95-14-T)* (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*), párrs. 244 y 254; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber Judgement del 21.05.1999 (ICTR-95-1-T)* (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*), párr. 133; *Prosecutor v. Kunarac et al., Trial Chamber Judgement del 22.02.2001 (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T)* (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kunarac et al.*), párr. 434.

de la existencia de un conflicto armado internacional. No se ha llegado a una solución consensuada en la doctrina sobre si debe entenderse como condición objetiva de punibilidad (en el sentido de reglas de atribución de la competencia o elementos contextuales de carácter jurisdiccional) o, por el contrario, como elemento típico (como circunstancia del hecho en el sentido del art. 30(3) ER) y con la consecuencia de que el dolo del autor deba abarcar dicho requisito²⁷. No obstante lo cual, como se ha adelantado, los Elementos de los Crímenes del ER se han decantado por un conocimiento fáctico limitado de la existencia de un conflicto armado, independientemente de su carácter internacional o no internacional²⁸.

II.2. Tipo subjetivo

Si algo está claro es que tanto la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* como la de la CPI rechazan la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por el resultado, por lo que exigen que los elementos del tipo objetivo estén abarcados por el dolo²⁹. Lo que parece no estar tan claro es el nivel o estándar requerido a la hora de la “imputación subjetiva”: ¿se precisa un dolo directo (de primer o segundo grado) o es suficiente con el dolo eventual? ¿Tiene cabida la imprudencia consciente? ¿Debe la *recklessness* entenderse como el equivalente del *common law* al concepto

²⁷ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 401; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 284-288.

²⁸ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 408; WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, cit., pp. 43 y 50.

²⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 355, notas 437-438; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 427; *Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber Judgement* del 01.09.2004 (IT-99-36-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*), párr. 386; *Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber Judgement* del 31.07.2003 (IT-97-24-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*), párr. 587; Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párr. 220; *Prosecutor v. Galić, Trial Chamber Judgement* del 05.12.2003 (IT-98-29-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Galić*), párrs. 54-55.

de dolo eventual del derecho romano-germánico o debe definirse, por el contrario, como una imprudencia consciente?

Antes de dar respuesta a estas preguntas, debe tenerse presente que, mientras que los tribunales *ad hoc* han optado desde un inicio por el mismo grado de dolo en relación a todos los elementos del tipo objetivo (conducta, consecuencia, y circunstancia) –³⁰, existe controversia al respecto en el seno de la CPI:

- la SCP I y la SPI I se decantan, al igual que los tribunales *ad hoc*, por un mismo grado de dolo que debe cubrir todo elemento previsto en la definición del delito³¹;
- por su parte, la SCP II defiende que el art. 30 ER no exige el mismo grado de dolo para todos los elementos del tipo objetivo, sino que requiere un grado distinto para las acciones, consecuencias y circunstancias del delito – siguiendo la tradición del *common law* –³².

Una vez dicho esto, se intentará determinar el nivel de *mens rea* requerido por los tribunales internacionales. No obstante, para poder hacerlo, han de identificarse y definirse primero los distintos niveles de *mens rea* en el ámbito del DPI, ya que las afirmaciones de la jurisprudencia y de la doctrina distan de ser pacíficas en este sentido.

³⁰ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 136-137.

³¹ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 2, párr. 139; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1273-1274. OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 136-137.

³² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 355. AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 395-399, también realiza la distinción entre conducta, consecuencia y circunstancia. El Código Penal Modelo del *American Law Institute* también establece un grado de dolo diferente en relación a los distintos elementos del tipo objetivo. *Vid.* BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 102-104, 127-129 y 385-387.

II.2.1. Clasificación de los distintos niveles de *mens rea*

Con objeto de establecer cierto orden en este ámbito, a continuación se definen los siguientes niveles de *mens rea* en DPI.

El **dolo directo de primer grado** se identifica con las situaciones en las que una persona³³:

- 1) sabe que sus acciones/omisiones producirán los elementos del tipo objetivo (conocimiento), y
- 2) emprende esas acciones/omisiones con la voluntad concreta de realizar tales elementos objetivos (voluntad concreta).

³³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 351; *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párr. 529; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párr. 1009; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 358. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 141; ESER, A., "Individual Criminal Responsibility: Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law", en A. CASSESE, P. GAETA, y J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 899-900; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2006, pp. 417-423; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 271; CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 58-60, no distingue entre dolo directo de primer y segundo grado, sino que define como dolo directo en general (*intent*) la situaciones en las que el sujeto activo (i) conoce que una determinada conducta traerá consigo un determinado resultado en el curso ordinario de los acontecimientos, y (ii) tiene la voluntad de lograr tal objetivo. Parece que esta definición abarca sólo los supuestos de dolo directo de primer grado; no obstante, de los ejemplos que menciona a continuación puede deducirse que también entiende incluidos en el dolo directo a los casos de dolo directo de segundo grado. Es de mencionar que, en casos de especial gravedad, los tribunales del *common law* (sobre todo, los de las jurisdicciones distintas a la de Inglaterra, como Australia o Canadá) han entendido que la *intention* (normalmente equiparada por la doctrina con el dolo directo continental) incluye también los casos en los que el autor conoce la (alta) probabilidad de que la consecuencia tenga lugar – sin necesidad de que éste la acepte –, por lo que, en tales supuestos, la *intention* abarcaría también los casos de dolo eventual – exige un estándar menos exigente incluso que el dolo eventual, en tanto que no requiere la aceptación del riesgo –. *Vid.* BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 33-50 (en relación al *common law*) y 136-138 (en relación al derecho continental).

Por su parte, el **dolo directo de segundo grado** abarca situaciones en las que el sujeto activo³⁴:

- 1) sin tener la voluntad concreta de producir los elementos del tipo objetivo (no hay voluntad concreta),
- 2) es consciente de que los mismos serán la consecuencia necesaria de sus acciones/omisiones (conocimiento de que la producción de los elementos objetivos es una consecuencia necesaria conforme a su plan de acción).

Como se verá más adelante, la que se acaba de mencionar es una definición *stricto sensu* del dolo directo de segundo grado, y es preciso hacer una referencia expresa a ello, puesto que existe también jurisprudencia internacional que entiende este concepto de modo más amplio, incluyendo lo que en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* se denominó "primer escenario" del dolo eventual³⁵.

³⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 352; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párrs. 359 y 362; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 40; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*), párr. 36; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges"* del 07.03.2011 (ICC-02/05-03/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*), párr. 156. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 141-142; ESER, A., "Individual", cit., pp. 898-899; ROXIN, K., *Derecho Penal*, cit., pp. 423-424; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 138-139; MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., p. 271, pone como ejemplo el famoso caso *Thomas* (1875), en el que el autor hizo cargar un explosivo en un barco para cobrar el seguro previsto para caso de hundimiento. En este caso, si bien el autor no tenía ningún interés en causar la muerte de ninguna persona (no tenía la voluntad concreta de realizar tal resultado), sabía que ello sería inevitable (una consecuencia necesaria), porque había tripulación a bordo.

³⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352-254. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 141.

Por **dolo eventual** se entiende, de modo general, la situación en la que el sujeto activo³⁶:

- 1) es consciente del riesgo de que los elementos del tipo objetivo puedan resultar de sus acciones/omisiones (conocimiento del riesgo de que se produzca el delito), y
- 2) acepta tal resultado al asumirlo, consentirlo o conformarse con él (aceptación del resultado).

Sin embargo, como se ha adelantado, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* distinguió dos escenarios dentro del concepto de dolo eventual³⁷.

- Por un lado, aquellos en los que³⁸:
 - 1) el riesgo de producir los elementos del tipo objetivo es sustancial (riesgo de una probabilidad sustancial de que “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”), y
 - 2) el sujeto activo acepta la idea de producir los elementos del tipo objetivo,
 - 3) en cuyo caso tal aceptación puede ser inferida

³⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352; Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párrs. 219-220; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 587. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 141. Como señala MIR PUIG, S., *Derecho*, *cit.*, p. 272, mientras que en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia inevitable, en el caso del dolo eventual, se le aparece como resultado posible. ROXIN, K., *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 424-453, afirma que quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente – aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo – en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo.

³⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352-354. Como se explicará más detenidamente en el Subapartado II.2.3. de esta Parte II, las Salas de la CPI se encuentran divididas en torno a la suficiencia del dolo eventual para cumplir lo requerido en el art. 30 ER.

³⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352-354; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 530 y 533; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1010-1012.

- a) de su conocimiento de la probabilidad sustancial de que sus acciones/omisiones tengan como resultado la realización de los elementos del tipo objetivo y
 - b) de su decisión de llevar a cabo tales acciones/omisiones a pesar de ese conocimiento (aceptación del riesgo que puede ser inferida).
- Por otro, aquellos en los que³⁹:
- 1) el riesgo de producir los elementos del tipo objetivo es bajo (riesgo bajo de que se produzcan los elementos del tipo objetivo), y
 - 2) el sujeto activo acepta el hecho de que los elementos objetivos puedan resultar de sus acciones/omisiones, en cuyo caso tal aceptación debe ser clara o expresa (aceptación del riesgo que no puede ser inferida).

En esta distinción se observa el criterio empleado por la teoría de la probabilidad (o de la representación) para diferenciar los casos de dolo eventual (como forma de dolo) de los de imprudencia consciente (como forma de imprudencia). Con base en la mencionada doctrina, lo decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor⁴⁰. En efecto, tanto en los supuestos de dolo eventual como en los de imprudencia consciente, el autor (i) no desea el resultado, y (ii) reconoce la posibilidad de que se produzca el resultado; de ahí que lo único que puede diferenciarlos sea el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor⁴¹.

Pero ello no supone que esta teoría prescinda del elemento volitivo del dolo, sino que el hecho de que el sujeto considere probable la producción

³⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352-354.

⁴⁰ ROXIN, K., *Derecho Penal, cit.*, pp. 424-453; MIR PUIG, S., *Derecho, cit.*, pp. 272-274.

⁴¹ ROXIN, K., *Derecho Penal, cit.*, pp. 424-453; MIR PUIG, S., *Derecho, cit.*, pp. 272-274.

del resultado (elemento intelectual) es un indicio esencial de que se toma en serio dicha opción y de que cuenta con ella (elemento volitivo)⁴². Continuar actuando pese a la representación del riesgo como probable supone por regla general una decisión a favor de la lesión de bienes jurídicos; no obstante, tal valoración tiene un carácter puramente normativo, dado que en su constatación no se presta atención a la verdadera actitud del agente⁴³.

Por el contrario, según la conocida como teoría del consentimiento (o de la aprobación), lo relevante en la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente es el elemento volitivo: en el dolo eventual el autor consiente en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo aprueba⁴⁴.

Parece que Fletcher está pensando en esta teoría del consentimiento cuando afirma que los sistemas alemán y soviético distinguen el dolo eventual de la imprudencia consciente (la cual él identifica con la *recklessness* del *common law*) en el sentido de que la primera requiere una determinada postura subjetiva hacia el resultado, mientras que la segunda

⁴² ROXIN, K., *Derecho Penal, cit.*, pp. 424-453.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ MIR PUIG, S., *Derecho, cit.*, pp. 272-274; ROXIN, K., *Derecho Penal, cit.*, pp. 424-453, señala que, de acuerdo con lo establecido por esta teoría, el dolo eventual exige, además de la previsión del resultado, que el sujeto lo haya aprobado interiormente (que esté de acuerdo con él). En cuanto a la posición por él defendida (teoría del tomarse en serio), considera que cabe afirmar el dolo eventual "cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así – sea de buena o de mala gana – a la eventual realización de un delito, se conforma con ella", mientras que existirá imprudencia consciente cuando "advierde la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo". Pese a las diferencias terminológicas, Roxin cree que existe acuerdo sobre el auténtico alcance del dolo eventual entre la posición por él defendida y la teoría de la aprobación o del consentimiento, en tanto que "aprobar" no signifique más que que el sujeto incluya en el plan del hecho el posible resultado y en esa medida lo asuma en su voluntad. Para un análisis detallado de las distintas teorías existentes en relación a la diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente, *vid.* ROXIN, K., *Derecho Penal., cit.*, pp. 424-453, y también BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 139-145.

exige una afirmativa aversión hacia el resultado dañoso⁴⁵. En contraposición, defiende que el derecho Anglo-Americano toma en consideración el riesgo real y el conocimiento de tal riesgo, y no la actitud interna del actor⁴⁶. Así, se pregunta si tiene sentido que la mera actitud interna del actor sea el criterio decisivo (y conlleve una responsabilidad mayor) en lugar del riesgo creado y su conocimiento por parte del actor⁴⁷. Sin embargo, Fletcher parece no tener en cuenta que la teoría del consentimiento también requiere la previsión del riesgo; y tampoco parece tener en cuenta la existencia de otra teoría (la teoría de la probabilidad) en el contexto del derecho continental para establecer la barrera entre el dolo eventual y la imprudencia consciente⁴⁸.

Sea como fuere, resulta sumamente interesante observar que Fletcher parte de la distinción entre la *recklessness* (la cual identifica con la imprudencia consciente del derecho continental) y el dolo eventual⁴⁹, y que

⁴⁵ FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 447. AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 399, también distingue el dolo eventual de la *recklessness*, y parece identificar esta última con la imprudencia consciente cuando dice que es necesario que “el autor haya desatendido conscientemente el riesgo de producción del resultado”.

⁴⁶ FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., pp. 447-448. Cabe señalar que en *R v G and Another* la Casa de los Lores rechazó la denominada *Objective Recklessness* o *Caldwell Recklessness* – abarca tanto los casos en los que el sujeto activo conocía el riesgo como aquellos en los que no había ni siquiera pensado en la posibilidad de la existencia de tal riesgo, de ahí su equiparación con la imprudencia – en favor de la llamada *Subjective Recklessness* o *Cunningham Recklessness* – en la que es imprescindible que el sujeto activo fuera consciente del riesgo que estaba tomando –. Vid. BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 50-59; WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, Sweet and Maxwell, 2ª ed., London, 1983, pp. 97-98; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, Butterworths, 10ª ed., Londres, 2002, pp. 77-84 y 108.

⁴⁷ FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., p. 448.

⁴⁸ Además, tampoco tiene en cuenta la acertada crítica de ROXIN, K., *Derecho Penal*, cit., pp. 424-453, a la teoría de la representación o de la posibilidad: la situación de que alguien tenga claramente a la vista una posibilidad, pero (aunque sea por confianza debida a negligencia o ligereza) no cuente seriamente con su realización, es psicológicamente frecuente, por lo que en una situación igual en cuanto al saber, es posible tener que apreciar en un caso *dolus eventualis* y en el otro imprudencia consciente.

⁴⁹ FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., pp. 442-447, en el sentido de que la *recklessness* es una forma de imprudencia (equivalente a la imprudencia consciente del derecho continental), mientras que el dolo eventual es una forma de dolo (sin equivalente en el *common law*); en el mismo sentido, BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 135-136; ESER, A., “Individual”, cit., pp.

considera que este último no posee un equivalente en el *common law*⁵⁰. En el mismo sentido, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, la SCP I distingue en la *mens rea* el dolo eventual de la **imprudencia consciente**, e identifica esta última con la *recklessness* de los sistemas del *common law*⁵¹.

De acuerdo con lo establecido por la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, si bien es cierto que al igual que en los casos de dolo eventual el actor que actúa con imprudencia consciente conoce que su conducta puede generar un resultado específico, ambos supuestos se diferencian en que el que actúa con imprudencia consciente

898-899; GIL GIL, A., "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 86 y 100, nota 73; GIL GIL, A., "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata", *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, p. 124, notas 64 y 65.

⁵⁰ FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., p. 447, razón por la cual los sistemas del *common law* han de recurrir a sustitutos como la norma sobre *felony-murder*.

⁵¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 355, notas 437-438. GIL GIL A., "Mens Rea", cit., p. 86, nota 20; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 521, nota 51; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 161-163. Vemos que Olásulo identifica la imprudencia consciente del *civil law* con la *recklessness* del *common law*, y esta equiparación parece tener sentido si se tiene en cuenta el modo en el que el *common law* distingue la imprudencia (*negligence*) de la *recklessness*: mientras que la primera se aplica en los casos en los que el sujeto activo debía haber sido consciente del riesgo – pero no lo es, por tanto, es equiparable a la imprudencia inconsciente del *civil law* – (test objetivo), la última requiere que el sujeto activo sea consciente del riesgo y decida tomarlo – en tanto que es consciente del riesgo, es asimilable a la imprudencia consciente – (test subjetivo). Vid. BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 66-67; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., p. 85; DAVID, É., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 643-644. En relación con lo dicho, resulta interesante mencionar la diferencia establecida por ROXIN, K., *Derecho Penal.*, cit., pp. 1021-1023, en lo que al tipo subjetivo de la imprudencia se refiere: mientras que es posible reconocer un tipo subjetivo en la imprudencia consciente (la representación de todas las circunstancias del hecho como un peligro no permitido y en la confianza en la ausencia de realización del tipo) – que es lo que se corresponde con el dolo en el dolo eventual y explica tanto la estrecha contigüidad como la diferencia de ambas formas de tipo subjetivo –, en la imprudencia inconsciente se constata la ausencia del tipo subjetivo, porque el sujeto no ha incluido en su representación los elementos y presupuestos del tipo objetivo.

subjetivamente no acepta la causación de los elementos del tipo objetivo como resultado de sus acciones/omisiones⁵². Es decir, en la imprudencia consciente, el actor no acepta/aprueba/asume el resultado. Por consiguiente, existirá imprudencia consciente cuando el actor⁵³:

- 1) conoce la probabilidad de que sus acciones/omisiones puedan producir los elementos del tipo objetivo (conocimiento del riesgo), y
- 2) toma tal riesgo en la creencia de que su experiencia podrá impedir la realización de dicho riesgo (no aceptación del resultado).

Por el contrario, según Cassese, el dolo eventual de los sistemas romano-germánicos es el equivalente a la *recklessness* del *common law*, y se compone de dos elementos⁵⁴:

- 1) el conocimiento de que llevar a cabo la conducta conlleva un riesgo irracional e injustificable de producir consecuencias dañosas (el sujeto activo prevé la posibilidad de que su acción vaya a producir consecuencias prohibidas), y
- 2) a pesar de ello, decide continuar y asumir tal riesgo (voluntariamente toma el riesgo de actuar de tal manera).

Esta equiparación también ha sido empleada por la SCP II de la CPI y por algunas sentencias del TPIY; sin embargo, mientras que en tales casos el TPIY ha admitido el dolo eventual en el ámbito de los crímenes contra la

⁵² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 355, notas 437-438.

⁵³ *Idem.*; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 162. A lo que habría que añadir los supuestos en los que el actor toma tal riesgo y simplemente espera que éste no se produzca. En el mismo sentido, señala MIR PUIG, S., *Derecho*, *cit.*, p. 293, que en el contexto de la imprudencia consciente el autor confía en que su conducta no dará lugar al resultado lesivo, mientras que en los supuestos abarcados por el dolo eventual, no.

⁵⁴ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 66-69.

humanidad y crímenes de guerra⁵⁵, la SCP II no⁵⁶. El TPIY afirma que, en relación a la ECC III, el dolo eventual o *advertent recklessness* es suficiente⁵⁷, y define el dolo eventual como la situación en la que el sujeto activo lleva a cabo una conducta peligrosa para un determinado bien jurídico y “se reconcilia” o “hace las paces” con la probabilidad de que dicho peligro se materialice, adoptando el concepto de *recklessness*, pero sin llegar al de *negligence*⁵⁸ o *gross negligence*⁵⁹. Así, en la ECC III, se requiere más que la imprudencia: exige que, aunque el interviniente no tenga la intención de realizar el resultado, tenga el conocimiento de que las acciones del grupo probablemente conllevarán el resultado, a pesar de lo cual toma tal riesgo⁶⁰. En otras palabras, se requiere el dolo eventual o *advertent recklessness*⁶¹.

Al igual que Cassese, los tribunales *ad hoc* identifican el dolo eventual (el cual equiparan a la *recklessness*) con la combinación de los dos elementos que siguen:

- 1) el conocimiento del riesgo de producción de resultados dañosos como consecuencia de la conducta que se va a llevar a cabo; y
- 2) la decisión de seguir adelante y voluntariamente asumir tal riesgo.

⁵⁵ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párr. 220; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 587; *Prosecutor v. Stakić, Appeals Chamber Judgement* del 22.03.2006 (IT-97-24-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Stakić*), párr. 101; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 386; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 26, párr. 254; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 26, párr. 146.

⁵⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párrs. 358-363.

⁵⁷ Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 55, párr. 101.

⁵⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 386.

⁵⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 587.

⁶⁰ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párr. 220.

⁶¹ *Idem*.

Pese a las apariencias, lo cierto es que esta definición del dolo eventual no difiere de la establecida por la CPI en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*⁶², en tanto que sólo abarca los casos en los que, con conocimiento del riesgo de producción del resultado, el autor asume voluntariamente tal riesgo – dejando fuera los casos en los que éste no acepta el resultado, ya que cree que podrá impedir la realización del riesgo, es decir, dejando fuera los casos de imprudencia consciente –. El hecho de que el TPIY deje expresamente fuera del concepto de dolo eventual a la imprudencia⁶³ y la forma en la que el propio Cassese define la imprudencia consciente⁶⁴ constituyen dos razones que hablan a favor de la tesis que se acaba de defender.

Por consiguiente, lo único en lo que difieren las posturas de Cassese y del TPIY, por un lado, y de Fletcher y de la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, por otro, es la equiparación de la *recklessness* del *common law* con el dolo eventual (primera postura)⁶⁵ o con la imprudencia consciente (segunda postura), no obstante lo cual coinciden a

⁶² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 352.

⁶³ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párr. 220; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 587; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 55, párr. 101; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 386.

⁶⁴ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 70-73, define la imprudencia consciente (*advertent negligence*) como aquellos casos en los que una persona que incumple los estándares de cuidado de una persona razonable (i) conoce el riesgo de que sus acciones/omisiones puedan producir el resultado lesivo (conocimiento del riesgo), y (ii) toma tal riesgo en la creencia de que las consecuencias dañosas no se producirán gracias a su experiencia (no aceptación del riesgo).

⁶⁵ Cabe mencionar que en la Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 26, párr. 254, el TPIY identificó la *recklessness* con la imprudencia consciente (y no con el dolo eventual, como en el resto de decisiones del TPIY), pues se refirió a los casos en los que el autor conoce el riesgo de producción del resultado, pese a lo cual toma tal riesgo (sin asumirlo), en la creencia de que su experiencia podrá evitar la realización de dicho riesgo. Además, cabe subrayar que en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 642, se estableció expresamente la diferencia entre la *recklessness* y el dolo eventual.

la hora de definir los conceptos de dolo eventual e imprudencia consciente, respectivamente⁶⁶.

Además de la imprudencia consciente, está la **imprudencia inconsciente**⁶⁷, la cual concurre, en el plano subjetivo, cuando el sujeto activo⁶⁸:

- 1) no conoce el riesgo que es inherente a su conducta (no conocimiento del riesgo de que se produzca el delito) – y tampoco lo acepta conscientemente –, y
- 2) continúa con tal conducta, creando inconscientemente un riesgo objetivamente elevado que excede notablemente de lo que es socialmente aceptable (creación de un riesgo objetivamente elevado).

Si bien en numerosas ocasiones los tribunales internacionales han declarado la insuficiencia de la **imprudencia simple** en el ámbito de los crímenes internacionales⁶⁹, lo cierto es que no han dedicado apenas

⁶⁶ Por ello, el TPIV considera suficiente a la *recklessness* (en el sentido de dolo eventual), mientras que la SCP I de la CPI en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* no considera suficiente a la *recklessness* (entendida ésta como imprudencia consciente).

⁶⁷ Vid. ROXIN, K., *Derecho Penal., cit.*, pp. 1018-1021; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, p. 145.

⁶⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 164; MIR PUIG, S., *Derecho, cit.*, p. 293. En palabras de ROXIN, K., *Derecho Penal., cit.*, pp. 1018-1021, en la imprudencia inconsciente, el sujeto activo no advierte la realización de un tipo, a consecuencia de su falta de observancia del cuidado debido, mientras que en la imprudencia consciente, el sujeto activo considera posible que realice el tipo penal, pero no obstante actúa en la confianza de que no lo realizará. CASSESE, A., *International, cit.*, p. 70, se refiere a la imprudencia inconsciente como *inadvertent negligence*. En el *common law*, definen la *negligence* (equiparable a la imprudencia inconsciente) como el incumplimiento del estándar de cuidado que el sujeto activo debía haber cumplido o el hecho de no comportarse como una persona razonable en circunstancias en las que la ley requiere tal comportamiento. Vid. BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, p. 66; WILLIAMS, G., *Textbook, cit.*, p. 88.

⁶⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 386; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 587; Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párr. 220; Sentencia de primera instancia en el caso *Galić*, *supra* nota 29, párrs. 54-55; *Prosecutor v. Orić, Trial Chamber Judgement* del 30.06.2006 (IT-03-68-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*), párr. 348. La imprudencia simple es también rechazada en el marco de la Responsabilidad del Superior en los

esfuerzo en definir el concepto⁷⁰, salvo en el caso del estándar del “hubiere debido saber” (“*should have known*”) en los crímenes de guerra en los que se recluta a menores de 15 años⁷¹. De forma también bastante general Olásolo identifica la imprudencia simple con las situaciones en las que el sujeto activo⁷²:

- 1) incumple el deber de conducirse con la diligencia debida (incumplimiento del deber de diligencia debida), y
- 2) lleva a cabo una conducta que produce los elementos del tipo objetivo (producción de los elementos del tipo objetivo).

En este contexto, parece conveniente hacer referencia, junto a la distinción entre la imprudencia consciente e inconsciente, a la distinción entre lo que en el ámbito del Código Penal español se conoce como **imprudencia grave**

tribunales *ad hoc*, pues el estándar del “had reason to know” (que es más exigente que el “should have known”) exige más que la imprudencia simple: *Prosecutor v. Delalić et al., Appeals Chamber Judgement* del 20.02.2001 (IT-96-21-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Delalić et al.*), párr. 226; *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgement* del 29.07.2004 (IT-95-14-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*), párr. 62; *Prosecutor v. Galić, Appeals Chamber Judgement* del 30.11.2006 (IT-98-29-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Galić*), párr. 184.

⁷⁰ La Sentencia de primera instancia en el caso *Galić*, *supra* nota 29, párrs. 54-55, ha definido la imprudencia simple de un modo excesivamente abstracto al referirse a ella como la situación en la que una persona actúa sin tener su mente en la conducta o en sus consecuencias.

⁷¹ La Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 358-359, y la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 250-252, entienden el requisito del conocimiento de la edad de las víctimas de los crímenes de guerra de los arts. 8(2)(b)(xxvi) y 8(2)(e)(vii) ER como una excepción al tipo subjetivo previsto en el art. 30 ER, como una forma de imprudencia, y lo definen como la situación en la que el sujeto activo: (i) no sabía que las víctimas eran menores de 15 años a la hora de reclutarlas, alistarlas o utilizarlas para participar activamente en hostilidades, y (ii) desconocía tal información porque no actuó con la debida diligencia en las circunstancias del hecho (su desconocimiento se debe a la falta de cumplimiento del deber de actuar con la debida diligencia). Vemos que en estos casos no es necesario que el sujeto activo tuviera un conocimiento real de la circunstancia en cuestión, sino que es suficiente con un conocimiento constructivo. Por el contrario, la doctrina de la *wilful blindness* del *common law* exige que el sujeto activo tuviera la certeza virtual sobre la existencia de la circunstancia en cuestión, dado que, de aceptar un umbral menos exigente, desaparecería la diferencia entre la doctrina de la *wilful blindness* y la *recklessness*. Vid. BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 59-64 y 398-400.

⁷² OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 164.

o leve (anteriormente, imprudencia temeraria o simple), con base en la cual la gravedad de la infracción de la norma de cuidado constituye el elemento normativo a tener en cuenta⁷³. Así, mientras que la imprudencia grave es aplicable a los casos en los que se vulneran normas de cuidado elementales (no se actúa con la atención/diligencia de una persona media), concurre imprudencia leve cuando se infringen normas de cuidado no ya tan elementales, sino normas que sólo respetaría un ciudadano cuidadoso⁷⁴. En sentido similar, Roxin defiende la posibilidad de identificar formas más fuertes y más débiles dentro de la imprudencia, y por consiguiente, distingue la mera imprudencia simple de la temeridad – considera a esta última como una forma cualificada de imprudencia –⁷⁵. Por lo tanto, la distinción entre imprudencia consciente e inconsciente, por un lado, y la distinción entre imprudencia grave/temeraria (*gross negligence*) y leve/simple (*mere negligence*), por otra, responden a diferentes criterios de clasificación: la conciencia o no del peligro creado en el primer caso, y la gravedad de la infracción de la norma de cuidado en el segundo.

II.2.2. Identificación de la *mens rea* requerida por los tribunales *ad hoc*

En los primeros años, la jurisprudencia del TPIY y del TPIR osciló entre el concepto de dolo eventual de los sistemas romano-germánicos y el de *recklessness* (o imprudencia consciente) del *common law* a la hora

⁷³ MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 294-297. Explica este mismo autor que la imprudencia consciente no es siempre la más grave, ya que puede ser más grave no advertir un peligro muy elevado que el crear conscientemente un peligro pequeño.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 294-295.

⁷⁵ ROXIN, K., *Derecho Penal*, cit., pp. 1023-1029. No obstante, cree este autor que la definición del concepto de temeridad resulta poco clara, en tanto que ésta sólo dice que actúa temerariamente quien actúa de modo gravemente (o burdamente) imprudente. En todo caso, coincide con MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 294-297, en caracterizar a la temeridad como una imprudencia grave. En sentido similar, SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, pp. 111-112.

intentar definir la *mens rea* aplicable a la mayoría de los delitos previstos en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*⁷⁶. No obstante, con el paso del tiempo parece haberse inclinado a favor del estándar del “conocimiento de la probabilidad sustancial”⁷⁷. Dicho estándar exige⁷⁸:

- 1) el conocimiento de la probabilidad sustancial de que la conducta propia producirá los elementos objetivos del delito, y
- 2) la aceptación de ese riesgo, la cual se puede deducir de la decisión de continuar con la propia conducta a pesar de conocer las consecuencias ilícitas probables.

Pero ¿a cuál de los niveles de *mens rea* mencionados en el Subapartado anterior se refiere el estándar del “conocimiento de la probabilidad sustancial”? ¿Al dolo eventual o a la imprudencia consciente? Lo cierto es que los tribunales *ad hoc* no lo han identificado ni con uno ni con otro. Como se ha señalado, los tribunales internacionales se basan en el elemento volitivo (aunque lo deduzcan del elemento intelectual) para realizar la delimitación entre uno y otro nivel de *mens rea*; por consiguiente, aunque en ambos casos el actor conoce que su conducta puede generar un resultado específico, ambos supuestos se diferencian en que el que actúa con imprudencia consciente no persigue/acepta/assume la realización de los elementos objetivos del delito como resultado de su

⁷⁶ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 171.

⁷⁷ *Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber Judgement* del 08.10.2008 (IT-95-11-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Martić*), párrs. 222-223; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić, supra* nota 69, párrs. 41-42; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber Judgement* del 17.12.2004 (IT-95-14/2-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*), párrs. 29-32; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić, supra* nota 69, párr. 348; *Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber Judgement* del 31.01.2005 (IT-01-42-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*), párrs. 235-236; *Prosecutor v. Martić, Trial Chamber Judgement* del 12.06.2007 (IT-95-11-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Martić*), párrs. 58-60 y 65. OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 171; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 149.

⁷⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 171.

conducta, mientras que en el dolo eventual, sí (“se reconcilia” con tal idea)⁷⁹.

Así, la mayoría de las sentencias de los tribunales *ad hoc* que se ocupan del estándar del “conocimiento de la probabilidad sustancial”, a pesar de que no lo establezcan expresamente, parecen inclinarse a favor del dolo eventual, puesto que⁸⁰:

- 1) además del conocimiento de la probabilidad sustancial de que la conducta propia producirá los elementos del tipo objetivo,
- 2) exigen un acto volitivo, en el sentido de la aceptación del crimen.

En concreto, parecen decantarse por lo definido como primer escenario del dolo eventual en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, en tanto que requieren que⁸¹:

- 1) el conocimiento del riesgo de producir los elementos del tipo objetivo sea sustancial, y
- 2) el sujeto activo acepte el riesgo de producir los elementos del tipo objetivo.

Esta postura es confirmada por el hecho de que, al igual que la SCP I de la CPI en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*⁸², los tribunales *ad hoc* también consideran que la aceptación del riesgo de

⁷⁹ Vid. Subapartado II.2.1. de esta Parte.

⁸⁰ Sentencia de apelación en el caso *Martić*, *supra* nota 77, párrs. 222-223; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 69, párrs. 41-42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 77, párrs. 29-32; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 69, párr. 348. Pese a que la Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*, *supra* nota 77, párrs. 235-236, y la Sentencia de primera instancia en el caso *Martić*, *supra* nota 77, párrs. 58-60 y 65, no exijan expresamente el segundo requisito (la aceptación del crimen), citan sentencias en las que sí se exige tal requisito, de ahí que consideremos que también requieren la existencia del segundo requisito.

⁸¹ En el mismo sentido, OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 173-174 y 177.

⁸² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352-354; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 530 y 533; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1010-1012.

producir los elementos del tipo objetivo puede deducirse de la decisión de continuar con la propia conducta a pesar de conocer las consecuencias ilícitas probables⁸³. Además, ya se ha explicado que, al equiparar el dolo eventual con la *recklessness* del *common law*, el TPIY estaba pensando en un nivel de *mens rea* equiparable al dolo eventual (y no a la imprudencia consciente) en el sentido de lo establecido por la SCP I y SPI I de la CPI⁸⁴.

II.2.3. Identificación de la *mens rea* requerida por la CPI

El art. 30 ER es el que contiene una norma general relativa al tipo subjetivo (*subjektive Tatbestandsmerkmale*) de los crímenes previstos en el Estatuto, y requiere la combinación de “conocimiento” e “intención”⁸⁵. Es decir, el tipo subjetivo previsto en el art. 30 ER resulta de la combinación del elemento cognitivo (“conocimiento”) y del elemento volitivo (“intención”) del dolo⁸⁶. Pese a la literalidad del art. 30 ER, debido a los problemas que el empleo del término “intención” puede conllevar – por contar éste con otros significados, como el de dolo directo de primer grado⁸⁷ o el de elemento subjetivo del tipo de injusto⁸⁸ –, se considera más

⁸³ Sentencia de apelación en el caso *Martić*, *supra* nota 77, párr. 221; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 69, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 77, párrs. 29-32; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 69, párr. 348; Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*, *supra* nota 77, párrs. 235-236; Sentencia de primera instancia en el caso *Martić*, *supra* nota 77, párrs. 58-60 y 65.

⁸⁴ *Vid.* Subapartado II.2.1. de esta Parte II.

⁸⁵ En el presente trabajo, se empleará el concepto de “tipo subjetivo” en vez del de “elemento de intencionalidad” empleado por el art. 30 ER, por considerar que el último puede dar lugar a equívocos, mientras que el primero es más acorde con la doctrina penalista española. AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 384 y 388-389; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 382; GIL GIL A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 98; WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, pp. 36-37; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 149.

⁸⁶ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 388-389; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 266-269; GIL GIL A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 98; WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, p. 38.

⁸⁷ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, *cit.*, pp. 297-299; MIR PUIG, S., *Derecho*, *cit.*, p. 271.

⁸⁸ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, *cit.*, pp. 297-299; GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 6, 2000, pp. 103-105.

apropiado el término “voluntad” para aludir al elemento volitivo, de ahí que en el presente trabajo se emplee dicho término en referencia a lo que el art. 30 ER denomina “intención”⁸⁹.

El mismo artículo prevé la posibilidad de que en determinados casos el Estatuto exija un tipo subjetivo diferente, al emplear la expresión “salvo disposición en contrario”⁹⁰. Así, como se verá más adelante, el ER contiene exigencias subjetivas tanto más débiles – por ejemplo, en el marco de la Responsabilidad del Superior – como más intensas que la establecida en el art. 30 ER⁹¹.

Volviendo al tipo subjetivo previsto en el art. 30 ER, lo cierto es que las Salas de la CPI se encuentran divididas en torno a la suficiencia del dolo eventual para colmar el tipo subjetivo requerido por el art. 30 ER⁹². Si bien en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* la SCP I ha incluido los dos escenarios del dolo eventual en el art. 30 ER⁹³, las decisiones posteriores de la SCP I – así como la SPI I en la Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga* – sólo han admitido el primer

⁸⁹ Lleva razón AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 386-389, cuando critica la traducción alemana del art. 30 ER por mencionar dos veces el elemento cognitivo del dolo, en tanto que ésta señala que los elementos del tipo objetivo deben ser realizado “*vorsätzlich*” (dolosamente) y “*wissentlich*” (a sabiendas). En su lugar, debería hablar de “*Wollen*” (voluntad) y “*Wissen*” (conocimiento). Como bien explica el mismo, dicha confusión se debe a la ambivalencia del término en inglés “*intent*”, el cual se emplea como “doloso”, “con voluntad”, e incluso como “intención ulterior”. Pese a ello, según AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 388-389, no cabe duda de que el art. 30 ER exige el componente volitivo (voluntad) y el cognitivo (conocimiento) como requisitos del dolo.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 388-389; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 291; CASSESE, A., *International*, cit., pp. 73-74; WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, cit., p. 40.

⁹¹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 389; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 291; WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, cit., pp. 47-49. De manera distinta a lo establecido por el TPIV, la CPI ha interpretado los términos “voluntariamente” (*wilfully*) e “intencionalmente” (*intentionally*), en el contexto de los crímenes de guerra, de tal forma que requerirían el dolo directo de primer grado. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 271-274; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, *Decision on the confirmation of the charges* del 08.02.2010 (ICC-02/05-02/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*), párr. 93.

⁹² OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 141-148.

⁹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352-254.

escenario del dolo eventual (refiriéndose a ella como dolo directo de segundo grado, por lo que aquí se empleará el término “dolo directo de segundo grado *lato sensu*”) ⁹⁴, mientras que la SCP II no admite ninguno de los dos escenarios del dolo eventual como parte integrante del art. 30 ER (sólo el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado *stricto sensu*) ⁹⁵.

1) Empezaremos por la primera de las tres posturas de la CPI que se acaban de mencionar, la de la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* ⁹⁶. De acuerdo con lo establecido por la SCP I en tal Decisión, el art. 30 ER incluye los siguientes niveles de *mens rea*:

- Dolo directo de primer grado ⁹⁷: el sujeto activo

1) **sabe que** sus acciones/omisiones **producirán** los elementos del tipo objetivo, y

2) tiene la **voluntad concreta** de realizar los elementos del tipo objetivo.

- Dolo directo de segundo grado ⁹⁸:

1) **sin tener la voluntad concreta** de producir los elementos del tipo objetivo,

⁹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 529-531; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of the charges* del 16.12.2011 (ICC-01/04-01/10) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*), párr. 271; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1010-1012.

⁹⁵ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 34, párr. 40; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 34, párr. 36. La SCP I ha seguido esta interpretación en un único caso: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 34, párr. 156.

⁹⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 351-355.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 351.

⁹⁸ *Ibid.*, párr. 352.

2) el sujeto activo **sabe que** los elementos del tipo objetivo serán **consecuencia necesaria** de sus acciones/omisiones.

- Primer escenario del dolo eventual⁹⁹: el sujeto activo

1) tiene conocimiento del **riesgo sustancial** de producir los elementos del tipo objetivo (probabilidad sustancial de que “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”), y

2) acepta tal idea, en cuyo caso la **aceptación puede inferirse** de su conocimiento de la probabilidad sustancial y de su decisión, pese a tal conocimiento, de llevar a cabo tales acciones/omisiones.

- Segundo escenario del dolo eventual¹⁰⁰: el sujeto activo

1) tiene conocimiento del **riesgo bajo** de producir los elementos del tipo objetivo, y

2) **clara o expresa aceptación** de tal idea.

2) Por su parte, las decisiones posteriores de la SCP I – Decisiones de confirmación de cargos en los casos *Katanga* y *Mbarushimana* –, así como la SPI I en la Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga* (segunda postura), sólo han admitido el primer escenario del dolo eventual, y ni siquiera lo han hecho de forma expresa (se refieren a tal concepto como dolo directo de segundo grado). En efecto, estas decisiones dicen establecer el mínimo en el dolo directo de segundo grado, y en lo referente al dolo eventual, la Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga* lo

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 353. En cuanto a la definición del dolo eventual en general, *ibid.*, párr. 352: el sujeto activo (i) es consciente del riesgo de que se produzcan los elementos del tipo objetivo como consecuencia de sus acciones/omisiones, y (ii) acepta tal resultado (lo asume o consiente).

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 354.

excluye formalmente del ámbito de aplicación del art. 30 ER, mientras que la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* no considera pertinente pronunciarse sobre ello¹⁰¹.

Sin embargo, vemos que, al definir el dolo directo de segundo grado, en realidad incluyen en tal definición el primer escenario del dolo eventual de la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*¹⁰² – de ahí que aquí se denomine a este concepto “dolo directo de segundo grado *lato sensu*” –, puesto que se exige que¹⁰³:

- 1) sin tener la voluntad concreta de producir los elementos del tipo objetivo,
- 2) el sujeto activo tenga el conocimiento de que el resultado de su conducta tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos.

Como se puede observar, este último elemento coincide con el del “conocimiento de la probabilidad sustancial de que ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos” del primer escenario del dolo eventual¹⁰⁴. Además, al definir el dolo directo de segundo grado, la SPI emplea términos como “posibilidad”, “probabilidad”, “peligro” y “riesgo” – a lo que añade que no es suficiente con el conocimiento de un riesgo bajo, de ahí que quede excluido el segundo escenario del dolo eventual – y, como señala Olásolo, estos términos son característicos del dolo eventual, por

¹⁰¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 530-531; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1011-1012.

¹⁰² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 142-144 y 146-148; OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation”, *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 332. No tiene en cuenta esta precisión, AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 277.

¹⁰³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 530 y 533; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párr. 1012.

¹⁰⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 353.

contraposición a la “certeza virtual” exigida por el dolo directo de segundo grado¹⁰⁵.

Así, en los mencionados casos, la SCP I y la SPI I definen de la manera que sigue el contenido del art. 30 ER:

- Dolo directo de primer grado¹⁰⁶: el sujeto activo
 - 1) **sabe que** sus acciones/omisiones **producirán** los elementos del tipo objetivo, y
 - 2) tiene la **voluntad concreta** de realizar los elementos del tipo objetivo.
- Dolo directo de segundo grado (*stricto sensu*)¹⁰⁷:
 - 1) **sin tener la voluntad concreta** de producir los elementos del tipo objetivo,
 - 2) el sujeto activo **sabe que** los elementos del tipo objetivo serán **consecuencia necesaria** de sus acciones/omisiones.
- Dolo directo de segundo grado (*lato sensu*) – equivalente al primer escenario del dolo eventual de la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* –¹⁰⁸: el sujeto activo

¹⁰⁵ Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párr. 1012. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 147-148.

¹⁰⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párr. 529; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párr. 1009. Coincide con la definición de dolo directo de primer grado de la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 351.

¹⁰⁷ Si bien estas decisiones no definen expresamente el dolo directo de segundo grado *stricto sensu*, no cabe duda de que éste está incluido en la definición del dolo directo de segundo grado *lato sensu*.

¹⁰⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párrs. 530 y 533; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 353;

- 1) tiene conocimiento del **riesgo sustancial** de producir los elementos del tipo objetivo (probabilidad sustancial de que “ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos”), y
- 2) acepta tal idea, en cuyo caso la **aceptación puede inferirse** de su conocimiento de la probabilidad sustancial y de su decisión, pese a tal conocimiento, de llevar a cabo tales acciones/omisiones.

3) En lo que a la SCP II de la CPI se refiere, ésta no admite ninguno de los dos escenarios del dolo eventual como parte integrante del art. 30 ER (tercera postura)¹⁰⁹. Al referirse al dolo directo de segundo grado, lo define de manera estricta – en el sentido de lo establecido por la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*¹¹⁰ –, puesto que exige el conocimiento por parte del sujeto activo de que el resultado sea una consecuencia necesaria o inevitable de su conducta (aunque no tenga la voluntad concreta de provocar el resultado), y define este estándar como el de la “certeza virtual” de que ocurrirá el resultado, excluyendo

Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1010-1012. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 141-148. Es cierto que dichas resoluciones no mencionan expresamente el requisito de la “aceptación del riesgo”, pero no cabe duda de ello, puesto que configuran este nivel de *mens rea* como dolo directo de segundo grado. Aunque no expresamente, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 94, párr. 271, también incluye el dolo eventual en el art. 30 ER, en tanto que establece, en el ámbito de la coautoría y del art. 25(3)(d) ER, que no es necesario que el propósito común vaya directamente dirigido a la comisión de un delito, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad.

¹⁰⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párrs. 358-363; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 34, párr. 40; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 34, párr. 36. La SCP I ha seguido esta interpretación en un único caso: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 34, párr. 156. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 144-146; GIL GIL A., “*Mens Rea*”, *cit.*, pp. 86 y 100, nota 73; GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, p. 124.

¹¹⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 352.

expresamente la mera posibilidad o probabilidad (indicativa del dolo eventual)¹¹¹.

Por consiguiente, la SCP II incluye sólo los siguientes niveles de *mens rea* en el art. 30 ER:

- Dolo directo de primer grado¹¹²: el sujeto activo

1) **sabe que** sus acciones/omisiones **producirán** los elementos del tipo objetivo, y

2) tiene la **voluntad concreta** de realizar los elementos del tipo objetivo.

- Dolo directo de segundo grado *stricto sensu*¹¹³:

1) **sin tener la voluntad concreta** de producir los elementos del tipo objetivo¹¹⁴,

¹¹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párrs. 359-363. La SCP I, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 34, párr. 156, hizo expresa referencia al estándar de la "certeza virtual", excluyendo el dolo eventual del ámbito del art. 30 ER y apartándose así de la línea jurisprudencial de la SCP I. No obstante, en su posterior Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 94, párr. 271, volvió a incluir (implícitamente) el dolo eventual en el art. 30 ER, en tanto que estableció, en el ámbito de la coautoría y del art. 25(3)(d) ER, que no es necesario que el propósito común vaya directamente dirigido a la comisión de un delito, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad.

¹¹² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 358, coincide con la definición de dolo directo de primer grado de la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 351; de la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párr. 529; y de la Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párr. 1009.

¹¹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párrs. 359 y 362; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 34, párr. 40; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 34, párr. 36; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 34, párr. 156. Coincide con la definición de dolo directo de segundo grado de la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 352.

¹¹⁴ Si bien la SCP II de la CPI no lo menciona expresamente, entendemos que aunque no sea necesario que tenga la voluntad concreta de producir los elementos del tipo objetivo, seguirá siendo indispensable que el sujeto activo acepte el riesgo de producción de los

- 2) el sujeto activo **sabe que** los elementos del tipo objetivo serán **consecuencia necesaria** de sus acciones/omisiones (estándar de la “certeza virtual”).

Pese a estas acusadas diferencias entre las distintas Salas de la CPI, parece existir consenso en cuanto a la exclusión de la imprudencia consciente, de la imprudencia inconsciente y de la imprudencia simple del ámbito del art. 30 ER. No obstante, es preciso recordar que la SCP II y la SCP I no se basan en el mismo concepto de imprudencia consciente. La SCP II – al igual que el TPIY en relación a la ECC III¹¹⁵ – equipara la *recklessness* (imprudencia consciente del *common law*) al dolo eventual, y define este estándar como la combinación de¹¹⁶:

- 1) el conocimiento del riesgo de producción de resultados dañosos como consecuencia de la conducta que se va a llevar a cabo, y
- 2) la decisión de seguir adelante y voluntariamente asumir tal riesgo.

Como ya se ha mencionado, este estándar establecido por la SCP II coincide con la definición del dolo eventual de la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*¹¹⁷, pues abarca los casos en los que, con conocimiento del riesgo de producción del resultado, el autor asume voluntariamente tal riesgo – excluyendo los casos en los que éste no

elementos del tipo objetivo; puesto que incluso en el ámbito del dolo eventual (al igual que en el resto de modalidades del dolo) la teoría de la probabilidad asume que para que haya dolo debe darse la aceptación del resultado: la alta probabilidad de producción del resultado no es sino una herramienta para saber si concurre su aceptación y, por ende, el dolo.

¹¹⁵ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 3, párr. 220; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 29, párr. 587; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 55, párr. 101; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 386; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 26, párr. 254; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 26, párr. 146.

¹¹⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 363 y nota 454.

¹¹⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párrs. 352.

acepta el resultado, en la creencia de que podrá evitarlo –. Sin embargo, mientras que la SCP II no considera suficiente este estándar, la SCP I de la CPI y el TPIY, sí.

Por el contrario, cuando la SCP I de la CPI excluye a la imprudencia consciente del ámbito del art. 30 ER, se está refiriendo a las situaciones en las que el actor¹¹⁸:

- 1) conoce la probabilidad de que sus acciones/omisiones puedan producir los elementos del tipo objetivo (conocimiento del riesgo), y
- 2) toma tal riesgo en la creencia de que su experiencia podrá evitar la traducción de dicho riesgo en resultado (no aceptación del resultado).

Al igual que en los casos de dolo eventual, el actor que actúa con imprudencia consciente conoce que su conducta puede generar un resultado específico, pero, a diferencia de los casos de dolo eventual, no acepta (asume) la causación de los elementos del tipo objetivo como resultado de sus acciones/omisiones; y la SCP I y la SPI I de la CPI se basan en esta diferencia para incluir el dolo eventual en el art. 30 ER, en contraposición a la exclusión de la imprudencia consciente. En cualquier caso, como ya se ha adelantado, ninguna de las Salas de la CPI acepta que la imprudencia inconsciente o la imprudencia simple estén incluidas en el art. 30 ER¹¹⁹.

¹¹⁸ *Ibid.*, párr. 355, notas 437-438. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 16.

¹¹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 11, párr. 355; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 360; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 6, párrs. 1011-1012.

II.2.4. El mínimo exigido en relación a la *mens rea* de los crímenes internacionales: ¿dolo directo de segundo grado o dolo eventual?

Argumenta la SCP II de la CPI que, de haber querido incluir el dolo eventual en el art. 30 ER, se habría hecho uso de expresiones como “puede ocurrir” o “podría ocurrir” en el curso normal de los acontecimientos, en lugar de “se producirá” en el curso normal de los acontecimientos¹²⁰. De ahí que defiende que el estándar de la “certeza virtual” (dolo directo de segundo grado *stricto sensu*) constituye el mínimo en relación al tipo subjetivo de los crímenes previstos en el Estatuto.

Con base en el mismo argumento – y en una incorrecta equiparación entre el dolo eventual y la *recklessness* – defienden Ohlin, Werle y Jessberger que el art. 30 ER no abarca el dolo eventual¹²¹. No obstante, Werle y Jessberger son conscientes de que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y la de los tribunales penales estatales consideran suficiente el estándar del dolo eventual en lo que al tipo subjetivo del crimen se refiere¹²². Por ello, proponen entender que la fórmula “salvo disposición en contrario” posibilita la aplicación de estándares subjetivos distintos previstos no sólo en las definiciones de los crímenes empleadas por el Estatuto, sino también en los Elementos de los Crímenes o en la costumbre internacional¹²³, y entender que el dolo eventual está incluido en la expresión “salvo disposición en contrario” por vía de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la cual es parte de la costumbre internacional y considera suficiente el estándar del dolo eventual¹²⁴. Además de que resulta cuestionable que la costumbre internacional tenga cabida en el ER

¹²⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párrs. 360-362.

¹²¹ WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, pp. 41-42 y 53. OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman”, *cit.*, pp. 331-333, propone reforzar los requisitos del tipo subjetivo, a costa de relajar los del tipo objetivo, ya que defiende un concepto subjetivo de autor.

¹²² WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, pp. 41-42 y 51-52.

¹²³ *Ibid.*, pp. 43-46.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 53-54.

por medio de la previsión “salvo disposición en contrario”, como se explicará en las líneas que siguen, no se considera necesario acudir a dicha previsión para poder incluir el dolo eventual – no así la *recklessness*, como proponen Werle y Jessberger – en el ámbito del art. 30 ER.

Gil Gil se muestra partidaria de la inclusión del dolo eventual en el ámbito del art. 30 ER y, para defender su postura, parte de la distinción entre “se propone incurrir” referido a la conducta (art. 30(2)(a) ER) y “es consciente de que se producirá” con respecto a la consecuencia (art. 30(2)(b) ER)¹²⁵. Así, señala que el apartado (2)(a) del art. 30 ER – el relativo a la conducta – no hace referencia a una clase de dolo, sino que contiene un elemento presente en todas las clases de dolo: la voluntad incondicionada de actuar o la decisión de actuar¹²⁶. Ello exige que el autor haya decidido (“se propone”) llevar a cabo la conducta que puede subsumirse en los tipos penales contenidos en el Estatuto¹²⁷. Por el contrario, en relación a las consecuencias de la conducta de dicha persona – apartado (2)(b) del art. 30 ER –, es suficiente con que tales consecuencias sean deseadas (dolo directo) pero también con que los autores sean conscientes de que tales consecuencias se producirán en el curso normal de los acontecimientos (algunos casos de dolo eventual)¹²⁸.

¹²⁵ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, pp. 86 y 104-108; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, pp. 521 y 550-55.

¹²⁶ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, pp. 106-107. El tenor literal del apartado 2(a) es el siguiente: “En relación con una conducta, se propone incurrir en ella”.

¹²⁷ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 107.

¹²⁸ *Idem*. Dice así el apartado 2(b): “En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos”.

A lo que añade, en referencia al art. 25 (3)(d) ER¹²⁹, que la previsión de dos niveles subjetivos permite incluir:

- 1) a aquellos que contribuyen al plan con dolo directo de que su conducta contribuirá causalmente a la consecución del resultado criminal, y
- 2) a aquellos otros que, sin tener tal dolo directo con respecto al resultado, son conscientes de que el resto de personas involucradas en la comisión del crimen tienen la voluntad incondicionada de actuar en relación al resto de conductas que, junto con su contribución causal, pueden llevar al resultado criminal¹³⁰.

Tras lo cual, concluye que, si tal posibilidad se prevé para una forma residual de participación en el crimen, el mismo principio debe ser aplicado a los coautores del art. 25(3)(a) ER¹³¹.

También Olásolo se muestra partidario de incluir el dolo eventual en el art. 30 ER. Lleva razón cuando afirma que una interpretación tan restrictiva del contenido del art. 30(2) ER no se corresponde con ninguno de los criterios de interpretación recogidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³². En efecto, la interpretación literal de la expresión “se producirá en el curso normal de los acontecimientos” se acomoda mejor a un escenario de probabilidad sustancial (en el sentido del dolo eventual) –

¹²⁹ Art. 25(3)(d) ER: “Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

¹³⁰ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, cit., p. 108. La misma autora defiende que lo único que se excluye del ámbito del art. 25(3)(d) ER es que sea suficiente prever como probable el exceso del co-interviniente en relación a lo que se ha acordado.

¹³¹ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, cit., p. 108.

¹³² OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 158-160. CASSESE, A., *International*, cit., pp. 73-74, también se muestra a favor de incluir el dolo eventual en el ámbito del art. 30 ER.

en el que la aceptación del resultado prohibido se deduce del hecho de seguir con la propia conducta a pesar de ser consciente de la alta probabilidad de que la misma genere dicho resultado – que a uno de inevitabilidad o certeza virtual (en el sentido del dolo directo de segundo grado *stricto sensu*)¹³³.

En el mismo sentido, señala Vogel que el art. 30 ER define la voluntad y el conocimiento bajo una clara influencia del *common law*, pero de tal manera que abarca el dolo eventual en el sentido del derecho germánico¹³⁴.

Tampoco una interpretación sistemática del art. 30(2) a la luz de los arts. 25 y 28 ER apoya su restricción al dolo directo de primer grado o de segundo grado (*stricto sensu*)¹³⁵. Así, la exclusión del dolo eventual del ámbito del art. 30 ER da lugar a contradicciones, como la que puede observarse en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*¹³⁶:

- por un lado, la existencia de motivos sustanciales para creer que fue consciente de la comisión de los delitos imputados (en relación a la responsabilidad con base en el art. 28 ER), y
- por otro, la inexistencia de motivos sustanciales para creer que fuera consciente de que su conducta provocaría de manera prácticamente inevitable que los delitos imputados fueran

¹³³ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 158-160. Además, en casos de especial gravedad, algunos tribunales del *common law* entienden la *intention* como si abarcara también los casos en los que el autor conoce la (alta) probabilidad de que la consecuencia tenga lugar – sin necesidad de que éste la acepte –, por lo que, en tales supuestos, la *intention* exigiría un umbral menos exigente incluso que el dolo eventual, ya que no requiere la aceptación del riesgo.

¹³⁴ VOGEL, J., "Vor § 15" en H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING VAN SAAN y K. TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Vol. 1, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2007, p. 988, margen 95. BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 33-50 y 423-425, también defiende la inclusión del dolo eventual en el ámbito del art. 30 ER, así como su distinción respecto a la *recklessness* del *common law*.

¹³⁵ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 158-160.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 155.

cometidos en el curso ordinario de los acontecimientos (en cuanto a la responsabilidad basada en el art. 25(3)(a) alt. 2 ER).

Además, al excluir toda clase de dolo eventual del ámbito del art. 30 ER, la SCP II de la CPI se aleja de lo establecido por la jurisprudencia de una gran mayoría de Estados¹³⁷ y del criterio del “conocimiento de la probabilidad sustancial” establecido por los tribunales *ad hoc*, que, como es sabido, coincide con el estándar subjetivo requerido por la SCP I de la CPI en relación al primer escenario del dolo eventual, compuesto por los siguientes elementos¹³⁸:

- 1) conocimiento de la probabilidad sustancial de que el resultado “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”; y
- 2) aceptación del riesgo de producción de los elementos del tipo objetivo, que puede deducirse del hecho de seguir con la propia conducta a pesar de ser consciente de la alta probabilidad de que la misma genere el resultado.

Vemos que, a la hora de definir este estándar, se tienen en cuenta los dos elementos del dolo para distinguir el dolo eventual de la imprudencia consciente:

- 1) el elemento intelectual (grado de probabilidad advertido por el autor de realización del peligro), y
- 2) el elemento volitivo (aceptación o no por parte del sujeto activo del resultado).

¹³⁷ WERLE, G., JESSBERGER, F., ““Unless Otherwise”, *cit.*, pp. 41-42 y 51-52.

¹³⁸ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 160. En un sentido similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho Penal Internacional?” en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 466, quien defiende que existe dolo eventual (y que es suficiente en DPI) en los casos en los que el sujeto advierte la elevada probabilidad de que se cometan los crímenes en cuestión y aun así actúa.

A pesar de que en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* la SCP I se basó principalmente en el elemento volitivo (siempre que el actor aceptara o asumiera el resultado, la SCP I consideró suficiente que el autor advirtiera un riesgo bajo de producción de los elementos del tipo objetivo), consideramos apropiado que posteriormente haya exigido también el cumplimiento del requisito de la probabilidad sustancial (elemento intelectual), excluyendo del ámbito del art. 30 ER las situaciones en las que el autor advierte sólo un riesgo bajo, y equiparando así su jurisprudencia a la de los tribunales *ad hoc*¹³⁹. Si bien es cierto que en el caso del dolo eventual el elemento volitivo del dolo puede deducirse de indicios objetivos (como la “posibilidad concreta” de producción del resultado), no se puede anular dicho elemento volitivo, ya que, como afirma Roxin, las concepciones puramente objetivistas, que se limitan a un saber, padecen de un esquematismo rígido¹⁴⁰. Por ello, van demasiado lejos los partidarios de incluir la imprudencia consciente o la *recklessness* en el ámbito del artículo 30 ER¹⁴¹.

¹³⁹ Si bien, AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 398-399, había defendido la exclusión del dolo eventual y de la *recklessness* del ámbito del art. 30 ER, afirma que la interpretación literal de dicho artículo apoya la inclusión del dolo eventual y que existen otras nociones más cognitivas del dolo eventual – distintas de la empleada por la SCP II en el caso *Bemba* –, las cuales exigen conciencia o seguridad en relación con una consecuencia, que podrían estar incluidas en el art. 30 ER. *Vid.* AMBOS, K., “Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso *Bemba*”, *Revista Penal*, Núm. 25, 2010, p. 15.

¹⁴⁰ ROXIN, K., *Derecho Penal., cit.*, pp. 424-453; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, p. 144.

¹⁴¹ También en contra de la inclusión de la mera previsibilidad en el ER (pero partidaria de incluir el dolo eventual), GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 466. Son partidarios de tal inclusión: CASSESE, A., “The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections”, *EJIL*, Vol. 10, Núm. 1, 1999, pp. 153-154; TRIFFTERER, O., “The New International Criminal Law – Its General Principles Establishing Individual Criminal Responsibility” en K. KOUFA (ed.), *The New International Criminal Law*, Sakkoulas Publications, Atenas, 2003, p. 706, también defiende la inclusión del dolo eventual y de la *recklessness* en el ámbito del art. 30 ER. En el ámbito del Derecho Penal en general, van demasiado lejos las posturas como la defendida por WEIGEND, T., “Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit”, *ZStW*, Vol. 93, Núm. 2, 1981, pp. 657-700, a favor de la equiparación del dolo eventual y la imprudencia consciente bajo una categoría similar a la *recklessness* angloamericana, puesto que, como afirma ROXIN, K., *Derecho Penal., cit.*, pp. 424-453, ello comportaría una igualación de la diferencia cualitativa que existe entre la decisión en contra del bien jurídico protegido y la confianza negligente en su conservación.

Desde el punto de vista del requisito del plan común de la coautoría, resulta sumamente importante la decisión acerca de la inclusión o exclusión del dolo eventual del ámbito del art. 30 ER, en tanto que su inclusión significa que es suficiente con que el plan común contenga un "elemento de criminalidad"¹⁴². Lo que se traduce en que, como se verá más adelante, no sería necesario que el plan común estuviera dirigido a la comisión de delitos (dolo directo de primer grado), ni tampoco que la comisión de delitos fuera una consecuencia prácticamente inevitable de la ejecución del plan (dolo directo de segundo grado *stricto sensu*), sino que sería suficiente con que la comisión de los delitos fuera un resultado probable (en el sentido de un riesgo sustancial advertido por el autor) de la ejecución del plan común y existiera la aceptación mutua de la comisión de los delitos por parte de los intervinientes en él (primer escenario del dolo eventual)¹⁴³.

Y todo ello sin olvidar que el ER contiene los delitos que más gravemente afectan a la comunidad internacional en su conjunto, por lo que la exigencia del dolo directo de primer grado o de segundo grado (*stricto sensu*) resulta excesiva y poco afortunada desde el punto de vista de la política criminal¹⁴⁴.

II.3. *Dolus specialis*. Especial consideración del crimen de genocidio

Como han explicado la SCP I y la SCP II, ciertos delitos previstos en el ER, como el genocidio, la tortura, la persecución o el saqueo, exigen, además del dolo genérico (voluntad y conocimiento) requerido por el art.

¹⁴² OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 156-158.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 161.

30 ER, un determinado *dolus specialis*¹⁴⁵. Por ejemplo, en el genocidio, la exigencia de dolo (genérico) respecto de las acciones típicas individuales de genocidio se distingue del *dolus specialis* consistente en la intención de destrucción¹⁴⁶. Resulta ilustrativo el ejemplo que ofrece Ambos para explicar tal diferencia: es posible que el autor, aunque actúe con la intención de destrucción de un grupo determinado, *in concreto* cause la muerte de determinados miembros del grupo por imprudencia, porque su voluntad estaba encaminada a realizar otra acción típica (por ejemplo, una lesión)¹⁴⁷.

Los tribunales internacionales han contribuido a crear cierta confusión al emplear el término “intención específica” (*specific intent*) para referirse al *dolus specialis* que requieren determinados crímenes¹⁴⁸. Así, el TPIR en el caso *Akayesu* – también el TPIY en varios de sus primeros casos – erró al definir la intención genocida como un dolo directo de primer grado en lugar de como *dolus specialis*¹⁴⁹. En efecto, el término “intención

¹⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 33, párr. 527; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 2, párr. 139; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 94, párr. 169; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 34, párrs. 118 y 121; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 354; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 1, párrs. 140-142. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 167-168; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 289-302.

¹⁴⁶ En lo que se refiere al dolo genérico, SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law, cit.*, p. 88, defienden que donde se exige una intención ulterior (elemento subjetivo especial), la *recklessness* no es suficiente para colmar el elemento subjetivo general del crimen. En el mismo sentido, pero en relación al derecho continental, *vid.* BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 144-145.

¹⁴⁷ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 424.

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber Judgement* del 02.09.1998 (ICTR-96-4-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*), párrs. 122, 497-498, 518 y 523; *Prosecutor v. Jelisić, Appeals Chamber Judgement* del 05.07.2001 (IT-95-10-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Jelisić*), párr. 45; *Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber Judgement* del 19.04.2004 (IT-98-33-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krstić*), párrs. 20, 61, 95, 140-143; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 6, párr. 354. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 167-168.

¹⁴⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 148, párrs. 122, 497-498, 518 y 523; Sentencia de apelación en el caso *Jelisić*, *supra* nota 148, párr. 45; Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 148, párrs. 20, 61, 95, 140-143. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 168.

específica" (*specific intent*) del *common law* se refiere al dolo directo de primer grado, mientras que la expresión "propósito específico" (*specific purpose*) es el equivalente al *dolus specialis*¹⁵⁰. Por consiguiente, resulta útil la propuesta de Smith y Hogan de emplear la expresión "intención ulterior" (*ulterior intent*) para referirse al *dolus specialis* – frente a la "intención específica" (*specific intent*) como dolo directo de primer grado –¹⁵¹.

Una vez realizada la aclaración terminológica, conviene señalar qué papel cumple el *dolus specialis* requerido por algunos crímenes en el tipo penal. En los tipos dolosos, la parte subjetiva del tipo está compuesta por el dolo (voluntad y conocimiento) y, en su caso, por los denominados "elementos subjetivos del injusto"¹⁵². Puede realizarse la siguiente clasificación de los elementos subjetivos del injusto:

- 1) aquellos constituidos por una "tendencia interna trascendente", es decir, por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico¹⁵³; y
- 2) aquellos otros representados por una "tendencia interna intensificada", en los que no se persigue un resultado ulterior al

¹⁵⁰ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 168. Como explica AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 387-388, el mismo término *intent* resulta confuso debido a su ambivalencia como "dolo" o como "intención". Así, señala este autor que aunque se ha propuesto emplear *intent* para el dolo e *intention* para la intención, tal propuesta no ha logrado imponerse, por lo que persiste la confusión en torno a este tema.

¹⁵¹ SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law, cit.*, pp. 87-88; OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 168. Por su parte, hay quien como CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 65-66, emplea el término "intención especial" (*special intent*) para referirse al objetivo concreto que persigue el autor más allá del resultado de su conducta.

¹⁵² MIR PUIG, S., *Derecho, cit.*, pp. 286-288; ROXIN, K., *Derecho Penal, cit.*, pp. 307-318. Frente a la dificultad de delimitar los elementos subjetivos del injusto de los elementos subjetivos de la culpabilidad, Roxin propone emplear el tipo delictivo como criterio rector para tal delimitación, en el sentido de que los elementos subjetivos del injusto perfilan los elementos esenciales del tipo delictivo. Sobre la dificultad para discernir las dos clases mencionadas, también GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 233-235; GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 104-111.

¹⁵³ En tanto que adelantan barreras de protección anticipando el momento de la consumación, son también tipos de consumación anticipada. Vid. GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 238-240, nota 128.

previsto en el tipo, sino que el sujeto confiere a la misma acción típica un determinado sentido subjetivo¹⁵⁴.

A su vez, los elementos del primer grupo dan lugar a:

- 1) delitos de resultado cortado – en los que la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a un resultado independiente de él – o
- 2) mutilados de dos o varios actos – donde la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto –¹⁵⁵.

Por su parte, los elementos del segundo grupo conllevan la existencia de delitos de tendencia interna intensificada, en los que el autor no busca algo que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico¹⁵⁶. Los delitos pertenecientes a las tres clases que se acaban de mencionar son todos tipos penales incongruentes por exceso subjetivo¹⁵⁷.

¹⁵⁴ MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 286-288. JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., pp. 319-320, denomina a los delitos del primer grupo "delitos de intención", mientras que se refiere a los del segundo grupo como "delitos de tendencia". En sentido similar, GIL GIL, A., *Derecho Penal*, cit., p. 233, nota 128, propone dividir los elementos subjetivos del injusto en (i) tendencias internas trascendentes que definen la dirección de la voluntad hacia la lesión del bien jurídico; y (ii) elementos subjetivos que concretan la conducta punible de entre aquellas que serían subsumibles en el tipo objetivo. Vid. GIL GIL, A., "El concepto de intención", cit., pp. 104-111.

¹⁵⁵ MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 236-237 y 286-288; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 319.

¹⁵⁶ MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 236-237 y 286-288.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 236-237.

II.3.1. *Dolus specialis* en el genocidio: intención de destrucción

La intención de destrucción requerida por el genocidio es un elemento subjetivo del tipo de injusto (adicional al dolo)¹⁵⁸, y su tipo penal es incongruente por exceso subjetivo. Si bien está claro que el genocidio constituye un delito de tendencia interna trascendente¹⁵⁹, surgen dudas en torno a su caracterización como delito de resultado cortado o delito mutilado de dos o varios actos. De acuerdo con la definición que Mir Puig y Jescheck dan de los delitos mutilados de dos o varios actos, en la que la intención del autor al ejecutar la acción típica debe estar dirigida a realizar otra actividad posterior *del mismo sujeto*¹⁶⁰, habría que incluir al genocidio entre los delitos de resultado cortado. Ello es así porque la consecución del resultado (la destrucción, total o parcial, del grupo protegido en cuestión) requeriría la actividad posterior *de otros sujetos* – es inconcebible que un solo sujeto, por muchos actos posteriores que realice, pueda destruir en solitario un grupo protegido –.

No obstante, Gil Gil sólo califica a una de las modalidades de genocidio, la de “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia”, como delito de resultado cortado, mientras que considera al resto de modalidades típicas como delitos mutilados de dos o varios actos¹⁶¹. Ello se debe a que parte de un criterio distinto para discernir los delitos mutilados de dos o varios actos de los delitos de resultado cortado: el criterio de la

¹⁵⁸ GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 178-179; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 292; AMBOS, K., BÖHM, M.L., “¿Qué significa”, *cit.*, pp. 47-48; OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 136; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 289-302. Como señala AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 416, el requisito de la intención de destrucción del genocidio constituye un elemento subjetivo del tipo que se suma al dolo genérico, y no un elemento de la culpabilidad.

¹⁵⁹ GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 238-240; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 292; AMBOS, K., BÖHM, M.L., “¿Qué significa”, *cit.*, p. 48; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 416-417. El genocidio es también un delito de consumación anticipada, ya que se trata del mismo fenómeno observado desde perspectivas diferentes. *Vid.* GIL GIL, A., “El concepto de intención”, *cit.*, p. 111; GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 233-235 y 238-240, nota 128.

¹⁶⁰ MIR PUIG, S., *Derecho, cit.*, pp. 236-237 y 286-288; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch, cit.*, p. 319.

¹⁶¹ GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 258-266.

realización o no de todos los actos que en la mente del autor dan lugar a la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado¹⁶². Así, se basa en un concepto de delito de resultado cortado en el que únicamente se prescinde del acaecimiento del resultado¹⁶³.

- Por un lado, equipara la estructura de los delitos de resultado cortado con la de la tentativa acabada, y considera que en la modalidad de "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia", no existen elementos cuya concurrencia no dependa de la voluntad de actuar del autor, puesto que ya han sido realizados todos los actos que en la mente del autor dan lugar a la no absoluta improbabilidad de la producción del resultado (la conducta es apta para causar la destrucción del grupo)¹⁶⁴.
- Por otro, equipara la estructura de los delitos mutilados de dos o varios actos con la de la tentativa inacabada, y afirma que el resto de modalidades típicas del genocidio requieren otros actos ejecutivos (llevados a cabo *por otros*) para poder tener como resultado no absolutamente improbable, con el que al menos se cuenta, la destrucción del grupo¹⁶⁵.

Vemos que, según Gil Gil, cuando la intención del autor al ejecutar la acción típica está dirigida a que *otros* realicen una actividad posterior, ello permite caracterizarlo como un delito mutilado de dos o varios actos, mientras que Mir Puig y Jescheck defienden una concepción más estricta del delito mutilado de dos o varios actos, en la que la intención del autor al

¹⁶² *Idem.*; GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 128-135.

¹⁶³ GIL GIL, A., *Derecho Penal*, *cit.*, p. 234, nota 129; GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 128-131.

¹⁶⁴ GIL GIL, A., *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 258-266; GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 128-131.

¹⁶⁵ GIL GIL, A., *Derecho Penal*, *cit.*, pp. 258-266; GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 130-135.

ejecutar la acción típica debe estar dirigida a realizar otra actividad posterior *del mismo sujeto* (y no de otros, en cuyo caso, se trata de un delito de resultado cortado)¹⁶⁶. Dada la diferencia existente entre las distintas modalidades de genocidio y la pluralidad de intervinientes en los crímenes internacionales, el criterio delimitador (entre los delitos de resultado cortado y los delitos mutilados de dos o varios actos) propuesto por Gil Gil parece más adecuado para poder caracterizar con mayor detalle cada una de las modalidades de genocidio.

Identificada la intención de destrucción del genocidio como elemento subjetivo del injusto consistente en una tendencia interna trascendente, cabe preguntarse ahora por el grado de intensidad requerido por el elemento volitivo de tal intención: ¿debe la intención genocida alcanzar la intensidad volitiva de un dolo directo de primer grado o es suficiente con una intención equiparable al dolo directo de segundo grado o al dolo eventual? No se puede en este caso hablar propiamente de dolo (directo de primer grado, directo de segundo grado o eventual), ya que se trata de una intención trascendente al tipo objetivo. Por ello, como propone Gil Gil – si bien ella lo propone en relación a los delitos de resultado cortado en general –¹⁶⁷, en este trabajo se empleará el término “intención” para aludir a la intención de destrucción, intención genocida, intención ulterior o *dolus specialis* del genocidio. Siguiendo con la terminología empleada por la misma autora, se empleará el término “voluntad” para hacer referencia al elemento volitivo de la mencionada “intención”¹⁶⁸.

Si se exige una voluntad directa de primer grado en relación al delito de genocidio, ello supone que el resultado fuera del tipo objetivo al que se dirige la intención (la destrucción del grupo) sea la meta perseguida por el

¹⁶⁶ MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 236-237 y 286-288.

¹⁶⁷ GIL GIL, A., “El concepto de intención”, cit., pp. 103-105.

¹⁶⁸ *Idem*. Por supuesto, la intención genocida no se compone sólo del elemento volitivo (“voluntad”), sino también del elemento intelectual.

autor al realizar los actos subsumibles en el tipo objetivo (por ejemplo, la matanza o lesiones de miembros del grupo)¹⁶⁹. Por el contrario, si se exige una voluntad directa de segundo grado, el autor no tendrá que perseguir directamente la destrucción del grupo, pero dicho resultado deberá aparecer como consecuencia necesariamente unida a la consecución de otros fines (como la consecución de fines políticos, económicos o de otro tipo) perseguidos con la realización de las conductas subsumibles en el tipo objetivo¹⁷⁰. Por último, la suficiencia de una voluntad eventual en relación a la intención genocida supondría que el autor prevé la destrucción del grupo como consecuencia no absolutamente improbable de la realización de las conductas dirigidas primariamente a otros fines y que cuenta con esa posibilidad¹⁷¹.

II.3.1.1. Distintos enfoques en relación al *dolus specialis* en el genocidio

Dado que, como se ha puesto de manifiesto en la Parte I, la realidad criminológica del genocidio muestra que no todos los intervinientes en campañas genocidas tienen la intención de destruir, total o parcialmente, uno de los grupos protegidos, es conveniente referirnos brevemente a los distintos enfoques propuestos por la doctrina para interpretar el requisito del *dolus specialis* del genocidio.

¹⁶⁹ *Idem.*; GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 231-232.

¹⁷⁰ GIL GIL, A., *Derecho Penal, cit.*, pp. 231-232; GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 103-105.

¹⁷¹ GIL GIL, A., "El concepto de intención", *cit.*, pp. 103-105.

Tradicionalmente, existían en la doctrina dos posibles respuestas a la pregunta planteada:

- 1) un enfoque basado en el propósito, y
- 2) un enfoque basado en el conocimiento.

No obstante, recientemente se han propuesto otros enfoques, como el basado en la estructura o el que propone combinar los distintos enfoques.

Mientras que el enfoque basado en el propósito requiere que la intención genocida constituya una voluntad directa de primer grado, los demás enfoques abogan por un entendimiento más amplio de la intención de destrucción, en la que también cabrían, dependiendo del enfoque en concreto, una voluntad directa de segundo grado y una voluntad eventual.

II.3.1.1.a) Enfoque basado en el propósito

Tanto los tribunales *ad hoc* como la CPI emplean el enfoque basado en el propósito a la hora de definir el *dolus specialis* del genocidio¹⁷². Así, requieren que la intención de destrucción, total o parcial, de un grupo nacional, étnico, racial o religioso (*dolus specialis* del genocidio) constituya

¹⁷² Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 148, párrs. 518 *et seq.*; *Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber Judgement* del 06.12.1999 (ICTR-96-3-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*), párrs. 58 *et seq.*; *Prosecutor v. Bagilishema, Trial Chamber Judgement* del 07.06.2001 (ICTR-95-1A-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Bagilishema*), párr. 62; *Prosecutor v. Musema, Trial Chamber Judgement* del 27.01.2000 (ICTR-96-13-A) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*), párrs. 164 *et seq.*; *Prosecutor v. Jelisić, Trial Chamber Judgement* del 14.12.1999 (IT-95-10-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Jelisić*), párrs. 105-108; Sentencia de apelación en el caso *Jelisić*, *supra* nota 155, párrs. 70-71; *Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber Judgment* del 02.08.2001 (IT-98-33-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*), párr. 569; Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 148, párrs. 134 *et seq.*; *Prosecutor v. Blagojević & Jokić, Trial Chamber Judgment* del 17.01.2005 (IT-02-60-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blagojević & Jokić*), párr. 656; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 695; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 2, párrs. 139-140, nota 154.

una voluntad directa de primer grado¹⁷³. Dicho de otra forma, se requiere que el sujeto activo claramente trate de producir la conducta que se le imputa, es decir, que tenga la “clara intención de causar el delito”¹⁷⁴, por lo que el sujeto activo que meramente conoce el contexto genocida en el que se enmarcan sus actos no puede ser sancionado como autor de genocidio (sino como cómplice de genocidio o autor directo de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra).

II.3.1.1.b) Enfoque basado en el conocimiento

Por el contrario, según el enfoque basado en el conocimiento, cuyo máximo exponente es Greenawalt, serán responsables principales a título de autoría aquellos que, aun careciendo del *dolus specialis* del genocidio, cometan actos genocidas entendiendo las consecuencias destructivas de sus actos en relación a la supervivencia del grupo victimizado¹⁷⁵. Es decir, serán autores de genocidio aquellos que promuevan una campaña en contra de miembros de un grupo protegido con conocimiento de que el objetivo o el efecto de la campaña consiste en la destrucción del grupo¹⁷⁶.

Según dicho autor, ello es así porque el término “intención” puede interpretarse como algo más amplio que el dolo directo de primer grado, de ahí que no conlleve una preferencia por un enfoque basado en el

¹⁷³ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 416-418; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 289-302 y 426.

¹⁷⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 148, párr. 498. AMBOS, K., “Criminologically Explained Reality of Genocide, Structure of the Offence and the “Intent to Destroy” Requirement” en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, p. 159; AMBOS, K., “Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la “intención de destruir””, *Revista Penal*, Núm. 26, 2010, p. 69; AMBOS, K., BÖHM, M.L., “¿Qué significa la “intención de destruir” en el delito de genocidio?”, *Revista Penal*, Núm. 26, 2010, p. 49.

¹⁷⁵ GREENAWALT, A., “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation”, *Columbia Law Review*, Vol. 99, Núm. 8, 1999, p. 2265.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 2288.

propósito¹⁷⁷. Por ello, propone desvincular la cuestión de la responsabilidad por genocidio de los motivos o deseos concretos del sujeto activo con respecto al grupo¹⁷⁸, y establece que son dos los elementos necesarios para una responsabilidad por genocidio a título de autoría¹⁷⁹:

- 1) la selección de los miembros del grupo con base en su identidad grupal; y
- 2) el conocimiento de las consecuencias destructivas de sus acciones en relación a la supervivencia del grupo.

II.3.1.1.c) Enfoque del dolo eventual

Un enfoque similar al mencionado es el enfoque del dolo eventual. Gil Gil y Triffterer defienden, aunque con base en distintos argumentos, la suficiencia del dolo eventual también para la responsabilidad por autoría en el genocidio. Al igual que Greenawalt, Triffterer defiende que el concepto de "intención" abarca un campo más amplio que el del dolo directo de primer grado, y señala expresamente que cubre el ámbito del dolo eventual¹⁸⁰. A lo que añade que, desde un punto de vista teleológico, no es relevante si el sujeto actúa con *dolus specialis* o si comete el acto genocida con la aceptación de la probabilidad de que dicho acto conllevará la destrucción del grupo¹⁸¹ (es decir, con dolo eventual respecto a dicha destrucción). Así, considera suficiente que el sujeto activo cometiera el acto genocida con conocimiento y aceptación de la probabilidad de la destrucción del grupo¹⁸².

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 2265-2279 y 2289.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 2288.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 2289.

¹⁸⁰ TRIFFTERER, O., "Genocide", *cit.*, pp. 404-405.

¹⁸¹ *Idem.*

¹⁸² *Idem.*

Por su parte, Gil Gil defiende la suficiencia de cualquier grado de dolo (incluyendo el dolo eventual) para colmar el requisito del *dolus specialis* del genocidio¹⁸³. Sin embargo, para ello, se basa en el paralelismo existente entre la estructura del delito de genocidio y la de la tentativa¹⁸⁴. Considera suficiente que el autor de genocidio tenga dolo eventual en relación a los actos típicos (como la matanza de miembros), siempre que esté combinado con la intención en el sentido de voluntad incondicional respecto a los restantes actos (como la matanza de otros miembros del grupo) necesarios para conseguir la destrucción del grupo, o en caso de varios autores, combinado con el conocimiento de la intención de los coautores de seguir matando (voluntad de actuar) y contando con la posibilidad (dolo eventual) de que los coautores cumplan con dicha intención¹⁸⁵. En resumen, esta autora propone la responsabilidad por autoría para aquellos que, aunque cometan el acto típico con dolo eventual, tienen el conocimiento de que su acción se enmarca en un plan (que comprende el resto de actos ejecutivos) que tendrá como resultado no absolutamente improbable, con el que al menos se cuenta, la destrucción del grupo¹⁸⁶.

II.3.1.1.d) Enfoque basado en la estructura

Entre las propuestas más recientes en este ámbito, se encuentran las de Vest y Kress. Vest propone un enfoque basado en la estructura¹⁸⁷. Dicho autor parte de la estructura mixta individual-colectiva del genocidio, en el sentido de una combinación entre los actos típicos individuales y la acción

¹⁸³ GIL GIL, A., *Derecho penal, cit.*, pp. 258-260.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 241-258. Para una crítica de este punto de vista, *vid.* AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, p. 57.

¹⁸⁵ GIL GIL, A., *Derecho penal, cit.*, pp. 258-260.

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ VEST, H., "A structure-based concept", *cit.*.

colectiva (en la que confluyen los esfuerzos de todos los intervinientes) inherente a cualquier conducta genocida¹⁸⁸. Según él, el *dolus specialis* del genocidio debe estar referido al contexto general de acción colectiva¹⁸⁹, y no exige un dolo directo de primer grado, sino que considera suficiente el estándar de la certitud práctica (dolo directo de segundo grado) con respecto a las consecuencias de la conducta global (es decir, la destrucción del grupo)¹⁹⁰. Por el contrario, rechaza la suficiencia del dolo eventual¹⁹¹. En tanto que defiende el enfoque basado en el conocimiento referido a la acción colectiva, considera autor a todo aquel que cometa los actos típicos genocidas con el conocimiento (con certitud práctica) de la naturaleza genocida de la campaña en la que interviene o de las consecuencias de la conducta general¹⁹².

En sentido similar, Kress apoya el enfoque basado en la estructura, y distingue entre el nivel individual y el nivel colectivo del genocidio¹⁹³. Al igual que Vest, afirma que el *dolus specialis* debe estar dirigido a la actividad colectiva a la que el sujeto activo contribuye¹⁹⁴. No obstante, se aleja de la postura de Vest al defender que la intención de destrucción no sólo incluye el dolo directo de segundo grado (y por supuesto, el dolo directo de primer grado), sino también el dolo eventual¹⁹⁵. En definitiva, requiere que el autor de rango inferior actúe con conocimiento del ataque colectivo genocida y con dolo eventual sobre la destrucción del grupo protegido (como Gil Gil)¹⁹⁶.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 784-786.

¹⁸⁹ *Ibid.*, pp. 784-785, 789-790 y 792. Por ello, *el mismo*, p. 790, se refiere al *dolus specialis* como la intención de destrucción "con la ayuda de muchos otros".

¹⁹⁰ *Ibid.*, pp. 788-789 y 792.

¹⁹¹ *Ibid.*, pp. 788-789. Vid. referencia en KRESS, C., "The Darfur Report", *cit.*, p. 567.

¹⁹² VEST, H., "A structure-based concept", *cit.*, pp. 792-793.

¹⁹³ KRESS, C., "The Darfur Report", *cit.*, pp. 572-573.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 566.

¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 566-570 y 576-577.

¹⁹⁶ *Ibid.*, pp. 575-577.

II.3.1.1.e) Enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento

Por último, está el enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento defendido por Ambos. Propone diferenciar los casos según el estatus de los sujetos activos, distinguiendo entre los de rango inferior, intermedio y superior¹⁹⁷. El enfoque basado en el propósito sólo debería emplearse para los responsables de nivel superior, mientras que para los de nivel intermedio e inferior bastaría con el conocimiento del contexto genocida¹⁹⁸. Para ello, se basa en un análisis de la realidad criminológica del genocidio, el cual, como ya se ha explicado en la Parte I, pone de manifiesto que no todos los intervinientes en campañas genocidas tienen el *dolus specialis*¹⁹⁹.

Así, considera suficiente que los rangos inferiores actúen con conocimiento de la naturaleza genocida de la campaña en la que intervienen o con conocimiento del *dolus specialis* de los superiores²⁰⁰. En efecto, téngase en cuenta que se sigue requiriendo el enfoque basado en el propósito en relación a los rangos superiores, ya que, de lo contrario, no cabría definir la campaña de violencia contra los miembros de un grupo protegido como de naturaleza genocida, y por ende, los rangos inferiores no podrían tener conocimiento de una campaña genocida inexistente. En cuanto al objeto de referencia del mencionado conocimiento, éste no debe

¹⁹⁷ AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, pp. 55-58; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 163-171; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 72-77.

¹⁹⁸ AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, pp. 163-171; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, pp. 72-77. Por el contrario, en otro lugar, AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, p. 57, ha equiparado a los rango intermedios con los rangos superiores, y ha propuesto que se les aplique el enfoque basado en el propósito.

¹⁹⁹ AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, pp. 55-56; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 160; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 70.

²⁰⁰ AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, p. 56; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 170; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 76.

dirigirse a la destrucción última del grupo en el futuro (como expectativa de futuro que es, no puede ser conocida sino sólo esperada o deseada), sino únicamente al contexto general genocida²⁰¹.

II.3.1.1.f) Toma de postura

Como ya se ha adelantado en la Parte I, consideramos que la afirmación de que todos los intervinientes en una campaña genocida comparten el *dolus specialis* no es acorde con la realidad criminológica del genocidio, dado que en numerosas ocasiones los autores directos de los crímenes no tienen por sí mismos el *dolus specialis* del genocidio, sino que simplemente conocen el contexto genocida en el que se insertan sus actos – y en ocasiones, ni siquiera son conscientes de dicho contexto –²⁰².

Asimismo, se ha adelantado en la Parte I que el empleo por parte de los tribunales internacionales del enfoque basado en el propósito ha conllevado ciertos problemas prácticos en su aplicación.

- Dado que todos los miembros de la ECC I deben compartir el dolo del delito en cuestión, los tribunales *ad hoc* han solido dar por probado que todos los miembros del grupo – incluso de grupos de gran tamaño en los que no se identifica a todos los miembros del grupo – compartían el *dolus specialis* del genocidio, aunque sólo quedara probado con respecto a unos pocos²⁰³.

²⁰¹ AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, p. 57. Como bien explica, el plan o política genocida no constituye un elemento del tipo, sino que se trata de un punto de referencia de la intención ulterior. En el mismo sentido, KRESS, C., "The crime of genocide and contextual elements. A comment on the ICC pre-trial Chamber's decision in the Al Bashir Case", *JICJ*, Vol. 7, Núm. 2, 2009, p. 309; AMBOS, K., "Criminologically Explained", *cit.*, p. 170; AMBOS, K., "Una explicación", *cit.*, p. 76.

²⁰² *Vid.* Parte I.

²⁰³ Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 26, párrs. 89-99, 204 y 531-545; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párrs. 695-697, 704-707, 708-710 y 969-991.

- Pero no terminan ahí los problemas de la aplicación del enfoque basado en el propósito en el ámbito de la ECC. Como se verá en el Capítulo relativo a la coautoría, los tribunales *ad hoc* han aplicado la ECC III a los casos de genocidio, lo que supone que un miembro de una ECC III puede ser condenado por genocidio si razonablemente podía prever que se cometería uno de los actos típicos del delito de genocidio y que sería cometido con intención genocida²⁰⁴. Queda a la vista la contradicción de exigir, por una parte, que todos los miembros de una ECC I compartan el *dolus specialis* del genocidio (en el sentido del enfoque basado en el propósito), y considerar suficiente, por otra, el conocimiento del *dolus specialis* de otro miembro para una condena con arreglo a la ECC III, lo cual parece más acorde con el enfoque basado en el conocimiento.

Como puede observarse, los problemas relativos a la aplicación del enfoque basado en el propósito son debidos más a su combinación con la coautoría basada en la ECC que al propio enfoque basado en el propósito. En efecto, el problema de la calificación de la conducta de los criminales de rango bajo que, sin compartir el *dolus specialis* del genocidio, ejecutan los actos típicos del mismo no se plantearía con la misma intensidad si se aplicara la autoría mediata o la coautoría mediata por medio de EOP, las cuales serán analizadas en los Capítulos IV y V de esta Parte II. A diferencia de lo que sucede en la coautoría, donde todos los coautores han de compartir el mismo dolo de cometer el delito – y, en su caso, también el *dolus specialis* requerido por la definición del delito –, en la (co)autoría

²⁰⁴ *Prosecutor v. Brđanin, Decision on interlocutory Appeal* del 19.03.2004 (IT-99-36-A), párrs. 6-10; *Prosecutor v. Milošević, Decision on Motion for Judgement of Acquittal* del 16.06.2004 (IT-02-54-T), párrs. 246 y 288-289.

mediata el *dolus specialis* de los (co)autores directos es irrelevante²⁰⁵; y por ello sería posible:

- condenar como (co)autores mediatos de genocidio a los criminales de rango alto que, con el *dolus specialis* requerido por la definición del genocidio, planifican, ordenan y controlan la comisión de los crímenes de la campaña genocida por medio de una EOP – aunque los (co)autores directos no compartan dicho *dolus specialis* –; y
- castigar a los ejecutores de la campaña genocida que conocen pero que no comparten el *dolus specialis* requerido como (co)autores directos de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

Al aplicar el enfoque basado en el propósito en combinación con la ECC, la dificultad para probar que el sujeto activo tenía la “intención de destrucción” ha llevado a numerosas sentencias de los tribunales *ad hoc* a condenar como coautores directos de crímenes contra la humanidad o de crímenes de guerra a todos los miembros de la ECC en cuestión²⁰⁶, mientras que la (co)autoría mediata por medio de EOP posibilitaría que sólo aquellos ejecutores que no compartan el *dolus specialis* fueran condenados como (co)autores directos de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

Con objeto de establecer la diferencia entre aquellos intervinientes en campañas genocidas respecto de los cuales había podido constatarse la concurrencia de la “intención de destrucción” y aquellos otros en los que no, varias sentencias de los tribunales *ad hoc* han condenado a los primeros

²⁰⁵ Vid. Subapartado V.5.1. de esta Parte II.

²⁰⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Jelisić*, *supra* nota 172, párrs. 66-87 y 100-108; Sentencia de apelación en el caso *Jelisić*, *supra* nota 148, párrs. 46-52 y 70-72; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párrs. 695-697, 704-707, 708-710 y 969-991; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 2, párr. 223.

como miembros de la ECC (es decir, como coautores) y a los últimos “simplemente” como cómplices de genocidio, pese a haber cometido por sí mismos los actos típicos del genocidio²⁰⁷ (y pese a poder ser condenados como (co)autores directos de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra).

No es éste el lugar para analizar cada uno de los enfoques posibles en relación al *dolus specialis* del genocidio, puesto que tal análisis bien requiere la dedicación de toda una monografía. No obstante, debe evitarse, en todo caso, el recurso a enfoques que vulneren los principios del Derecho penal o que extiendan excesivamente el ámbito de la autoría por genocidio.

Como se ha adelantado en la Parte I, puede objetarse al enfoque combinado propuesto por Ambos que supone operar con distintos criterios dependiendo del rango del sujeto activo, lo que vulnera el principio básico de la igualdad: mientras que, en el plano subjetivo, en relación al criminal de rango bajo, bastaría probar que conocía la naturaleza genocida de la campaña en la que intervenía para ser considerado autor de genocidio, en cuanto al criminal de rango alto, habría que probar que éste compartía el *dolus specialis* del genocidio para que fuera considerado autor del mismo, lo cual constituye un extremo más difícil de probar que el mero conocimiento. Por tanto, de acuerdo con el enfoque propuesto por Ambos, sería más difícil castigar a un criminal de rango alto como autor de genocidio que hacerlo con respecto a un criminal de rango bajo.

²⁰⁷ Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 148, párrs. 134 y 135. En la Sentencia de primera instancia en el caso *Blagojević and Jokić*, *supra* nota 172, párrs. 656 y 671-677, 694-725, y 779-787, la Sala afirmó que el acusado conocía la intención de destrucción del autor principal, pero sin especificar quién era tal autor. *Vid.* también, GREENAWALT, A., “Rethinking”, *cit.*, pp. 2282-2285; KRESS, C., “The Darfur Report”, *cit.*, pp. 573-575.

Tampoco convence el enfoque basado en el conocimiento, ya que prescinde del elemento volitivo del dolo – en este caso, del *dolus specialis* –, indispensable en los tipos dolosos como el del genocidio. Se ha solido aducir que, a pesar del aparente rechazo al enfoque basado en el conocimiento, los tribunales penales internacionales han introducido el mencionado enfoque por medio del sistema probatorio²⁰⁸. Dados los problemas probatorios en relación a la intención de destrucción, la jurisprudencia internacional ha recurrido a pruebas circunstanciales para probar la existencia de dicha intención²⁰⁹. Ha sido una práctica común de la jurisprudencia internacional deducir el *dolus specialis* del sujeto activo de diferentes indicios, como su conocimiento del plan o de la intención de otros de cometer genocidio²¹⁰.

Sin embargo, ello no supone que los tribunales penales internacionales hayan adoptado el enfoque basado en el conocimiento. El hecho de

²⁰⁸ KRESS, C., "The Darfur Report", *cit.*, pp. 571-572, apunta que dicho enfoque ha sido introducido por la puerta trasera. En el mismo sentido, VEST, H., "A structure-based concept", *cit.*, pp. 795-796.

²⁰⁹ GREENAWALT, A., "Rethinking", *cit.*, pp. 2281-2282; KOLB, R., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 88. En sentido similar, TRIFFTERER, O., "Genocide", *cit.*, p. 405.

²¹⁰ En la Sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*, *supra* nota 172, párrs. 571-572, 580, 594-599, 634 y 644, el *dolus specialis* fue deducido de la existencia del plan, de la deliberada destrucción de mezquitas y casas de miembros del grupo, de los hechos dirigidos contra un grupo protegido en una determinada zona geográfica y del contexto fáctico. La Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 148, párrs. 498 y 518-524, afirmó que, en ausencia de una confesión del acusado acerca de su *mens rea*, la intención de destrucción puede derivarse de varios indicios, como el contexto general en el que se enmarcan otros actos dirigidos sistemáticamente contra el mismo grupo, la escala de atrocidades cometidas y su naturaleza general en una región o Estado, o el hecho de seleccionar deliberadamente y sistemáticamente a las víctimas por su pertenencia a un determinado grupo. *Prosecutor v. Radovan Karadžić and Ratko Mladić, Trial Chamber Review of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence* del 11.07.1996 (IT-95-5-R61, IT-95-18-R61), párrs. 94-95; *Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber Judgement* del 04.09.1998 (ICTR-97-23-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kambanda*), párrs. 16 y 40; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 26, párrs. 89-99, 540 y 545; Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*, *supra* nota 172, párrs. 61 y 397-401; Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 172, párrs. 164-167 y 927-936. En la Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 2, párrs. 153 y 158, la CPI ha aceptado la posibilidad de inferir la intención de destrucción a partir de determinados indicios considerados juntos, siempre que la única conclusión razonable sea la existencia de bases razonables para creer en la existencia de tal intención.

prescindir totalmente del elemento volitivo del dolo (como hace el enfoque basado en el conocimiento) no puede equipararse con la práctica jurisprudencial de deducir el mencionado elemento volitivo del elemento cognitivo, puesto que en tal práctica el elemento volitivo sigue siendo igual de necesario que el elemento cognitivo²¹¹.

En vista de que los problemas principales del enfoque basado en el propósito se deben a su combinación con la coautoría basada en la ECC, éste podría ser el enfoque adecuado en relación al *dolus specialis* del genocidio, siempre que se empleara la estructura vertical de la (co)autoría mediata – y no la horizontal de la coautoría – en relación a las campañas genocidas. Si se entendiera que el *dolus specialis* no requiere inevitablemente una voluntad directa de primer grado, también el enfoque del dolo eventual y el enfoque basado en la estructura podrían ser de aplicación, puesto que, aunque sean más flexibles que el enfoque basado en el propósito, siguen exigiendo el elemento volitivo del dolo (si bien con una intensidad menor).

Para terminar, deben dedicarse algunas líneas al tratamiento del *dolus specialis* del genocidio en el ámbito de la participación. El TPIR contribuyó a crear cierta confusión al distinguir, en el caso *Akayesu*, entre la intervención en el delito (genocidio) en sentido general (*aiding and abetting* del art. 6(1) ETPIR) y la participación específica en el genocidio (*complicity* del art. 2(3)(e) ETPIR), ya que exigió el *dolus specialis* en el primer caso, mientras que consideró suficiente el conocimiento en el segundo, eludiendo *de facto* la exigencia de la intención de destrucción²¹². A pesar de ello, como se verá en el Capítulo sobre la participación, puede afirmarse con seguridad que el partícipe en el genocidio (así como en cualquier otro

²¹¹ De la misma manera en que, en la teoría de la probabilidad, el elemento volitivo sigue siendo indispensable en el dolo eventual, pese a ser deducido de la alta probabilidad de que tengan lugar los elementos del tipo objetivo del delito.

²¹² Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 148, párrs. 485, 538, 540, 545, 547. AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 421; AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, p. 59.

delito que requiera un *dolus specialis*) sólo debe conocer, pero no tener por sí mismo el *dolus specialis* del genocidio²¹³. En lo que respecta a los actos preparatorios de la provocación y de la conspiración, éstos sí requieren la intención de destrucción²¹⁴, en tanto que el carácter de peligro independiente de tales hechos conduce a un amplio adelantamiento de la punibilidad en cuanto a una posible lesión al bien jurídico, y dicho adelantamiento necesita una limitación desde el punto de vista subjetivo mediante la exigencia de la intención de destrucción²¹⁵.

²¹³ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 422-423; AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, p. 59. La Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 148, párr. 140, confirmó esta posición.

²¹⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 148, párr. 560; Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 172, párr. 192. AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 421-422; AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, pp. 59-60.

²¹⁵ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 421-422; AMBOS, K., BÖHM, M.L., "¿Qué significa", *cit.*, pp. 62-63.

III. COAUTORÍA

En el Apartado anterior se ha analizado la autoría directa (individual), la cual resulta de aplicación cuando es un único individuo quien realiza por sí mismo los elementos del tipo objetivo del delito con el tipo subjetivo requerido por tal delito. Dicho autor directo (individual) seguirá siendo el único autor del hecho aunque intervengan determinados partícipes en la comisión del crimen. Este supuesto sería constitutivo de codelincuencia (debido a la intervención de varias personas), pero no de coautoría, puesto que sólo uno de los intervinientes cumpliría los requisitos para ser considerado autor.

Por el contrario, existe la posibilidad – común en la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad – de que en los casos de codelincuencia los intervinientes en el crimen sean sancionados como coautores. En el ámbito del DPI, pueden constatarse dos principales conceptos de coautoría, los cuales serán analizados en profundidad a continuación:

- 1) El concepto de coautoría basado en la ECC y, por ende, en un concepto subjetivo de autor. Este es el concepto de coautoría que maneja la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.
- 2) El concepto de coautoría basado en el dominio funcional del hecho, como manifestación de la teoría del dominio del hecho desarrollada por Roxin. La CPI emplea este concepto.

Mientras que la figura de la coautoría responde a un esquema horizontal entre los intervinientes en el crimen, la autoría mediata – la cual será analizada en el siguiente Capítulo – parte de una relación vertical entre los individuos que intervienen en la comisión del crimen. El análisis llevado a cabo en la Parte I del presente trabajo investigador ha puesto de manifiesto que las conductas de unos y otros intervinientes en crímenes de atrocidad difieren de manera sustancial. También ha dejado entrever la

existencia de distintos rangos jerárquicos entre los sujetos activos de tales conductas.

Por ello, y pese a que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se haya basado fundamentalmente en la coautoría para abordar el problema de la criminalidad masiva, el esquema vertical de la autoría mediata se adecúa mejor a la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad. No obstante, ello no significa que la coautoría no tenga cabida ni utilidad en DPI. Lejos de ello, aquí se propone calificar como coautoría en los casos en los que verdaderamente exista una relación horizontal entre los sujetos activos.

III.1. Teoría del dominio funcional del hecho (CPI) vs. doctrina de la ECC (tribunales *ad hoc*)

En vista de que el coautor no ejecuta por sí mismo todos los actos ejecutivos del crimen, parece claro que éste no puede ostentar el “dominio de la acción” característico del autor individual¹, lo que podría llevar a pensar que no es posible diferenciar desde el punto de vista objetivo al coautor del partícipe en un crimen colectivo², por lo que la única diferencia residiría en el plano subjetivo. Es por ello que en el caso *Eichmann* se planteó la cuestión relativa a la posible necesidad de una subjetivización para distinguir entre coautoría y participación³ – y para definir la coautoría

¹ El “dominio de la acción” propio de la autoría individual constituye una de las tres manifestaciones de la teoría del dominio del hecho, junto con el “dominio funcional del hecho” típico de la coautoría y el “dominio de la voluntad” característico de la autoría mediata. Vid. ROXIN, K., *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014, pp. 68-69 y 75.

² AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005, pp. 179-184.

³ *Idem*. Vid. *State of Israel v. Adolf Eichmann, Judgment of the District Court of Jerusalem* del 12.12.1961 (40/61).

–. Ahora bien, frente a aquellos que proponen teorías subjetivas para distinguir entre coautoría y participación en hechos macrocriminales⁴, son numerosos los autores que acertadamente señalan los problemas que tal tipo de propuestas conllevan y defienden la idoneidad de la teoría del dominio funcional del hecho de Roxin también en el contexto de crímenes internacionales⁵.

En efecto, la aceptación de una teoría subjetiva no sólo acarrearía problemas probatorios, sino también el riesgo de que en determinados casos la coautoría acabe degradada a una mera participación – como sucedió en el famoso caso *Staschynskij* –⁶, así como el riesgo de que casos que no cumplen los requisitos (objetivos) de la coautoría sean juzgados como supuestos de coautoría – como puede ocurrir en el marco de la doctrina de la ECC –.

⁴ WEBER., U., “§ 29, Täterschaft” en J. BAUMANN, U. WEBER y W. MITSCH (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 2003, margen 59. BAUMANN, J., “Gedanken zum Eichmann-Urteil”, *Juristenzeitung*, Núm. 4, 1963, propone la teoría del *animus*. Vid. también OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation”, *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 325-343.

⁵ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 179-184; AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 170-172; OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 434-437; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 147-148.

⁶ En relación a los problemas probatorios, WELZEL, H., “Studien zum System des Strafrechts”, *ZStW*, Vol. 58, 1939, p. 552; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 179-184. En relación al caso *Staschynskij*, Vid. FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 657-659; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 147-148; WEIGEND, T., “Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective”, *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 258. En el mismo sentido, sostiene ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 71-77, que esta teoría fracasa por tener que considerar participe a aquel que comete la acción principal con voluntad subordinada. BADAR, M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oregon, 2013, pp. 159-160. Para una fundamentada crítica de la teoría subjetiva, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, B de F Ltda., Montevideo – Buenos Aires, 2007, pp. 28-38. Dicha crítica se basa, por un lado, en la crítica a la teoría causal de la condición (teoría de la que parte la teoría subjetiva), y por otro, en la existencia de infinidad de criterios para determinar el *animus* de cada interviniente y en la falta de contenido de los conceptos *animus auctoris* y *animus socii*. Vid. también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 326-332.

De ninguna manera convencen los argumentos de Ohlin a favor de la “nueva” versión de la teoría subjetiva – *Joint Intentions Theory* – que propone⁷. En su variante de la teoría subjetiva, Ohlin propone, en relación a la coautoría, relajar el requisito (objetivo) de la contribución esencial al crimen y reforzar el tipo subjetivo requerido⁸. Defiende que no debería considerarse suficiente que un coautor actúe con dolo eventual⁹, si bien creemos que tal afirmación se debe a que erróneamente equipara el dolo eventual con la *recklessness* del *common law*. Así, afirma que es autor aquel que tiene el dolo de realizar el crimen (o el dolo compartido de realizar el crimen en el caso de la coautoría) y que contribuye a ello¹⁰. Como puede observarse, la realización del tipo objetivo queda relegado a un plano muy secundario.

Pese a que propone restar importancia al tipo objetivo y sumársela al tipo subjetivo, Ohlin no puede sino admitir que toda información relativa al tipo subjetivo del sujeto activo debe necesariamente derivarse de su conducta (tipo objetivo)¹¹. En su intento por salvar la teoría subjetiva afirma que las soluciones desastrosas a las que se llegó en aplicación de dicha teoría en el caso *Staschynskij* y en el de la bañera¹² se debieron a la incorrecta equiparación del dolo con la motivación, y defiende que en ambos casos todos los intervinientes deberían haber sido condenados como coautores¹³. Pero no explica en qué se basa para llegar a tal solución¹⁴.

⁷ OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman”, *cit.*, pp. 325-343.

⁸ *Ibid.*, pp. 333-341.

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 325.

¹¹ *Ibid.*, pp. 331-332 y 335.

¹² Se trata de un caso de 1940, en el que una tía mató a su sobrino recién nacido – ahogándolo en la bañera – a petición de su hermana (la madre del bebé). Con base en el concepto subjetivo de autor, la justicia alemana condenó a la tía (autora directa del crimen) como cómplice, y a la madre como autora.

¹³ OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman”, *cit.*, pp. 333-334.

¹⁴ De acuerdo con la teoría del dominio del hecho, *Staschynskij* y la tía deberían ser sancionados como autores directos, mientras que aquellos que dieron la orden al agente

Además, como se explicará en el presente Capítulo, se equivoca cuando dice que los problemas de la ECC se limitan al estándar de la previsibilidad de la ECC III y a la equiparación de todos los intervinientes en una ECC¹⁵. También se equivoca al partir de una equiparación del dolo eventual con la *recklessness*¹⁶, lo que lo lleva a numerosas conclusiones erróneas, como afirmar que aceptar el dolo eventual en el ámbito de la coautoría es equiparable al estándar de la mera previsibilidad de la ECC III¹⁷. Por último, la “nueva” teoría subjetiva que propone Ohlin conlleva el empleo de una ficción legal en la que existen planes extremadamente amplios con numerosos intervinientes en los que no se puede – ni se considera necesario – probar el nexo (objetivo ni subjetivo) del sujeto activo con hechos criminales concretos¹⁸.

Frente a todo ello, la teoría del “dominio funcional del hecho” debería tener plena vigencia en el ámbito de los crímenes internacionales¹⁹. De acuerdo con la mencionada teoría, los coautores actúan conjuntamente con base en una división funcional del trabajo en la que todos poseen el co-dominio del hecho²⁰. Dicho de otra manera, cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás, y el dominio completo reside en las manos de varios, en el sentido de que éstos sólo pueden realizar su plan

de la RGB y la madre deberían serlo a título de inducción. A lo sumo, podría entenderse que aquel que dio la orden en el caso *Staschynskij* también era autor (mediato) con base en la teoría del dominio del hecho por medio de Estructuras Organizadas de Poder.

¹⁵ OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman”, *cit.*, p. 336.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 332-333.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 337-339 y 340-341.

¹⁸ *Vid. ibid.*, p. 339.

¹⁹ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 179-184; AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, pp. 170-172.

²⁰ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 179-184; VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 99; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, p. 152. Como explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, *cit.*, pp. 656-657, es precisamente la división del trabajo la que permite hablar de una acción conjunta (formada por actos parciales) en lugar de una mera suma de acciones.

actuando conjuntamente, pero cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación (“poder para hacer fracasar el plan”)²¹. Además, la función desempeñada por el coautor ha de ser de “importancia esencial” para la concreta realización del delito²². Así, en el ámbito de la coautoría, tiene lugar un dominio “funcional” del hecho²³, y es

²¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 305-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II.*, cit., p. 146; WELZEL, “Studien”, cit., pp. 549-550; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 179-184; OLÁSULO, H., “El Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Núm. 40, 2012, pp. 87-88; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 362-366; BADAR, M.E., “Just Convict Everyone” – Joint Perpetration: From *Tadić* to *Stakić* and Back Again”, *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, p. 296; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 500-501; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 148; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., p. 161. *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párrs. 488, 519-521 y 524-526; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEen) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párrs. 326, 332 y 342 346-348; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges”* del 07.03.2011 (ICC-02/05-03/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*), párrs. 126 y 136-138; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the confirmation of charges* del 23.01.2012 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*), párrs. 401-404 y 419.

²² ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 305-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II.*, cit., p. 146; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 189-192; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 500-502; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 156-157. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgment* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*), párrs. 996-1000; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 326, 332 y 342 346-348; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 519-521 y 524-526; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párrs. 126 y 136-138; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*), párr. 350; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of the charges* del 08.02.2010 (ICC-02/05-02/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*), párr. 153; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of the charges* del 16.12.2011 (ICC-01/04-01/10) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*), párrs. 273 y 279; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 21, párrs. 401-404 y 419; *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Warrant of arrest* del 23.11.2011 (ICC-02/11) (en adelante, Orden de arresto en el caso *Gbagbo*), párr. 10.

²³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 305-336, lo define como dominio del hecho “funcional”, puesto que está determinado por la actividad, “en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta aquí de su función en el marco del plan global”. El mismo autor defiende la autonomía de este tipo de dominio del hecho frente al dominio de la acción típico de la autoría individual – basado en el carácter central de la realización del tipo aisladamente considerada – y al dominio de la voluntad típico de la autoría mediata –

precisamente este (co)dominio lo que distingue a los coautores de los simples partícipes en un crimen colectivo, de ahí que resulte innecesario el peligroso recurso a la teoría subjetiva.

Por lo tanto, partimos de la teoría – más general – del dominio del hecho, en tanto que el “dominio funcional del hecho” no es sino una de las tres manifestaciones de tal dominio²⁴, que se corresponde con la referencia al que comete el crimen “con otro” (“*jointly with another...person*”, “*conjointement avec une autre personne*”, “*gemeinschaftlich mit einem anderen*”) del art. 25(3)(a) ER. Como se verá más adelante, la jurisprudencia de la CPI parte también de la teoría del dominio del hecho (*theory of control over the crime, Tatherrschaft*)²⁵. Este concepto se contrapone tanto al

derivado de la falta de libertad, la ceguera o la fungibilidad del instrumento –. Vid. también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II.*, cit., p. 146; y BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 156-157.

²⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 8, párrs. 333-334 y 338. ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 68-69 y 75. ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 310, no incluye la teoría del dominio del hecho en ninguna de las doctrinas de la autoría previas – teorías objetivas, subjetivas, o mixtas –. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 304-305, define la teoría del dominio del hecho como una teoría objetivo-material, según la cual sólo son coautores quienes realicen una contribución esencial (sin la cual el delito no podría haberse cometido) en la ejecución del plan común. WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, p. 95; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 103-109; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 573-576, la contemplan como una variante de la teoría objetiva. Parece que AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, cit., pp. 170-172, la entiende como una teoría objetivo-subjetiva. Por su parte, MANACORDA, S., MELONI, C., “Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, p. 168, defienden que no se trata de un criterio ni puramente objetivo ni puramente subjetivo.

²⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 333-334 y 338; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párr. 488; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 1356-1358; *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut* del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párrs. 1382 Y 13931394. AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 150; AMBOS, K., “El primer fallo de la corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2012, pp. 25-37. Disponible en < <http://www.indret.com/pdf/903a.pdf> > [Consulta: 15.04.2015]; OLÁSOLO, H., “El Desarrollo”, cit., pp. 85-92; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 83-84 y 99; GIL GIL, A., “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”, *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, p. 121; GIL GIL, A., “Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-

concepto objetivo-formal de coautoría – el cual sólo considera coautores a aquellos que realizan por sí mismos al menos alguno de los elementos de la acción típica –²⁶ como al concepto subjetivo de coautoría – según el cual sólo son coautores quienes realicen sus contribuciones con el propósito de realizar el hecho punible como propio, es decir, con *animus auctoris* –²⁷.

La doctrina de la ECC – la cual también se analiza en este Capítulo – parte del concepto subjetivo de coautor, en tanto que lo relevante para que un individuo sea considerado miembro de una ECC (y, por ende, condenado a

perpetrator”, *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, p. 85; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 518-519; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho Penal Internacional?” en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 455; OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman”, *cit.*, p. 328; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 160; VEST, H., “Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?”, *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 295-296.

²⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 25, párr. 1391. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 304-305; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 150; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 54-58; GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, p. 121; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, p. 176; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 455; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 160; VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 297. Como explica GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, *cit.*, pp. 7-8, según la teoría objetivo-formal, se considera autor a quien realiza una acción consumativa (en el sentido de una acción que pertenece al núcleo del tipo), por lo que no es suficiente con la realización de una acción ejecutiva, sino que ésta debe constituir un elemento del tipo. Para una convincente crítica del fundamento de la mencionada teoría, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, *cit.*, pp. 11-27; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, *cit.*, pp. 452-484; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 261 *et seq.*; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 51-60.

²⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 25, párr. 1392. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 304-305; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 150; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 71-77, distingue entre las teorías del dolo y las del interés. BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 156-157, 344-346 y 405-407; GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, p. 121; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 176; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 455; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 160; VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 297. Para una acertada descripción y crítica de la teoría subjetiva, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, *cit.*, pp. 27-38; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, *cit.*, pp. 326-332; WEIGEND, T., “Problems”, *cit.*, pp. 257-258; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 81-82; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 46-50.

título de coautor) es su voluntad de que el delito – parte del plan común – sea cometido, independientemente del contenido material de su contribución²⁸. Esta doctrina desarrollada por los tribunales *ad hoc*, especialmente por el TPIY, no exige que la contribución del interviniente en una ECC tenga cierta entidad, pese a lo cual establece una responsabilidad a título de coautoría²⁹. Es más, desde un punto de vista objetivo, en la práctica, los tribunales *ad hoc* han exigido menos al coautor (miembro de una ECC) que al partícipe: al centrar el criterio de distinción entre coautoría y participación en el tipo subjetivo, dejan de lado el criterio objetivo del nivel de contribución requerido en cada caso, y exigen para el partícipe contribuciones que tengan un “efecto sustancial” en la comisión del crimen, mientras que el coautor sólo debe haber llevado a cabo actos (de

²⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párr. 329. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 304-305; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., New York, 2008, p. 190; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, cit., pp. 434-435 y 448.

²⁹ Aunque en *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgment* del 15.07.1999 (IT-94-1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Tadić*), párrs. 220-228, la Sala de Apelaciones del TPIY no dejó claro cuál era la naturaleza jurídica de la ECC, en su Decisión en el caso *Milutinović* (así como la jurisprudencia posterior) aclaró que las tres categorías de la ECC debían entenderse como una forma de coautoría. *Vid. Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanic’s Motion challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21.05.2003 (ICTY-99-37-AR72) (en adelante, Decisión en el caso *Milutinović*), párrs. 20 y 31; *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgment* del 25.02.2004 (IT-98-32-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*), párrs. 95 y 102; *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgment* del 29.07.2004 (IT-95-14-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*), párr. 33; *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgment* del 28.02.2005 (IT-98-30/1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*), párr. 79; *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgment* del 03.04.2007 (IT-99-36-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*), párr. 434; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgment* del 13.12.2004 (ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Ntakirutimana*), párr. 462; *Gacumbitsi v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 07.07.2006 (ICTR-2001-64-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*), párr. 158. *Vid.* OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2009, p. 5, disponible en <http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf> [Consulta: 15.04.2015], p. 4; AMBOS, R., “*Joint Criminal Enterprise*”, cit., p. 171.

cualquier tipo) que “de alguna manera” estén dirigidos a promover el plan o propósito común³⁰.

Sin embargo, es de señalar la importante transformación que la jurisprudencia del TPIY ha sufrido en este ámbito, ya que desde 2007 – en la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin* – viene exigiendo que, aunque la contribución de un interviniente en una ECC no necesita ser sustancial, debe ser al menos significativa para la comisión de los crímenes por los que se establece su responsabilidad³¹. Pero, como se verá más adelante, este

³⁰ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párrs. 229; *Prosecutor v. Krnojelac, Appeals Chamber Judgment* del 17.09.2003 (IT-97-25-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*), párr. 33; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párr. 102; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párr. 89. En el mismo sentido, CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 211; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 317-318; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, *cit.*, pp. 434-435; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 136; VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2003, pp. 101-102. Es cierto que como señala AMBOS, K., “*Joint Criminal Enterprise*”, *cit.*, pp. 169-171, el TPIY ha empleado alguna vez la combinación del criterio subjetivo con el objetivo, pero se trata de casos puntuales, cuyo ejemplo más claro es el caso *Furundžija*, en el que el TPIY afirmó que la coautoría presupone una cooperación en una parte esencial de la ejecución del hecho, mientras que la complicidad puede agotarse en un apoyo psíquico. Así, en *Prosecutor v. Furundžija, Trial Chamber Judgment* del 10.12.1998 (IT-95-17/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*), el TPIY identificó la complicidad con todo favorecimiento de alguna manera (co)causante del hecho principal a través de una ayuda física o psíquica, de ahí que la presencia en el lugar del hecho pueda considerarse una conducta de complicidad, siempre que suponga un apoyo moral-espiritual. *Vid.* AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 77; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 134.

³¹ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 430; *Prosecutor v. Krajišnik, Appeals Chamber Judgment* del 17.03.2009 (IT-00-39-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*), párr. 215; *Prosecutor v. Popović, Trial Chamber Judgment* del 10.06.2010 (IT-05-88-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Popović*), párr. 1027; *Prosecutor v. Gotovina et al., Trial Chamber Judgment* del 15.04.2011 (IT-06-90-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*), párr. 1953. *Prosecutor v. Đorđević, Trial Chamber Judgment* del 23.02.2011 (IT-05-87/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Đorđević*), párr. 1863; *Prosecutor v. Kanyarukiga, Trial Chamber Judgment* del 01.11.2010 (ICTR-2002-78-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kanyarukiga*), párr. 624; *Prosecutor v. Gatete, Trial Chamber Judgment* del 31.03.2011 (ICTR-2000-61-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Gatete*), párr. 577; *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF Case), Trial Chamber Judgment* del 02.03.2009 (SCSL-04-15-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *RUF*), párr. 261; *Interlocutory Decision on the Applicable Law* del 16.02.2011 (STL-11-01/I) (en adelante, Decisión del TEL sobre el derecho aplicable), párr. 237. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 318-322; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, *cit.*, pp. 422 y 427-428. Si bien ya en el 2001, en la Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 16, párrs. 97-98, el TPIY requirió una contribución sustancial, lo cierto es que estableció tal exigencia sólo para determinados casos que consideró una excepción a

cambio no repercute en la definición de naturaleza subjetiva de la coautoría (doctrina de la ECC) empleada por el TPIY, ya que el nivel de aportación exigido – una contribución *significativa* – sigue siendo muy inferior a la contribución *esencial* requerida por el concepto del dominio del hecho – e incluso inferior a la contribución *sustancial* –³². En efecto, la finalidad de la inclusión de tal umbral mínimo es excluir del ámbito de la responsabilidad por ECC a aquellos que, en ejecución del plan común, realizan contribuciones de tan poca relevancia que no tienen un mínimo impacto en términos de incrementar la eficacia o eficiencia en la realización del plan común³³.

La doctrina de la ECC encuentra su origen en la doctrina de la *joint enterprise* o del *common design/purpose/pursuit* del *common law*, la cual surgió para hacer frente a las limitaciones con las que se enfrentaba la coautoría tradicional del *common law*³⁴. Tradicionalmente, el *common law* entendía la coautoría como una autoría accesoria en la que no existía imputación recíproca, dado que se consideraba coautor a quien realizaba

la regla general, a lo que añadió que la relevancia de la contribución podría ser importante en aras a demostrar que el acusado compartía la intención de perseguir el propósito común.

³² OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 322.

³³ *Idem.*; Esta exigencia de una contribución mínima resulta importante, sobre todo, en relación a la ECC II, puesto que, de lo contrario, cabría condenar como coautor a todo aquel que trabajara en una institución en donde las condiciones fueran abusivas. Si bien es cierto que en la ECC II, además del conocimiento del sistema de abuso, se exige la intención de promover el sistema de maltrato, los tribunales *ad hoc* han solido deducir tal intención de la decisión de seguir cumpliendo la función asignada; por lo que, en la práctica, todo aquel que conoce el sistema de abuso implementado en la institución en la que cumple sus funciones podría ser considerado miembro de una ECC, independientemente del grado de su contribución. De ahí la especial relevancia de la exigencia de una contribución sustancial en el ámbito de la ECC II. *Vid. Prosecutor v. Kvočka et al., Trial Chamber Judgment* del 02.11.2001 (IT-98-30/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*), párr. 284; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac, supra* nota 30, párrs. 96-97.

³⁴ VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility, cit.*, pp. 74-75, 103 y 106; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 131; VAN SLIEDREGT, E., "Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 196-198; CRVER, R., "Imputation and Complicity in Common Law States. A (Partial) View from England and Wales", *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 275-278.

los elementos del tipo autónomamente³⁵. En estos supuestos de realización paralela de propia mano de los elementos del tipo, la cualidad de autoría o participación de la intervención se decidía en función de la causalidad de la acción para la realización del tipo³⁶.

Ante las limitaciones de este entendimiento de la coautoría para hacer frente a los casos en los que determinados individuos se distribuían la realización del delito de acuerdo con un plan común, surgió la doctrina inglesa de la *joint enterprise*, que se caracteriza por la exigencia de un plan común y la imputación recíproca de todos los riesgos reales y previsibles de la comisión conjunta del hecho³⁷. No obstante, conviene tener en cuenta que las jurisdicciones del *common law* – así como los tribunales competentes para juzgar los casos de la segunda guerra mundial – han considerado a la doctrina de la *joint enterprise* como una forma de responsabilidad accesoria, y no como una forma de coautoría que da lugar a responsabilidad principal³⁸.

En resumen, la doctrina de la ECC desarrollada por los tribunales *ad hoc* se basa en la doctrina inglesa de la *joint enterprise*, y ambas emplean una definición subjetiva de la coautoría – y, por ende, un criterio subjetivo para

³⁵ VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 74-75, 103; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 177-179; CRVER, R., "Imputation", cit., pp. 272-273; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 160-161. Vemos que esta autoría accesoria se asemeja al concepto objetivo-formal de coautor. Vid. ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 54.

³⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 177-179; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 131.

³⁷ VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 74-75, 103 y 106; CRVER, R., "Imputation", cit., pp. 275-278.

³⁸ VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 74-75; VAN SLIEDREGT, E., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 201-203; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, Butterworths, 10ª ed., Londres, 2002, pp. 160-168; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 347. A lo que añade CRVER, R., "Imputation", cit., pp. 275-276, que, a diferencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en Inglaterra y Gales la ECC requiere que todos los intervinientes estén presentes en la escena del crimen y que exista un acuerdo expreso entre ellos (no es suficiente con que los intervinientes en el crimen quieran lo mismo), por lo que normalmente se aplica a grupos pequeños (no en situaciones de criminalidad sistemática y masiva).

distinguir entre autoría y participación –³⁹. Por el contrario, al basarse en la teoría del dominio del hecho – en concreto, la teoría del dominio funcional del hecho en relación a la coautoría –, la CPI emplea un criterio objetivo-material de distinción entre autoría y participación⁴⁰. No obstante, cabe precisar que en contadas ocasiones los tribunales *ad hoc* han empleado un criterio objetivo-subjetivo para distinguir entre autoría y participación⁴¹ y que en sus decisiones más recientes han combinado los requisitos de la teoría subjetiva de la ECC con los de la teoría objetivo-material del dominio del hecho – en concreto con los de la autoría mediata –⁴².

III.1.1. Coautoría basada en el dominio funcional del hecho

Como se ha adelantado, de acuerdo con lo establecido por la teoría del dominio funcional del hecho, la coautoría se caracteriza en que el dominio completo reside en las manos de varios, en tanto que sólo pueden realizar su plan actuando conjuntamente; pero al mismo tiempo, cada uno por separado puede anular el plan conjunto retirando su aportación⁴³.

³⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 304-305; OLÁSOLO, H., "Reflexiones", *cit.*, p. 5.

⁴⁰ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 304-305 y 491-493; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 121.

⁴¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 30, párr. 257, emplea tanto el criterio objetivo como el subjetivo para diferenciar la coautoría de la participación. Así, mientras que la coautoría exige intervenir en una parte integral de la tortura (tipo objetivo) y compartir el propósito detrás de la tortura, la participación sólo requiere ayudar de algún modo que tiene un efecto sustancial sobre la comisión del crimen y el conocimiento de que la tortura está teniendo lugar. Ahora bien, en dicha sentencia se sigue observando la prevalencia del componente subjetivo sobre el objetivo, párr. 252. *Vid.* AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 182-184.

⁴² OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 376-408, se refiere a esta construcción como "ECC en el nivel de liderazgo". *Vid.* Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29; Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31; Sentencia de primera instancia en el caso *Dorđević*, *supra* nota 31; Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*, *supra* nota 31.

⁴³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, pp. 305-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 146; WELZEL, "Studien", *cit.*, pp. 549-550; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría, cit.*, pp. 653 y 666; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 149; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 99; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 362-366; BADAR, M.E., "Just Convict Everyone", *cit.*, p. 296; GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 86; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.,

Olásolo se refiere a este concepto como "dominio negativo", en tanto que el coautor puede interrumpir la ejecución del plan común negándose a llevar a cabo su propia contribución⁴⁴. Es precisamente este criterio de dominio negativo el que ha sido el blanco de numerosas críticas dirigidas a la teoría del dominio del hecho (en su vertiente del dominio funcional). Dicho criterio se ha tildado de inadecuado para basar una responsabilidad por coautoría, por considerar acertadamente que todos los codelincuentes (incluyendo los partícipes) pueden ostentar tal dominio negativo⁴⁵. Díaz y García Conlledo lo considera una interpretación extensiva del concepto estricto de autoría y propone, en su lugar, el criterio del dominio positivo y conjunto del hecho⁴⁶.

Sin embargo, el propio Roxin ha señalado que, además del dominio negativo, el dominio funcional del hecho requiere un criterio positivo: la aportación esencial que cada uno de los coautores desarrolla para la realización conjunta del delito, en la que el dominio negativo no es sino la otra cara de la moneda⁴⁷. El dominio positivo del hecho debe entenderse en el sentido de un codominio o dominio conjunto, compartido con otros⁴⁸.

"Joint", cit., p. 455; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 176; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 148; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 161. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, supra nota 21, párr. 342; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 21, párrs. 521-526; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, supra nota 21, párr. 126; *Prosecutor v. Stakić*, *Trial Chamber Judgment* del 31.07.2003 (IT-97-24-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*), párr. 440. Es de señalar que la SPI en el caso *Stakić* constituye la única sentencia en la que el TPIY recurrió al concepto de coautoría por dominio funcional del hecho (en vez de a la doctrina de la ECC). Sin embargo, la Sala de Apelaciones marcó el fin de tal modo de autoría en la jurisprudencia del TPIY al volver a aplicar la teoría de la ECC. Vid. BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 362-366.

⁴⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 500-501.

⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 404 y 675-677. En sentido similar, critica la vaguedad del criterio del dominio negativo, OHLIN, J.D., "Searching for the Hinterman", cit., pp. 329-330.

⁴⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 675-678 y 690.

⁴⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 732; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 155.

⁴⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 155. No obstante, este dominio positivo no se corresponde con lo que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*,

Es por ello que, en esta medida, cada uno tiene el hecho en sus manos y tal “posición clave” de cada interviniente realiza con exactitud la estructura de la coautoría⁴⁹. Por consiguiente, no cabe duda de que debe considerarse coautor a aquel interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido⁵⁰. Por el contrario, resulta indiferente cuál es su disposición subjetiva hacia el acontecer o su motivación⁵¹, y tampoco es necesario que haya realizado una aportación material al hecho en sentido externo, ni que esté presente en el lugar del hecho⁵².

Lleva razón Roxin cuando advierte de que la idea básica del dominio del hecho conjunto – que todos sólo pueden actuar conjuntamente, porque cada uno necesita a los demás – no puede establecerse únicamente mediante criterios lógico-cognitivos y psicológicos, sino que el juez debe basarse en las circunstancias individuales del caso, teniendo en cuenta que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de “importancia esencial” para la concreta realización del delito⁵³. Así, sólo las aportaciones esenciales o considerables, es decir, las que son necesarias para una ejecución fundada en la división de tareas, pueden fundamentar

cit., pp. 677-678, entiende por dominio positivo y conjunto del hecho. Según el concepto restrictivo de autor que DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría, cit.*, pp. 485, 513 y 675, sigue, será autor quien realice la acción típica nuclear, por lo que no es suficiente la realización de una acción típica (mucho menos la de una acción ejecutiva no típica), en contra de lo defendido por ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, pp. 323-336.

⁴⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 309.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 310-311; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 147.

⁵¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 311. Explica DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría, cit.*, p. 657, que dar relevancia a la posición interna del sujeto sería caer en una teoría subjetiva.

⁵² ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 311; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, pp. 152 y 157. *Vid.* Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga, supra* nota 22, párrs. 1002-1005.

⁵³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, pp. 313-314. En idéntico sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga, supra* nota 22, párr. 1001, defiende un análisis caso por caso y un enfoque flexible.

una responsabilidad en coautoría⁵⁴. Es decir, la “esencialidad” de la contribución objetiva al delito constituye un presupuesto necesario de la coautoría⁵⁵.

Otro elemento central de la coautoría consiste en el acuerdo de voluntades de los intervinientes con respecto a la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias: en tanto que los coautores son interdependientes alternativamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente⁵⁶. En efecto, si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor, porque le falta el conocimiento de la relación mutua⁵⁷. Así, las contribuciones realizadas por los otros coautores le son atribuidas en la medida en que son llevadas a cabo de manera coordinada en ejecución de un plan común⁵⁸.

La importancia de este requisito estriba en que el acuerdo común a realizar el hecho constituye el fundamento de la imputación recíproca⁵⁹, por lo que,

⁵⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 189-192, define las contribuciones esenciales como aquellas “con relevancia objetiva y material” y que cumplen una función “independiente y esencial”, es decir, “escasa” y “de difícil reemplazo”. Vid. también ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 305-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 500-502; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 156-157; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 153-159. Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, supra nota 22, párrs. 996-1000. Para una crítica de este criterio, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 664-670.

⁵⁵ Sin embargo, no se exige este requisito en ninguna de las modalidades de ECC – al menos, no un umbral tan alto como el de la “esencialidad” –.

⁵⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 316; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147-149; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 149-153; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 653-657; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 678; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 75; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 149.

⁵⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 316; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147-149; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 149-153.

⁵⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, supra nota 21, párrs. 343-345; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 21, párrs. 522-523.

⁵⁹ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, p. 678; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., p. 656; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 75; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 149; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 100.

en caso de exceso de uno de los coautores, dicho acuerdo debe ser el límite insuperable en relación a la imputación recíproca, dado que el coautor que comete el exceso se independiza – el resto no puede co-dominar el exceso – y se convierte en autor individual del crimen cometido más allá de lo acordado con el resto de coautores⁶⁰. Por el contrario, como se explicará más adelante, con base en la tercera categoría de ECC, los coautores que se adhieren a lo acordado pueden ser considerados responsables – a título de autor – del exceso cometido por uno de ellos, siempre que tal exceso resultara una “consecuencia natural y previsible” de la realización del plan⁶¹. De ahí que deba criticarse que los tribunales *ad hoc* entiendan la ECC III como una forma de coautoría⁶².

III.1.2. Doctrina de la ECC

Cuando la Sala de Apelaciones del TPIV, en el caso *Tadić* formuló por primera vez la doctrina de la ECC, buscaba hacer frente a la dificultad para delimitar en contextos de criminalidad masiva la contribución específica realizada por cada individuo a la comisión de los delitos⁶³. Al hacerlo, no dejó claro cuál era la naturaleza jurídica de tal figura, dado que empleó tanto el concepto de coautoría como el de complicidad⁶⁴. No obstante, en su Decisión de 21 de mayo de 2003 en el caso *Milutinović* afirmó

⁶⁰ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 186-187; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 317; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 149.

⁶¹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 186-187.

⁶² *Idem*. Si bien ahondaremos en el problema más adelante, resulta necesario apuntar ahora que, pese a la aparente similitud con la ECC III, la aceptación del dolo eventual en el ámbito de la coautoría constituye un escenario diferente. Se trata de un supuesto en el que todos los miembros acuerdan que, en caso de ser necesario, cometerán un determinado delito (diferente del delito central acordado).

⁶³ CASSESE, A., *International*, cit., pp. 189-190; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 122; OHLIN, J.D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *JICJ*, Vol. 5, 2007, pp. 69-70; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, cit., pp. 415 y 420.

⁶⁴ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29. OLÁSOLO, H., “Reflexiones”, cit., p. 4.

expresamente que las tres categorías de la ECC constituían una forma de coautoría⁶⁵.

La Sentencia de apelación en el caso *Tadić* distinguió tres modalidades de ECC⁶⁶. Mientras que la primera y segunda modalidad de ECC – variante básica y sistémica, respectivamente – son aplicables a los “delitos base” o “centrales” de la ECC⁶⁷, la tercera sólo lo es en relación a los “delitos adicionales” o “previsibles”, es decir, a aquellos delitos que van más allá de lo acordado en el plan común, pero que son una consecuencia natural y previsible de dicho plan⁶⁸. Dado que el acuerdo o plan común constituye el fundamento de la imputación recíproca⁶⁹, no se entiende cómo un exceso de uno de los coautores – simplemente previsto personalmente por el resto de miembros, es decir, sin acordarlo entre ellos – puede ser atribuible a título de coautoría al resto de los intervinientes en una ECC III.

Si bien los requisitos del tipo objetivo y subjetivo de la ECC serán analizados en profundidad más adelante, se considera conveniente ilustrar aquí por medio de tres ejemplos cada una de las modalidades de ECC abstractamente descritas *supra*.

En lo que se refiere a la primera modalidad de ECC, si existe, por ejemplo, un plan criminal común (una ECC) para cometer un homicidio, todos los intervinientes en dicho plan serán castigados como coautores de

⁶⁵ Decisión en el caso *Milutinović*, *supra* nota 29, párrs. 20 y 31.

⁶⁶ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párrs. 220 y 228, y 225-226. Según CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 30 y 191, la Sala se basó en una norma de carácter consuetudinario, puesto que la ausencia de uniformidad en las legislaciones nacionales hacía imposible considerar que existía una regla general basada en los principios generales del Derecho Penal reconocidos por las naciones del mundo.

⁶⁷ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 307, se refiere con ello a los delitos que constituyen una parte integral del plan común, es decir, a aquellos cuya comisión es el fin último o el medio para alcanzarlo. En sentido similar, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, *cit.*, p. 418.

⁶⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 307-308; AMBOS, K., “*Joint Criminal Enterprise*”, *cit.*, p. 160; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 76; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 123-124; CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 199-209; VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 95-100; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, *cit.*, p. 418.

⁶⁹ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 186-187; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 317.

homicidio, aunque sólo uno de ellos dispare la bala que mata a la víctima. En tanto que todos los miembros de la ECC comparten el objetivo de matar a la víctima, todos ellos – incluso aquel que simplemente lleve a la víctima a la escena del crimen – serán considerados coautores de homicidio con base en la ECC I.

En cuanto a la segunda categoría de ECC, ésta está pensada para los casos de campos de concentración o de exterminio. Siempre que quede probado que el sujeto activo (trabajador de uno de estos campos) conocía lo que les ocurría a los internos y voluntariamente continuaba cumpliendo su función, será considerado coautor de los crímenes cometidos en el campo en el que trabajaba, aunque no realizara ninguna acción típica. Así, el trabajador que clasificaba a los detenidos a su llegada al campo o el conductor del tren que los llevaba allí pueden ser considerados coautores de las muertes y los malos tratos cometidos por otros trabajadores de la institución, si se prueba que tenían conocimiento del sistema de maltrato implementado en la institución y que voluntariamente siguieron realizando su trabajo.

En relación a la tercera modalidad, resulta ilustrativo el ejemplo – en nuestra opinión, muy claro – propuesto por Cassese⁷⁰. Una banda de criminales acuerda llevar a cabo un robo en un banco con la única ayuda de armas falsas, ya que no quieren causar ninguna muerte. Si un miembro de la banda porta un arma verdadera (para el caso en el que fuera necesario utilizarla) y otro miembro advierte este extremo, si finalmente el portador del arma verdadera ocasiona la muerte de alguna persona durante el robo, tanto quien dispara el arma como quien se percató de que el arma que llevaba su compañero era verdadera serán considerados coautores del robo y del homicidio. El resto de miembros sólo podrán ser castigados como coautores del robo, pero aquel que observó que el arma de su

⁷⁰ CASSESE, A., *International, cit.*, p. 200.

compañero era verdadera será también castigado como coautor de un homicidio, dado que previó y aceptó el riesgo de que su compañero matara a alguien.

La distinción entre la ECC I y ECC II no resulta clara. Pese a que tanto los intervinientes en una ECC I como los de una ECC II actúan con base en un plan común, la segunda se refiere a un sistema organizado (sistémico) de tratamiento inhumano – abarca los casos de campos de concentración en los que los crímenes son cometidos por unidades militares o administrativas que gestionan los campos con base en un plan o propósito común –, mientras que la primera es la forma básica que más se parece a la coautoría “normal”⁷¹. Así, algunos autores consideran a la ECC II simplemente como una subcategoría de la ECC I, mientras que otros defienden su autonomía frente al resto de modalidades de ECC.

Cassese se encuentra entre los que afirman la autonomía de la ECC II frente a las otras dos formas de ECC. Defiende que la variante básica establece la responsabilidad de todos los intervinientes en la ECC, independientemente del rol o posición que hayan ocupado al llevar a cabo el plan criminal común, siempre que todos compartan la misma de cometer un crimen⁷². Por el contrario, cree que cualquier contribución no es suficiente para establecer una responsabilidad con base en la ECC II – debe tratarse de una tarea indispensable en la consecución de los objetivos de la institución en cuestión –⁷³. La razón de esta diferencia con respecto a la ECC I (la exigencia de una contribución importante en la persecución de los objetivos de la institución) se debe a que en la ECC II los objetivos institucionales no son *per se* criminales (sino que incidentalmente la institución es empleada para propósitos criminales) y, por ello, resulta necesario exigir una contribución

⁷¹ AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, p. 160.

⁷² CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 191-192. Así, considera suficiente que simplemente se haya votado en una asamblea a favor de implementar el plan criminal común.

⁷³ *Ibid.*, p. 195.

sustancial o significativa por parte del interviniente en la ECC para poder establecer su responsabilidad penal como miembro de una ECC II⁷⁴.

Por su parte, Olásolo entiende la ECC II como una subcategoría de la ECC I, puesto que considera que al exigirse el conocimiento del sistema organizado de maltrato y la intención de que se realice el propósito criminal de dicho sistema⁷⁵, se requiere al miembro de una ECC II, al igual que al de una ECC I, actuar con dolo directo de primer grado (y en su caso, también con el *dolus specialis* requerido), sólo que, al ejecutarse el propósito común a través de un sistema de maltrato, tal requisito es encapsulado en la expresión "intención de promover el sistema de maltrato"⁷⁶. De ahí que considere a la ECC II como una subcategoría de la ECC I. No obstante, también defiende la necesidad de que se exija una contribución "significativa" para considerar a alguien miembro de una ECC II, dado que cree que ello ayudaría a que dejaran de ser sancionadas penalmente las contribuciones no-significativas realizadas por los trabajadores de una institución como un campo de concentración⁷⁷. Sin

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 196 y 199. Por ello, se muestra a favor de este requisito introducido por la Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 33, párrs. 323-324 y 309-311.

⁷⁵ Es decir, se exige la intención de cometer los delitos que son el fin último (o los medios para alcanzar dicho fin) del propósito criminal común, el cual es ejecutado a través de dicho sistema de maltrato. Vid. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 307; DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise and International Criminal Law – challenges and Controversies*, Croatian Academy of Legal Sciences, Zagreb, 2011, p. 201; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", cit., pp. 419-420. Vid. también Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 203. Cabe mencionar que, según la Sala, aunque todos fueran condenados por el crimen de guerra de maltrato, la pena variaba de acuerdo con el grado de intervención de cada acusado en la comisión del crimen.

⁷⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 329-333.

⁷⁷ *Idem.* Por lo tanto, el mismo autor sugiere que las sentencias de apelación en los casos *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párrs. 97-98, y *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 430., pueden entenderse en el sentido de que establecen un nivel mínimo de contribución a la ejecución del plan común, que debe, en todo caso, alcanzar el grado de lo significativo. Razonamiento que, según OLÁSULO, es confirmado por la Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, y la Sentencia de primera instancia en el caso *Dorđević*, *supra* nota 31, párr. 1863, pues analizan el requisito de la contribución significativa independientemente del cumplimiento por el sujeto activo de los elementos del tipo subjetivo de los delitos. Sin embargo, reconoce que las dos primeras sentencias también pueden interpretarse en el sentido de que no establecen ningún tipo de requisito objetivo

embargo, cabe señalar que cree que debe exigirse cierto nivel de contribución en relación a la ECC en general, no exclusivamente para la ECC II⁷⁸.

Si bien lleva razón Cassese cuando afirma que debería exigirse cierto nivel de contribución objetiva al delito en el ámbito de una ECC II⁷⁹, tal requisito no debería requerirse exclusivamente en relación a tal categoría de ECC, sino que debería exigirse también en relación a la ECC I. En efecto, si se quiere equiparar la ECC I y II a la coautoría, es necesario que se cumpla un mínimo estándar del tipo objetivo (contribución al hecho)⁸⁰: en concreto, el estándar de la "esencialidad" exigida por la teoría del dominio funcional del hecho⁸¹. Dicho de otro modo, el problema no estriba en que la ECC II exija menos a nivel subjetivo que la ECC I, sino que en ambos casos falta un importante elemento del tipo objetivo característico de la coautoría basada en el dominio funcional del hecho⁸². En el mismo sentido, Ambos sostiene que, para que la ECC I y la ECC II puedan ser consideradas como formas de coautoría, es imprescindible que se exija cierta entidad a las contribuciones realizadas por los intervinientes en la empresa criminal⁸³.

para la contribución al plan común, en tanto que se limitarían a generar una regla meramente probatoria conforme a la cual, cuando el dolo del sujeto activo se quiera deducir de su grado de contribución al plan común, éste debe ser al menos significativo.

⁷⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 316-324.

⁷⁹ Sobre todo, teniendo en cuenta que en algunos casos, tal y como advierten DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, cit., pp. 195-201, el TPIY ha deducido automáticamente el tipo subjetivo requerido de la posición que el interviniente ocupaba en la organización y del hecho de que participara en la promoción de dicha ECC II. Vid. también CASSESE, A., *International*, cit., p. 199.

⁸⁰ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 170-172.

⁸¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 314.

⁸² El hecho de no criticar la ECC III en este sentido (insuficiencia del estándar objetivo requerido) no quiere decir que ésta cumpla el requisito objetivo de la teoría del dominio del hecho, sino que, todo lo contrario, además de no cumplir tal estándar objetivo, adolece de otros problemas que hacen que sea imposible su caracterización como forma de coautoría – ni de ninguna otra forma de autoría –.

⁸³ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 170-172.

A continuación, se estudiará en qué se diferencian la coautoría basada en el dominio funcional del hecho y la ECC, primero, en el plano objetivo, y después, en el subjetivo.

III.2. Tipo objetivo

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la CPI, los requisitos objetivos de la **coautoría por dominio funcional del hecho** pueden agruparse en dos⁸⁴:

- 1) la existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas que, de ser llevado a cabo, conllevará la comisión de un crimen; y
- 2) que el sujeto activo realizara una contribución esencial al hecho de manera coordinada con el resto de coautores.

En lo que respecta a las características que debe cumplir el acuerdo de voluntades – primer elemento del tipo objetivo –, la resolución común a cometer el hecho puede consistir también en un acuerdo informal de voluntad⁸⁵. No obstante, las Salas de la CPI no se ponen de acuerdo sobre si el plan o acuerdo común debe estar específicamente dirigido a la comisión de un delito o si, por el contrario, es suficiente con que tal acuerdo o plan

⁸⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párr. 1006; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 343-348; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 521-526; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párrs. 128-138; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 22, párr. 350; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 22, párr. 160; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párrs. 478-491. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 494; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 176-177 y 182; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 150; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 362-366; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 123; GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 86; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 176; OHLIN, J.D., "Searching for the Hinterman", *cit.*, p. 328.

⁸⁵ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 185. Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 227.

común contenga un “elemento de criminalidad”⁸⁶. Resulta sorprendente que la CPI haya considerado al acuerdo común como requisito objetivo, ya que tal requisito no es sino la construcción conjunta del dolo de los codelincuentes, y por lo tanto un elemento subjetivo⁸⁷. De ahí que la definición del contenido del plan común esté estrechamente relacionada con la definición del tipo subjetivo⁸⁸ y que aquí se estudie dicho requisito en el Apartado III.3 de esta Parte II.

En cuanto al segundo elemento del tipo objetivo, sólo las aportaciones que superen el umbral de lo esencial – en el sentido de lo establecido por la jurisprudencia de la CPI – pueden fundamentar una responsabilidad en coautoría⁸⁹. No obstante, dos magistrados de la CPI han propuesto criterios

⁸⁶ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 496-497. La SCP I y SPI I de la CPI apuestan por la suficiencia del “elemento de criminalidad”. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga, supra* nota 21, párr. 344; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga, supra* nota 21, párr. 523; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga, supra* nota 22, párr. 984. Sin embargo, la exclusión del dolo eventual del ámbito del art. 30 ER por parte de la SCP II supone la insuficiencia de tal “elemento de criminalidad” para una responsabilidad por coautoría. En lo que se refiere a la doctrina de la ECC desarrollada por los tribunales *ad hoc*, no es suficiente con que el plan o acuerdo contenga un elemento de criminalidad, sino que el fin último del plan o los medios para lograr dicho fin deben ser punibles.

⁸⁷ GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, p. 123; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, p. 520; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 153; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, p. 678; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 160. En el mismo sentido, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría, cit.*, p. 653, quien define el plan común como un nexo subjetivo entre los coautores, en el sentido de un dolo común.

⁸⁸ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 90, nota 36.

⁸⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga, supra* nota 22, párrs. 996-1001; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga, supra* nota 21, párrs. 524-526; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba, supra* nota 22, párr. 350; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo, supra* nota 21, párrs. 136-138; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda, supra* nota 22, párr. 153; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana, supra* nota 22, párrs. 273 y 279; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 40; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the confirmation of charges* del 23.01.2012 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 292; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor’s Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*), párr. 36; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali, supra* nota 21, párrs. 401-

alternativos al de la esencialidad en sus votos particulares. En su voto particular a la Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, el magistrado Fulford ha propuesto emplear un nexo operativo, el cual describe como un nexo causal, en vez del criterio de la esencialidad⁹⁰. Por su parte, la magistrada Van den Wyngaert critica el criterio de la esencialidad por artificial y por dejar lugar a ejercicios especulativos, pero también critica la propuesta del nexo causal de Fulford, ya que entiende que éste es demasiado amplio⁹¹. En su lugar, la profesora y magistrada es partidaria de requerir una contribución directa a la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen⁹².

En efecto, el criterio propuesto por Fulford es demasiado amplio: cualquiera que realice una aportación causal podría ser considerado autor⁹³. Además, al no definir el contenido de dicho nexo causal, lo que el magistrado Fulford propone no es sólo un test ambiguo que deja demasiado al arbitrio y a la intuición del juez, sino que tampoco ofrece criterios sólidos para diferenciar entre coautoría y otros supuestos de codelincuencia⁹⁴. Sin embargo, tampoco resulta suficientemente convincente el criterio alternativo propuesto por la magistrada Van den

404 y 419; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 22, párr. 10. AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 189-192; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 152-153; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 305-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 500-502; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., p. 123; GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 86; DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise and Co-action: A Comparison" en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, p. 135. Para una crítica de este criterio, *vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 664-670.

⁹⁰ *Separate Opinion of Judge Adrian Fulford to Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgment* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06) (en adelante, voto particular del magistrado Fulford), párrs. 15-17.

⁹¹ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert to Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut* del 18.12.2012 (ICC-01/04-02/12) (en adelante, voto particular de la magistrada Van den Wyngaert), párrs. 41-43.

⁹² *Ibid.*, párrs. 44-47.

⁹³ *Ibid.*, párrs. 41-47. OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing the Control-Theory", *LJIL*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, pp. 728-729.

⁹⁴ OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", cit., pp. 728-729.

Wyngaert. De acuerdo con lo establecido por ésta, el carácter directo o no de la contribución deberá ser determinado caso por caso, e incluso la planificación de un hecho criminal (es decir, un acto preparatorio) podría constituir una contribución directa y, por ende, una responsabilidad por autoría⁹⁵. Además de no compartir la postura de que un mero acto preparatorio pueda dar lugar a una responsabilidad por autoría, el criterio que propone es tan indeterminado como el del magistrado Fulford⁹⁶.

Por ello, a pesar de que el criterio de la esencialidad exigido por la teoría del dominio del hecho necesita ser concretado – y corregido en algunos extremos establecidos por la jurisprudencia de la CPI (como el hecho de aceptar que un acto preparatorio pueda basar una responsabilidad por coautoría) –, dicho criterio, en conjunción con el resto de requisitos de la coautoría por dominio funcional del hecho, constituye una base sólida sobre la que edificar la responsabilidad por coautoría (y diferenciarla con respecto a la participación)⁹⁷.

En cuanto al objeto de referencia de la aportación, algunas voces han defendido acertadamente que la contribución esencial debe estar dirigida hacia la ejecución del crimen concretamente imputado a título de coautoría, y no hacia la ejecución de un plan más amplio que, de acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, puede ser no delictivo en sí mismo⁹⁸.

La CPI también ha tenido que pronunciarse sobre el momento en el que debe realizarse la contribución al hecho para que ésta pueda ser considerada esencial. En contra de lo establecido por la doctrina

⁹⁵ Voto particular de la magistrada Van den Wyngaert, *supra* nota 91, párrs. 44-47.

⁹⁶ OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, pp. 729-730.

⁹⁷ Pese a que aparentemente OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, pp. 732-734, proponen una serie de "nuevos" factores para completar el criterio de la esencialidad, lo cierto es que se están refiriendo al resto de requisitos necesarios de la coautoría por dominio funcional del hecho.

⁹⁸ GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 539-542 y 546-549; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, p. 451.

mayoritaria⁹⁹, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* afirmó que quienes actúen en fase preparatoria también pueden tener el dominio del hecho, puesto que la limitación a las aportaciones en la fase ejecutiva no está prevista en el ER¹⁰⁰. Aquellos que defienden la postura minoritaria argumentan que determinados actos preparatorios, como la planificación de los crímenes, son de una importancia tal para el éxito del crimen que pueden constituir una aportación esencial capaz de basar una responsabilidad por coautoría, pese a ser llevada a cabo en fase preparatoria¹⁰¹. A lo que añaden que, en el ámbito de los crímenes internacionales, normalmente los máximos responsables se limitan a la planificación de los crímenes¹⁰².

Por el contrario, la doctrina mayoritaria ha señalado que el que actúa solo en la fase preparatoria tiene que dejar en manos de otro la decisión última

⁹⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 323-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 151; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 73-74 y 80; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 403; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 137 y 153; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., p. 123; GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 87; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", cit., p. 521; HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, Verlag C.H. Beck, München, 1977, p. 65; KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997, p. 518; GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson S.L., Madrid, 2011, pp. 369-370.

¹⁰⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, supra nota 21, párr. 348. Vid. también *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against his conviction* del 01.12.2014 (ICC-01/04-01/06 A 5) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Lubanga*), párrs. 469 y 473; *Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé* del 11.12.2014 (ICC-02/11-02/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Blé Goudé*), párrs. 134-135. GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., p. 123; GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 87; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 99-100; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", cit., p. 459; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 176; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 162.

¹⁰¹ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1970, p. 159; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin – New York, 1991, pp. 620-622; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLA (eds.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, pp. 155-158.

¹⁰² MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 156-157.

sobre si el delito se comete o no¹⁰³. Como explica Gil Gil en relación al argumento de la SCP I en el caso *Lubanga*, la restricción no proviene de ninguna redacción legal sino de qué se entiende por dominio del hecho y de si quien actúa solo en fase preparatoria puede considerarse poseedor de tal dominio, lo que la Sala no estudia¹⁰⁴.

Lleva razón Faraldo cuando explica que las contribuciones de los coautores deben producirse o actualizarse en la fase de ejecución del hecho – y no en la preparatoria –, si bien no tienen por qué materializarse en la ejecución directo-corporal de acciones típicas¹⁰⁵. Centrándose en los contextos en los que existe el denominado “sujeto de atrás”, señala que:

- 1) si el sujeto de atrás sigue dirigiendo la realización del hecho, su dominio funcional del hecho quedará actualizado en la fase de ejecución y podrá ser considerado coautor, aunque no lleve a cabo acciones de ejecución en sentido objetivo-formal¹⁰⁶;
- 2) pero si no lo actualiza ni siquiera como “dirección de la ejecución”, no podrá ser considerado coautor¹⁰⁷, ya que no es suficiente el acuerdo previo o la organización en la fase

¹⁰³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 323-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 151; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 403; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 137 y 153; GIL GIL, A., “Principales figuras”, cit., p. 123; GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, cit., p. 87; HERZBERG, R.D., *Täterschaft*, cit., p. 65; KÖHLER, M., *Strafrecht*, cit., p. 518; GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pp. 369-370.

¹⁰⁴ GIL GIL, A., “Principales figuras”, cit., p. 123; GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, cit., p. 87.

¹⁰⁵ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 137. En un sentido similar, ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 156; y OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “*Assessing*”, cit., pp. 732-734.

¹⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 137; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, *ADPCP*, Vol. 37, Núm. 1, 1984, p. 112.

¹⁰⁷ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 137, en referencia a GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “El dominio”, cit., p. 112.

preparatoria para afirmar el dominio funcional del hecho del sujeto de atrás¹⁰⁸.

En el mismo sentido, ya había afirmado Gimbernat que es necesario que el coautor realice un acto ejecutivo (excluyendo la responsabilidad por autoría en relación a meros actos preparatorios), pero sin que llegue a exigirse la realización de un acto consumativo, es decir, sin llegar a exigir la realización de elementos del tipo¹⁰⁹. En efecto, va demasiado lejos la exigencia de la realización de un elemento del tipo¹¹⁰, que se debe a un concepto de autor basado en la teoría objetivo-formal¹¹¹, la cual, por razones ya de sobra mencionadas, no es la aquí seguida. Además, el hecho de requerir la realización de actos ejecutivos resuelve satisfactoriamente los supuestos en los que se ignora cuál de los intervinientes en el crimen fue quien lo consumó (quien realizó el elemento del tipo)¹¹². Piénsese en el supuesto en el que varias personas golpean a una víctima y ésta muere a causa de uno de los golpes recibidos, sin saber quién propinó el golpe mortal.

¹⁰⁸ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 330-331; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 137-138.

¹⁰⁹ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 73-74 y 80. En el mismo sentido, ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 157; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", cit., p. 521, nota 50.

¹¹⁰ Va aún más lejos la propuesta de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 485, 513 y 672-688, de entender que será autor sólo quien realice la acción típica nuclear (aquella en que descansa el centro de gravedad del injusto del hecho), por lo que ni siquiera será siempre suficiente la realización de una acción típica para ser sancionado a título de autor. Si bien su postura es coherente con el concepto extremadamente restrictivo de autor que defiende, no convencen sus argumentos para defender tal postura, ni mucho menos las soluciones a las que llega en aplicación de dicho concepto restrictivo. Según él, no guarda la misma relación con el tipo la conducta de quien sujeta a la víctima y la de quien asesta la puñalada (ni siquiera en los casos en los que la violencia es un elemento del tipo, como en la violación), por ello, sólo quien asesta la puñalada (o tiene acceso carnal) puede ser considerado autor, mientras que quien sujeta a la víctima sólo puede ser considerado partícipe (cooperador necesario de acuerdo con el Código Penal español). Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 675 y 679-681.

¹¹¹ Para una crítica de este requisito de la teoría objetivo-formal, vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 7-20.

¹¹² GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 80-82. Por el contrario, la aplicación en la práctica del concepto excesivamente restrictivo de autor propuesto por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 685-688, no ofrece una solución satisfactoria.

Por su parte, Roxin también defiende convincentemente que debe tratarse de una contribución ejecutiva al delito (y no preparativa), ya que aquel que sólo ha ayudado a crear las condiciones previas del delito, deja de ser la figura central del suceso de la acción¹¹³. Es decir, aquel que sólo ha cooperado preparando no puede realmente “dominar” el curso del suceso; si el otro obra libre y autónomamente: en la ejecución él queda dependiendo de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo¹¹⁴.

Podría objetarse que, debido a la división del trabajo propia de la coautoría, suele ser algo casual que la acción de un interviniente constituya un acto ejecutivo o un acto más alejado del resultado (quien realiza un acto ejecutivo podría perfectamente haber realizado un acto preparatorio, y viceversa). Sin embargo, de aceptar dicho argumento, no se tendría en cuenta que lo verdaderamente relevante es el hecho como ha sido desarrollado *in concreto*, y no juicios hipotéticos relativos a la posibilidad de que quien ha actuado en fase preparatoria podría haber tomado parte directa en la ejecución del hecho: sólo puede castigarse como (co)autor directo a quien efectivamente ha tomado parte directa en la ejecución del hecho¹¹⁵.

En cualquier caso, cabe señalar que no toda contribución concomitante (realizada durante la etapa ejecutiva) debe considerarse como un acto

¹¹³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 323-336; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 407. En contra de este argumento, señala GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 124-127, que también quien actúa en fase preparatoria podría desbaratar el plan total, y por ende, ser autor. Dado que GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 61-64, defiende la necesidad de una acción ejecutiva para poder ser considerado coautor, su crítica va dirigida a la teoría del dominio del hecho, y no al requisito de una contribución ejecutiva.

¹¹⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 323-336. A lo que añade que tampoco es correcto entender que toda colaboración en el marco de la división del trabajo, por alejada e insignificante que sea, independiente de todo dominio sobre el suceso, tenga que entrañar una coautoría.

¹¹⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 331-334; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 62-64.

ejecutivo, ya que también es posible la complicidad durante la ejecución del hecho; y el único criterio para decidir si una contribución realizada durante la ejecución del crimen da lugar a responsabilidad por autoría o por complicidad reside en el criterio de la realización de actos ejecutivos¹¹⁶. Esto está relacionado con la cuestión del comienzo de la ejecución, la cual aquí se identifica con la acción que precede inmediatamente a la típica y se halla unida a ella en una íntima conexión¹¹⁷. Así, si no existe dicha conexión íntima con la acción típica, aunque la contribución se realice durante la fase de ejecución, tal interviniente sólo podrá ser responsable a título de participación¹¹⁸.

Para terminar con el requisito de la contribución esencial requerida en la coautoría por dominio funcional del hecho, cabe mencionar la denominada coautoría sucesiva (casos en los que el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado para continuar ejecutando el delito junto con los otros)¹¹⁹. El límite temporal máximo para que la intervención en fase de ejecución sea calificada de coautoría (sucesiva) está constituido por la consumación formal o, en los tipos que la admiten, por la consumación material o terminación del delito¹²⁰. Dicho de otra manera,

¹¹⁶ GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 77-78.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 84-88; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 334-336. Según AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 192-194, con dicho entendimiento de los actos de ejecución, la preparación organizativa de crímenes macrocriminales también podría constituir un "componente del acto de realización".

¹¹⁸ Explica GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., p. 88, que quien vigila mientras sus compañeros roban una casa no puede ser considerado coautor, sino cómplice, por faltar la íntima conexión entre la acción de vigilar y la de robar. Por el contrario, considera, acertadamente, que quien sujeta a la víctima mientras otro le asesta una puñalada debe ser considerado coautor del homicidio, pues existe dicha conexión inmediata. *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 89 *et seq.* *Vid.* también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 157; Llega a una solución similar, si bien por medio de la aplicación de un criterio distinto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, cit., pp. 681-682.

¹¹⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 320.

¹²⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 150-152.

sólo podrá admitirse la existencia de un acuerdo si a partir de éste es todavía posible la realización conjunta del tipo delictivo¹²¹.

En lo que respecta a los elementos del tipo objetivo de la ECC, éstos son los mismos en las tres categorías de ECC¹²²:

- 1) una pluralidad de personas;
- 2) la existencia de un plan, diseño o propósito común; y
- 3) la participación del sujeto activo en la ECC mediante cualquier forma de cooperación en o contribución a la ejecución del propósito común.

En relación al primer elemento, no resulta necesario que la pluralidad de personas conforme una estructura organizada ni que cada individuo esté

¹²¹ *Idem.*

¹²² AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 160-161; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 122 y 124; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 135; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 310; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 348-349; DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, *cit.*, p. 137; VAN DER WILT, H., "Joint criminal enterprise and functional perpetration" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 158; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, p. 419; DAVID, É., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 646; DE FROUVILLE, O., *Droit international pénal: Sources, incriminations, responsabilité*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012, p. 358. Vid. Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 227; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párr. 100; Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 30, párr. 31; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párr. 96; *Prosecutor v. Stakić, Appeals Chamber Judgment* del 22.03.2006 (IT-97-24-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Stakić*), párr. 64; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 364; Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, párrs. 184 y 215; *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case), Appeals Chamber Judgment* del 22.02.2008 (SCSL-2004-16-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso AFRC), párr. 75; Sentencia de primera instancia en el caso *RUF*, *supra* nota 31, párrs. 257-261; *Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch (001 Case), Trial Chamber Judgment* del 26.07.2010 (001/18-07-2007/ECCC/TC) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso 001), párr. 508; *Prosecutor v. Ieng Sary, Ieng Thirith and Khieu Samphan (002 Case), Decision on the appeals against the co-investigative judges order on Joint Criminal Enterprise* del 20.05.2010 (002/19-09-2007-ECCC/OIJ (PTC38)) (en adelante, Decisión sobre la ECC en el caso 002), párr. 38.

identificado personalmente; por el contrario, es suficiente con que se identifique el grupo u organización al que pertenecen¹²³.

En cuanto al segundo elemento del tipo objetivo, éste requiere la existencia de un plan criminal común que equivalga a o implique la comisión de un crimen¹²⁴. Olásolo lo entiende como un acuerdo entre dos o más personas que pretenden la comisión del delito o lo consideran como el medio para alcanzar su fin último¹²⁵. Por tanto, considera que no es suficiente con que el plan o acuerdo contenga un elemento de criminalidad, sino que el fin último del plan o los medios para lograr dicho fin deben ser punibles¹²⁶. Sin embargo, esta afirmación no resulta aplicable a la tercera modalidad de la ECC, en tanto que ésta establece la responsabilidad penal por delitos que, sin constituir el fin último o los medios para lograr dicho fin, sólo son una consecuencia natural y previsible

¹²³ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 311; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 124. Vid. Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 227; Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 30, párr. 31; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párr. 100; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párr. 81; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párr. 64; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 364; Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, párr. 709; Sentencia de primera instancia en el caso *Đorđević*, *supra* nota 31, párr. 1861; Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*, *supra* nota 31, párr. 1953; Sentencia de primera instancia en el caso *001*, *supra* nota 122, párr. 508.

¹²⁴ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 227; Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 30, párr. 31; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párr. 100; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párrs. 81 y 96; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párr. 64; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 364; Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, párr. 184; *Prosecutor v. Simić, Trial Chamber Judgment* del 17.10.2003 (IT-95-9-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*), párr. 158; Sentencia de primera instancia en el caso *Popović*, *supra* nota 31, párr. 1024; Sentencia de apelación en el caso *AFRC*, *supra* nota 122, párr. 80; Sentencia de primera instancia en el caso *RUF*, *supra* nota 31, párr. 258; Sentencia de primera instancia en el caso *001*, *supra* nota 122, párr. 508.

¹²⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 311-315. En idéntico sentido, DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise, cit.*, p. 178; y GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 115.

¹²⁶ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 311-315. Para una visión contraria, *vid.* DE FROUVILLE, O., *Droit international, cit.*, p. 360.

del plan¹²⁷. Para terminar, no es necesario que el plan haya sido previamente formulado, ni que éste sea expreso¹²⁸.

En referencia al tercer y último elemento del tipo objetivo, el interviniente en una ECC no necesita estar presente cuando los ejecutores cometen el delito, y puede contribuir a través tanto de acciones como de omisiones¹²⁹. En efecto, aunque una forma de intervenir pueda consistir en la realización de los elementos del tipo objetivo, la responsabilidad por ECC también abarca otros medios¹³⁰.

Es cierto que, a diferencia de su jurisprudencia inicial, los tribunales *ad hoc* exigen ahora que la contribución de un interviniente en una ECC sea al menos significativa (aunque no necesite ser sustancial)¹³¹. Pero dicho giro de la jurisprudencia no cambia la naturaleza subjetiva de la definición de la coautoría de la ECC, en tanto que el nivel de aportación exigido sigue

¹²⁷ También observan este problema DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, cit., pp. 178-182. Parece que también tienen en cuenta esta diferenciación la Sentencia de primera instancia en el caso *Đorđević*, supra nota 31, párr. 1862; Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*, supra nota 31, párr. 1953, pues distinguen entre las categorías de la ECC al referirse al segundo elemento del tipo objetivo de dicha teoría.

¹²⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 311-315.

¹²⁹ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, supra nota 29, párr. 192; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, supra nota 30, párr. 81; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, supra nota 29, párr. 112.

¹³⁰ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, supra nota 20, párr. 192; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, supra nota 30, párr. 81; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, supra nota 29, párr. 112. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 316-324.

¹³¹ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, supra nota 29, párr. 430; Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, supra nota 31, párr. 215; Sentencia de primera instancia en el caso *Popović*, supra nota 31, párr. 1027; Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*, supra nota 31, párr. 1953; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, supra nota 29, párrs. 97-98; Sentencia de primera instancia en el caso *Đorđević*, supra nota 31, párr. 1863; Sentencia de primera instancia en el caso *Kanyarukiga*, supra nota 31, párr. 624; Sentencia de primera instancia en el caso *Gatete*, supra nota 31, párr. 577; Sentencia de primera instancia en el caso *RUF*, supra nota 31; Decisión del TEL sobre el derecho aplicable, supra nota 31, párr. 237. Vid. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 318-322; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 125; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", cit., pp. 422 y 427-428; DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise" cit., pp. 134-135; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 363; DANNER, A.M., MARTÍNEZ, J.S., "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, Vol. 93, Núm. 1, 2005, pp. 150-151.

siendo muy inferior a la contribución esencial requerida por el concepto del dominio funcional del hecho¹³². Precisamente en este punto se encuentra la diferencia más importante desde el punto de vista objetivo entre la doctrina de la ECC y la teoría del dominio funcional del hecho: ambas teorías exigen una pluralidad de personas y un acuerdo o plan común – si bien existen diferencias entre las características de estos dos elementos en cada una de las teorías –, pero se diferencian en que la primera sólo exige una contribución significativa, mientras que la segunda requiere una contribución esencial.

Los tribunales *ad hoc* han señalado que, si bien no es necesario que la contribución a una ECC sea necesaria o sustancial, ésta debe ser al menos “significativa”; y han definido la contribución significativa como la acción u omisión que hace que la empresa criminal sea más “eficiente o efectiva”¹³³. Por el contrario, la CPI entiende que a una persona le ha sido asignada una función “esencial” – y por tanto, posee el co-dominio funcional del hecho junto al resto de coautores – cuando ésta puede arruinar la comisión del crimen si se niega a llevar a cabo su tarea¹³⁴.

¹³² OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 322.

¹³³ Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 33, párrs. 275 y 309; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 430; Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, párr. 215; Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 124, párr. 159; Sentencia de primera instancia en el caso *Popović*, *supra* nota 31, párr. 1027; Sentencia de primera instancia en el caso *Đorđević*, *supra* nota 31, párr. 1863; Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*, *supra* nota 31, párr. 1953; Sentencia de primera instancia en el caso *Kanyarukiga*, *supra* nota 31, párrs. 624 y 643; Sentencia de primera instancia en el caso *Gatete*, *supra* nota 31, párr. 577; Decisión del TEL sobre el derecho aplicable, *supra* nota 31, párr. 237. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 316-324; DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise, cit.*, pp. 182-183.

¹³⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 996-1001; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 524-526; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 22, párr. 350; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párrs. 136-138; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 22, párr. 153; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párrs. 273 y 279; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 40; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 292; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 89, párr. 43; Decisión de

Como una gran mayoría de autores que han escrito sobre esta cuestión, se defiende aquí la teoría del dominio funcional del hecho y se considera imprescindible que en el plano objetivo la contribución de un interviniente al hecho sea esencial para poder establecer su responsabilidad por coautoría¹³⁵. De lo contrario, quedaría además desdibujada la diferencia entre la coautoría y la participación en un crimen, dado que sólo cabría distinguirlas desde el punto de vista subjetivo¹³⁶.

III.3. Tipo subjetivo

En la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, la SCP I de la CPI dividió en tres los elementos del tipo subjetivo requeridos por la **teoría del dominio funcional del hecho** en el contexto de la coautoría¹³⁷:

- 1) que en el sujeto activo concurren los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión;

confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 21, párrs. 401-404 y 419; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 22, párr. 10. AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 189-192; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 500-502.

¹³⁵ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 189-192; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 305-336; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 500-502; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 117-118; GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 83. Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 996-1000.

¹³⁶ Es por ello que en la Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 229, el TPIY señaló que el tipo subjetivo con el que se realiza la contribución es lo que marca la distinción entre autores y partícipes del delito. En el mismo sentido, Decisión en el caso *Milutinović*, *supra* nota 29, párr. 20.

¹³⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 349-367; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 527-539; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 980-1016; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 22, párr. 161; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párrs. 495-498. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 494-495 y 508-512; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 150-151; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 362-366; BADAR, M.E., "Just Convict Everyone", *cit.*, p. 296; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 124-125; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 521-523; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 176; OHLIN, J.D., "Searching for the Hinterman", *cit.*, pp. 328-329; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, p. 163; DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise" *cit.*, pp. 136-137.

- 2) que el sujeto activo y el resto de coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común puede conllevar la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen; y
- 3) que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten co-dominar el hecho.

En relación al primer elemento, los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión pueden coincidir con el tipo subjetivo establecido por el artículo 30 ER o con algún otro establecido expresamente por la definición del crimen en cuestión – introducido con base en la excepción “salvo disposición en contrario” prevista en el mencionado artículo 30 – ¹³⁸. Cabe señalar que la exigencia de que concurren los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión incluye, en su caso, todo *dolus specialis*¹³⁹.

Resulta de suma importancia el debate entre las distintas Salas de la CPI en relación al segundo elemento del tipo subjetivo de la coautoría. De acuerdo con lo establecido por la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, es suficiente con que el sujeto activo y el resto de coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común “puede conllevar” la realización de los

¹³⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 349-360; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 527-532; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párrs. 151-158; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 333. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 508-510; GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 86; GIL GIL, A., “*Imputación de crímenes*”, *cit.*, pp. 521-523.

¹³⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 349-360; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 527-532; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 22, párr. 351; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párrs. 151-158; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 333; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párr. 495. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 508-510; GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 86; GIL GIL, A., “*Imputación de crímenes*”, *cit.*, pp. 521-523.

elementos del tipo objetivo del crimen¹⁴⁰. Es decir, los coautores deben tan sólo conocer mutuamente el riesgo – tanto alto como bajo – de la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen, y aceptar mutuamente tal riesgo. Como puede observarse, este estándar se corresponde con el umbral del dolo eventual establecido en la misma Decisión; de ahí que la SCP I incluya también en el ámbito de la coautoría el conocimiento (mutuo) y la aceptación (mutua) de un riesgo tanto alto como bajo¹⁴¹.

Por el contrario, desde la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, la SCP II de la CPI viene exigiendo que el sujeto activo sea consciente y acepte que la implementación del plan común “conllevará” la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen¹⁴². Además de no exigir que la conciencia ni la aceptación sean mutuas, la posición de la SCP II se aleja de lo establecido por la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga* en el sentido de que no basta con que el plan común “pueda conllevar” la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen, sino que el plan “debe conllevar” la realización de tales elementos. La toma de postura de la SCP II en el ámbito de la coautoría es coherente con su decisión, en relación al tipo subjetivo del art. 30 ER, de excluir el dolo eventual y aceptar exclusivamente el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado *stricto sensu*¹⁴³.

Tal y como se explicaba al analizar el contenido del art. 30 ER, pese a la aparente exclusión del dolo eventual, lo cierto es que tanto la Decisión de

¹⁴⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 361-365; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párr. 496.

¹⁴¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 361-365. *Vid.* Capítulo II de esta Parte II.

¹⁴² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 22, párr. 351; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párr. 159; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 333; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 21, párrs. 297 y 410.

¹⁴³ *Vid.* Capítulo II de esta Parte II.

confirmación de cargos en el caso *Katanga* como la Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga* incluyen el primer escenario del dolo eventual también en el ámbito concreto de la coautoría¹⁴⁴. En efecto, si bien exigen que los coautores supieran que la implementación del plan común conllevaría la realización del crimen “en el curso normal de los acontecimientos”, ello no debe entenderse en el sentido de que los coautores deban saber que el crimen constituye una consecuencia necesaria de la implementación del crimen (dolo directo de segundo grado *stricto sensu*), sino que sólo deben ser (mutuamente) conscientes del riesgo (alto) de que el resultado tenga lugar como consecuencia de la implementación del plan¹⁴⁵. Prueba de ello es que la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* sólo niega expresamente la responsabilidad por coautoría en los supuestos en los que existe un riesgo bajo y no-aceptado de producción del crimen en cuestión¹⁴⁶.

Otra forma de aceptar la suficiencia del primer escenario del dolo eventual en el ámbito de la coautoría consiste en negar la necesidad de que el plan esté específicamente dirigido a la comisión del crimen en cuestión (o la necesidad de que el plan sea intrínsecamente criminal), y en defender la suficiencia de que el plan incluya un “elemento de criminalidad”¹⁴⁷. Olásolo

¹⁴⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 527-539; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 982-987 y 1010-1012. En el mismo sentido, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 22, párr. 161; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 271; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párrs. 495-498. *Vid.* Capítulo II de esta Parte II.

¹⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 527-539; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 982-987. Obviamente, se exige también la aceptación mutua de tal riesgo.

¹⁴⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párr. 537.

¹⁴⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párr. 344; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párrs. 982-987; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 271. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 141-148.

interpreta acertadamente el requisito del “elemento de criminalidad” como si incluyera los tres siguientes supuestos¹⁴⁸:

- 1) cuando el plan común está dirigido a la realización de un objetivo punible (dolo directo de primer grado);
- 2) cuando los medios a través de los que se pretende conseguir el objetivo último del plan común son ilícitos (dolo directo de segundo grado *stricto sensu*); y
- 3) cuando tanto el fin como los medios son lícitos, pese a lo cual se acuerda recurrir a la comisión de un delito en caso de que se den ciertas circunstancias (primer escenario del dolo eventual).

Cabe subrayar que en este último caso se exige, por un lado, el primer escenario del dolo eventual – conciencia y aceptación del riesgo de recurrir a la comisión de un delito “en caso de que se den ciertas circunstancias” o “en caso necesario” –¹⁴⁹, y por otro, una conciencia y una aceptación “mutuas” del riesgo (sustancial) de que la ejecución del plan común pueda conllevar la realización de los elementos del tipo objetivo del delito¹⁵⁰. Por consiguiente, como se explicará con más detalle más adelante, no pueden entenderse como ejemplos del primer escenario del dolo eventual en el ámbito de la coautoría:

- 1) ni la mera conciencia y aceptación “personales” – supuesto en el que uno de los coautores, sin acordarlo con el resto, prevé cometer un delito en caso de se cumplan determinadas circunstancias –;

¹⁴⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 510.

¹⁴⁹ A favor de la aceptación del dolo eventual como umbral subjetivo suficiente en el ámbito de la coautoría también ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 311.

¹⁵⁰ Para entender la relevancia de que la conciencia y la aceptación del riesgo sean mutuas, *Vid.* ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 316-317.

- 2) ni la mera previsibilidad por parte de un coautor de que otro de los coautores pueda cometer un delito no-acordado si se dan determinadas circunstancias.

En el mismo sentido, Gil Gil se muestra partidaria de incluir el dolo eventual en el art. 30 ER también en el ámbito de la coautoría y, para ello, parte de la distinción entre el dolo y la “voluntad incondicionada de actuar”¹⁵¹. Según esta autora, la voluntad incondicionada de actuar es parte de todas las clases de dolo, incluyendo el dolo eventual, y supone la voluntad de llevar a cabo la conducta que cumple la definición del crimen¹⁵². Por tanto, debe existir una voluntad incondicionada de actuar con respecto a la conducta. Por el contrario, las consecuencias de la conducta pueden ser meramente previstas¹⁵³.

La misma autora traslada lo dicho al ámbito de la coautoría, y señala que el coautor debe querer (y no meramente prever) la realización de los actos posteriores que suponen la realización de la conducta criminal: es decir, cada coautor debe realizar su contribución con el conocimiento (y no meramente previsión de la posibilidad) de la voluntad de los otros coautores de realizar los actos posteriores que completarán la conducta que cumple la definición del crimen y que pueden conllevar la producción del resultado criminal¹⁵⁴, independientemente de la clase de *mens rea* con la que cada uno de ellos quiere tal resultado¹⁵⁵. Sólo entonces compartirá la voluntad de actuar¹⁵⁶, y el acuerdo o plan común es el modo de construir de manera conjunta el dolo de los coautores – más concretamente, su elemento de la “voluntad de actuar” –, lo que permite sancionar a cada

¹⁵¹ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 101.

¹⁵² *Idem.*; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, p. 545.

¹⁵³ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 104; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, p. 545.

¹⁵⁴ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, pp. 102 y 113; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, pp. 564 *et seq.*

¹⁵⁵ GIL GIL, A., “*Mens Rea*”, *cit.*, p. 113.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 102.

coautor por la conducta de los otros coautores¹⁵⁷. Así, como explica Gil Gil, la clave es distinguir la voluntad referida a la conducta (la cual requiere una voluntad incondicionada de actuar y, en el caso de la coautoría, el conocimiento de la voluntad incondicionada de actuar de los otros) de la voluntad referida a las consecuencias de la conducta (la cual requiere la mera previsibilidad)¹⁵⁸.

Por consiguiente, Gil Gil llega a la conclusión aquí defendida de que la conciencia y la aceptación del riesgo de producción del resultado (dolo eventual) han de ser mutuas/compartidas en el ámbito de la coautoría: una persona no puede ser coautora de una conducta que ha sido realizada por otro coautor yendo más allá del plan común, aun cuando fuera altamente probable que dicha persona iría más allá del plan común¹⁵⁹. Es esencial que el acuerdo común incluya el crimen concreto que se imputa, y evitar emplear propósitos más amplios en los que todo lo que es posible o previsible podría encajar¹⁶⁰. Gil Gil equipara el tipo subjetivo de la coautoría con la de los delitos mutilados de varios actos¹⁶¹; por ello, en los casos de coautoría, la primera persona que actúa debe conocer (porque así se ha acordado) – y no sólo prever (por muy alta que sea la probabilidad) – la voluntad de la segunda persona de realizar la segunda conducta¹⁶². Resumiendo, la coautoría es simplemente la división del crimen en diferentes actos criminales incompletos, sólo que la voluntad de realizar por sí mismo los actos posteriores es reemplazada por el conocimiento

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 89, 102 y 113.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 104.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 89 y 113; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 549-550.

¹⁶⁰ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, pp. 89 y 113.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 102-103; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 564 *et seq.*

¹⁶² GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 104; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 564 *et seq.*

(porque así se ha acordado en el plan común) de que los otros coautores continuarán con el resto de acciones necesarias¹⁶³.

En lo que respecta al tercer requisito subjetivo (que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten co-dominar el hecho), se requiere que el sujeto activo sea consciente de¹⁶⁴:

- 1) la esencialidad de su rol en la implementación del plan común; y
- 2) su capacidad (debido a la naturaleza esencial de la función asignada) para arruinar la ejecución del plan común y la comisión del crimen, si se niega a llevar a cabo la tarea que le ha sido encomendada.

Por el contrario, el nivel de dominio sobre la comisión del hecho y el conocimiento sobre las circunstancias fácticas que genera tal dominio son irrelevantes en la doctrina de la ECC (en todas sus modalidades)¹⁶⁵.

En lo que se refiere a la **teoría de la ECC**, la doctrina sostiene que los elementos del tipo subjetivo varían en cada una de sus modalidades¹⁶⁶:

- 1) la ECC I exige el dolo compartido de los intervinientes;
- 2) la ECC II requiere el conocimiento personal del sistema de maltrato por parte de cada miembro; y

¹⁶³ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 104; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 564 et seq.

¹⁶⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 366-367; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 538-539; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 22, párr. 351; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 21, párrs. 160-161; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 333; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párrs. 497-498. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 512; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 407-408.

¹⁶⁵ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 514.

¹⁶⁶ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 160-161; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 125-126; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 134; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality at the ICTY" en A. NOLLAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 190; VAN DER WILT, H., "Joint", *cit.*, pp. 158-159; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 115; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, pp. 419-420; DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise" *cit.*, pp. 135-136; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 364.

- 3) en la ECC III es necesario que cada interviniente quiera participar en y promover el propósito criminal y la comisión del crimen por medio del grupo. En este caso, la responsabilidad por un hecho que no formaba parte del plan (exceso de uno de los intervinientes) surge si tal crimen cometido por uno de los miembros de la ECC era previsible para el resto y éstos conscientemente decidieron correr tal riesgo¹⁶⁷.

Olásolo realiza una distinción entre los elementos del tipo subjetivo relativos a los delitos centrales (ECC I y II) y los relativos a los delitos previsibles (ECC III)¹⁶⁸. En relación al delito central, este autor defiende que la doctrina de la ECC exige que todos los intervinientes actúen con dolo directo de primer grado – sin importar que la definición del tipo penal requiera un tipo subjetivo menos exigente, dado que resulta necesario compensar la baja contribución objetiva requerida por la doctrina de la ECC – y, en su caso, también con el *dolus specialis* requerido¹⁶⁹. Por el contrario, según Cassese, lo que se requiere es que todos los intervinientes compartan el mismo dolo de cometer un crimen y, por ello, defiende la suficiencia del dolo eventual en la ECC I y II¹⁷⁰.

A pesar de que en numerosos casos la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no ha hecho referencia a esta cuestión concreta¹⁷¹, existen algunos

¹⁶⁷ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 160-161; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 126; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 134; VAN SLIEDREGT, E., "System", *cit.*, p. 190; VAN DER WILT, H., "Joint", *cit.*, pp. 158-159; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 359-361; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 115-116; DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise" *cit.*, p. 136.

¹⁶⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 513. También parte de esta distinción, *Prosecutor v. Radoslav Brđanin & Momir Talić, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend* del 26.06.2001 (IT-99-36), párr. 31.

¹⁶⁹ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 513; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 115.

¹⁷⁰ CASSESE, A., "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 111-112; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 354-355. En el caso de la ECC II, tal dolo puede estar también implícito, en el sentido de seguir cumpliendo su función pese al conocimiento del sistema de maltrato.

¹⁷¹ Lo único que establecía al respecto era la exigencia de un dolo (compartido) para cometer un determinado crimen, sin especificar el nivel de dolo requerido. *Vid.* Sentencia

ejemplos en los que el TPIY ha afirmado que el tipo subjetivo de la primera modalidad de ECC¹⁷² es el exigido por el delito en cuestión¹⁷³ – al igual que en la coautoría por dominio funcional del hecho –, por lo que no puede identificarse de manera general con un tipo concreto de dolo.

Con respecto a los delitos previsibles en relación con la ECC III, al igual que la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales *ad hoc*, Cassese cree también en la suficiencia del dolo eventual¹⁷⁴. Sin embargo, Olásolo considera que la ECC III requiere¹⁷⁵:

- 1) la aceptación voluntaria del riesgo de que se produzcan los delitos previsibles al entrar a formar parte en una ECC; y
- 2) el conocimiento de que su comisión es una consecuencia posible de la ejecución del plan común.

de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 228; Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 30, párr. 32; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párr. 101; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párr. 82; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párr. 65; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 365.

¹⁷² Al concebir la ECC II como subtipo de la ECC I, entendemos que lo dicho en referencia a la primera categoría es extendible a la segunda.

¹⁷³ *Prosecutor v. Krnjelac*, *Trial Chamber Judgment* del 15.03.2002 (IT-97-25-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Krnjelac*), párr. 83; Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 124, párr. 160; *Prosecutor v. Radoslav Brđanin & Momir Talić*, *Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend* del 26.06.2001 (IT-99-36), párr. 31.

¹⁷⁴ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 199-209; CASSESE, A., "The Proper Limits", *cit.*, p. 117. Vid. también GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, pp. 419-420; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 370. Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párrs. 220-228; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párr. 101; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párr. 587; *Prosecutor v. Brđanin*, *Trial Chamber Judgment* del 01.09.2004 (IT-99-36-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*), párr. 386; *Prosecutor v. Blaškić*, *Trial Chamber Judgment* del 03.03.2000 (IT-95-14-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*), párr. 254; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, *Trial Chamber Judgment* del 21.05.1999 (ICTR-95-1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*), párr. 146.

¹⁷⁵ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 513-514.

De ahí que defienda que la ECC III sólo exige un nivel de riesgo bajo y una aceptación personal (no mutua) de tal riesgo, y entienda que es aplicable la imprudencia consciente (no compartida)¹⁷⁶.

Como se tratará de explicar más adelante con mayor detalle, no compartimos esta visión de Olásolo, puesto que creemos que existen suficientes argumentos como para defender que la ECC III exige un dolo eventual. No obstante, como también se analizará más adelante, debido al incumplimiento de determinados requisitos indispensables de la coautoría – esencialidad de la contribución, y conciencia y aceptación mutuas del riesgo de comisión de un crimen –, consideramos el estándar de la previsibilidad de la ECC III insuficiente para poder basar una responsabilidad penal a título de coautoría.

Todavía en el ámbito de la ECC III, se plantea un problema adicional en relación a los delitos que exigen un *dolus specialis* o un elemento subjetivo del injusto (adicional al dolo), puesto que la jurisprudencia más reciente del TPIY ha afirmado que no es necesario tener tal *dolus specialis* para ser considerado responsable a título de coautor con base en la ECC III¹⁷⁷. Como se verá más adelante, incluso Cassese, uno de los defensores más importantes de la teoría de la ECC – y también de su tercera modalidad¹⁷⁸ –, critica la aplicación de la ECC III a los delitos que requieren un *dolus specialis*, como el genocidio¹⁷⁹.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 334-341 y 513-514.

¹⁷⁷ *Prosecutor v. Brđanin, Decision on interlocutory appeal* del 19.03.2004 (IT-99-36-A) (en adelante, Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*), párr. 9; *Prosecutor v. Milošević, Decision on Motion for Judgment of Acquittal* del 16.06.2004 (IT-02-54-T) (en adelante, Decisión en el caso *Milošević*), párrs. 246 y 288-293. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 343-347 y 514; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 359-361; CASSESE, A., *International*, cit., p. 206; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 82; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 165-166; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 126 y 176; BADAR, M.E., "Just Convict Everyone", cit., pp. 301-302; DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, cit., pp. 209-223; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", cit., pp. 433-434, 444-445 y 449; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p 373.

¹⁷⁸ CASSESE, A., *International*, cit., pp. 202-205.

¹⁷⁹ *Ibid.*, pp. 205-206.

III.4. Críticas a la doctrina de la ECC

Ya se han podido adelantar algunas de las numerosas críticas de las que es objeto la teoría de la ECC; y en las líneas que siguen, se ahondará en aquellas que se consideran más relevantes:

- 1) La insuficiencia del denominado “estándar de previsibilidad” de la ECC III.
- 2) La incompatibilidad entre la doctrina de la ECC III y los delitos que requieren un *dolus specialis*.
- 3) Las críticas a la aplicación conjunta de las teorías de la ECC y de la Responsabilidad del Superior.
- 4) Los problemas que surgen en la práctica al aplicar la ECC.

III.4.1. Problemas relativos al estándar de la previsibilidad de la ECC III y su delimitación con respecto a la aceptación del dolo eventual en el ámbito de la coautoría por dominio funcional

Dada la similitud entre ambos supuestos, puede parecer contradictorio aceptar, por una parte, el primer escenario del dolo eventual como umbral suficiente para basar una responsabilidad por coautoría por dominio funcional del hecho, mientras que, por otro, se critica y rechaza la suficiencia del estándar de la “previsibilidad” como umbral suficiente para basar una coautoría con arreglo a la doctrina de la ECC III. De hecho, Gil Gil ya ha advertido de que, a pesar de criticar el expansionismo de la ECC, la CPI “camina peligrosamente por derroteros similares”¹⁸⁰, en referencia al peligro de que la CPI incluya como supuesto de dolo eventual (en el ámbito de la coautoría) la mera previsión (individual) del crimen como una

¹⁸⁰ GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, pp. 515-516.

consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan¹⁸¹. No obstante, debido a las razones que se explicarán a continuación, no cabe duda de que la combinación del dolo eventual con la teoría del dominio funcional del hecho constituye un estándar significativamente más alto que el de la mera “previsibilidad” de la doctrina de la ECC; y, por ende, así debería aplicarse en la CPI.

Como se ha explicado en el Capítulo II de esta Parte II, defendemos que el umbral subjetivo exigido por los tribunales *ad hoc* para la ECC III debe identificarse con el primer escenario del dolo eventual – en el sentido de la Decisión de confirmación de cargos del caso *Lubanga* –¹⁸². De ahí que consideremos necesario aclarar por qué aceptamos el dolo eventual en combinación con la teoría del dominio funcional del hecho (jurisprudencia de la CPI), mientras que no lo consideramos suficiente en relación al estándar de “previsibilidad” de la ECC III.

Según Olásolo – que también defiende la inclusión del primer escenario del dolo eventual en el ámbito del art. 30 ER –, en relación a los delitos previsibles, la ECC III se identifica con la imprudencia consciente – no con la concurrencia en el tipo subjetivo del dolo eventual –, en tanto que sólo exige un nivel de riesgo bajo (en lugar de un riesgo sustancial) y una aceptación personal (no mutua) de tal riesgo¹⁸³. Para ello, se basa en lo

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 545 y 563. OHLIN, J.D., “Searching for the Hinterman”, *cit.*, pp. 337-339 y 340-341, cae en este error de confundir la inclusión del dolo eventual en la coautoría con la previsibilidad (individual) de la ECC III.

¹⁸² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 352-354.

¹⁸³ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 338 y 513-514. OHLIN, J.D., “Three Conceptual Problems”, *cit.*, pp. 82-84, también está a favor de la responsabilidad por imprudencia en el ámbito de la ECC III. Según este autor, el problema de la ECC III es el mismo que el de la doctrina de la conspiración en EEUU, sólo que en este último caso, los crímenes adicionales (no acordados) previsibles se imputan a título de imprudencia a los miembros que no han llevado a cabo tal crimen. Así, propone trasladar tal construcción al Derecho Penal Internacional, ya que participar en un plan criminal conlleva asumir el riesgo de que otros miembros puedan ir más allá del plan original y, por ello, cree que se es responsable a título de imprudencia, por no tomar las medidas adecuadas para asegurar que los otros miembros se limitarían al plan acordado. Sin embargo, como se viene repitiendo a lo largo del presente trabajo, la asunción/aceptación del riesgo es el elemento que diferencia el

establecido por el TPIY en la Sentencia de apelación en el caso *Blaskić*, según la cual el conocimiento de un nivel de riesgo bajo es suficiente para poder basar una responsabilidad penal por la ECC III¹⁸⁴. Sin embargo, esta sentencia constituye una excepción, puesto que el resto de sentencias relativas a la ECC III exigen un nivel de riesgo elevado, además de la aceptación de tal riesgo, la cual se configura como el otro elemento indispensable del dolo eventual¹⁸⁵.

Por consiguiente, no vemos motivos para prescindir en relación a la ECC III de la exigencia del dolo eventual. Es cierto que, tal y como apunta Olásolo, los tribunales *ad hoc* no han exigido que en tales casos la aceptación del riesgo tenga que ser mutua, sino que consideran suficiente que cada interviniente en una ECC III acepte el riesgo personalmente¹⁸⁶. Si bien consideramos necesario que la conciencia y la aceptación del riesgo sean mutuas – tal y como requiere la teoría del dominio funcional del hecho –, no lo entendemos como un requisito derivado de la teoría del dolo eventual, sino un elemento de la teoría de la coautoría.

dolo eventual de la imprudencia consciente; de ahí que aquí se defienda que la ECC III exige un dolo eventual. Tal recurso a la imprudencia por parte del *common law* se debe a que dicho sistema jurídico carece de un equivalente al dolo eventual, por lo que debe recurrir a sustitutos. *Vid.* Subapartado II.2.1. de esta Parte II; FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., p. 447.

¹⁸⁴ Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 29, párr. 33.

¹⁸⁵ Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párr. 101; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 174, párr. 386; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párr. 587; Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 220. Además, más adelante, la propia Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 29, párrs. 41-42, exige un nivel de riesgo alto en relación a las conductas de “ordenar”, “planear” e “incitar”. *Vid.* *Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber Judgment* del 08.10.2008 (IT-95-11-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Martić*), párrs. 222-223; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber Judgment* del 17.12.2004 (IT-95-14/2-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*), párrs. 29-32; *Prosecutor v. Orić, Trial Chamber Judgment* del 30.06.2006 (IT-03-68-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*), párr. 348; *Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber Judgment* del 31.01.2005 (IT-01-42-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*), párrs. 235-236; *Prosecutor v. Martić, Trial Chamber Judgment* del 12.06.2007 (IT-95-11-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Martić*), párrs. 58-60 y 65.

¹⁸⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 338, y 513-514.

Por ello, creemos que la ECC III exige un dolo eventual, lo que no quiere decir que por ello haya que aceptar tal doctrina, pues como veremos adolece de otros importantes problemas. Se ha adelantado uno de ellos: el hecho de que no exija que la conciencia y la aceptación del riesgo sean mutuas (dolo compartido)¹⁸⁷. Como ha quedado claro al explicar la teoría del dominio funcional del hecho, éste es un requisito indispensable de la coautoría. Los siguientes ejemplos muestran la diferencia entre los supuestos en los que un grupo de personas actúa con un dolo eventual personal o compartido.

- El primero es un ejemplo – ya referido – que emplea Cassese para explicar el escenario de la ECC III¹⁸⁸ (dolo eventual no compartido). Un grupo de personas acuerda robar un banco sin causar ninguna muerte, y por ello, deciden llevar consigo armas falsas. Pero uno de ellos lleva consigo un arma verdadera (por si en determinado momento fuera necesario utilizarla), y otro miembro del grupo observa este dato. Si al final el miembro que llevaba el arma verdadera mata a alguien durante el robo, será considerado (naturalmente) autor del robo y del homicidio, pero el otro miembro que era consciente de que su compañero llevaba un arma verdadera, también será responsable a título de autor por el robo y por el homicidio (porque previó y aceptó (personalmente) el riesgo de que ocurriera alguna muerte), mientras que el resto serán considerados autores del robo únicamente.
- Por el contrario, distinto sería el caso (segundo ejemplo) si todos los miembros de este mismo grupo acordaran que uno de ellos

¹⁸⁷ Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*, *supra* nota 177, párr. 6; Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177, párrs. 290-292. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 338, y 513-514; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 166; DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise" *cit.*, pp. 136-137; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 383.

¹⁸⁸ CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 200. *Vid.* Subapartado III.1.2. de este mismo Capítulo (Capítulo III de la Parte II).

llevara consigo un arma verdadera por si, bajo determinadas circunstancias, fuera necesario causar alguna muerte (dolo eventual compartido).

La ECC III vulnera un principio general del ámbito de la coautoría, ya que la resolución común de cometer el hecho constituye el límite de la imputación recíproca de las aportaciones individuales, y el miembro de una ECC que va más allá de lo acordado, se independiza y de ninguna manera pueden el resto de intervinientes en la ECC co-dominar tal hecho¹⁸⁹. No obstante, como se ha tratado de explicar, la aceptación del dolo eventual en el ámbito de la coautoría (suficiencia del elemento de criminalidad del plan común) constituye un escenario diferente: en tanto que la conciencia y la aceptación del riesgo de comisión del delito son mutuas o compartidas con el resto de coautores, no se puede decir que el coautor que ejecuta el delito no-central del acuerdo (aquel que, sin ser el delito central del acuerdo, todos han acordado cometer en caso de que fuera necesario) haya ido más allá de lo acordado y se haya independizado. Dado que en tal caso se trataría de un delito acordado por todos los coautores – aunque su comisión sea incierta, porque los coautores acuerdan que ésta tendrá lugar sólo bajo determinadas circunstancias –, no hay duda de que el resto de coautores co-dominan el hecho.

A pesar de que, como se ha explicado, Gil Gil también defiende la suficiencia del dolo eventual en el ámbito de la coautoría, dicha autora se muestra crítica con la, según ella, excesiva amplitud con la que algunas Salas de la CPI han interpretado el requisito del plan o acuerdo común de la coautoría funcional. Para esta autora, la amplia definición del acuerdo o plan común realizada por la CPI hace posible la imputación de los excesos

¹⁸⁹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 186; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 174; GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 84; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", cit., p. 545. En el mismo sentido, en el marco de la coautoría por dominio funcional del hecho, señala ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 317, que "quien va más allá de lo acordado sin que los demás "cooperen" se desliga de la dependencia funcional, obra como autor único directo o, si se sirve de un compañero que nada sabe, como autor mediato".

de los coautores¹⁹⁰, lo que por desgracia se asemeja a la ECC III y a la responsabilidad por los hechos de otros¹⁹¹.

Pese a la aparente contradicción, la postura de Gil Gil coincide con la aquí defendida.

En referencia a la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, señala que la Sala consideró suficiente para establecer la existencia de un plan común que los coautores acordaran empezar la ejecución de un plan para conseguir un objetivo no criminal y sólo cometer el crimen en caso de que se cumplieran determinadas condiciones¹⁹². En este contexto, Gil Gil defiende la irrelevancia del primer plan, puesto que, como bien explica, lo relevante es que los coautores hayan acordado cometer un crimen si se cumplen determinadas circunstancias, lo cual constituiría un caso de resolución basada en la concurrencia de hechos hipotéticos o de decisión con reserva de desistimiento, en los que existe una voluntad incondicionada de actuar¹⁹³. Por lo tanto, es el segundo acuerdo (el de cometer un crimen si se cumplen determinadas condiciones) el que determina la existencia del plan común y el dolo de los coautores involucrados en el plan¹⁹⁴.

En consecuencia, afirma que, cuando la SPI *Lubanga* establece que los requisitos del plan común y del tipo subjetivo del crimen se cumplen cuando la ejecución del plan común conlleva un riesgo suficiente de que en el transcurso ordinario de los hechos se cometerá un crimen¹⁹⁵, esto sólo es

¹⁹⁰ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 95; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 515-516, 545 y 563.

¹⁹¹ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, pp. 89-90; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 515-516, 545 y 563.

¹⁹² GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 95. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párr. 344.

¹⁹³ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, pp. 95-96; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 549-550.

¹⁹⁴ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 96.

¹⁹⁵ *Vid.* Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párr. 984.

admisible, como se viene defendiendo en este trabajo, si con ello se refiere a los casos en los que¹⁹⁶:

- 1) los coautores han decidido mediante acuerdo mutuo realizar (físicamente con sus propias manos o por medio de otra persona usada como instrumento) la conducta que puede conllevar el resultado criminal; y
- 2) asumen tal posibilidad de que ocurra el resultado.

Pero de ninguna manera puede incluir los casos en los que un coautor puede prever la posibilidad (por muy alta que ésta sea) de que otro pueda ir más allá del plan común y terminar llevando a cabo una conducta no acordada, ya que ello supondría admitir la imputación recíproca de los excesos de los coautores¹⁹⁷. Es esto precisamente lo que diferencia la admisión del dolo eventual en el ámbito de la coautoría funcional, por un lado, y la doctrina de la ECC III, por otro.

Por ello, Gil Gil considera acertado que la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Muthaura y Ali* haya requerido la inclusión de la conducta criminal en el plan¹⁹⁸.

Compartimos dicha postura, siempre que se entienda que sería suficiente en este sentido el acuerdo para cometer un crimen si se dan determinadas circunstancias. La mencionada autora critica las resoluciones de la CPI en las que se identifica un plan que no es en sí mismo criminal, o que siendo

¹⁹⁶ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 96. No han comprendido esta diferencia con respecto al estándar de la previsibilidad de la ECC III, OHLIN, J.D., "Searching for the Hinterman", *cit.*, pp. 337-339 y 340-341; y OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, pp. 738-740.

¹⁹⁷ GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 96; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, pp. 555-556. En tal caso, el primero sólo puede ser responsable si también tenía el deber legal de evitar el resultado, por ejemplo, mediante la figura de la responsabilidad por omisión del art. 28 ER. *Vid.* GIL GIL, A., "Mens Rea", *cit.*, p. 91.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 96-97. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 301.

criminal, está dirigido a la realización de otro crimen¹⁹⁹ – sin que los coautores acuerden que, si se dan determinadas circunstancias, realizarán el crimen imputado por la CPI –. A lo que añade que, en tales casos, las Salas tampoco han requerido que los crímenes cometidos estuvieran al menos implícitos en lo que fue ordenado o acordado²⁰⁰. De manera que tal jurisprudencia ha servido para imputar los excesos de los coautores en la coautoría por dominio funcional (y los excesos de los agentes en la coautoría mediata), contradiciendo así la idea del dominio del hecho²⁰¹. Como se viene repitiendo a lo largo del presente trabajo, consideramos inadmisibles la imputación de los excesos de los coautores, ya que la conciencia y aceptación del riesgo sustancial de realización de los elementos del tipo objetivo han de ser mutuas, es decir, compartidas por todos los coautores.

Volviendo a los problemas de los que adolece la ECC III (además de que no exija que la conciencia y la aceptación sean mutuas), dicha categoría de la ECC (y la ECC en general) no requiere que la contribución realizada por el interviniente sea esencial para que éste sea considerado coautor; por lo que faltaría otro elemento indispensable de la coautoría, que lo alejaría más si cabe de la coautoría por dominio funcional del hecho: la esencialidad de la contribución. Así, el problema de la ECC III no estaría tanto relacionado con el nivel de *mens rea* requerido (dolo eventual), sino más bien con la no-exigencia de dos elementos clave de la coautoría:

- 1) la esencialidad de la contribución; y
- 2) la conciencia y la aceptación mutuas del riesgo sustancial.

¹⁹⁹ GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 97. Hace referencia a *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo Replacing the Warrant of Arrest issued on 23 May 2008* del 10.06.2008 (ICC-01/05-01/08-15-tENG) (en adelante, Orden de arresto en el caso Bemba), párr. 20; y al tratamiento de la violación en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali, supra* nota 8, párrs. 413 y ss.

²⁰⁰ GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 97.

²⁰¹ *Idem*.

Antes de seguir adelante, han de aclararse algunas cuestiones relativas al estándar de la previsibilidad de la ECC III. Cassese propone distinguir entre:

- 1) previsibilidad abstracta y concreta del crimen en cuestión; y
- 2) previsibilidad objetiva y subjetiva de la probabilidad de que ocurra.

La previsibilidad abstracta exigiría que el crimen no-acordado esté abstractamente en consonancia con el plan criminal acordado, mientras que la previsibilidad concreta requeriría que el sujeto activo pudiera predecir específicamente la comisión del crimen no-acordado por parte de otro interviniente en la ECC²⁰².

En lo que se refiere a la previsibilidad objetiva, ésta constituye un umbral más bajo que el de la previsibilidad subjetiva: incluye los casos en los que se debería haber previsto que era probable que se cometiera el crimen en cuestión (estándar del *should have known*)²⁰³. Por el contrario, la previsibilidad subjetiva requiere que el sujeto activo previera *de facto* la comisión del crimen por parte de otro miembro de la ECC²⁰⁴.

Como se puede observar, si el test de la previsibilidad objetiva fuera considerado suficiente, un actuar imprudente bastaría para basar una responsabilidad por coautoría de acuerdo con la ECC III. En efecto, sería suficiente probar que un hombre de razonable prudencia podría haber previsto la comisión del crimen no-acordado por parte de otro miembro de

²⁰² CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 200-201; CASSESE, A., "The Proper Limits", *cit.*, pp. 113 y 116-117.

²⁰³ CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 200-201; CASSESE, A., "The Proper Limits", *cit.*, pp. 122-123.

²⁰⁴ CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 200-201; CASSESE, A., "The Proper Limits", *cit.*, pp. 122-123.

la ECC. Cassese defiende que la jurisprudencia internacional apoya este test; a lo que añade que existen tres razones que avalan esta postura²⁰⁵:

- 1) tratándose de crímenes masivos y de extrema gravedad que normalmente son perpetrados bajo circunstancias excepcionales de violencia armada, es de esperar que las personas involucradas en este tipo de hostilidades armadas estén particularmente alerta de las posibles consecuencias de sus acciones;
- 2) la gravedad de los crímenes en cuestión hace necesario que la comunidad global prevenga y sancione este tipo de conducta hasta el máximo permitido por el principio de legalidad; y
- 3) los tribunales pueden imponer la sentencia teniendo en cuenta el nivel de responsabilidad del sujeto activo (en tanto que no existe una escala fija de sanciones en DPI).

Sin embargo, los argumentos de política criminal esgrimidos por este autor no pueden justificar la adopción de un estándar tan bajo. Además, en cuanto a lo establecido por la jurisprudencia internacional, de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se desprende justamente lo contrario: que es el test de la previsibilidad subjetiva el que prevalece en DPI²⁰⁶. Como se viene mencionando repetidamente, las sentencias del TPIY relativas a la previsibilidad de la ECC III exigen el dolo eventual – en tanto que requieren la conciencia de un nivel de riesgo elevado junto con la aceptación de tal riesgo –, por lo que la imprudencia (test objetivo de la

²⁰⁵ CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 200-201; FLETCHER, G.P., OHLIN, J.D., “The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View”, *JICJ*, Núm. 3, 2005, p. 550, también consideran que el estándar de la “previsibilidad” introduce una responsabilidad objetiva por los actos que van más allá de lo acordado.

²⁰⁶ Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párrs. 99 y 101; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párr. 83; Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párrs. 93-97; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 431. Los ejemplos que aporta CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 200-201, son todos casos de tribunales estatales.

previsibilidad) no es suficiente para basar una responsabilidad por coautoría conforme a la ECC III²⁰⁷.

En relación a la cuestión de la previsibilidad objetiva y subjetiva, resulta interesante la postura adoptada por Ambos. Si bien considera que la “previsibilidad” es un requisito objetivo – el estándar del hombre razonable, típico de los delitos imprudentes –, lo combina con el requisito subjetivo del “conocimiento”²⁰⁸. Por lo que, en la práctica, llega a un resultado parecido al del test de la previsibilidad subjetiva: exige que el sujeto activo supiera que los crímenes como el no-acordado normalmente ocurren en el tipo de ECC en cuestión²⁰⁹. Lo que Ambos propone es una especie de previsibilidad subjetiva abstracta que, en cualquier caso, requiere más que la mera imprudencia.

En resumen, tal y como se desprende de la jurisprudencia del TPIV, el test de la previsibilidad de la teoría de la ECC III es subjetivo, y el dolo eventual constituye el umbral subjetivo mínimo para establecer una responsabilidad penal con base en dicha teoría. No obstante, ello no quiere decir que estemos a favor de la tercera modalidad de la ECC, puesto que, como hemos tratado de explicar, carece de importantes elementos típicos

²⁰⁷ Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 122, párr. 101; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 174, párr. 386; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párr. 587; Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 220; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 29, párrs. 41-42. VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 103-106, 106-109 y 355-359, también se muestra a favor del test de la previsibilidad subjetiva, y se basa en lo establecido tanto en las jurisdicciones estatales como en las internacionales para defender su postura. Así, en referencia a la jurisprudencia del TPIV, identifica el estándar de la “previsibilidad” del riesgo de la ECC III con el dolo eventual, y cree que el tribunal debe señalar los factores que prueban 1) que el interviniente conocía la posibilidad de comisión del crimen no-acordado por parte de otro interviniente en la ECC III y 2) que a pesar de ello aceptó voluntariamente tal riesgo. También a favor del test de la previsibilidad subjetiva, SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, *cit.*, pp. 102, 107-108, y 162-168; y BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 359-361, 380-381, y 431.

²⁰⁸ AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, pp. 174-175, se refiere a *Prosecutor v. Krajišnik, Trial Chamber Judgment* del 27.09.2006 (IT-00-39-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Krajišnik*), párr. 882.

²⁰⁹ AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, pp. 174-175; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 81-82.

de la coautoría: la esencialidad de la contribución, y la conciencia y aceptación mutuas del riesgo sustancial.

III.4.2. Inaplicabilidad de la ECC III a los delitos que requieren un *dolus specialis*

A pesar de que Cassese defienda la doctrina de la ECC III, se muestra contrario a su aplicación en el supuesto de los delitos que requieren un *dolus specialis*, como el genocidio²¹⁰. Este autor afirma que cuando en el contexto de tales crímenes el resto de intervinientes en la ECC no comparten el *dolus specialis* del miembro que va más allá de lo acordado, éstos no pueden ser sancionados con base en la doctrina de la ECC III, puesto que el *dolus specialis* es una condición *sine qua non* del crimen.

En este contexto, numerosos autores se muestran contrarios a la posición adoptada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Brđanin*, dado que revocó la sentencia de la Sala de Primera Instancia argumentando que, cuando se trata de consecuencias razonablemente previsibles y naturales, el sujeto activo puede ser penalmente responsable por cualquier crimen que vaya más allá del acordado en la empresa criminal²¹¹. Prosiguió la Sala de Apelaciones su argumentación diciendo que la Sala de Primera Instancia confundió la *mens rea* requerida por el crimen del genocidio con el tipo subjetivo del modo de responsabilidad penal en el que se basaba la acusación de Brđanin (es decir, la ECC III)²¹².

²¹⁰ CASSESE, A., *International*, cit., p. 205.

²¹¹ Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*, *supra* nota 177, párr. 9; CASSESE, A., *International*, cit., p. 206; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 82; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 343-347; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 359-361; BADAR, M.E., "Just Convict Everyone", cit., pp. 301-302; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 138-139 y 142; DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, cit., pp. 209-223; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", cit., pp. 433-434, 444-445 y 449.

²¹² Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*, *supra* nota 177, párr. 10.

Al igual que este importante grupo de autores, creemos que la Sala de Primera Instancia obró correctamente al afirmar que el *dolus specialis* requerido por el crimen del genocidio no puede coincidir con la *mens rea* necesaria para una condena con base en la tercera categoría de ECC²¹³. Como se ha explicado en el Capítulo anterior, los tribunales penales internacionales se basan en el enfoque basado en el propósito e identifican el elemento volitivo del *dolus specialis* del genocidio con una voluntad directa de primer grado²¹⁴. En lo que se refiere al tipo subjetivo de la ECC III, en el presente Capítulo éste ha sido identificado con el dolo eventual, si bien no compartido; de ahí que se haya criticado su configuración como forma de coautoría en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*²¹⁵. Por ello, no puede decirse que el dolo eventual (además, no compartido) de la ECC III constituya un estándar suficiente para colmar la voluntad directa de primer grado que requiere el *dolus specialis* del genocidio.

La mencionada sentencia de la Sala de Apelaciones en el caso *Brđanin* sirvió de base en el caso *Milošević*²¹⁶. Aunque no explícitamente, la Sala distinguió entre la primera y la tercera categoría de ECC y, con respecto a la tercera, afirmó que el acusado era miembro de una ECC para cometer un crimen particular y que era razonablemente previsible para él que un crimen distinto, en concreto un genocidio, podría ser cometido por otros intervinientes en la ECC²¹⁷. En los dos casos, el TPIY afirmó que, para que el interviniente en una ECC III fuera condenado por genocidio, no tenía por qué tener el *dolus specialis*, sino que bastaba con que tal crimen fuera

²¹³ *Prosecutor v. Brđanin, Decision for Acquittal Pursuant to Rule 98 bis* del 28.11.2003 (IT-99-36-T) (en adelante, Decisión sobre la absolución en el caso *Brđanin*), párr. 57. Vid. CASSESE, A., *International*, cit., pp. 206 y 209; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 175-176; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 342-343, y 345-346; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 359-361; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., pp. 115-118.

²¹⁴ Vid. Subapartado II.3.1. de esta Parte II.

²¹⁵ Vid. Subapartado III.4.1. de esta Parte II.

²¹⁶ Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 165.

²¹⁷ Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177, párrs. 246 y 288-293. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 165-166.

“razonablemente previsible” para el sujeto activo²¹⁸. Por lo tanto, en referencia al *dolus specialis* requerido por el genocidio, el TPIY estableció la siguiente distinción: mientras que debe ser compartido por todos los miembros de la ECC I, en el caso de la ECC III, la mera previsibilidad del interviniente que no comete directamente el crimen de intención ulterior es suficiente²¹⁹. Mientras que se requiere una voluntad directa de primer grado en la ECC I, se considera suficiente un dolo eventual no compartido en relación a la ECC III, pese a que ambas dan lugar a una responsabilidad por coautoría.

Existen, por tanto, casos en la jurisprudencia que promueven una tendencia a favor de la expansión del estándar de previsibilidad a los crímenes que requieren determinado *dolus specialis*²²⁰. No obstante, además de ser una tendencia muy criticada por importantes autores, no está afincada en la jurisprudencia internacional, puesto que algunas Salas del TPIY han exigido que en tales casos también el sujeto activo tenga el *dolus specialis* del genocidio (en el sentido de una voluntad directa de primer grado)²²¹. Distinto es el caso de la responsabilidad por la participación en un crimen que exige una intención ulterior o *dolus specialis*, puesto que, en tal caso, no es necesario que el partícipe tenga la

²¹⁸ Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*, *supra* nota 177, párr. 6. AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, pp. 165-166.

²¹⁹ AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, p. 166.

²²⁰ *Ibid.*, p. 175.

²²¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 43, párr. 530; Decisión sobre la absolución en el caso *Brđanin*, *supra* nota 213; *Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber Judgment* del 19.04.2004 (IT-98-33-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krstić*), párrs. 134-135, en la que la Sala lo condenó sólo por complicidad en el genocidio. En este caso, si bien el acusado conocía la intención de cometer un genocidio de algunos de los miembros de la VRS, la Sala consideró que ello no era suficiente para probar que él mismo tuviera tal *dolus specialis*, y no recurrió a la doctrina de la ECC III para condenarlo como coautor de un genocidio. AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, pp. 175-176; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 347-350. No sólo el TPIY, sino también otros tribunales, como el Tribunal Especial del Líbano, han excluido del ámbito de aplicación de la ECC III a los delitos que requieren un *dolus specialis*. *Vid.* Decisión del TEL sobre el derecho aplicable, *supra* nota 31, párrs. 236-249.

intención ulterior, sino que es suficiente con que la conozca²²². Por ello, si, tal y como propone Van Sliedregt, se entiende que la ECC III da lugar a responsabilidad accesoria a título de partícipe (y no a responsabilidad principal a título de coautoría), no habría problema para entender que la doctrina de la ECC III puede dar lugar a responsabilidad (a título de partícipe) también en el caso de los delitos que requieren un *dolus specialis*²²³.

Sin embargo, como apunta Olásolo, dado que ni el derecho internacional consuetudinario ni la jurisprudencia internacional han realizado distinción alguna en relación a la naturaleza jurídica de la tres modalidades de ECC, la posición defendida por Van Sliedregt supondría entender también la primera y segunda modalidad de ECC como una responsabilidad accesoria a título de partícipe; y no es ésta la posición que, desde la Sentencia de apelación en el caso *Milutinović*, han adoptado los tribunales *ad hoc*²²⁴. Pese a no ser la postura defendida por la jurisprudencia internacional actual, lo cierto es que la caracterización de la ECC como una forma de participación ha sido la posición tradicional del *common law*, del derecho internacional consuetudinario y de la jurisprudencia y legislación internacional previa a la mencionada Decisión del caso *Milutinović*²²⁵.

²²² AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 422; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 348-439; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 174; VAN DER WILT, H., "Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction. Reflections on the *van Anraat Case*", *JICJ*, Vol. 4, Núm. 2, 2006, pp. 256-257.

²²³ VAN SLIEDREGT, E., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 201-207, defiende que la ECC III da lugar a responsabilidad accesoria a título de partícipe porque (i) la doctrina de la ECC, en la forma en la que ha sido establecida por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, tiene su origen en la doctrina de la *joint purpose* del *common law* y en los casos posteriores a la segunda guerra mundial; y (ii) ninguna de ellas la ha considerado como una forma de coautoría, sino como una forma de responsabilidad accesoria.

²²⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 347-350.

²²⁵ *Idem.*; VAN SLIEDREGT, E., "Joint Criminal Enterprise", cit., pp. 196-198 y 201-207.

III.4.3. Críticas a la aplicación conjunta de la doctrina de la ECC y de la Responsabilidad del Superior

Los casos de aplicación simultánea de las doctrinas de la ECC y de la Responsabilidad del Superior muestran que existen problemas de delimitación entre las mencionadas figuras²²⁶. Ejemplo de este tipo de aplicación simultánea son la Sentencia de la Sala de Primera Instancia en el caso *Krstić*, las Sentencias de primera instancia y de apelación en el caso *Kvočka et al.*, y las Sentencias de la Sala de Primera Instancia en los casos *Obrenović y Blagojević ex Jokić*²²⁷. No obstante, el caso más famoso de aplicación simultánea de ambas doctrinas es el de *Milošević*²²⁸.

²²⁶ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 162.

²²⁷ *Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber Judgment* del 02.08.2001 (IT-98-33-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*), párrs. 621-645, en la que la Sala lo consideró responsable como miembro de una ECC para cometer genocidio (debido a que, como general del ejército serbo-bosnio y comandante de los *Drina Corps*, jugó un rol central en tal ECC, transfiriendo por la fuerza a civiles musulmanes fuera de Srebrenica y matando después a todos los hombres bosnio musulmanes en edad militar), pero también con base en la doctrina de la Responsabilidad del Superior (en tanto que las matanzas fueron perpetradas por tropas que estaban bajo su efectivo control, y aunque estaba al corriente de lo que estaba sucediendo, no hizo nada para prevenirlo o sancionarlo), si bien sólo fue condenado con base en la doctrina de la ECC, porque la Sala estimó que tal responsabilidad subsumía la Responsabilidad del Superior. La Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 20, muestra que la aplicación simultánea de las doctrinas de la ECC y de la Responsabilidad del Superior también se extiende a militares de medio o bajo rango (al igual que en la sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*, la Sala consideró que la condena debía basarse exclusivamente en la doctrina de la ECC). La Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, consideró también que la condena debía basarse exclusivamente en la doctrina de la ECC, y añadió que la posición del superior debía tomarse en consideración como factor agravante a la hora de establecer la pena. *Prosecutor v. Obrenović, Trial Chamber Judgment* del 10.12.2003 (IT-02-60/2-S) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Obrenović*). En *Prosecutor v. Blagojević ex Jokić, Trial Chamber Judgment* del 17.01.2005 (IT-02-60-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blagojević ex Jokić*), Blagojević, coronel del ejército y comandante de brigada, fue acusado con base en la doctrina de la ECC y en la doctrina de la Responsabilidad del Superior, pese a lo cual, fue condenado sólo como cómplice del traslado por la fuerza de civiles fuera de Srebrenica (no quedó demostrado que compartiera la intención de los otros intervinientes en la ECC para expulsar a civiles musulmanes de Srebrenica). *Vid.* AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 162-165.

²²⁸ Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177. *Vid.* AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 162-165.

Aunque no explícitamente, la Sala distinguió entre la primera y la tercera categoría de ECC²²⁹:

- en cuanto a la primera categoría, estableció que el acusado era miembro de la empresa criminal que incluía a miembros de las fuerzas serbo-bosnias y cuyo objetivo era la destrucción de la población bosnio-musulmana y que compartía con sus integrantes el objetivo de destruir una parte de los bosnio-musulmanes como grupo;
- con respecto a la tercera, la Sala afirmó que el acusado era miembro de una ECC para cometer un determinado crimen y que era razonablemente previsible para él que un crimen distinto, en concreto un genocidio, podría ser cometido por otros intervinientes en la ECC.

La Sala se basó en la jurisprudencia del caso *Brđanin* para apoyar su decisión, pues en este último caso, la Sala de Apelaciones afirmó que el interviniente en una ECC III para cometer genocidio no tenía por qué tener el *dolus specialis* del genocidio para ser condenado por dicho crimen, bastaba con que tal crimen fuera "razonablemente previsible" para el sujeto activo²³⁰. Por lo tanto, en referencia al *dolus specialis* requerido por el genocidio, la Sala hizo una distinción entre la primera y la tercera ECC: mientras que debe ser compartido por todos los miembros de la ECC I, en el caso de la ECC III, la mera previsibilidad del miembro que no comete directamente el crimen es suficiente²³¹. Ello supone que, a pesar de que las dos modalidades son constitutivas de coautoría, se exige una voluntad directa de primer grado en relación a la ECC I, pero basta con un dolo eventual no compartido en la ECC III.

²²⁹ Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177, párrs. 246 y 288-293. Vid. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 165-166.

²³⁰ Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*, *supra* nota 177, párr. 6.

²³¹ Decisión sobre la apelación interlocutoria en el caso *Brđanin*, *supra* nota 177, párr. 6; Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177, párrs. 288-293. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 166.

Volviendo al caso *Milošević*, la Sala fue más allá y además de emplear la primera y la tercera categoría de ECC, lo consideró también responsable por genocidio con base en la doctrina de la Responsabilidad del Superior²³². La Sala no se pronunció sobre la relación entre las tres figuras que aplicó simultáneamente²³³.

Una diferencia relevante consiste en que la Responsabilidad del Superior exige una relación jerárquica (vertical) entre la persona con el deber de supervisión y aquellos que directamente cometen los crímenes; por el contrario, los miembros de la ECC (al menos los de la ECC I) operan en un plano coordinado (horizontal)²³⁴.

La *mens rea* constituye otro criterio de distinción²³⁵:

- En la ECC I, los miembros comparten el dolo de cometer determinados crímenes – en el sentido de una voluntad directa de primer grado –.
- En la ECC III, cada miembro es consciente del objetivo común de la empresa y prevé la comisión de ciertos crímenes por parte de otros miembros – lo que aquí hemos identificado con el estándar del dolo eventual no compartido –.
- En la Responsabilidad del Superior, la *mens rea* del superior se extiende a su ausencia de supervisión adecuada, pero no a los crímenes cometidos por sus subordinados.

Así las cosas, parece claro que la aplicación simultánea de la ECC y de la doctrina de la Responsabilidad del Superior sólo puede tener lugar en los supuestos en los que existen diferencias jerárquicas dentro de la empresa

²³² Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177, párrs. 300 *et seq.*. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 166.

²³³ Decisión en el caso *Milošević*, *supra* nota 177, párrs. 300 y *et seq.*. AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 166.

²³⁴ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 179-180.

²³⁵ *Ibid.*, p. 180.

criminal²³⁶. La Fiscalía aprovecha las ventajas probatorias de ambas doctrinas (ECC III y Responsabilidad del Superior), ya que, en lugar de probar la comisión directa de crímenes por parte del superior, es suficiente probar una pauta de comisión de crímenes y ligarla con el superior. Además, ambas doctrinas permiten relajar el requisito del *dolus specialis* (en los casos de genocidio) a niveles menos exigentes: previsibilidad (ECC III) o imprudencia (Responsabilidad del Superior)²³⁷.

No obstante, existen diferencias entre la relajación de dicho requisito en uno y otro supuesto. Así, un miembro de una ECC III puede ser considerado coautor de un genocidio aun en ausencia del *dolus specialis* del genocidio (en el sentido de una voluntad directa de primer grado), siempre que prevea, es decir, conozca y acepte el riesgo de que otros miembros de la ECC cometan un genocidio. Como se ha repetido a lo largo de este Capítulo, el estándar de la previsibilidad de la ECC III debe identificarse con el dolo eventual, pero se trata de un dolo eventual no compartido, lo que supone la imposibilidad de que esta modalidad de ECC pueda ser considerada como forma de coautoría. Además, el dolo eventual no es suficiente para cubrir la voluntad directa de primer grado que, de acuerdo con el enfoque basado en el propósito, requieren los tribunales penales internacionales en relación al *dolus specialis* del genocidio.

Por el contrario, como se verá en el Capítulo VII de esta Parte II, la figura de la Responsabilidad del Superior no establece una responsabilidad por coautoría, de ahí que aquí se defienda que es suficiente con que el superior haya tenido a su alcance información sobre el hecho de que sus subordinados podrían estar actuando con dicho *dolus specialis*²³⁸. Ello es así porque los

²³⁶ *Ibid.*, pp. 180-181.

²³⁷ *Ibid.*, p. 181. Ya hemos mencionado los casos *Milošević* y *Brđanin* con respecto a la doctrina de la ECC III, pero cabe mencionar también la Sentencia de primera instancia en el caso *Krstić*, *supra* nota 227, párr. 648, en referencia a la doctrina de la Responsabilidad del Superior, en tanto que condenó al acusado con base en la Responsabilidad del Superior debido a que éste estaba al corriente de los objetivos genocidas de los ejecutores.

²³⁸ Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 30, párrs. 155 y 171. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 807-808, nota 212.

tribunales *ad hoc* caracterizan la Responsabilidad del Superior como un delito de omisión propia, en el que el superior es castigado por la omisión de su conducta (y no por el crimen base). Además, aun cuando se configurara como una forma de participación, el DPI no requiere que el partícipe comparta el *dolus specialis* del autor²³⁹.

III.4.4. Problemas prácticos de la aplicación de la teoría de la ECC

A pesar de que la Sentencia de apelación en el caso *Tadić* se refirió de modo general a “una pluralidad de personas” como uno de los requisitos de la ECC²⁴⁰, en una serie de casos posteriores, el TPIY ha limitado tal concepto (y, por tanto, también la aplicación de la doctrina de la ECC) al exigir que la pluralidad de personas forme parte de una misma ECC²⁴¹. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha venido exigiendo de manera constante que tanto los ejecutores de los crímenes como el acusado²⁴²:

- 1) sean parte de la misma ECC;
- 2) actúen conforme al plan criminal común; y
- 3) compartan el dolo de cometer los delitos centrales de la ECC.

Si bien los dos últimos requisitos ya fueron establecidos en el caso *Tadić*²⁴³, no puede decirse lo mismo en relación al primero. La exigencia combinada de estos tres requisitos ha dado lugar a numerosos problemas prácticos en la aplicación de la doctrina de la ECC.

²³⁹ Vid. Capítulo VII de esta Parte II.

²⁴⁰ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párr. 227.

²⁴¹ Para una posición opuesta, Vid. DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, *cit.*, pp. 145-146.

²⁴² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 352-353. El mismo hace referencia a la Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 30, párrs. 83-84. En relación al requisito del dolo compartido, Vid. Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 124, párrs. 156- 160.

²⁴³ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 29, párrs. 227-228.

III.4.4.1. Problemas en relación a los intervinientes de rango bajo

Entre estos problemas prácticos, se ha prestado atención al riesgo de extender la responsabilidad penal a miembros de la ECC que, sin ser ejecutores, se encuentran en niveles inferiores e intermedios de la ECC, en tanto que todos los intervinientes en una ECC son “igualmente responsables” como coautores de los delitos centrales de la ECC (independientemente de la contribución de cada uno)²⁴⁴. En este caso el problema residiría en una aplicación demasiado expansiva de la ECC, en vista de lo cual el TPIY ha intentado de diversos modos limitar la responsabilidad de los intervinientes de menor rango en una ECC.

Por ejemplo, en el caso *Furundžija*, exigió que el acusado hubiera llevado a cabo una parte relevante de los elementos del tipo objetivo del delito para poder ser considerado coautor con base en la ECC I; pero tal interpretación altera la concepción de la ECC, la cual pasaría a apoyarse en un concepto objetivo-formal de autor en vez de en uno subjetivo, que es el seguido por los tribunales *ad hoc* – de ahí que tal interpretación no haya sido adoptada por la jurisprudencia posterior del TPIY –²⁴⁵. Tampoco convence la postura adoptada por el TPIY en el caso *Vasiljević*, ya que equiparó la falta de intervención directa del acusado en la mayoría de los delitos con la ausencia de un dolo compartido para cometer tales delitos, por lo que sólo fue condenado por los delitos en los que intervino directamente – aunque podría haber sido condenado por otros delitos más en los que no intervino

²⁴⁴ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 353-354; GUSTAFSON, R., “The Requirement of an “Express Agreement” for Joint Criminal Enterprise Liability”, *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 140-141; DANNER, A.M., MARTÍNEZ, J.S., “Guilty Associations”, *cit.*, pp. 134-137.

²⁴⁵ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 355-359. *Vid.* Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 30, párr. 257.

directamente – ²⁴⁶. En este sentido, no se entiende cómo la ausencia de una intervención directa se traduce en la ausencia de un dolo compartido.

Ante las dudosas propuestas de la jurisprudencia, la exigencia de una contribución esencial para poder ser considerado responsable a título de coautoría vuelve a imponerse como la solución acertada. Como puede observarse, lo que se propone es el recurso a la teoría del dominio funcional del hecho (y a un concepto objetivo-material de autor), en consonancia con la tesis general repetida en numerosas ocasiones a lo largo de este trabajo.

III.4.4.2. Problemas en relación a los intervinientes de rango alto

Además de los problemas que la ECC plantea en su aplicación a los intervinientes de rango bajo, la exigencia combinada de los tres requisitos mencionados resulta especialmente problemática en su aplicación a los intervinientes dirigentes, los cuales normalmente se encuentran estructural y geográficamente alejados de los ejecutores²⁴⁷. Como explica Olásolo, tales problemas tienen lugar debido a dos razones; en particular²⁴⁸:

- 1) el hecho de que, en situaciones de criminalidad masiva, cuanta más alta sea la posición del dirigente, mayor será la actividad criminal en la que se habrá involucrado y también el número de miembros de la ECC en la que habrá intervenido; y

²⁴⁶ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 355-359, en referencia a *Prosecutor v. Vasiljević, Trial Chamber Judgment* del 29.11.2002 (IT-98-32-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Vasiljević*), párrs. 251-254.

²⁴⁷ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 359-360.

²⁴⁸ *Idem*. Tal y como advirtió la Fiscalía en el caso *Krnojelac*, la ECC (así entendida) se enfrenta a la dificultad de cubrir los casos en los que los ejecutores no comparten (o ni siquiera conocen) el propósito criminal de los dirigentes. *Vid.* Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 30, párr. 83.

- 2) el concepto tradicional de ECC, que requiere la inclusión en la misma de un grupo pequeño de dirigentes (diseñan y ponen en marcha el plan común), un número de superiores intermedios (preparan su ejecución), y un amplio número de superiores de rango inferior junto con los ejecutores de los crímenes.

Así, se observa que la aplicación a dirigentes del concepto tradicional de ECC exige la existencia de ECCs demasiado amplias que no son sino una ficción legal (que difícilmente se corresponden con la realidad), en tanto que todos sus miembros deben²⁴⁹:

- 1) actuar para promover un plan común;
- 2) compartir el dolo de cometer los delitos centrales de la ECC; y
- 3) compartir todo *dolus specialis* requerido por esos delitos centrales.

Entre las soluciones propuestas por la doctrina, se encuentra la de incrementar el nivel de contribución exigido²⁵⁰. Como puede observarse, se trata de la misma solución que la propuesta en el caso de aplicación de la ECC a intervinientes de bajo rango: la sustitución del criterio subjetivo de autor por la teoría del dominio (funcional) del hecho. No obstante, esta propuesta no resuelve el problema de la naturaleza compartida del plan y del dolo (en una ECC entre individuos que no se conocen y que ocupan posiciones dispares)²⁵¹, puesto que también en el ámbito de la coautoría por dominio funcional del hecho se exige que el plan y el dolo sean compartidos. De ahí la necesidad, como se explicará con mayor detenimiento en el Capítulo V de esta Parte II, de combinar dos de las

²⁴⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 359-360. En similar sentido, DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, cit., pp. 253-254; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., p. 116; VAN DER WILT, H., "Joint", cit., p. 168.

²⁵⁰ Vid. referencias en OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 364-376. Vid. también DANNER, A.M., MARTÍNEZ, J.S., "Guilty Associations", cit., pp. 150-151; OHLIN, J.D., "Three Conceptual Problems", cit., p. 89.

²⁵¹ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 364.

manifestaciones de la teoría del dominio del hecho (coautoría y autoría mediata), lo que da lugar al concepto de “coautoría mediata” – la cual además se adecúa mejor a la realidad criminológica de este tipo de casos –

Con base en esta idea de que las diferentes manifestaciones del concepto del dominio del hecho reflejan mejor la responsabilidad de los dirigentes, Van der Wilt propone mantener el concepto tradicional de ECC para los casos en los que pueda ser operativo, y recurrir a la teoría del dominio del hecho para la persecución penal de los dirigentes²⁵².

Sin embargo, la distinción entre autores y partícipes no puede basarse en criterios diferentes dependiendo de la situación fáctica, dado que la aceptación de este criterio supondría emplear una teoría subjetiva de autor cuando la ECC es aplicable, mientras que en los casos relativos a los dirigentes habría que adoptar una teoría objetivo-material basada en el dominio del hecho²⁵³. Por el contrario, la noción de “coautoría mediata” no incurre en este error, pues en ella se emplean dos figuras (la coautoría por dominio funcional del hecho y la autoría mediata por medio de estructuras organizadas de poder (EOP, en adelante)) basadas en el mismo concepto de autor – el que surge de la teoría del dominio del hecho –.

Existen otras propuestas que, al igual que el concepto de “coautoría mediata”, sugieren la combinación de distintas figuras para superar la ficción legal de una única inmensa ECC (en la que todos actúan con base en el mismo plan y comparten el mismo dolo) tan alejada de la realidad criminológica. Una de ellas es la de las ECCs subsidiarias propuesta por Gustafson²⁵⁴. En este caso, en lugar de combinar la teoría del dominio

²⁵² VAN DER WILT, H., “Joint Criminal Enterprise. Possibilities and Limitations”, *JICJ*, Vol. 5, Núm.1, 2007, pp. 102-108.

²⁵³ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 374-376.

²⁵⁴ *Ibid.*, pp. 368-373; GUSTAFSON, K., “The Requirement”, cit., pp. 134-158; OHLIN, J.D., “Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability”, *LJIL*, Vol. 25, Núm. 3, 2012, p. 775.

funcional del hecho de la coautoría con la del dominio del hecho por medio de EOP de la autoría mediata (los dos elementos de la coautoría mediata), se relaciona una coautoría basada en la doctrina de la ECC con otra coautoría basada en la ECC.

Gustafson propone entender que existen dos ECC separadas e interconectadas en lugar de una sola omnicompreensiva. Así, pone el ejemplo hipotético del líder de una unidad militar o paramilitar que es coautor de los delitos cometidos por sí mismos por los miembros de su grupo (primera ECC, de la que forma parte junto con sus subordinados) y que es, al mismo tiempo, miembro de una segunda ECC, en la que participan, además de él mismo, los dirigentes políticos y militares²⁵⁵. En tanto que los ejecutores (pertenecientes a la primera ECC) cometan los delitos en ejecución de lo establecido en la segunda ECC por los dirigentes, debe atribuírseles recíprocamente la condición de coautores a tales dirigentes²⁵⁶. Por ello, propone emplear la construcción de dos ECC separadas e interconectadas en vez de una sola omnicompreensiva²⁵⁷.

Gustafson considera innecesaria la exigencia adicional de un acuerdo explícito entre cada uno de los miembros de la ECC y los ejecutores, y critica que la Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin* exigiera un acuerdo explícito entre el acusado (en el caso de que sea uno de los miembros de la ECC que no ha acordado directamente con los ejecutores del hecho su comisión) y los ejecutores del delito, en lugar de considerar suficiente con que el acusado (miembro de la ECC que no tiene un contacto directo con los ejecutores del delito) acuerde la comisión de un crimen con los superiores de los ejecutores (entendiendo que éstos, además de ser

²⁵⁵ GUSTAFSON, K., "The Requirement", *cit.*, pp. 146-149.

²⁵⁶ GUSTAFSON, K., "The Requirement", *cit.*, pp. 146-149; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, p. 775.

²⁵⁷ GUSTAFSON, K., "The Requirement", *cit.*, pp. 146-149.

superiores de los ejecutores, son también miembros de la ECC)²⁵⁸. Por el contrario, pone énfasis en la necesidad de que los ejecutores cometieran los crímenes en cumplimiento del plan acordado por los dirigentes, dado que dicho requisito elimina la posibilidad de que los dos grupos estuvieran actuando independientemente²⁵⁹.

Argumenta Van der Wilt que el acuerdo previo (y explícito) entre los miembros es el elemento más importante, dado que con ello los miembros demuestran ser capaces y estar preparados psicológicamente para cometer los delitos en cuestión, en el sentido de que se privan a ellos mismos de cualquier vuelta atrás²⁶⁰. Sin embargo, el acuerdo entre los dirigentes (en vez de con los ejecutores que éstos controlan) también pondría de relieve que los intervinientes están psicológicamente preparados para cometer tales delitos. Es más, se podría decir que se encontrarían más preparados si cabe, puesto que el control de los líderes sobre el comportamiento de sus subordinados incrementa la posibilidad de que estos últimos cometan los delitos en cuestión²⁶¹.

La doctrina de las ECCs subsidiarias soluciona el problema de tener que probar que los ejecutores compartían los amplios propósitos criminales de los líderes²⁶². En tanto que existen dos ECCs separadas, los planes criminales y el dolo compartido no tienen por qué ser idénticos en ambas – mientras que el plan criminal de la ECC de la que forman parte los

²⁵⁸ *Ibid.*, pp. 143-149. Va más allá y sugiere que, desde un punto de vista práctico, resulta más eficaz y efectivo el acuerdo entre el acusado y el miembro de la otra ECC que no comete por sí mismo el delito (el superior) que un acuerdo entre el acusado y los ejecutores del delito (también pertenecientes a la otra ECC de la que es miembro el superior). Ello es así porque la capacidad de los líderes de influenciar el comportamiento de las unidades que dirigen hace más probable que estas unidades cometan los delitos en comparación a si se lo ordenara el acusado, puesto que si bien el acusado pertenece a la ECC de los dirigentes, no es un superior directo de los ejecutores.

²⁵⁹ *Ibid.*, pp. 143-149.

²⁶⁰ VAN DER WILT, H., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 107. Tras reconocer que en los grupos grandes tales acuerdos explícitos no suelen estar presentes, niega la utilidad de la ECC en dichos supuestos.

²⁶¹ GUSTAFSON, K., "The Requirement", *cit.*, pp. 143-149.

²⁶² *Ibid.*, pp. 143-149 y 154.

ejecutores debe ser abarcado por la ECC de los dirigentes, el más amplio plan criminal de la ECC de los dirigentes no necesita ser abarcado por el plan de la ECC de los ejecutores –. Esto, llevado al ámbito del genocidio, significa que los ejecutores pueden llevar a cabo actos de homicidio o exterminio en cumplimiento del plan genocida acordado por los dirigentes, pero sin compartir con ellos (y tal vez, ni siquiera conocer) la intención genocida, sino sólo el dolo de cometer los actos constitutivos de genocidio²⁶³.

Por ello, no habría problema para condenar a los dirigentes por genocidio, mientras que los ejecutores lo fueran por crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra. Así se evita:

- 1) la posibilidad de sancionar como autores de genocidio a aquellos que no tienen el *dolus specialis*, y
- 2) la posibilidad de considerarlos meros partícipes de genocidio, puesto que su conducta cumple los requisitos de una responsabilidad a título de autoría, ahora bien, por crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra (no por genocidio).

Además, este esquema se adapta mejor a la realidad criminológica de los contextos genocidas, en los que la existencia de diferentes motivaciones en los intervinientes es la nota característica.

Como señala Olásolo, aunque la propuesta de Gustafson sea la más coherente con el concepto subjetivo de autor adoptado por los tribunales *ad hoc* y, aunque la coautoría basada en la teoría de la ECC (como cualquier tipo de coautoría) sea un medio apropiado para reflejar relaciones horizontales, es mucho menos efectiva para relaciones verticales²⁶⁴. En el contexto de las relaciones verticales, la autoría mediata por medio de EOP resulta más adecuada que la coautoría basada en la ECC (también que la

²⁶³ *Ibid.*, pp. 143-149.

²⁶⁴ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 371-373 y 434-435.

coautoría basada en el dominio funcional del hecho), dado que en el último supuesto, el dirigente es considerado como una más de las personas que intervienen en la empresa criminal²⁶⁵ – y no como lo que son, los verdaderos artífices y responsables del plan criminal – . Pero es cierto que en el contexto de los crímenes internacionales también se dan una serie de importantes relaciones horizontales (como las que tienen lugar entre los distintos dirigentes), lo que vuelve a poner de manifiesto, como se verá en el Capítulo V de esta Parte II, lo adecuado de la “coautoría mediata”, la cual combina los elementos de la coautoría y de la autoría mediata.

Aunque no lo señale expresamente, Cassese también recurre a la combinación de distintas figuras al realizar su propuesta. Así, propone distinguir la responsabilidad penal del miembro de la ECC que ordena el crimen a un outsider y la del resto de miembros de la ECC²⁶⁶: mientras que el primero será responsable por los crímenes cometidos por él o los otros miembros de la ECC y también por ordenar o incitar la comisión de crímenes a sus subordinados, el resto de miembros de la ECC sólo pueden ser considerados responsables por los crímenes cometidos por los outsiders si: (i) en la ECC habían acordado que la comisión de los crímenes sería llevada a cabo por outsiders que estuvieran bajo las órdenes de uno de los miembros de la ECC (ECC I) o (ii) los miembros habían previsto (personalmente) el riesgo de que otro miembro de la ECC ordenara o incitara a outsiders a cometer los crímenes y conscientemente corrieron tal riesgo (ECC III)²⁶⁷.

²⁶⁵ MANACORDA, S., MELONI, C., “Indirect Perpetration”, *cit.*, p. 177. En este sentido, OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 775-776, se pregunta por qué tratándose de dos ECCs interconectadas puede el tribunal hacer a los dirigentes responsables por los crímenes cometidos por la ECC de los autores directos (subordinados), pero no condena a los autores directos (subordinados) por los crímenes incluidos en la ECC de los dirigentes.

²⁶⁶ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 193-195 y 209-211.

²⁶⁷ *Ibid.*, pp. 209-211. En su último manual, CASSESE, A., *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., New York, 2013, mantiene su posición, y añade que la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, debe ser objeto de otra importante objeción, en tanto que ésta afirmó que la doctrina de la ECC es también

En la solución propuesta por Cassese se puede identificar también la combinación de elementos propios de las relaciones horizontales – en este caso, de la coautoría basada en la doctrina de la ECC (mientras que en la “coautoría mediata” ésta está basada en la teoría del dominio funcional del hecho) – con los de las relaciones verticales o basadas en una jerarquía – bajo la forma de participación de “ordenar” o “incitar” en este caso (y bajo la figura de la autoría mediata por EOP en la “coautoría mediata”) – .

Los tribunales *ad hoc* también han recurrido a la combinación de distintas figuras – en concreto, la aplicación conjunta de la coautoría basada en la ECC y la autoría mediata a través de EOP – para superar la ficción legal de una única inmensa ECC y los problemas que la inclusión de los dirigentes en tal ECC presenta²⁶⁸. Al adoptar este nuevo concepto de ECC, conocido como “ECC en el nivel de liderazgo”, los tribunales *ad hoc* se han apartado del concepto tradicional de ECC y han adoptado una variante *sui generis* de la “coautoría mediata”²⁶⁹.

Este concepto de “ECC en el nivel de liderazgo” habría sido expresamente aceptado en la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*²⁷⁰, según la cual la aplicación de la ECC no está limitada a los casos de pequeñas dimensiones²⁷¹. En este caso, se planteó ante el TPIY la posibilidad de

aplicable a ECCs de gran escala en las que los crímenes fueron cometidos por individuos que se encontraban muy alejados del acusado.

²⁶⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 376; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 165; OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 772-775.

²⁶⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 376. En sentido similar, VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 136; VAN SLIEDREGT, E., “System”, *cit.*, p. 199; OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 772-775.

²⁷⁰ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 378-381; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 161-163; VAN SLIEDREGT, E., “System”, *cit.*, pp. 193-194; OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 773-774.

²⁷¹ Ello es así porque la exigencia de una contribución para ejecutar el plan común elimina toda posibilidad de considerar responsable por “mera asociación” a los individuos estructuralmente alejados de los hechos. *Vid.* Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párrs. 420-425; OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 378-381; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 162; VAN SLIEDREGT, E., “System”, *cit.*, pp. 193-194; VAN DER WILT, H., “Joint”, *cit.*, p. 163; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 349-350; DE FROUVILLE, O., *Droit international, cit.*, p. 372.

establecer la responsabilidad de los miembros de una ECC aun cuando los crímenes fueran cometidos por individuos que no formaran parte de dicha ECC. Mientras que la Sala de Primera Instancia rechazó tal posibilidad, la Sala de Apelaciones la admitió siempre que quedara demostrado que el delito había sido cometido por una persona utilizada como instrumento por un miembro de la ECC en ejecución del plan común²⁷².

Así, la Sala prosiguió su argumentación señalando que lo relevante no es la pertenencia a la ECC de la persona que llevó a cabo el *actus reus*, sino que el crimen en cuestión forme parte del propósito común²⁷³. Además, señaló expresamente que no era necesario que existiera acuerdo entre el ejecutor del crimen y el acusado: es suficiente con que el crimen en cuestión sea parte del propósito criminal común y el acusado "utilice" al ejecutor para promover tal propósito²⁷⁴.

En cuanto a la ECC III, el TPIY señaló que el acusado (miembro de la ECC que no tiene una relación directa con los ejecutores del delito) puede ser responsable también de los delitos que los ejecutores (no-miembros de la

²⁷² Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 174, párrs. 344-347; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párrs. 410, 413, y 418-419. La Sala de Apelaciones concretó que cuando el ejecutor del crimen no forma parte de la ECC, el hecho de que el crimen forme parte del propósito común puede inferirse de varias circunstancias, como el hecho de que el acusado u otro miembro de la ECC cooperara con el ejecutor para promover el propósito criminal común o que el ejecutor supiera de la existencia de la ECC. No obstante, la Sala dejó claro que esto último no constituye una *conditio sine qua non* para establecer la responsabilidad de los miembros de la ECC. Vid. CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 193-194 y 209; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 125; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 161-162; VAN SLIEDREGT, E., "System", *cit.*, pp. 193-194; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, pp. 773-774; VAN DER WILT, H., "Joint", *cit.*, p. 163; DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise*, *cit.*, pp. 141-145; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, pp. 423-424; DAVID, É., *Éléments*, *cit.*, p. 647.

²⁷³ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párrs. 410, 413, y 418-419; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 378-381; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p.125; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 161-162; VAN SLIEDREGT, E., "System", *cit.*, pp. 193-194; VAN DER WILT, H., "Joint", *cit.*, p. 163; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 359.

²⁷⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 174, párrs. 415-419, y 430-431. Vid. CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 194; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 125; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 162; VAN SLIEDREGT, E., "System", *cit.*, pp. 193-194; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, pp. 773-774; VAN DER WILT, H., "Joint", *cit.*, p. 163; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 350; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, pp. 423-424.

ECC) cometen más allá de lo acordado en la ECC, siempre que en las circunstancias del caso²⁷⁵:

- 1) fuera previsible que ese delito pudiera ser cometido por una o más personas de las personas utilizadas por algún miembro de la ECC para realizar los elementos del tipo objetivo de los delitos que formaban parte del propósito común; y
- 2) el acusado voluntariamente asumiera el riesgo.

Es decir, se puede ser responsable bajo la doctrina de la ECC III si, con conocimiento de que ese delito era una consecuencia posible de la ejecución de la ECC, se decidió tomar parte en la misma²⁷⁶.

En el caso *Krajišnik* el TPIY fue más allá²⁷⁷. Al igual que en la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, el TPIY sostuvo que los miembros de una ECC pueden ser responsables por los delitos cometidos por no-miembros de la ECC, siempre que pueda establecerse²⁷⁸:

- que dichos delitos pueden ser atribuidos a un miembro de la ECC;
- y
- que tal miembro – al utilizar a los ejecutores – actuó conforme al propósito común.

Pero, a diferencia de la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, el TPIY no empleó el término “instrumento” para referirse a la “utilización de quienes no son miembros de la ECC para cometer los delitos” en la Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*²⁷⁹, lo que puede entenderse

²⁷⁵ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 411; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 378-381; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 162; VAN SLIEDREGT, E., “System”, *cit.*, pp. 193-194; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, pp. 423-424.

²⁷⁶ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párrs. 411 y 419.

²⁷⁷ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 382-389.

²⁷⁸ Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, párr. 714.

²⁷⁹ Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*, *supra* nota 31, párr. 714. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 382-389; CASSESE, A., *Cassese’s International*, *cit.*, pp. 173-175.

como una expansión del concepto de ECC en el nivel de liderazgo que pasa a abarcar también los casos en los que el miembro de la ECC utilizó al no-miembro para realizar los delitos a partir de acciones u omisiones que no den lugar a responsabilidad principal a título de autor, tales como “incitar”, “ordenar”, “alentar”, o “valerse de él de otra manera”²⁸⁰.

No obstante, dado que el concepto de “ECC en el nivel de liderazgo” entiende la ECC como una forma de coautoría, uno de los miembros de la ECC ha de ser responsable como (co)autor del delito, porque sólo entonces tal responsabilidad por coautoría puede ser atribuida a los otros miembros de la ECC²⁸¹. De ahí que una relación (entre un miembro de la ECC y el ejecutor no-miembro de la ECC) basada en formas de contribución accesoria que dan lugar a responsabilidad a título de participación no pueda servir como base para atribuir responsabilidad a título de (co)autoría al resto de miembros de la ECC²⁸².

Pero no terminan ahí las críticas a la Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*. Según Olásolo, ni la Sentencia de primera instancia ni la de apelación en el caso *Krajišnik* aplicaron el concepto de ECC en el nivel de liderazgo en sentido estricto, ya que²⁸³:

- 1) incluyeron entre los miembros de la ECC a cientos de dirigentes civiles y militares (incluso miembros indeterminados), los llamados “miembros rasos”;
- 2) se redujo el grado de solidaridad entre los miembros de la ECC; y

²⁸⁰ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 382-389.

²⁸¹ *Idem.*

²⁸² *Idem.*; OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 773-774. Resulta interesante la Opinión Separada del juez Meron en la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin, supra* nota 29, pp. 167-169, según la cual la naturaleza del vínculo que une al miembro de la ECC con los ejecutores debe ser el factor limitativo: Si el miembro de la ECC *ordena* a sus subordinados la comisión del crimen, todos los miembros de la ECC serán considerados responsables por *ordenar* tales crímenes (énfasis añadido). Vid. CASSESE, A., *Cassese’s International, cit.*, pp. 173-175; y VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 164-165.

²⁸³ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 382-389.

- 3) reaparecieron los problemas derivados de la exigencia jurídica de un plan común y de un dolo compartido entre todos los intervinientes en la ECC.

La Sentencia de primera instancia en el caso *Dorđević* incurrió en el mismo error²⁸⁴.

Lleva razón Olásolo cuando critica esta innecesaria extensión del círculo de miembros de la ECC, puesto que la funcionalidad de la “coautoría mediata” – o en este caso de la “ECC en el nivel de liderazgo” – radica en no tener que recurrir a la ficción legal de que todos los miembros de una vasta empresa criminal conocen y comparten el mismo dolo – y en los casos *Krajišnik* y *Brđanin*, finalmente, se tuvo que recurrir a tal ficción –. Por ello, es de celebrar que la Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina* limitara los miembros de la ECC a los dirigentes que la diseñaron y dirigieron, ya que ello conlleva un mayor grado de solidaridad entre sus miembros y la posibilidad de identificar de manera más precisa a los dirigentes que formaron parte de la ECC, lo que permite afirmar sobre la base de elementos de prueba concretos – y no con fundamento en una mera ficción jurídica – que efectivamente todos los miembros de la ECC compartían un plan o propósito común²⁸⁵.

Ahora que el TPIY está llevando a cabo los procesos contra los dirigentes de más alto rango, la coautoría basada en la “ECC en el nivel de liderazgo” se encuentra plenamente aceptada y se ha convertido en la forma de responsabilidad más frecuentemente invocada por la Fiscalía²⁸⁶. Esta re-

²⁸⁴ *Ibid.*, pp. 410-413. Vid. Sentencia de primera instancia en el caso *Dorđević*, *supra* nota 31, párrs. 2127-2128.

²⁸⁵ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 413-416. Vid. Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*, *supra* nota 31.

²⁸⁶ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 427-428. Por el contrario, resulta curioso observar que en decisiones recientes del TPIR, no se ha aplicado el concepto de ECC por considerar que los sujetos activos eran responsables accesorios de los delitos a título de alguna forma de participación – por planear en el caso *Kanyarukiga*, y por ordenar y cooperar en el caso *Renzaho* –. Vid. Sentencia de primera instancia en el caso *Kanyarukiga*, *supra* nota 31, párr.

definición de la doctrina de la ECC resulta interesante desde la perspectiva de la distinción entre autoría y participación, ya que transforma la naturaleza jurídica de la ECC: no existe más una comunidad de intención entre los ejecutores de los crímenes y los dirigentes que los planean y ponen en marcha; por el contrario, estos últimos se aprovechan de su control sobre las organizaciones que dirigen para instrumentalizar a los primeros²⁸⁷. Así, la doctrina de la ECC, que en su concepción tradicional se apoya sobre un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, acaba sustentándose de manera importante sobre la teoría del dominio del hecho²⁸⁸.

Sin embargo, si bien en su componente relativo a la relación vertical la “ECC en el nivel de liderazgo” adopta la teoría del dominio del hecho (autoría mediata), no puede decirse lo mismo de su elemento horizontal,

643, y *Prosecutor v. Renzaho, Trial Chamber Judgment* del 14.07.2009 (ICTR-97-31-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Renzaho*), párr. 766. Como apunta OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 418-420, la lógica de análisis del TPIR podría ser adecuada en el caso de que su jurisprudencia entendiese el concepto de ECC como una forma de responsabilidad accesoria de carácter residual; sin embargo, dado que interpreta la teoría de la ECC como una forma de coautoría que da lugar a responsabilidad principal, debería analizar primero su posible responsabilidad principal a título de coautor como miembros de una ECC, y sólo si la respuesta es negativa, contemplar después la posibilidad de establecer su responsabilidad accesoria a título de participación. En lo que se refiere a los tribunales mixtos, la jurisprudencia de la Corte Especial de Sierra Leona ha adoptado la posición de la Sala de Apelaciones del TPIV en el caso *Brđanin* y, sobre esta premisa, en el caso contra los dirigentes del Frente Unido Revolucionario, aplicó por primera vez expresamente el concepto de ECC en el nivel de liderazgo. Vid. *Prosecutor v. Fofana and Kondewa (CDF Case), Trial Chamber Judgment* del 09.10.2007 (SCSL-04-14-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *CDF*); Sentencia de primera instancia en el caso *RUF*, *supra* nota 31, párrs. 263, 591-601, 605-606, 612-622, 635-638 y 642-648. Mientras que las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya no abordaron el concepto de ECC en el nivel de liderazgo en la Sentencia de primera instancia en el caso 001, *supra* nota 122 – debido al retraso en su alegación por parte de la Fiscalía –, sí lo han abordado y aceptado en la Sentencia de primera instancia en el caso 002/01. Vid. *Prosecutor v. Nuon Chea and Khieu Samphan (002/01 Case), Trial Chamber Judgment* del 07.08.2014 (002/19-09-2007-ECCC/TC) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *002/01*), párrs. 693 y 806. Por su parte, el Tribunal Especial para el Líbano sí ha abordado el concepto de ECC en el nivel de liderazgo, aunque de manera muy breve – en una nota al pie –. Vid. Decisión del TEL sobre el derecho aplicable, *supra* nota 31, párrs. 237 y nota al pie 357. Para información más concreta sobre la jurisprudencia de los tribunales mixtos, vid. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 420-426.

²⁸⁷ OLÁSULO, H., “Reflexiones”, *cit.*, pp. 13-14.

²⁸⁸ *Idem*.

en el que mantiene la coautoría basada en la ECC en vez de la coautoría por dominio (funcional) del hecho. Esta combinación de dos posiciones antagónicas genera incertidumbre sobre cuál es el criterio dominante para distinguir entre autores y partícipes²⁸⁹. Por ello, consideramos más apropiada la noción de “coautoría mediata”, en la que profundizaremos en el Capítulo V de esta Parte II.

III.5. ¿Tiene cabida la ECC en el ER?

Como se ha señalado, la CPI acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación²⁹⁰, y se basa en la teoría del dominio del hecho para realizar tal distinción²⁹¹. Por ello, interpreta el apartado 3(d) (en el que se prevé la forma de responsabilidad penal que más se parece a la figura de la ECC) como una forma residual de participación en lugar de una expresión de la coautoría²⁹². Por el contrario, ya se ha puesto de manifiesto

²⁸⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 437.

²⁹⁰ Vid. Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, supra nota 22, párrs. 976-1018; Sentencia de apelación en el caso *Lubanga*, supra nota 100, párr. 462; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, supra nota 21, párr. 320; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 218, párrs. 484-486. ESER, A., “Individual Criminal Responsibility: Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law” en A. CASSESE, P. GAETA y J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 782; AMBOS, K., “Article 25/Special Print (update of the pages 743-770)” en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Beck, München, 2008, margen 2; AMBOS, K., “El primer fallo”, cit., pp. 25-37; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, cit., p. 414.

²⁹¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, supra nota 22, párrs. 1003-1006; Sentencia de apelación en el caso *Lubanga*, supra nota 100, párr. 462; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, supra nota 21, párrs. 328-338; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 21, párrs. 480-486. OLÁSOLO, H., “El Desarrollo”, cit., pp. 78-85; OLÁSOLO, H., “Reflexiones”, cit., p. 5; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, cit., p. 455.

²⁹² Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, supra nota 22, párr. 996; *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l’article 74 du Statut* del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párr. 1618; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, supra nota 21, párr. 337; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 21, párr.

que, desde el caso *Milutinović* en 2003, los tribunales *ad hoc* construyen el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la ECC – basándose así en un criterio subjetivo de autor –²⁹³.

III.5.1. Naturaleza jurídica del artículo 25(3)(d) ER

Varios autores coinciden en señalar que el origen del art. 25(3)(d) ER puede encontrarse en el art. 2(3) del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el cual tiene sus raíces en la controvertida teoría de la “conspiración”²⁹⁴.

Para Ambos, el art. 25(3)(d) ER fue pensado para reconciliar los intereses de los adversarios del tipo tradicional de la conspiración y los partidarios de alguna especie de responsabilidad fundamentada colectivamente²⁹⁵. Se abandonó así la conspiración tradicional, porque mientras que en ella es suficiente la mera planificación del delito, el art. 25(3)(d) ER requiere su comisión o tentativa de comisión²⁹⁶.

Fletcher y Ohlin afirman que la doctrina de la conspiración ha sido adoptada por la figura de la ECC en el DPI moderno, pero que el ER ha

483. OLÁSOLO, H., “Reflexiones”, *cit.*, p. 5; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, pp. 461-462; DE FROUVILLE, O., “Joint Criminal Enterprise” *cit.*, p. 127; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, pp. 375-376.

²⁹³ Decisión en el caso *Milutinović*, *supra* nota 29, párrs. 20 y 31; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 29, párrs. 95 y 102; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 29, párr. 33; Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 29, párr. 79; Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 29, párr. 434; Sentencia de apelación en el caso *Ntakirutimana*, *supra* nota 29, párr. 462; Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 29, párr. 158.

²⁹⁴ ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 802; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 213; AMBOS, K., “Article 25”, *cit.*, margen 24; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 64 y 145; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 452.

²⁹⁵ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 269-272.

²⁹⁶ *Ibid.*; Como señala ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 802, la conspiración así entendida converge con el contenido de los apartados 3(b) y 3(c) del art. 25 ER, razón por la cual podemos decir que el ER ha abandonado por completo la doctrina tradicional de la conspiración.

sustituido la doctrina de la ECC (y por tanto también la de la conspiración) por una previsión específica, recogida en el art. 25(3)(d) ER, que regula la responsabilidad por el hecho de otro de manera más precisa que la doctrina de la ECC creada jurisprudencialmente por el TPIY²⁹⁷.

En este sentido, la SCP I, en su Decisión de confirmación de cargos del caso *Mbarushimana*, ha afirmado que existen las siguientes diferencias entre la doctrina de la ECC y la forma de responsabilidad del artículo 25 (3)(d) ER:

- 1) la responsabilidad a título de coautor (ECC) o de partícipe (art. 25(3)(d) ER);
- 2) la necesidad de formar parte (ECC) o no (art. 25(3)(d) ER) del plan o propósito criminal común;
- 3) la contribución al plan o propósito criminal común (ECC) frente a la contribución al delito cometido (art. 25(3)(d) ER); y
- 4) la necesidad de actuar con dolo directo de primer grado (ECC) frente a la suficiencia del mero conocimiento (art. 25(3)(d) ER)²⁹⁸.

III.5.2. Tipo objetivo y subjetivo del artículo 25 (3)(d) ER y su distinción de la complicidad del apartado 25 (3)(c) ER

Numerosos autores señalan que, en vista del amplio ámbito de aplicación de la complicidad en el delito (art. 25(3)(c) ER), el apartado (3)(d) es superfluo, innecesario, o de muy difícil aplicación práctica²⁹⁹. Sin embargo, las marcadas diferencias, sobre todo objetivas, entre los apartados 3(c) y 3(d) nos hacen diferir de lo sugerido por estos autores.

²⁹⁷ FLETCHER, G.P., OHLIN, J.D., "The Commission", *cit.*, pp. 548-550.

²⁹⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 282. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 733-734.

²⁹⁹ ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 803; MANTOVANI, F., "The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer", *JICJ*, Vol. 1, Núm. 1, 2003, p. 35.

III.5.2.1. Tipo objetivo

Desde el punto de vista objetivo, hay quien defiende que la única diferencia estriba en que el apartado 3(c) contempla la complicidad en todo crimen individual, mientras que el apartado 3(d) se refiere a la contribución en la comisión de un crimen perpetrado por un grupo³⁰⁰.

Sin embargo, en la Decisión de confirmación de cargos del caso *Mbarushimana*, la SCP I hizo referencia a una diferencia adicional en el plano objetivo³⁰¹. Una vez establecida convincentemente la necesidad de la exigencia de que la contribución realizada tenga cierta entidad – en aras a evitar que cualquier miembro de la comunidad que, conociendo la criminalidad del grupo, realice una contribución, sea considerado responsable con base en el art. 25(3)(d) ER, en especial cuando tal criminalidad sea públicamente conocida –³⁰², la SCP I partió del sistema de gradación de las distintas aportaciones que se exigen en el art. 25(3) ER para determinar el nivel de contribución exigido en su apartado (d):

- 1) una contribución esencial en el caso de la coautoría (apartado 3(a));
- 2) una aportación sustancial en los supuestos de los apartados 3(b) y 3(c); y
- 3) una contribución significativa en el caso del apartado 3(d)³⁰³.

³⁰⁰ Mientras que ESER, A., "Individual", *cit.*, pp. 802-803, considera suficiente tal distinción basada en el factor "grupo" para justificar una regulación separada; FLETCHER, G.P., OHLIN, J.D., "The Commission", *cit.*, pp. 548-550, la consideran insuficiente, no obstante lo cual defienden su regulación separada con base en la existencia de una notable diferencia en el plano subjetivo.

³⁰¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párrs. 276-279 y 283-285.

³⁰² *Idem.*, párr. 277. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 681-682; OHLIN, J.D., "Three Conceptual", *cit.*, p. 89; AMBOS, K., "La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma?", *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, pp. 15-18.

³⁰³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párrs. 279 y 283; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 22, párr. 999; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 292, párrs. 1632-1635. En

A diferencia de la SCP I, la SCP II en los casos *Muthaura et al.* y *Ruto et al.*, no ha exigido que la aportación al delito sea “significativa” para que sea aplicable tal artículo. Por el contrario, ha concluido que, si resulta en la comisión de los crímenes imputados, toda contribución menor a una “sustancial” satisface el umbral del art. 25(3)(d) ER³⁰⁴. Por su parte, la SPI II de la CPI en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, al analizar los elementos del tipo objetivo del art. 25(3)(d)(ii), ha acogido la posición de la SCP I al afirmar la necesidad de que la contribución tenga cierta entidad, refiriéndose expresamente al umbral de lo “significativo”³⁰⁵.

Con independencia de que la futura jurisprudencia de la CPI se incline por una u otra posición, conviene señalar que ambas posiciones confirman la existencia de un sistema de gradación en las distintas contribuciones previstas en el art. 25(3) ER; por tanto, en lo que aquí interesa, no cabe duda de que los apartados 3(c) y 3(d) del art. 25 ER se diferencian, en el plano

sentido similar, Sentencia de apelación en el caso *Lubanga*, *supra* nota 100, párr. 468; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 682-683 y 728-730. Advirtiendo de que debe realizarse un análisis caso por caso, la SCP I, en el caso *Mbarushimana*, propuso los siguientes factores de cara a decidir sobre la calificación de una contribución como “significativa”: 1) el mantenimiento de la colaboración tras conocer la naturaleza criminal del propósito común del grupo; 2) el esfuerzo realizado para prevenir la actividad criminal o impedir que la actividad delictiva del grupo se mantenga en el tiempo; 3) el hecho de que la persona cree o simplemente ejecute el plan criminal; 4) la posición del sujeto activo en relación al grupo; y 5) el rol del sujeto activo en relación a la gravedad y alcance de los crímenes imputados. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 284. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 685-686. Si bien defiende la necesidad de exigir un umbral objetivo mínimo en relación al art. 25(3)(d) ER, AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, pp. 12-13, afirma que no existe una diferencia real entre los estándares “sustancial” y “significativo”. Según dicho autor, en tanto que el art. 25(3)(d) ER no requiere un estándar objetivo menos exigente, su diferencia con respecto al art. 25(3)(c) ER se encuentra en el tipo subjetivo. *Vid.* AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, pp. 13-14.

³⁰⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 21, párr. 421; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 354, puesto que si tanto el apartado (c) como el (d) exigieran una contribución “sustancial”, la estructura jerárquica de los distintos modos de intervención previstos en el art. 25(3) carecería de sentido.

³⁰⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 292, párrs. 1632-1635; *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative à la mise en oeuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés* del 21.11.2012 (ICC-01/04-01/07) (en adelante, Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*), párrs. 6-7, 23, 28-29 y 33.

objetivo, en la mayor entidad exigida para las contribuciones del apartado 3(c) en comparación con las del 3(d)³⁰⁶.

En el mismo sentido, aunque defiende que no es necesario que la aportación al delito sea “significativa” para poder aplicar el art. 25(3)(d) ER, Kiss está a favor de la lectura jerárquica del art. 25(3) ER y señala que tal orden jerárquico “no se conmueve por faltarle, al último eslabón, un estándar mínimo”³⁰⁷.

Antonio Cassese ha afirmado la existencia de una distinción adicional entre los apartados (c) y (d) del artículo 25(3) ER. Según este autor, el art. 25(3)(d) ER se limita a establecer la responsabilidad de quienes desde fuera de un grupo criminal contribuyen a la comisión del crimen acordado por los miembros del grupo al que no pertenecen³⁰⁸. Sin embargo, en el caso *Mbarushimana* la SCP I señaló que el ámbito de aplicación del art. 25(3)(d) ER no está limitado a los individuos que no forman parte del plan o propósito común, sino que puede ser de aplicación también a los miembros del grupo³⁰⁹. Si se estableciera tal limitación, quienes participan en el plan común realizando aportaciones significativas no esenciales

³⁰⁶ Estos apartados se distinguen también en que la contribución sea realizada a un crimen individual o a uno perpetrado por un grupo. Asimismo, según la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párrs. 286-287, las conductas de encubrimiento entran dentro del ámbito del art. 25(3)(d) ER, siempre que éstas hayan sido acordadas con el grupo antes de la comisión del delito. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 686-687.

³⁰⁷ KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, Núm. 2, 2013, p. 18, disponible en <<http://www.indret.com/pdf/964.pdf>> [Consulta: 15.04.2015]. Según él, no es cuestión del grado de la contribución, sino de su naturaleza, en el sentido de que debería exigirse la existencia de un vínculo normativo entre la conducta y el resultado que permitiera verificar la tipicidad de la contribución, dejando fuera las “contribuciones neutrales”. *Vid.* también KISS, A., “La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en cuanto a la contribución en el crimen cometido por un grupo” en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 492.

³⁰⁸ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 212-213.

³⁰⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párrs. 272-275. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 292, párr. 1631. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 680-681; OHLIN, J.D., “Three Conceptual”, *cit.*, p. 80-81.

quedarían exentos de responsabilidad – sólo si la contribución es esencial podrían ser considerados coautores –, puesto que los apartados 3(b) y 3(c) del art. 25 ER no cubren aquellos supuestos en los que miembros del grupo cooperan significativamente a la ejecución del plan común con el conocimiento de que los otros miembros del grupo pretenden cometerlo³¹⁰.

III.5.2.2. Tipo subjetivo

La SCP I y SCP II coinciden en identificar los elementos del tipo subjetivo del art. 25(3)(d) ER con los siguientes³¹¹:

- 1) una contribución “intencional” (es decir, dolosa³¹²), pero no en relación al impacto de tal conducta en la comisión del delito imputado por el grupo, sino en relación a su propia conducta); y
- 2) que sea llevada a cabo con la finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo (apartado 3(d)(i)) o, al menos, con el conocimiento de la “intención” (es decir, el dolo³¹³) del grupo de cometer el delito (apartado 3(d)(ii)).

³¹⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párrs. 273-274. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 681. Aunque parta de un razonamiento distinto, KISS, A., “La Contribución”, *cit.*, pp. 27-31, también defiende que la limitación propuesta por Cassese no encuentra justificación. *Vid.* también KISS, A., “La jurisprudencia”, *cit.*, pp. 501-505.

³¹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 288; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 292, párrs. 1620, 1637-1642; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 89, párr. 47; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 89, párr. 51; Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, *supra* nota 305, párrs. 26 y 33.

³¹² Se considera más apropiada la traducción alemana, la cual emplea el término “*vorsätzlich*” (dolosa). Para entender la razón por la que se prefiere el término “dolosa”, *Vid.* AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 388. En relación al caos terminológico derivado de los conceptos en inglés “*intent*”, “*intention*” e “*intentional*”, *Vid.* AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 386-389; y el Capítulo II de esta Parte II.

³¹³ Se considera más apropiada la traducción alemana, la cual habla del “*Vorsatz der Gruppe*” (dolo del grupo). Para entender la razón por la que se prefiere el término “dolo”, *Vid.* AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 388.

Por lo tanto, el art. 25(3)(d) ER no exige que el partícipe comparta el propósito criminal del grupo, ni que éste satisfaga los elementos del tipo subjetivo del delito cometido por el grupo, ni tampoco que los miembros del grupo sean conscientes de la aportación del partícipe³¹⁴. Basta con que se actúe con conocimiento de que los miembros del grupo pretenden cometerlo (aunque no quiera facilitar su comisión). De esta manera, el conocimiento del contenido del dolo del grupo se erige como exigencia mínima³¹⁵, ya que nadie puede tener el objetivo de ayudar al grupo a conseguir un fin si no conoce, al menos, el dolo de tal grupo³¹⁶. Lógicamente, este umbral subjetivo poco exigente reafirma la necesidad de que las contribuciones tengan cierta entidad desde el punto de vista objetivo para poder ser sancionadas conforme al art. 25(3)(d) ER, lo que refuerza la posición de la SCP I y la SPI II de requerir que las contribuciones sean, al menos, “significativas”³¹⁷.

En cuanto al apartado 3(c), éste exige que la persona que ayuda en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”. En tanto que el apartado 3(d)(ii) afirma que son suficientes las acciones de favorecimiento del delito llevadas a cabo sin la voluntad de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan³¹⁸, la diferencia de este último con el apartado 3(c) es evidente. Numerosos autores – así como la jurisprudencia relativa a esta cuestión – han hecho

³¹⁴ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 731-732. *Vid.* también Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 292, párrs. 1638, 1640-1642.

³¹⁵ AMBOS, K., “Article 25”, *cit.*, márgenes 26 y 29-30, entiende que el conocimiento del contenido del dolo del grupo de cometer el crimen debe ser positivo, por lo que no es suficiente con que el partícipe sepa que probablemente se cometerá un crimen (estándar este último establecido por el TPIV para la complicidad).

³¹⁶ FLETCHER, G.P., OHLIN, J.D., “The Commission”, *cit.*, pp. 548-550; Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, *supra* nota 305, párr. 30.

³¹⁷ A lo que cabe añadir que, como señala OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 717, 722 y 730, la lectura de la SCP II es, además de menos exigente, menos definida.

³¹⁸ OLÁSOLO, H., “El Desarrollo”, *cit.*, p. 84.

referencia a esta distinción³¹⁹. Sin embargo, la diferencia entre los elementos del tipo subjetivo de los apartados 3(c) ER y 3(d)(i) ER no resulta tan obvia³²⁰, por lo que en este caso será conveniente tener también en consideración las arriba mencionadas diferencias en sus elementos del tipo objetivo.

III.5.3. Exclusión de las tres categorías de ECC del ámbito de aplicación del artículo 25(3) ER

La Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana* establece de modo general las diferencias existentes entre la doctrina de la ECC y la forma de participación recogida en el artículo 25 (3)(d) ER³²¹. En lo que se refiere a la ECC I en concreto, ésta es la única modalidad de ECC que, en principio, puede considerarse sin mayor dificultad como expresión de la coautoría. Esto significa que, de ser aceptada en el ER, debería haber sido incluida en el contenido del concepto de coautoría recogido en el art. 25(3)(a) 2ª alternativa.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CPI ha acogido un concepto de coautoría distinto del representado por la doctrina de la ECC I, que consiste en el co-dominio funcional del hecho de quienes, debido a la importancia de las funciones encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si

³¹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 483; 289; *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, *Decision on the Prosecutor's Application under Article 58(7) of the Statute* del 27.04.2007 (ICC-02/05-01/07), párrs. 88-89 y 106-107. OLÁSOLO, H., "El Desarrollo", *cit.*, pp. 82-83; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 269-272; AMBOS, K., "Article 25", *cit.*, margen 45.

³²⁰ La diferencia podría derivar de la interpretación del "plan o propósito común" realizada por la SCP I, en el sentido de que, en el marco del art. 25(3)(d) ER, tal elemento no tiene por qué estar específicamente dirigido a la comisión de un crimen, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad, es decir, es suficiente con que el crimen sea una consecuencia probable del plan acordado y los partícipes lo acepten como tal. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 271; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párr. 344. *Vid.* también OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 679-680, 709 y 731-732.

³²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 282.

se niegan a llevarlas a cabo³²². Esto significa que el desarrollo de funciones no-esenciales para la realización de los elementos del tipo objetivo (incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores) sólo podría dar lugar a la responsabilidad penal como partícipe³²³, mientras que según la ECC I estas mismas contribuciones no esenciales podrían dar lugar a responsabilidad a título de coautor. De ahí que la doctrina de la ECC I no se encuentre incluida dentro del ámbito de aplicación del artículo 25 (3)(a) ER. Y como subtipo de la ECC I, lo mismo es predicable de la ECC II. Además, en cuanto forma de coautoría, no puede la ECC I – por ende, tampoco la ECC II – formar parte del ámbito de la forma de responsabilidad accesoria prevista en el artículo 25 (3)(d) ER.

Con respecto a la ECC III, también se puede afirmar que la misma no encuentra acomodo ni en el apartado (a) ni en el apartado (d) del artículo 25 (3) ER. A pesar de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, la ECC III no puede realmente construirse como una forma de coautoría, por lo que no puede encontrar acomodo en el artículo 25 (3)(a) ER.

En cuanto a la posible inclusión de la ECC III en el artículo 25(3)(d) ER, es necesario subrayar que este artículo exige actuar “con el propósito de llevar a cabo *la actividad o propósito delictivo del grupo*” o como mínimo “a sabiendas de que *el grupo tiene la intención de cometer el crimen*”. Por tanto, excluye la responsabilidad penal en aquellos delitos que no son parte del dolo del grupo, por tratarse únicamente de una posible consecuencia de la ejecución del plan común³²⁴, donde la conciencia y la aceptación del riesgo de comisión de un crimen no es compartido con el

³²² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 21, párrs. 488 y 519-526; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 21, párrs. 332 y 342. OLÁSOLO, “El Desarrollo”, *cit.*, pp. 87-88; ESER, A., “Individual”, *cit.*, pp. 789-793.

³²³ OLÁSOLO, “El Desarrollo”, *cit.*, pp. 87-88.

³²⁴ OLÁSOLO, H., “Reflexiones”, *cit.*, p. 20; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “Joint”, *cit.*, p. 453.

resto de los miembros³²⁵. Distinta es la situación con la ECC III, ya que la misma atribuye responsabilidad por los delitos no acordados por el grupo, pero cometidos por uno de sus miembros, si tales delitos incidentales son una consecuencia natural y previsible del plan y si los miembros del grupo que no cometieron por sí mismos los delitos han decidido conscientemente correr tal riesgo³²⁶. Es por ello que la ECC III tampoco puede ser incluida en el ámbito del art. 25(3)(d) ER.

³²⁵ Ya hemos visto la relevancia de que el dolo (en su caso, también el eventual) sea compartido por todos los miembros del plan común. Si bien el art. 25(3)(d) ER no establece una responsabilidad por coautoría, la CPI ha afirmado que el elemento del plan común del mencionado artículo debe ser interpretado en el sentido del plan común del art. 25(3)(a) ER. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 22, párr. 271.

³²⁶ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 168; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, p. 453.

IV. AUTORÍA MEDIATA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA AUTORÍA MEDIATA POR MEDIO DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER

IV.1. Autoría mediata

En este Capítulo, se analizará la tercera de las expresiones de la teoría del dominio del hecho: aquella que Roxin denominó dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*)¹ y que puede tener lugar tanto en los casos en los que el ejecutor es penalmente responsable como en los que no².

¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, pp. 165-166. El mismo autor explica que en los supuestos de dominio de la acción (primera expresión del dominio del hecho) la realización de la acción típica de propia mano fundamenta la autoría, mientras que en los de dominio de la voluntad (tercera expresión del dominio del hecho), al faltar precisamente la "acción" ejecutiva del sujeto de atrás, el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. En cuanto a la segunda de las expresiones de la teoría del dominio del hecho, ésta consiste en el (co)dominio funcional del hecho. Conviene aclarar el modo en el que se emplean los mencionados conceptos en inglés: *Control over the crime* (dominio del hecho); *control over the act* (dominio de la acción); *joint control over the crime* ((co)dominio funcional del hecho); *control over the will* (dominio de la voluntad). Vid. también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014, pp. 68-69 y 75; y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 593-598.

² ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 269-271; OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 193; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 154-155; VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 94-95; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. German Doctrine at The Hague?", *JICJ*, Vol. 6, Núm. 5, 2008, pp. 857-858; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, pp. 164-165; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 158-165 y 168-169. Suele emplearse el término "autor detrás del actor" en referencia a los casos en los que el ejecutor no es penalmente responsable, mientras que se emplea la expresión "autor detrás del autor" para los casos en los que tanto el sujeto de atrás como el ejecutor son penalmente responsables.

- El primer escenario comprende los casos de:
 - 1) dominio de la voluntad por medio de coacción (*Willensherrschaft kraft Nötigung*)³,
 - 2) dominio de la voluntad por medio de error (*Willensherrschaft kraft Irrtums*)⁴, y
 - 3) dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores (*Willensherrschaft bei Benutzung von Unzurechnungsfähigen und Jugendlichen*)⁵.
- Por su parte, el segundo escenario sólo acoge los casos en los que existe un dominio de la voluntad por medio de estructuras organizadas de poder (EOP) (*Organisationsherrschaft o Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*)⁶.

Se debe tener presente que, con anterioridad al ER, la jurisprudencia internacional no había aplicado el concepto de autoría mediata, ya que los tribunales *ad hoc* se refieren de manera general a “cometer” un delito (art.

³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 166-194; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 85; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 155; AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005, pp. 197 y 200-216; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, B de F Ltda., Montevideo – Buenos Aires, 2007, p. 193; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 181-182; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., p. 857; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., pp. 164-165 y 167-168; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 253-310.

⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 166 y 194-259; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 85; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 155; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 199-200; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., p. 193; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 181-182; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 94; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., p. 857; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., pp. 164-167; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 175-252.

⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 166 y 259-269; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 125 et seq.; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 155; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 199-200; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., p. 193; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 181-182; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 94; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., p. 857; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 311-335.

⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 166 y 269-280; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 85; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 155; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 196-197; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 178-181 y 188-195; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 95; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., pp. 857-858; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., p. 165; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 337-401.

7(1) ETPIY y art. 6(1) ETPIR), previendo la autoría directa y la intervención conjunta, sin reconocer como tal la autoría mediata por conducto de otro⁷. No obstante, tal y como se ha explicado en el Capítulo anterior, la Sala de apelaciones del TPIY ha reconocido en casos posteriores la posibilidad de que un miembro de una ECC pueda “utilizar” a los ejecutores como “instrumento” para cometer delitos, aunque no siempre ha dejado claro que tal “utilización” deba entenderse en el sentido de una autoría mediata⁸.

A diferencia de los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, el artículo 25(3)(a) ER prevé expresamente la comisión de un delito “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” (“*through another person, regardless of whether that other person is criminally responsible*”, “*par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable*”, “*durch einen anderen begeht, gleichviel ob der andere strafrechtlich verantwortlich ist*”) como tercera alternativa de la autoría. Por consiguiente, se debe partir de la distinción entre aquellos casos en los que

⁷ VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2003, p. 68; WERLE, G., *Tratado de derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 287-288. AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 196-197, defiende que la autoría mediata por medio de EOP sólo había sido empleada en procesos nacionales como el del caso *Eichmann*, los procesos contra los comandantes militares argentinos y contra los funcionarios de élite de la antigua DDR. Pese a lo cual afirma que ésta goza de cierta vigencia internacional – aunque también cree que sus presupuestos necesitan de una concretización adicional –. Cabe mencionar que hubo un intento por introducir la teoría en cuestión en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en concreto, en la *Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber Judgment* del 31.07.2003 (IT-97-24-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*), pero tal teoría quedó invalidada en apelación.

⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 376-416, en referencia a los casos de “ECC en el nivel de liderazgo”. Vid. *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgment* del 03.04.2007 (IT-99-36-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*), párrs. 410, 413, 418-419, y 420-425; *Prosecutor v. Krajišnik, Appeals Chamber Judgment* del 17.03.2009 (IT-00-39-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krajišnik*), párr. 714; *Prosecutor v. Đorđević, Trial Chamber Judgment* del 23.02.2011 (IT-05-87/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Đorđević*), párrs. 2127-2128; *Prosecutor v. Gotovina et al., Trial Chamber Judgment* del 15.04.2011 (IT-06-90-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Gotovina et al.*).

el ejecutor es penalmente responsable y aquellos en los que no⁹. Como han señalado numerosos autores, debido a las características de los crímenes internacionales, la autoría mediata por medio de EOP resulta especialmente apropiada para cubrir este tipo de casos¹⁰.

En el mismo sentido, el análisis criminológico de la Parte I ha puesto de relieve la heterogeneidad de las conductas constitutivas de crímenes de atrocidad así como las diferencias de rango existentes entre los intervinientes en la comisión de tales crímenes, lo que hace que la estructura vertical de la autoría mediata por medio de EOP se adecúe mejor que el esquema horizontal de la coautoría a los contextos de criminalidad masiva. Pero antes de abordar la figura de la autoría mediata por medio de EOP, se realizará un breve resumen del resto de formas de autoría mediata, es decir, de aquellos casos en los que el ejecutor no es penalmente responsable.

IV.1.1. Autoría mediata en casos en los que el ejecutor no es penalmente responsable

Es ampliamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que las personas que utilizan a un agente no responsable penalmente para la comisión de un delito deben ser consideradas responsables a título de

⁹ *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436)* (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párr. 1398.

¹⁰ OLÁSULO, H., "El Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Núm. 40, 2012, p. 89; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", *cit.*, p. 866; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 170-171. *Vid.* también Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 1403.

autoría (mediata). Se trata de los supuestos en los que el ejecutor del delito actúa bajo error, coacción, o es un menor o un inimputable¹¹.

IV.1.1.1. Dominio de la voluntad por medio de coacción

Explica Roxin que en los supuestos de dominio de la voluntad por medio de coacción, el sujeto de atrás “tiene en sus manos” el curso del hecho, si bien también el ejecutor tiene el dominio del hecho¹². El que coacciona domina directamente sólo al coaccionado; y sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de atrás el propio hecho¹³. El siguiente enunciado de Roxin resume adecuadamente la idea que se viene de expresar: “el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho”¹⁴. Por consiguiente, ambos intervinientes se encuentran en el centro de la realización del tipo, aunque con base en criterios de imputación contrapuestos: el autor inmediato, en virtud de su hacer; y el autor mediato, en virtud de su poder de voluntad¹⁵. Cabe subrayar que, aunque en estos casos el autor inmediato esté exento de responsabilidad, sigue teniendo el pleno dominio del hecho¹⁶, de ahí que defendamos la existencia de dos autores en estos casos (autor mediato e inmediato).

¹¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 166; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 155; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 199-200; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 181-182; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., p. 193; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 94; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit.

¹² ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 167.

¹³ *Idem*. En sentido similar, ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 83 y 85.

¹⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 167.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibid.*, p. 157, afirma que en estos casos “el agente domina el suceso, tanto si está coaccionado como si no, en igual medida”. Así, explica que aunque la violencia o la intimidación con peligro para la vida o la integridad física motiven al agente a obrar, dicha fuerza impelente no surte efecto en la configuración del curso conducente al resultado. *Vid.* también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 83 y 85. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 276-277, hace referencia a esta idea de Roxin.

En el caso *Erdemović*, el acusado, basándose en que cometió los delitos en cuestión porque, de no hacerlo, él y su familia habrían muerto, alegó un estado de necesidad (exculpante) por coacción (*duress*)¹⁷. Es muy discutido a partir de qué punto se puede constatar una falta de libertad del coaccionado que fundamente el dominio de la voluntad del que coacciona¹⁸. Existen dos situaciones extremas en las que la inaplicabilidad de la autoría mediata resulta clara¹⁹:

- 1) los supuestos de *vis absoluta*, en los que el ejecutor actúa absolutamente sin libertad y el sujeto de atrás es autor directo²⁰;
y
- 2) los supuestos en los que el ejecutor actúa plenamente libre y es autor directo, como cuando los ejecutores actúan sólo por temor de desobedecer las órdenes de sus superiores²¹. En estos últimos supuestos, no es posible fundamentar la autoría mediata de los superiores que dictan las órdenes ilícitas (no dominan la voluntad del ejecutor), salvo que acompañen sus órdenes con amenazas de muerte inminente o den sus órdenes a través de EOPs²².

¹⁷ *Prosecutor v. Erdemović, Trial Chamber Judgement* del 29.11.1996 (ICTY-96-22-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Erdemović*), párr. 10. AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 200; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 185-186.

¹⁸ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 201-202. Como señala HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, Verlag C.H. Beck, München, 1977, pp. 12-16, sin la ayuda de criterios normativos no se puede responder la cuestión de la "falta de libertad" del instrumento.

¹⁹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 202-203.

²⁰ *Idem.*; ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 157; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 155; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata, cit.*, p. 253. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 186, pone el ejemplo del subordinado que es empujado por su superior al acercarse el tren contra el representante de un estado enemigo que se encuentra de pie junto a la vía del ferrocarril, y como resultado, dicho representante cae sobre la vía y muere atropellado por el tren. En referencia a la ausencia de acción por fuerza irresistible, *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, pp. 218-222.

²¹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 202-203; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 188.

²² AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 208-209; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 188. Según ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 193, en tanto que las posibles consecuencias del incumplimiento de la orden sean meramente disciplinarias o penales, no puede sostenerse que el

Sin embargo, existen casos entre los dos extremos arriba mencionados en los que resulta especialmente problemático decidir si se dan los requisitos de la autoría mediata por medio de coacción²³.

Claro ejemplo de ello son los que el ER denomina "estado de necesidad (exculpante) por coacción" (art. 31(1)(d) ER) y "estado de necesidad por cumplimiento de una orden" (art. 33 ER): mientras que en el caso del estado de necesidad por coacción el afectado cede a una coacción fáctica, en el estado de necesidad por cumplimiento de una orden (el cual constituye un caso especial de estado de necesidad por coacción) el subordinado se inclina frente a una coacción jurídica (el deber de obediencia)²⁴.

En los supuestos de estado de necesidad por coacción (como la situación alegada por *Erdemović*), en los que los ejecutores son coaccionados con la muerte o la pérdida de un familiar si no cometen el delito²⁵, se plantea la cuestión de si el nivel de presión sobre el ejecutor es tal que el dominio de la acción de este último se transforma en un dominio de la persona de atrás sobre su voluntad²⁶. Según Roxin, existe dominio del hecho por parte del que coacciona "siempre que (pero sólo cuando) el ordenamiento jurídico exonera al agente de responsabilidad penal por su actuación, merced a la situación creada por el sujeto de atrás"²⁷, por lo que entiende el

destinatario de la orden se encuentre en una situación coactiva que impide totalmente la decisión libre de desobedecer.

²³ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 203-207.

²⁴ *Ibid.*, p. 207.

²⁵ *Ibid.*, pp. 208-209; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 188.

²⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 186.

²⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 193. El mismo autor, señala que "aquel que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa, no tiene el dominio en sentido jurídico, porque se mantiene la responsabilidad del ejecutor". De ahí que concluya que "quien influya en otro de manera que éste *de iure* se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad". Vid. ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 172; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 85-86.

dominio de la voluntad como un concepto normativo²⁸ y se basa en la “coacción jurídicamente definida” o en la exigibilidad para el ejecutor de la conducta conforme a la norma²⁹. Por el contrario, Küper fundamenta la autoría mediata por medio de coacción en el dominio fáctico del suceso por el que coacciona en vez de en la ausencia de una responsabilidad (normativa) de quien actúa directamente³⁰.

No obstante, como apunta Ambos, la posición de Küper puede entenderse como una confirmación de la de Roxin: si se admite que el dominio de la voluntad de la persona de atrás constituye la fundamentación principal de la autoría mediata, se habrá de recurrir auxiliariamente al criterio legal normativo de la falta de responsabilidad del ejecutor en los casos de coacción³¹. Así, la cuestión decisiva consistiría en si el sujeto de atrás domina de tal modo el curso de los sucesos, como para que el grado de la coacción elimine la responsabilidad jurídico-penal del autor directo, es decir, la constatación del dominio por coacción depende de la existencia de un estado de necesidad por coacción en la persona de adelante³².

En cuanto a los casos comprendidos en lo que el ER denomina estado de necesidad por cumplimiento de una orden, si bien está claro que existe

²⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 186-187; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 204.

²⁹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 204.

³⁰ KÜPER, W., “Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip”, *Juristenzeitung*, Vol. 44, 1989, pp. 946-948. Referencia en AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 204-205; OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 186-187.

³¹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 205. Resulta interesante la apreciación de OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 187, según la cual el enfoque propuesto por Roxin (la existencia del dominio de la voluntad depende de la exoneración del subordinado) excluiría la aplicación de la autoría mediata por coacción ante los tribunales *ad hoc*, dado que según la Sala de Apelaciones del TPIV, la coacción no proporciona una eximente completa para un soldado al que se le imputan crímenes internacionales. *Vid. Prosecutor v. Erdemović, Appeals Chamber Judgement* del 7.10.1997 (ICTY-96-22-A), (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Erdemović*), párr. 19; El mismo autor señala que la situación es distinta en el marco del ER, puesto que su artículo 31(1)(d) incluye la coacción como una circunstancia eximente de la responsabilidad.

³² AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 207; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, pp. 85-86.

autoría mediata cuando junto con el deber general de obediencia interviene una coacción fáctica que amenaza la vida (estado de necesidad exculpante por coacción), resulta problemático decidir si la mera emisión de una orden antijurídica y su ejecución por parte del subordinado puede fundamentar la autoría mediata del superior³³. De acuerdo con lo establecido por el art. 33 ER – el cual regula las órdenes superiores –, el subordinado estará exento de responsabilidad penal cuando, en el contexto de los crímenes de guerra, exista un deber de obediencia, el subordinado no conozca la antijuridicidad de la orden y ésta no sea manifiestamente antijurídica³⁴. Por lo tanto, las órdenes (no manifiestamente) antijurídicas son obligatorias³⁵. Así, con base en el principio de responsabilidad, podría entenderse que, al exigir al subordinado la ejecución de la orden y liberarlo de las consecuencias jurídico-penales, se considera que el superior que da la orden es quien posee la decisión determinante y el dominio de la voluntad sobre el suceso³⁶.

Sin embargo, lleva razón Ambos cuando señala que la aplicación del principio de responsabilidad a los casos de estado de necesidad por cumplimiento de una orden necesita de una fundamentación adicional³⁷. En el estado de necesidad por coacción (caso *Erdemović*), el ejecutor debe contar con la muerte y, dado que existe una dependencia de la voluntad especialmente fuerte, el ejecutor no es libre normativamente³⁸. Por el contrario, en el estado de necesidad por cumplimiento de una orden, la presión proviene exclusivamente de un deber de obediencia y los ejecutores sólo se enfrentarían a una sanción disciplinaria en caso de

³³ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 207; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 169-170.

³⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 208.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Ibid.*, pp. 208-209; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 169-170.

desobediencia, de ahí que sólo existiría una situación de dependencia de la voluntad que no haría inexigible, sin más, el negar el cumplimiento de la orden³⁹. Es decir, se podría esperar que el subordinado inobservara la orden criminal, lo que excluye el dominio de la voluntad por parte del superior⁴⁰.

Por consiguiente, con Ambos, se considera que el dominio del hecho por parte del superior en estos casos no puede fundamentarse sólo en consideraciones generales sobre la relación de autoridad militar, sino que exige un elemento adicional de coacción que haga inexigible una conducta conforme a la norma (estado de necesidad por coacción)⁴¹. Por tanto, el art. 33 ER debe ser interpretado junto con el art. 31(1)(d) ER para poder basar el dominio de la voluntad del superior (como un estado de necesidad por coacción), lo que supone que la cuestión clave consiste en determinar si el ejecutor "se encontraba de tal modo bajo presión como para que una responsabilidad jurídico-penal esté excluida"⁴².

IV.1.1.2. Dominio de la voluntad por medio de error

Otra forma de autoría mediata consiste en el dominio de la voluntad por medio de error. Si bien pueden distinguirse diversos supuestos de error⁴³, son dos los que aquí más nos interesan:

³⁹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 208-209; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 169-170.

⁴⁰ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 209; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 169-170.

⁴¹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 209. En sentido similar, MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 169-170.

⁴² AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 209; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 169-170.

⁴³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 194, parte de la clasificación de los siguientes grupos de casos: (i) el que yerra obra no dolosa e inculpablemente o con imprudencia inconsciente; (ii) el que yerra actúa con imprudencia consciente; (iii) el que yerra obra sin conciencia de la antijuridicidad; (iv) el sujeto actuante supone erróneamente los

- 1) aquellos en los que el que yerra obra sin conciencia de la antijuridicidad, y
- 2) aquellos donde el sujeto actuante supone erróneamente los presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad.

Dentro del primer grupo (el sujeto que yerra obra sin conciencia de la antijuridicidad), deben diferenciarse dos supuestos:

- 1) el error de prohibición directo⁴⁴, y
- 2) el error sobre los presupuestos de las causas de justificación.

En los casos de error de prohibición directo, no se da el dominio sobre la persona del ejecutor (como ocurre en los casos de coacción): aun cuando el sujeto de atrás le haya hecho incurrir en la creencia errónea de que el hecho planeado no está prohibido, el ejecutor es libre de decidir⁴⁵. Por ello, no cabe en estos casos basar el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás en la ausencia de libertad del ejecutor⁴⁶, sino que debe basarse en el criterio psicológico de la eliminación del motivo de inhibición en el ejecutor (debido al saber superior del sujeto de atrás)⁴⁷. Así las cosas, si el ejecutor obra en error de prohibición, la cuestión de si el sujeto de atrás que entrevé la situación jurídica tiene el dominio del hecho y es autor mediato no puede contestarse unitariamente, sino que ha de distinguirse:

presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad; (v) el que yerra obra típica, antijurídica y culpablemente; y (vi) el que yerra obra atípica o lícitamente.

⁴⁴ Si bien ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 218, emplea el término error de prohibición "propio", del significado del texto se desprende que se está refiriendo al error de prohibición "directo".

⁴⁵ *Ibid.*, p. 221. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 212-213.

⁴⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 221-222; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 92.

⁴⁷ ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 101 y 103.

- 1) Si el autor inmediato ha advertido la dañosidad social (antijuridicidad material) de su hacer, en el sujeto de atrás sólo se da participación⁴⁸.
- 2) Por el contrario, si le falta el conocimiento del contenido de desvalor social, la configuración del hecho con sentido reside en el sujeto de atrás, en tanto en cuanto éste posea ese conocimiento (si el que determina tampoco tiene la conciencia de la dañosidad social del comportamiento al que incita, sólo cabe apreciar inducción), por lo que el sujeto de atrás tiene el dominio del hecho y es autor mediato⁴⁹.

Puede establecerse que, por lo general, un error de prohibición invencible convierte al sujeto de atrás – que lo ha advertido – en titular de un dominio del hecho de superior grado que lo convierte en autor mediato⁵⁰. La cuestión relativa al error de prohibición vencible es más discutida. Roxin defiende que también en estos últimos casos habrá de constatarse la autoría mediata del sujeto de atrás, ya que la estructura psicológica de relación de dominio es la misma en el error de prohibición vencible e invencible: en ambos casos el sujeto de atrás elimina o disipa las inhibiciones derivadas del conocimiento de la prohibición (incluso de la duda sobre la prohibición) y, en clave psicológica, no domina el suceso en menor medida en los supuestos de error vencible en comparación con los de error invencible⁵¹.

⁴⁸ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 225. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 214.

⁴⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 225. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 214-215.

⁵⁰ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 230. Pero esto no opera a la inversa: un error de prohibición que sólo atenúe o que no excluya la responsabilidad no siempre presupone que el agente tenga claro el sentido social de su conducta. Vid. también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 98-99.

⁵¹ ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 99-100.

No obstante, señala dos grupos de casos en los que, aunque se constate un error de prohibición vencible en el ejecutor, el sujeto de atrás (que comprende la situación jurídica) deberá ser considerado partícipe – y no autor mediato – en el crimen⁵²:

- 1) cuando el error del ejecutor se deba a la enemistad u hostilidad al Derecho – dado que el ejecutor conoce la lesividad social de su conducta, esto debería ser razón suficiente para abstenerse o desistir de su manera de proceder –; y
- 2) cuando el sujeto de atrás no provoca ni la resolución a cometer el hecho ni el error de prohibición del ejecutor, pese a lo cual los apoya – lo decisivo es la provocación de la resolución a cometer el hecho y no la provocación del error de prohibición –.

Por su parte, en los casos de error sobre los presupuestos de las causas de justificación⁵³, siempre será considerado autor mediato el sujeto de atrás que provoca o aprovecha el error de otro sobre los requisitos de las causas de justificación⁵⁴.

En cuanto al segundo grupo de casos arriba mencionados (el sujeto actuante supone erróneamente los presupuestos de causas de exclusión de la culpabilidad), al igual que en las situaciones en las que el sujeto presupone erróneamente los presupuestos de las causas de justificación), debe apreciarse “autoría mediata en virtud de la configuración del hecho

⁵² *Ibid.*, pp. 101-103.

⁵³ Es una cuestión muy discutida si se trata de un error de tipo o de un error de prohibición. Para MIR PUIG, S., *Derecho Penal, cit.*, p. 434, y ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 94, la suposición errónea de que concurren los presupuestos de una causa de justificación constituyen un error de tipo. Por el contrario, para CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 124; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español. Parte General en esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 435; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 384-385, es un error de prohibición indirecto.

⁵⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, pp. 230-231; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 94. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata, cit.*, pp. 196-197, señala que ésta es la postura dominante en Alemania.

con sentido en el sujeto de atrás, merced a su conocimiento más amplio, aun cuando la supradeterminación sea de otra clase⁵⁵.

En este contexto, resultan de especial relevancia los supuestos de estado de necesidad exculpante putativo (art. 32 ER en relación al art. 31(1)(d) ER) y de estado de necesidad putativo por cumplimiento de una orden (art. 32 ER en relación al art. 33 ER). No obstante, cabe mencionar que estos dos supuestos de error no son tan relevantes como los casos de dominio de la voluntad por medio de coacción o por medio de EOP en la praxis del DPI⁵⁶. En cualquier caso, se habla de estado de necesidad exculpante putativo cuando el autor cree erróneamente que existe un estado de necesidad por coacción exculpante, mientras que el estado de necesidad putativo por cumplimiento de una orden se refiere a aquellos casos en los que el subordinado (ejecutor) supone erróneamente un deber de obediencia y/o desconoce el carácter antijurídico de la orden y, así, yerra sobre la existencia de un estado de necesidad por cumplimiento de una orden⁵⁷.

En el primer caso, la persona de atrás tiene el dominio de la voluntad del ejecutor porque posee un conocimiento superior en relación al contenido de la culpabilidad o a los elementos de la reprochabilidad jurídica del hecho⁵⁸. Por tanto, a diferencia de los casos de coacción, la falta de libertad se funda en la falta de conocimiento, y no en la coacción⁵⁹.

⁵⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 235.

⁵⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 200.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 209.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 215.

⁵⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 192; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 92. AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 215, señala que, trasladado a la situación *Erdemović*, esto significaría que el superior sería autor mediato si aprovechó el error de su subordinado (ejecutor) sobre la situación de coacción amenazante para la vida, para empujar a éste a ejecutar el hecho concreto. Es decir, en este caso, el superior no tiene pensado matar al subordinado si éste se niega a cumplir la orden (no existe un estado de necesidad por coacción), pero aprovecha que el subordinado cree (erróneamente) que eso es así para empujarlo a ejecutar el delito (estado de necesidad exculpante putativo).

En el segundo caso, se deben distinguir dos posibles situaciones⁶⁰:

- 1) el subordinado cree erróneamente que existe un deber de obediencia que hace que tema la imposición de determinadas sanciones en caso de incumplimiento de la orden – pero un error sobre la existencia de una coacción tan débil no puede fundamentar el dominio del superior⁶¹ –; y
- 2) el subordinado ejecuta la orden porque yerra sobre su licitud (cree erróneamente que su actuar está permitido), no por el temor a posibles medidas de coerción.

Este segundo supuesto constituye un error de permisión que excluye la conciencia de la antijuridicidad (error de prohibición indirecto) y, dado que el subordinado no comprende la dañosidad social de su conducta – y por ende, el superior lo domina –, existe autoría mediata por medio de error⁶².

Por último, un supuesto especial de error lo constituye el error sobre los requisitos de la autoría, en el que deben distinguirse dos grandes grupos⁶³:

- 1) casos en los que la persona de atrás supone circunstancias con cuya concurrencia efectiva su acción se calificaría de participación, si bien se presenta objetivamente el supuesto de hecho de manera que la aportación al delito le procura el dominio del hecho (o al menos se lo procuraría, de haber conocido la situación); y
- 2) casos en los que el sujeto de atrás considera existentes todos los requisitos del dominio del hecho, pero en los que en realidad el supuesto instrumento tiene el suceso en sus manos.

⁶⁰ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 215-216.

⁶¹ Ni siquiera si la existencia de un deber de obediencia y una sanción disciplinaria fuera real podría constatarse la existencia de un estado de necesidad por coacción.

⁶² AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 216.

⁶³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, pp. 288-289.

Con Roxin, entendemos que el error sobre circunstancias fundamentadoras del dominio (tanto si el no ejecutor, erróneamente, desconoce su concurrencia como si la supone) conduce siempre a calificar el comportamiento como participación consumada (y no como autoría mediata)⁶⁴.

IV.1.1.3. Dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores

La tercera y última forma de autoría mediata en el ámbito de los casos en los que el ejecutor del delito no es penalmente responsable se basa en el dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores⁶⁵. La relevancia de esta forma de autoría mediata en DPI se debe a los especialmente lamentables casos de los “niños soldados”⁶⁶. Sin embargo, esta forma de autoría mediata no se limita a estos supuestos.

El dominio de la voluntad del sujeto de atrás puede basarse o en que (como en las situaciones coactivas) domina la formación de voluntad del ejecutor o en que (como en los casos de error) es capaz de dirigir el suceso en virtud de supradeterminación configuradora de sentido⁶⁷. Y para clasificar en uno de estos grupos los supuestos que aquí se van a tratar, se debe distinguir entre aquellos casos de inimputabilidad completa o incompleta del ejecutor y aquellos en los que el ejecutor es un niño o adolescente⁶⁸.

Cuando la inimputabilidad del ejecutor es completa, el defecto puede residir en el ámbito intelectual o en el volitivo. Si reside en el ámbito

⁶⁴ *Ibid.*, p. 303.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 259.

⁶⁶ *Vid.* caso *Charles Taylor* ante la Corte Especial de Sierra Leona, y los casos *Lubanga* y *Katanga* ante la CPI.

⁶⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 269.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 259.

intelectivo, el autor era incapaz, en el instante del hecho, de “comprender el carácter no permitido del hecho”, de ahí que el tercero que lo entrevé tiene el dominio del hecho, independientemente de la forma de su cooperación⁶⁹. Por ello, estos casos se solapan con los del error de prohibición, y son de aplicación aquí también las reglas relativas al dominio del hecho del sujeto de atrás que rigen en aquel caso⁷⁰.

Si el defecto reside en el ámbito volitivo, el inimputable es consciente de que su conducta no está permitida, pero no posee la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión⁷¹. En tal caso, existirá autoría mediata cuando el sujeto de atrás haya sugerido el plan del delito al autor inmediato, dado que este último tiene el dominio de la acción (en el sentido de la ejecución del tipo dolosa y de propia mano) y por eso es autor (inimputable), pero le falta el dominio de la voluntad, que requiere la decisión del hecho personal y de la que responder jurídicamente⁷². Así pues, este caso se encuentra en el mismo plano que las situaciones coactivas: a la eficacia desinhibidora de la situación coactiva le corresponde aquí la incapacidad de inhibición existente desde el principio en el inimputable⁷³.

En los supuestos en los que la imputabilidad del ejecutor está simplemente disminuida, se debe distinguir también entre aquellos casos en los que la capacidad de comprender el carácter no permitido del hecho ha sufrido una merma y aquellos otros en los que se posee la plena comprensión del

⁶⁹ *Ibid.*, p. 261; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 125.

⁷⁰ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 261, recuerda que, como en aquél caso, la falta de comprensión en el autor debe referirse al injusto material, es decir, a la desvaloración social de su conducta. *Vid.* también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 125.

⁷¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 262; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 125.

⁷² ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 262.

⁷³ *Idem.* El mismo autor afirma que, dado que no ha podido resistir el impulso, el ejecutor ha sido dominado en la formación de la voluntad por el sujeto de atrás. *Vid.* también ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 125.

significado de su conducta, pero su capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión está notablemente mermada⁷⁴. En el primer caso, el sujeto de atrás posee el dominio del hecho siempre que conozca con claridad el injusto material del hecho; mientras que en el segundo, el sujeto de atrás sólo puede tener el dominio del hecho si el agente no puede formar una decisión volitiva responsable en sentido jurídico – de manera que su hecho aparezca como obra de la voluntad de aquél –⁷⁵. Pero este requisito no se cumple en la imputabilidad disminuida⁷⁶.

En los hechos cometidos por menores, el mero auxilio por parte del sujeto de atrás fundamenta la autoría mediata cuando la inmadurez penal del ejecutor se basa en su falta de capacidad de comprensión⁷⁷. Si, por el contrario, al ejecutor no le falta la capacidad de comprensión, sino la capacidad de obrar con arreglo a dicha comprensión, sólo se dará autoría mediata del que auxilia cuando posibilite el hecho al ejecutor⁷⁸. Así pues, el caso coincide con aquellos en los que el sujeto de atrás se sirve de un ejecutor al que le falta la conciencia de la antijuridicidad material⁷⁹.

Al respecto, debe señalarse que mientras que el ER (art. 26) excluye la competencia de la CPI en relación a los actos cometidos por menores de dieciocho años en el momento de la comisión del crimen⁸⁰, los Estatutos

⁷⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 264-265; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 130-131.

⁷⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 264-265; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 130-131.

⁷⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 264-265; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 130-131.

⁷⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 266.

⁷⁸ *Idem*. Si el ejecutor ha adoptado la decisión por sí solo y otro le auxilia, sin llegar a posibilitarle la ejecución del hecho, debe estimarse mera complicidad. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 318.

⁷⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 266. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 318.

⁸⁰ SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 78; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 443; GROVER, S.C., *Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child*

del TPIY y del TPIR no fijan una edad mínima a partir de la cual dichos tribunales son competentes, por lo que estos últimos serían competentes para juzgar también a menores de dieciocho años por crímenes internacionales⁸¹.

Por su parte, el Estatuto de la CESL (art. 7) establece el mínimo de edad en quince años⁸².

Sin embargo, ninguno de los tribunales internacionales que tienen competencia para juzgar a menores de dieciocho (TPIY, TPIR, CESL) lo ha hecho⁸³, a pesar de que en el caso del TPIR, por ejemplo, habían detenido a 4.500 menores de dieciocho años (que luego quedaron en libertad) por su involucración en el genocidio ruandés⁸⁴.

IV.1.2. Autoría mediata en casos en los que el ejecutor es penalmente responsable: autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder (EOP)

Aunque se plantee la posibilidad de incluir los casos de instrumentos dolosos sin intención en el concepto de dominio de la voluntad, creemos, como Roxin, que tales ejemplos – así como los de instrumentos dolosos no cualificados o los de instrumentos partícipes dolosos – no son constitutivos

Soldiers Charged With Grave Conflict-related International Crimes, Springer, Heidelberg, 2012, pp. 61-62. Cabe mencionar que un sector minoritario defiende que la edad mínima para ser responsable penalmente ante la CPI es de quince años (y no dieciocho); y para ello, se basan en que el crimen de guerra de alistamiento o reclutamiento de niños exige que éstos sean menores de quince. Sin embargo, como señala GROVER, S.C., *Child Soldier Victims*, cit., p. 62, una cosa es la responsabilidad penal del adulto que alista o recluta a niños soldado, y otra, la responsabilidad de los propios niños soldado.

⁸¹ GROVER, S.C., *Child Soldier Victims*, cit., p. 65; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court*, cit., pp. 443 y 445.

⁸² GROVER, S.C., *Child Soldier Victims*, cit., p. 63; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court*, cit., p. 443.

⁸³ GROVER, S.C., *Child Soldier Victims*, cit., p. 79; SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court*, cit., p. 443.

⁸⁴ GROVER, S.C., *Child Soldier Victims*, cit., p. 65.

de autoría mediata, por lo que el dominio de la voluntad por medio de EOP constituye el único supuesto en el que tanto el ejecutor (autor inmediato) como el sujeto de atrás⁸⁵ (autor mediato) son responsables a título de autor⁸⁶.

IV.1.2.1. Instrumentos dolosos sin intención

En lo referente a los instrumentos dolosos sin intención, hay quien defiende que la falta de intención ulterior o *dolus specialis* (como la intención de destrucción en el caso del genocidio) en el ejecutor puede basar el dominio superior del hecho – y por ende, la autoría mediata – de la persona de atrás. Sin embargo, se trata de dos cuestiones distintas. Lleva razón Roxin cuando dice que “una tendencia interna trascendente que no surte efecto objetivamente no puede procurarle a quien da las órdenes el dominio sobre el curso de la acción”⁸⁷. En efecto, la teoría del dominio del hecho no puede servir como base para defender la autoría mediata basada en el empleo de instrumentos dolosos sin intención – salvo que éstos actúen coaccionados –⁸⁸.

Suele emplearse el ejemplo del hurto, el cual requiere una intención de apropiación además del dolo, para ilustrar los supuestos de los instrumentos dolosos sin intención. Así, ante la situación en la que A ve en el jardín de su vecino un ganso y B sustrae dicho animal para su amigo A, hay quien defiende que A es autor mediato y B cómplice (instrumento doloso sin intención, ya que no tiene la intención de apropiación que

⁸⁵ Además de los términos “persona de atrás” o “sujeto de atrás” (*Hintermann*), se emplean también el concepto de “autor de escritorio” (*Schreibtischtäter*).

⁸⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 280-288; AMBOS, K., “The *Fujimori* Judgment. A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, p. 147.

⁸⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 286. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 451.

⁸⁸ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 287.

requiere el hurto)⁸⁹. Por el contrario, creemos que, en tal caso, A será inductor y B autor directo, porque el mero hecho de tener la tendencia interna trascendente que requiere el delito en cuestión no le otorga al sujeto de atrás el dominio del hecho y, además, la disposición autónoma a favor de un tercero también debe considerarse “apropiación”⁹⁰. En efecto, el lucro personal no es necesario para colmar el ánimo de apropiación, ya que el que sustrae tiene, en tanto que obra libremente, ánimo de apropiación, y el motivo de su obrar es indiferente⁹¹.

IV.1.2.2. Instrumentos dolosos no cualificados

En el mismo sentido, tampoco cabe constatar autoría mediata en los supuestos de instrumentos dolosos no cualificados⁹². Se suele emplear el ejemplo académico de un funcionario del Registro de la Propiedad (sujeto cualificado) que determina a un *extraneus* a que realice una anotación

⁸⁹ WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1970, p. 150. En referencia al mencionado punto de vista, ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 372, y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 448.

⁹⁰ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 373 y 377.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 373-375.

⁹² *Ibid.*, pp. 280-282; Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 403-446. Como bien explica FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 123-124, nota 221, la propuesta de la autoría mediata por medio de instrumentos dolosos no cualificados fue desarrollada para evitar la impunidad del ejecutor no cualificado y del sujeto de atrás cualificado, puesto que respecto del último faltaría el hecho principal al que vincular su inducción (en tanto que carece de las condiciones y cualidades exigidas por el delito especial propio, el ejecutor no puede ser autor). Siguiendo a la misma autora, cabe mencionar que la cuestión no es tan relevante en los delitos especiales impropios, en los que el *intraeus* puede ser sancionado como inductor del delito común correspondiente cometido como autor inmediato por el *extraneus*. Para una opinión contraria, vid. WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 150; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 156-160; ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 219-246.

registral incorrecta⁹³. En estos supuestos, no está presente ninguna de las formas de dominio de la voluntad⁹⁴:

- el ejecutor no se encuentra coaccionado para adoptar una decisión u otra (en el ejemplo empleado, para llevar a cabo la inscripción falsa), por lo que es libre al formular su voluntad;
- el ejecutor tampoco actúa bajo error, pues entrevé la situación objetiva y jurídica del mismo modo que el propio funcionario (no existe supradeterminación final con sentido sobre un comportamiento causal-ciego con respecto al resultado); y
- no cabe hablar de un dominio de la voluntad por medio de EOP.

Tampoco es posible encontrar otra forma de dominio de la voluntad, puesto que el sujeto de atrás sólo puede tener el dominio del hecho si se descarta la voluntad libre del ejecutor, sea porque la voluntad de este último está atada sea porque éste no abarque el sentido concreto de la acción⁹⁵. Por ello, son criticables las teorías que proponen otros criterios del dominio del hecho para fundamentar la autoría mediata del sujeto de atrás *intrañeus*, en tanto que supone operar, según convenga, con distintos criterios de dominio del hecho⁹⁶.

Así, no podemos estar de acuerdo con la tesis de que el sujeto cualificado es autor mediato porque sólo él cumple con el elemento de imputación objetiva al autor de delitos especiales propios, que es la infracción de un

⁹³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 280.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 281-282.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 282. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 413.

⁹⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 125; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría General*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985, p. 109. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice*, cit., pp. 207-210, defiende que es contrario al principio de legalidad aplicar la autoría mediata en estos casos, ya que la conducta del sujeto de atrás no está incluida en la definición del tipo penal.

deber específico y no el dominio del hecho⁹⁷. De igual manera, no puede aceptarse la propuesta de Jescheck de basar la autoría mediata en estos casos en un concepto normativo, de acuerdo con el cual sólo se produce el hecho punible en cuanto el sujeto de atrás *intraneus* aporta la intención o cualidad requerida por el legislador⁹⁸. Tampoco convence la propuesta de Welzel según la cual el sujeto de atrás es autor mediato por tener el dominio social del hecho, en el sentido de que el sujeto cualificado posibilita al no cualificado la realización del delito especial (es decir, depende del sujeto cualificado que se produzca o no un hecho punible)⁹⁹. De igual manera, no podemos compartir la propuesta de Mir Puig de calificar al sujeto de atrás como autor mediato con base en la idea de que la autoría es una relación de pertenencia del delito que concurre en aquel sujeto causante del mismo al que puede y debe imputársele el delito (no

⁹⁷ Según GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 158, el criterio que fundamenta la autoría en los delitos de infracción de deber es la infracción de deber, lo que convierte al sujeto de atrás cualificado en la figura central del suceso y en autor (mediato). Como argumenta FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 124, esta propuesta queda invalidada desde el momento en el que se constata la existencia de delitos especiales que no son delitos de infracción de un deber (sino delitos de dominio). Además, siguiendo con la misma autora, esta tesis convierte lo que es presupuesto de la autoría en criterio de determinación de la misma; a lo que añade que, en tanto que el tipo exige que el sujeto cualificado realice una determinada conducta, en los delitos de resultado con modalidad de acción tipificada supondría una violación del principio de legalidad conformarse con cualquier contribución. Como señala GIL GIL, A., "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata", *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, pp. 139-141, la doctrina de los delitos de infracción de un deber no permite distinguir entre autores y partícipes según la acción/omisión de cada uno, ya que considera autor a todo garante, lo que contradice la letra y el espíritu del ER.

⁹⁸ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, pp. 669-670. En contra, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 124-125; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., p. 110; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 434-435.

⁹⁹ Tesis defendida por WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 150. Para una opinión contraria, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 125; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., p. 110; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 434-435.

sólo su realización fáctica) como suyo porque ningún otro sujeto se encuentra en una mejor situación para disputárselo¹⁰⁰.

Pero es igualmente criticable admitir que estos supuestos queden impunes, más aún cuando es posible cubrir esta laguna legal sin forzar los términos legales¹⁰¹. En lo que se refiere a los delitos especiales impropios, es posible castigar al sujeto de atrás como inductor del delito común cometido por el ejecutor (autor inmediato)¹⁰².

El principal problema radica, por tanto, en los delitos especiales propios, en los que habría que admitir la impunidad de ambos sujetos – salvo en los casos en los que concurra el dominio de la voluntad por medio de coacción, de error o de una EOP –, puesto que el ejecutor no cumple los requisitos del tipo para ser autor y el sujeto de atrás no realiza la acción u omisión típica y, por ende, no tiene el dominio de la acción ni ningún otro tipo de dominio del hecho¹⁰³. Sin embargo, estos casos podrían resolverse por medio de la aplicación de mecanismos como la figura del “actuar en lugar de otro” prevista en el art. 31 del Código Penal español, tal y como sugieren Gracia Martín, Cerezo Mir y Díez Ripollés¹⁰⁴. Así, sería posible castigar al ejecutor que no cumple las cualidades personales requeridas por el tipo especial (*extraneus*) como autor inmediato, siempre que tales requisitos concurrieran en la persona en cuyo nombre o representación

¹⁰⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, cit.*, p. 390. Para una opinión contraria, *vid.* GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro, cit.*, p. 110.

¹⁰¹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, pp. 125- 126.

¹⁰² ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, p. 282; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal, cit.*, p. 351. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice, cit.*, pp. 210-211, añade que, cuando sea posible, se apliquen al inductor determinadas agravantes.

¹⁰³ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal, cit.*, pp. 219-220; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal, cit.*, p. 352; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro, cit.*, pp. 88-89 y 110.

¹⁰⁴ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro, cit.*, pp. 112, 116 y 119; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal, cit.*, pp. 220-221; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal, cit.*, pp. 353-354.

actúe (*intraeus*), es decir, en el sujeto de atrás, quien sería responsable penalmente a título de participación¹⁰⁵.

IV.1.2.3. Instrumentos partícipes dolosos

Tampoco cabe calificar de autoría mediata los casos de instrumentos partícipes dolosos¹⁰⁶. Y ello es así porque si el ejecutor toma la decisión de llevar a cabo el hecho libremente, "es una decisión *suya* la que se manifiesta en el acontecer externo"¹⁰⁷. Aunque haga *suya* la voluntad de otro, sigue teniendo el dominio sobre sus resoluciones y sobre las acciones llevadas a cabo para materializarlas, de ahí que no pueda sostenerse que el ejecutor se encuentre bajo dominio ajeno¹⁰⁸.

IV.1.2.4. Autoría mediata por medio de EOP

La autoría mediata por medio de EOP, creada por Roxin en 1963, parte de que en una organización delictiva, los sujetos de atrás (*Hintermänner*) que ordenan delitos con mando autónomo, pueden ser responsables a título de autoría mediata, aunque los ejecutores inmediatos sean, asimismo, considerados autores plenamente responsables¹⁰⁹. Se trata de una construcción jurídica que ya ha sido

¹⁰⁵ GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro*, cit., p. 116; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal*, cit., p. 353.

¹⁰⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 288. Para una visión contraria, vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, cit., p. 391.

¹⁰⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 281-282. Énfasis en el texto original.

¹⁰⁸ *Idem*. A lo que añade que, si ya una acción voluntaria en interés del sujeto de atrás convirtiese a éste en autor, no habría hecho falta la fijación más exacta de la presión volitiva necesaria para fundamentar el dominio del hecho en los supuestos coactivos (es decir, la delimitación entre dominio de la voluntad e influjo de la voluntad).

¹⁰⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *REJ*, Núm. 7, 2006, p. 11. El mismo autor reconoce que "la causa inmediata para este empeño fue el recién terminado proceso en Jerusalén contra Adolf Eichmann". *Vid.*

aplicada varias veces por las jurisdicciones estatales¹¹⁰ – y ahora también por la CPI, como se verá más adelante –. En la década de los ochenta, fue empleada en el caso de la Junta General argentina¹¹¹ y, en 1994, el Tribunal Supremo Federal alemán se basó en ella para condenar como autores, en el caso de los disparos mortales en el muro, tanto a los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional del anterior gobierno de la Alemania del Este (autores mediatos) como a los soldados de frontera (los “soldados del Muro”) que habían realizado los disparos (autores inmediatos)¹¹².

Roxin desarrolló su variante de la teoría objetivista de la autoría en un tiempo en el que, ante la imposibilidad de determinar qué contribuciones son más causales que otras, los tribunales empleaban una teoría subjetiva para distinguir entre autoría y participación¹¹³. En efecto, desde finales del siglo XIX, y a pesar de que la mayoría de la doctrina alemana estaba en contra, los tribunales daban importancia al *animus* del interviniente en un hecho criminal para decidir si debía imponérsele la responsabilidad por autoría o por participación: autor mediato podía ser cualquiera que tuviera “la mente de un autor” e hiciera que otra persona llevara a cabo el crimen,

también WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 94-99; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, *cit.*, pp. 859-860; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 344.

¹¹⁰ ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, pp. 11-12; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, *cit.*, p. 862; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 344-345.

¹¹¹ ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, p. 12; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, pp. 112-113; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, *cit.*, p. 862; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 344-345; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., “The Application of the Notion of Indirect perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 113-114 y 116-118; DE FROUVILLE, O., “Joint Criminal Enterprise and Co-action: A Comparison” en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, p. 129.

¹¹² ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, p. 12; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, pp. 112-113; WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *cit.*, pp. 94-99; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, *cit.*, p. 862; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 342-343; DE FROUVILLE, O., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, p. 129.

¹¹³ WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *cit.*, pp. 94-99.

así no importaba si “el sujeto de adelante” era responsable penalmente o no, por lo que no había problema en aceptar al “autor detrás del autor”¹¹⁴.

El fundamento de la autoría mediata por medio de EOP reside en que la EOP – la cual se encuentra a disposición del sujeto de atrás – “funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor”¹¹⁵. Una vez constituida, la EOP se independiza de sus miembros y éstos se hacen intercambiables¹¹⁶, de ahí la peligrosidad de la comisión de delitos a través de la organización, ya que “el proyecto delictivo sobrevive con independencia de las personas concretas que integran el grupo”; esto refuerza la voluntad criminal de los miembros “tanto por la difusión de la responsabilidad dentro de la organización como por la cobertura que dispensa la estructura asociativa”¹¹⁷. Así, el dirigente sabe que si uno de sus subordinados se niega a cumplir su cometido, otro lo suplirá inmediatamente y que, por ende, la ejecución del plan global no se verá afectada de modo alguno¹¹⁸.

Como puede observarse, la autoría mediata por medio de EOP se adecúa especialmente bien a la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad.

Por el contrario, basándose en el principio de responsabilidad, los críticos de esta forma de autoría mediata aducen que, cuando los ejecutores son plenamente responsables por su decisión libre y voluntaria de ejecutar el delito, el dirigente que lo ordena sólo puede ser responsable a título de participación (por ordenar o incitar), en tanto que no posee el dominio del

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 272. Como argumenta el mismo autor, la EOP tiene una vida independiente de la identidad variable de sus miembros.

¹¹⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 197. Vid. también JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., p. 860.

¹¹⁷ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 197-198.

¹¹⁸ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 272; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 111-112; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., pp. 860-861.

hecho al no poder estar seguro de si sus subordinados cumplirán sus órdenes – los subordinados en última instancia deciden consciente y libremente si las llevan a cabo – ¹¹⁹.

Sin embargo, la responsabilidad a título de participación no refleja adecuadamente la naturaleza de las contribuciones de los dirigentes ¹²⁰ y, ante ello, determinados autores proponen contemplar una excepción al mencionado principio de responsabilidad ¹²¹. Como apunta Faraldo, la división del trabajo y la estructura jerárquica de las organizaciones complejas hace que sea difícil imputar el hecho delictivo a una persona física concreta ¹²². En este contexto, compartimos con Heine la visión de

¹¹⁹ RENZIOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, Tübingen, 1997; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 670; JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin – New York, 1991, p. 649; JAKOBS, G., “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori” en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 105-114; HERZBERG, R.D., “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen” en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, p. 39; HERZBERG, R.D., “La Sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder” en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 127-130; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 274-275; QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de derecho penal. Parte General*, 3º ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 616-617; FERRÉ OLIVÉ, J.C., ““Blanqueo” de capitales y criminalidad organizada” en J.C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLÓ (eds.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, p. 97; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades. Criterios de Atribución*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997, pp. 412-413.

¹²⁰ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 271-273; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., “On the Application”, cit., p. 865, SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español” en J.M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN, J. DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, p. 369; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 73 y 80; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing the Control-Theory”, *LJIL*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, p. 745.

¹²¹ BLOY, R., “Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 437-442; WESSELS, J., BEULKE, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, Heidelberg, 1998, pp. 161-162; MAURACH, R., GÖSSEL, K.H., ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 355. Para más referencias, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 102-103.

¹²² FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 198.

que, cuanto más compleja sea la organización, menos eficaz resulta el sistema jurídico-penal tradicional¹²³. Por ello, resulta necesario abordar nuevas vías para poder considerar penalmente responsable a título de autor a quien realmente toma la decisión criminal y ostenta el dominio del hecho por medio de EOP¹²⁴.

En similar sentido, señala Roxin que la autoría no se limita a quienes realizan por sí mismos los elementos del tipo objetivo, sino también a quienes controlan su comisión (a pesar de estar lejos de la escena del crimen) mediante el dominio de la voluntad¹²⁵. Así, por un lado, el dirigente mantiene el dominio del hecho (en forma de dominio de la voluntad (*Willensherrschaft*)) porque, como resultado del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la EOP, la oposición de sus subordinados no puede detener la comisión del delito – el dirigente tiene la certeza de que sus mandatos serán ejecutados por sus subordinados, sin preocuparse por quién los llevará a cabo –¹²⁶. Y, por otro, los subordinados que llevan a cabo por sí mismos el hecho punible mantienen el dominio último del hecho (en forma de dominio de la acción (*Handlungsherrschaft*)), por lo que son penalmente responsables a título de autoría inmediata¹²⁷. En consecuencia, aunque resultan de condiciones diferentes, ambas autorías pueden existir al mismo tiempo y dar lugar a la expresión “autor detrás del autor” (en contraposición a la de “autor detrás del actor”)¹²⁸.

¹²³ *Idem.*; HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 94.

¹²⁴ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 198.

¹²⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 274. Vid. también OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 191.

¹²⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 273; ROXIN, K., “El dominio de organización”, cit., p. 15. Vid. también OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 192-193.

¹²⁷ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 273; ROXIN, K., “El dominio de organización”, cit., p. 15. Referencia en OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 192-193.

¹²⁸ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 273; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 112; ROXIN, K., “Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú” en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú,

IV.2. Especial consideración de la autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder (EOP)

IV.2.1. Injusto individual vs. Injusto de organización

A pesar de puntualizar que la figura de la autoría mediata por medio de EOP debe ser asegurada y fundamentada mejor normativamente, Ambos la defiende porque “la ‘convicción intuitiva’ de que los organizadores intelectualmente responsables de tales crímenes son autores y no meros inductores no puede ser dejada de lado, sin más, con los argumentos ‘normativos’ alegados por Herzberg. Pues ella se funda en la incomparabilidad, arraigada en los hechos, de la conducta del organizador y de quien ordena la comisión de crímenes de masa respecto de aquella de un mero inductor a cometer determinados hechos”¹²⁹.

Como se ha adelantado, un destacado sector de la doctrina alemana entiende la autoría mediata por medio de EOP como una excepción al principio de responsabilidad. El principio de responsabilidad es uno de los principales obstáculos que ha encontrado la autoría mediata por EOP, pues de acuerdo con dicho principio, si el ejecutor (autor inmediato) comete el delito de forma voluntaria y consciente (es decir, si éste no es inimputable ni actúa bajo error o coacción), no es posible constatar el dominio del hecho del sujeto que le determinó a ello, por lo que el sujeto de atrás no puede ser considerado autor (mediato), sino mero inductor¹³⁰. Roxin – así

2010, pp. 97-98. Vid. también OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 193; OLÁSULO, H., “El Desarrollo”, *cit.*, p. 92.

¹²⁹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 219. Por ello, cree que la deficiente fundamentación de una figura jurídica no debe llevar a su sustitución por la alternativa ya “intuitivamente” menos convincente, cuando la doctrina reconoce de modo general dicha figura y cree que ésta comprende adecuadamente la conducta delictiva (en todo caso, de modo más adecuado que la alternativa de la inducción). Vid. AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, *cit.*, p. 148.

¹³⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 101; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., “The Application”, *cit.*, p. 114. Se apoyan en este principio para defender

como un destacado sector de la doctrina alemana – defiende la vigencia del mencionado principio como criterio general, pero cree que debe realizarse una excepción en el caso de las EOP, porque en estos casos la calificación del sujeto de atrás como mero inductor no permite captar de forma adecuada la relevancia de su intervención en el hecho¹³¹.

Por el contrario, Bolea y Faraldo no creen que se trate de una excepción al principio de responsabilidad, sino a la regla según la cual la plena responsabilidad del último interviniente en el hecho (autor doloso) excluye la autoría en relación a las intervenciones anteriores¹³². En efecto, al cometer un hecho en autoría mediata, no se responde por la conducta de otro, sino por la propia conducta, consistente en instrumentalizar a otro para cometer un delito; por consiguiente, la autoría mediata no supone una excepción al “principio de propia responsabilidad”¹³³. Además, deben distinguirse dos nociones de responsabilidad¹³⁴:

- 1) aquella responsabilidad por el propio comportamiento organizador, que deriva de la imputación al sujeto de los riesgos que surgen de su esfera de organización, y
- 2) aquella responsabilidad criminal que resulta de atribuir el hecho antijurídico a su autor en un contexto de ausencia de causas de inimputabilidad y de exculpación.

su postura contraria a la calificación como autoría mediata de los supuestos que ahora se analizan, RENZIOWSKI, J., *Restrictiver Täterbegriff*, cit.; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 670; JAKOBS, G., *Strafrecht*, cit., p. 649; HERZBERG, R.D., “Mittelbare Täterschaft”, cit., p. 39; FERRÉ OLIVÉ, J.C., “Blanqueo” de capitales”, cit., p. 97; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata*, cit., pp. 274-275; PÉREZ CEPEDA, A.I., *La Responsabilidad*, cit., pp. 412-413.

¹³¹ BLOY, R., “Grenzen der Täterschaft”, cit., pp. 437-442; WESSELS, J., BEULKE, W., *Strafrecht*, cit., pp. 161-162; MAURACH, R., GÖSSEL, K.H., ZIPF, H., *Derecho Penal*, cit., p. 355; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., pp. 185-186. Para más referencias, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 102-103.

¹³² FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 103-104; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 120, nota 41.

¹³³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 103; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 120, nota 41.

¹³⁴ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 104-105.

Así, el principio de responsabilidad no debe interpretarse en términos de responsabilidad criminal – ya que ello conllevaría entender que no puede haber autoría mediata cuando el instrumento es en sí mismo autor plenamente responsable –, sino en términos de posibilidad de imputación típica, objetiva y subjetiva, del riesgo creado con la propia conducta, en el sentido de que el ejecutor (autor inmediato) puede actuar de forma libre y plenamente responsable al mismo tiempo que el sujeto de atrás conserva una especial relación con el peligro (que lo convierte en autor mediato)¹³⁵. En definitiva, se trata de que la cualidad de autor del sujeto de atrás dependa de su propia conducta, y no de la cuestión de si el instrumento es o no penalmente responsable¹³⁶.

Otra fundamentación distinta de la autoría mediata por medio de EOP consiste en la propuesta de elaboración de un “injusto de organización” (por contraposición al injusto personal de la actual teoría del delito), según la cual el instrumento en manos del sujeto de atrás es la organización en vez del ejecutor individual¹³⁷.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 105; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 140, se refiere a ellos como supuestos en los que existe “un dominio compartido del riesgo, dominio ejercido desde distintas posiciones, que sirve de base a la figura del autor tras el autor”.

¹³⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 105-106.

¹³⁷ AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, cit., p. 148. Si bien no la defiende, explica esta propuesta FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 106. ROXIN, K., “El dominio de organización”, cit., pp. 14-15, ha cambiado de opinión, ya que ahora defiende que el instrumento que posibilita al sujeto de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima; sino que el verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. El mismo autor explica que esto se debe a que el aparato está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas y que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al sujeto de atrás el dominio sobre el resultado. Por el contrario, prosigue el mismo autor, el ejecutor no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización, porque ésta cuenta con otros muchos dispuestos a acatar las órdenes. Por tanto, Roxin ahora defiende que el instrumento es la organización, pero no por ello acepta la teoría del “injusto de organización”.

Merecen destacarse tres autores en el ámbito de esta propuesta: Herzberg, Bloy y Ambos¹³⁸.

Los dos primeros también parten de que la figura de la autoría mediata por medio de EOP es una excepción al principio de responsabilidad, pero tratan de conciliar la instrumentalización característica de la autoría mediata con la existencia de un ejecutor plenamente responsable por el hecho cometido¹³⁹.

Herzberg diferencia entre la perspectiva que ofrece el principio de responsabilidad y la perspectiva en la que se basa la constatación de la autoría mediata, y señala que el principio de responsabilidad atiende al reproche que merece el comportamiento del autor, mientras que lo que interesa en la autoría mediata es el tipo de relación entre el sujeto de atrás y el ejecutor¹⁴⁰. Así, entiende que el principio de responsabilidad no sirve para constatar la autoría mediata, y lo sustituye por el principio del instrumento¹⁴¹. En cualquier caso, este autor ha cambiado de opinión en sus trabajos más recientes y se muestra ahora partidario de calificar al sujeto de atrás como inductor¹⁴².

Por su parte, Bloy fundamenta la excepción al principio de responsabilidad que supondría la autoría mediata por medio de EOP a través de la idea de

¹³⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 106-116. Vid. HERZBERG, R.D., "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", *Juristische Schulung*, Vol. 14, Núm. 6, 1974, p. 375; HERZBERG, R.D., *Täterschaft*, cit., pp. 42-43; BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft", cit., pp. 440-442; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., p. 148.

¹³⁹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 111.

¹⁴⁰ HERZBERG, R.D., "Grundfälle", cit., p. 375; HERZBERG, R.D., *Täterschaft*, cit., pp. 42-43. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 107.

¹⁴¹ HERZBERG, R.D., "Grundfälle", cit., p. 375; HERZBERG, R.D., *Täterschaft*, cit., pp. 42-43, entiende que el instrumento no es la persona que ejecuta la orden, sino la EOP. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 107-108; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 352-353.

¹⁴² Vid. HERZBERG, R.D., "La Sentencia-Fujimori", cit., pp. 125 y ss.; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 107.

que el verdadero instrumento del sujeto de atrás no es el ejecutor individual, sino una EOP que funciona de forma casi automática, sin que le afecte la negativa a obedecer la orden por parte de un miembro de la organización¹⁴³. Con base en esta idea, trata de explicar la aparente contradicción que supone considerar la actuación del ejecutor libre y no libre simultáneamente, puesto que, según él, el ejecutor ocupa una doble posición – por un lado, es penalmente responsable de su actuación, y por otro, la EOP actúa a través de él – y, aunque el aspecto organizativo no lo exonera como individuo, sólo quienes dominan la organización son responsables por la actuación de la organización como tal¹⁴⁴. Por ello, defiende que tanto el sujeto de atrás como el ejecutor son responsables del hecho a título de autoría: el primero, por el injusto de organización, y el segundo, por el injusto individual¹⁴⁵.

En cuanto a Ambos, este autor propone distinguir entre injusto individual e injusto colectivo (o de la organización, entendido como aquel injusto que se presenta en contextos de macrocriminalidad) para resolver la aparente contradicción que supone aceptar el dominio sobre un ejecutor que actúa de manera plenamente responsable¹⁴⁶. De acuerdo con lo establecido por él, la circunstancia de que en los contextos de macrocriminalidad el sujeto de atrás domine “sólo” indirectamente a través del aparato (y no directamente, como en el resto de casos de autoría mediata), conduce a

¹⁴³ BLOY, R., “Grenzen der Täterschaft”, *cit.*, pp. 440-442. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 111; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 354.

¹⁴⁴ BLOY, R., “Grenzen der Täterschaft”, *cit.*, pp. 440-442. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 110; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 354.

¹⁴⁵ BLOY, R., “Grenzen der Täterschaft”, *cit.*, pp. 440-442. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 110; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 354.

¹⁴⁶ AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, *cit.*, p. 148. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 112; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 355.

una responsabilidad con base en un injusto de organización en lugar de injusto individual¹⁴⁷.

Ambos parte de la clasificación, propuesta por Lampe, según la cual debe construirse una teoría de la responsabilidad penal centrada en el injusto de sistema (*Systemunrecht*), complementaria a la responsabilidad penal individual de cada uno por su injusto personal¹⁴⁸. Ante la insuficiencia de los instrumentos de la dogmática penal actual – centrados en un autor individual – para hacer frente a la delincuencia sistémica, Lampe defiende que la dogmática de las acciones de injusto (*Unrechtshandlungen*) ha de ser complementada con la dogmática de los sistemas de injusto¹⁴⁹. Así, entiende los sistemas penales de injusto como los vínculos organizados de personas para el logro de un fin injusto¹⁵⁰, y diferencia entre sistemas de injusto simples y constituidos¹⁵¹.

Mientras que la coautoría es un ejemplo de los sistemas de injusto simples, los sistemas constituidos de injusto se caracterizan por la adopción de una forma duradera y por la conversión del sistema de injusto en algo más que la suma de sus partes (incluso independiente del cambio de sus partes), por lo que se trata de grupos “organizados formalmente”¹⁵². Los sistemas constituidos de injusto alcanzan un grado de complejidad mayor que los

¹⁴⁷ AMBOS, K., “Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1998, pp. 234-238; AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, *cit.*, p. 148. Referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 112; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 355.

¹⁴⁸ LAMPE, E.J., “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 106, Núm. 4, 1994; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 269.

¹⁴⁹ LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*, pp. 685-687; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 269-270.

¹⁵⁰ LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*, p. 687; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 270.

¹⁵¹ LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*, pp. 688 y 693; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 270-271.

¹⁵² LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*, pp. 688-694; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 270-271.

simples – en el sentido de que, al basarse en características de pertenencia al grupo que son independientes de la persona concreta, no es necesario que los miembros se conozcan entre sí, por lo que están integrados por un número mayor de miembros –, suelen abarcar otros subsistemas a los que algunos miembros tienen acceso, y la comunicación y la interacción tienen lugar de forma orientada – casi siempre jerárquica y selectiva¹⁵³.

Son cuatro los factores cuya concurrencia, según Lampe, supone la existencia de un injusto de sistema¹⁵⁴:

- 1) Un alto potencial de riesgo que se acumula en el sistema, en el sentido de que el resultado de la adición de los potenciales individuales – que pueden consistir en personas o medios técnicos – es mayor que la mera suma de las partes.
- 2) La utilización organizada del sistema contra bienes jurídicos o la falta de integración organizada del sistema en un concepto de protección social compatible para los bienes jurídicos en peligro.
- 3) El sentimiento de identificación del grupo con una tarea (*Wir-Gefühl*) que lleva a la falta de conciencia de la propia responsabilidad por parte de cada miembro.
- 4) El hecho de que el potencial de riesgo reunido de forma organizada sea situado bajo un propósito de contravención del Ordenamiento Jurídico (en relación al dolo) o sea abandonado a la negligencia (en cuanto a la imprudencia).

¹⁵³ LAMPE, E.J., "Systemunrecht", *cit.*, pp. 693-694; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 271. LAMPE, E.J., "Systemunrecht", *cit.*, pp. 695-702, distingue tres formas de aparición de los sistemas constituidos de injusto: (i) sistemas organizados criminalmente (como las asociaciones criminales), (ii) sistemas criminalmente propensos (por ejemplo, las empresas "con actitud criminal"), y (iii) sistemas pervertidos criminalmente (como los entes estatales de injusto).

¹⁵⁴ LAMPE, E.J., "Systemunrecht", *cit.*, pp. 713-715; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 272-273.

Se trata de un injusto que no necesita manifestaciones externas a través de acciones¹⁵⁵. No obstante, según Lampe, el injusto de sistema es injusto punible, pero no necesariamente injusto merecedor y necesitado de pena, puesto que dichas características dependen de su contradicción con valores ético-sociales y de su eficacia socialmente desestabilizadora¹⁵⁶. En lo que se refiere a los responsables por el injusto de sistema, pueden serlo tanto el sistema mismo como sus miembros, y estos últimos pueden ser responsables por el propio injusto de sistema o por su injusto de resultado¹⁵⁷. Así, si coinciden las personas que llevaron a cabo el delito con los responsables del injusto de sistema, Lampe afirma que no se debe excluir ninguna de las responsabilidades, debiéndose aplicar un concurso ideal de delitos¹⁵⁸.

Por tanto, en el ámbito de los sistemas injustos, el sujeto que ocupa el vértice de la organización es contemplado desde una doble perspectiva¹⁵⁹:

- 1) por un lado, por el hecho delictivo concreto que ha ordenado responde como autor mediato; y
- 2) por otro, por dirigir un sistema injusto responde como dirigente.

¹⁵⁵ Siguiendo el ejemplo puesto por FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 273, el Estado criminalmente pervertido es un sistema de injusto incluso antes de realizar sus criminales propósitos.

¹⁵⁶ LAMPE, E.J., "Systemunrecht", cit., p. 715; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 274. LAMPE, E.J., "Systemunrecht", cit., pp. 715-716, considera que existe merecimiento y necesidad de pena (sin necesidad de manifestaciones externas) sólo en los casos de las asociaciones criminales; por el contrario, en los sistemas económicos criminalmente propensos y en los Estados criminalmente pervertidos, sería necesaria determinada manifestación externa.

¹⁵⁷ LAMPE, E.J., "Systemunrecht", cit., p. 716; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 274-275.

¹⁵⁸ LAMPE, E.J., "Systemunrecht", cit., p. 734; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 275-276. No obstante, LAMPE, E.J., "Systemunrecht", cit., p. 734, defiende que si el sistema no tiene forma institucional o su forma institucional se opone al Derecho vigente, queda descartada la posibilidad de poder exigirle responsabilidad penal.

¹⁵⁹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 277.

Por su parte, los subordinados también son contemplados desde una doble perspectiva¹⁶⁰:

- 1) por una parte, como autores directos plenamente libres y responsables del hecho delictivo concreto que han ejecutado; y
- 2) por otra, como miembros de la organización por el injusto de sistema.

Por consiguiente, además de la responsabilidad de sistema, los miembros de la organización deben afrontar una responsabilidad individual cuando cometen delitos en el marco de dicha organización¹⁶¹. Aunque el propósito o la actividad de la organización se dirigen a la comisión de tales hechos, ello no puede servir de excusa para dejar en segundo plano (detrás de la responsabilidad por el injusto individual) la responsabilidad de sistema¹⁶².

Según Ambos, es una cuestión fundamental decidir si el modelo de imputación colectiva-individual del DPI exige liberar a la teoría del dominio de la organización del modelo de imputación individualista de la autoría mediata¹⁶³. A favor de ello alega que, debido al papel central que juega la organización – como parte y motor del injusto de sistema –, ésta se erige como punto de referencia para la imputación, y ello sólo podría tenerse

¹⁶⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 277-278.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 278.

¹⁶² *Idem.*, afirma que el desvalor de la responsabilidad por el injusto de sistema no queda absorbido por la responsabilidad por el injusto individual (ni viceversa), ya que el primero se basa en la amenaza duradera que la organización supone para la paz de la comunidad, mientras que el segundo, en la imputación objetiva y subjetiva de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico distinto. La misma autora explica que no existe acuerdo sobre la cuestión de si debe aplicarse un concurso aparente de leyes penales, un concurso ideal o un concurso real de delitos. Para información más detallada, *vid.* FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 278 et seq..

¹⁶³ AMBOS, K., "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2011, p. 19. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>> [Consulta: 15.04.2015]. *Vid.* VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate: An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 398.

debidamente en cuenta si se reconociera “un ‘Derecho penal de la organización cumulativo’ que *complemente* al Derecho penal individual”¹⁶⁴.

Partiendo de la clasificación propuesta por Lampe¹⁶⁵, Ambos define la EOP como “sistema de injusto compuesto” que es, simultáneamente, parte y motor del “injusto de sistema”, que se encuentra en el centro de la imputación penal y que “colectiviza” – en el sentido de la doble imputación (colectiva-individual) del DPI – la perspectiva clásica individual del Derecho penal¹⁶⁶. Así el vértice de la organización se sirve de la funcionalidad del aparato para la realización del injusto del sistema¹⁶⁷.

Lo cierto es que estas teorías que defienden que el instrumento del sujeto de atrás es la EOP (en lugar del ejecutor individual) parten, al igual que Roxin, de la fungibilidad de los miembros de la organización para basar su postura, pues como se ha explicado, el funcionamiento automático de la EOP – del que es síntoma la fungibilidad de los ejecutores – permite a los dirigentes estar seguros de que sus órdenes se cumplirán, independientemente de que un miembro concreto se niegue a ejecutarlas¹⁶⁸.

Pero, tal y como señala Faraldo, se trata en cualquier caso de un injusto individual¹⁶⁹. Aunque los partidarios de un injusto de organización argumenten que el sujeto de atrás y el ejecutor son responsables por el hecho desde niveles distintos (el primero, por el injusto de organización, y el segundo, por el injusto individual), se trata en ambos casos de supuestos

¹⁶⁴ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 19. En el mismo sentido, VEST, H., *Genozid*, *cit.*, pp. 397-398; VEST, H., *Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2011.

¹⁶⁵ LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*, pp. 688 *et seq.*

¹⁶⁶ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 14.

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 113-114; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 388.

¹⁶⁹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 114.

de atribución de responsabilidad por el hecho individual, puesto que el ejecutor responde por la realización libre y plenamente responsable del delito, y el sujeto de atrás, por el dominio del aparato cuya estructura y funcionamiento ha permitido la comisión de la infracción penal (derivada casi automáticamente de la emisión de la orden)¹⁷⁰.

Además, el tenor literal de la segunda alternativa del artículo 25(3)(a) ER considera autor mediato a quien realiza el hecho “por conducto de otro”, y parece claro que ese “otro” debe ser otra persona, y no una organización. Si bien es consciente de que los modos tradicionales de intervención criminal punible, concebidos a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de los sucesos colectivos (como los crímenes internacionales) como fenómeno global, el propio Roxin cree que ello no exime de la obligación de analizar los comportamientos de los intervinientes a título individual, pues los tribunales los juzgan con arreglo a los presupuestos de la perspectiva dogmática del delito individual¹⁷¹.

IV.2.2. Inidoneidad de otras figuras

IV.2.2.1. Inidoneidad de la autoría mediata por medio de coacción y de la autoría mediata por medio de error

Los supuestos de autoría mediata por medio de EOP de ninguna manera podrían encajar en los supuestos de dominio de la voluntad por medio de coacción o error¹⁷². La autoría mediata por medio de coacción queda excluida porque no es nota característica de las EOP que sus miembros sean coaccionados con la muerte o la pérdida de un familiar. Tal y como afirma Jäger, la documentación de los procesos de Núremberg

¹⁷⁰ *Idem.*; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 388, nota 154.

¹⁷¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 270.

¹⁷² *Ibid.*, pp. 270-271; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 111.

muestra que las consecuencias más graves por negarse a cumplir una orden (como la de fusilar a alguien) consistían en una nota desfavorable en el expediente, o una negación de ascensos o un traslado – en ningún caso amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración –¹⁷³.

En relación al dominio de la voluntad por medio de error, éste también queda descartado, pues a lo sumo puede darse un simple error sobre la antijuridicidad formal (el ejecutor puede intentar mantener su conciencia tranquila con la idea de la superior responsabilidad de quien le da las órdenes), y como se ha explicado previamente, tal tipo de error no es suficiente para sostener que el sujeto de atrás tiene el dominio de la voluntad¹⁷⁴.

IV.2.2.2. Inidoneidad de la inducción

Tampoco convence la propuesta de sancionar a los máximos dirigentes como inductores. No capta todo el desvalor de la conducta del sujeto de atrás, ya que significa relegarle al papel de partícipe en el hecho ajeno cuando el significado real de su contribución es totalmente distinto¹⁷⁵. Los que, al igual que Weigend, proponen calificar como inductor al sujeto de atrás (y como autor directo al ejecutor) parten de que, en la autoría mediata por medio de EOP, el dominio del hecho debe

¹⁷³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 271; JÄGER, H., "Betrachtungen zum Eichmann-Prozess", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 45, Núm. 3/4, 1962, p. 79; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 347.

¹⁷⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 271. Referencia en BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 347.

¹⁷⁵ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 180-182 y 188; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 373-374; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 185-186; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., "The Application", cit., pp. 114-115. BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 142-145, añade una serie de argumentos prácticos para fundamentar la relevancia de la distinción.

constatarse con base en unos criterios normativos¹⁷⁶. Por ello, defienden que no es posible hablar de autoría mediata cuando el instrumento actúa de forma responsable, ya que cuando el ejecutor es un sujeto libre, responsable y consciente de la trascendencia de sus actos, no cabe hablar de la instrumentalización propia de la autoría mediata, y el sujeto de atrás sólo puede ser considerado inductor¹⁷⁷.

Sin embargo, aunque también en la autoría mediata el sujeto de atrás provoca al ejecutor al hecho, el peso objetivo de las contribuciones está repartido de modo inverso en la inducción y en autoría mediata por medio de EOP¹⁷⁸. Mientras que en la inducción el inductor deja en manos del ejecutor la decisión sobre si y cómo ejecutar el hecho (por lo que permanece fuera del suceso), en la autoría mediata por medio de EOP el autor mediato decide si y cómo debe ejecutarse el hecho (el autor inmediato no puede cambiar nada esencial en el curso trazado por el aparato)¹⁷⁹. Queda así a la vista el error y la injusticia de considerar al sujeto de atrás de una EOP como mero inductor¹⁸⁰. Y lo mismo cabe predicar de las propuestas de calificar como cómplices o cooperadores necesarios a todos los integrantes de la cadena de mando que transmite la orden –

¹⁷⁶ Son defensores de la inducción para este tipo de casos: WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", *cit.*; HERZBERG, R.D., "Mittelbare Täterschaft", *cit.*, pp. 35-37; KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997, pp. 509-510; RENZIOWSKI, J., *Restrictiver Täterbegriff*, *cit.*, pp. 88-90. *Vid.* referencias en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 168-173.

¹⁷⁷ En referencia a este punto de vista, *vid.* FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 162-163; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, p. 186.

¹⁷⁸ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 13; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 174 y 181; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 185-186; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., "The Application", *cit.*, pp. 114-115.

¹⁷⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 13; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, p. 120; ROXIN, K., "Apuntes sobre", *cit.*, p. 97; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 185-186.

¹⁸⁰ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 13; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 181; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 348; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 185-186; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., "The Application", *cit.*, pp. 114-115.

incluyendo al primer eslabón –, pero con la excepción del último (del que se pone en contacto directamente con el ejecutor), quien sería inductor¹⁸¹.

En vista de que en España y en Alemania el inductor es castigado con la misma pena que el autor, parte de la doctrina defiende que “no existe razón políticocriminal alguna para, mediante la figura del ‘autor detrás del autor’, extraer de la inducción los casos más graves”¹⁸². No obstante, apoyar tal afirmación supone, por un lado, no tener en cuenta que ambos modos de intervención criminal punible responden a una naturaleza, estructura y fundamento distintos¹⁸³ y, por otro, liberar a los máximos responsables de los crímenes de atrocidad de la estigmatización que conlleva la condena como autor – responsable principal, no accesorio – de dichos crímenes¹⁸⁴. Por ello, cuando se cumplan los requisitos de la autoría mediata por medio de EOP, el sujeto de atrás ha de ser considerado autor mediato; y sólo cuando falte alguno de tales requisitos podrá aplicarse la inducción¹⁸⁵.

¹⁸¹ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 373-374, y FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 189-193, en referencia a HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata*, cit., p. 276. Como explica FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 193, “la tesis de la cooperación es la imagen especular invertida de los resultados a que conducía la teoría subjetiva en la delimitación entre autoría y participación”. Así, la misma afirma que, mientras que en el caso *Staschynskij* el ejecutor fue calificado de cómplice y los sujetos de atrás de autores (mediatos), la propuesta de la cooperación propone calificar al ejecutor de autor y a los sujetos de atrás de cómplices, de lo que deduce que ambas propuesta cometen el error de no valorar adecuadamente las dos aportaciones al hecho.

¹⁸² JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 670. Vid. referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p.173.

¹⁸³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 173, en referencia a BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 363, nota 79. Vid. también MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., pp. 185-186; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., “The Application”, cit., pp. 114-115.

¹⁸⁴ Vid. Parte III.

¹⁸⁵ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 373-374; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 188-189; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., pp. 185-186.

IV.2.2.3. Inidoneidad de la coautoría

Aquellos autores que, como Jescheck, Weigend y Jakobs, niegan la necesidad de la autoría mediata por medio de EOP consideran que la coautoría es adecuada para sancionar incluso la conducta de los dirigentes máximos de una EOP¹⁸⁶. Esta corriente doctrinal entiende que las actividades realizadas en el ámbito de una EOP constituyen supuestos de dominio del hecho compartido entre los líderes y los autores directos de los crímenes, de ahí que defiendan la opción de la coautoría.

Frente a dicha corriente doctrinal, se puede objetar que:

- 1) no tiene en cuenta la diferencia estructural existente entre las relaciones verticales (típicas de la autoría mediata por medio de EOP) y las horizontales (típicas de la coautoría)¹⁸⁷;
- 2) por lo que olvida que, en el cumplimiento de una orden (típico de las relaciones verticales), no existe ningún acuerdo o determinación común para la comisión del hecho (típica de las relaciones horizontales)¹⁸⁸;

¹⁸⁶ JAKOBS, G., *Strafrecht*, cit., p. 649; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 670; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLA (eds.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, pp. 155-156; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., p. 152. Para más referencias de la doctrina favorable a la coautoría para estos casos, vid. GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., pp. 126-127; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 128; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 358-363.

¹⁸⁷ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 375; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 204-205, 131-132 y 158-159; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 119; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", cit., p. 865; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 188. BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft", cit., p. 440; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 515-517; LAMPE, E.J., "Systemunrecht", cit., p. 743. Para una visión contraria, vid. AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., p. 153.

¹⁸⁸ ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 13; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 117-118; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 375; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", cit., p. 865; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata*, cit., p. 267; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 187-188; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 129 y 139-140. Cabe señalar que, aunque se ha defendido que el acuerdo entre el ejecutor y cada uno de

- 3) no hay una colaboración con reparto de trabajo mediante aportaciones al hecho entrelazadas¹⁸⁹;
- 4) no puede equipararse la responsabilidad de todos los intervinientes, en tanto que no todos poseen la misma capacidad de influir en el *iter criminis*¹⁹⁰, es decir, la esencialidad de la contribución (típica de la coautoría) no es predicable de la conducta de todos los intervinientes; y
- 5) no tiene en cuenta que los coautores deben compartir el mismo dolo (requisito del acuerdo común de la coautoría), mientras que la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad muestra que es común el escenario en el que no todos los intervinientes tienen el mismo dolo.

En efecto, el ejecutor no puede evitar la consumación del delito – ni siquiera retirando su contribución al hecho – y, por tanto, no posee el dominio negativo en la realización del crimen; el que domina la organización, en cambio, sí¹⁹¹. Pero el propio Roxin ha señalado que, además del dominio negativo (la posibilidad de desbaratar del plan), el dominio funcional del hecho exige un criterio positivo, la aportación esencial de cada uno de los coautores en la realización conjunta del delito¹⁹². Dicho dominio positivo debe entenderse como un codominio,

los miembros de la cúpula no es necesario en el ámbito de la coautoría mediata (dado que se combinan dos figuras de imputación (la coautoría y la autoría mediata) que se corresponden con dos tipos de relaciones (verticales y horizontales)), ello en absoluto quiere decir que tal acuerdo sea innecesario para la coautoría. En efecto, también en el ámbito de la coautoría mediata, el acuerdo común entre los miembros de la cúpula (relación horizontal característica de la coautoría) es imprescindible – si bien no lo es en relación a los ejecutores, quienes están unidos por un tipo de relación vertical a la cúpula –

¹⁸⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 13.

¹⁹⁰ BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft", *cit.*, p. 440; LAMPE, E.J., "Systemunrecht", *cit.*, p. 743; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 153-154.

¹⁹¹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 153-154.

¹⁹² *Ibid.*, p. 155, en referencia a ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 732. *Vid.* también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, *cit.*, pp. 677-678, si bien el dominio positivo que propone este autor no se corresponde exactamente con el de Roxin.

conjunto y compartido con los demás coautores¹⁹³. Es verdad que, en cierta medida, el ejecutor posee el dominio negativo y positivo del hecho, pues una vez recibida la orden posee el dominio de la acción, pero no se trata del dominio del hecho conjunto y unitario propio de la coautoría, en la cual cada sujeto obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución y codomina el hecho con otros¹⁹⁴.

En cuanto a la crítica relativa a la ausencia de un acuerdo común, Ambos defiende la coautoría porque parte de la suficiencia de un acuerdo informal – lo cual también compartimos –, y cree que para un acuerdo informal es suficiente con que los ejecutores muestren su acuerdo (mediante su pertenencia) con las líneas de actuación de la EOP¹⁹⁵. Pero tampoco este argumento puede prosperar, pues de ninguna manera puede deducirse la existencia de un acuerdo de voluntades de la mera pertenencia de un sujeto a un grupo u organización, ya que, de lo contrario, se estaría sancionando como coautoría un mero supuesto de pertenencia a organización ilícita.

Otra crítica en contra de que estos supuestos sean caracterizados como coautoría reside en que en este tipo de casos falta también la realización conjunta del hecho necesaria para la coautoría, dado que el sujeto de atrás se limita a la emisión de la orden¹⁹⁶. En relación a esta cuestión, un

¹⁹³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 156.

¹⁹⁴ WELZEL, H., "Studien zum System des Strafrechts", *ZStW*, Vol. 58, 1939, pp. 549-550.

¹⁹⁵ AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., p. 152. Como explica FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 160-162, los sujetos de atrás tampoco pueden ser considerados autores accesorios: no se cumple el requisito de la descoordinación de diversas conductas individuales de autoría propio de la autoría accesorio, ya que en estos supuestos existe conocimiento bilateral y recíproco de la actuación de cada uno por parte de los intervinientes – si bien no llega a constituir el acuerdo común necesario de la coautoría –.

¹⁹⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 323-336; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 133; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., p. 123; GIL GIL, A., "Mens Rea", cit., p. 87; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 361 y 375; HERZBERG, R.D., *Täterschaft*, cit., p. 43, nota 94. HERZBERG, R.D., "La Sentencia-Fujimori", cit., pp. 139-140; KÖHLER, M., *Strafrecht*, cit., p. 518; GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pp. 369-370.

importante sector doctrinal alemán sostiene que también deben ser considerados coautores aquellos que objetivamente sólo realizan actos preparatorios de ayuda, siempre que sean coportadores de la decisión común al hecho¹⁹⁷. Por el contrario, es necesario que las aportaciones de los coautores tengan lugar (o se actualicen) en la fase de ejecución del hecho – no en la fase preparatoria –, si bien no se exige que se materialicen en la ejecución directo-corporal de acciones típicas; de ahí que se considere coautor a quien contribuya al delito de forma esencial en su fase de ejecución, es decir, a quien tenga un dominio funcional del hecho¹⁹⁸.

Así, si el sujeto de atrás sigue dirigiendo la realización del hecho, su dominio funcional del hecho quedará actualizado en la fase de ejecución y podrá ser considerado coautor, aunque no lleve a cabo acciones de ejecución en sentido objetivo-formal¹⁹⁹. En cambio, si no lo actualiza ni siquiera como “dirección de la ejecución”, no podrá ser considerado coautor²⁰⁰, ya que, como se ha explicado en el Capítulo anterior, no es suficiente el acuerdo previo o la organización en la fase preparatoria para afirmar el dominio funcional del hecho del sujeto de atrás²⁰¹.

Por último, dado que todos los coautores deben compartir el mismo dolo – lo cual se exige a través del requisito del plan o acuerdo común –, la

¹⁹⁷ JAKOBS, G., “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori” en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 108-111; JAKOBS, G., *Strafrecht*, cit., pp. 620-622; MAURACH, R., GÖSSEL, K.H., ZIPF, H., *Derecho Penal*, cit., p. 374; WELZEL, “Studien”, cit., pp. 551-552; WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 159; MUÑOZ CONDE, F., “Problemas de autoría”, cit., pp. 155-158.

¹⁹⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 137; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157.

¹⁹⁹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 137. En sentido similar, ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157.

²⁰⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 137, en referencia a GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, *ADPCP*, Vol. 37, Núm. 1, 1984, p. 112. Vid. También FERRÉ OLIVÉ, J.C., ““Blanqueo” de capitales”, cit., p. 97.

²⁰¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 330-331; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 147 y 157; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 137-138; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 360-361 y 375.

coautoría resulta inadecuada para abordar los supuestos en que todos los intervinientes no comparten el mismo dolo. Como el análisis criminológico (Parte I) ha puesto de manifiesto, el escenario en el que no todos los intervinientes en el crimen comparten el mismo dolo es común en la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad.

Claro ejemplo de ello son las campañas genocidas, en las que, si bien los líderes actúan con el *dolus specialis* del genocidio, los ejecutores, a menudo, no comparten o ni siquiera conocen la intención de destrucción albergada por sus líderes²⁰². Si todos los intervinientes en tales campañas son considerados coautores, surge la cuestión de si deben ser coautores de un genocidio o de un crimen contra la humanidad. Los supuestos de genocidio no son sino un ejemplo de la dificultad de afirmar que todos los intervinientes en un determinado crimen de atrocidad comparten el mismo dolo; de ahí lo problemático de la coautoría – y de su requisito del acuerdo común – para sancionar esta clase de delitos.

IV.2.3. Elementos de la autoría mediata por medio de EOP

Los elementos de la autoría mediata por medio de EOP generalmente admitidos por la doctrina son²⁰³:

- 1) la fungibilidad;
- 2) el poder de mando; y
- 3) la desvinculación del Derecho.

²⁰² Vid. Apartado VI.3. de la Parte I.

²⁰³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 272-278; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 113; ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., pp. 15-20; AMBOS, K., "Sobre la "organización"", cit., p. 5. Si bien este último autor considera que el requisito de la "desvinculación del Derecho" es prescindible. Como se verá más adelante, tampoco la jurisprudencia internacional que ha aplicado esta teoría exige la "desvinculación del Derecho" como requisito.

En sus trabajos más recientes, Roxin ha añadido un criterio que contribuye a la fundamentación de su teoría: la considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor²⁰⁴. No obstante, la necesidad – así como la aplicación – de este criterio es controvertida²⁰⁵. Así, la jurisprudencia internacional acoge (sólo) los dos primeros elementos como elementos del tipo objetivo de la autoría mediata por medio de EOP, a los que ha añadido dos elementos del tipo subjetivo. Y para ello se basa en la teoría de Roxin²⁰⁶.

²⁰⁴ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, pp. 19-20. AMBOS, K., "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, p. 87, explica que este requisito tiene su origen en la teoría de Schroeder sobre autoría mediata, y que ha sido aplicado por la jurisprudencia alemana en los casos de los disparos en el muro y por la jurisprudencia peruana en el caso *Fujimori*. En el mismo sentido, AMBOS, K., "The *Fujimori Judgment*", *cit.*, p. 157; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 130-131; y SCHROEDER, F.C., "Disposición al hecho versus fungibilidad" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 121-123. MEINI, I., "El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001)" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, p. 217; AMBOS, K., "The *Fujimori Judgment*", *cit.*, pp. 149 y 157.

²⁰⁵ AMBOS, K., "Trasfondos políticos", *cit.*, p. 87; AMBOS, K., "The *Fujimori Judgment*", *cit.*, p. 157; MEINI, I., "El dominio de la organización", *cit.*, pp. 227-229.

²⁰⁶ Al respecto, señala GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 129-133, que la aceptación de la autoría mediata por medio de EOP en el ER no supone de manera automática que la fundamentación de tal figura de imputación tenga que ser la teoría de Roxin (podría serlo la teoría de Schroeder, por ejemplo). Si bien la misma se muestra partidaria de la teoría de Roxin, critica que la CPI no explique por qué la prefiere sobre el resto de teorías, y se muestra crítica con la argumentación que la CPI emplea para aplicar la teoría de Roxin, puesto que dicha jurisprudencia cita erróneamente: (i) sentencias nacionales que, en contra de lo afirmado la CPI, no han aplicado la teoría de Roxin; y (ii) otras sentencias en las que se ha aplicado una mezcla de dicha teoría y la de la disposición al hecho de Schroeder, sin que la CPI parezca haber acogido tal complemento. En referencia a las resoluciones nacionales mencionadas en la primera crítica, GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 130-131, afirma que, en contra de lo establecido por la CPI, en España, nunca se ha aplicado en una sentencia condenatoria la teoría de la autoría mediata por medio de EOP – si bien se menciona en varias resoluciones como posibilidad teórica –. *Vid.* también GIL GIL, A., "Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 525-529. Por su parte, VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 86-87, advierte de que la CPI se basa casi exclusivamente en jurisprudencia alemana y española para afirmar la amplia aceptación de la que presuntamente goza la teoría de Roxin.

De acuerdo con lo establecido por la CPI, la autoría mediata por medio de EOP requiere los siguientes elementos²⁰⁷:

- 1) la existencia de una EOP en la que la ejecución de los crímenes esté asegurada por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes (elemento del tipo objetivo)²⁰⁸;
- 2) el control del sujeto activo sobre la EOP (elemento del tipo objetivo)²⁰⁹;
- 3) el sujeto activo debe tener los elementos del tipo subjetivo de los crímenes en cuestión (elemento del tipo subjetivo)²¹⁰; y
- 4) el sujeto activo debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer su dominio del hecho por conducto de otro (elemento del tipo subjetivo)²¹¹.

Olásolo propone añadir un tercer elemento del tipo objetivo: la utilización de la EOP para asegurar la comisión del delito por parte del sujeto activo²¹².

²⁰⁷ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI"* del 27.06.2011 (ICC-01/11) (en adelante, Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*), párr. 69; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 1416.

²⁰⁸ Se trata de los elementos (b) y (c) de la Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párr. 69. *Cfr.* Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 1407-1408; *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párrs. 511-518.

²⁰⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 1407; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 500-510.

²¹⁰ La Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 527-532, señala expresamente que este requisito incluye todo *dolus specialis* o intención ulterior que pueda requerir el crimen en cuestión.

²¹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 538-539.

²¹² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 196.

IV.2.4. Tipo objetivo

IV.2.4.1. Existencia de una EOP: automatismo en su funcionamiento

Según Roxin, el factor decisivo del dominio de la voluntad por medio de EOP reside en la fungibilidad del ejecutor, puesto que aunque el ejecutor se niegue a cumplir la orden, otro miembro de la EOP lo sustituirá, sin que se vea afectada la ejecución del plan global²¹³. En palabras de Ambos, los ejecutores no son más que ruedecillas intercambiables en el engranaje de la EOP, en la que al sujeto de atrás no le interesa quién cumple las órdenes²¹⁴.

No obstante, aquí se defiende que lo verdaderamente relevante no es la fungibilidad, sino el automatismo en el funcionamiento de la EOP²¹⁵. El mismo Roxin ha señalado que la fungibilidad es síntoma del funcionamiento automático de la EOP, y que tal automatismo es lo que permite a los dirigentes estar seguros de que sus órdenes se cumplirán, independientemente de que un miembro concreto se niegue a ejecutarlas²¹⁶. Como se verá más adelante, pueden existir otros criterios –

²¹³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 272; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 111-112; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 220; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 197; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", cit., pp. 860-861; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 181; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 346-348.

²¹⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 220; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to the "Most Responsible"" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 144-145; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", cit., p. 860; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 346. En el mismo sentido, GIL GIL A., "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 87 y 109.

²¹⁵ En el mismo sentido, defiende BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 370, que la fungibilidad es un dato fáctico que permite constatar la existencia de un importante grado de automatismo en el cumplimiento de las órdenes, el cual constituye el verdadero criterio básico en el que fundamentar la autoría mediata por medio de EOP.

²¹⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 272; ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 17; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 113-114; BOLEA

además del de la fungibilidad – en los que poder fundamentar la existencia del funcionamiento automático de la EOP. En cualquier caso, la fungibilidad sigue teniendo plena vigencia como criterio – pero no es el único – para probar el automatismo en el funcionamiento de la EOP. Por ello, se dedican las siguientes líneas al análisis de las numerosas críticas de las que ha sido objeto el criterio de la fungibilidad – incluso entre los defensores de la autoría mediata por medio de EOP –.

IV.2.4.1.a) Críticas al criterio de la fungibilidad

IV.2.4.1.a.i) Crítica relativa a la ausencia de fungibilidad en relación a los especialistas

En primer lugar, Schroeder cuestiona que los especialistas imprescindibles sean intercambiables²¹⁷. Frente a ello, Roxin se defiende diciendo que no todos los delitos provocados por una organización delictiva fundamentan *eo ipso* una autoría mediata de los que ordenan, dado que en los casos en que falta la característica (propia de las EOP) del automatismo, sólo puede existir una inducción, a menos que se ejerza una presión coactiva suficiente²¹⁸. Así, entiende que estos casos no relativizan

BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 393-401; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 220; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft", cit., pp. 144-145; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", cit., p. 860; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 182-183; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 369-370; MEINI, I., "El dominio de la organización", cit., p. 218; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, p. 178.

²¹⁷ SCHROEDER, F.C., "Disposición al hecho", cit., pp. 117-118; SCHROEDER, F.C., *Der Täter hinter dem Täter*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965, pp. 168-169. En el mismo sentido, HERZBERG, R.D., "Grundfälle", cit., p. 375. Refiriéndose a la postura de Schroeder, ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., pp. 17-18; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 222; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft", cit., pp. 145-146; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 351-352. Para referencias de casos similares, vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 236-237.

²¹⁸ ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 18; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 727-728; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 116-117; AMBOS, K., "Sobre la "organización"", cit., pp. 5-6.

el significado de la fungibilidad del ejecutor en el ámbito de la autoría mediata por medio de EOP, sino que lo subrayan²¹⁹.

IV.2.4.1.a.ii) Crítica relativa a la ausencia de fungibilidad en el caso concreto

En segundo lugar, otro grupo de autores apunta que nunca puede constatarse la fungibilidad en el caso concreto, en tanto que en el supuesto concreto el ejecutor puede dejar escapar a la víctima, en cuyo caso tendría el dominio exclusivo sobre la realización del resultado y no cabría hablar de fungibilidad²²⁰. Herzberg emplea como ejemplo a los soldados de frontera de la DDR, quienes en la situación en concreto podrían haber fallado el tiro o mirado para otro lado, ya que dicha actitud sabotadora podría haber posibilitado alguna huida con éxito²²¹. En el mismo sentido, Ambos afirma que la fungibilidad en la situación concreta del hecho sólo rara vez estará presente – cree que ésta debe negarse desde un punto de vista empírico –, a lo que añade que por lo general la fungibilidad no será posible simultáneamente, sino sólo sucesivamente²²². Dicho de otro modo, sólo un

²¹⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 18; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 727-728; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, pp. 116-117; AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, pp. 5-6.

²²⁰ HERZBERG, R.D., "La Sentencia-Fujimori", *cit.*, pp. 132-133; HERZBERG, R.D., "Mittelbare Täterschaft", *cit.*, 33 *et seq.*; RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff*, *cit.*, p. 89; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 222-223; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft", *cit.*, pp. 146-147; AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, pp. 5-8. Refiriéndose a esta postura, ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, pp. 18-19.

²²¹ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 18; HERZBERG, R.D., "Mittelbare Täterschaft", *cit.*, pp. 33 *et seq.*. Réplica de ROXIN, K., "Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg" en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 55-56. Dúplica de HERZBERG, R.D., "Antwort auf die Anmerkungen von Prof. Dr. Roxin" en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 57 *et seq.*

²²² AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft", *cit.*, pp. 146-147; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 223-224, explica esta idea en el sentido de que el vértice de la

número limitado de personas entra en consideración para la realización del hecho en cada supuesto, de ahí que prácticamente nunca podría constatarse un número ilimitado de sujetos dispuestos a llevar a cabo el hecho²²³. Para Roxin, sin embargo, este tipo de supuestos son, desde la perspectiva de los que tienen el poder, un “fracaso” o “fallo” de la organización; pero tal fallo en el funcionamiento de la EOP es mucho más raro que en el empleo de un instrumento no culpable o que actúa por error, en los que nadie duda sobre su calificación como autoría mediata porque la tentativa pueda fracasar en el caso particular²²⁴.

Pese a ello, Roxin acepta que estas situaciones muestran que la fungibilidad puede estar configurada de distinta manera en cada organización, por lo que ahora considera recomendable no apoyar la autoría mediata exclusivamente en el mencionado criterio y propone completarlo mediante “la considerablemente elevada disposición al hecho del ejecutor”²²⁵. Para explicar este elemento, Roxin se basa en que el ejecutor que forma parte de una EOP desvinculada del Derecho se encuentra en una posición distinta a la de un autor individual, en el sentido de que el primero está sometido a numerosas influencias de la organización que, si bien no excluyen su responsabilidad, sí lo convierten en “más preparado para el hecho” que otros potenciales delincuentes,

EOP sólo puede estar seguro de que el aparato seguirá trabajando y de que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un nuevo ejecutor (intercambiado).

²²³ MURMANN, U., “Tatherrschaft durch Weisungsmacht”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 273-274; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 783, nota 190.

²²⁴ ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, pp. 18-19; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, p. 115; AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 6.

²²⁵ ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, p. 19. Referencia en AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 6. ROXIN, K., “Apuntes sobre”, *cit.*, pp. 99-101, ha señalado que no se trata de un cuarto requisito, sino de un criterio derivado de los tres requisitos mencionados que contribuye a la fundamentación de su teoría. Por el contrario, este criterio se entiende como un cuarto presupuesto en la *Sentencia de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Perú* de 30.12.2009 (19-2001-09- A.V.) (en adelante, *Sentencia de apelación en el caso Fujimori*), pp. 51 et seq..

incrementando así la probabilidad de éxito de la orden y contribuyendo al dominio del hecho del sujeto de atrás²²⁶.

Entre las circunstancias mencionadas por Roxin, algunas de las cuales han sido estudiadas entre los factores que operan en el nivel meso en el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad, se encuentran²²⁷:

- el hecho de que la mera pertenencia a la organización pueda conducir a una participación irreflexiva en acciones que nunca se le ocurriría realizar de no estar integrado en tal organización;
- el empeño excesivo en prestar servicio (por distintas razones como el afán de notoriedad o la ofuscación ideológica) a la organización a la que se pertenece;
- el creer poder actuar impunemente; y
- el razonamiento que puede resumirse en "si no lo hayo yo, lo hará otro de todas formas".

Por consiguiente, defiende que la combinación de estos elementos conduce a "una disposición al hecho de los miembros condicionada a la organización" que, junto con la fungibilidad de los miembros de la organización, es un elemento esencial de la autoría mediata por medio de EOP²²⁸.

Por el contrario, Ambos cree que la disposición al hecho como tal no es apropiada para la delimitación entre autoría mediata e inducción²²⁹, y

²²⁶ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 20; ROXIN, K., "Apuntes sobre", *cit.*, pp. 99-101. Referencia en AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 6.

²²⁷ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 20; ROXIN, K., "Apuntes sobre", *cit.*, p. 101.

²²⁸ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 20; ROXIN, K., "Apuntes sobre", *cit.*, pp. 99-101. Referencia en AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 6.

²²⁹ AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, pp. 6-7. A este argumento añade AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 7, otros como el hecho de que probarla como fenómeno intra-psíquico es sumamente difícil, o que no es compatible con una comprensión según la cual el verdadero instrumento es la organización, ya que centra la atención en el

concluye que aunque la pertenencia (voluntaria) a la organización pueda justificar una elevada disposición al hecho por parte del miembro individual, el dominio del hecho se fundamenta sólo en el dominio sobre la organización (comprendido en términos colectivos) y sólo a través de éste se media sobre los miembros ejecutores del hecho²³⁰. Siguiendo con el mismo autor, al preguntarse si en todos los casos de comisión de un hecho por medio de una EOP puede constatarse la fungibilidad del ejecutor, éste defiende que la fungibilidad puede fundamentar un dominio a lo sumo en sentido general, pero no en la situación concreta del hecho, en el sentido de que por más que el sujeto de atrás pueda dominar la organización, no domina directamente a aquellos que ejecutan el hecho concreto²³¹. De ahí que crea que la fungibilidad sólo es posible sucesivamente – no simultáneamente –, ya que el vértice de la EOP sólo puede estar seguro de que la organización continuará trabajando y que la próxima orden será ejecutada sin vacilar por un nuevo ejecutor (intercambiado)²³².

Frente a esta crítica, señalan Faraldo y Bolea Bardón que no es necesario que la fungibilidad se compruebe en el momento de la ejecución del delito, sino que ésta debe comprobarse antes, cuando el sujeto de atrás da la orden, momento en el que deben existir suficientes sujetos dispuestos a cumplir la orden con independencia de que al final sólo uno o unos pocos la ejecuten – ya que si no fueran ellos, serían otros –²³³.

A lo que Ambos objeta que la fungibilidad así entendida (una fungibilidad incompleta o abstracta) se transforma en una “exigencia de movilidad

ejecutor del hecho y con ello relativiza la particularidad organizativa específica y la solidez de la teoría del dominio de la organización.

²³⁰ *Ibid.*, p. 8.

²³¹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 222; AMBOS, K., “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, cit., p. 148.

²³² AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 224; AMBOS, K., “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, cit., p. 148.

²³³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 89, 206 y 236; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., p. 396.

personal” según la cual el sujeto de adelante aumenta el riesgo de producción del resultado y el dominio por medio de EOP se convierte en un “dominio de las causas de reemplazo”²³⁴. En similar sentido, Renzikowski cree que “hipotéticas acciones de terceros” – es decir, la posibilidad de recurrir a otros ejecutores – no pueden fundamentar el dominio sobre el ejecutor, sino a lo sumo, una “posibilidad garantizada” de producción del resultado²³⁵. Así, afirma que el sujeto de atrás tiene la posibilidad, garantizada a través del aparato, de realizar sus planes de manera independiente a la persona del ejecutor, pero que dichas posibilidades no pueden suplir la falta de dominio fáctico en el caso concreto²³⁶. A lo que añade que tampoco la alta probabilidad (garantizada por el aparato) de que el sujeto de atrás pueda imponer sus órdenes es suficiente para la fundamentación de la autoría²³⁷.

Roxin responde que Renzikowski no tiene en cuenta que el instrumento es la EOP (no el ejecutor), en la que la presencia de muchos posibles ejecutores es una realidad que asegura el resultado, y no una mera hipótesis²³⁸.

Por su parte, Faraldo sigue defendiendo que el instrumento es el ejecutor (no la EOP) y objeta a la tesis de Renzikowski que confunde la fungibilidad del ejecutor con la alta probabilidad de que el delito se cometa: mientras

²³⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 224; AMBOS, K., “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, cit., p. 148.

²³⁵ Tanto ROXIN, K., “El dominio de organización”, cit., p. 17, como FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 89-90, hacen mención a la tesis de RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff*, cit. p. 89.

²³⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 90, en referencia a RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff*, cit., p. 89, quien pone el énfasis en el hecho de que las posibilidades de realizar un plan de asesinato son mucho mayores para quien contrata a un asesino profesional que para quien utiliza un instrumento inimputable o que obra en error, pues todavía puede decidir en otro sentido, y ningún defensor de la teoría del dominio del hecho dudaría en calificar al sujeto de atrás en el primer caso como inductor, y en el segundo supuesto como autor mediato.

²³⁷ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 90, en referencia a RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff*, cit., p. 89.

²³⁸ ROXIN, K., “El dominio de organización”, cit., p. 17.

que tal probabilidad puede ser igual en casos de inducción y de autoría mediata por medio de EOP (como afirma Renzikowski), lo que fundamenta esta forma de autoría mediata es que el sujeto de atrás puede estar seguro de que, aunque el ejecutor concreto ejerza su libertad negándose a cometer el delito, la organización proveerá otro ejecutor más dispuesto – lo que es distinto a afirmar la existencia de una alta probabilidad de comisión del delito – ²³⁹. Como magistralmente explica la misma autora, en el caso de la inducción, el inductor sólo puede confiar en el inducido, y si éste se negara a actuar, deberá inducir a otro a la comisión del delito²⁴⁰.

Resumiendo, el automatismo es algo más que un alto grado de probabilidades de que el subordinado se encuentre dispuesto a la comisión del delito: demuestra que, independientemente de que se dé o no la predisposición a cometer el delito por parte del ejecutor concreto, el funcionamiento de la EOP y la realización típica está asegurados²⁴¹. Por ello, no parece necesario ni conveniente recurrir al criterio de la “disposición al hecho del ejecutor” propuesto por Roxin. No obstante, resulta adecuado el argumento de Roxin de considerar tales supuestos como un fallo en el funcionamiento de la EOP, pues ello le sirve de base para realizar la distinción entre el grado de probabilidad de producción del resultado y el dominio del hecho²⁴².

²³⁹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 90.

²⁴⁰ *Idem*. En el mismo sentido, ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 208; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, cit., pp. 185-186; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 373-374.

²⁴¹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 95.

²⁴² ROXIN, K., “El dominio de organización”, cit., pp. 15 y 18-19, argumenta que el fallo en el funcionamiento de la EOP es más raro que en el supuesto de un instrumento no culpable o que actúa por error, y que en estos últimos supuestos, nadie duda sobre su calificación como casos de autoría mediata, con independencia de que la tentativa pueda fracasar en el caso concreto.

IV.2.4.1.a.iii) Crítica relativa a la ausencia de instrumentalización del ejecutor

Como tercera crítica, se objeta a la teoría del dominio del hecho por medio de EOP que la fungibilidad de los intermediarios no es decisiva, en tanto que no es suficiente para conseguir la instrumentalización del ejecutor, pues éste no actúa bajo error o coacción, sino de forma plenamente responsable²⁴³. En este sentido, se argumenta que si el ejecutor puede, en virtud de una resolución libre de su voluntad, negarse a cumplir una orden, ello significa que la influencia que ha recibido a través de la orden es meramente constitutiva de inducción²⁴⁴. Así, este grupo de autores cree que en estos casos existe un dominio sobre la organización – pero no sobre el que ejecuta por sí mismo la acción –, por lo que los sujetos de atrás no podrían dominar la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de adelante²⁴⁵.

Pero esta crítica carece de fundamento, puesto que la fungibilidad de los ejecutores no es la explicación de cómo el ejecutor se convierte en instrumento en manos del sujeto de atrás, sino de cómo la posición central del suceso es trasladada del ejecutor al sujeto de atrás²⁴⁶. A pesar de que el ejecutor domina la acción – dado que determina positiva y negativamente el hecho delictivo que le corresponde ejecutar –, su negativa no conlleva el fracaso del plan criminal, porque la EOP colocará en su lugar a otra persona dispuesta a cumplir la orden²⁴⁷. En efecto, el sujeto de atrás no puede

²⁴³ JAKOBS, G., *Strafrecht, cit.*, p. 649; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata, cit.*, pp. 274-275.

²⁴⁴ SCHROEDER, F.C., *Der Täter, cit.*, p. 168; Citando a HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata, cit.*, p. 275; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 91.

²⁴⁵ Citando a HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata, cit.*, p. 275, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 91.

²⁴⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 91.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 92.

confiar plenamente en que el concreto ejecutor realizará el delito, pero sí en que su orden será ejecutada – no importa por quién –²⁴⁸.

Además, el automatismo como característica del funcionamiento de las EOP no puede confundirse con la ausencia de libertad del ejecutor²⁴⁹. Pese a los intentos de Meyer por equiparar los casos de autoría mediata por medio de EOP a los de coacción (con base en la fuerza que tienen las órdenes impartidas en este tipo de organizaciones) y por justificar la falta de libertad del ejecutor también en los supuestos de EOP²⁵⁰, su propuesta no puede prosperar, en tanto que la teoría del dominio del hecho por medio de EOP parte de que el ejecutor ha actuado libremente y de que es penalmente responsable de su actuación²⁵¹.

Como se ha adelantado, lo que caracteriza a la autoría mediata por medio de EOP no es la falta de libertad del ejecutor, sino que, aunque el subordinado se niegue a cumplir la orden, la organización proveerá otro sujeto dispuesto a ejecutar la orden²⁵². La presión psíquica que sufren las personas que se insertan en estructuras jerárquicas y que deben cumplir las órdenes de los superiores no suele llegar a privar de libertad al subordinado²⁵³ y, en caso de que éste carezca de libertad, se trataría de otro supuesto de autoría mediata: el dominio de la voluntad por medio de coacción, en el que no es necesaria ni aplicable la construcción de la autoría mediata por medio de EOP²⁵⁴.

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ *Idem.*; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata, cit.*, p. 373.

²⁵⁰ MEYER, M.K., *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, pp. 102-103.

²⁵¹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio, cit.*, pp. 707-708; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, pp. 93-94; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata, cit.*, p. 373.

²⁵² BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata, cit.*, pp. 368-369; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 94.

²⁵³ BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata, cit.*, pp. 372-373; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 94.

²⁵⁴ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 95.

IV.2.4.1.b) Criterios empleados

Puede diferenciarse entre la fungibilidad negativa simultánea y la fungibilidad negativa sucesiva²⁵⁵.

IV.2.4.1.b.i) Fungibilidad negativa simultánea

La fungibilidad negativa simultánea requiere una estricta estructura jerárquica y una organización lo suficientemente amplia como para que se pueda afirmar que sus miembros tienen un carácter intercambiable, de tal forma que si uno de los miembros se negara a cumplir la orden, otro lo sustituyera automáticamente para que la comisión del hecho punible no se vea frustrada por la negativa del primero²⁵⁶. Éste es el concepto de fungibilidad seguido por la Sentencia de Primera Instancia y la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso *Katanga*²⁵⁷.

Sin embargo, puede resultar difícil constatar la fungibilidad así entendida en el ámbito de grupos paramilitares o grupos armados organizados que tienen un tamaño limitado o que actúan mediante pequeñas unidades desplegadas en diversas áreas que no tienen un alto grado de comunicación y coordinación horizontal con otras unidades del grupo²⁵⁸.

²⁵⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 197-199.

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 197-198.

²⁵⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 1408; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 511-518; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párr. 75. *Vid.* OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 197-198.

²⁵⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 198.

IV.2.4.1.b.ii) Fungibilidad negativa sucesiva

Por ello, alguna jurisprudencia nacional ha empleado el criterio de la fungibilidad negativa sucesiva, según la cual si un miembro de la organización no cumple una orden impartida, otro lo reemplazará automáticamente para realizar ese cometido en momento posterior²⁵⁹. Coinciden Olásolo y Ambos en señalar que una fungibilidad tan debilitada no puede servir de fundamento del dominio del hecho por parte del sujeto de atrás²⁶⁰, puesto que, al requerir sólo un reemplazo sucesivo (no simultáneo o inmediato), se desvirtúa notablemente el requisito y bastaría con mostrar que se trata de una organización en la que, antes o después, las órdenes impartidas se cumplen²⁶¹.

IV.2.4.1.b.iii) Fungibilidad positiva

Aún existe un tercer concepto de fungibilidad: el de fungibilidad positiva, tal y como fuera empleado por la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú en su Sentencia de primera instancia contra el ex presidente de Perú Alberto Fujimori²⁶². De acuerdo con este criterio, el dirigente, con objeto de evitar cualquier error en el cumplimiento de sus órdenes, selecciona a un conjunto de posibles ejecutores entre los

²⁵⁹ Caso contra *Abimael Guzmán*, *Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú* del 14.12.2007 (Caso núm. 5385-200). Guzmán era el fundador y máximo dirigente de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, y se le juzgaba por la masacre de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca en 1983. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 198; MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., "The Application", cit., pp. 127-130. Este criterio coincide con la afirmación de AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 223-224, de que la fungibilidad sólo puede constatarse sucesivamente (no simultáneamente).

²⁶⁰ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 199; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 224.

²⁶¹ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 199.

²⁶² Caso *Fujimori*, *Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Perú* de 07.04.2009 (A.V. 19-2001) (en adelante, *Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori*), párr. 738, confirmada por la Sentencia de apelación en el caso *Fujimori*, *supra* nota 225. AMBOS, K., "Trasfondos políticos", cit., p. 83, ROXIN, K., "Apuntes sobre", cit., p. 99; MEINI, I., "El dominio de la organización", cit., pp. 224-226; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., pp. 154-155; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 182.

miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible – de manera que, aunque el grupo esté compuesto por unos pocos miembros, su cuidadosa selección y su específico entrenamiento impiden excluir su fungibilidad –²⁶³. Olásolo pone en duda que éste sea un criterio de fungibilidad en sentido estricto, y propone entenderlo como una manifestación del criterio de la actitud favorable de los miembros del grupo al cumplimiento de las órdenes del dirigente, que encontraría su fundamento en el proceso de selección, el intenso entrenamiento y la actuación en la clandestinidad al que se ven sometidos los miembros del grupo²⁶⁴.

En cualquier caso, a día de hoy ni el criterio de fungibilidad negativa sucesiva ni el de fungibilidad positiva han sido acogidos por la jurisprudencia de la CPI o de los tribunales *ad hoc*, por lo que el criterio de fungibilidad negativa simultánea continúa teniendo plena vigencia a nivel internacional²⁶⁵. No obstante, éste no es el único criterio empleado por la jurisprudencia internacional, ya que en la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso *Katanga*, la CPI ha señalado que, además de la fungibilidad de sus miembros, las características de la organización también pueden fundamentar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes²⁶⁶.

²⁶³ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*, *supra* nota 262, párr. 738; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 199; AMBOS, K., "Trasfondos políticos", *cit.*, pp. 83-84; MEINI, I., "El dominio de la organización", *cit.* pp. 224-226; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, pp. 154-155; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, p. 182.

²⁶⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 199-200.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 200.

²⁶⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 518. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 202-203; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, p. 156; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 133-134.

IV.2.4.1.b.iv) Regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento

El cumplimiento automático de las órdenes puede también asegurarse mediante el control del aparato a través de regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento²⁶⁷. Aunque en este caso en concreto, dado que la CPI puso como ejemplo el secuestro y sometimiento de menores a regímenes de entrenamiento extenuante – en los que se les enseña a disparar, saquear, violar y matar – al tratarse de menores, debería calificarse de autoría mediata tradicional (con ejecutor no responsable) en lugar de autoría mediata a través de EOP²⁶⁸.

Cabe señalar que cuando la CPI, en el caso *Katanga*, afirma que otras características de la organización – distintas a la fungibilidad – pueden fundamentar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes (en concreto, los regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento)²⁶⁹ no se está refiriendo al criterio de fungibilidad positiva arriba mencionado. Como se ha adelantado, la fungibilidad positiva se basa en la cuidadosa selección de los ejecutores y en su entrenamiento específico²⁷⁰, por lo que hace referencia a un contexto en el que se prepara a especialistas. Por el contrario, el entrenamiento intensivo, estricto y violento al que hace referencia la CPI en el caso *Katanga* describe un escenario totalmente

²⁶⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 518; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párr. 75. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 202-203; OLÁSULO, H., "El Desarrollo", *cit.*, p. 91; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, p. 156; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 133-134. Cabe mencionar que la Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 1409-1410, sólo hace referencia al criterio de la fungibilidad, sin hacer mención a los entrenamientos intensivos. Además, ha señalado que no todas las organizaciones cumplen esta característica de las EOP, y que las modalidades de control sobre los individuos pueden ser cada vez más diversas y sofisticadas; razón por la cual será posible aplicar distintos modos de intervención criminal punible recogidos en el artículo 25(3) ER a miembros de una misma organización.

²⁶⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 203; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, p. 148.

²⁶⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 518. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 202-203; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, p. 156.

²⁷⁰ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*, *supra* nota 262, párr. 738. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 199; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, p. 155.

distinto, en el que los sujetos se asimilan más a los intervinientes coaccionados que a los especialistas. Además, mientras que el criterio de la fungibilidad positiva sirve (supuestamente) para fundamentar la fungibilidad de los ejecutores en una EOP²⁷¹, la CPI señala que pueden existir otras características de la organización que pueden fundamentar el automatismo de la EOP (y no la fungibilidad)²⁷². Por consiguiente, se trata de criterios distintos, y es importante tener en cuenta que la CPI requiere que las nuevas características (distintas de la fungibilidad) deben fundamentar el automatismo de la EOP, y no la fungibilidad de sus ejecutores. De ahí que, como ya se ha puesto de manifiesto, aquí se defiende que la existencia de una EOP debe basarse en el automatismo en su funcionamiento, mientras que la fungibilidad no es más que una de las diferentes formas en las que fundamentar dicho automatismo.

IV.2.4.1.b.v) "Factores débiles"

Como se ha mencionado en la Parte I, debe prestarse atención a los llamados "factores débiles" como la afiliación de origen de los intervinientes en crímenes internacionales, dado que en el contexto de los conflictos africanos actuales, éstos cumplen un rol más importante que la organización burocrática formal²⁷³.

Si bien es cierto que estos factores todavía no han sido explícitamente aplicados por la CPI para fundamentar el automatismo en el

²⁷¹ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*, *supra* nota 262, párr. 738. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 199; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", cit., p. 155.

²⁷² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 518. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 202-203; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", cit., p. 156.

²⁷³ AMBOS, K., "Sobre la "organización"", cit., pp. 15 y 19; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 157; OSIEL, M., *Making sense of mass atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 99-104; OSIEL, M., "Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder" en A. SMEULERS (ed.), *Collective violence and international criminal justice: An interdisciplinary approach*, Intersentia, Antwerpen, 2010, pp. 112 y 116.

funcionamiento de una EOP, los ha tenido en cuenta en el contexto de la figura de la coautoría mediata. Así, ha justificado la necesidad de esta nueva figura basándose en que las lealtades étnicas conllevan que los subordinados sólo cumplan las órdenes de los líderes militares de su misma etnia²⁷⁴, y que el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes se basa en los regímenes de entrenamiento brutales y en la lealtad a líderes militares de su misma etnia²⁷⁵.

IV.2.4.1.b.vi) Tesis de Murmann

Para terminar, nos detendremos en otra teoría en la que se basan algunos autores para fundamentar el dominio del hecho del sujeto de atrás. Como ya se ha adelantado, Ambos cree que una fungibilidad sucesiva (tan debilitada) no puede servir – o por lo menos no por sí sola – para fundamentar el dominio del hecho del sujeto de atrás, y por ello, propone seguir la tesis de Murmann que traslada la estructura de los delitos de deber a la teoría del dominio del hecho²⁷⁶. De acuerdo con esta tesis, el Estado – en cuanto garante de los derechos humanos y debido a su deber de protección de allí resultante – se erige como especial obligado

²⁷⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 493.

²⁷⁵ *Ibid.*, párr. 547. Aunque no tan claramente, se basan en la misma idea los otros pronunciamientos en los que se habla de coautoría mediata: *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*), párrs. 39-45; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 40; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest* del 04.03.2009 (ICC-02/05-01/09-3) (en adelante, Orden de arresto en el caso *Al Bashir*).

²⁷⁶ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 224; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft", *cit.*, p. 148; AMBOS, K., "Trasfondos políticos", *cit.*, pp. 84-87; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", *cit.*, pp. 154-156. *Vid.* MURMANN, U., "Tatherrschaft", *cit.*, pp. 275 *et seq.*, en referencia a JAKOBS, G., "Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. I, Núm. 26, 1995.

ante los ciudadanos, frente a los que tiene un poder de lesión especial²⁷⁷. Por ello, con la orden antijurídica al ejecutor (para que éste lesione a una determinada persona), el Estado incumple su deber de protección y son dos las relaciones jurídicas que se ven afectadas²⁷⁸:

- 1) la relación de reconocimiento entre Estado y ciudadano caracterizada por deberes especiales; y
- 2) la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí.

Así, Murmann afirma que, para imputar la lesión de la víctima al vértice de la organización estatal a través del ejecutor, no es suficiente con tener en cuenta la relación entre el vértice y el ejecutor, sino que también debe tenerse en cuenta la relación de reconocimiento general de los ciudadanos entre sí²⁷⁹.

Pese a apoyarse en la tesis de Murmann, Ambos deja claro que no propone abandonar la teoría del dominio del hecho, sino asegurarla normativamente, en el sentido de que la obligación especial del Estado frente al ciudadano proporcionaría una fundamentación normativa del dominio del hecho en los casos en los que se niega la fungibilidad ya por

²⁷⁷ AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 159; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", cit., pp. 148-150; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 224-225. Como explica el mismo autor, la relación de dependencia entre ciudadano y Estado sería aquí comparable con la posición de garante en los delitos de omisión, puesto que aquí el garante sería responsable porque lesiona frente a la víctima el deber especial de protección o de custodia que resulta de la posición de garante. AMBOS, K., "Trasfondos políticos", cit., p. 85; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., pp. 154-156. Vid. MURMANN, U., "Tatherrschaft", cit., pp. 275 et seq., en referencia a JAKOBS, G., "Mittelbare Täterschaft", cit..

²⁷⁸ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 225; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", cit., pp. 148-150; AMBOS, K., "Trasfondos políticos", cit., p. 85; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., pp. 154-156. Vid. MURMANN, U., "Tatherrschaft", cit., pp. 275 et seq., en referencia a JAKOBS, G., "Mittelbare Täterschaft", cit..

²⁷⁹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 225; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", cit., pp. 148-150; AMBOS, K., "Trasfondos políticos", cit., pp. 85-86; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., pp. 154-156. Vid. MURMANN, U., "Tatherrschaft", cit., p. 276.

motivos empíricos²⁸⁰. Así, Ambos defiende que dicha fundamentación normativa no reemplaza el punto de vista fáctico, sino que lo complementa; y considera esta complementación como algo necesario, en tanto que ni el punto de vista meramente fáctico ni el punto de vista normativizante son idóneos por sí solos para comprobar una situación de dominio por medio de EOP²⁸¹. Es por ello que propone entender la teoría del dominio por medio de EOP como un “entrelazamiento” de componentes normativos y fácticos, en el que el poder fáctico de control es sólo un punto de partida (se trata de un poder abstracto, no siempre demostrable y considerablemente relativizado) que debe complementarse con consideraciones normativas basadas en un modelo de imputación normativizante²⁸².

Sin embargo, como se ha adelantado, defendemos la tesis de que la fungibilidad debe ser constatada en un momento previo – si se prefiere, abstractamente –, cuando el dirigente da la orden. Por consiguiente, no consideramos que la teoría del dominio del hecho por medio de EOP tenga que ser complementada normativamente. Además, esta teoría está sujeta a las dos críticas que siguen²⁸³:

- 1) la mencionada construcción es sólo aplicable a los más altos dirigentes del Estado; y

²⁸⁰ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 225-226; AMBOS, K., “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, cit., pp. 150-151; AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, cit., pp. 154-156.

²⁸¹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 226; AMBOS, K., “Command Responsibility and Organisationsherrschaft”, cit., pp. 150-151; AMBOS, K., “Trasfondos políticos”, cit., pp. 86-87; AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, cit., pp. 154-156. En referencia a esta propuesta de Ambos, señala GIL GIL, A., “Principales figuras”, cit., p. 139, nota 116, que no se entiende cómo “una suma de dos criterios insatisfactorios pueda dar una explicación convincente del dominio del hecho”; a lo que añade que “todo criterio normativo supone una atribución, que es lo contrario a la prueba de un dato fáctico”.

²⁸² AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 227-228; AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, cit., pp. 154-156.

²⁸³ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 203-204. El mismo Ambos reconoce esta crítica. Vid. AMBOS, K., “Trasfondos políticos”, cit., p. 87; y AMBOS, K., “The Fujimori Judgment”, cit., p. 156.

- 2) no es aplicable a grupos no estatales, en los que no existe una relación comparable entre el grupo y las personas que le son afines.

IV.2.4.1.c) Tipos de organizaciones en las que es aplicable la autoría mediata por medio de EOP

Como se ha podido observar, cualquier forma de delincuencia organizada no es constitutiva de un supuesto de autoría mediata por medio de EOP, dado que la organización debe cumplir determinados requisitos. En vista de las nuevas formas de organización de los actores militares en el marco de los conflictos armados no internacionales, Osiel critica la visión de un concepto de organización ligado al Estado burocrático²⁸⁴. Reprocha precisamente esto a Roxin, pero olvida que, desde su fundamentación inicial, Roxin tuvo en cuenta el problema de las organizaciones criminales no estatales y aplicó su teoría – si bien sólo de manera secundaria – a tales movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas delictivas y agrupaciones similares²⁸⁵.

Ambos también se muestra partidario de aplicar la autoría mediata por medio de EOP a los actores no estatales de conflictos armados, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Partiendo de la clasificación propuesta por Lampe²⁸⁶, dicho autor define la EOP como “sistema de injusto compuesto” que es simultáneamente parte y motor del “injusto de sistema”, que se encuentra en el centro de la imputación penal y que “colectiviza” – en el sentido de la doble imputación (colectiva-individual)

²⁸⁴ OSIEL, M., *Making sense*, cit., pp. 99-104; OSIEL, M., “Ascribing”, cit., pp. 112-114 y 116-119.

²⁸⁵ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, cit., pp. 8-9. Vid. ROXIN, K., “§ 25. Täterschaft” en H.H. JESCHECK, W. RUIß y G. WILLMS, *Leipziger Kommentar StGB, Band 1*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1985.

²⁸⁶ LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, cit., pp. 688 et seq..

del DPI – la perspectiva clásica individual del Derecho penal²⁸⁷. Así el vértice de la organización se sirve de la funcionalidad del aparato para la realización del injusto del sistema²⁸⁸. Ambos tiene claro que este escenario se corresponde no sólo con el de un sistema de injusto con una parte estatal²⁸⁹, sino también con los casos de actores no estatales de conflictos armados²⁹⁰, en tanto que estos últimos pueden ser considerados como “sistemas de injusto compuesto” (en el sentido de una asociación criminal) y cometer “injusto de sistema” como injusto de organización²⁹¹.

Pero para poder basar una autoría mediata por medio de EOP, tales organizaciones criminales no estatales deben cumplir determinados requisitos²⁹². Como se ha visto en el análisis criminológico de la criminalidad masiva, en los conflictos africanos, ésta discurre a menudo de manera desordenada, por fuera de la organización burocrática, y la cohesión de los grupos milicianos paramilitares se basa más en factores “débiles” (como la afiliación de origen) que en una organización burocrática formal²⁹³. También es común el reclutamiento de niños y su sometimiento a un adoctrinamiento y a un régimen de entrenamiento especialmente estricto que conducen a una cultura del mando y de la obediencia (ciega)²⁹⁴.

Estas notas ponen de manifiesto que existen otros medios – distintos a la organización estrictamente jerárquica y formal – para lograr el control

²⁸⁷ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 14.

²⁸⁸ *Idem.*

²⁸⁹ *Idem.*, pone el ejemplo del servicio de inteligencia peruano con su comando de ejecución Colina.

²⁹⁰ *Idem.*, pone el ejemplo de las tropas milicianas en el caso *Katanga*.

²⁹¹ *Ibid.*, pp. 14-15. LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*.

²⁹² AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 15.

²⁹³ *Ibid.*, pp. 15 y 19; OSIEL, M., *Making sense*, *cit.*, pp. 99-104; OSIEL, M., “Ascribing”, *cit.*, pp. 112 y 116; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, pp. 530-531.

²⁹⁴ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, pp. 15-16; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, pp. 530-531.

sobre los ejecutores²⁹⁵; lo que no quiere decir que una ausencia total de una estructura vertical jerarquizada sea suficiente, sino que el control sobre los ejecutores no se fundamenta *primariamente* en la formalidad de una jerarquía, sino más bien en los factores que Ambos denomina “débiles”²⁹⁶. La suma de estos factores crea un tipo de autoridad “personal” en torno al líder de las milicias²⁹⁷ que garantiza el control sobre la organización y sus integrantes²⁹⁸.

Los casos reales a los que se están teniendo que enfrentar los tribunales estatales e internacionales apoyan el recurso a dichos factores “débiles”. En la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, la SCP I de la CPI empleó la figura de la coautoría mediata – una combinación entre la coautoría y la autoría mediata por medio de EOP –, y en lo referente a la autoría mediata, señaló que la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes podía basarse en la fungibilidad de los ejecutores, pero también en el control del aparato por medio de regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento²⁹⁹. Así, la Decisión de la CPI adapta los criterios de Roxin sobre el dominio por medio de EOP a las características propias del grupo miliciano africano en cuestión, dado que constata la existencia del cumplimiento casi automático de las órdenes no sólo a través de la fungibilidad de los ejecutores, sino también por su subordinación – bajo un régimen de entrenamiento especialmente severo – y su integración en una

²⁹⁵ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, pp. 15-16 y 19; OSIEL, M., *Making sense*, *cit.*, pp. 99-104; OSIEL, M., “Ascribing”, *cit.*, pp. 112-114 y 116-119.

²⁹⁶ AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, pp. 16 y 19.

²⁹⁷ Lo que, como afirma AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 16, no quiere decir que éste tenga que conocer personalmente a todos los miembros ni que la ejecución de las órdenes se base en una relación personal estrecha entre éstos y el líder.

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ *Ibid.*, pp. 12-13. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 518 y ss.

organización caracterizada por vínculos informales, étnicos o de tipo socio-familiar³⁰⁰.

Por ello, la aplicación de la autoría mediata por medio de EOP a las organizaciones delictivas paraestatales es no sólo posible, sino también necesaria en vista de las características de los conflictos armados actuales³⁰¹. A continuación, se realizará un breve análisis de la aplicación de la autoría mediata por medio de EOP en el ámbito del Estado, de las organizaciones delictivas paraestatales, y de las empresas.

IV.2.4.1.c.i) El Estado

En lo que se refiere al ámbito del Estado, pueden distinguirse dos grupos de casos: aquellos en los que el Estado en su conjunto es criminal (como el régimen nacionalsocialista alemán), y aquellos otros en los que determinadas organizaciones estatales (como las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado y las Fuerzas Armadas) actúan de forma delictiva para conseguir los objetivos perseguidos por el Estado. El primer grupo consta de los casos en los que las autoridades estatales, siguiendo la política fijada por las más altas Instituciones del Estado y en el ejercicio de su cargo, utilizan el aparato estatal para la comisión de delitos internacionales³⁰². Por el contrario, en los supuestos del segundo grupo, en lugar del Estado en su conjunto, es una concreta organización estatal (como las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de un Estado) la EOP que lleva a

³⁰⁰ AMBOS, K., "Sobre la "organización""", *cit.*, p. 13.

³⁰¹ Para una visión contraria, *vid.* SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1986, p. 76; HERZBERG, R.D., "Grundfälle", *cit.*, p. 375; HERZBERG, R.D., *Täterschaft*, *cit.*, p. 43; MURMANN, U., "Tatherrschaft", *cit.*, pp. 278-279.

³⁰² VEST, H., *Genozid*, *cit.*, p. 361; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 200.

cabo los crímenes, como sucedió en las dictaduras militares de Chile y Argentina³⁰³.

IV.2.4.1.c.ii) Las organizaciones delictivas paraestatales

Por su parte, las organizaciones delictivas paraestatales se dedican de forma principal o exclusiva a la comisión de delitos, y debido al carácter ilegal de sus actividades y objetivos, se trata de organizaciones que actúan en la clandestinidad y con arreglo a sus propias normas (independientemente de lo dispuesto en el Derecho estatal)³⁰⁴.

Ante los que, como Muñoz Conde, defienden que otras clases de autoría (distintas a la autoría mediata por medio de EOP), e incluso de participación, pueden adaptarse mejor a manifestaciones de criminalidad organizada de carácter paraestatal, mafiosas o terroristas³⁰⁵, Faraldo critica acertadamente un entendimiento tan restrictivo de los aparatos de poder, según el cual no son EOPs las "organizaciones en las que, pese a existir una estructura organizada y un número de miembros suficiente para afirmar la fungibilidad, éstos no se han convertido en meros engranajes anónimos de la maquinaria al estilo de lo que sucede en el Estado criminal"³⁰⁶. En efecto,

³⁰³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 234-235. Por ejemplo, en el proceso contra Fujimori, si bien es un caso clásico de dominio de la organización a nivel estatal, la verdadera EOP (El "Grupo Colina") se desarrolla a partir de la estructura del servicio secreto, como un "Estado dentro del mismo Estado"³⁰³. Para ser más exactos, señala Ambos que se trata de varias EOPs que se encontraban al servicio del aparato de poder estatal en torno a Fujimori-Montesinos y las cuales estaban estructuradas jerárquicamente: en el nivel superior, el sistema de inteligencia nacional SINA/SIN; en el nivel intermedio, el servicio militar de inteligencia DINTE; y en el más bajo, el Grupo Colina. Vid. Según AMBOS, R., "Sobre la "organización"", cit., pp. 11-12.

³⁰⁴ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 301.

³⁰⁵ MUÑOZ-CONDE, F., "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001, pp. 509-510. Vid. referencia en FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 303-304.

³⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 303-304.

ni la despersonalización de los miembros ni que los miembros se conozcan personalmente entre sí son un requisito de la autoría mediata por medio de EOP³⁰⁷; y por ende, deberá recurrirse a la autoría mediata en los casos en los que se cumplan los requisitos de la autoría mediata por medio de EOP³⁰⁸.

IV.2.4.1.c.iii) Las empresas

Por último, es muy discutida la aplicación de la teoría del dominio del hecho por medio de EOP a la empresa³⁰⁹. Quedan excluidos en todo caso los supuestos en los que el dirigente no ha ordenado la comisión del delito, sino que imprudentemente ha infringido su deber de control y vigilancia sobre las actividades de sus subordinados; ya que sólo en los casos en los que un dirigente imparte una orden de cometer un delito a sus subordinados, y éstos cometen el delito (el cual debe estar en relación con su actividad en la empresa) dolosamente, entra en consideración una posible autoría mediata por medio de EOP³¹⁰.

Debido a que esta cuestión tan debatida requiere un análisis más profundo que bien podría abarcar una monografía entera, en el presente trabajo nos limitamos a señalar los argumentos de Roxin en contra de la aplicación de la teoría del dominio del hecho por medio de EOP a las empresas³¹¹:

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 304.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 305. ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 325-326.

³⁰⁹ Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., *La Responsabilidad*, cit., pp. 412-413; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 397-401; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 305-307; BOTTKE, S., "Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", *Revista Penal*, Núm. 4, 1999, pp. 26-27.

³¹⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 308.

³¹¹ ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 21. Por el contrario, el Tribunal Supremo alemán ha aplicado la teoría del dominio del hecho también a las empresas. Vid. también ROXIN, K., "Apuntes sobre", cit., pp. 101-102.

- 1) en tanto que las empresas no se proponen desde un principio actividades criminales, no puede decirse que éstas trabajen desvinculadas del Derecho³¹²;
- 2) la fungibilidad de aquellos que están dispuestos a llevar a cabo acciones criminales está ausente³¹³; y
- 3) tampoco existe una disponibilidad al hecho considerablemente elevada por parte de los miembros de la empresa, dado que la comisión de delitos económicos y contra el medio ambiente conlleva un considerable riesgo de punibilidad y de pérdida del puesto en la empresa.

Si bien Roxin reconoce que existe una necesidad político-criminal de castigar como autores a los directivos que proponen, promueven o, incluso, permiten hechos criminales en sus empresas, no cree que la autoría mediata – ni tampoco la coautoría, por las mismas razones por las que cabe rechazar tal tipo de autoría en el ámbito del dominio del hecho por medio de EOP – sea una solución adecuada³¹⁴. Por ello, propone aplicar la figura jurídica – desarrollada por él – denominada de los delitos consistentes en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), con base en la cual puede fundamentarse una autoría de los cargos directivos, siempre que sea posible atribuirles una posición de garante para la salvaguarda de la legalidad de las acciones de la empresa³¹⁵.

³¹² En relación a la mencionada crítica, *vid.* FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 322-324.

³¹³ Para una visión contraria, *vid. ibid.*, pp. 309-311.

³¹⁴ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, pp. 21-22.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 22.

IV.2.4.2. Grado de control/dominio

A pesar de la propuesta del presente trabajo investigador a favor de la aplicación de la autoría mediata por medio de EOP en el contexto de crímenes de atrocidad, es indispensable que se cumplan todos y cada uno de los requisitos de dicha forma de autoría.

Así, quien meramente ordena la comisión de un delito, no tiene un grado de control suficiente sobre la organización como para ser considerado autor a título de autoría mediata por medio de EOP³¹⁶. En todo caso podría ser condenado como partícipe con base en el apartado 25(3)(b) ER. Por el contrario, si además de ordenar el crimen, decide – gracias a su control sobre la organización – si y cómo será cometido, poseerá el grado de control necesario sobre la EOP como para ser considerado autor mediato con base en la tercera alternativa del apartado 25(3)(a) del ER³¹⁷. Por ello, frente a las críticas según las cuales el inciso “ordenar” debería estar incluido en el apartado (a) del artículo 25(3) – en lugar de estar integrado en el apartado (b) del mismo artículo –³¹⁸, podemos defender la distinción existente entre ambos supuesto y lo adecuado de otorgar una regulación separada al hecho de “ordenar” un crimen³¹⁹.

A diferencia de los supuestos de Responsabilidad del Superior, tampoco cabe constatar un grado de control suficiente para basar una autoría mediata por medio de EOP cuando el control efectivo del dirigente está

³¹⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 518; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 7, párrs. 497-498. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 205.

³¹⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 1396; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 518; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 7, párrs. 497-498; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 205. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría*, *cit.*, pp. 625-631 y 690, se refiere a este criterio como el dominio objetivo positivo del hecho.

³¹⁸ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 196, defiende este punto de vista.

³¹⁹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 225-226; WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, pp. 221-222.

limitado a un control disciplinario o a un control operacional parcial³²⁰. Sin embargo, no resulta fácil fijar la frontera entre un grado de control suficiente desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho (autoría mediata por medio de EOP) y otro grado de control inferior (y, por ende, sólo constitutivo de participación)³²¹. Así, ante la imposibilidad de distinguir entre los diferentes grados de influencia psicológica, Weigend propone no aplicar la autoría mediata por medio de EOP y defiende que la responsabilidad penal por ordenar, proponer o inducir (art. 25(3)(b) ER) constituye una base sólida para imponer penas lo suficientemente duras a los sujetos de atrás³²².

Además de criticar la escasa aplicación por parte de las jurisdicciones nacionales e internacionales de la autoría mediata por medio de EOP, Weigend cree que ésta no constituye una forma de responsabilidad penal prevista en la costumbre internacional³²³; a lo que añade que dicha teoría responde más a consideraciones de política criminal que a consistencia teórica estricta³²⁴. Así, aunque reconoce que la teoría de Roxin puede ser un modo adecuado de caracterizar la naturaleza específica del crimen organizado, afirma que tal teoría no es técnicamente necesaria y que conlleva una serie de objeciones doctrinales³²⁵, como la vaguedad del concepto de dominio. Weigend defiende que, en vez de relacionar el dominio del autor a un hecho criminal concreto, el criterio del dominio sólo

³²⁰ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 206, en referencia a WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", cit., pp. 103-104 y 110-111.

³²¹ WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", cit., pp. 100, 104-105, y 109-110. En referencia al autor mencionado, OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 206.

³²² WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", cit., pp. 100, 104-105. En referencia al autor mencionado, OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 206. Sin embargo, recientemente, WEIGEND, T., "Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective", *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 260, ha afirmado que, a pesar de que los inductores reciban la misma pena que los autores, el efecto simbólico de ser considerado autor mediato es importante cuando está en juego el establecimiento de la responsabilidad penal por la comisión de atrocidades.

³²³ WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", cit., pp. 105-106.

³²⁴ *Ibid.*, p. 101.

³²⁵ *Ibid.*, pp. 102-103.

explica que el sujeto de atrás domina meramente el resultado final³²⁶. Además, recuerda que en los casos de crimen individual, debido a la imposibilidad de distinguir de manera segura los distintos grados de influencia psicológica, no cabe hablar de autoría mediata en los casos en los que el ejecutor es penalmente responsable; y defiende que lo mismo debe predicarse en relación al crimen organizacional, pues no existen bases racionales para sostener que la presión de grupo o el poder de las organizaciones deba tener un tratamiento especial³²⁷.

En este contexto, Weigend propone la interpretación literal y estricta de la expresión “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable” del artículo 25(3)(a) ER, en el entendimiento de que dicho artículo requiere un dominio personal sobre el sujeto ejecutor³²⁸. Dicho de otra forma, el mencionado artículo requeriría probar que el sujeto de atrás en efecto “controlaba la voluntad” del ejecutor³²⁹. Por consiguiente, entiende que, si bien la pertenencia del ejecutor a una organización opresiva puede constituir una de las formas de conseguir tal control personal sobre su voluntad, el mero hecho de que el sujeto sea el líder de la organización no es suficiente para demostrar que domina la voluntad de todos los miembros de la organización³³⁰. De ello deriva Weigend la necesidad de que el dominio sea probado con base en las circunstancias particulares de la relación entre los sujetos implicados, y no en la mera existencia de una organización, cualesquiera que sean sus características³³¹.

³²⁶ *Ibid.*, p. 100.

³²⁷ *Ibid.*, pp. 103-104.

³²⁸ *Ibid.*, pp. 106, y 109-110. En el mismo sentido, VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 169-170.

³²⁹ WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *cit.*, pp. 109-110.

³³⁰ *Idem.*; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 169-170.

³³¹ WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *cit.*, pp. 109-110; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 169-170.

Sin embargo, cuando Weigend menciona a modo de ejemplo las distintas formas por las que se puede obtener un dominio personal sobre la voluntad del ejecutor, habla de ejercer una fuerte presión física o psicológica, crear una falsa imagen de los hechos y manipular a la otra persona para que piense que lo que hace es beneficioso para la víctima o para la humanidad³³². Como puede observarse, al describir el concepto de “dominio personal” sobre la voluntad de los ejecutores, este autor se ve obligado a identificar los casos de existencia de un dominio personal suficiente por parte del sujeto de atrás con aquellos casos en los que el ejecutor no es penalmente responsable (supuestos de coacción, error o utilización de menores o inimputables). Por lo tanto, la interpretación literal que propone en relación al artículo 25(3)(a) ER tornaría superflua la frase “sea éste o no penalmente responsable”, de ahí que tal interpretación sea refutable. Por ello, en los casos en los que no pudiera constatarse la existencia de una autoría mediata tradicional, sólo quedaría la opción de sancionar a los máximos dirigentes como inductores, lo que, como ya se ha puesto de manifiesto, no resulta convincente³³³.

Por último, ha de tenerse muy presente que el control sobre la organización puede ser compartido con otros; de hecho, eso es lo que ocurre en la práctica, de ahí que sea poco común la aplicación autónoma de la autoría mediata por medio de EOP. Como se verá en el Capítulo que sigue, cuando el control es compartido, el modo de intervención criminal punible a aplicar es la “coautoría mediata”. En efecto, debido al nivel de planificación y preparación que requieren los crímenes internacionales, éstos suelen ser fruto de “un esfuerzo colectivo llevado a cabo a través de un marco organizativo”³³⁴, por lo que resulta difícil imaginar que una sola persona pueda ostentar el dominio sobre la totalidad de la EOP. En este

³³² WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *cit.*, pp. 109-110.

³³³ *Vid.* Subapartado IV.2.2. de esta Parte II.

³³⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 230.

contexto, son dos los grupos de casos en los que se ha solido emplear autónomamente la figura de la "autoría mediata"³³⁵:

- 1) aquellas situaciones en las que el grado de control sobre la EOP es excepcional, como en el caso de Al Bashir, presidente de Sudán y comandante en jefe de las fuerzas armadas sudanesas³³⁶; o
- 2) los supuestos de jefes de unidades (superiores intermedios) a los que se les imputan únicamente los delitos cometidos por sus subordinados, por ejemplo, Al-Senussi, jefe de la inteligencia militar del Estado libio³³⁷.

IV.2.4.2.a) La cuestión de los superiores intermedios

En el proceso contra *Eichmann*, su defensa alegó que, "de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando... Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor"³³⁸. Esta afirmación de la defensa de Eichmann pone de relieve la discusión de la

³³⁵ *Ibid.*, pp. 228-232.

³³⁶ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 275. Pese a todo, en ella, es considerado alternativamente autor mediato y coautor mediato, ya que a estas alturas de la investigación todavía no ha quedado claro si Al Bashir compartía el control sobre la EOP con un pequeño círculo cercano de altos dirigentes políticos y militares del gobierno de Sudán, o si por el contrario, controlaba en solitario el conjunto de la EOP del estado de Sudán. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 220.

³³⁷ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párrs. 83-90; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 227-228. Sin embargo, la SCP I ordenó la detención de Muammar Gaddafi como coautor mediato (junto con su hijo Saif) en vez de como autor mediato, pues existían motivos razonables para creer que diseñó, preparó y dirigió junto con su círculo más cercano, y en particular con su hijo Saif, un plan para detener y desmantelar por todos los medios las manifestaciones contra el régimen libio. *Vid.* Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párrs. 75-76. *Vid.* también OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 223-226.

³³⁸ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 273. *Vid.* *State of Israel v. Adolf Eichmann, Judgment of the District Court of Jerusalem* del 12.12.1961 (40/61).

doctrina sobre si los superiores intermedios pueden ser considerados autores mediatos por medio de EOP o si, por el contrario, sólo cabría entenderlo así respecto del vértice de la EOP. Desde la perspectiva de los dirigentes, los miembros que ocupan niveles intermedios en la EOP son reemplazables dentro de la organización; pero desde la perspectiva de los rangos intermedios, ellos mantienen el control último sobre los crímenes de sus subordinados porque³³⁹:

- 1) tienen pleno conocimiento de las circunstancias de hecho que subyacen a los elementos del tipo objetivo;
- 2) no actúan bajo coerción al transmitir las instrucciones a sus subordinados; y
- 3) perciben a sus subordinados como anónimos y reemplazables, y por ende, no dejan en manos de los ejecutores la decisión última de cometer los delitos.

En un extremo, se encuentra la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, según la cual los sujetos que ocuparon puestos intermedios en el aparato estatal de la República Federal Alemana (incluso aquellos que no ocuparon puesto alguno) son considerados autores mediatos³⁴⁰. De acuerdo con esta jurisprudencia, el sujeto de atrás tendrá el dominio del hecho cuando "mediante estructuras de organización aprovecha determinadas condiciones marco dentro de las cuales su contribución al hecho desencadena procesos reglados", por lo que

³³⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, pp. 11 y 16; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 275-276; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 181-182.

³⁴⁰ BGHSt 40, 218 (236) y BGHSt 42, 275 (278). AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", *cit.*, p. 152. Como señala FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 204, con esta visión tan amplia, el tribunal Supremo Federal "ha llegado a considerar autor mediato de un delito de privación de libertad a un ciudadano de la RFA que denunció los planes de fuga de un alemán oriental, consiguiendo así que fuera detenido y encarcelado, puesto que "el autor conscientemente utiliza un aparato estatal que actúa antijurídicamente para la persecución de sus propios fines"". WEIGEND, T., "Perpetration through and Organization", *cit.*, pp. 94 y 98-99, en referencia a la sentencia BGHSt 40, 218 (236).

cualquier ciudadano podría dominar un aparato estatal (incluso extranjero, por medio de una denuncia por ejemplo); no obstante, no queda claro cómo podría hacerlo, dado que ni siquiera se exige que el sujeto activo pertenezca a la EOP³⁴¹.

En el otro extremo, frente a este concepto amplio de autoría mediata, se encuentra la postura, defendida por Ambos, de que sólo aquellos que pertenecen al vértice de la organización pueden ejercer un dominio absoluto por medio de y sobre la EOP y, por ende, ser considerados autores mediatos, ya que son los únicos que pueden obrar "sin perturbación alguna", es decir, sin temor a recibir una contraorden de los superiores³⁴². Además, cree que cabe hablar a lo sumo de un dominio parcial por parte de los mandos intermedios – en el sentido de que no dominan todo el aparato sino sólo una parte –, lo que, unido a su dependencia con respecto a sus superiores y a la división funcional del trabajo, habla a favor de la coautoría en lugar de la autoría mediata³⁴³.

Ambos propone distinguir tres niveles en la cadena de mando³⁴⁴:

- 1) el primero está compuesto por los autores mediatos que planean y organizan los crímenes;

³⁴¹ AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", *cit.*, p. 152.

³⁴² AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 17; AMBOS, K., "Trasfondos políticos", *cit.*, pp. 78-79; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 160; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", *cit.*, pp. 152-156; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", *cit.*, pp. 151-152; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 208-209. Para una visión crítica de dicha interpretación, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 204-205.

³⁴³ AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 18. El mismo autor explica que sólo cabría constatar la autoría mediata de estos superiores intermedios si se tratara de un sistema criminal complejo dentro del cual intervinieran de manera independiente varias sub-organizaciones que pudieran ser dominadas autónomamente. AMBOS, K., "Trasfondos políticos", *cit.*, pp. 79-81; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", *cit.*, p. 154; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", *cit.*, pp. 150-153; En referencia a este punto de vista, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 205; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 208-209.

³⁴⁴ AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", *cit.*, p. 149; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 208-209.

- 2) el segundo por superiores intermedios que controlan y dirigen una parte de la organización; y
- 3) el tercero por los ejecutores que sólo cumplen una función auxiliar en el acontecimiento global del crimen.

Así, critica que el espacio de decisión referente a la *parte* de la organización administrada autónomamente por el superior intermedio (un control a lo sumo parcial) pueda conducir a un dominio sobre la organización por *completo*, y se decanta por la coautoría para estos casos³⁴⁵. Ambos apoya una coautoría basada en el dominio funcional del hecho (entendido éste como un actuar conjunto de intervinientes fundado en la división del trabajo), dado que entiende que los autores de escritorio que planean, preparan y ordenan, y los subordinados que ejecutan las órdenes, dominan el hecho en la misma medida³⁴⁶.

Llegados a este punto, no creemos que la solución del problema de los puestos intermedios se encuentre en ninguno de los dos extremos mencionados. Si bien es cierto que la mencionada línea jurisprudencial del Tribunal Supremo Federal alemán amplía en exceso el ámbito de aplicación de la autoría mediata por medio de EOP³⁴⁷, tampoco convence la postura de Ambos a favor de la coautoría³⁴⁸, puesto que, por razones de sobra ya mencionadas, la coautoría no se adecúa a los supuestos que son ahora objeto de nuestra atención³⁴⁹.

³⁴⁵ AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 18. Énfasis en el original. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 208-209; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", *cit.*, pp. 154-156; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, pp. 150-153.

³⁴⁶ AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*", *cit.*, pp. 154-156; AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment", *cit.*, pp. 150-153.

³⁴⁷ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 204-205; WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", *cit.*, pp. 94-99.

³⁴⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 204-205.

³⁴⁹ *Vid.* Subapartado IV.2.2. de esta Parte II.

Ante esta situación, nos decantamos por la propuesta de Roxin, según la cual ha de considerarse autor mediato a quien, en el marco de la organización jerárquica, transmite la orden delictiva con poder de mando autónomo³⁵⁰. En otras palabras, tiene poder de mando (*Anordnungsgewalt*) “quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo”, y pone el ejemplo del comandante de un campo de concentración nazi que, pese a actuar por indicación de cargos superiores, debe ser considerado autor mediato de los crímenes por él ordenados³⁵¹.

Demuestra así que pueden existir varios autores mediatos en cadena en los distintos niveles de la jerarquía de mando³⁵². Dicho de otra manera, “quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados” es autor mediato en virtud de dominio de la voluntad por medio de EOP si emplea sus competencias para que se cometan acciones punibles³⁵³. En tanto que lo decisivo para la autoría de un dirigente es el hecho de que pueda dirigir la parte de la organización que le está subordinada – sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito –, Roxin considera irrelevante que el superior intermedio actúe por iniciativa propia o por órdenes de instancias superiores³⁵⁴. Es por ello que compartimos con este autor la idea

³⁵⁰ ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, p. 11; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 275-276; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 205; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, pp. 175-178; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 348 y 375. En referencia a Roxin, *vid.* AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 17.

³⁵¹ ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, p. 16; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 348 y 375. En sentido similar, MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, pp. 175-178.

³⁵² ROXIN, K., “El dominio de organización”, *cit.*, p. 16; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, pp. 175-178; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 348 y 375.

³⁵³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 275. En referencia a Roxin, *vid.* AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 17.

³⁵⁴ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 275-276; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 348 y 375. En referencia a Roxin, *vid.* AMBOS, K., “Sobre la “organización””, *cit.*, p. 17.

de que también los eslabones intermedios pueden ser considerados autores mediatos, lo que supone admitir la posibilidad de una larga cadena de "autores detrás del autor"³⁵⁵. Como bien concluye el mismo autor, el dominio del vértice de la organización es posible precisamente porque, "de camino desde el plan a la realización del delito, cada instancia sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella"³⁵⁶.

Así, en el caso *Eichmann*, aunque la tesis de la defensa (mencionada al inicio de este Subapartado) bien podría servir para basar la autoría mediata de las instancias superiores de Eichmann – puesto que el hecho de que la maquinaria continúe funcionando, con independencia de la pérdida del individuo, fundamenta la autoría, y no la mera inducción, del sujeto de atrás –³⁵⁷, ello no significa que haya de negarse la autoría de *Eichmann*³⁵⁸.

Existen dos razones para sostener su autoría. Por una parte, en cuanto ejecutor de los crímenes, debe ser considerado autor directo de los mismos, ya que la idea del "sacrificio gratuito" carece de significado dogmático en la doctrina de la autoría como en general: "quien comete un delito no se ve exonerado de responsabilidad porque de no haberlo hecho él, otro lo habría cometido"³⁵⁹. Por otra, y la que aquí más nos interesa, ha de tenerse en cuenta que, además de ejecutor, Eichmann impartía órdenes a sus subordinados, por lo que, si se constata el cumplimiento del resto de requisitos del dominio del hecho por medio de EOP, cabría sancionarlo como autor mediato³⁶⁰. Como bien subrayó el Tribunal regional de Jerusalén, en el caso de los crímenes cometidos en relación a una EOP, la lejanía con respecto al hecho no puede influir en el alcance de la

³⁵⁵ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 276; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 378.

³⁵⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 276.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 273.

³⁵⁸ *Idem.*

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 274.

³⁶⁰ *Idem.*

responsabilidad, pues, a la inversa de lo que ocurre normalmente, en estos casos la pérdida de proximidad al hecho se compensa con el grado de dominio sobre la organización, el cual va aumentando al ascender en la escala jerárquica del aparato³⁶¹.

La primera jurisprudencia de la CPI también lo ha hecho en el caso *Gaddafi y Al-Senussi*³⁶². Aunque subordinado a Muammar Gaddafi, Al-Senussi era la mayor autoridad en las Fuerzas Armadas; de ahí que fuera considerado autor mediato³⁶³. La Sentencia de la Sala Penal Especial y la Sentencia de apelación en el caso *Fujimori* también han seguido a Roxin en esta cuestión³⁶⁴. Y no puede olvidarse que el TPIY ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de EOP a dirigentes que tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico³⁶⁵.

No obstante, cabe señalar que si la actividad de un miembro de la EOP no impulsa autónomamente el movimiento de la maquinaria – si únicamente aconseja, si solamente proporciona los medios para la comisión de los delitos, si proyecta planes de exterminio sin tener poder de mando, etc. –, tal actividad sólo puede fundamentar una responsabilidad por participación³⁶⁶. Se trata de supuestos similares a los del delator que se encuentra fuera de la EOP y que meramente puede ser considerado inductor del crimen, porque, aunque puede provocar la decisión de

³⁶¹ *State of Israel v. Adolf Eichmann, Judgment of the District Court of Jerusalem* del 12.12.1961 (40/61); JÄGER, H., "Betrachtungen", *cit.*, p. 79; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 274.

³⁶² Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párrs. 83-90; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 1411-1412. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 210-211.

³⁶³ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párrs. 83-90. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 210-211 y 227-228.

³⁶⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*, *supra* nota 262; Sentencia de apelación en el caso *Fujimori*, *supra* nota 225, párr. 731, Núm. 3 y 4; AMBOS, K., "Sobre la "organización"", *cit.*, p. 17.

³⁶⁵ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 210-211, hace referencia a los casos *Stakić y Brđanin*. En el mismo sentido, el mismo autor menciona varios casos a nivel nacional.

³⁶⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, *cit.*, p. 276.

cometerlo, carece de influencia sobre la evolución ulterior de los acontecimientos³⁶⁷.

IV.2.4.3. La desvinculación del Ordenamiento Jurídico

Roxin parte del hecho de que si la dirección y los órganos ejecutores se mantienen ligados al Ordenamiento Jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar el dominio del hecho, pues, en tanto que las leyes tienen el rango supremo, normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas y, por ende, el poder sobre la voluntad del ejecutor por parte del sujeto de atrás³⁶⁸. De ahí que afirme que la autoría mediata por medio de EOP sólo puede constatarse en aquellos casos en los que "la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico"³⁶⁹. Dicho de otra forma, el sistema tiene que trabajar "desvinculado del Derecho" (*rechtsgelöst*) como un todo³⁷⁰.

En un aparato que se mueve por los cauces del Derecho, explica Roxin que, una instrucción antijurídica no puede poner la organización en movimiento: si es obedecida, no puede entenderse como una acción de la maquinaria de poder, sino como "una "iniciativa particular" llevada a cabo eludiendo su modo de funcionar"³⁷¹. Así, entiende que, en vez de actuar

³⁶⁷ *Idem.*

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 277; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 200-201; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., pp. 153-154. En sentido similar, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 98.

³⁶⁹ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., pp. 276-277; ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 17; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 200-201; AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", cit., pp. 153-154; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., p. 179.

³⁷⁰ ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 17.

³⁷¹ *Idem.*; ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 277; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 210-201. En sentido similar, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 99-100.

con el aparato, en estos casos, se actúa contra él³⁷²; a lo que añade que tampoco se cumplen los otros criterios de la autoría mediata por medio de EOP: dado que el ejecutor debe ser enrolado para el plan delictivo en cada caso como interviniente individual, no se cumple el requisito de la fungibilidad³⁷³.

Por ello, defiende que sólo cabe hablar de dos manifestaciones típicas de la autoría mediata por medio de EOP³⁷⁴:

- 1) aquellos delitos que son cometidos por los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos; y
- 2) aquellos delitos cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas de criminales y grupos semejantes.

En el primer supuesto, Roxin señala que es posible declarar delictivas y punibles las acciones de los titulares del poder en Estados totalitarios que violan los derechos humanos porque dichos individuos siguen sujetos a ciertos valores fundamentales comunes a todos los pueblos civilizados (aunque tal vinculación jurídica no surta el efecto de contener el poder en la realidad)³⁷⁵, basándose así en una vinculación al Derecho suprapositivo.

En cuanto a los casos incluidos en el segundo grupo, el aparato en su conjunto debe estar dirigido a fines contrarios al Ordenamiento Jurídico estatal y que vulneren las normas penales positivas, por lo que Roxin lo entiende como un "Estado dentro del Estado"³⁷⁶ y se trataría de una

³⁷² ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 277; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 201.

³⁷³ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 277.

³⁷⁴ *Ibid.*, pp. 277-278.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 277; ROXIN, K., "El dominio de organización", cit., p. 16. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 220-221.

³⁷⁶ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 278.

desvinculación del Derecho positivo. Siguiendo con el segundo supuesto, el mismo autor señala la necesidad de que se trate de una organización rígida e independiente del cambio de los miembros concretos, por lo que no resultaría suficiente que un número de elementos asociales se reuniera para cometer delitos en común y eligiera a uno de ellos como cabecilla, ya que tal comunidad estaría basada en las relaciones individuales recíprocas entre los intervinientes, y no en su existencia independiente del cambio de los miembros³⁷⁷.

Sin embargo, un importante sector doctrinal aboga por la supresión del requisito en cuestión. Dichos autores parten de que el mencionado requisito, tal y como fuera descrito originariamente por Roxin, en el sentido de una EOP que actúa en su conjunto desvinculada del Derecho (concepto en sentido amplio), es superfluo para la fundamentación del dominio del hecho y consideran que la fungibilidad de los ejecutores constituye el requisito determinante (además de totalmente independiente del criterio de la desvinculación del Derecho) a la hora de constatar la autoría mediata por medio de EOP³⁷⁸.

Ante estas críticas, responde Roxin que la EOP debe desvincularse del Derecho "sólo en el marco de los tipos penales realizados por él", y no en toda relación³⁷⁹. Pone el ejemplo de la RDA y del Estado nacionalsocialista, los cuales aunque en muchos campos se movieron dentro de un Derecho vigente perfectamente válido, también cometieron actividades completamente desvinculadas del Derecho³⁸⁰ con base en las cuales puede

³⁷⁷ *Idem.*

³⁷⁸ AMBOS, K., "The Fujimori Judgment", *cit.*, pp. 153-154; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 234; HERZBERG, R.D., "Mittelbare Täterschaft", *cit.*, pp. 36 *et seq.*. En referencia a este punto de vista, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 207. MEINI, I., "El dominio de la organización", *cit.*, pp. 220-223;

³⁷⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 16. En referencia a este punto de vista, *vid.* FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 222; y MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 178-179.

³⁸⁰ ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 16.

constatarse la existencia del dominio del hecho por medio de EOP. Así, Roxin propone que la desvinculación del Derecho sea analizada en relación al delito concreto, y no en relación a todo el ámbito de acción de la organización³⁸¹, por lo que cabe entender que es partidario de un concepto en sentido limitado del requisito de la desvinculación del Derecho³⁸².

En vista de la respuesta de Roxin, además de afirmar que éste ha renunciado definitivamente a la desvinculación del Derecho en sentido amplio a favor de un concepto en sentido restringido³⁸³, Ambos plantea la siguiente objeción: ¿cómo puede entenderse que un Estado criminal actúe fuera del Ordenamiento Jurídico cuando las leyes que conforman dicho orden en el ámbito interno emanan del propio Estado?³⁸⁴ En este contexto, debe tenerse en cuenta que el Estado criminal pervierte el Ordenamiento Jurídico estatal para conseguir el fin propuesto, y puede hacerlo de dos formas: bien inaplicando *de facto* las leyes existentes (pese a que formalmente no son derogadas, éstas no se aplican), o bien elaborando nuevas leyes que permiten la implementación de tales fines (autorizando incluso la comisión del crimen)³⁸⁵. Por tanto, según Ambos, cabría diferenciar dos formas de desvinculación del Derecho³⁸⁶:

³⁸¹ *Idem*. En referencia a este punto de vista, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 100 y 222; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 234-236.

³⁸² AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 234-236. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 100, critica esta última puntualización de Roxin, puesto que cree que así se relativiza notablemente este requisito que cumple un papel importante en la fundamentación de la autoría mediata por medio de EOP.

³⁸³ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 236-238.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 235; SCHROEDER, F.C., *Der Täter*, cit., pp. 168-169. En referencia a este punto de vista, FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 97; y BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, cit., pp. 337-340.

³⁸⁵ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 207. De acuerdo con la distinción propuesta por AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 235, la primera situación podría identificarse con un desprendimiento del Derecho positivo, mientras que el segundo se referiría a un desprendimiento del Derecho suprapositivo.

³⁸⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 235.

- 1) una desvinculación del Derecho escrito, positivo, que representaría el caso normal; y
- 2) una desvinculación del Derecho no escrito, suprapositivo – lo que aquí se identifica con el Derecho internacional –, que sólo podría existir de modo excepcional en determinados aparatos de poder estatales.

Mientras que la primera deja sin efecto normas de prohibición de Derecho positivo, por lo que éstas no pueden impedir (en el sentido de una barrera normativa) la ejecución concreta del hecho, en la segunda el Derecho positivo rige sin restricciones (puede incluso ordenar o permitir la conducta criminal), pero la EOP se ha desvinculado del Derecho suprapositivo y éste es infringido tanto por el mismo Derecho positivo como por la conducta criminal basada en tal Derecho³⁸⁷. En el segundo de los casos, no es el Derecho positivo el que establece la barrera normativa (para el ejecutor) que ha de ser eliminada por la desvinculación del Derecho, sino el Derecho suprapositivo³⁸⁸. Sin embargo, según Ambos, tal barrera normativa ha de ser reconocible para el ejecutor del hecho³⁸⁹.

Frente a esta segunda crítica, responde Roxin que en el caso del Estado criminal, la desvinculación se produce respecto del Derecho suprapositivo cuyo punto de referencia está constituido por los principios fundadores del Derecho internacional³⁹⁰. Ello supone admitir que una disposición que autorice la conducta criminal de un Estado es necesariamente nula, siempre que constituya una infracción contra el Derecho estatal de rango superior, contra acuerdos internacionales del Estado en cuestión, contra la costumbre internacional o contra los

³⁸⁷ *Idem.*

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ *Idem.*

³⁹⁰ ROXIN, K., *Autoría y Dominio*, cit., p. 277; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 207-208.

derechos humanos basados en el Derecho natural³⁹¹. Por consiguiente, el Ordenamiento Jurídico al que se hace alusión no lo constituye únicamente el Ordenamiento Jurídico interno de cada Estado, sino también el Ordenamiento Jurídico internacional³⁹². Dado que los que ostentan el poder en un Estado criminal actúan de forma contraria a los valores y principios básicos del Estado de Derecho, es posible afirmar que tal Estado actúa fuera del marco del Ordenamiento Jurídico³⁹³.

Sin embargo, según Ambos, tal entendimiento de la desvinculación del Derecho (en el sentido de desvinculación del Derecho suprapositivo) es demasiado indeterminado como para fundamentar normativamente el dominio del hecho³⁹⁴. Afirma que una desvinculación del Derecho abstraída del Derecho positivo carece de sentido, dado que las prohibiciones suprapositivas son demasiado imprecisas como para poder constituir una barrera normativa a la ejecución concreta del hecho³⁹⁵. Dicho de otro modo, si bien la lesión del Derecho positivo es reconocible por un ejecutor promedio (o, en todo caso, debe ser considerada reconocible) y, por ende, constituye una barrera normativa a la ejecución de la orden que se debe eliminar, no puede decirse lo mismo respecto de una lesión del Derecho suprapositivo³⁹⁶. Ambos se muestra más que escéptico ante la opinión de quienes defienden que también el Derecho suprapositivo representa para el receptor de la orden (y ejecutor del hecho) una barrera normativa (que, por tanto, puede ser eliminada por medio de la desvinculación del Derecho)³⁹⁷.

³⁹¹ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 236.

³⁹² FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 208.

³⁹³ *Ibid.*, pp. 208-209.

³⁹⁴ AMBOS, K., "Tatherrschaft", cit., pp. 244-245.

³⁹⁵ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 236-238.

³⁹⁶ *Ibid.*, pp. 237-238.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 237.

En este contexto, pone el ejemplo de los francotiradores del muro de la DDR, y se pregunta cómo pudo haber sido de importancia para el guardia de frontera que el aparato que se sirve de él haya actuado presuntamente desvinculado del Derecho suprapositivo, si él mismo ha actuado conforme a los presupuestos del art. 27 de la Ley de fronteras de la DDR³⁹⁸. Por ello, cree que la tesis de Roxin sólo convence en los ejemplos elegidos por él, es decir, en casos de organizaciones que en principio actúan conforme al Ordenamiento Jurídico estatal y que en un caso determinado vulneran tal Ordenamiento mediante la emisión de una orden antijurídica; pero no en los supuestos de criminalidad estatal en los que el aparato actúa conforme al Derecho positivo – como en el caso de la DDR –³⁹⁹.

Por consiguiente, la divergencia de opiniones entre la tesis de Roxin y la de Ambos se limita a la cuestión de si se considera que el Derecho suprapositivo es reconocible para el ejecutor, de manera que la desvinculación del Derecho le quite toda inhibición normativa (barrera puesta por el Derecho suprapositivo) en la situación concreta del hecho⁴⁰⁰. Ambos cree que el criterio de la desvinculación del Derecho suprapositivo “crea más confusión que utilidad práctica”, puesto que padece de incertezas y no resulta idóneo como criterio seguro de delimitación para la fundamentación del dominio por medio de EOP⁴⁰¹. De ahí que dicho autor defiende que el criterio de la desvinculación del Derecho es prescindible⁴⁰².

Es cierto que, como explica Ambos, el criterio de la desvinculación del Derecho, entendido en su vertiente restringida, no resulta adecuado como presupuesto para la aplicación de la autoría mediata por medio de EOP. En efecto, si la desvinculación del Derecho debe analizarse en relación a los

³⁹⁸ *Ibid.*, pp. 237-238.

³⁹⁹ *Ibid.*, pp. 238-239.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 238.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 239.

⁴⁰² *Idem.* AMBOS, R., “The *Fujimori* Judgment”, *cit.*, pp. 150-153.

delitos concretos, parece evidente que en todo crimen que se juzgue en DPI existirá una desvinculación del Derecho (al menos, en el sentido de una desvinculación del Derecho suprapositivo constituido por las normas de DPI). Cabe señalar que la CPI ha prescindido del mencionado requisito a la hora de aplicar la autoría mediata por medio de EOP⁴⁰³.

No obstante, no compartimos la crítica de Ambos relativa al Derecho suprapositivo y a su imprecisión como para poder constituir una barrera normativa a la comisión de delitos – menos aun hoy en día, cuando existen una serie de instrumentos internacionales, como los Estatutos de los tribunales penales internacionales, que de forma clara establecen las normas de DPI –. Además, consideramos que el Derecho suprapositivo (o internacional) es un elemento indispensable para evitar la vulneración del principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable⁴⁰⁴.

En efecto, en tanto en cuanto se juzguen hechos que en el momento de su comisión no estaban tipificados o que podían encuadrarse en una causa de justificación, nos encontramos con la posible vulneración del principio de

⁴⁰³ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 202; OLÁSOLO, H., "El Desarrollo", cit., p. 91; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., p. 134; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 156. Vid. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 208, párrs. 500-518; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, supra nota 207, párr. 69.

⁴⁰⁴ Por ello, AMBOS, K., "Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer", *Juristische Arbeitsblätter*, Núm. 12, 1997, pp. 987-989, considera que las sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán y del Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso de los disparos en el muro de la RDA, las cuales emplearon la fórmula de Radbruch para argumentar la antijuridicidad de tales disparos (basándose en la antijuridicidad de la causa de justificación recogida en el art. 27 de la Ley de Frontera), vulneran el principio de la irretroactividad de la norma penal desfavorable. Resulta curioso comprobar que AMBOS, K., "Zur Rechtswidrigkeit", cit., pp. 989-990, defiende que las mencionadas sentencias vulneran el principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable sólo en relación a los subordinados (autores inmediatos), mientras que está de acuerdo con que los superiores que dieron las órdenes (autores mediatos) no puedan ampararse en la causa de justificación del art. 27 de la Ley de Frontera, ya que ello supondría admitir una especie de amnistía auto-favorecedora. A lo que añade que la función de la prohibición de la retroactividad no es la de garantizar la perpetuación de la impunidad de los que crearon para sí mismos las condiciones de dicha impunidad. A pesar de que el mismo autor defiende que grupos de casos desiguales deben ser tratados de manera diferente, este argumento no puede hacer frente a la vulneración del principio de igualdad que supone la distinción que él propone.

irretroactividad de la norma penal desfavorable⁴⁰⁵. Sin embargo, la existencia de un Derecho suprapositivo (basado en los principios generales del Derecho recogidos en los Convenios y Tratados internacionales) por encima del Ordenamiento Jurídico positivo de un Estado injusto hace posible defender la inexistencia de la vulneración de tal principio⁴⁰⁶. Como afirma Faraldo, esta tesis encuentra su base en la fórmula de Radbruch según la cual “la extrema injusticia no es Derecho”⁴⁰⁷, o dicho de otra manera, “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, excepto cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un grado tan insoportable que la ley deba ceder como “derecho injusto” ante la justicia”⁴⁰⁸.

Como puede observarse, esta postura parte de la crítica al positivismo y a las terribles consecuencias que puede conllevar (como quedó demostrado durante la dictadura nacionalsocialista)⁴⁰⁹. Si bien la ley positiva ofrece seguridad jurídica, “donde se origine una pugna entre seguridad jurídica y justicia, entre ley discutible en su contenido, pero positiva, y un derecho justo, pero no plasmado en forma de ley, se presenta en verdad un

⁴⁰⁵ *Ibid.*, pp. 987-989; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 209.

⁴⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 209.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 210; ALEXY, R., “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, Núm. 5, 2001, p. 76; ALEXY, R., “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *DOXA*, Vol. 23, 2000, p. 205.

⁴⁰⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 209-210, en referencia a RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, en *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 89; RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 37.

⁴⁰⁹ RADBRUCH, G., “Gesetzliches Unrecht”, cit., p. 88; RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal*, cit., p. 35. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 210-211.

conflicto de la justicia consigo misma, un conflicto entre justicia aparente y verdadera⁴¹⁰.

Sin embargo, no puede perderse de vista que, de acuerdo con lo establecido por Radbruch, sólo si se traspasa el umbral de la extrema injusticia pierden las normas promulgadas conforme al Ordenamiento Jurídico su carácter jurídico o validez jurídica⁴¹¹. En este sentido, señala Alexy que el principio de irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables debe ser integrado con una cláusula limitativa no escrita basada en la fórmula de Radbruch que permita excluir de su ámbito de protección las causas de justificación especiales, constitutivas de Derecho extremadamente injusto y establecidas por Estados injustos⁴¹². Apelando expresamente a la fórmula de Radbruch, la jurisprudencia alemana de la segunda postguerra afirmó que debía considerarse injusto aquello que en la dictadura nacionalsocialista era Derecho⁴¹³. En el mismo sentido, posteriormente, el Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal se basaron en la fórmula de Radbruch para fundamentar la antijuridicidad de los disparos en el muro por parte de los soldados de frontera de la RDA⁴¹⁴.

⁴¹⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 210-211, en referencia a RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht", cit., pp. 88-89; RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal*, cit., pp. 36-37.

⁴¹¹ ALEXY, R., "Una defensa de la fórmula de Radbruch", cit., p. 76; ALEXY, R., "Derecho injusto", cit., p. 205. Vid. RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht", cit., p. 89; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 211.

⁴¹² FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 212, en referencia a ALEXY, R., "Derecho injusto", cit., pp. 207-208, quien defiende no aplicar el artículo 103.2 de la Ley Fundamental a causas de justificación especiales, constitutivas de Derecho extremadamente injusto y establecidas por Estados injustos. Como apunta FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 213, se entiende que tampoco merece protección la confianza en la irretroactividad de las normas penales desfavorables de quienes cometen delitos internacionales en el marco de Estados en los que no se han tipificado expresamente.

⁴¹³ Vid. FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 213. Para referencias jurisprudenciales, vid. ALEXY, R., "Una defensa de la fórmula de Radbruch", cit., pp. 77-81.

⁴¹⁴ AMBOS, K., "Zur Rechtswidrigkeit", cit., pp. 983-984.

La aceptación de la fórmula de Radbruch por parte de la doctrina no ha sido unánime. Jakobs considera incompatible con la prohibición de penalizar sin leyes positivas defender que el Derecho natural pueda sustituir el Derecho positivo cuando este último sea absolutamente injusto⁴¹⁵. El propio Jakobs es consciente de que esto significa admitir la arbitrariedad del Ordenamiento injusto vigente en el momento de los hechos, pero se defiende diciendo que ello tiene “algo que es correcto desde un punto de vista material: si en el momento del hecho no existe la punibilidad, aunque su fundamento sea un mal fundamento, el hecho no puede caracterizarse como expresión de la maldad subjetiva, sino que en “este” ordenamiento aparece como adecuado, como normal”⁴¹⁶.

Son varias, no obstante, las objeciones que pueden realizarse a este punto de vista.

- 1) En primer lugar, no parece correcto enlazar la validez de las normas jurídicas a la voluntad estatal, ya que la voluntad estatal en el marco de una dictadura no tiene ninguna validez normativa si se opone a principios jurídicos básicos⁴¹⁷.
- 2) En segundo lugar, cuando Jakobs dice que el Derecho natural no puede sustituir a las normas estatales – ni tampoco introducirse como Derecho estatal en el vacío normativo que surge –, no tiene en cuenta que mediante la fórmula de Radbruch no se intenta crear un nuevo Derecho suprapositivo que sustituya al Derecho

⁴¹⁵ JAKOBS, G. “Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado”, *DOXA*, Vols. 17-18, 1995, pp. 447-460. Este autor afirma que el Derecho natural “legitima el ordenamiento bien constituido y deslegitima el ordenamiento no bien constituido, pero no sustituye las normas estatales”. *Vid., el mismo*, p. 459. En sentido similar, señala AMBOS, K., “Zur Rechtswidrigkeit”, *cit.*, pp. 984-985, que el recurso a la fórmula de Radbruch crea un vacío normativo – en tanto que no crea un derecho supralegal que reemplace el injusto legal – y vulnera el mandato de certeza (*lex scripta*) al recurrir al Derecho natural.

⁴¹⁶ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 215-216, en referencia a JAKOBS, G. “Crímenes del Estado”, *cit.*, pp. 464-465.

⁴¹⁷ LAMPE, E.J., “Systemunrecht”, *cit.*, p. 710; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 216.

estatal, sino eliminar del Ordenamiento Jurídico positivo las normas extremadamente injustas⁴¹⁸. Por tanto, sólo la injusticia extrema hace que la norma pierda el carácter jurídico; es decir, es imprescindible que exista una contradicción insoportable entre la norma y un núcleo esencial de los derechos humanos cuya vulneración represente una injusticia extrema⁴¹⁹. Así, se parte de la vigencia de un Derecho suprapositivo (con base en los principios de Derecho Internacional) y se limita la aplicación de la llamada fórmula de Radbruch a los supuestos de vulneraciones que representan una injusticia extrema⁴²⁰.

La fórmula de Radbruch, así como su exigencia extremadamente estricta de una injusticia "extrema", debe entenderse en el contexto de los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En aquella época, la jurisprudencia debía resolver los casos de determinados sujetos que, sin quebrantar el Derecho positivo, habían cometido atrocidades; no obstante, el desarrollo del DPI (como posible fundamento del Derecho suprapositivo) era escaso. Por el contrario, hoy en día, el problema relativo a la posible vulneración del principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable no se plantea con la misma intensidad que en la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, ya que existen numerosos instrumentos internacionales que codifican los principios básicos del Derecho Internacional (o Derecho suprapositivo) en general, y del DPI, en concreto.

⁴¹⁸ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 218, en referencia a la sentencia BGHSt 41, 112-113, donde el Tribunal rechaza expresamente este argumento de Jakobs.

⁴¹⁹ ALEXY, R., "Una defensa de la fórmula de Radbruch", cit., p. 91; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 219-220.

⁴²⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 220.

IV.2.5. Tipo subjetivo

IV.2.5.1. Concurrencia de los elementos del tipo subjetivo de los crímenes en el sujeto activo

Al enumerar los requisitos de la autoría mediata y de la coautoría mediata en la Decisión de 27 junio 2011 en el caso *Gaddafi*, en relación a los requisitos del tipo subjetivo, señala la CPI que deben concurrir en el sujeto activo los elementos del tipo subjetivo de los crímenes en cuestión⁴²¹, y para ello se basa en lo establecido por las Decisiones de confirmaciones de cargos en los casos *Katanga* y *Lubanga* con respecto a la coautoría⁴²². Así, puede deducirse que, al igual que en la coautoría, en el ámbito de la autoría mediata y de la coautoría mediata se exige, como elemento del tipo subjetivo del delito, que el sujeto activo obre, en su caso, con el *dolus specialis* o intención ulterior necesario⁴²³. Por ello, en la Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, en la que se analiza su posible responsabilidad a título de autor mediato o coautor mediato de genocidio, la Sala estudia la concurrencia o no de la intención genocida en *Al Bashir* (en el caso de la autoría mediata) o en los miembros del pequeño círculo que lo rodeaba (en el supuesto de la coautoría mediata)⁴²⁴. Por el contrario, es irrelevante el dolo de los autores directos; puesto que, a diferencia de la coautoría (la cual requiere que todos los coautores compartan el mismo dolo), la autoría

⁴²¹ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párr. 69; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 1399 y 1413-1415; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 275, párrs. 149-152.

⁴²² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 527; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEen) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párrs. 349-360.

⁴²³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 527; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 422, párrs. 349-360. En el mismo sentido, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges"* del 07.03.2011 (ICC-02/05-03/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*), párr. 151; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the confirmation of charges* del 23.01.2012 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 333.

⁴²⁴ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 275, párrs. 149-152 y 221-223.

mediata no requiere que los autores mediatos y los autores directos compartan el mismo dolo.

Como ya se ha señalado, el tipo subjetivo del crimen en cuestión puede coincidir con el tipo subjetivo establecido por el artículo 30 ER o con algún otro establecido expresamente por la definición del crimen en cuestión – introducido con base en la excepción “salvo disposición en contrario” prevista en el mencionado artículo 30 – ⁴²⁵. Al respecto, cabe recordar la importancia de la discusión entre las distintas Salas de la CPI en relación al contenido del tipo subjetivo del artículo 30 ER ⁴²⁶.

Gil Gil, partidaria de la inclusión del dolo eventual en el artículo 30 ER, mantiene dicha postura también en el ámbito de la autoría mediata al señalar, al igual que en el ámbito de la coautoría, que el sujeto debe tener voluntad de actuar (como elemento característico de toda clase de dolo) ⁴²⁷. De ahí que defiende que no será autor mediato aquel que simplemente prevea la opción, por muy probable que ésta sea, de que un subordinado cometa un crimen que no ha sido ordenado ⁴²⁸. En este último supuesto, el superior sólo podrá ser considerado responsable con base en la doctrina de la Responsabilidad del Superior prevista en el art. 28 ER ⁴²⁹.

⁴²⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 422, párrs. 349-360; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 527-532; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 423, párr. 152.

⁴²⁶ *Vid.* Subapartado II.2.3. y II.2.4. de esta Parte II y Apartado III.3. de esta Parte II.

⁴²⁷ GIL GIL A., “*Mens Rea*”, *cit.*, pp. 110-111.

⁴²⁸ *Ibid.*, pp. 110-111 y 113-114. Según la misma, de lo contrario, se permitiría la imputación de los excesos cometidos por el resto de intervinientes en el crimen.

⁴²⁹ *Ibid.*, pp. 112-114.

IV.2.5.2. Conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten ejercer el dominio del hecho por conducto de otro

El sujeto activo debe conocer de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata, mientras que para la coautoría mediata se requiere que conozca las circunstancias fácticas que le permiten ejercer, junto con otro(s), el dominio del hecho por conducto de otro⁴³⁰. Se cumple este requisito cuando el sujeto activo conoce el carácter de la organización, de su autoridad dentro de la organización, y de las circunstancias fácticas que conllevan el cumplimiento casi automático de sus órdenes⁴³¹.

Se trata de un elemento paralelo al requisito subjetivo de la coautoría según el cual el sujeto activo debe conocer las circunstancias fácticas que le permiten co-dominar el hecho; y prueba de ello es que, al referirse a dicho requisito, la Decisión de 27 de junio 2011 en el caso *Gaddafi*⁴³² parte de lo establecido por las Decisiones de confirmaciones de cargos en los casos *Katanga* y *Lubanga* con respecto al requisito paralelo de la coautoría⁴³³.

⁴³⁰ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párr. 69; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 534; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 1399 y 1413-1415.

⁴³¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párr. 534.

⁴³² Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 207, párr. 69.

⁴³³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 208, párrs. 538-539; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 422, párrs. 366-367. En el mismo sentido, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*), párr. 351; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 423, párrs. 160-161; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 423, párr. 333; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 7, párrs. 497-498.

V. COAUTORÍA MEDIATA

Como se ha podido constatar, son numerosas las ocasiones en las que los tribunales penales internacionales, en especial la CPI, han empleado la figura de la autoría mediata por medio de EOP¹. No obstante, ha de tenerse presente que, en su mayoría, se trata de casos en los que la mencionada figura ha sido aplicada como parte del concepto de coautoría mediata², es decir, en combinación con el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho³. Como ejemplos en los que la autoría mediata por medio de EOP ha sido aplicada de manera autónoma pueden mencionarse:

- la Orden de arresto en el caso *Al Bashir*⁴, y
- la Decisión de 27 de junio de 2011 en relación a Al-Senussi (caso *Gaddafi y Al-Senussi*)⁵.

¹ Vid. Capítulo IV de esta Parte II.

² OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 214 y 229; OLÁSULO, H., "La aplicación del concepto de autoría mediata a través de Aparatos Organizados de Poder por los tribunales penales internacionales: especial referencia a los casos "Al Bashir", Al-Gaddafi" y "Al-Senussi" ante la Corte Penal Internacional" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 322-324.

³ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, pp. 178-179; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho Penal Internacional?" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 456-457; OLÁSULO, H., "El Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Núm. 40, 2012, pp. 74-75; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 214; OLÁSULO, H., "La aplicación", cit., pp. 322-324.

⁴ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest* del 04.03.2009 (ICC-02/05-01/09-3) (en adelante, Orden de arresto en el caso *Al Bashir*), párrs. 221-223.

⁵ *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI"* del 27.06.2011 (ICC-01/11) (en adelante, Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*), párrs. 75-76.

Además, la Orden de arresto en el caso *Al Bashir* ha dejado la puerta abierta a la posible aplicación de la coautoría mediata (lo considera alternativamente autor mediato y coautor mediato), en tanto que no pudo concluir si se trataba de una situación de control compartido con un pequeño círculo cercano o de control en solitario del conjunto del aparato de poder del Estado de Sudán⁶.

En los demás casos, la autoría mediata por medio de EOP ha sido aplicada como parte de la coautoría mediata – en combinación con el concepto de coautoría –, puesto que se trataba de situaciones en las que varios dirigentes políticos y militares, que dirigían distintas organizaciones (o partes de las mismas), las utilizaban para ejecutar de manera coordinada un plan criminal común⁷. Como ya se ha adelantado, el escenario en el que varios individuos controlan la EOP (o distintas EOPs) es más frecuente que el del líder que en solitario domina la comisión de los crímenes por medio de una EOP.

De acuerdo con lo establecido por la SCP I de la CPI, la coautoría mediata constituye la cuarta manifestación del concepto de dominio del hecho, junto con la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata⁸. La CPI parte de una interpretación inclusiva de la disyunción “o” que une las partículas “con otro” y “por conducto de otro” del artículo 25(3)(a) ER, en el sentido de “o uno o el otro, y posiblemente ambos”⁹.

⁶ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4, párrs. 221-223.

⁷ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 214; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 178-179; OLÁSOLO, H., “La aplicación”, *cit.*, pp. 310-322; OLÁSOLO, H., “El Desarrollo”, *cit.*, pp. 74-75.

⁸ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4, párr. 210. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 214. En contra, *vid.* WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, p. 110.

⁹ *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, *Decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga*), párrs. 491-492.

Sin embargo, la Magistrada Van den Wyngaert formuló un voto particular en el caso *Ngudjolo Chui* en el que considera poco convincente y radicalmente expansiva la mencionada interpretación inclusiva de la disyunción “o”¹⁰. La considera contraria al principio *in dubio pro reo* y a la previsibilidad y seguridad jurídica, en tanto que cree que no era previsible que la CPI fuera a interpretar el art. 25(3)(a) ER en el sentido de la coautoría mediata¹¹. Por ello, propone que el art. 25(3)(a) ER sea interpretado como si incluyera tres modos de intervención criminal punible que constituyen alternativas distintas y separadas, lo cual, según ella, respeta el significado ordinario de las palabras y no recurre a la lógica formal en la que se basa la interpretación inclusiva de la disyunción “o”¹².

Van den Wyngaert defiende que la interpretación que propone no da lugar a lagunas de punibilidad, en tanto que podrán aplicarse el resto de subapartados del art. 25(3) ER¹³. El hecho de que los subapartados (b), (c) y (d) del art. 25(3) ER conlleven una responsabilidad por participación en el crimen (no por autoría) no impide a la Magistrada proponer su aplicación para los máximos responsables de los crímenes de los que conoce la CPI. Su postura es acorde con su afirmación de que no existe jerarquía alguna entre los subapartados del art. 25(3) ER, y también concuerda con su negación de la prevalencia de las formas de autoría sobre las formas de participación¹⁴.

¹⁰ *Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert to Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut* del 18.12.2012 (ICC-01/04-02/12) (en adelante, voto particular de la magistrada Van den Wyngaert), párrs. 60-64. En sentido similar, *Partly Dissenting Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert to Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges* del 11.12.2014 (ICC-02/11-02/11-186-Anx).

¹¹ Voto particular de la magistrada Van den Wyngaert, *supra* nota 10, párrs. 18-20.

¹² *Ibid.*, párr. 60, nota 76.

¹³ *Ibid.*, párr. 69.

¹⁴ *Ibid.*, párrs. 22-30. En su primera Sentencia de apelación la CPI ha establecido lo contrario. *Vid. Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Thomas Lubanga Dyilo against his conviction* del 01.12.2014 (ICC-01/04-01/06 A 5) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Lubanga*), párr. 462.

En el presente trabajo investigador defendemos la necesidad de la distinción entre autoría y participación y la relevancia de castigar como autores a los máximos responsables de los mismos – así como de que ello tenga repercusión en la determinación de la pena –. De ahí la apremiante necesidad de contar en DPI con la coautoría mediata para hacer frente a determinados escenarios – comunes en la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad – que se describirán en este Capítulo. Además, Van den Wyngaert tampoco explica la razón por la que la interpretación inclusiva de la disyunción “o” del art. 25(3)(a) ER habría de ser contraria al significado ordinario de la palabra. Por consiguiente, no compartimos la crítica de la Magistrada y defendemos que la coautoría mediata no vulnera el principio de legalidad.

En lo que se refiere a los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, podría entenderse que la coautoría mediata está abarcada por el término “cometer” del art. 7(1) del Estatuto del TPIY. La Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*¹⁵ constituye la primera aplicación a nivel internacional de la coautoría mediata como combinación de la autoría mediata por medio de EOP y la coautoría por dominio funcional¹⁶. Además de la primera a nivel internacional, es también la única aplicación de la coautoría mediata en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, ya que la Sala de Apelación (y la jurisprudencia posterior) señaló que dicho concepto no formaba parte del Derecho Consuetudinario Internacional, por lo que no era aplicable en el TPIY¹⁷. Como ya se ha explicado, si bien es cierto que recientemente los tribunales *ad hoc* han combinado las figuras de la autoría mediata y de la coautoría al emplear la construcción de la ECC en el

¹⁵ *Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber Judgement* del 31.07.2003 (IT-97-24-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*), párr. 439.

¹⁶ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 179; WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, cit., p. 110; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 551; OLÁSULO, H., “La aplicación”, cit., pp. 304-306; OLÁSULO, H., “El Desarrollo”, cit., p. 75.

¹⁷ *Prosecutor v. Stakić, Appeals Chamber Judgment* del 22.03.2006 (IT-97-24-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Stakić*), párr. 62.

nivel de liderazgo, dicha construcción se basa en la ECC, es decir, en una coautoría que parte de un concepto subjetivo de autor, y no en la coautoría por dominio funcional del hecho¹⁸. En cualquier caso, dado que constituye el primer ejemplo de la aplicación de la coautoría mediata a nivel internacional y ha sido empleado como precedente por la CPI¹⁹, se dedican las siguientes líneas al análisis de la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*.

V.1. Origen de la coautoría mediata: Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*

V.1.1. Antecedentes de hecho

La SPI II del TPIY parte de que Stakić actuó en conjunto con varias personas para llevar a cabo la campaña de persecución contra la población de Prijedor que no fuera serbo-bosnia²⁰. Así, entre los “socios” de Stakić, la Sala mencionó a las autoridades de la Asamblea Municipal de Prijedor, del Partido Democrático Serbio, del Comité de Crisis, de la Defensa Territorial, de la policía y del ejército²¹. A efectos de claridad, se pueden identificar tres principales grupos u organizaciones: la administración civil de Prijedor (de la cual Stakić era la máxima autoridad), la policía civil de Prijedor, y las unidades militares desplegadas en Prijedor²². La Sala también señaló que el plan criminal común no podía ser realizado por un solo interviniente, sino que requería la acción conjunta de todos los intervinientes en el plan criminal común, pese a lo cual, cada uno de ellos tenía la capacidad de

¹⁸ *Vid.* Capítulo III de esta Parte II.

¹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 506-508.

²⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 469.

²¹ *Idem.*

²² OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 558-559. Aunque no se establezca explícitamente, puede deducirse la existencia de tres organizaciones principales de la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 482-486.

frustrar el plan (si retiraba su aportación)²³. En tal afirmación, el TPIY no hace otra cosa que exigir el requisito de la esencialidad de la contribución – requisito indispensable de la coautoría –.

No obstante, los crímenes no fueron cometidos directamente por Stakić, ni por las autoridades de la policía civil y del ejército; por el contrario, éstos ordenaron a sus respectivos subordinados la realización de las tareas encomendadas a la administración civil, a la policía y al ejército²⁴. Por consiguiente, la coautoría por dominio funcional no era de aplicación en este caso, ya que los ejecutores de los delitos no eran parte del plan criminal común (no intervinieron en el proceso de toma de decisiones junto a los dirigentes, ni existió ninguna división consensuada de tareas entre ellos), y la relación jerárquica entre los ejecutores y los dirigentes que planificaron hablaba en contra de un dominio funcional del hecho²⁵.

Pero tampoco era de aplicación la figura de la autoría mediata por medio de EOP, en tanto que la comisión de los crímenes por parte de los ejecutores no hubiera sido posible sin la acción conjunta de las distintas organizaciones. Además, en lo que se refiere a Stakić, puede observarse un problema añadido: los ejecutores de los delitos no pertenecían a la EOP controlada por él, sino a la policía civil y al ejército²⁶.

En este contexto, la SPI II empleó la figura de la coautoría mediata²⁷ mediante la aplicación conjunta de la coautoría por dominio funcional y la

²³ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 9, párr. 490.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 482-486. Al respecto, la Sala analiza la autoridad de Stakić, y concluye que era la más alta autoridad política del municipio de Prijedor. *Vid. ibid.*, párrs. 492-494. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 560.

²⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 560-561.

²⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 482-486. *Vid. OLÁSOLO, H., Tratado, cit.*, p. 560.

²⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 439. VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 96 y 158; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 561; OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 304-306.

autoría mediata por medio de EOP, para así poder tener en cuenta las dos relaciones involucradas²⁸:

- 1) la relación horizontal entre Stakić y los jefes de la policía civil y del ejército; y
- 2) la relación vertical entre los mencionados dirigentes y sus subordinados (ejecutores de los delitos).

V.1.2. Fundamentos jurídicos

Como se ha adelantado, la Sentencia de primera instancia en el caso Stakić constituye el primer ejemplo en la jurisprudencia penal internacional en el que se aplican conjuntamente las dos principales manifestaciones de la teoría del dominio del hecho – la coautoría basada en el dominio funcional, y la autoría mediata por medio de EOP –²⁹. Con ello, se buscaba superar los problemas que la aplicación de cada una de ellas por separado conlleva³⁰.

Sin embargo, el TPIY no empleó el término “coautoría mediata” para referirse al modo de intervención criminal punible aplicado, sino el de “coautoría”³¹. Pese a ello, la definición que realiza del término “cometer” del art. 7(1) del Estatuto del TPIY³² y los elementos que analiza para decidir

²⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 561.

²⁹ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 179; WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *cit.*, p. 110; OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 551; OLÁSOLO, H., “El Desarrollo”, *cit.*, p. 75.

³⁰ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 551.

³¹ *Ibid.*, pp. 552-553. Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 468.

³² Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 439.

si concurre la responsabilidad de Stakić a título de autor³³ no dejan lugar a dudas de que la figura que aplica es la coautoría mediata³⁴.

En cuanto a la definición que la Sala realiza del término “cometer”, hace referencia a la realización por uno mismo o de otra manera directa o indirecta, de los elementos del tipo objetivo del crimen imputado, mediante actos positivos o – con base en un deber de actuar – omisiones, ya sea de manera individual o conjuntamente con otros³⁵. Si bien no se menciona expresamente la autoría mediata por medio de EOP, en una nota al pie se explica que se está haciendo alusión a la autoría mediata del Derecho alemán (*mittelbare Täterschaft*) o a la figura del “autor detrás del autor”³⁶. Por ello, en esta definición puede observarse que la SPI II incluyó implícitamente la “coautoría mediata” en el concepto de “comisión” del art. 7(1) del Estatuto del TPIY³⁷.

En lo que se refiere a los elementos que la Sala tiene en cuenta al analizar la posible responsabilidad de Stakić a título de “coautor”, en verdad el TPIY recoge los requisitos objetivos y subjetivos de la coautoría mediata³⁸. Son seis los requisitos objetivos enumerados por la SPI II³⁹:

³³ *Ibid.*, párrs. 468-498.

³⁴ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 552-553. Por el contrario, defiende GIL GIL, A., “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata”, *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, pp. 119-120, que dicha Sentencia no fundamenta la autoría mediata por medio de EOP, sino que parece adjudicarla a partir de la posición de liderazgo político del acusado; por lo que no puede emplearse como precedente de la utilización de la coautoría mediata: sólo es un precedente del uso de la coautoría por dominio funcional, calificada de indirecta por el simple hecho de que el acusado no realizó por sí mismo ninguna contribución. *Vid.* también GIL GIL, A., “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución” en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 516-517.

³⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 439.

³⁶ *Ibid.*, párr. 439, nota 942.

³⁷ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 552.

³⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 468-498.

³⁹ *Ibid.*, párrs. 469-494.

- 1) Coautoría: en el apartado relativo a este requisito, la Sala no hace más que identificar a los “socios”, es decir, coautores de Stakić⁴⁰. Por tanto, no puede considerarse que éste sea un requisito objetivo propiamente dicho⁴¹, sino una especie de introducción a los elementos del tipo objetivo propios de la coautoría como parte de la coautoría mediata.
- 2) Fin común: se describe como el objetivo de consolidar el control serbio en el municipio de Prijedor, el cual tenía una población mayoritariamente musulmana⁴². En este apartado, la Sala describe el objetivo general de la campaña, por lo que el fin común es más general que el plan común (no se limita al plan criminal ni a los coautores)⁴³.
- 3) Acuerdo o consentimiento tácito: tal y como lo describe la Sala, puede ser identificado con el acuerdo o plan común exigido por el dominio funcional del hecho⁴⁴.
- 4) Colaboración coordinada: este requisito, junto con el que sigue, constituyen el equivalente a la “contribución esencial de manera coordinada” de la coautoría por dominio funcional⁴⁵. Como explica Olásolo, dado que Stakić realizó su contribución a través de la administración civil, la Sala analizó también en este apartado algunos de los requisitos objetivos de la autoría mediata por medio de EOP, en concreto⁴⁶:
 - a) la existencia de varias EOP en Prijedor, las cuales eran dirigidas de manera concertada para asegurar la comisión

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 469.

⁴¹ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 561-562.

⁴² Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 470-471. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 562.

⁴³ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 562.

⁴⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 472-477.

⁴⁵ *Ibid.*, párrs. 478-489.

⁴⁶ *Idem.* OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 563-565.

de delitos y de las cuales eran miembros los ejecutores de los mismos, y

b) el empleo por parte de Stakić de la administración civil para la comisión de delitos.

5) Dominio conjunto sobre la conducta criminal: en este apartado se afirma que el plan criminal común no podía ser realizado por un solo interviniente, sino que requería la acción conjunta de todos los intervinientes, pese a lo cual, cada uno de ellos tenía la capacidad de frustrar el plan (si retiraba su aportación)⁴⁷. Como puede comprobarse, se trata del requisito de la esencialidad de la contribución, indispensable en la coautoría.

6) Autoridad del Dr. Stakić: se analiza el dominio por parte del dirigente sobre la organización como consecuencia de su posición de autoridad⁴⁸. Éste es el único requisito de la EOP al que el TPIY hace referencia explícitamente⁴⁹. La Sala sólo analizó la posible autoridad de Stakić, pero no la de los jefes de la policía y del ejército.

En resumen, los requisitos segundo y tercero constituyen el equivalente al requisito del “plan o acuerdo común” de la coautoría por dominio funcional del hecho. Por su parte, el cuarto y quinto conforman el requisito de la “contribución esencial de manera coordinada” (también) de la coautoría por dominio funcional del hecho. Y el sexto requisito objetivo se identifica con el requisito del “control o dominio sobre la EOP” de la autoría mediata por medio de EOP. En relación a este último requisito, ha de tenerse en cuenta la acertada crítica que realiza Gil Gil basándose en el hecho de que el TPIY no argumentó la responsabilidad de Stakić en ninguno de los

⁴⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 490-491. OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 565-566.

⁴⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 492-494.

⁴⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 566-567.

elementos que fundamentan la autoría mediata por medio de EOP, sino que simplemente la derivó de su posición de liderazgo⁵⁰.

En lo que respecta a los elementos del tipo subjetivo enumerados por la SPI II, son los tres siguientes⁵¹:

- 1) Elementos del tipo subjetivo del delito específico que se imputa: la Sala señaló que los elementos del tipo subjetivo exigidos para cada delito imputado serían considerados en la sección relativa al delito en cuestión⁵². Este requisito común de la autoría mediata por medio de EOP y de la coautoría exige que el (co)autor mediato satisfaga los elementos del tipo subjetivo del delito, incluido todo *dolus specialis* previsto en el tipo penal⁵³. No obstante, es importante dejar claro que este requisito sólo se exige en relación al autor (o coautor) mediato, y no en relación al ejecutor, pues, al analizar la posible responsabilidad de Stakić por el crimen de persecución, el TPIY afirma que “en los casos de autoría mediata sólo se exige la prueba de la intención discriminatoria general del autor mediato con relación al ataque cometido por los autores/actores directos” y que “aun si el autor/actor directo no actuó con una intención discriminatoria, esto, en sí mismo, no excluye que ese acto pueda ser considerado parte de un ataque discriminatorio si el autor mediato tuvo la intención discriminatoria”⁵⁴.
- 2) Conciencia mutua de la probabilidad sustancial de que los delitos ocurran: aquí la Sala exigió que los delitos ocurrieran como consecuencia directa de la persecución del fin común⁵⁵. En este

⁵⁰ GIL GIL, A., “Principales figuras”, cit., pp. 119-120.

⁵¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 495-498.

⁵² *Ibid.*, párr. 495.

⁵³ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 567-568.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 569. Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 743.

⁵⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 496.

sentido, el TPIY ha adoptado un estándar semejante al de la SCP I y SPI I de la CPI (por tanto, menos exigente que el de la SCP II de la CPI) al describir este requisito propio de la coautoría, pues se considera suficiente que el fin común tenga un elemento de criminalidad consistente en la probabilidad de que se cometa el delito imputado, y que dicho elemento de criminalidad sea mutuamente aceptado por todos los coautores⁵⁶.

- 3) Conciencia del Dr. Stakić de la importancia de su propia función: en este apartado se responden afirmativamente las preguntas relativas a su conocimiento de su dominio sobre la organización (condición de la autoría mediata por medio de EOP) y a su conocimiento del carácter esencial de su función para la realización del plan común (condición de la coautoría por dominio funcional del hecho)⁵⁷.

V.1.3. La Sentencia de apelación y la jurisprudencia posterior del TPIY

Pese a todo, ha de tenerse presente que la Sentencia de apelación en el caso *Stakić* dejó sin efecto la parte de la Sentencia de primera instancia que aplicaba la coautoría mediata, ya que consideró que la teoría del dominio del hecho no era parte del Derecho Internacional Consuetudinario en el momento de los hechos (1992)⁵⁸. Por el contrario, como se ha

⁵⁶ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 568.

⁵⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 497-498.

⁵⁸ Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, *supra* nota 17, párr. 62. WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", cit., p. 110; GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., pp. 120-121; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 97; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 177; OLÁSOLO, H., "El Desarrollo", cit., p. 75; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 124 y 553-554; OLÁSOLO, H., "La aplicación", cit., p. 306; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, p. 189. Anteriormente a la Sentencia de apelación en el caso *Stakić*, una de las decisiones en el caso *Milutinović* había señalado que la coautoría mediata no formaba parte de la costumbre internacional en 1992. *Vid. Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion challenging Jurisdiction: Indirect*

adelantado, la CPI – en concreto la SCP I, II y III – ha aplicado conjuntamente la coautoría por dominio funcional del hecho y la autoría mediata por medio de EOP en varias ocasiones⁵⁹.

Como bien ha explicado la CPI en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, el hecho de que la Sala de Apelaciones del TPIY afirmara en el caso *Stakić* que la coautoría mediata no formaba parte de la costumbre internacional en nada impide su aplicación por parte de la CPI, dado que, según el artículo 21(l)(a) ER, la primera fuente de Derecho aplicable es el propio Estatuto, mientras que los principios y las reglas de Derecho Internacional constituyen una fuente secundaria aplicable sólo cuando el material estatutario no contiene una solución jurídica⁶⁰. Por ello, sigue la Sala, en tanto que el Estatuto prevé expresamente esta forma específica de responsabilidad, la cuestión de si el Derecho Consuetudinario admite o descarta la “comisión conjunta por medio de otra persona” no es relevante para la CPI⁶¹. A lo que añade que se trata de un buen ejemplo de

Co-perpetration) del 22.03.2006 (ICTY-05-87-PT) (en adelante, Decisión sobre coautoría mediata en el caso *Milutinović*), párrs. 40-41.

⁵⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*); *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*); Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5; *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo, Warrant of Arrest for Laurent Koudou Gbagbo* del 30.11.2011 (ICC-02/11-01/11-1) (en adelante, Orden de arresto en el caso *Gbagbo*); *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo* del 12.06.2014 (ICC-02/11-01/11-1) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*); *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58* del 07.05.2009 (ICC-02/05-02/09) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Abu Garda*); *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*).

⁶⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 508.

⁶¹ *Idem*.

la necesidad de no transferir mecánicamente la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* al sistema de la CPI⁶².

En cuanto a la jurisprudencia del TPIY posterior al caso *Stakić*, conviene también tener en cuenta que el concepto de ECC en el nivel de liderazgo⁶³ de ninguna puede identificarse con la coautoría mediata, puesto que la primera combina la autoría mediata por medio de EOP con la ECC (concepto subjetivo de autor), mientras que la segunda aplica conjuntamente la autoría mediata por medio de EOP y la coautoría basada en el dominio funcional del hecho (concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho)⁶⁴. Como se ha afirmado anteriormente, la combinación de dos posiciones antagónicas (concepto subjetivo de autor y teoría del dominio del hecho) que supone la ECC en el nivel de liderazgo genera incertidumbre en cuanto al criterio dominante para distinguir entre autores y partícipes⁶⁵; de ahí que aquí se mantenga una actitud favorable hacia la figura de la coautoría mediata.

V.2. *Rationale* de la coautoría mediata

V.2.1. Ámbito de aplicación

La CPI aplicó por primera vez en su historia el concepto de coautoría mediata en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*⁶⁶. De

⁶² *Idem*.

⁶³ *Vid.* Subapartado III.4.4 de esta Parte II.

⁶⁴ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 215. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 179, señalan la similitud entre ambas figuras.

⁶⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 437.

⁶⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 166; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., *Joint*, *cit.*, p. 457; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 572-574; OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314; MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 189-190; OHLIN, J.D., "Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability", *LJIL*, Vol. 25, Núm. 3,

acuerdo con lo establecido por la SCP I en dicho caso, Germain Katanga – líder de las FRPI (Fuerzas de Resistencia Patriótica de Ituri (grupo armado Ngiti)) – y Mathieu Ngudjolo Chui – líder del FNI (Frente Nacional e Integracionista (grupo armado Lendu)) – diseñaron un plan común para atacar Bogoro mediante el aniquilamiento de los elementos militares de la UPC (Unión Patriótica Congolesa) y de los civiles Hema⁶⁷, por lo que se trataba de un plan común esencialmente criminal, pues se dirigía específicamente a atacar a la población civil de Bogoro⁶⁸. Los dos acusados realizaron sus aportaciones a través de los grupos armados organizados que controlaban, los cuales cumplían los requisitos de la autoría mediata por medio de EOP⁶⁹.

De manera paralela, los ejecutores de los crímenes pertenecían a grupos étnicos diferentes (Ngiti y Lendu), y era improbable que los combatientes cumplieran órdenes de un dirigente que no fuera de su misma etnia⁷⁰. Por ello, el éxito del ataque dependía de la acción conjunta y coordinada de los dirigentes de cada grupo étnico⁷¹. En este contexto, la SCP I aplicó conjuntamente el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho

2012, pp. 777-779; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing the Control-Theory", *LJIL*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, p. 735.

⁶⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 548-554. OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 572-574.

⁶⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 573; OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314.

⁶⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 540-547. GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 135; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 166; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 573-574; OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, p. 457; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 189-190; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, p. 778.

⁷⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 490-493, 519 y 560. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 166; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 573-574; OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, p. 457; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, p. 778. Las FRPI se componían sobre todo de miembros de la etnia Ngiti – a la cual pertenecía Katanga –, mientras que el FNI se componía principalmente de miembros de la etnia Lendu – de la cual Ngudjolo Chui formaba parte –.

⁷¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 490-493, 519 y 560. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 166; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 573-574; OLÁSOLO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, p. 778.

y el de autoría mediata por medio de EOP, es decir, recurrió al concepto de coautoría mediata⁷².

Sin embargo, en algunos casos en los que los miembros del plan común intervienen en la ejecución del crimen, en vista de que no resulta necesario recurrir a la autoría mediata por medio de EOP, la CPI ha optado por aplicar únicamente la coautoría basada en el dominio funcional del hecho, como por ejemplo en las Decisiones de confirmación de cargos en los casos *Lubanga y Banda y Jerbo*⁷³.

Pero no siempre resulta tan sencilla la distinción entre coautoría y coautoría mediata: prueba de ello es la Orden de comparecencia contra *Abu Garda*⁷⁴. En este caso, Abu Garda – comandante en jefe de una facción recientemente escindida del MJE (Movimiento por la Justicia y Equidad) – diseñó, junto con los comandantes de las otras tropas que intervinieron en el ataque, un plan común para atacar la base de la misión de mantenimiento de la paz de la Unión Africana (AMIS) en Haskanita⁷⁵. En tanto que el éxito del plan común dependía de la actuación conjunta de las fuerzas que se encontraban bajo el mando de los mencionados comandantes, la Sala consideró que éstos realizaron una contribución

⁷² VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 166; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 574; OLÁSOLO, H., "La aplicación", cit., pp. 312-314; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", cit., p. 457; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 189-190; OHLIN, J.D., "Second-Order", cit., pp. 777-779; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", cit., p. 734; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 178-179.

⁷³ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEn) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párr. 377; *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges"* del 07.03.2011 (ICC-02/05-03/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*), párrs. 148 y 149. Referencias en OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 554.

⁷⁴ Orden de comparecencia en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 59. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 589-592.

⁷⁵ Orden de comparecencia en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 59, párrs. 12 y 26.

esencial, por lo que poseían un dominio funcional sobre los delitos imputados⁷⁶.

Dado que existían indicios de que Abu Garda habría estado presente durante el mencionado ataque, la SCP I lo consideró responsable alternativamente a título de coautoría o de coautoría mediata (dejó la pregunta abierta para más adelante)⁷⁷. Sin embargo, la Sala también afirmó que los ejecutores de los delitos no intervinieron en la reunión de los comandantes en la que se decidió y planeó el ataque, y en la que se repartieron las funciones de cada fuerza atacante. Este último dato dificulta la aplicación de la coautoría por dominio funcional del hecho, ya que los ejecutores de los delitos no formaban parte del plan común de los comandantes⁷⁸. Pese a ello, y siguiendo con el mismo autor, la posible presencia de Abu Garda en el ataque a Haskanita – junto con la opción que supuestamente tuvieron algunos asaltantes de retirarse del ataque al enterarse de que el objetivo del mismo era la base de AMIS – hablan a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho⁷⁹.

Como ya se ha mencionado, la SCP I dejó la elección entre coautoría o coautoría mediata para un momento posterior, pero en la Decisión de confirmación de cargos, rechazó tal confirmación con base en que los elementos de prueba presentados no mostraban motivos fundados de que Abu Garda hubiera estado presente durante el ataque ni durante la reunión en la que presuntamente se decidió y planeó dicho ataque⁸⁰.

Otra diferenciación que tampoco siempre resulta sencilla en la jurisprudencia es la relativa a la autoría mediata por medio de EOP y a la

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 27.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 28.

⁷⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 590.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 591.

⁸⁰ *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of the charges* del 08.02.2010 (ICC-02/05-02/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*), párrs. 158-236.

coautoría mediata. Así, en la Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, la SCP II aplicó la figura de la coautoría mediata a Muthaura y Kenyatta por entender que ambos cumplieron funciones esenciales en la ejecución del plan común, puesto que acordaron emplear su autoridad sobre los Mungiki y sobre las fuerzas policiales de Kenia respectivamente⁸¹. Por el contrario, entendió que Ali – comisionado de las fuerzas de policía de Kenia – no fue parte del plan común⁸², y que Muthaura – de acuerdo con lo acordado con el resto de miembros del plan común – le ordenó que instruyera a las fuerzas policiales de Kenia bajo su mando que no impidiesen a los Mungiki atacar a los simpatizantes del MDN en el valle del Rift⁸³. Esto último era posible porque, según la SCP II, Muthaura ejercía su autoridad directamente sobre las fuerzas policiales de Kenia, las cuales cumplían automáticamente con sus órdenes⁸⁴.

En este contexto, como señala Olásolo, parece que la SCP II no analizó suficientemente la relación entre Muthaura y Ali: en concreto, el presunto control efectivo que el primero tenía sobre el segundo y que justificaba el dominio directo de Muthaura sobre la policía de Kenia⁸⁵. En efecto, no profundizó sobre las distintas opciones posibles⁸⁶:

- 1) Muthaura se encontraba en el vértice superior de la organización y tenía la capacidad para ejecutar su parte del plan común a través de la policía de Kenia;
- 2) Muthaura y Ali compartían el poder de dirección sobre la policía;
o
- 3) Ali ostentaba plenamente el poder de dirección sobre la policía.

⁸¹ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 39. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 597-604.

⁸² Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 38.

⁸³ *Ibid.*, párr. 49.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 42.

⁸⁵ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 602-604.

⁸⁶ *Idem.*

En cualquier caso, la Decisión de confirmación de cargos contra Muthaura y Kenyatta confirmó la coautoría mediata de éstos, pero rechazó confirmar los cargos contra Ali, porque las pruebas no eran suficientes para fundar su responsabilidad, ni siquiera bajo el artículo 25 (3)(d) ER (modo de intervención criminal punible que finalmente empleó la SCP II en la Orden de comparecencia en relación a Ali)⁸⁷.

En un contexto similar al mencionado, la Orden de arresto en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, consideró a Muammar Gaddafi como coautor mediato – junto con su hijo Saif – en vez de como autor mediato – como proponía la Fiscalía –, ya que existían motivos razonables para creer que diseñó, preparó y dirigió junto con su círculo más cercano, y en particular con su hijo Saif, un plan para detener y dismantelar por todos los medios las manifestaciones contra el régimen libio⁸⁸. A su vez, Al-Senussi, quien, a pesar de estar subordinado a Muammar Gaddafi, era la mayor autoridad en las Fuerzas Armadas, fue considerado responsable a título de autoría mediata⁸⁹.

En la Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, la SCP III empleó también la coautoría mediata en vez de la autoría mediata⁹⁰. Ello parece deberse a que, a pesar de ser el jefe de Estado, debido a la tensa situación del país, Gbagbo no tenía el grado de control necesario para canalizar el esfuerzo colectivo que requería el planeamiento, preparación y dirección de un ataque contra la población civil con un marco temporal y territorial tan

⁸⁷ *Idem. Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute* del 23.01.2012 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*).

⁸⁸ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5, párrs. 75-76. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 223-226 y 604-606; OLÁSULO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 316-317.

⁸⁹ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5, párrs. 83-90. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 210-211; OLÁSULO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 316-317.

⁹⁰ Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59.

amplio⁹¹. La Decisión de confirmación de cargos ha mantenido la imputación de *Gbagbo* a título de coautoría mediata (de manera alternativa a su responsabilidad bajo los artículos 25(3)(b) ER, 25(3)(d) ER y 28(a) y (b) ER)⁹².

Por último, resulta también complicada la caracterización de los casos en los que diferentes líderes comparten el dominio sobre una misma EOP, como en la Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*⁹³. En la mencionada Orden de comparecencia, la SCP II de la CPI analizó la responsabilidad penal de Ruto (ex ministro, y representante del grupo étnico Kalenji en el órgano de dirección del MDN – Movimiento Democrático Naranja –), Kosgey (presidente del MDN y diputado), y Sang (locutor Kalenji de la emisora de radio Kass FM, y responsable de comunicaciones de red)⁹⁴.

Además de afirmar que existían indicios razonables para creer que los tres acusados acordaron un plan común para castigar a los partidarios del PUN (Partido de Unidad Nacional) y desalojarlos del valle del Rift con el fin último de ganar poder y crear un bloque uniforme de votantes del MDN (Movimiento Democrático Naranja)⁹⁵, la Sala también estableció que Ruto y Kosgey controlaban y dirigían la – única – EOP encargada de los crímenes en cuestión⁹⁶. La existencia de una única EOP – si bien controlada por dos personas – no impidió a la CPI afirmar la responsabilidad de ambos dirigentes a título de coautoría mediata⁹⁷.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 10. OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 608.

⁹² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 226 y 230.

⁹³ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párrs. 45-49. *Vid.* OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 592-597.

⁹⁴ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 593.

⁹⁵ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 41.

⁹⁶ *Ibid.*, párrs. 45-49.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 49. *Vid.* OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 592-597.

La Orden de arresto en el caso *Al Bashir* también podría constituir un ejemplo de la aplicación de la coautoría mediata a un caso en el que varios líderes controlan una sola EOP, puesto que la Sala califica a Al Bashir alternativamente de autor mediato y coautor mediato – no concluye si se trata de un caso de control compartido o en solitario –; y si llegara a la conclusión de que se trataba de una situación de control compartido con un pequeño círculo cercano sobre el Estado de Sudán⁹⁸, constituiría otro ejemplo del control compartido por varios líderes sobre una misma EOP (en este caso, el Estado de Sudán).

En resumen, pueden distinguirse los siguientes grupos de casos en los que la CPI ha aplicado la coautoría mediata⁹⁹:

- 1) Aquellos casos en los que varios dirigentes comparten el dominio sobre una misma EOP y la utilizan para asegurar la comisión de los crímenes, como en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*¹⁰⁰. Weigend califica estos supuestos como el modelo de “junta” del caso *Al Bashir*, en el que un solo grupo de subordinados se encuentra bajo el control de un grupo de líderes que actúan conjuntamente¹⁰¹.

⁹⁸ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4, párrs. 213-216 y 221-223.

⁹⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 157; GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, pp. 135-136; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, p. 532; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 613-614; OLÁSULO, H., “La aplicación”, *cit.*, p. 302; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, *cit.*, p. 458; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 190; OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, p. 779; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing”, *cit.*, pp. 736-737.

¹⁰⁰ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 41. AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 157; GIL GIL, A., “Principales figuras”, *cit.*, pp. 135-136; GIL GIL, A., “Imputación de crímenes”, *cit.*, p. 532; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 592-597; OLÁSULO, H., “La aplicación”, *cit.*, p. 302; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 190; OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, p. 779. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., “*Joint*”, *cit.*, p. 458, denomina a este supuesto “autoría mediata en coautoría”.

¹⁰¹ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4, párrs. 213-216. WEIGEND, T., “Perpetration through an Organization”, *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, p. 111.

- 2) Aquellos casos en los que varios dirigentes – cada uno de ellos al mando de una EOP – dirigen sus diferentes organizaciones a ejecutar de manera coordinada el plan común¹⁰².

Gil Gil añade un tercer grupo de casos: aquellos en los que alguno(s) de los coautores lo es por realizar una contribución esencial por sí mismo (por dominio funcional), mientras que otro(s) de los coautores realiza su parte por medio de una EOP bajo su control¹⁰³. Vemos, por tanto, que este tercer grupo de casos no es sino una combinación de los dos grupos de casos arriba mencionados. Como afirma Gil Gil, aceptar esta modalidad facilitaría la imputación a título de autor en supuestos como el de Ruto, quien, junto con otros coautores (mediatos, ya que realizaron su contribución a través de otros), realizó una contribución esencial por sí mismo – a pesar de que no pudiera probarse su poder de mando, ni siquiera la existencia de una EOP que él controlara –¹⁰⁴.

En sentido similar, Ohlin propone otro grupo de casos (para él, un tercero) en los que bien uno de los líderes no tiene una EOP bajo su control (como en la tercera modalidad propuesta por Gil Gil) o bien, teniendo una EOP bajo su control, los miembros de ésta no cometen directamente los crímenes en cuestión (como sucedía en el caso *Stakić*)¹⁰⁵. Como gráficamente explica Ohlin, en los casos de la tercera modalidad, el

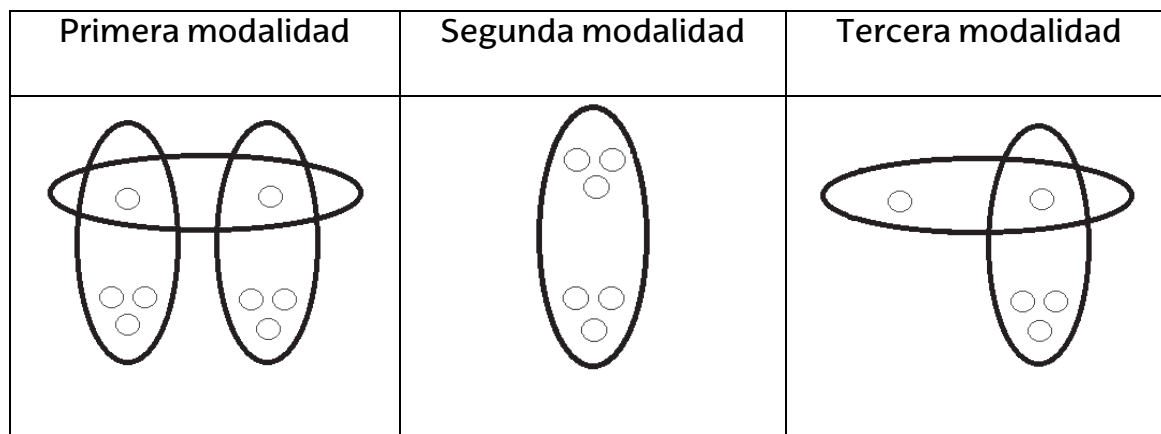
¹⁰² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4; Orden de comparecencia en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 59; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 87; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15. AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 157; GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, pp. 135-136; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, p. 532; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 592-597; OLÁSULO, H., "La aplicación", *cit.*, p. 302; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint", *cit.*, p. 458; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, p. 190; OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, p. 779.

¹⁰³ GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 136; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, p. 532.

¹⁰⁴ GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 136; GIL GIL, A., "Imputación de crímenes", *cit.*, p. 532.

¹⁰⁵ OHLIN, J.D., "Second-Order", *cit.*, pp. 779-781.

esquema de atribución de la responsabilidad a los líderes (coautores mediatos) tiene la forma de una L invertida¹⁰⁶.



V.2.2. Inidoneidad de otras figuras

V.2.2.1. Inidoneidad de la coautoría

Quienes, como Jakobs, Jescheck y Weigend, defienden la coautoría por dominio funcional del hecho para los casos en los que dirigentes y subordinados actúan conjuntamente, parten de que todos ellos comparten el dominio del hecho, puesto que los subordinados actúan de manera consciente, libre y responsable – razón por la que la autoría mediata no resultaría aplicable –¹⁰⁷. Frente a esta posición, hemos objetado aquí¹⁰⁸:

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 780.

¹⁰⁷ JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin – New York, 1991, p. 649; JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 670; MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLA (eds.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, pp. 155-156. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 515-517, en referencia a AMBOS, K., "The Fujimori Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 147-148. Para más referencias sobre la doctrina a favor de la coautoría para estos casos, vid. GIL GIL, A., "Principales figuras", cit., pp. 126-127.

¹⁰⁸ Vid. Subapartado IV.2.2.3 de esta Parte II. En relación a las tres primeras críticas, vid. ROXIN, K., "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en C.

- 1) la diferencia estructural existente entre las relaciones horizontales y verticales;
- 2) la ausencia de un acuerdo o plan común para realizar conjuntamente el hecho;
- 3) la ausencia de comisión conjunta del delito;
- 4) la diferencia entre los intervinientes en relación a su capacidad de influir en el *iter criminis*; y
- 5) la frecuente ausencia del dolo compartido de los intervinientes en la comisión de crímenes de atrocidad.

En relación a la primera objeción, no sólo resulta insuficiente la aceptación por parte de los subordinados del plan diseñado por sus dirigentes para cumplir el requisito del acuerdo o plan común¹⁰⁹, sino que la existencia del acuerdo tampoco garantiza la esencialidad de la contribución de quienes intervienen en el plan común – otra de las características esenciales de la coautoría por dominio funcional del hecho, relacionada con la cuarta crítica –¹¹⁰.

En lo que se refiere a la segunda objeción, podría responderse que el hecho de que la contribución de los dirigentes tenga normalmente lugar en la fase preparatoria no excluye *per se* la aplicación de la coautoría basada en el dominio funcional del hecho, ya que, según la CPI, una contribución esencial en la etapa preparatoria puede ser suficiente para incurrir en

FERRÉ OLIVÉ, y E. ANARTE BORRALLO (eds.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, p. 194. Referencia en OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 515-517.

¹⁰⁹ ROXIN, K., "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *REJ*, Núm. 7, 2006, p. 13; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 375; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague?", *JICJ*, Vol. 6, Núm. 5, 2008, p. 865; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 267; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", cit., pp. 187-188; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 129 y 139-140. Por el contrario, cree que esta objeción es superable, OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 515-517.

¹¹⁰ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 515-517.

responsabilidad a título de coautoría¹¹¹. No obstante, como ya se ha explicado, la responsabilidad a título de coautoría por dominio funcional requiere una contribución esencial en la fase ejecutiva¹¹².

De ninguna manera puede superarse tampoco la tercera objeción, es decir, la diferencia estructural existente entre las relaciones verticales (típicas de la autoría mediata por medio de EOP) y horizontales (típicas de la coautoría por dominio funcional del hecho)¹¹³. En cuanto a la quinta crítica, el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad ha mostrado que es común el escenario en el que todos los intervinientes no comparten el mismo dolo, mientras que el dolo compartido es requisito indispensable de la coautoría.

Tampoco la teoría de la ECC (coautoría basada en un concepto subjetivo de autor) resulta de aplicación en estos casos. Además de la evidente diferencia existente entre las relaciones verticales y horizontales, existen importantes argumentos en contra de la aplicación de la ECC a cualquier supuesto¹¹⁴: no sólo vulnera varios principios generales del Derecho Penal¹¹⁵, sino que tampoco encaja en la estructura de la CPI¹¹⁶. En efecto, no tiene sentido que, en un sistema que distingue diferentes niveles de responsabilidad, cualquier contribución al plan común sea suficiente para

¹¹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 73, párr. 348. En referencia a dicha resolución, *vid.* GIL GIL, A., "Principales figuras", *cit.*, p. 123; GIL GIL A., "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, p. 87; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, p. 176; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 515-517.

¹¹² *Vid.* Apartado III.2 de esta Parte II.

¹¹³ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 204-205, 131-132 y 158-159; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 375; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", *cit.*, p. 865; MARTÍNEZ ALCÁÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, p. 188. BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft", *cit.*, p. 440; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 515-517.

¹¹⁴ *Vid.* Apartado III.4 de esta Parte II.

¹¹⁵ MANACORDA, S., MELONI, C., "Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, pp. 165-167.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 167-168.

establecer la responsabilidad a título de coautoría (basada en la teoría de la ECC)¹¹⁷.

Aún queda abierta la cuestión de la posible aplicación de la coautoría a los casos en los que la organización a la que pertenecen los dirigentes y los subordinados no constituye una EOP, como, por ejemplo, una empresa¹¹⁸. Aquellos autores que defienden dicha postura, lo hacen sobre todo para evitar que los dirigentes sean considerados meros partícipes; y para ello, se basan en los argumentos arriba esgrimidos a favor de la aplicación de la coautoría a los dirigentes y subordinados que actúan conjuntamente en el marco de una EOP¹¹⁹:

- 1) la existencia de un plan común adoptado por todos los coautores; y
- 2) el hecho de que todos ellos comparten el dominio del hecho como resultado de las tareas esenciales asignadas a cada uno, ya que la contribución de todos los coautores no necesita ser en la etapa de ejecución.

Sin embargo, pueden reproducirse uno por uno los argumentos en contra arriba mencionados:

- 1) la diferencia insalvable entre las relaciones horizontales y verticales¹²⁰;

¹¹⁷ *Idem.*, en referencia a WERLE, G., JESSBERGER, F., *Principles of International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2014, p. 205.

¹¹⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 517-523.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría", *cit.*, pp. 155-156; SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español" en J.M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN, J. DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, p. 369.

¹²⁰ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 204-205, 131-132 y 158-159; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 375; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", *cit.*, p. 865; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, p. 188. BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft", *cit.*, p. 440; ROXIN, K., "Problemas de autoría", *cit.*, p. 194; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 515-517.

- 2) la ausencia de un acuerdo o plan común¹²¹;
- 3) la ausencia de comisión conjunta del delito¹²² – ya que una contribución esencial en la etapa preparatoria no es suficiente –¹²³;
- 4) la diferente capacidad de influir en el *iter criminis* por parte de los intervinientes¹²⁴; y
- 5) la ausencia de dolo compartido de todos los intervinientes en la comisión del crimen en numerosos casos de crímenes de atrocidad.

Por ello, y dado que tampoco resultaría de aplicación la autoría mediata por medio de EOP (puesto que, recordemos, nos estamos refiriendo a organizaciones que no constituyen una EOP), los dirigentes sólo podrán ser considerados partícipes del crimen en los supuestos en los que ellos ideen y aprueben el plan común y luego instruyan a sus subordinados (los cuales no han intervenido en el proceso de toma de decisiones) para que lo ejecuten¹²⁵.

V.2.2.2. Inidoneidad de la autoría mediata

Debido a la magnitud y a las características de los conflictos armados actuales, la CPI se encuentra cada vez con más casos en los que, a pesar de que los sujetos activos han realizado sus contribuciones por medio de EOPs bajo su control, la responsabilidad a título de autoría

¹²¹ ROXIN, K., "Problemas de autoría", *cit.*, p. 194; ROXIN, K., "El dominio de organización", *cit.*, p. 13; BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata*, *cit.*, p. 375; JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application", *cit.*, p. 865; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata*, *cit.*, p. 267; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., "La coautoría mediata", *cit.*, pp. 187-188; FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 129 y 139-140. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 519.

¹²² ROXIN, K., "Problemas de autoría", *cit.*, p. 194; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 519.

¹²³ *Vid.* Apartado III.2 de esta Parte II.

¹²⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 515-517.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 520-523.

mediata por medio de EOP no resulta satisfactoria¹²⁶. Esto se debe a que, en dichos casos, el ataque no habría podido tener éxito sin la acción conjunta y coordinada de los dirigentes¹²⁷. Por ejemplo, en el caso *Katanga*, los ejecutores de los crímenes pertenecían a grupos étnicos diferentes (Ngiti y Lendu), lo que hacía improbable que los combatientes cumplieran órdenes de un dirigente que no fuera de su misma etnia¹²⁸. Así, en este tipo de casos, la CPI ha venido aplicando conjuntamente el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho y el de autoría mediata por medio de EOP, es decir, la coautoría mediata¹²⁹.

En sentido similar, aunque emplee el argumento para defender su teoría de las ECCs subsidiarias¹³⁰, afirma Gustafson que, desde un punto de vista práctico, resulta más eficaz y efectivo el acuerdo entre los líderes (coautores) que el acuerdo del ejecutor del crimen con cada uno de los líderes, ya que debido a la capacidad que los superiores directos tienen de influenciar el comportamiento de las unidades que dirigen, es más probable que los subordinados cometan los crímenes si es un superior directo (y no otro superior) quien los ordena¹³¹.

¹²⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59.

¹²⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 490-493, 519 y 560. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 573-574.

¹²⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 490-493, 519 y 560.

¹²⁹ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 178-179; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 574.

¹³⁰ *Vid.* Subapartado III.4.4. de esta Parte II.

¹³¹ GUSTAFSON, K., "The Requirement of an "Express Agreement" for Joint Criminal Enterprise Liability", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 143-149.

V.2.2.3. Conclusión

Una de las críticas que se ha realizado a la doctrina de la ECC en el Capítulo III de esta Parte II es la ficción legal (que poco tiene que ver con la realidad) a la que debe recurrirse para poder establecer que en amplias ECCs todos sus miembros¹³²:

- 1) actúan para promover un plan común;
- 2) comparten el dolo de cometer los delitos centrales de la ECC; y
- 3) comparten todo *dolus specialis* requerido por esos delitos centrales.

En similar sentido, en el marco de la coautoría por dominio funcional del hecho, parece irreal – o al menos, complicado – poder afirmar que todos los intervinientes en un (normalmente) vasto plan o acuerdo criminal comparten exactamente el mismo dolo, pues recordemos que se requieren como elementos del tipo subjetivo de la coautoría por dominio funcional del hecho¹³³:

- 1) que en el sujeto activo concurren los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión;
- 2) que el sujeto activo y el resto de coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común puede conllevar la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen; y

¹³² OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 359-360. En similar sentido, DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise, cit.*, pp. 253-254.

¹³³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 73, párrs. 349-367; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 527-539; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgement* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*), párrs. 1007-1016; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 80, párr. 161; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 495-498. OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 494-495 y 508-512; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 362-366; BADAR, M.E., ""Just Convict Everyone"" , *cit.*, p. 296.

- 3) que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten co-dominar el hecho.

Se ha defendido como posible solución a esta cuestión la aceptación de la suficiencia del elemento de criminalidad del plan común, y de modo más general, la suficiencia del dolo eventual en el tipo subjetivo del art. 30 ER. Es decir, si se acepta la inclusión del dolo eventual en el artículo 30 ER, ello se traduce en el ámbito de la coautoría en que es suficiente con que el plan común contenga un “elemento de criminalidad”¹³⁴. Así, no sería necesario que el plan común estuviera dirigido a la realización de delitos (dolo directo de primer grado), ni tampoco que la comisión de delitos fuera una consecuencia prácticamente inevitable de la ejecución del plan (dolo directo de segundo grado *stricto sensu*), sino que sería suficiente con que la comisión de los delitos fuera un resultado probable (en el sentido de un riesgo sustancial) de la ejecución del plan común y existiera la aceptación mutua de la comisión de los delitos por parte de los intervinientes en él (primer escenario del dolo eventual)¹³⁵.

Como puede observarse, la introducción del “elemento de criminalidad” en el plan común flexibiliza los requisitos de la coautoría por dominio funcional del hecho, y ya no sería necesario que los elementos del tipo subjetivo fueran idénticos en todos los intervinientes en el plan, lo que hablaría a favor de la coautoría también en los contextos de macrocriminalidad. Sin embargo, como se ha tratado de demostrar, la aplicación por separado de la coautoría por dominio funcional del hecho y de la autoría mediata por medio de EOP no resulta adecuada para los supuestos de criminalidad masiva en los que dirigentes y subordinados intervienen – desde diferentes posiciones – en la comisión de crímenes internacionales. Y la figura que combina ambos modos de intervención criminal punible – la coautoría mediata – también evita el recurso a la

¹³⁴ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 156-158.

¹³⁵ *Idem.*

ficción legal de que se dan los mismos elementos del tipo subjetivo en todos y cada uno de los intervinientes en amplios planes criminales comunes¹³⁶.

V.3. Elementos de la coautoría mediata

De acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, en concreto, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* – primera vez en la historia de la CPI en la que se emplea la coautoría mediata –¹³⁷, y las Órdenes de comparecencia en los casos *Ruto, Kosgey y Sang*¹³⁸, y *Muthaura, Kenyatta y Ali*¹³⁹, son ocho los elementos de la coautoría mediata (de los cuales los cinco primeros son elementos del tipo objetivo, y los tres últimos, del tipo subjetivo):

¹³⁶ También defienden que la coautoría mediata es una figura imprescindible en DPI, OLÁSULO, H., “La aplicación”, *cit.*, p. 322; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 192, al mismo tiempo que señalan acertadamente que la autoría mediata puede resultar útil en relación a los superiores intermedios. *Vid.* OLÁSULO, H., “La aplicación”, *cit.*, p. 326; MARTÍNEZ ALCANIZ, A., “La coautoría mediata”, *cit.*, p. 192. También defiende la necesidad de la combinación de distintas figuras en DPI, OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 795-797.

¹³⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 495-539. OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 783-784, afirma que los requisitos de la coautoría y de la autoría mediata son distintos, y advierte de que no todos los casos en los que la CPI ha aplicado la figura de la coautoría mediata cumplen los requisitos de ambas figuras (pone como ejemplo los supuestos del tercer grupo de casos de la coautoría mediata arriba mencionados). Por ello, considera indispensable partir de un principio de segundo nivel, al cual denomina principio de personalidad, que justifique la combinación de dos formas de intervención criminal punible. El principio de personalidad hace referencia al carácter colectivo de la cúpula de los dirigentes (los cuales constituyen un agente colectivo o conjunto), y ello posibilita la atribución directa al agente colectivo de la autoría mediata de uno de los líderes que integra dicho agente colectivo. *Vid.* OHLIN, J.D., “Second-Order”, *cit.*, pp. 785-789; y OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing”, *cit.*, p. 736.

¹³⁸ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 40.

¹³⁹ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 36. *Vid.* también Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 230; y *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda* del 09.06.2014 (ICC-01/04-02/06) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*), párrs. 104 y 121.

- 1) el sujeto activo debe formar parte de un plan o acuerdo común con una o más personas;
- 2) el sujeto activo y el otro coautor(es) deben realizar de manera coordinada contribuciones esenciales que resulten en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo;
- 3) el sujeto activo debe tener el control sobre la organización;
- 4) la organización debe consistir en un aparato organizado y jerárquico de poder;
- 5) la ejecución de los crímenes debe estar asegurada mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes dictadas por el sujeto activo;
- 6) el sujeto activo debe satisfacer los elementos del tipo subjetivo de los crímenes;
- 7) el sujeto activo y los otros coautores deben conocer y aceptar mutuamente que la realización del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; y
- 8) el sujeto activo debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer el control conjunto sobre la comisión del crimen a través de otra persona(s).

Mientras que los dos primeros son los elementos del tipo objetivo característicos de la coautoría por dominio funcional del hecho, el tercero, cuarto y quinto son los elementos del tipo objetivo típicos de la autoría mediata por medio de EOP¹⁴⁰. En cuanto a los requisitos subjetivos, los elementos sexto y octavo son característicos tanto de la coautoría como de la autoría mediata por medio de EOP; por el contrario, el séptimo elemento sólo es característico de la coautoría¹⁴¹. En relación a este último elemento, y como se explicará más detenidamente más adelante, cabe recordar que si se sigue la jurisprudencia de la SCP I y de la SPI I, deberá

¹⁴⁰ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 557-558.

¹⁴¹ *Idem.*

entenderse colmado el requisito del “elemento de criminalidad” cuando el delito sea una probabilidad sustancial – pero no necesaria – de la ejecución del plan común y los coautores acepten mutuamente el mismo; sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia de la SCP II, habrá de entenderse el “elemento de criminalidad” como una “certeza virtual” según la cual el delito será una consecuencia necesaria de la ejecución del plan común¹⁴².

V.4. Tipo objetivo

V.4.1. Existencia de un plan o acuerdo común

Entre los elementos de la coautoría mediata, se requiere que el sujeto activo forme parte de un plan o acuerdo común con una o más personas¹⁴³. Cabe precisar que los coautores mediatos deben ser miembros del plan, no así los autores directos. Al tratarse de un requisito propio de la coautoría, nos remitimos a lo establecido en el Capítulo III (relativo a la coautoría) de esta Parte II en relación al plan o acuerdo común¹⁴⁴.

Aquí basta con apuntar algunos ejemplos de la aplicación del requisito en cuestión en el marco de la coautoría mediata. Por ejemplo, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, la SCP I estableció la existencia de un plan común entre Germain Katanga y Ngudjolo Chui para exterminar Bogoro, consistente en el ataque contra la población civil

¹⁴² Vid. Capítulos II y III de esta Parte II.

¹⁴³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 548-554; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 41; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 37; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230-231; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 105-107.

¹⁴⁴ Vid. Capítulo III de esta Parte II.

mediante la matanza de la población predominantemente Hema y la destrucción de sus propiedades¹⁴⁵. Como se analizará en el Apartado relativo a los elementos del tipo subjetivo de la coautoría mediata, la Sala puso especial énfasis en determinar si el plan era esencialmente criminal o si, al menos, contenía un elemento de criminalidad¹⁴⁶.

En las Órdenes de comparecencia en los casos *Ruto, Kosgey y Sang*, y *Muthaura, Kenyatta y Ali*, la CPI partió de la existencia de una serie de reuniones en las que los coautores habrían acordado el plan común; en el primer caso, con el objetivo último de crear un bloque uniforme de voto partidario al MDN, y en el segundo, partidario al PUN¹⁴⁷. En lo que se refiere a la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, este requisito fue subdividido en tres – los tres primeros elementos del tipo objetivo –¹⁴⁸:

- 1) coautoría;
- 2) fin común; y
- 3) acuerdo o consentimiento tácito.

V.4.2. Contribuciones esenciales de manera coordinada

Otro de los elementos requeridos para la aplicación de la coautoría mediata es la existencia de contribuciones esenciales de manera coordinada¹⁴⁹. Como el anterior, este requisito abarca las contribuciones

¹⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 548-554.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 41; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 37. Vid. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 598-602.

¹⁴⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 469-477.

¹⁴⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 555-561; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párrs. 42-44; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 39-43; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230 y 232; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 108 et seq.

de los coautores mediatos, no las de los autores directos. Dado que éste es también un requisito propio de la coautoría, lo dicho en el Capítulo III (relativo a la coautoría) de esta Parte II en relación a dicho requisito resulta también de aplicación en el ámbito de la coautoría mediata¹⁵⁰.

Entre los ejemplos, destaca la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, en la que la SCP I basó la esencialidad de la conducta de Germain Katanga y Ngudjolo Chui tanto en su intervención en la preparación y acuerdo del plan común como en sus contribuciones posteriores para que sus subordinados ejecutaran por sí mismos el plan común¹⁵¹. La contribución esencial coordinada por parte de cada coautor es el requisito central de la coautoría basada en el dominio funcional del hecho¹⁵², ya que representa el dominio conjunto sobre el hecho; y en este caso, es el elemento clave para aplicar la coautoría mediata en lugar de la autoría mediata. Ello se debe a que, a pesar de que los dos acusados realizaron sus contribuciones por medio de las EOP que controlaban¹⁵³, los ejecutores de los crímenes pertenecían a grupos étnicos diferentes (Ngiti y Lendu), y era improbable que cumplieran órdenes de un dirigente que no fuera de su misma etnia, por lo que el éxito del ataque dependía de la acción conjunta y coordinada de los dirigentes de cada grupo étnico¹⁵⁴. De

¹⁵⁰ Vid. Capítulo III de esta Parte II. Cabe señalar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la coautoría, en el de la autoría mediata, no se exige la realización conjunta del hecho, y por ende, no es necesario que el sujeto de atrás actualice su contribución en la fase de ejecución. Tampoco es necesario dicho requisito en el ámbito de la coautoría mediata, ya que, a pesar de que los líderes sean coautores entre ellos, los coautores mediatos son autores mediatos con respecto a los ejecutores de los crímenes y realizan su contribución al hecho por medio de su control sobre una EOP.

¹⁵¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 555-561.

¹⁵² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 578-581.

¹⁵³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 540-547.

¹⁵⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 490-493, 519 y 560. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 573-574; OLÁSULO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 312-314. Las FRPI se componían sobre todo de miembros de la etnia Ngiti – a la cual pertenecía Katanga –, mientras que el FNI se componía principalmente de miembros de la etnia Lendu – de la cual Ngudjolo Chui formaba parte –.

ahí la aplicación de la coautoría mediata en vez de la autoría mediata por medio de EOP.

En la Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, la SCP II basó la esencialidad de la conducta de los acusados en su intervención tanto en la organización como en la coordinación del plan o acuerdo común¹⁵⁵. Mientras que consideró que Ruto y Kosgey podrían haber podido frustrar la comisión de los crímenes de haber retirado su aportación al plan común, llegó a la conclusión de que Sang no podría haber hecho lo mismo, por lo que consideró que la contribución de este último no cumplía el requisito de la esencialidad – y por ende, no podía ser considerado coautor de los crímenes –¹⁵⁶.

En sentido similar, en la Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, la CPI partió de la esencialidad de la conducta de Muthaura y Kenyatta, quienes realizaron sus aportaciones esenciales por medio de su respectivo control sobre la policía y los Mungiki¹⁵⁷. En la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, el TPIY dividió este requisito en dos – cuarto y quinto elemento del tipo objetivo –¹⁵⁸:

- 4) colaboración coordinada; y
- 5) dominio conjunto sobre la conducta criminal.

¹⁵⁵ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párrs. 42-44. Vid. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 593-594.

¹⁵⁶ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párrs. 42-44.

¹⁵⁷ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 39-43.

¹⁵⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 478-491. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 563-566.

V.4.3. Grado de control/dominio

El control/dominio sobre la EOP es otro de los requisitos del tipo objetivo necesarios de la coautoría mediata¹⁵⁹, aplicable – como es obvio – a los coautores mediatos, no a los autores directos. Al igual que cuando analizamos este requisito en el ámbito de la autoría mediata por medio de EOP¹⁶⁰, nos encontramos ahora también con el problema del grado de control/dominio necesario y de la responsabilidad de los superiores intermedios, con el problema añadido que ello conlleva en relación a la diferenciación entre autoría mediata por medio de EOP y coautoría mediata.

Por ejemplo, la Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali* aplicó la figura de la coautoría mediata a Muthaura y Kenyatta – debido a la esencialidad de sus contribuciones al plan común –¹⁶¹, mientras que en relación a Ali (comisionado de las fuerzas de policía de Kenia), consideró que éste no fue parte del plan común¹⁶², y que Muthaura – según lo acordado en el plan común – le ordenó que instruyera a las fuerzas policiales de Kenia bajo su mando que no impidiesen a los Mungiki atacar a los simpatizantes del MDN en el valle del Rift¹⁶³.

¹⁵⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 540-542; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 45; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 41-42 y 49; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230 y 233; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5, párrs. 83-90; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 118-120. Es el único requisito objetivo de la autoría mediata por medio de EOP que menciona expresamente el TPIY como elemento de la coautoría mediata – los otros dos están implícitos – en la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 492-494. *Vid.* OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 566-567.

¹⁶⁰ *Vid.* Capítulo IV de esta Parte II.

¹⁶¹ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 39.

¹⁶² *Ibid.*, párr. 38. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 602-604.

¹⁶³ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 49. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 602-604.

Según la SCP II, esto se debía a que Muthaura ejercía su autoridad directamente sobre las fuerzas policiales de Kenia, las cuales cumplían automáticamente sus órdenes¹⁶⁴. Así, la SCP II empleó el artículo 25(3)(d) ER en relación a Ali¹⁶⁵. Sin embargo, como ya se ha adelantado, la Sala no analizó suficientemente la relación entre Muthaura y Ali, en concreto, el presunto control efectivo que el primero tenía sobre el segundo y que justificaba el dominio directo de Muthaura sobre la policía de Kenia¹⁶⁶. En efecto, existían otras dos posibilidades:

- 1) que Muthaura y Ali compartieran el poder de dirección sobre la policía; o
- 2) que Ali ostentara plenamente el poder de dirección sobre la policía¹⁶⁷, en cuyo caso debería ser considerado autor mediato por medio de EOP.

No obstante, en un contexto similar, la Orden de arresto en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, calificó a Muammar y Saif Al-Islam Gaddafi de coautores mediatos¹⁶⁸, a la vez que consideró a Al-Senussi como autor mediato por medio de EOP; ya que este último, a pesar de estar subordinado a Muammar Gaddafi, era la mayor autoridad en las Fuerzas Armadas¹⁶⁹.

¹⁶⁴ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 42.

¹⁶⁵ En cualquier caso, la Decisión de confirmación de cargos contra Muthaura y Kenyatta, confirmó la coautoría mediata contra éstos, pero rechazó confirmar los cargos contra Ali, porque las pruebas no eran suficientes para demostrar su responsabilidad ni siquiera bajo el artículo 25 (3)(d) ER. *Vid.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 87.

¹⁶⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 602-604.

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5, párrs 75-76. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 223-226 y 604-606; OLÁSULO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 316-322.

¹⁶⁹ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5, párrs. 83-90. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 210-211; OLÁSULO, H., "La aplicación", *cit.*, pp. 316-322.

V.4.4. Existencia de un aparato organizado y jerárquico de poder

Este requisito proveniente de la figura de la autoría mediata por medio de EOP no ha sido mencionado expresamente en el Capítulo IV (relativo a la autoría mediata) de esta Parte II, sino que ha sido tratado de manera conjunta con el requisito del tipo objetivo analizado en el Subapartado que sigue bajo el título “Existencia de una EOP: automatismo en su funcionamiento”¹⁷⁰. Ello se debe a que algunas resoluciones de la CPI los han analizado de manera conjunta o se han referido al requisito del aparato organizado y jerárquico de poder de manera implícita¹⁷¹; si bien también es cierto que, en algunos otros casos, la CPI se ha referido de manera expresa y por separado a cada uno de los dos requisitos¹⁷².

Por ejemplo, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, nada más referirse de manera expresa a la necesidad de que la organización se basara en relaciones jerárquicas entre los superiores y los subordinados, la SCP I exigió que la organización estuviera compuesta por un número suficiente de subordinados que garantizaran su fungibilidad¹⁷³. Vemos, por tanto, que, aun en los casos en los que se diferencian ambos requisitos, éstos están estrechamente relacionados. En sentido similar, en la Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, la CPI ha

¹⁷⁰ Vid. Subapartado IV.2.4.1. de esta Parte II.

¹⁷¹ *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut* del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párrs. 1407-1409; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 234; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 118-120; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4, párrs. 62-63; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 492-494. Como se ha señalado, el único requisito de la autoría mediata por medio de EOP al que hizo referencia explícitamente el TPIY fue la autoridad de Stakić.

¹⁷² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 511-514 y 543-544; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 45; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 21-22 y 41-42; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 5, párr. 69; Orden de comparecencia en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 59, párr. 25; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230 y 234.

¹⁷³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 511-514.

aludido simultáneamente a que los Mungiki constituían una organización amplia y jerárquica en la que existían varios niveles de mando y una división clara de tareas a lo largo de la estructura de mando¹⁷⁴.

Aunque del mismo término EOP (Estructura Organizada de Poder) se deduce que el aparato debe ser organizado, no ocurre lo mismo con el requisito de la jerarquía. ¿Debe exigirse que la EOP esté estructurada jerárquicamente? ¿Es la jerarquía un requisito inherente al concepto de EOP? Por un lado, podría defenderse que la jerarquía no es un elemento constitutivo de la autoría mediata por medio de EOP, ya que, de lo contrario, la autoría mediata por medio de EOP sólo sería aplicable a los casos de rígidas burocracias estatales¹⁷⁵. Por otro, hay quien lo considera un requisito necesario y, por consiguiente, defiende que la autoría mediata por medio de EOP no es una figura tan apropiada para crímenes cometidos en el seno de estructuras informales de poder (como en la mayoría de conflictos africanos) en comparación con los cometidos en contextos de estructuras estrictamente jerárquicas¹⁷⁶.

Así las cosas, lleva razón Ambos cuando señala que el carácter jerárquico de la organización es típico tanto en la violencia estatal como en los grupos armados no-estatales¹⁷⁷. Prueba de ello es que la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* afirmó la existencia de una jerarquía en relación a grupos paramilitares africanos¹⁷⁸. En el mismo sentido, la Segunda Sala Penal Transitoria de Perú consideró a Abimael Guzmán, líder

¹⁷⁴ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 22 y 41. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 598-602.

¹⁷⁵ MEINI, I., "El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001)" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 217-218; OSIEL, M., *Making sense of mass atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 100 *et seq.*

¹⁷⁶ MANACORDA, S., MELONI, C., "Indirect Perpetration", *cit.*, p. 171.

¹⁷⁷ AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, p. 150.

¹⁷⁸ *Idem.* Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 543-544.

del grupo armado Sendero Luminoso, autor mediato por medio de EOP (en este caso, Sendero Luminoso)¹⁷⁹.

V.4.5. Utilización de la EOP para asegurar la ejecución de los crímenes: automatismo en su funcionamiento

Este requisito de la autoría mediata por medio de EOP – y por ende, de la coautoría mediata¹⁸⁰ – ya ha sido explicado en el Capítulo IV (relativo a la autoría mediata) de esta Parte II, por lo que nos remitimos a lo allí establecido en referencia al requisito del automatismo en el funcionamiento de la EOP¹⁸¹.

Como ya se ha adelantado, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* dio un paso importante en este ámbito: señaló que, además de la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores (miembros de rango bajo de la EOP)¹⁸², existían otros criterios en los que podía basarse el automatismo en el funcionamiento de la EOP, como el entrenamiento brutal de jóvenes soldados o la lealtad hacia los líderes militares de la misma etnia¹⁸³. Este paso es bienvenido, puesto que, como ya se ha explicado, estos nuevos criterios cumplen una función importante en el contexto de los conflictos africanos actuales¹⁸⁴.

¹⁷⁹ *Caso Abimael Guzmán, Segunda Sala Penal Transitoria, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia* del 14.12.2007 (R.N. N° 5385-2006).

¹⁸⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 545-547; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 45; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 41; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230 y 234; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 118-120.

¹⁸¹ *Vid.* Capítulo IV de esta Parte II.

¹⁸² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 545-547. Se basó en el gran tamaño de las EOP en cuestión para demostrar la fungibilidad de los ejecutores de los crímenes. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 577-578.

¹⁸³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 545-547.

¹⁸⁴ AMBOS, K., "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2011, pp. 15 y 19. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/839.pdf>> [Consulta:

Cabe señalar que en las Órdenes de comparecencia en los casos *Ruto, Kosgey y Sang*¹⁸⁵, *Muthaura, Kenyatta y Ali*¹⁸⁶, y *Gbagbo*¹⁸⁷, la CPI se refirió al requisito del cumplimiento automático de las órdenes de los líderes, pero no mencionó el criterio de la fungibilidad para basar su postura; antes bien pareciera que el cumplimiento automático de las órdenes se derivara de la posición de autoridad del sujeto activo en cada caso. En lo que se refiere a la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, este requisito no se encuentra mencionado expresamente, ya que el único requisito de la autoría mediata por medio de EOP al que hizo referencia explícitamente el TPIY fue la autoridad de *Stakić*: es decir, el dominio por parte del dirigente sobre la organización como consecuencia de su posición de autoridad¹⁸⁸.

V.5. Tipo subjetivo

V.5.1. Cumplimiento de los elementos del tipo subjetivo del crimen

Como primer requisito subjetivo se exige que el coautor mediato haya actuado con los elementos del tipo subjetivo requeridos por el crimen en cuestión¹⁸⁹, incluyendo todo *dolus specialis* que requiera el crimen en

15.04.2015]; OSIEL, M., *Making sense*, cit., pp. 99-104; OSIEL, M., "Ascribing individual liability within a bureaucracy of murder" en SMEULERS, A. (ed.), *Collective violence and international criminal justice: An interdisciplinary approach*, Intersentia, Antwerpen, 2010, pp. 112 y 116.

¹⁸⁵ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, supra nota 59, párr. 45.

¹⁸⁶ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, supra nota 59, párr. 41.

¹⁸⁷ Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, supra nota 59, párr. 10.

¹⁸⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, supra nota 15, párrs. 492-494. Vid. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 566-567.

¹⁸⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 9, párrs. 527-532; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, supra nota 59, párrs. 46-47; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, supra nota 59, párrs. 36 y 44; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, supra nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, supra nota 59, párrs. 230 y 235-237; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, supra nota 139, párrs. 121 et seq.; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, supra nota 15, párr. 495.

cuestión¹⁹⁰. También en el ámbito de la coautoría mediata, cabe recordar la importancia de la discusión entre las distintas Salas de la CPI en relación al contenido del tipo subjetivo del artículo 30 ER¹⁹¹. La Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* también se refirió a dicha discusión y, como se ha adelantado, a pesar de afirmar que el artículo 30 ER sólo incluía el dolo directo de primer y segundo grado, lo cierto es que, al definir el dolo directo de segundo grado, incluyó también el aquí denominado primer escenario del dolo eventual¹⁹².

Tanto en la Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*¹⁹³, como en la del caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*¹⁹⁴, la Sala señaló que los acusados actuaron con los elementos del tipo subjetivo requeridos por los crímenes contra la humanidad imputados, incluido el conocimiento de la naturaleza generalizada y sistemática de los ataques cometidos contra la población civil en el contexto en el cual los crímenes fueron cometidos.

A este respecto, surge la duda de quién es el que debe cumplir los elementos del tipo subjetivo del crimen: ¿sólo los líderes (coautores mediatos)? O ¿Los líderes y los subordinados (ejecutores)? El requisito que ahora se analiza se requiere tanto en la coautoría por dominio funcional del hecho como en la autoría mediata por medio de EOP; mientras que en la primera se exige que todos los coautores cumplan los elementos del tipo subjetivo del delito, en la segunda, no se ha hecho referencia a esta

¹⁹⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 527-532; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 121, 126 y 131.

¹⁹¹ *Vid.* Subapartados II.2.3. y II.2.4. de esta Parte II.

¹⁹² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 527-532.

¹⁹³ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párrs. 46-47.

¹⁹⁴ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 36 y 44. *Vid* también Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 122-126.

cuestión: se exige en relación a los autores mediatos, pero sin analizarlo respecto de los ejecutores¹⁹⁵.

De acuerdo con lo establecido en la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, en el ámbito de la coautoría mediata, no es necesario determinar si los ejecutores reunían todos los elementos del tipo subjetivo de los delitos para decidir sobre la responsabilidad penal del dirigente imputado¹⁹⁶. Dado que la Sala decidió analizar el requisito del cumplimiento de los elementos del tipo subjetivo del crimen en relación a cada uno de los delitos imputados¹⁹⁷, la afirmación que ahora nos interesa fue realizada en el marco del crimen de persecución por razones políticas, raciales y religiosas (como crimen contra la humanidad)¹⁹⁸. Así, el TPIV señaló que “en los casos de autoría mediata, sólo se requiere la prueba de la intención discriminatoria general del autor mediato en relación al ataque cometido por los autores/actores directos. Aunque el autor/actor no actuara con una intención discriminatoria, esto, en sí mismo, no excluye el hecho de que el mismo acto pueda ser considerado parte de un ataque discriminatorio si sólo el autor mediato tenía la intención discriminatoria¹⁹⁹”.

No es de extrañar, por tanto, que Olásolo defienda que para la autoría mediata por medio de EOP, el que los ejecutores satisfagan los elementos del tipo subjetivo del delito es completamente irrelevante a la hora de determinar la responsabilidad penal del dirigente que se encuentra en el vértice de la EOP²⁰⁰. Cree, por ello, que también para la coautoría mediata es irrelevante el tipo subjetivo de los ejecutores, ya que lo único relevante

¹⁹⁵ *Vid.* Capítulos III y IV de esta Parte II respectivamente.

¹⁹⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 743. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 569.

¹⁹⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 495.

¹⁹⁸ *Ibid.*, párr. 743.

¹⁹⁹ *Idem.* OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 569.

²⁰⁰ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 557-558.

es el tipo subjetivo de los dirigentes que actúan como coautores mediatos²⁰¹.

En la misma línea, se encuentra la Orden de arresto en el caso *Al Bashir*²⁰². En ella, la SCP I consideró a Al Bashir alternativamente como autor mediato o coautor mediato, ya que no alcanzó una respuesta definitiva sobre si se trataba de una situación de control en solitario o de control compartido con un pequeño círculo cercano sobre la EOP que constituía el Estado de Sudán²⁰³. La Sala explica que, en caso de que resultara de aplicación la autoría mediata (por tratarse de un caso de control en solitario del Estado de Sudán), entonces sería necesario probar que Al Bashir tenía la intención genocida²⁰⁴. Por el contrario, si se aplicara la coautoría mediata (por ser un supuesto de control compartido), sería necesario probar que aquellos que compartían el dominio sobre la EOP (el Estado de Sudán) compartían la idea de que el plan común acordado estuviera dirigido a la destrucción, total o parcial, de los grupos *Fur, Masalit y Zaghawa*²⁰⁵.

Tras lo cual llega a la conclusión de que, en cualquiera de los casos, el tipo subjetivo de los superiores de rango medio o de los ejecutores de rango bajo son irrelevantes para determinar si el genocidio era parte del plan común acordado²⁰⁶. Por consiguiente, la Sala apoya la tesis de que sólo los máximos líderes (aquellos que son miembros del plan común, y que pertenecen al vértice de las EOPs que controlan), es decir, los coautores mediatos, deben cumplir los elementos del tipo subjetivo requeridos por el crimen imputado²⁰⁷. Por su parte, como es obvio, para poder castigar a los

²⁰¹ *Idem.*

²⁰² Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4.

²⁰³ *Ibid.*, párrs. 221-223.

²⁰⁴ *Ibid.*, párrs. 148-149.

²⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 150-151.

²⁰⁶ *Ibid.*, párr. 152.

²⁰⁷ *Idem. Vid. OLÁSULO, H., Tratado, cit., pp. 557-558.*

ejecutores de los crímenes como autores directos de los mismos, habrá de probarse que éstos cumplen los elementos del tipo subjetivo del crimen que se les imputa.

V.5.2. Conciencia y aceptación mutua del delito como elemento de criminalidad del plan común

Otro requisito del tipo subjetivo de la coautoría mediata reside en que los coautores sean conscientes y acepten mutuamente que la ejecución del plan común resultará en la comisión de los crímenes en cuestión²⁰⁸. A este respecto, conviene recordar la discusión entre la SCP I y SCP II de la CPI en relación a la definición del elemento de criminalidad del plan común y a la aceptación o rechazo del dolo eventual como mínimo requerido por el art. 30 ER²⁰⁹. De acuerdo con lo establecido por la SCP I (también por la SPI I), es suficiente con que los coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común “puede conllevar” la comisión del crimen²¹⁰, por lo que se considera suficiente el estándar del dolo eventual²¹¹.

²⁰⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 564-572; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 48; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 36 y 44; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 238; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párr. 135; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 496.

²⁰⁹ *Vid.* Capítulo III de esta Parte II.

²¹⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 73, párrs. 361-365; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 527-539; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 133, párrs. 982-987 y 1010-1012; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 80, párr. 161; *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Decision on the confirmation of the charges* del 16.12.2011 (ICC-01/04-01/10) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*), párr. 271; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 496.

²¹¹ Mientras que la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 73, incluye los dos escenarios del dolo eventual, la Decisión de confirmación de cargos en el

Por el contrario, la SCP II exige que el sujeto activo sea consciente y acepte que la implementación del plan común “conllevará” la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen (estándar de la “certeza virtual”)²¹², de ahí que no sea suficiente con que el plan común “pueda conllevar” la comisión del crimen, sino que el plan “debe conllevar” tal comisión. La toma de postura de la SCP II en el ámbito de la coautoría es coherente con su decisión, en relación al tipo subjetivo del art. 30 ER, de excluir el dolo eventual y aceptar exclusivamente el dolo directo de primer grado y el dolo directo de segundo grado *stricto sensu* en el ámbito del art. 30 ER²¹³.

Las resoluciones dictadas en el contexto más específico de la coautoría mediata no son de gran ayuda para determinar cuál es la postura adoptada en relación a la cuestión que se acaba de plantear. En efecto, las Salas sólo señalan que los coautores deben ser conscientes y aceptar mutuamente que la ejecución del plan común resultará en la comisión de los crímenes en cuestión²¹⁴; y tampoco sirve de gran ayuda que las Decisiones de confirmaciones de cargos en el caso *Katanga* y *Gbagbo* añadan la expresión “en el curso ordinario de los acontecimientos”²¹⁵, puesto que,

caso *Katanga*, *supra* nota 9, sólo incluye el primer escenario del dolo eventual. Al respecto, *vid.* Apartado III.3 de esta Parte II.

²¹² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 59, párr. 351; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Banda y Jerbo*, *supra* nota 73, párr. 159; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the confirmation of charges* del 23.01.2012 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 333; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 87, párrs. 297 y 410; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párrs. 123-124, 128-129 y 133-134.

²¹³ *Vid.* Subapartado II.2.3. de esta Parte II.

²¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 564-572; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 48; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 36 y 44; Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 496.

²¹⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 564-572; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230-231 y 238. En el mismo sentido, Orden de arresto en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 10.

como se ha visto, esta expresión ha sido interpretada de manera distinta por la SCP I y SCP II de la CPI.

Tampoco queda claro cómo debe interpretarse la afirmación de la SCP I en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, según la cual la violencia contra los civiles constituía un “elemento criminal inherente al plan común” dirigido a mantenerse en el poder a toda costa (aunque no fuera el objetivo último de Gbagbo y su círculo más cercano)²¹⁶. En el caso *Katanga*, dado que el plan común era intrínsecamente criminal (los delitos imputados constituían el fin último o el resultado necesario de la ejecución del plan común), la SCP I consideró innecesario desarrollar el concepto de dolo eventual²¹⁷. Por ello, no quedó claro si la coautoría mediata requiere que los delitos sean un resultado necesario de la ejecución del plan común o si es suficiente con que constituyan una consecuencia probable de su realización²¹⁸.

Así las cosas, parece lícito preguntarse si la aceptación del dolo eventual (es decir, la suficiencia del “elemento de criminalidad” del plan común) en el contexto de la coautoría mediata no supone acaso expandir demasiado el ámbito de aplicación de la autoría, puesto que ello conlleva añadir otro elemento de flexibilización a lo que algunos consideran ya una flexibilización excesiva (la combinación de la coautoría con la autoría mediata)²¹⁹. Como ya hemos adelantado, nos mostramos favorables a la aceptación del dolo eventual en el ámbito de la coautoría por dominio funcional (suficiencia del elemento de criminalidad del plan común), porque, aunque la comisión del crimen sea “sólo” probable, los coautores

²¹⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 231.

²¹⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párr. 531.

²¹⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 585-586.

²¹⁹ MANACORDA, S., MELONI, C., “Indirect Perpetration”, *cit.*, pp. 174-175. No obstante, estos autores también afirman que entienden las razones por las que la CPI desarrolló la figura de la coautoría mediata, ya que consideran que una construcción tan estricta de los elementos de la coautoría (con estándares tan altos en los planos objetivo y subjetivo) necesita cierta flexibilización.

acuerdan que ésta tendrá lugar sólo bajo determinadas circunstancias (conciencia y aceptación mutuas), por lo que no hay duda de que todos co-dominan el hecho²²⁰.

Aunque tal flexibilización (esto es, la introducción del “elemento de criminalidad” en el plan común) amplíe el ámbito de aplicación de la coautoría por dominio funcional del hecho, en este Capítulo hemos podido comprobar que la aplicación por separado de la coautoría por dominio funcional del hecho y de la autoría mediata por medio de EOP no resulta adecuada para los supuestos de criminalidad masiva en los que dirigentes y subordinados intervienen – desde diferentes posiciones – en la comisión de crímenes internacionales. De ahí la necesidad de la coautoría mediata – la cual también evita el recurso a la ficción legal de que todos los coautores conocen y comparten el mismo dolo – y de la aceptación del primer escenario del dolo eventual también en el contexto de la coautoría mediata.

Para terminar, debemos preguntarnos si sólo los coautores mediatos (los superiores) o también los ejecutores (los subordinados) deben tener la “conciencia y aceptación mutua del delito como elemento de criminalidad del plan común”. Las resoluciones de la CPI hacen referencia a los acusados del caso concreto al abordar este requisito, por lo que no pueden servir para responder esta pregunta; pero la Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, y la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo* se refieren al acusado y “al resto de coautores”, lo que habla a favor de la exigencia de este requisito sólo para los coautores (mediatos)²²¹. Además, tal postura es coherente con la opinión mayoritaria relativa al requisito del “cumplimiento de los elementos del tipo subjetivo del crimen”, según la cual es irrelevante el tipo subjetivo de los ejecutores, ya

²²⁰ Vid. Capítulo III de esta Parte II.

²²¹ Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párr. 36; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párr. 238.

que lo único relevante es el tipo subjetivo de los dirigentes que actúan como coautores mediatos²²².

En resumen, la admisión del dolo eventual en el ámbito de la coautoría mediata requiere en todo caso, al igual que en el ámbito de la coautoría (directa), que la conciencia y la aceptación (de la alta probabilidad de la comisión del crimen) por parte de los coautores mediatos sean mutuas. Por ello, de ninguna manera debería emplearse la combinación del dolo eventual con la coautoría mediata para imputar a los líderes (coautores mediatos) los excesos no-acordados cometidos por los autores directos de los crímenes.

V.5.3. Conciencia de su posición de autoridad y de su capacidad para frustrar el plan común

El presente requisito de la coautoría mediata²²³ es una combinación de un requisito de la autoría mediata – la conciencia de su posición de autoridad – y otro de la coautoría por dominio funcional del hecho – la conciencia de su capacidad para frustrar el plan común –. Por consiguiente, nos remitimos a lo ya dicho sobre dichos elementos en los Capítulos IV y III de esta Parte II respectivamente²²⁴.

Cabe señalar que en las resoluciones en las que se analiza este requisito en el marco de la coautoría mediata, las Salas se refieren al requisito que ahora analizamos como “la conciencia por parte de los acusados de las

²²² Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 4, párr. 152; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párr. 743. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 557-558.

²²³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 562-563; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 48; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 36 y 44; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 59, párrs. 230 y 240; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 139, párr. 135; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 497-498.

²²⁴ *Vid.* Capítulos IV y III de esta Parte II respectivamente.

circunstancias fácticas que les permitían ejercer el dominio conjunto sobre la comisión de los crímenes por medio de otra(s) persona(s)”²²⁵. Así, bajo el título “los acusados eran conscientes de las circunstancias fácticas que les permitían ejercer el dominio funcional sobre los delitos por medio de otra persona”, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* analizó, por un lado, si los acusados eran conscientes de su control sobre las EOP que emplearon para ejecutar los crímenes; y por otro, si eran conscientes de la función esencial que cada uno de ellos cumplía en la ejecución del plan común²²⁶. La SCP I contestó ambas cuestiones afirmativamente²²⁷.

Por el contrario, en la Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, el TPIY se refirió a este requisito como “la conciencia de Stakić sobre la importancia de su propio rol”²²⁸. Bajo dicha sección, la Sala afirmó que el acusado era consciente de su autoridad y de su función esencial en la consecución del objetivo común, ya que sabía que podría frustrar el objetivo de conseguir un municipio serbio si empleaba su poder para sancionar a los responsables de los crímenes (y así proteger o ayudar a la población no-serbia) o si renunciaba a su cargo superior²²⁹.

²²⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 562-563; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 59, párr. 48; Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 59, párrs. 36 y 44.

²²⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 9, párrs. 562-563.

²²⁷ *Idem*.

²²⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 497-498. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 569.

²²⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 15, párrs. 497-498.

VI. PARTICIPACIÓN

VI.1. Introducción

Diversos autores defienden que los máximos responsables de los crímenes deberían ser castigados como partícipes (en concreto, como inductores), ya que entienden que el sujeto de atrás no puede ser autor cuando el ejecutor es penalmente responsable a título de autoría¹. Sin embargo, en el presente trabajo investigador apoyamos la aplicación de la (co)autoría mediata por medio de EOP en relación a los verdaderos artífices de los crímenes de atrocidad, puesto que considerarlos partícipes supondría relegar su papel a un segundo plano y permitiría que los máximos responsables de los crímenes eludieran la estigmatización de ser considerado autor (y, por ende, responsable principal) de los mismos.

Ahora bien, el presente trabajo investigador no está dedicado exclusivamente a los modos de intervención criminal punible aplicables a los máximos responsables, sino que pretende abarcar la conducta de todos los intervinientes en crímenes de atrocidad, incluyendo los ejecutores de los mismos, así como aquellos que de alguna manera hayan intervenido en su comisión. Por ello, el análisis de los modos de intervención criminal punible en DPI no podría estar completo sin hacer mención a la responsabilidad por participación en el crimen, la cual será analizada en el presente Capítulo.

¹ Vid. Subapartado IV.2.2.2. de esta Parte II.

VI.1.1. Distintos modelos de intervención en el delito

La intervención en el delito ha sufrido un proceso de especificación desde la época de Núremberg hasta su culminación en el art. 25(3) ER². Frente al modelo unitario adoptado en el TMI y en el TMILO³, los Estatutos de los tribunales *ad hoc* fueron los primeros intentos para diferenciar entre las distintas formas de autoría y participación⁴. No obstante, los Estatutos de dichos tribunales recogieron todos los modos de intervención criminal punible en una misma oración y los pusieron a un mismo nivel⁵. Sólo desde la entrada en vigor del ER cuenta el DPI con un conjunto de reglas que regulan sistemáticamente las formas de intervención punibles y distinguen claramente entre autoría y participación⁶. Además de adoptar un modelo diferenciado, el ER ha definido normativamente la autoría, incluyendo la autoría mediata⁷.

Sin embargo, ninguno de los Estatutos de los tribunales internacionales prevé una mitigación obligatoria de la pena para los partícipes, de aquí que todas las contribuciones sean tratadas normativamente de modo igual a la

² VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012, pp. 74-75.

³ VEST, H., "Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?", *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 306; OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 61; GIL GIL, A., "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata", *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, pp. 113-114; FINNIN, S., *Elements of Accessorial Modes of Liability. Article 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2012, pp. 14-17; ESER, A., "Individual Criminal Responsibility: Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law" en A. CASSESE, P. GAETA y J.R.W.D. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, p. 781.

⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 62-63.

⁵ ESER, A., "Individual", cit., p. 781.

⁶ AMBOS, K., "Article 25. Individual Criminal Responsibility" en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 478-480; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 74 y 79; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 68; FINNIN, S., *Elements*, cit., p. 20.

⁷ OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing the Control-Theory", *LJIL*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, p. 740; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 74 y 79.

hora de determinar la pena⁸. Por consiguiente, los modelos internacionales de intervención en el crimen son diferenciados en el sentido de que identifican distintas formas de intervención en el delito, pero unitarios en lo que se refiere a la determinación de la pena⁹.

Con objeto de dejar claro lo que se viene de mencionar, han de dedicarse las siguientes líneas a una breve explicación de los distintos modelos de intervención. Se trata de modelos que, en parte, se solapan¹⁰; además, prácticamente todos los Estados combinan más de un modelo¹¹. Una primera aproximación a los modelos permite distinguir entre los modelos unitarios (o monistas) y los modelos diferenciados (o dualistas o pluralistas). Los primeros consideran autores a todos los intervinientes que presten una contribución causal a la realización del tipo, independientemente de la importancia que tenga su colaboración para el conjunto del hecho¹².

⁸ VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 301; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 74; DUBBER, M. D., "Criminalizing Complicity. A Comparative Analysis", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 4, 2007, p. 1001.

⁹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 81; VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 307; WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, p. 218. Advierte de esta posibilidad en la práctica, a pesar de una diferenciación entre sistemas unitarios y diferenciados, ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 143-148.

¹⁰ VOGEL, J., "How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models", *Cahiers de Défense Sociale*, 2002, p. 154; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 65.

¹¹ WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría", *cit.*, p. 215; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 65; ROBLES PLANAS, R., *La participación, cit.*, pp. 143-148.

¹² JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 645. En sentido similar, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 376; VOGEL, J., "How to", *cit.*, pp. 152-154. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 66; VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 306; WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría", *cit.*, p. 214; PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Éditions Dalloz, Paris, 1995, p. 275; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 781.

Entre las críticas que se dirigen al modelo unitario, destacan las siguientes:

- 1) al convertirse todas las contribuciones al hecho en la causación de lesiones al bien jurídico, se pierde lo injusto específico de la acción de cada tipo¹³;
- 2) se amplía en exceso la punibilidad, ya que la tentativa de cooperación resulta punible en todos los casos en los que el tipo permite la punibilidad de la tentativa¹⁴; y
- 3) al no prever la atenuación de la pena para inducción y complicidad, se pierde en matices¹⁵.

Por el contrario, en el modelo diferenciado, se distingue entre autoría (*Perpetratorship, Täterschaft*) y participación (*Participation, Teilnahme*); y la participación es accesoria con respecto al hecho típico y antijurídico del autor¹⁶. Ello se debe a que las contribuciones causales son diferentes en peso y en cercanía a la comisión del crimen, por lo que sería injusto tratar igual a todos los intervinientes¹⁷. Existen dos subgrupos principales entre los sistemas diferenciados¹⁸:

- aquellos que reconocen distintos grados de contribución, y por ende, varios tipos de partícipes; y

¹³ MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., p. 377; JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., pp. 645-646.

¹⁴ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., pp. 645-646; JAKOBS, G., *Derecho*, cit., p. 719; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014, pp. 64-65.

¹⁵ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., pp. 645-646; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 64-65.

¹⁶ ESER, A., "Individual", cit., pp. 782-783; JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., pp. 645-646; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 66; VEST, H., "Problems of Participation", cit., p. 306; WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría", cit., p. 214; PRADEL, J., *Droit pénal*, cit., p. 276; ROTH, R., "Responsabilité Pénale Individuelle pour Délits Collectifs: Droit Continental" en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, p. 68.

¹⁷ ESER, A., "Individual", cit., pp. 782-783; JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., pp. 645-646.

¹⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 66-67; PRADEL, J., *Droit pénal*, cit., pp. 276-278.

- aquellos otros que sólo prevén un tipo de partícipe – como en Francia y en los países del *common law* –.

Partiendo de esta clasificación, puede realizarse la distinción entre modelos derivativos y autónomos. Los modelos diferenciados entienden la responsabilidad del partícipe como si fuera derivada o indirecta, y distinguen entre responsables principales/autores y responsables accesorios/partícipes¹⁹. Es decir, la responsabilidad del partícipe depende de y es accesoria del hecho principal²⁰. No obstante, en los modelos unitarios, cada interviniente es responsable de manera independiente a la responsabilidad del resto de intervinientes, de ahí que no se emplee la noción de responsabilidad accesoria²¹. Desaparece el requisito de la accesoriadad, y el criterio decisivo es el de la causalidad²².

En los sistemas unitarios o monistas lo relevante no es si una persona es responsable como autor o partícipe, sino que el nivel de su participación se tenga en cuenta en la determinación de la pena²³. Dicho de otra forma, la importancia de la contribución de cada interviniente para el conjunto del hecho sólo se tiene en cuenta para la determinación de la pena, con independencia de todas las distinciones dogmáticas de la teoría de la intervención²⁴. Por ello, Vogel emplea el término de “modelos orientados hacia la determinación de la pena” para referirse a los sistemas unitarios²⁵.

¹⁹ ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 783; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 67-68; FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000, p. 636; CRYER, R., “Imputation and Complicity in Common Law States. A (Partial) View from England and Wales”, *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 270, describe la responsabilidad del partícipe como una responsabilidad derivada tanto en Inglaterra y Gales como en Estados Unidos.

²⁰ ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 783.

²¹ *Ibid.*, p. 781; FLETCHER, G.P., *Rethinking, cit.*, p. 636; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 68-69.

²² JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch, cit.*, p. 645. En sentido similar, JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, p. 719.

²³ VOGEL, J., “How to”, *cit.*, p. 159; ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 781.

²⁴ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch, cit.*, p. 645.

²⁵ VOGEL, J., “How to”, *cit.*, p. 159.

Por el contrario, los sistemas diferenciados son “modelos orientados hacia la responsabilidad”²⁶. Sin embargo, estos últimos sistemas están sufriendo una transformación hacia los “modelos orientados hacia la determinación de la pena”²⁷. En efecto, en numerosos sistemas diferenciados – como en DPI – no existe una diferencia entre las penas previstas para los autores y los partícipes²⁸. Sólo en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica, los cuales prevén una mitigación de la pena para una categoría específica de partícipes, dicha distinción es importante²⁹.

Por último, está la clasificación entre modelos naturalistas y normativos: mientras que en el primero el punto de partida es el mundo natural y la realidad de la causa y el efecto, el segundo parte de la responsabilidad³⁰. Así, de acuerdo con un modelo naturalista, es autor quien inmediatamente realiza el *actus reus*, y es partícipe quien contribuye a la realización del *actus reus*³¹. Por el contrario, según el modelo normativo, es autor quien es “más responsable”, en el sentido de tener una influencia decisiva en la comisión del crimen, sin necesidad de que lo cometa físicamente³². En cuanto al partícipe en un sistema normativo, se trata de una persona que no tiene tal influencia y que, por ello, es menos responsable³³. El sistema naturalista es un sistema *bottom-up*, en el sentido de que se empieza con el actor inmediato para después llegar a los niveles intermedios y

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Idem*. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 70, se refiere a estos dos modelos como los modelos “orientados hacia el crimen” y “orientados hacia la contribución”.

²⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 70; VOGEL, J., “How to”, cit., p. 159.

²⁹ VEST, H., “Problems of Participation”, cit., p. 306; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 70; FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., pp. 636-637.

³⁰ VOGEL, J., “How to”, cit., pp. 154-157; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 71; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing”, cit., pp. 740-742.

³¹ VOGEL, J., “How to”, cit., pp. 154-157; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 71-72; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing”, cit., pp. 740-742.

³² VOGEL, J., “How to”, cit., pp. 154-157; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 72; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing”, cit., pp. 740-742.

³³ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 72.

superiores³⁴. El enfoque normativo, por el contrario, es un sistema *top-down* en el que se empieza con el individuo más responsable hasta llegar a los rangos bajos³⁵.

Vogel explica con razón que el debate sobre la distinción entre autores y partícipes no es tan importante en los sistemas diferenciados en los que no existe ninguna mitigación obligatoria para los partícipes³⁶, como en DPI. Sin embargo, lleva razón Van Sliedregt cuando afirma que, en cualquier caso, la distinción entre autores y partícipes es relevante desde el punto de vista de la estigmatización y del valor expresivo de ser etiquetado como autor³⁷. Así, en Derecho Anglo-Americano (sistema orientado hacia la determinación de la pena), el uso de los términos autor o partícipe no es normativo, sino que la mayor o menor responsabilidad se expresa en la determinación de la pena³⁸. Es por ello que es escaso el valor simbólico del etiquetamiento en este tipo de modelos³⁹. No obstante, en los sistemas orientados hacia la responsabilidad (como el alemán), la distinción entre autores y partícipes es muy relevante: caracterizar al cerebro criminal como autor supone entender que ha cometido el crimen en vez de meramente haber contribuido en él⁴⁰.

En sentido similar, Vest afirma que, debido a la naturaleza sistémica y al gran número de intervinientes en crímenes internacionales, la distinción

³⁴ *Idem.*; VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 296; VOGEL, J., "How to", *cit.*, pp. 154-157; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, pp. 740-742.

³⁵ VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 296; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 72; VOGEL, J., "How to", *cit.*, pp. 154-157; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, pp. 740-742.

³⁶ VOGEL, J., "How to", *cit.*, p. 159; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 73.

³⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 73 y 80; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, p. 745. En sentido similar, DRUMBL, M.A., *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 173-176.

³⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 73; CRYER, R., "Imputation", *cit.*, p. 271.

³⁹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 73.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 73 y 80-81.

entre autores y partícipes resulta importante para, al menos, identificar a las figuras centrales⁴¹. Esta es precisamente la base de la que parte la teoría de la autoría mediata por medio de EOP de Roxin⁴². A pesar de ello, Vest explica que la norma del art. 25(3) ER – la cual claramente diferencia entre autoría y participación – debe ser leída conjuntamente con los preceptos que regulan la determinación de la pena⁴³. Mientras que el art. 77(1)(a) ER prevé la pena de prisión por tiempo determinado, con un máximo de treinta años, el subapartado (b) prevé la cadena perpetua para los supuestos de extrema gravedad del crimen o atendidas las circunstancias personales del condenado⁴⁴. Los factores a tener en cuenta para la determinación de la pena se encuentran regulados en el art. 78(1) ER, el cual vuelve a hacer mención a la gravedad del crimen y a las circunstancias personales del condenado. Por último, de acuerdo con lo establecido en el art. 145(1)(c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, al imponer la pena, la Corte debe tener en cuenta todo factor relevante, incluyendo el grado de intervención en el delito (las Reglas dicen expresamente “el grado de participación del condenado”) y el grado de dolo (las Reglas dicen expresamente “el grado de intencionalidad”).

Como puede observarse, las normas sobre la determinación de la pena en el ER han optado por un enfoque unitario: sólo existe un tipo de pena (el internamiento en prisión por tiempo determinado) con una cláusula especial para casos extremos⁴⁵. En cualquier caso, el hecho de que la identificación de una persona como autor o partícipe no conlleve obligatoriamente una mitigación o agravación de la pena no significa que

⁴¹ VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 302; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 77. En sentido similar, WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría”, *cit.*, p. 218; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., “Assessing”, *cit.*, p. 745.

⁴² VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 302.

⁴³ *Ibid.*, p. 300.

⁴⁴ *Idem.*; WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría”, *cit.*, p. 218.

⁴⁵ VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 301.

sea totalmente irrelevante que el condenado sea autor o participe⁴⁶. Vest no es partidario de establecer una mitigación obligatoria para la responsabilidad por participación⁴⁷: aunque reconoce que normalmente la autoría conlleva una mayor responsabilidad que la participación, señala que puede haber excepciones; cuestiona, por ejemplo, que la contribución de aquel que suministra los medios necesarios para la comisión del crimen (un “mero” cómplice) sea menos responsable que un simple autor que se encuentra en el nivel de ejecución del crimen⁴⁸.

Así, propone diferenciar entre modo de intervención (en el sentido de los modos de intervención criminal punible previstos en el art. 25(3) ER) y grado de intervención (referido al grado específico de intervención en cada caso concreto): mientras que el modo no siempre será decisivo (defiende que, en algunos casos, la inducción puede ser más de peso que la autoría), el grado de intervención sí⁴⁹. De ahí que defienda que el art. 25(3) ER debe entenderse en el sentido de que incluye una jerarquía, pero una jerarquía flexible que también sirva para las excepciones⁵⁰. Por ello, propone que se tenga en cuenta en la determinación de la pena el contexto en el que los crímenes internacionales tienen lugar y, sobre todo, la posición del condenado en el aparato – rango alto, medio o bajo –⁵¹. Aceptar que el contexto y la posición del condenado deben ocupar una posición clave en la determinación de la pena supone entender que el grado de intervención debe sustituir al modo de intervención criminal punible como factor decisivo⁵².

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁸ *Idem.* Para una visión contraria, *vid.* WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría”, *cit.*, p. 219.

⁴⁹ VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 309.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

Debido a lo interesante de esta propuesta, será analizada a fondo en la Parte III.

VI.1.2. La participación en los tribunales *ad hoc* y en la CPI

Antes de abordar el tema de la participación en DPI, conviene ofrecer unas nociones básicas sobre la terminología empleada por los Estatutos de los tribunales internacionales para hacer referencia a los distintos modos de participación en crímenes internacionales. Esta cuestión es sumamente relevante, en tanto que los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y la CPI no manejan los mismos conceptos – a lo que debe añadirse las diferencias entre las versiones en distintos idiomas –. Además, el DPI no siempre emplea conceptos ni términos a los que se está acostumbrado en Derecho penal interno, puesto que surge de la simbiosis entre figuras propias del *common law* y del Derecho continental. Los distintos conceptos y términos empleados a la hora de analizar las formas de participación en el delito han conllevado la existencia de una regulación y una jurisprudencia internacional poco clara – y a menudo, contradictoria – en este ámbito. Con objeto de aportar algo de luz sobre este tema, se dedican las siguientes líneas a un análisis comparado de la terminología empleada, por un lado, por los tribunales *ad hoc*, y por otro, por la CPI.

El presente Capítulo estará dividido en cinco partes: la inducción, la complicidad, la responsabilidad por la contribución al crimen cometido por un grupo (art. 25(3)(d) ER), la responsabilidad por planificar, y los actos preparatorios punibles. En el Apartado correspondiente a la inducción, se analizará, por una parte, la responsabilidad por “ordenar”, y por otra, la responsabilidad por “instigar” o “proponer e inducir”. Tanto los Estatutos de los tribunales *ad hoc* (art. 7(1) ETPIV y art. 6(1) ETPIR) como el ER (art. 25(3)(b) ER) emplean el término “ordenar” (*ordering*). Sin embargo, no

hacen uso del mismo término para la otra figura de inducción: mientras que el ETPIY (art. 7(1)) prevé la responsabilidad por “incitar” y el ETPIR (art. 6(1)) por “instigar” (ambos términos son traducidos como *instigating* en las versiones inglesas del ETPIY y ETPIR), el ER (art. 25(3)(b)) establece la responsabilidad por “proponer” e “inducir” (*soliciting, inducing*).

Tampoco la terminología empleada para hacer referencia a la complicidad es la misma en los tribunales internacionales. Los términos empleados para la complicidad en la versión inglesa de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* son idénticos (*otherwise aided and abetted*); y las diferencias en las versiones castellanas son mínimas, ya que el art. 7(1) ETPIY prevé la responsabilidad por “ayudar y alentar de cualquier forma” y el art. 6(1) ETPIR habla de “ayudar en cualquier otra forma”. No obstante, la terminología empleada por el ER (art. 25(3)(c)) se distancia de lo establecido por los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. Así, el ER se refiere al cómplice, encubridor o quien colabore de algún modo (*aid, abet or otherwise assist*).

La contribución al crimen cometido por un grupo sólo está prevista en el ER, en concreto, en su art. 25(3)(d). Por su parte, la responsabilidad por “planificar” sólo se regula en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* (arts. 7(1) ETPIY y 6(1) ETPIR).

Por último, se realizará un excursus en relación a los actos preparatorios punibles. Los actos preparatorios punibles obedecen a una lógica distinta de la de la participación: son fórmulas típicas de adelantamiento de la punibilidad. Dado que los actos preparatorios punibles constituyen un estadio del *iter criminis*, y no una forma de participación⁵³, lo correcto sería estudiarlos en otro lugar. Si bien somos conscientes de ello, en tanto que el

⁵³ Salvo que se comience a ejecutar el delito, en cuyo caso podrá convertirse en una forma de autoría o de participación que conllevará la consunción de la responsabilidad penal por la comisión del acto preparatorio punible.

DPI – probablemente debido a la influencia del *common law* – regula conjuntamente las formas de intervención criminal y los actos preparatorios, se ha decidido dedicar el último Apartado relativo a la participación para el análisis de los actos preparatorios punibles.

Dicho esto, la conspiración para cometer genocidio sólo se regula en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. Mientras que la versión castellana del art. 4(3)(b) ETPIY emplea el término “colaboración para cometer genocidio”, el art. 2(3)(b) ETPIR hace referencia a la “conspiración para cometer genocidio”. En cualquier caso, las versiones inglesas de ambos Estatutos hablan de *conspiracy to commit genocide*.

En cuanto al acto preparatorio punible de “provocación para cometer genocidio”, éste se recoge tanto en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* como en el ER. Las versiones castellanas de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* contienen de nuevo una diferencia mínima: “incitación” (art. 4(3)(c) ETPIY) e “instigación” (art. 2(3)(c) ETPIR) directa y pública a cometer genocidio. Sin embargo, las versiones inglesas coinciden al emplear la expresión *direct and public incitement to commit genocide*. Por su parte, el art. 25(3)(e) ER prevé la responsabilidad por la “instigación directa y pública a cometer genocidio” (*directly and publicly incite others to commit genocide*). Como se explicará más adelante, aquí se empleará la expresión “provocación para cometer genocidio”, por ser éste un término más acorde con el Derecho penal español.

VI.1.3. Especial referencia al tipo subjetivo de la participación dolosa

Dadas las diferencias existentes entre el *common law*, el Derecho continental y el DPI a la hora de definir el tipo subjetivo de la participación, resulta conveniente dedicar un Subapartado para dejar claras algunas cuestiones antes de emprender el análisis de cada uno de los modos de

participación en el delito. Tanto los autores del *common law* como los del Derecho continental (así como los que se dedican al DPI) coinciden en señalar el carácter bidimensional del dolo de la participación, es decir, lo definen como un doble dolo⁵⁴. No obstante, difieren a la hora de formular cada uno de los dos elementos.

En el Derecho continental, se considera que el dolo del partícipe debe estar dirigido⁵⁵:

- 1) al acto de participación propio; y
- 2) a la comisión del crimen por parte del autor.

En cuanto al grado de dolo requerido, se considera suficiente el estándar del dolo eventual⁵⁶.

Por su parte, el *common law* exige que el partícipe⁵⁷:

- 1) quiera ayudar al autor en la comisión del crimen (o que conozca que su conducta ayudará al autor en la comisión del crimen);
- 2) tenga conocimiento de los elementos esenciales del crimen que será cometido por el autor, incluyendo la *mens rea* del autor.

⁵⁴ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 695; MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 417 y 423; ESER, A., "Individual", cit., p. 801; ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 431-432; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, Butterworths, 10ª ed., Londres, 2002, pp. 152-155; BADAR, M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oregon, 2013, pp. 68-91, 332-333 y 337-340; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's Criminal Responsibility", *JICJ*, Vol. 11, Núm. 4, 2013, pp. 793 y 796.

⁵⁵ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 695; MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 417 y 423; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 227 y 311.

⁵⁶ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 695; MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., pp. 418 y 423; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 252 y 310.

⁵⁷ SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., pp. 152-155; ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles*, cit., pp. 431-432.

En cuanto al DPI, se requiere que el partícipe tenga conocimiento de⁵⁸:

- 1) que su conducta ayudará al autor en la comisión del crimen; y
- 2) los elementos esenciales del crimen que será cometido por el autor, incluyendo el *actus reus* y la *mens rea* del autor.

Como puede observarse, la formulación del tipo subjetivo de la participación del DPI se asemeja más a la del *common law*.

Pese a la aparente diferencia existente entre los dos principales sistemas jurídicos, lo cierto es que no se trata de regulaciones tan dispares. En relación al primer elemento (el dolo referido al acto de participación en sí mismo), en tanto que el sistema continental acepta la suficiencia del dolo eventual, el mencionado elemento debe entenderse de la siguiente manera: que concurren en el partícipe, al menos, el conocimiento y la aceptación de la alta probabilidad de que su conducta ayudará (inducirá, favorecerá, etc.) al autor en la comisión del crimen.

Como ya se ha adelantado, tanto el *common law* como el DPI consideran suficiente, como primer elemento del doble dolo del partícipe, el conocimiento de que su conducta ayudará al autor en la comisión del crimen. Según Smith y Hogan, no es suficiente con la *recklessness* (imprudencia consciente), sino que el *common law* requiere (de manera similar al dolo eventual del sistema continental), además del conocimiento (elemento cognitivo), cierto grado de aceptación (elemento volitivo)⁵⁹. Por tanto, una definición válida en DPI de este primer elemento consiste en: el

⁵⁸ WERLE, G, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 308; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 68-91, 332-333 Y 337-340; ESER, A., "Individual", cit., p. 801; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., pp. 793 y 796.

⁵⁹ SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., pp. 153-155.

conocimiento (y la aceptación) por parte del partícipe de la probabilidad sustancial de que su conducta ayudará al autor en la comisión del crimen⁶⁰.

En lo que se refiere al segundo de los elementos integrantes del doble dolo de la participación (dolo referido a la comisión del crimen por parte del autor), el Derecho continental considera suficiente el dolo eventual. Así, debe formularse dicho elemento como el conocimiento y la asunción por parte del partícipe de la alta probabilidad de que el autor cometerá el crimen, incluyendo los elementos del tipo subjetivo y la realización del resultado típico⁶¹. Como puede observarse, así formulado, este segundo elemento no difiere tanto de su regulación del *common law*, puesto que este último exige el conocimiento por parte del partícipe de los elementos esenciales del crimen cometido por el autor, incluyendo el *actus reus* y la *mens rea* del autor. En este contexto, el segundo elemento del tipo subjetivo de la participación en DPI debe definirse de la manera que sigue: el conocimiento (y la asunción) por parte del partícipe de la probabilidad sustancial de que el autor cometerá el crimen, incluyendo el conocimiento del tipo objetivo y subjetivo del crimen en cuestión⁶².

Antes de analizar cada uno de los modos de participación, deben dejarse claras dos cuestiones relativas al segundo elemento del tipo subjetivo de la participación.

⁶⁰ BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 334-336 y 337-340; ESER, A., "Individual", cit., p. 797; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 627 y 646-648; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 104-106; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, p. 197; FINNIN, S., *Elements*, cit., p. 197; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 131; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., p. 808. Como se verá más adelante, el dolo eventual no es suficiente para colmar el dolo exigido en relación a este primer elemento por el art. 25(3)(c) ER, el cual requiere que el cómplice actúe con el propósito de facilitar la comisión del crimen.

⁶¹ JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 958; JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 695.

⁶² WERLE, G., *Tratado*, cit., pp. 304-305 y 308; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 68-91, 332-333 y 337-340; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., pp. 793 y 796; FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 192-193.

- En primer lugar, el hecho de exigir el dolo (eventual) referido a la comisión del crimen por parte del autor de ninguna manera significa que el partícipe deba compartir el dolo del autor de cometer el crimen⁶³. No puede decirse que el vendedor de armas cuyo objetivo se dirige a hacer negocio comparta el dolo del autor de cometer, por ejemplo, un crimen contra la humanidad, a pesar de lo cual seguirá siendo responsable a título de complicidad (siempre que se cumplan los requisitos correspondientes). De la misma manera que el partícipe sólo debe conocer (pero no compartir) el dolo del autor, tampoco es necesario que comparta, en su caso, el *dolus specialis* requerido por el crimen en cuestión (sólo se requiere que lo conozca)⁶⁴.
- En segundo lugar, el dolo del partícipe debe ser concreto, en el sentido de estar dirigido a un crimen y a un autor determinado⁶⁵. Por consiguiente, en caso de exceso por parte del autor, el partícipe sólo responde hasta el límite de su dolo de participar en el crimen⁶⁶. Sin embargo, Jescheck afirma con razón que los límites del dolo del inductor –podría predicarse lo mismo del resto de partícipes – deben entenderse de manera más amplia que los límites del dolo en la coautoría y en la autoría mediata,

⁶³ FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 193-195; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 121-123; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 629-630, 648, 656, 673 y 731-732; ESER, A., "Individual", cit., p. 797; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 337-340; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 193-194; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 131; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., p. 808; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., p. 152. En sentido similar, señala JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 695, que el dolo del cómplice no requiere su aprobación personal del hecho principal.

⁶⁴ WERLE, G., *Tratado*, cit., pp. 304-305, 308 y 310; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 68-91 y 332-333; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 646-648 y 657; ROTH, R., "Responsabilité Pénale Individuelle", cit., pp. 69-70.

⁶⁵ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 695.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 696; MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., p. 418. En sentido similar, SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., p. 157.

puesto que en la inducción el inductor deja los detalles de la ejecución al inducido⁶⁷.

VI.2. Inducción (Art. 7(1) ETPIV, art. 6(1) ETPIR y art. 25(3)(b) ER)

Existen dos maneras principales en las que una persona puede contribuir a la comisión de un crimen: por medio de cooperación/ayuda o por inducción⁶⁸. En los sistemas romano-germánicos que reconocen dos tipos de partícipes (como el sistema alemán), el cómplice se beneficia de una mitigación obligatoria de la pena, mientras que el inductor suele tener asignada la misma pena que el autor⁶⁹. Por el contrario, en los sistemas que sólo reconocen un tipo de partícipe (como el sistema francés o Anglo-Americano), la inducción y la complicidad están en el mismo nivel y las diferencias en el rol se reflejan en la determinación de la pena⁷⁰.

En tanto que el inductor es el autor intelectual del crimen, numerosas legislaciones romano-germánicas prevén la misma pena para el inductor que para el autor⁷¹; no obstante, el hecho de que se “considere” autores a determinados partícipes no significa que éstos tengan la misma naturaleza

⁶⁷ JESCHECK, H.H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, cit., p. 696. En sentido similar, SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., p. 157.

⁶⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 102; DE FROUVILLE, O., *Droit international pénal: Sources, incriminations, responsabilité*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012, p. 389.

⁶⁹ DUBBER, M. D., “Criminalizing”, cit., pp. 979 y 984; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 102 y 116; FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., pp. 640-645 y 671; PRADEL, J., *Droit pénal*, cit., pp. 277-278; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 273 y 317.

⁷⁰ FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., p. 671; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 102. Cabe mencionar que en el *Model Penal Code*, se diferencia expresamente entre inductores (*solicitors*, art. 2.06(2)(c) y (3)(a)(i)) y cómplices (*facilitators*, art. 2.06(2)(c) y (3)(a)(ii)). Vid. DUBBER, M. D., “Criminalizing”, cit., p. 986.

⁷¹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 102.

que los que “son” autores⁷². Con todo, en los países del *common law*, la inducción puede ser descrita en términos de complicidad, ya que puede incluirse en las conductas de *abetting*, *counselling* o *procuring*, las cuales se prevén como formas de complicidad⁷³.

La mayoría de las legislaciones penales estatales requieren una relación causal entre la inducción y el crimen, pero sin llegar a una relación de naturaleza *but for* (esto es, de *conditio sine qua non*)⁷⁴. Se requiere la prueba de que la inducción ha conllevado un cambio – la instauración de una decisión – en la mente del autor del crimen – no se considera inducción cuando el autor ya estaba determinado a cometerlo –⁷⁵. El tipo subjetivo de la inducción es bidimensional⁷⁶:

- 1) por un lado, se requiere el conocimiento de la naturaleza y el efecto de la propia conducta; y
- 2) por otro, el conocimiento del dolo del autor en relación al crimen base.

En algunos Estados, la inducción fallida (es decir, cuando el crimen no tiene lugar o no ocurre ni en grado de tentativa) también se castiga⁷⁷.

⁷² MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., p. 376; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 273.

⁷³ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 102.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁵ *Idem.*; FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., p. 672; JAKOBS, G., *Derecho*, cit., p. 805; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 227-228.

⁷⁶ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 103.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 104; WERLE, G., *Tratado*, cit., p. 308; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 68-91, 332-333 y 337-340; ESER, A., “Individual”, cit., p. 801; AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, cit., pp. 793 y 796.

VI.2.1. Ordenar (art. 7(1) ETPIY a art. 6(1) ETPIR y art. 25(3)(b)ER)

VI.2.1.1. Origen

En la mayoría de las legislaciones penales estatales, la responsabilidad por “ordenar” no se criminaliza de manera separada⁷⁸, sino que se sanciona como forma de inducción. La figura más parecida en las legislaciones estatales consiste en la responsabilidad por inducción “por medio de abuso de la autoridad o del poder”, como por ejemplo, en Alemania (*Anstiftung*), Bélgica, Países Bajos, Francia y Ruanda⁷⁹.

Así, no es de extrañar que Ambos critique que, también en DPI, la inducción está prácticamente absorbida por la amplia concepción de complicidad⁸⁰. Lleva razón cuando explica que ello se debe, en gran medida, a la tendencia del *common law* de no diferenciar entre inducción y complicidad y de agruparlas bajo una participación accesoria en sentido amplio⁸¹. Esta participación en sentido amplio sólo se diferencia de los llamados *inchoate crimes*, los cuales constituyen actos preparatorios punibles de modo autónomo (independientemente de la consumación del hecho principal)⁸² – como en el caso de la provocación para cometer genocidio –.

⁷⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 102.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005, p. 273.

⁸¹ *Idem.* Vid. FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., pp. 640, 644-645 y 671.

⁸² AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 273-274. ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles*, cit., p. 419; SCHABAS, W.A., *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 257; SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 102-103; WERLE, G., *Tratado*, cit., p. 371.

VI.2.1.2. Tipo objetivo

VI.2.1.2.a) Tribunales *ad hoc*

En lo que se refiere a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la conducta típica de la forma de participación conocida como “ordenar” consiste en utilizar una posición de autoridad para convencer/motivar a otra persona de que realice los elementos del tipo objetivo⁸³. Pueden agruparse en cuatro los requisitos objetivos de esta forma de participación:

- 1) Se requiere una acción positiva; por tanto, no puede tratarse de una omisión⁸⁴.
- 2) Quien ordena debe ostentar la autoridad necesaria para ordenar, si bien no es necesario probar una relación formal superior-subordinado⁸⁵. Se entenderá que los dirigentes tienen una

⁸³ *Laurent Semanza v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 20.05.2005 (ICTR-97-20-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Semanza*), párr. 361; *Gacumbitsi v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 07.07.2006 (ICTR-2001-64-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*), párr. 182; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber Judgment* del 17.12.2004 (IT-95-14/2-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*), párr. 28; *Prosecutor v. Stanislav Galić, Appeals Chamber Judgment* del 30.11.2006 (IT-98-29-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Galić*), párr. 176; *Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber Judgement* del 02.09.1998 (ICTR-96-4-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*), párr. 483; *The Prosecutor v. André Ntagerura, Appeals Chamber Judgment* del 07.07.2006 (ICTR-99-46-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*), párr. 365. BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 333-334; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 621; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 196; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 105.

⁸⁴ *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgement* del 29.07.2004 (IT-95-14-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*), párr. 660; Sentencia de apelación en el caso *Galić*, *supra* nota 83, párr. 176; *Prosecutor v. Dragomir Milošević, Appeals Chamber Judgment* del 12.11.2009 (IT-98-29/1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Dragomir Milošević*), párr. 267. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 624; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 197; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 397.

⁸⁵ *Jean de Dieu Kamuhanda v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgement* del 19.09.2005 (ICTR-99-54A-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kamuhanda*), párr. 75; Sentencia de apelación en el caso *Semanza*, *supra* nota 83, párr. 361; Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 83, párrs. 181-182; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 28; Sentencia de apelación en el caso *Galić*, *supra* nota 83, párr. 176. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 105-106; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 621; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 196; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 333-334; BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013, p. 327;

posición de autoridad cuando posean una influencia significativa sobre los autores directos que hace que estos últimos obedezcan sus órdenes⁸⁶. De ahí que, además de los superiores jerárquicos en ejércitos regulares, también los comandantes de fuerzas irregulares (como los grupos paramilitares) y los dirigentes de partidos políticos pueden incurrir en responsabilidad penal por ordenar⁸⁷.

- 3) Debe tratarse de hechos lo suficientemente específicos como para poder identificar a los autores directos, ya que, cuando ni siquiera es posible determinar la categoría de los autores a los que el dirigente dio la orden, resulta imposible analizar si éste disponía de la necesaria posición de autoridad⁸⁸.
- 4) Las órdenes han de tener un efecto directo y sustancial sobre la comisión de los delitos⁸⁹.

Sin embargo, este último requisito no significa que quien ordene deba transmitir sus órdenes directamente a los autores del delito, puesto que la orden puede transmitirse a los autores por medio de varios niveles en la

DAVID, É., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 650; DE FROUVILLE, O., *Droit international, cit.*, p. 397.

⁸⁶ Sentencia de apelación en el caso *Semanza*, *supra* nota 83, párr. 363; Sentencia de apelación en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 85, párr. 76; Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 83, párrs. 186-187.

⁸⁷ Sentencia de apelación en el caso *Semanza*, *supra* nota 83, párr. 363; Sentencia de apelación en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 85, párr. 76; Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 83, párrs. 186-187. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 622.

⁸⁸ *Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgement* del 01.04.2011 (ICTR-97-31-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Renzaho*), párr. 320; *Prosecutor v. Ljube Bošković and Joran Tarčulovski, Appeals Chamber Judgement* del 19.05.2010 (IT-04-82-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Bošković*), párr. 75. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 623.

⁸⁹ Sentencia de apelación en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 85, párr. 75; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Appeals Chamber Judgement* del 01.06.2001 (ICTR-95-1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kayishema* y *Ruzindana*), párr. 186; Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 83, párr. 185. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 626; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 196.

cadena de mando⁹⁰. Así, cada superior intermedio que transmite la orden es considerado responsable por ordenar⁹¹.

Se suscita, en todo caso, una importante cuestión: ¿los tribunales *ad hoc* lo castigan como un acto preparatorio punible *per se* (*inchoate crime*, en términos empleados por el *common law*)⁹² o como una forma de participación que requiere, por ende, el comienzo de la ejecución del delito? Según Van Sliedregt, la normativa de los tribunales *ad hoc* está conceptualizada de tal manera que requiere la ejecución de la orden, por lo que el “ordenar” no debería generar responsabilidad como acto preparatorio punible⁹³. Por el contrario, Cassese defiende que no es necesario que la orden sea ejecutada para que exista responsabilidad por ordenar, siempre que quien ordene se proponga que la orden sea ejecutada y sepa que la orden es ilegal (o la orden sea manifiestamente ilegal)⁹⁴. Cassese menciona varios casos en los que los superiores han sido considerados responsables por dar órdenes criminales, a pesar de que tales órdenes no se ejecutaran⁹⁵. Destaca el precedente de Núremberg en el

⁹⁰ *Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber Judgement* del 03.03.2000 (IT-95-14-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*), párr. 282; *Prosecutor v. Brđanin, Trial Chamber Judgement* del 01.09.2004 (IT-99-36-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*), párr. 270.

⁹¹ *Prosecutor v. Kupreškić, Trial Chamber Judgement* del 14.01.2000 (IT-95-16-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kupreškić*), párrs. 827 y 862. *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case), Trial Chamber Judgment* del 20.06.2007 (SCSL-04-16-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso AFRC), párr. 2059. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 626; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 197; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 333-334.

⁹² El cual podrá dar lugar a la responsabilidad por autoría o por participación si se inicia la ejecución del delito, en cuyo caso supondrá la consunción de la responsabilidad por la comisión del acto preparatorio punible en cuestión.

⁹³ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 106. En el mismo sentido, DAVID, É., *Éléments, cit.*, p. 650.

⁹⁴ CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., New York, 2008, p. 230.

⁹⁵ Referencias en *ibid.*, pp. 230-231.

caso *Falkenhorst*, en el que el acusado fue considerado responsable por órdenes que no fueron ejecutadas⁹⁶.

No obstante, ninguno de los casos mencionados por Cassese pertenece a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, los cuales no han adoptado tal postura⁹⁷. En la última edición de su Manual, Cassese reconoce que los tribunales *ad hoc* lo han conceptualizado como una forma de participación – y no como un acto preparatorio punible *per se* –; pese a lo cual afirma que, debido a la gravedad de los crímenes internacionales, deberían sancionarse aun cuando no vayan seguidos de la comisión del crimen⁹⁸. No puede compartirse este punto de vista, ya que el estándar del dolo eventual posibilita la responsabilidad por “ordenar” en las situaciones en las que existe una divergencia entre la orden y el acto ejecutado; y además, en el caso del genocidio, se puede recurrir a la figura de la provocación para cometer genocidio (la cual sí es un acto preparatorio punible *per se*), siempre que la provocación sea directa y pública⁹⁹. Otra razón a favor de la caracterización de “ordenar” únicamente como forma de participación consiste en que el art. 25(3)(b) ER requiere expresamente que los delitos sean cometidos (al menos en grado de tentativa).

VI.2.1.2.b) CPI

En el marco de la CPI, el “ordenar” debe entenderse, como en los tribunales *ad hoc*, en el sentido de que una persona emplea su posición de autoridad para convencer/motivar a otra persona a cometer un crimen¹⁰⁰. Son tres los requisitos del tipo objetivo de la presente forma de

⁹⁶ *Idem.*; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 106.

⁹⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 106.

⁹⁸ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, pp. 204-205.

⁹⁹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 106.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 109; FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 52 y 58; ESER, A., “Individual”, *cit.*, pp. 796-797.

participación en el delito tal y como ha sido recogida en el ER¹⁰¹ – los cuales coinciden con los establecidos por los tribunales *ad hoc* –:

- 1) autoridad necesaria para ordenar;
- 2) instruir de cualquier forma a otra persona para que cometa un crimen (que ocurre o es intentado) o para que lleve a cabo un acto u omisión en cuya ejecución se comete un crimen; y
- 3) efecto directo en la comisión o tentativa de comisión del crimen.

El primer requisito es lo que diferencia a “ordenar” de “proponer” o “inducir” (también previstas en el art. 25(3)(b) ER)¹⁰². Al igual que en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la autoridad para ordenar puede ser formal (*de jure*) o informal (*de facto*), los comandantes de fuerzas irregulares también pueden ser responsables por “ordenar”¹⁰³.

El segundo requisito exige que se trate de una acción positiva¹⁰⁴, pero de ninguna manera requiere que la orden sea dada directamente al autor directo del crimen – puede ser dada por medio de intermediario –¹⁰⁵.

En cuanto al tercer requisito, debe entenderse en el sentido de un efecto sustancial de las órdenes sobre la comisión del delito¹⁰⁶. En cualquier caso,

¹⁰¹ *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda* del 09.06.2014 (ICC-01/04-02/06) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*), párr. 145; *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo* del 12.06.2014 (ICC-02/11-01/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*), párr. 244; *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58* del 13.07.2012 (ICC-01/04-01/12) (en adelante, Decisión en el caso *Mudacumura*), párr. 63.

¹⁰² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 101, párr. 243; *Prosecutor v. Charles Blé Goudé, Decision on the confirmation of charges against Charles Blé Goudé* del 11.12.2014 (ICC-02/11-02/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Blé Goudé*), párr. 159. FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 52, 54 y 58.

¹⁰³ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, p. 54.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 52 y 58.

¹⁰⁵ Decisión en el caso *Mudacumura*, *supra* nota 101, párr. 63.

¹⁰⁶ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, p. 130 y 146.

no se requiere que la orden sea una condición *sine qua non* (en el sentido de un *but for test*) del delito¹⁰⁷.

Como ya se ha adelantado, el ER requiere expresamente que el crimen en cuestión tenga lugar o que, al menos, haya alcanzado el grado de tentativa¹⁰⁸, por lo que no cabe ninguna duda de que, en la jurisprudencia de la CPI, "ordenar" debe ser entendido únicamente como forma de participación y no como un acto preparatorio punible *per se*¹⁰⁹.

Por último, conviene hacer referencia a las diferencias existentes en el plano objetivo entre la responsabilidad accesoria por "ordenar" y la responsabilidad principal a título de autoría mediata por medio de EOP. Ambos considera la previsión de "ordenar" en el art. 25(3)(b) ER superflua, pues cree que se trata de supuestos que deberían estar incluidos en la responsabilidad por autoría mediata por medio de EOP o, en caso de que faltara el dominio del hecho, en los términos "proponer" e "inducir" del art. 25(3)(b) ER¹¹⁰.

Vest también cree que ambas figuras se solapan, y si bien se muestra partidario de aplicar la autoría mediata por medio de EOP en tales casos, también cuestiona si tiene algún sentido recurrir a la autoría mediata para que quien ordena sea sancionado a título de autor, cuando puede emplearse la responsabilidad por "ordenar" como forma de inducción equiparable a la responsabilidad por autoría¹¹¹. Además, ve como algo positivo que en tales supuestos dejara de ser necesario probar los

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 137-143.

¹⁰⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 145. ESER, A., "Individual", *cit.*, pp. 796-797.

¹⁰⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 627; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, p. 136.

¹¹⁰ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 274; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 163. En el mismo sentido, ESER, A., "Individual", *cit.*, pp. 796-797.

¹¹¹ VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 304. En el mismo sentido, WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 101-102; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing", *cit.*, pp. 744-745.

complejos requisitos de la existencia de una EOP, ya que podría establecerse la responsabilidad por “ordenar”¹¹². Es consciente de que su propuesta conllevaría aplicar la autoría mediata sólo a los supuestos en los que el autor directo es inocente, por lo que tornaría superflua la responsabilidad por autoría mediata cuando el autor directo es penalmente responsable¹¹³.

La responsabilidad por “ordenar” y la autoría mediata por medio de EOP cubren supuestos distintos, en tanto que el autor mediato no sólo ordena la comisión de los crímenes, sino que también controla la comisión del crimen¹¹⁴. El autor mediato decide si y cómo se realizará el crimen¹¹⁵. Por ello, la (co)autoría mediata se acomoda mejor que la responsabilidad por ordenar (forma de participación) a las conductas cometidas por los máximos responsables de los crímenes. La responsabilidad por “ordenar” resultará de aplicación en aquellos casos en los que no se pueda probar las características que una organización debe cumplir para ser considerada EOP (y por tanto, poder aplicar la autoría mediata por medio de EOP)¹¹⁶.

Ambos también es consciente de la diferencia entre la responsabilidad por “ordenar” y la autoría mediata por medio de EOP, ya que sugiere que, en caso de faltar el dominio del hecho, los supuestos de “ordenar” podrían subsumirse en las formas de participación “proponer” e “inducir” del

¹¹² VEST, H., “Problems of Participation”, *cit.*, p. 304.

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 109.

¹¹⁵ *Le procureur c. Germain Katanga, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut* del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párr. 1396; *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párr. 518; *Prosecutor v. Stakić, Trial Chamber Judgement* del 31.07.2003 (IT-97-24-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*), párrs. 497-498; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 205.

¹¹⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 636-639. En sentido similar, WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría”, *cit.*, pp. 221-222.

mismo art. 25(3)(b) ER¹¹⁷. Si bien esto es cierto, debe tenerse presente que, a diferencia de los supuestos cubiertos por “proponer” e “inducir”, la responsabilidad por “ordenar” requiere la existencia de la autoridad para ordenar, lo que otorga a esta última forma de participación un carácter autónomo – y también más grave, puesto que se abusa de la posición de autoridad para motivar/obligar a otros a cometer el crimen –.

VI.2.1.3. Tipo subjetivo

VI.2.1.3.a) Tribunales *ad hoc*

Pueden clasificarse en tres los requisitos subjetivos exigidos por los tribunales *ad hoc* para poder aplicar la forma de participación “ordenar”. Quien ordena debe al menos ser consciente:

- 1) De la probabilidad sustancial de que los elementos del tipo objetivo del delito tengan lugar como resultado de la ejecución de la orden¹¹⁸.
- 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito en cuestión¹¹⁹. En efecto, no es necesario que quien emite la orden comparta el dolo de cometer el delito – por el contrario, la autoría mediata por EOP sí lo requiere –¹²⁰. Finnin ha exigido erróneamente que quien ordene comparta el dolo requerido por el delito y, para ello, se ha basado en las

¹¹⁷ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 274.

¹¹⁸ Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, supra nota 84, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, supra nota 83, párr. 30; *Prosecutor v. Martić, Appeals Chamber Judgement* del 08.10.2008 (IT-95-11-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Martić*), párrs. 222-223; Sentencia de apelación en el caso *Galić*, supra nota 83, párr. 152. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 106; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 197; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 627; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 334-336; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., pp. 327-328.

¹¹⁹ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 627.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 629.

Sentencias de primera instancia en los casos *Blaskić y Stakić*¹²¹. Pero son las únicas que han requerido algo así, ya que tal interpretación ha sido revocada por las Sentencias de apelación en los casos *Blaskić y Kordić* – tampoco el resto de sentencias relativas a ordenar o instigar requieren este requisito –¹²². De requerir que quien ordene/instigue comparta el dolo de cometer el delito, se desdibujaría la diferencia existente entre ordenar/instigar como forma de participación y la autoría mediata por medio de EOP – supondría entender ordenar/instigar como forma de autoría –¹²³.

- 3) De que los autores directos actúan motivados por todo *dolus specialis* requerido por el delito en cuestión¹²⁴. Quien ordena tampoco debe compartir dicho *dolus specialis* – por el contrario, en la autoría mediata por EOP, el autor mediato necesita tener el *dolus specialis*, mientras que es irrelevante que los autores directos lo tengan –¹²⁵.

En cuanto a la modalidad de dolo, se requiere un elemento cognitivo – una probabilidad sustancial (no suficiente con el conocimiento de cualquier tipo de riesgo) – y un elemento volitivo, puesto que la jurisprudencia ha afirmado que “ordenar” con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que un delito será cometido en ejecución de dicha orden debe

¹²¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párrs. 278-282; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 115, párr. 445. FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 193-195. Además, FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 193-195, defiende que se requiere un estándar que ella identifica con la *recklessness* o el dolo eventual; pero no es cierto que sea suficiente con la *recklessness*, ya que en las sentencias que pone como ejemplo – Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 30 – también se requiere la aceptación del riesgo.

¹²² Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 30.

¹²³ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 629-630.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 627.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 629.

considerarse como la aceptación del delito¹²⁶. Por tanto, es suficiente que quien ordene actúe con dolo eventual¹²⁷.

VI.2.1.3.b) CPI

Si bien la CPI sólo ha exigido el primero de los siguientes requisitos en lo que al tipo subjetivo de "ordenar" se refiere, la doctrina acertadamente ha añadido otros dos requisitos; de ahí que aquí se defienda que el ER de la CPI presupone los tres mismos requisitos subjetivos que los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. Quien ordena debe al menos ser consciente:

- 1) De que los elementos del tipo objetivo del delito tendrán lugar en ejecución de la orden¹²⁸.
- 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito en cuestión¹²⁹. Por tanto, no es necesario que quien ordene comparta el dolo del autor directo de cometer el crimen¹³⁰. Esto es consistente con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*¹³¹. Además, de exigirse que quien ordene

¹²⁶ Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 30; Sentencia de apelación en el caso *Martić*, *supra* nota 118, párrs. 222-223; Sentencia de apelación en el caso *Galić*, *supra* nota 83, párr. 152.

¹²⁷ BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 334-336; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 627; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 106.

¹²⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 145; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 101, párr. 244; Decisión en el caso *Mudacumura*, *supra* nota 101, párr. 63. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 628; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 797.

¹²⁹ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 193-195; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 629-630; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 797.

¹³⁰ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 193-195; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 629-630.

¹³¹ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 629-630.

comparta el dolo del autor, se desdibujaría la diferencia con respecto a la autoría mediata por medio de EOP¹³².

- 3) De que los autores directos actúan motivados por todo *dolus specialis* requerido por el delito en cuestión¹³³. Por consiguiente, tampoco es necesario que quien ordene tenga el *dolus especialis*¹³⁴. Por el contrario, en la autoría mediata por medio de EOP, lo relevante es que el autor mediato tenga el *dolus specialis*, mientras que es irrelevante que los autores directos lo compartan¹³⁵.

En lo que se refiere al tipo de dolo requerido por la CPI para la responsabilidad por “ordenar”, el art. 30 ER es aplicable tanto a los elementos de los crímenes mismos como a los elementos de las formas de participación en tales crímenes; de ahí que los distintos modos de participación del art. 25(3) ER supongan voluntad y conocimiento¹³⁶ (es decir, dolo).

Aunque podría pensarse que – aprovechando que el art. 30 ER incluye la excepción “salvo disposición en contrario” – los artículos 25(3)(b), (c) y (d) habrían podido incluir estándares subjetivos menos exigentes, lo cierto es que no lo han hecho¹³⁷. Así, la respuesta del tipo de dolo requerido para la responsabilidad por “ordenar” depende del resultado de la discusión de las Salas de la CPI en relación a la inclusión o no del estándar del dolo eventual, ya que puede entenderse que el dolo del art. 30 ER (el cual requiere voluntad y conocimiento) exige como estándar mínimo:

¹³² *Idem.*

¹³³ *Ibid.*, p. 629.

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ FINNIN, S., *Elements*, cit., p. 187; ESER, A., “Individual”, cit., p. 797.

¹³⁷ FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 180-181.

- 1) El dolo eventual, es decir, la aceptación de la probabilidad sustancial de que el crimen sea cometido. El hecho de que haya dado la orden a pesar de su conocimiento de la probabilidad sustancial de la comisión del delito debe entenderse como la aceptación de la comisión del delito, por lo que la existencia del elemento volitivo puede deducirse de la misma emisión de la orden.
- 2) O el dolo directo de segundo grado, es decir, la certeza virtual de que en ejecución de su orden los subordinados cometerán el delito.

Como ya se ha explicado, la inclusión del estándar del dolo eventual en el ámbito del art. 30 ER es más adecuado¹³⁸. Además, no existen razones por las que la CPI deba apartarse de lo establecido por los tribunales *ad hoc* a este respecto¹³⁹.

Siguiendo un enfoque más propio del *common law*, Finnin recuerda que el art. 30 ER establece diferentes niveles de *mens rea* en relación a los elementos del tipo objetivo del crimen en cuestión¹⁴⁰:

- 1) En relación a la conducta, se requiere que el sujeto activo se propusiera (*means to*) dar una orden de cometer un acto al autor directo.
- 2) En relación a las circunstancias, se exige que el sujeto activo fuera consciente (*be aware*) de que:

¹³⁸ Vid. Subapartado II.2.4. de esta Parte II.

¹³⁹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 108-109. También a favor, de la inclusión del dolo eventual para la responsabilidad por "ordenar", OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 628. Para un postura contraria, vid. FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 176. En todo caso, cabe señalar que si bien FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 168-173, excluye claramente la *recklessness* del ámbito del art. 30 ER, es consciente de la discusión existente entre las Salas de la CPI en relación a la inclusión del dolo eventual.

¹⁴⁰ FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 161, 188-192 y 197.

- a) tenía la autoridad para dar órdenes al autor directo del delito,
y
 - b) el acto ordenado constituía un crimen o que un crimen sería cometido en ejecución del acto ordenado. Así, existirá responsabilidad por “ordenar” una conducta criminal, pero también por ordenar un acto/omisión legal, siempre que quien ordene sea consciente de la probabilidad sustancial de que un delito será cometido en ejecución de dicho acto/omisión¹⁴¹.
- 3) En relación a la consecuencia, se requiere que el sujeto activo fuera consciente (*be aware*) de que, en el curso normal de los acontecimientos, el autor directo cumpliría o intentaría cumplir los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito (también que fuera consciente de que este último no estaría justificado). Este elemento debería ser concreto, en el sentido de estar dirigido hacia un delito determinado, pero, en el caso concreto, es suficiente con que el acusado previera el delito en sus elementos esenciales y contornos aproximados. Además, no es necesario que el dolo del acusado cubriera el efecto que su conducta tendría en la realización de la consecuencia.

VI.2.2. Instigar (Art. 7(1) ETPIV a art. 6(1) ETPIR) o proponer e inducir (Art. 25(3)(b)ER)

El Estatuto de la CPI ha empleado la expresión “proponer e inducir” en vez del término “instigar” de los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, pero se trata de términos intercambiables¹⁴². De acuerdo con lo establecido por

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 59-60. Aunque ella identifica este estándar con la *recklessness*, como ya se ha explicado *supra*, en tanto que también se requiere la aceptación del riesgo sustancial, el estándar requerido debe identificarse con el dolo eventual.

¹⁴² VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 107-108.

la CPI, los elementos requeridos en relación a la responsabilidad por “ordenar” son igualmente aplicables a la responsabilidad por “proponer” e “inducir” – salvo la posición de autoridad –¹⁴³.

El término “proponer” empleado en el art. 25(3)(b) del ER se refiere a la influencia de todo tipo sobre una persona determinada para que cometa un crimen específico¹⁴⁴. En este sentido, se parece a la proposición del art. 17.2 del Código Penal español¹⁴⁵. No obstante, se diferencian en que el art. 25(3)(b) ER requiere – si bien no expresamente – que la propuesta haya sido seguida de la ejecución del crimen (o al menos de su tentativa), por lo que no se castiga como un acto preparatorio punible *per se*, sino como una forma de participación (en concreto, una manera de inducción). Por su parte, el término “inducir” del art. 25(3)(b) ER conlleva un elemento de persuasión y de coacción psíquica, y puede identificarse con la inducción del art. 28.a del Código Penal español¹⁴⁶. Si bien no resulta sencillo demarcar la línea entre ambas formas de participación¹⁴⁷, podría defenderse que se “propone” a otra persona cometer el crimen juntos, mientras que se “induce” a otra persona a que ésta cometa el crimen¹⁴⁸.

¹⁴³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 101, párr. 243.

¹⁴⁴ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 275.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 277.

¹⁴⁶ *Ibid.*, pp. 276-277.

¹⁴⁷ AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 163-164. Debido a la dificultad para establecer una diferencia clara, ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 796, propone entender el término “inducir” como una suerte de término general (para los casos en los que “proponer”, como forma más fuerte de motivar a otro a cometer un crimen, no sea de aplicación).

¹⁴⁸ Por el contrario, MIR PUIG, S., *Derecho*, *cit.*, p. 351, defiende que la proposición no requiere que se proponga la comisión conjunta del hecho, ya que también incluye los supuestos en los que se invita a otra persona a que cometa el crimen en solitario. Por ello, él mismo afirma que la proposición abarca la tentativa de inducción (y así evita una importante laguna legal).

VI.2.2.1. Tipo objetivo

VI.2.2.1.a) Tribunales *ad hoc*

Los tribunales *ad hoc* describen el tipo objetivo de la instigación como el hecho de provocar (*to prompt*) que otra persona cometa un delito¹⁴⁹. Pueden resumirse en tres las características de la instigación en el ámbito del tipo objetivo:

- 1) A diferencia de la responsabilidad por “ordenar”, la instigación puede tener lugar incluso por omisión¹⁵⁰. Puede ser cometida por cualquier medio¹⁵¹: puede consistir en amenazas, sobornos o promesas económicas, así como en apelar a vínculos familiares, amistad, ideología de grupo o incluso patriotismo¹⁵². Puede ser implícita, y no necesariamente pública – por el contrario, la

¹⁴⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 482; *Prosecutor v. Kvočka et al.*, *Trial Chamber Judgment* del 02.11.2001 (IT-98-30/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*), párr. 252; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párr. 280; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, *Trial Chamber Judgment* del 26.02.2001 (IT-95-14/2-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*), párr. 387; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 269; *Prosecutor v. Limaj*, *Trial Chamber Judgment* del 10.11.2005 (IT-03-66-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Limaj*), párr. 514; *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli*, *Trial Chamber Judgment* del 01.12.2003 (ICTR-98-44A-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*), párr. 762. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 640; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 197; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 330-332; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 326.

¹⁵⁰ *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, *Trial Chamber Judgement* del 22.01.2004 (ICTR-99-54A-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kamuhanda*), párr. 593; Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 762; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párrs. 270 y 280; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 149, párr. 387; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 269; Sentencia de primera instancia en el caso *Limaj*, *supra* nota 140, párr. 514; *Prosecutor v. Orić*, *Trial Chamber Judgement* del 30.06.2006 (IT-03-68-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*), párr. 273. BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 330-332; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 641; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 218; KOLB, R., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 180; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 398.

¹⁵¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 273; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párrs. 270 y 280; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 269; Sentencia de primera instancia en el caso *Limaj*, *supra* nota 149, párr. 514.

¹⁵² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 641.

provocación para cometer genocidio ha de ser siempre pública –
153 .

- 2) Otra diferencia con respecto a la responsabilidad por “ordenar” consiste en que quien instiga no necesita tener la autoridad para ordenar sobre el autor directo del delito¹⁵⁴.
- 3) De manera similar a la responsabilidad por “ordenar”, la conducta de instigación debe constituir un factor que contribuye “sustancialmente” a la comisión del delito¹⁵⁵.

En relación a la tercera característica, el contenido de la relación entre el acto de instigación y la comisión del delito ha cambiado con el tiempo en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*¹⁵⁶: se pasó de la necesidad de que la instigación fuera un “factor claro y contribuyente” al estándar del “factor que contribuye sustancialmente”. En un principio, emplearon el estándar del “factor claro y contribuyente” (*clear and contributing factor*)¹⁵⁷, según el cual no era necesario que el acto de instigación generara en el autor la intención de cometer el delito, sino que era suficiente con que le proporcionara un motivo o propósito adicional que fortaleciera su voluntad de llevarlo a cabo¹⁵⁸. Pero este estándar creaba un solapamiento entre la instigación y la complicidad en los casos en los que se motiva al autor antes de que comience a realizar los elementos del tipo objetivo del

¹⁵³ Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párr. 270. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 104; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 330-332.

¹⁵⁴ AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 164; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 640; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 330-332; CASSESE, A., *International, cit.*, p. 218.

¹⁵⁵ BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 330-332; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 197; BASSIOUNI, M.C., *Introduction, cit.*, p. 326; DE FROUVILLE, O., *Droit international, cit.*, p. 398.

¹⁵⁶ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 644.

¹⁵⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párr. 270; Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 149, párr. 252; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 269. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 644-645; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 104.

¹⁵⁸ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 644-645.

delito – no existía tal superposición cuando el acto de motivación tiene lugar mientras el delito es cometido –¹⁵⁹.

Posteriormente se introdujo el estándar del “factor que contribuye sustancialmente” (*substantially contributing factor*)¹⁶⁰, conforme al cual es ahora necesario que el autor del delito no se haya formado la intención de cometer el delito en cuestión al margen del instigador – lo que reduce, en gran medida, la superposición arriba mencionada entre la instigación y la complicidad –¹⁶¹.

Al igual que la responsabilidad por “ordenar”, la responsabilidad por “instigar” se castiga únicamente como forma de participación en el delito – en concreto, como forma de inducción –, y no como acto preparatorio punible *per se*¹⁶². Esto es precisamente lo que lo diferencia de la provocación para cometer genocidio, la cual da lugar a responsabilidad penal independientemente de que el genocidio tenga lugar¹⁶³. Además, a diferencia de la provocación, la instigación no requiere que el acto sea público¹⁶⁴ ni directo¹⁶⁵.

¹⁵⁹ *Idem*.

¹⁶⁰ Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 27; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párrs. 270 y 278; Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 149, párr. 252; Sentencia de primera instancia en el caso *Limaj*, *supra* nota 149, párr. 514; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 274; Sentencia de primera instancia en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 150, párr. 590.

¹⁶¹ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 646.

¹⁶² Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 482. CASSESE, A., *International*, cit., p. 218; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 642-643.

¹⁶³ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 642-643.

¹⁶⁴ *Prosecutor v. Akayesu, Appeals Chamber Judgement* del 01.06.2001 (ICTR-96-4-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Akayesu*), párrs. 474-483, la cual revoca la conclusión de la Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párrs. 481-482, que exige que todo acto de instigación sea público y directo. *Vid.* también Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 762; Sentencia de primera instancia en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 150, párr. 593; *Prosecutor v. Gacumbitsi, Trial Chamber Judgement* del 17.06.2004 (ICTR-2001-64-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Gacumbitsi*), párr. 279; *Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber Judgment* del 15.05.2003 (ICTR-97-20-T) (en adelante, Sentencia

VI.2.2.1.b) CPI

La doctrina define los términos “proponer” e “inducir” del Estatuto de la CPI de la misma manera que la responsabilidad por “instigar” de los tribunales *ad hoc*: provocar (*to prompt*) que otra persona cometa un delito¹⁶⁶. En otras palabras, el sujeto activo propuso o indujo al autor a cometer un acto constitutivo de un crimen de la competencia de la CPI o un acto (legal o ilegal) que deriva en la comisión de un crimen de la competencia de la CPI¹⁶⁷. Así, no es de extrañar que la doctrina reproduzca en el ámbito de la proposición e inducción de la CPI las mismas características empleadas para la instigación en los tribunales *ad hoc*:

- 1) La proposición y la inducción pueden consistir en una omisión¹⁶⁸. Puede ser un acto verbal o escrito, explícito o implícito, y puede incluir promesas económicas u otras ventajas o amenazas¹⁶⁹. Puede realizarse en privado y por medio de un intermediario,

de primera instancia en el caso *Semanza*), párr. 381; *Ferdinand Nahimana v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgement* del 28.11.2007 (ICTR-99-52-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*), párr. 679.

¹⁶⁵ Sentencia de apelación en el caso *Akayesu*, *supra* nota 164, párrs. 474-483; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 679; Sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*, *supra* nota 164, párr. 381; Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 762; Sentencia de primera instancia en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 150, párr. 593; Sentencia de primera instancia en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 164, párr. 279. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 643; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 330-332.

¹⁶⁶ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 107-108; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 640; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 197. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 107, considera que el término “inducir” es un cajón de sastre, dado que se trata de un término lo suficientemente amplio como para incluir cualquier tipo de influencia que cause que otra persona cometa un crimen.

¹⁶⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 153. FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 70 y 72.

¹⁶⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 107-108.

¹⁶⁹ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 62-70.

mientras que la provocación para cometer genocidio es siempre directa y pública¹⁷⁰.

- 2) No es necesario probar que quien propone o induce tiene la autoridad para ordenar sobre el autor directo del delito¹⁷¹.
- 3) La proposición o inducción debe tener un efecto directo en la comisión o tentativa de comisión del crimen¹⁷². Este requisito debe entenderse en el sentido de que exige un efecto sustancial sobre la comisión de los delitos¹⁷³. Pero no se requiere que sea una condición necesaria (en el sentido de un *but for test*)¹⁷⁴.

En relación a la primera característica, Finnin ha propuesto que aun cuando la propuesta/inducción se realice de manera pública, se dirija a un grupo grande (incluso al público en general) y no se identifique a la(s) víctima(s) específica(s), podría exigirse responsabilidad penal con base en el art. 25(3)(b) ER¹⁷⁵. Pero esto es cuestionable, en tanto que, si no se identifica a las víctimas, tampoco se propone/induce un crimen (o unos crímenes) en concreto ni es posible probar el efecto sustancial que la proposición/inducción ha tenido sobre la comisión del delito. En lugar de sancionar una conducta tan genérica como forma de participación en un delito (responsabilidad por proponer/inducir), debería emplearse la responsabilidad por el acto preparatorio de provocación.

Como se viene de afirmar, el ER conceptúa la responsabilidad por "proponer" e "inducir" como formas de participación en el delito, ya que exige que el crimen en cuestión ocurra (al menos en grado de tentativa) y

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ *Ibid.*, pp. 70-72.

¹⁷² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 153; Decisión en el caso *Mudacumura*, *supra* nota 101, párr. 63.

¹⁷³ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 197; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 130 y 146.

¹⁷⁴ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 107-108; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 137-143.

¹⁷⁵ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 62-70.

no los tipifica como actos preparatorios punibles *per se*¹⁷⁶, frente a lo que sucede en algunos países del *common law* en los que la instigación puede constituir un *inchoate crime*¹⁷⁷.

Por último, conviene subrayar las distancias existentes entre la responsabilidad accesoria por “proponer” o “inducir” y la responsabilidad principal con base en la autoría mediata por medio de EOP. Aunque se asemejan en que en ambos casos se ejerce una influencia psicológica sobre el autor directo y se trata de los cerebros criminales (en tanto que ponen el crimen en marcha), se diferencian en que quien propone/induce no domina el hecho; si bien pone la idea en la mente del autor directo, es este último quien decide si y cómo lo cometerá¹⁷⁸.

VI.2.2.2. Tipo subjetivo

VI.2.2.2.a) Tribunales *ad hoc*

Son tres los requisitos que los tribunales *ad hoc* exigen para poder establecer la responsabilidad por “instigar”. Quien instiga debe al menos ser consciente:

- 1) De la probabilidad sustancial de que los elementos del tipo objetivo del delito objeto de instigación sean realizados¹⁷⁹.
- 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito en cuestión¹⁸⁰. Por consiguiente, no es

¹⁷⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 157. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 107; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 679; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 62-70 y 136; ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 796.

¹⁷⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 107.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 107-108; FLETCHER, G.P., *Rethinking*, *cit.*, p. 672.

¹⁷⁹ Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 32; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 279, nota 773. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 646; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 104-105; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 197; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 326; KOLB, R., *Droit*, *cit.*, p. 180.

necesario que el instigador comparta el dolo de cometer el delito –esto sí es necesario en la autoría mediata por EOP–¹⁸¹. Al igual que en el ámbito de la responsabilidad por “ordenar”, también en la responsabilidad por “instigar” se equivocan los autores que exigen que el instigador comparta el dolo requerido por el delito¹⁸². Como ya se ha explicado, se basan erróneamente en las dos únicas sentencias que han exigido algo así (las Sentencias de primera instancia en los casos *Blaskić* y *Stakić*)¹⁸³; sin tener en cuenta que las Sentencias de apelación en los casos *Blaskić* y *Kordić* han revocado tal interpretación y que el resto de sentencias relativas a ordenar o instigar tampoco requieren este requisito¹⁸⁴. Además, si se exigiera que el instigador comparta el dolo de cometer el delito, se entendería la instigación como forma de autoría y se desdibujaría su diferencia con respecto a la autoría mediata por medio de EOP¹⁸⁵.

- 3) De que los autores directos actúan motivados por todo *dolus specialis* requerido por el delito en cuestión¹⁸⁶. El instigador no necesita compartir dicho *dolus specialis*; por el contrario, en el ámbito de la autoría mediata por EOP, el autor mediato debe

¹⁸⁰ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 646.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 648.

¹⁸² FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 193-195.

¹⁸³ Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párrs. 278-282; Sentencia de primera instancia en el caso *Stakić*, *supra* nota 115, párrs. 445. FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 193-195. Además, FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 193-195, defiende que se requiere un estándar que ella identifica con la *recklessness* o el dolo eventual; pero no es cierto que sea suficiente con la *recklessness*, ya que en las sentencias que pone como ejemplo – Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 30 – también se requiere la aceptación del riesgo.

¹⁸⁴ Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 30. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 629-630 y 648.

¹⁸⁵ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 629-630 y 648.

¹⁸⁶ BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 332-333; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 646.

tener el *dolus specialis*, mientras que es irrelevante que los autores directos lo tengan¹⁸⁷.

Estos tres requisitos se traducen en el doble dolo necesario para la responsabilidad por instigación (y por participación, en general):

- 1) dolo (eventual) de instigar la comisión del crimen; y
- 2) dolo (eventual) de que el autor cometa el crimen como consecuencia de sus actos, lo que supone el conocimiento por parte del partícipe de los elementos esenciales de dicho crimen (incluyendo el dolo y, en su caso, el *dolus specialis* del autor).

En lo que se refiere al tipo de dolo exigido, en un principio no estaba claro si se exigía un dolo eventual o bastaba con la *recklessness*, ya que la Sentencia de primera instancia en el caso *Blaskić* afirmó que era suficiente con que quien instigara tuviera la intención o el dolo directo o indirecto en relación al delito en cuestión¹⁸⁸. Pero la Sentencia de primera instancia en el caso *Orić* dejó claro que se exigía un dolo eventual, puesto que requirió la aceptación del riesgo sustancial de que el delito tuviera lugar – aunque también señaló que tal aceptación puede derivarse del hecho de que continúe con la instigación a pesar de conocer tal probabilidad sustancial –¹⁸⁹. Aunque Finnin ha señalado que la *recklessness* sería suficiente para basar una responsabilidad por “instigar”¹⁹⁰, la exigencia de la aceptación del riesgo sustancial habla en contra de una tal afirmación. Por consiguiente, en la instigación se requiere, como en la responsabilidad por

¹⁸⁷ *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgement* del 13.12.2004 (ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Ntakirutimana*), párr. 494; Sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*, *supra* nota 164, párr. 388. Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 279, nota 772. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 647-648.

¹⁸⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párr. 278. *Vid.* VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 104-105.

¹⁸⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 279, nota 773. *Vid.* VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 104-105.

¹⁹⁰ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 193-195.

“ordenar” o “planificar”, el estándar del dolo eventual¹⁹¹, en tanto que el actuar con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que el delito tendrá lugar en ejecución de la instigación, debe entenderse como la aceptación de tal delito¹⁹². En todo caso, debe tenerse presente que el dolo eventual de quien instiga está referido a su propia conducta de instigación y a la comisión del delito por parte del autor, lo que de ninguna manera supone que el partícipe deba compartir el dolo del autor.

VI.2.2.2.b) CPI

Pese a que la CPI sólo ha mencionado expresamente el primero de los siguientes requisitos subjetivos, es completamente acertada la propuesta por parte de la doctrina de agregar los otros dos que aquí se recogen. Por consiguiente, aquí se sostiene que los tres elementos subjetivos mencionados en relación a la responsabilidad por “instigar” en los tribunales *ad hoc* se repiten en la responsabilidad por “ordenar” e “inducir” en el Estatuto de la CPI. Así, quien ordena debe al menos ser consciente:

- 1) De que los elementos del tipo objetivo del delito tendrán lugar en ejecución de la proposición/inducción¹⁹³.
- 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito en cuestión¹⁹⁴; de ahí que el

¹⁹¹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 104-105; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 646; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 332-333.

¹⁹² Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 32; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 279, nota 773. *Vid.* BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 332-333.

¹⁹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 153; Decisión en el caso *Mudacumura*, *supra* nota 101, párr. 63. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 646-648; ESER, A., “Individual”, cit., p. 797.

¹⁹⁴ ESER, A., “Individual”, cit., p. 797; FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 193-195; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 629-630 y 648.

instigador/inductor no necesita compartir el dolo del autor directo de cometer el crimen¹⁹⁵. Además de ser consistente con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*¹⁹⁶, esta interpretación debe ser bienvenida porque, si se exigiera que el instigador/inductor comparta el dolo del autor, se desdibujaría la diferencia con respecto a la autoría mediata por medio de EOP¹⁹⁷.

- 3) De que los autores directos actúan motivados por todo *dolus specialis* requerido por el delito en cuestión¹⁹⁸. No se requiere que el instigador/inductor tenga el *dolus specialis*¹⁹⁹. Por el contrario, en la autoría mediata por medio de EOP, el autor mediato debe actuar con el *dolus specialis* – y es irrelevante que los autores directos lo compartan²⁰⁰.

Como ya se ha adelantado, las formas de participación previstas en los artículos 25(3)(b), (c) y (d) ER habrían podido incluir estándares subjetivos menos exigentes que el del art. 30 ER, el cual requiere conocimiento y voluntad (es decir, dolo), pero que también prevé la excepción “salvo disposición en contrario”; no obstante, no lo han hecho²⁰¹. Por consiguiente, el tipo de dolo requerido para la responsabilidad por “proponer” e “inducir” depende de la posición que las Salas de la CPI finalmente adopten en relación a la inclusión o no del estándar del dolo eventual. Puede interpretarse que el dolo del art. 30 ER exige como estándar mínimo:

- 1) El dolo eventual, en el sentido de la aceptación de la probabilidad sustancial de que el crimen sea cometido. El hecho de que haya

¹⁹⁵ FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 193-195; OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 629-630 y 648.

¹⁹⁶ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 629-630.

¹⁹⁷ *Ibid.*, pp. 629-630 y 648.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 648.

¹⁹⁹ *Idem.*

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 180-181.

seguido adelante con la motivación de los autores directos (de que haya seguido adelante con la proposición/inducción) a pesar de su conocimiento de la probabilidad sustancial de la comisión del delito debe entenderse como la aceptación de la comisión del delito. Es decir, la existencia del elemento volitivo puede deducirse del mismo hecho de seguir adelante con la motivación de los autores directos.

- 2) O el dolo directo de segundo grado, es decir, la certeza virtual de que en ejecución de su proposición/inducción los subordinados cometerán el delito.

Como se viene defendiendo a lo largo de este trabajo, la CPI debería incluir el dolo eventual en el art. 30 ER en general²⁰². Además, en lo que se refiere al ámbito específico de la responsabilidad por “proponer” e “inducir”, no existen razones por las que la CPI deba apartarse de lo establecido por los tribunales *ad hoc*, los cuales requieren el estándar del dolo eventual²⁰³.

Por último, resulta útil la clasificación (prevista en el art. 30 ER) de los diferentes niveles de *mens rea* exigidos para cada elemento del tipo objetivo del delito²⁰⁴:

- 1) En relación a la conducta, que el sujeto activo se propusiera (*means to*) proponer/inducir al autor directo que cometa un acto²⁰⁵.
- 2) En relación a las circunstancias, que el sujeto activo fuera consciente (*be aware*) de que existía la circunstancia relevante, es decir, de que el acto propuesto/inducido constituía un crimen o

²⁰² Vid. Subapartado II.2.4. de esta Parte II.

²⁰³ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 108; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 646-648. Para un postura contraria, vid. FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 176.

²⁰⁴ FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 161.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 188.

que un crimen sería cometido en ejecución del acto propuesto/inducido²⁰⁶.

- 3) En relación a la consecuencia, que el sujeto activo fuera consciente (*be aware*) de que, en el curso normal de los acontecimientos, el autor directo cumpliría o intentaría cumplir los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito (también que fuera consciente de que este último no estaría justificado)²⁰⁷. La proposición/inducción debe estar dirigida hacia un delito determinado, pero es suficiente con que se prevea el delito en sus elementos esenciales y contornos aproximados²⁰⁸. Además, no es necesario que el dolo abarque el efecto que la conducta tendría en la realización de la consecuencia²⁰⁹.

VI.3. Complicidad (Art. 7(1) ETPIY, art. 6(1) ETPIR y art. 25(3)(c) ER)

VI.3.1. Origen

Tradicionalmente, en el *common law* se distinguían dos tipos de partícipes²¹⁰:

- 1) autores en segundo grado o autores secundarios (*principals in the second degree, secondary principals*), y
- 2) partícipes antes del hecho (*accessories before the fact*).

La diferencia consistía en que el autor secundario se encontraba en la escena del crimen, pero el partícipe antes del hecho, no²¹¹. Por ello, se

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 189-190.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 191.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 192.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 197.

²¹⁰ DUBBER, M. D., "Criminalizing", *cit.*, p. 980; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 112.

consideraba que el partícipe antes del hecho era menos responsable²¹². No obstante, se abolió dicha distinción; y ahora tanto los partícipes antes del hecho como los autores secundarios son considerados *aiders and abettors* (cómplices), y el diferente grado de participación se refleja en la determinación de la pena²¹³. En Inglaterra y Gales, donde la complicidad se rige por la Sección 8 del *Accessories and Abettors Act*²¹⁴, tal forma de participación en el delito puede adoptar formas muy diversas, y no se requiere que tenga un efecto sustancial sobre la comisión del crimen²¹⁵. Además, se puede ser cómplice por omisión, siempre que quede probado que el partícipe tenía el poder y el deber de controlar las acciones del autor²¹⁶.

En cuanto al tipo subjetivo de la complicidad en el *common law*, éste es bidimensional, puesto que se requiere²¹⁷:

- 1) dolo con respecto a los propios actos de cooperación y conocimiento de su habilidad para ayudar al autor; y
- 2) conocimiento de las cuestiones esenciales del crimen.

²¹¹ DUBBER, M. D., "Criminalizing", *cit.*, pp. 980-981; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 112.

²¹² VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 112.

²¹³ *Ibid.*, pp. 112-113.

²¹⁴ Según CRYER, R., "Imputation", *cit.*, p. 273, debería otorgarse su significado ordinario a los cuatro verbos allí mencionados: *aid, abet, counsel y procure*.

²¹⁵ Con excepción de la responsabilidad por *procurement*, la cual sí lo exige. *Vid.* CRYER, R., "Imputation", *cit.*, p. 273.

²¹⁶ *Idem.*

²¹⁷ *Ibid.*, p. 274; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 68-91; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law, cit.*, pp. 152-155; ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles, cit.*, pp. 431-432; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 113.

Existen dos posibilidades a la hora de interpretar el tipo de dolo requerido para la complicidad en el *common law*:

- de acuerdo con el enfoque basado en el conocimiento, el conocimiento del dolo del autor por parte del cómplice es suficiente²¹⁸;
- por el contrario, según el enfoque basado en el propósito, el cómplice debe compartir el dolo del autor²¹⁹.

Dicho debate se deriva de la distinción entre autores secundarios y partícipes predelictivos, puesto que se requería que los últimos compartieran el dolo del autor, mientras que era suficiente con que los primeros lo conocieran²²⁰.

Pero cuando desapareció la distinción entre estos dos tipos de partícipes, desapareció también la necesidad de diferenciar dos estándares subjetivos distintos²²¹. Hoy en día, el tipo subjetivo de la complicidad en los países del *common law* exige²²²:

- 1) el dolo de cooperar con o animar al autor en su conducta (entendido éste como el conocimiento y la aceptación por parte del partícipe de la naturaleza y del efecto de sus propios actos); y
- 2) el conocimiento de los elementos esenciales del crimen cometido por el autor, lo que incluye el conocimiento de la *mens rea* necesaria por parte del autor²²³ y, en su caso, del *dolus specialis* del autor.

²¹⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 114.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ *Idem.*

²²¹ *Idem.*

²²² BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 68-91.

²²³ *Idem.*; SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, cit., pp. 152-155; ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles*, cit., pp. 424 y 431-432.

En lo que a los países de tradición romano-germánica se refiere, éstos diferencian dos categorías de cómplices:

- 1) aquellos que facilitan el crimen, y
- 2) aquellos que cooperan plenamente.

Los primeros suelen beneficiarse de la mitigación obligatoria de la pena; los segundos, sin embargo, no²²⁴.

El tipo subjetivo de la complicidad es también bidimensional en los países de tradición romano-germánica, ya que se refiere a la conducta de facilitación y al crimen base²²⁵. Aunque se requiere que la conducta del cómplice haya facilitado la comisión del crimen, no se exige una relación de naturaleza *but for* (*conditio sine qua non*)²²⁶.

La participación postdelictiva es una cuestión problemática en DPI. Las legislaciones penales estatales pueden sancionarlo como una forma de participación o como un crimen separado²²⁷. En la mayoría de los Estados, dar refugio a criminales u ocultar un crimen se sancionan como crímenes por sí mismos²²⁸. En efecto, tanto en la mayoría de países del *common law* como en los de tradición romano-germánica, la cooperación después del crimen se castiga como un crimen por sí mismo, no como forma de complicidad²²⁹.

²²⁴ DUBBER, M. D., "Criminalizing", *cit.*, p. 984; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 116; PRADEL, J., *Droit pénal, cit.*, pp. 277-278; FLETCHER, G.P., *Rethinking, cit.*, pp. 640-645.

²²⁵ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 116; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, p. 311.

²²⁶ ROTH, R., "Responsabilité Pénale Individuelle", *cit.*, pp. 65-66; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 117; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II, cit.*, pp. 275-276.

²²⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 119.

²²⁸ *Idem.*; FLETCHER, G.P., *Rethinking, cit.*, pp. 645-646.

²²⁹ DUBBER, M. D., "Criminalizing", *cit.*, pp. 980-981 y 997; FLETCHER, G.P., *Rethinking, cit.*, pp. 645-646; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 120.

No obstante, en DPI no se cuenta con ninguna incriminación autónoma para la participación postdelictiva. Tampoco se prevé expresamente como forma de complicidad²³⁰. En este sentido, debe mencionarse que la versión castellana del art. 25 (3)(c) ER se refiere junto al “cómplice” (alternativa primera) y a quien “colabora de algún modo” (alternativa tercera), al “encubridor” (alternativa segunda). Como explica Ambos, la inclusión del encubrimiento es una divergencia respecto de las versiones inglesa y francesa, las cuales emplean respectivamente los términos *abets* y *apporte son concours*²³¹. Sin embargo, como se explicará más adelante, aquí se defiende que el hecho de que el ER no incluya ninguna referencia específica a las contribuciones realizadas después del crimen no debe suponer la exclusión de tales contribuciones del ámbito de la complicidad del art. 25(3)(c) ER.

Si bien no convence la traducción castellana del ER en relación al término *abetting* como “encubridor”, tampoco convence la propuesta de algunas sentencias del TPIR de entender que *aiding* se refiere al apoyo físico mientras que *abetting* lo hace al favorecimiento psíquico de la comisión del hecho por medio de estímulos e indicaciones²³². La jurisprudencia siempre se ha basado en un concepto unitario de *aiding and abetting*, el cual se corresponde con la complicidad del derecho continental europeo²³³. En efecto, una cooperación física o (no “y”) psíquica es suficiente²³⁴. En el ER,

²³⁰ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 130-131; FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 89; DUBBER, M. D., “Criminalizing”, *cit.*, p. 1000.

²³¹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 246-247.

²³² Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 484; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Trial Chamber Judgement* del 21.02.2003 (ICTR-96-10-T, ICTR-96-17-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Ntakirutimana*), párr. 787; Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 149, párr. 254; Sentencia de primera instancia en el caso *Gacumbitsi*, *supra* nota 164, párr. 286.

²³³ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 248; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 130. Como señala VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 120, ambos conceptos se aplican en tándem en la práctica.

²³⁴ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 248.

el concepto de complicidad (*aids, abets*) queda completado con el concepto más amplio de la colaboración de algún otro modo (*otherwise assists*), a lo que se añade la referencia expresa al suministro de los medios para la comisión del crimen (*providing the means*)²³⁵.

VI.3.2. Tipo objetivo

VI.3.2.1. Tribunales *ad hoc*

Como afirma Ambos, en DPI, el tipo objetivo de complicidad se formula de manera muy amplia (con contornos poco precisos) y sólo se limita por medio del requisito del efecto sustancial y perceptible de la acción de cooperación sobre el hecho principal²³⁶. Esta frase encapsula los dos requisitos del tipo objetivo de la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*:

- 1) Contribuciones que pueden tomar la forma de cooperación práctica, ánimo o apoyo moral²³⁷. Por tanto, puede tratarse de una contribución física o psíquica²³⁸; en otras palabras, puede consistir en una cooperación material, psicológica, verbal o

²³⁵ *Ibid.*, pp. 246-247.

²³⁶ *Ibid.*, p. 250.

²³⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 766; Sentencia de primera instancia en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 150, párr. 597; *Prosecutor v. Furundžija*, *Trial Chamber Judgment* del 10.12.1998 (IT-95-17/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*), párr. 249; *Prosecutor v. Krnojelac*, *Trial Chamber Judgment* del 15.03.2002 (IT-97-25-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Krnojelac*), párr. 88; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 282. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 120; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 214; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 193; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 336-337; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 129-130; DAVID, É., *Éléments*, *cit.*, p. 652. En el mismo sentido, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, *Trial Chamber Judgment* del 18.05.2012 (SCSL-03-01-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Taylor*), párr. 6904. Vid. AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", *cit.*, pp. 792-793 y 799.

²³⁸ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 247-248; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 130.

instrumental²³⁹. Teniendo en cuenta que el apoyo moral o psicológico también puede acarrear la responsabilidad a título de inducción (o instigación, si se prefiere la terminología de los Estatutos de los tribunales *ad hoc*), existirán casos en los que la contribución intangible al crimen dé lugar al solapamiento de las figuras de la complicidad y de la inducción²⁴⁰. En cuanto a la posibilidad de que la responsabilidad por complicidad pueda derivarse de una omisión, esto es posible²⁴¹, siempre que el sujeto tuviera una obligación legal de prevenir el crimen (la obligación legal también puede derivarse de un comportamiento previo) y la capacidad para intervenir²⁴².

- 2) Contribuciones que tienen un “efecto sustancial” en la comisión del delito²⁴³ o que suponen una diferencia significativa²⁴⁴, pero

²³⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 664; WERLE, G, *Tratado*, cit., p. 307.

²⁴⁰ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 120.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 124-125; COCO, A., GAL, T., “Losing Direction. The ICTY Appeals Chamber’s Controversial Approach to Aiding and Abetting in Perišić”, *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 353; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, cit., p. 193; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 129; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 336-337; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 331; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 392.

²⁴² *Prosecutor v. Simić, Trial Chamber Judgment* del 17.10.2003 (IT-95-9-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*), párr. 162; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 283. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 124-125; COCO, A., GAL, T., “Losing Direction”, cit., p. 353; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 392.

²⁴³ Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 766; Sentencia de primera instancia en el caso *Kamuhanda*, *supra* nota 150, párr. 597; Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párr. 249; Sentencia de primera instancia en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 237, párr. 88; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 150, párr. 282; *Prosecutor v. Simić, Appeals Chamber Judgment* del 28.11.2006 (IT-95-9-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Simić*), párr. 85; *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgment* del 25.02.2004 (IT-98-32-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*), párr. 102; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 45. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 664; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 120; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 247-248 y 250; COCO, A., GAL, T., “Losing Direction”, cit., p. 353; CASSESE, A., *International*, cit., p. 214; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, cit., p. 193; WERLE, G, *Tratado*, cit., p. 307; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 128 y 130; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 336-337; DAVID, É., *Éléments*, cit., p. 653; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 391. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Taylor*, *supra* nota 237, párr. 6904. *Vid.* AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, cit., pp. 793 y 799.

sin llegar a exigir una relación de *conditio sine qua non*²⁴⁵. Si bien la presencia en el lugar del hecho no es suficiente (ni tampoco necesaria) para basar una responsabilidad por complicidad, tiene una especial relevancia desde el punto de vista del derecho probatorio, ya que su existencia – sobre todo, cuando se trata de la de un superior – puede constituir un indicio de una complicidad punible²⁴⁶. Así, la presencia del cooperador en el lugar del crimen será punible, siempre que dicha presencia tuviera un efecto directo y sustancial sobre la comisión del hecho²⁴⁷.

En relación al segundo requisito, la Sentencia de apelación en el caso *Perišić* ha exigido que el cómplice que se encuentra lejos de la escena del crimen deba dirigir específicamente su cooperación hacia la comisión de crímenes específicos, y no hacia la realización, en general, de actividades que pueden ser tanto legales como ilegales²⁴⁸. Para ello, se basó en el

²⁴⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 247-248 y 250, explica que en un principio, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no exigía el requisito del "efecto sustancial".

²⁴⁵ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 122; WERLE, G., *Tratado*, cit., p. 307; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 128; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 336-337; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 391. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Taylor*, *supra* nota 237, párr. 6913. Vid. AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., p. 801.

²⁴⁶ *Prosecutor v. Tadić*, *Trial Chamber Judgment* del 07.05.1997 (IT-94-1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Tadić*), párr. 689; Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párr. 232; *Prosecutor v. Nindabahizi*, *Trial Chamber Judgment* del 15.07.2004 (ICTR-2001-71-I) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Nindabahizi*), párr. 457; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 271; *Prosecutor v. Aleksovski*, *Trial Chamber Judgment* del 25.07.1999 (IT-95-14/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Aleksovski*), párr. 62. COCO, A., GAL, T., "Losing Direction", cit., p. 353; WERLE, G., *Tratado*, cit., p. 307; SCHABAS, W.A., *Genocide*, cit., pp. 297-298; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 249-250; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 128 y 130; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 336-337; KOLB, R., *Droit*, cit., p. 180.

²⁴⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Tadić*, *supra* nota 246, párr. 689; Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párr. 232; Sentencia de primera instancia en el caso *Nindabahizi*, *supra* nota 246, párr. 457; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 271; Sentencia de primera instancia en el caso *Aleksovski*, *supra* nota 246, párr. 62. AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 249-250; SCHABAS, W.A., *Genocide*, cit., pp. 297-298; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 128; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 392.

²⁴⁸ *Prosecutor v. Perišić*, *Appeals Chamber Judgment* del 28.02.2013 (IT-04-81-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Perišić*). COCO, A., GAL, T., "Losing Direction", cit., p. 346; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., pp. 805-806.

hecho de que la jurisprudencia requiere que el cómplice realice actos “específicamente dirigidos a” cooperar, alentar o brindar apoyo moral a la realización de un determinado delito²⁴⁹. La Sala explicó que la dirección específica se encuentra a menudo implícita en el requisito de que la contribución sea sustancial, pero que, en determinadas ocasiones, debe ser analizada y probada de manera separada, como cuando el cómplice se encuentra lejos de la escena del crimen²⁵⁰. Sin embargo, esta interpretación no tiene ninguna base en la jurisprudencia anterior de los tribunales internacionales, ni tampoco en los Estatutos ni en la costumbre internacional²⁵¹. Tampoco la distinción realizada entre aquellos que se encuentran cerca y lejos de la escena del crimen tiene ninguna base en el Estatuto ni en la jurisprudencia anterior de los tribunales²⁵².

El problema radica en que dicha sentencia concluye que si la contribución puede ser empleada también para actividades legales, el sujeto activo no puede ser considerado responsable por complicidad²⁵³. Además de

²⁴⁹ Sentencia de apelación en el caso *Perišić*, *supra* nota 248, párrs. 26-29; Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*, *supra* nota 83, párr. 370; *Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 20.10.2010 (ICTR-05-88-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kalimanzira*), párr. 86; *Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 20.10.2010 (ICTR-2001-70-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Rukundo*), párrs. 52-53; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párrs. 45-46; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 243, párr. 102; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 85; *Prosecutor v. Blagojević & Jokić, Appeals Chamber Judgment* del 09.05.2007 (IT-02-60-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*), párr. 127. COCO, A., GAL, T., “Losing Direction”, *cit.*, p. 348; AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, pp. 805-806.

²⁵⁰ Sentencia de apelación en el caso *Perišić*, *supra* nota 248, párrs. 21 y 31-33; COCO, A., GAL, T., “Losing Direction”, *cit.*, p. 348; AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, pp. 805-806.

²⁵¹ *Prosecutor v. Šainović, Appeals Chamber Judgment* del 23.01.2014 (IT-05-87-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Šainović*), párrs. 1625-1650; *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Appeals Chamber Judgment* del 26.09.2013 (SCSL-03-01-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Taylor*), párrs. 471-480. COCO, A., GAL, T., “Losing Direction”, *cit.*, pp. 346 y 351-352. Para una visión contraria, *vid.* AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, pp. 804-808; y AMBOS, K., “La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma?”, *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, pp. 17-18.

²⁵² COCO, A., GAL, T., “Losing Direction”, *cit.*, pp. 359-361.

²⁵³ *Ibid.*, pp. 361-363.

contradecir toda la jurisprudencia anterior – según la cual toda contribución sustancial al crimen es suficiente para colmar el tipo objetivo de la complicidad, independientemente de que también pueda ser utilizada para propósitos legales –, la exigencia de que la contribución esté exclusivamente dirigida a actividades ilícitas hace que la existencia del tipo objetivo dependa de la *mens rea* del sujeto²⁵⁴. Otras de las críticas que se pueden realizar al mencionado requisito residen en que:

- no encaja bien en los supuestos de complicidad por omisión²⁵⁵;
- es más que dudoso que en la vida real existan contribuciones que sólo puedan dirigirse a la cooperación en actividades ilícitas²⁵⁶; y
- diluye la diferencia con respecto a la ECC – puede llegar a requerirse un estándar más exigente incluso que en la ECC –²⁵⁷.

Por todo ello, la sentencia posterior de la Sala de Apelaciones en el caso *Sainović* (TPIV) y la Sentencia de apelación en el caso *Taylor* (CESL) deben ser bienvenidas, puesto que afirmaron que la dirección específica no es un requisito de la responsabilidad por complicidad²⁵⁸.

En cuanto al momento de la acción de complicidad, ésta puede tener lugar antes, durante o después de la comisión del delito²⁵⁹. Cuando ocurre después, surge la pregunta de si es necesario que existiera un acuerdo

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ *Idem.*

²⁵⁷ *Ibid.*, pp. 363-365.

²⁵⁸ Sentencia de apelación en el caso *Šainović*, *supra* nota 251, párrs. 1625-1650; Sentencia de apelación en el caso *Taylor*, *supra* nota 251, párrs. 471-480. COCO, A., GAL, T., "Losing Direction", *cit.*, pp. 346 y 351-352. Para una visión contraria, *vid.* AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", *cit.*, pp. 807-808.

²⁵⁹ Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*, *supra* nota 83, párr. 372; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 48; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 85; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*, *supra* nota 249, párr. 127. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 126; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 667; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 193; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 336-337; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 129-130; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", *cit.*, p. 800; DAVID, É., *Éléments*, *cit.*, p. 652.

sobre tal contribución antes de la comisión del delito²⁶⁰. Mientras que algunos autores defienden que es necesario que exista un acuerdo previo entre el autor y el cómplice²⁶¹, otros afirman que tal acuerdo no es necesario²⁶².

Exigir un acuerdo previo es problemático porque ello supondría recurrir a un elemento típico de la coautoría, de ahí que resulte convincente la afirmación de que es suficiente con que la acción de participación posterior se conecte de alguna forma al hecho principal²⁶³. Además, en la Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, el TPIY también ha considerado suficiente, junto con el acuerdo previo, que el cómplice quiera realizar su contribución y que así se lo comunique al autor, siempre que la propuesta de ayuda haya alentado o facilitado la comisión del crimen por parte del autor²⁶⁴.

Al igual que la responsabilidad por “ordenar”, “instigar” y “planificar”, los tribunales *ad hoc* conceptúan la responsabilidad por complicidad

²⁶⁰ Surge también la pregunta de si la complicidad postdelictiva puede abarcar los supuestos de promesa (anterior al delito) de favorecimiento posterior a la consumación del crimen. Pese a que la jurisprudencia internacional no ha abordado la cuestión, aquí defendemos que esto es posible y necesario, dado que el DPI no prevé ninguna conducta punible de encubrimiento o favorecimiento. Además, como explica MIR PUIG, S., *Derecho*, cit., p. 422, es generalmente admitido que la promesa de favorecimiento posterior a la consumación constituye cooperación, siempre que dicha promesa sea hecha con anterioridad al delito.

²⁶¹ Vid. *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, *Decision on the confirmation of the charges* del 16.12.2011 (ICC-01/04-01/10) (en adelante, *Decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana*), párr. 287, la cual ha exigido tal acuerdo previo al analizar las contribuciones realizadas después de la comisión del crimen en el marco del art. 25(3)(d) ER. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 126, se basa en *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, *Trial Chamber Judgment* del 17.01.2005 (IT-02-60-T) (en adelante, *Sentencia de primera instancia en el caso Blagojević & Jokić*), párr. 731; *Sentencia de primera instancia en el caso Limaj*, *supra* nota 149, párr. 662; *Sentencia de primera instancia en el caso Furundžija*, *supra* nota 237, párrs. 229-230. Vid. también BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 336-337; DAVID, É., *Éléments*, cit., p. 652.

²⁶² OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 667, se basa, entre otras, en la *Sentencia de primera instancia en el caso Tadić*, *supra* nota 246, párr. 677. No obstante, las sentencias que pone como ejemplo no se refieren a los casos concretos de cooperación después de la comisión del crimen.

²⁶³ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 267.

²⁶⁴ *Sentencia de primera instancia en el caso Furundžija*, *supra* nota 237, párrs. 229-230.

solamente como forma de participación en el delito, ya que se requiere el comienzo de la ejecución del crimen en cuestión y no se tipifica como acto preparatorio punible *per se* – la conspiración y provocación para cometer genocidio son los únicos que se tipifican como actos preparatorios punibles *per se* –²⁶⁵.

VI.3.2.2. CPI

El tipo objetivo de la complicidad prevista en el art. 25(3)(c) ER de la CPI es similar al de la complicidad de los tribunales *ad hoc*. Así, los dos requisitos objetivos arriba mencionados reciben en el ámbito de la CPI una regulación muy parecida a la de los tribunales *ad hoc*:

- 1) Contribuciones que pueden tomar la forma de cooperación práctica, ánimo o apoyo moral²⁶⁶. Como puede observarse, este requisito ha sido tomado de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, pero se habrá de esperar a la futura jurisprudencia de la CPI para ver de qué manera lo aprecian exactamente. La modalidad omisiva debería estar incluida, siempre que quede probada la existencia de una obligación legal. En lo que se refiere a la previsión expresa del suministro de los medios para cometer el crimen en el art. 25(3)(c) ER, debe tenerse presente que no es más que un ejemplo de la responsabilidad por complicidad²⁶⁷.

²⁶⁵ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p.123. En sentido similar, BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 336-337.

²⁶⁶ ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 799; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 664-665; FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 74-75. Según VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 127, no está claro si el apoyo moral entra o no en el ámbito del art. 25(3)(c) ER.

²⁶⁷ FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 80-82; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 798.

- 2) Contribuciones que tienen un efecto sustancial sobre la comisión de los delitos²⁶⁸, sin llegar a requerir que sea una condición necesaria (en el sentido de un *but for test*)²⁶⁹. No cabe duda de que la CPI se ha inspirado en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* a la hora de establecer este estándar.

El hecho de que el ER no incluya ninguna referencia específica a las contribuciones postdelictivas no debe entenderse como la exclusión de tales contribuciones del ámbito de la complicidad del art. 25(3)(c) ER, ya que tampoco los Estatutos de los tribunales *ad hoc* contienen una referencia de ese tipo, lo que no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de dichos tribunales haya aceptado las contribuciones realizadas después del crimen como formas de complicidad²⁷⁰. En la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, la CPI ha admitido expresamente las contribuciones realizadas después del crimen en el marco de la responsabilidad por el art. 25(3)(d) ER, y ha exigido que exista un acuerdo previo entre el autor y el partícipe²⁷¹.

Sin embargo, como ya se ha explicado, requerir un acuerdo previo es problemático porque al hacerlo se recurre a un elemento típico de la coautoría²⁷². Dado que lo relevante es que la complicidad tenga un efecto sustancial sobre la comisión del crimen, en el caso que ahora nos ocupa,

²⁶⁸ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgment* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*), párr. 997. AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 250-251; FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 130 y 146; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 665; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 127-128; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 164; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., pp. 799-800; ESER, A., "Individual", cit., pp. 799-800.

²⁶⁹ ESER, A., "Individual", cit., p. 798; FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 137-143; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 165; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", cit., p. 800.

²⁷⁰ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 130-131; FINNIN, S., *Elements*, cit., p. 89; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 171-172. Para una visión contraria, vid. DUBBER, M. D., "Criminalizing", cit., p. 1000.

²⁷¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párrs. 286-287. A favor de esta postura, vid. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 130-131.

²⁷² AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 267.

esto sólo puede ocurrir cuando el autor era consciente, en el momento de la comisión del crimen, de que recibiría tal cooperación y que tal conciencia tuviera un efecto sustancial en su decisión de cometer el crimen²⁷³. Esto no obliga necesariamente a un acuerdo previo, sino que la mera conciencia es suficiente²⁷⁴. En sentido similar, Ambos afirma que es suficiente con que la acción de participación posterior se conecte de alguna forma al hecho principal²⁷⁵.

Por último, la complicidad se conceptúa únicamente como forma de participación en el delito, puesto que se requiere que el crimen en cuestión tenga lugar (al menos en grado de tentativa) y no se tipifica como acto preparatorio punible *per se*²⁷⁶.

VI.3.3. Tipo subjetivo

VI.3.3.1. Tribunales *ad hoc*

Los tribunales *ad hoc* requieren que las acciones u omisiones de complicidad estén específicamente dirigidas a cooperar, alentar o brindar apoyo moral a la realización de un determinado delito²⁷⁷. Se exigen tres

²⁷³ FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 89.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 267. En sentido similar, Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párrs. 229-230.

²⁷⁶ ESER, A., "Individual", *cit.*, pp. 798-799; FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 136.

²⁷⁷ Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*, *supra* nota 83, párr. 370; Sentencia de apelación en el caso *Kalimanzira*, *supra* nota 249, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Rukundo*, *supra* nota 249, párrs. 52-53; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párrs. 45-46; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 243, párr. 102; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 85; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević e Jokić*, *supra* nota 249, párr. 127.

requisitos en el tipo subjetivo de la complicidad, lo que se traduce en la conciencia de que²⁷⁸:

- 1) Mediante su conducta coopera con los autores directos en la ejecución de los elementos del tipo objetivo²⁷⁹.
- 2) Los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito en cuestión. No es necesario que el cómplice comparta el dolo de cometer el delito con los autores directos²⁸⁰.
- 3) Los autores directos actúan con todo *dolus specialis* requerido por el delito en cuestión²⁸¹. Por el contrario, la complicidad en el genocidio – regulada en los arts. 4(3)(e) y 2(3)(e) de los Estatutos

²⁷⁸ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 670; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 121-123; COCO, A., GAL, T., "Losing Direction", *cit.*, pp. 353-354; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, pp. 193-194.

²⁷⁹ Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*, *supra* nota 83, párr. 370; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 46; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 243, párr. 102; Sentencia de apelación en el caso *Kalimanzira*, *supra* nota 249, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Rukundo*, *supra* nota 249, párrs. 52-53; *Prosecutor v. Krstić, Appeals Chamber Judgement* del 19.04.2004 (IT-98-33-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krstić*), párrs. 140-141; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*, *supra* nota 249, párr. 127. Cabe mencionar que, según Olásulo, la complicidad requiere que el cómplice sea consciente de que mediante sus actos coopera "sustancialmente" en la comisión del crimen, pero no debería incluirse el requisito de "sustancialmente", ya que el dolo del cómplice no debe abarcar la naturaleza "sustancial" de su contribución. *Vid.* FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 197; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 337-340; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 131; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", *cit.*, p. 808; KOLB, R., *Droit, cit.*, p. 180; DAVID, É., *Éléments, cit.*, p. 654.

²⁸⁰ BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 337-340; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 131; AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's", *cit.*, p. 808; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 673; CASSESE, A., *International, cit.*, pp. 215-216; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, pp. 193-194; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 121-123; COCO, A., GAL, T., "Losing Direction", *cit.*, pp. 353-354; DAVID, É., *Éléments, cit.*, p. 663.

²⁸¹ Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 279, párrs. 140-141; *Prosecutor v. Krnojelac, Appeals Chamber Judgment* del 17.09.2003 (IT-97-25-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*), párr. 52; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 243, párr. 142; Sentencia de apelación en el caso *Kalimanzira*, *supra* nota 249, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Rukundo*, *supra* nota 249, párrs. 53; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*, *supra* nota 249, párr. 127.

del TPIY y del TPIR respectivamente – exige que el cómplice comparta el *dolus specialis* del genocidio²⁸².

Los requisitos que vienen de mencionarse pueden traducirse en el doble dolo requerido para colmar el tipo subjetivo del cómplice²⁸³:

- 1) conocimiento de la probabilidad sustancial de que mediante sus actos/omisiones cooperará con el autor en la comisión de los crímenes; y
- 2) conocimiento de los “elementos esenciales” del crimen, incluyendo la *mens rea* del autor.

Al igual que en la responsabilidad por “ordenar”, “instigar” y “planificar”, la complicidad requiere el estándar del dolo eventual²⁸⁴. No puede comprenderse la razón por la cual Olásolo afirma que en un principio los tribunales *ad hoc* exigían sólo un dolo eventual (conciencia de la probabilidad sustancial), mientras que ahora se decantan por el estándar de la certeza virtual (dolo directo de segundo grado)²⁸⁵. Las sentencias que pone como ejemplo de ello de ninguna manera hacen pensar que se requiera el estándar de la certeza virtual²⁸⁶. Además, no existe razón alguna por la que lo establecido en relación a la complicidad deba alejarse de lo establecido para la responsabilidad por “ordenar”, “instigar” y “planificar”. Cabe mencionar que la CESL también ha requerido el estándar de la

²⁸² VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 123; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 340-342; DE FROUVILLE, O., *Droit international, cit.*, 2012, p. 394.

²⁸³ BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 337-340; DAVID, É., *Éléments, cit.*, p. 654; DE FROUVILLE, O., *Droit international, cit.*, p. 392. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Taylor, supra* nota 237, párr. 6904. Vid. AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, pp. 793 y 796.

²⁸⁴ BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 337-342; KOLB, R., *Droit, cit.*, p. 180.

²⁸⁵ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 670.

²⁸⁶ Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura, supra* nota 83, párr. 370; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić, supra* nota 84, párr. 46; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević, supra* nota 243, párr. 102; Sentencia de apelación en el caso *Krstić, supra* nota 279, párrs. 140-141; Sentencia de apelación en el caso *Simić, supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić, supra* nota 249, párr. 127.

probabilidad sustancial (en el sentido del primer escenario del dolo eventual) para la complicidad²⁸⁷.

En lo que respecta a la posibilidad de ser cómplice de una ECC, ésta no puede aceptarse. Si el sujeto activo era consciente de que con su cooperación estaba facilitando la comisión de todos los delitos que formaban parte de un ECC, será responsable por colaborar en todos ellos, pero no por cooperar con la ECC²⁸⁸. En tanto que la ECC es simplemente una forma de intervención criminal punible – no un delito en sí mismo –, sería incorrecto aceptar la complicidad en una ECC: el cómplice coopera con el autor o autores en la comisión del crimen, no con una ECC²⁸⁹.

La otra posibilidad consistiría en entender que se trata de un miembro de la ECC – y por tanto, responsable a título de coautoría –. El TPIY se basa en el tipo subjetivo para realizar la distinción entre los miembros de una ECC (coautores) y los cómplices (partícipes): el cómplice “sólo pretende ayudar”, pero el miembro de la ECC comparte el dolo requerido por el delito²⁹⁰. Esta distinción entre miembros de una ECC y cómplices se corresponde con la distinción entre coautores y partícipes del Derecho continental, en el que los partícipes son castigados más levemente que los coautores²⁹¹. Pero tal jerarquía no existe en la forma tradicional de la ECC del *common law*, puesto que ambos conceptos constituyen formas de participación (la diferencia consiste en que la complicidad requiere una relación más

²⁸⁷ *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (AFRC Case), Appeals Chamber Judgment* del 22.02.2008 (SCSL-04-16-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso AFRC), párr. 243.

²⁸⁸ *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgment* del 28.02.2005 (IT-98-30/1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*), párr. 90. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 673.

²⁸⁹ Sentencia de apelación en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 288, párr. 90. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 673.

²⁹⁰ VAN SLIEDREGT, E., “The Curious Case of International Criminal Liability”, *JICJ*, Vol. 10, Núm. 5, 2012, p. 1176.

²⁹¹ VAN SLIEDREGT, E., “The Curious Case”, *cit.*, pp. 1176-1177.

específica con el crimen que la ECC)²⁹². Esto demuestra cómo una forma de intervención criminal punible se transforma en un concepto *sui generis* cuando se aplica en un contexto multinacional donde confluyen distintas culturas jurídicas²⁹³.

VI.3.3.2. CPI

En el ámbito de la CPI, la exigencia dolosa intensificada contenida en el art. 25(3)(c) ER se aparta de la mayoría de derechos nacionales y de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, ya que el ER exige el “propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, mientras que el TPIR y el TPIV consideran suficiente con que el cómplice sea consciente de que mediante su conducta coopera con el autor²⁹⁴. El ER ha seguido el ejemplo del *Model Penal Code*²⁹⁵.

Como Ambos bien explica, la introducción de este requisito en el plano subjetivo se debe a la amplitud del tipo objetivo de la complicidad²⁹⁶. En sentido similar, Finnin sugiere que tal requisito subjetivo fue diseñado para evitar que los individuos fueran considerados responsables a título de complicidad por sus actividades laborales cotidianas cuando tales actividades puedan de alguna manera facilitar la comisión de un crimen²⁹⁷. Pero asimismo lleva razón cuando advierte de que aquellos individuos que se aprovechan de las situaciones de conflicto armado para obtener

²⁹² *Ibid.*, p. 1177.

²⁹³ *Idem.*

²⁹⁴ AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 267-269; AMBOS, K., *Treatise*, cit., pp. 165-166; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 670-671; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 128; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 195; FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 198-200.

²⁹⁵ FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 198-201.

²⁹⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 267; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 166. En el mismo sentido, ESER, A., “Individual”, cit., p. 801.

²⁹⁷ FINNIN, S., *Elements*, cit., pp. 198-201.

beneficio financiero podrán evitar su responsabilidad por los crímenes internacionales a los que han contribuido²⁹⁸.

También en el ámbito de la CPI se exigen tres requisitos en el tipo subjetivo de la complicidad, pero el primero se articula de una manera distinta a lo señalado en referencia a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

- 1) El cómplice debe proponerse facilitar a los autores directos la ejecución de los elementos del tipo objetivo²⁹⁹. No sólo debe conocer, sino también querer, que su ayuda facilite la comisión del crimen³⁰⁰.
- 2) El cómplice ha de conocer que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito en cuestión; por lo que no es necesario que comparta el dolo de cometer el delito con los autores directos³⁰¹.
- 3) El cómplice sólo necesita conocer que los autores directos actúan con todo *dolus specialis* requerido por el delito en cuestión – no se requiere que compartan tal *dolus specialis* –³⁰².

Resulta complicado determinar cuál es el tipo de dolo requerido por el art. 25(3)(c) ER para la complicidad. Gracias a la expresión “salvo disposición en contrario” del art. 30 ER, el art. 25(3)(c) requiere un elemento subjetivo del tipo adicional al dolo: que la contribución del cómplice sea realizada con el “propósito de facilitar la comisión de ese crimen”³⁰³. La doctrina se

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 201.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 189.

³⁰⁰ ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 801.

³⁰¹ VAN DER WILT, H., “Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction. Reflections on the *van Anraat Case*”, *JICJ*, Vol. 4, Núm. 2, 2006, pp. 246 y 249; FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 192-193.

³⁰² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 672; VAN DER WILT, H., “Genocide”, *cit.*, pp. 246-248; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 166.

³⁰³ FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, p. 197; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 394.

encuentra dividida a la hora de interpretar cuál es el tipo de dolo requerido por tal expresión.

Olasólo y Finnin identifican el “propósito de facilitar la comisión de ese crimen” con el dolo directo de primer grado³⁰⁴. No obstante, dicha afirmación ha de matizarse, puesto que no tiene en cuenta el carácter bidimensional del dolo de la complicidad (y de la participación, en general). En efecto, el art. 25(3)(c) ER requiere – al igual que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* – un doble dolo para cumplir las exigencias del tipo subjetivo de la complicidad³⁰⁵:

- 1) dolo en relación a su propia conducta de cooperación; y
- 2) dolo en relación a la comisión del crimen por parte del autor.

El hecho de que el cómplice deba tener el propósito de facilitar la comisión del crimen sólo afecta al primero de los dos dolos. En tanto que no es suficiente con que el cómplice conozca (y acepte) que su ayuda facilita la comisión del crimen³⁰⁶, sino que éste debe ser su propósito, se requiere – a diferencia de lo establecido por los tribunales *ad hoc* – un estándar más exigente que el del dolo eventual. Por el contrario, el segundo dolo debe interpretarse de la misma manera que en los tribunales *ad hoc*, en el sentido de un dolo eventual.

Así, ha de rechazarse la propuesta de Cassese de entender el “propósito de facilitar la comisión de ese crimen” como equivalente a requerir que el cómplice comparta (con el autor) el dolo de cometer el delito³⁰⁷. Dicho

³⁰⁴ OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 670-671; FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 201-203. Consciente del problema de probar el elemento subjetivo (adicional) del tipo, FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 201-203, defiende que lo que se requiere es que “facilitar la comisión del crimen” sea un propósito de su conducta, no el único propósito. Así, afirma que sería suficiente probar, por ejemplo, en el caso del vendedor de armas, que actuó tanto con el propósito de obtener beneficio como de facilitar la comisión del crimen.

³⁰⁵ ESER, A., “Individual”, *cit.*, p. 801.

³⁰⁶ *Idem.*

³⁰⁷ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International, cit.*, p. 195.

autor no tiene en cuenta el carácter bidimensional del dolo de la complicidad: únicamente se precisa el dolo directo de primer grado en relación a la propia conducta de complicidad (primera dimensión del dolo). En cuanto a la comisión del crimen por parte del autor (segunda dimensión del dolo), basta con el dolo eventual; por lo que sólo se requiere que el cómplice sea consciente de que los autores directos actúan con el dolo (genérico) – no que se comparta –³⁰⁸. En resumen, el dolo directo de primer grado debe estar dirigido a la propia conducta de complicidad (primera dimensión del dolo), y no a la comisión del delito por parte del autor (segunda dimensión del dolo); ya que, de lo contrario, se estarían confundiendo las dos dimensiones del dolo que integran el tipo subjetivo de la complicidad.

En este contexto, es esclarecedora la propuesta de Finnin de clasificar los diferentes niveles de *mens rea* del art. 30 ER en relación a los elementos del tipo objetivo del crimen en cuestión: conducta, consecuencia y circunstancias³⁰⁹. En cuanto a la conducta, el cómplice debe proponerse (en el sentido de un dolo directo de primer grado) realizar la contribución³¹⁰; pero en lo referente a la consecuencia, el cómplice sólo necesita contar con que, en el curso normal de los acontecimientos, el autor directo cumplirá o intentará cumplir los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito (y también de que no estará justificado)³¹¹. Además, es suficiente con que el sujeto activo prevea el delito en sus elementos esenciales y contornos aproximados³¹². Por ello, no es necesario que el sujeto activo conociera el crimen concreto que el autor pretendía cometer

³⁰⁸ VAN DER WILT, H., "Genocide", *cit.*, pp. 246 y 249; FINNIN, S., *Elements, cit.*, pp. 192-193.

³⁰⁹ FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 161.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 189.

³¹¹ *Ibid.*, p. 191.

³¹² *Ibid.*, p. 192.

y que es cometido, siempre que fuera consciente de que uno de los crímenes sería probablemente cometido y que en efecto se cometiera³¹³.

Por último, en referencia a los crímenes que requieren un determinado *dolus specialis*, en el juicio contra el empresario Frans van Anraat en los Países Bajos, también se ha considerado suficiente que el cómplice de genocidio cuente con que el autor actúa con el *dolus specialis* requerido³¹⁴. En el caso mencionado, el empresario era acusado de complicidad en crímenes de guerra y en el genocidio debido a la venta de grandes cantidades de tiodiglicol (TDG) al régimen de Saddam Hussein como materia prima para la producción de gas mostaza³¹⁵. A pesar de ser condenado por complicidad en crímenes de guerra, fue absuelto de la acusación de complicidad en el genocidio, dado que no pudo probarse que el acusado sabía que, al suministrar tal producto al régimen de Saddam Hussein, estaba contribuyendo a la campaña genocida contra los kurdos³¹⁶.

Las reflexiones de Van der Wilt en relación a dicho caso son muy interesantes, ya que convincentemente justifica la suficiencia del estándar del conocimiento del *dolus specialis* del autor para ser considerado responsable por complicidad en el genocidio³¹⁷. Como explica dicho autor, si bien es cierto que el *dolus specialis* sirve para que los cerebros criminales y los ejecutores deseosos sean puestos en el centro de la atención, también

³¹³ Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párr. 246; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párr. 287; Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 149, párr. 255; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 50; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 272; *Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber Judgement* del 31.01.2005 (IT-01-42-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*), párr. 350; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*, *supra* nota 249, párr. 222; Sentencia de apelación en el caso *AFRC*, *supra* nota 287, párr. 243. *Vid.* FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 192-193.

³¹⁴ VAN DER WILT, H., "Genocide", *cit.*, p. 240.

³¹⁵ *Idem.*

³¹⁶ *Idem.*

³¹⁷ *Ibid.*, pp. 256-257.

puede oscurecer la periferia que apoya los crímenes³¹⁸. Ningún genocidio u otra campaña de violación de Derechos Humanos puede tener lugar sin el consiguiente respaldo económico o financiero³¹⁹. En efecto, la operación genocida es el resultado de la relación simbiótica entre aquellos que de verdad quieren destruir el grupo y aquellos que no tienen problemas de conciencia porque razonan que sólo están en ello por el dinero³²⁰. Es por ello que es suficiente con que el cómplice de genocidio cuente con que el autor actúa con el *dolus specialis* requerido.

VI.3.4. Complicidad en el genocidio (Art. 4(3)(e) ETPIY y art. 2(3)(e) ETPIR)

En el ámbito de la complicidad debe realizarse una mención especial a la llamada complicidad en el genocidio (*complicity in genocide*) prevista en los artículos 4(3)(e) y 2(3)(e) de los Estatutos del TPIY y del TPIR respectivamente. La complicidad en el genocidio es uno de los actos de genocidio previstos en el artículo III de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio³²¹. No obstante, su desafortunada regulación en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* ha dado lugar a cierta confusión en cuanto a su contenido y significado³²². En efecto, los Estatutos del TPIY y del TPIR han copiado la definición de la complicidad en el genocidio (*complicity in genocide*) del artículo III(e) de la Convención del Genocidio en los artículos 4(3)(e) y 2(3)(e) respectivamente³²³. Por su parte, los artículos 6(1) ETPIR y 7(1) ETPIY establecen la responsabilidad penal individual por complicidad (*aiding and abetting*) en cualquier tipo de delito,

³¹⁸ *Ibid.*, p. 256.

³¹⁹ *Idem.*

³²⁰ *Ibid.*, p. 257.

³²¹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 171.

³²² *Ibid.*, p. 172; VAN DER WILT, H., "Genocide", cit., pp. 244-245.

³²³ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 172.

incluyendo el genocidio³²⁴. Así, surge la duda de cuál es la relación entre la *complicity in genocide* (artículos 2(3)(e) y 4(3)(e)) y *aiding and abetting genocide* (artículos 6(1) y 7(1))³²⁵. ¿Se trata de conceptos diferentes o se solapan?

De acuerdo con lo establecido en la Sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*, no existe una distinción material entre ambos conceptos³²⁶. Sin embargo, en el resto de ocasiones, los tribunales *ad hoc* han tratado de encontrar una diferencia entre ambos preceptos³²⁷. El TPIR se ha basado en el tipo subjetivo para defender la diferencia entre la *complicity in genocide* y *aiding and abetting genocide*, y ello ha dado lugar a una serie de sentencias contradictorias³²⁸.

- La Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu* señaló que la *complicity in genocide* no requiere que el cómplice comparta el *dolus specialis* del genocidio (sino sólo que conozca que el autor actúa con el *dolus specialis*), mientras que la responsabilidad por *aiding and abetting genocide*, sí³²⁹.
- Por el contrario, la Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana* afirmó que se requería *dolus specialis* para todas las formas de comisión del genocidio previstas en el

³²⁴ *Idem*.

³²⁵ Se emplean los términos en inglés para que quede claro a qué concepto nos estamos refiriendo en cada caso, puesto que, en castellano, se ha empleado el término complicidad para designar ambos conceptos.

³²⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*, *supra* nota 148, párr. 394. EBOE-OSUJI, C., "Complicity in Genocide" versus "Aiding and Abetting Genocide". *Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes*, *JICJ*, Vol. 1, Núm. 3, p. 59; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 172-173.

³²⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 173.

³²⁸ *Idem*.

³²⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párrs. 538, 540, 545 y 547. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 174; VAN DER WILT, H., "Genocide", *cit.*, pp. 244-245; EBOE-OSUJI, C., "Complicity", *cit.*, p. 58. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Ntakirutimana*, *supra* nota 232, párrs. 787-789; *Prosecutor v. Musema, Trial Chamber Judgement* del 27.01.2000 (ICTR-96-13-A) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*), párrs. 181-183.

art. 2(3) del Estatuto del TPIR – por tanto, para la *complicity in genocide* –, mientras que era suficiente con el conocimiento de tal *dolus specialis* en la responsabilidad por *aiding and abetting genocide*³³⁰.

- Por su parte, la Sentencia de primera instancia en el caso *Bagilishema* estableció que el conocimiento del *dolus specialis* del autor es suficiente tanto para la *complicity in genocide* como para *aiding and abetting genocide*³³¹.

Además de ser contradictoria, esta jurisprudencia choca de frente con lo establecido por el TPIY en relación al tipo subjetivo de la responsabilidad por complicidad en general (en el sentido de *aiding and abetting*), ya que el TPIY sólo requiere el conocimiento de la *mens rea* del autor y la conciencia de que mediante la propia conducta coopera con el autor en la comisión de los crímenes³³², incluso para los supuestos de genocidio³³³. Si bien no cabe duda de que la responsabilidad por *aiding and abetting genocide* sólo requiere el conocimiento del *dolus specialis* del autor, todavía no queda

³³⁰ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber Judgement* del 21.05.1999 (ICTR-95-1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*), párrs. 91, 205 y 207; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 174; EBOE-OSUJI, C., *“Complicity”, cit.*, p. 63.

³³¹ *Prosecutor v. Bagilishema, Trial Chamber Judgement* del 07.06.2001 (ICTR-95-1A-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Bagilishema*), párr. 36.

³³² Sentencia de apelación en el caso *Krstić, supra* nota 279, párrs. 140-41; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac, supra* nota 281, párr. 52; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević, supra* nota 243, párr. 142; Sentencia de apelación en el caso *Kalimanzira, supra* nota 249, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Rukundo, supra* nota 249, párr. 53; Sentencia de apelación en el caso *Simić, supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić, supra* nota 249, párr. 127. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 174; FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 197; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 337-340; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 131; AMBOS, K., NJIKAM, O., *“Charles Taylor’s”, cit.*, p. 808; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 673; CASSESE, A., *International, cit.*, p. 215; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International, cit.*, pp. 193-194; COCO, A., GAL, T., *“Losing Direction”, cit.*, pp. 353-354.

³³³ Sentencia de apelación en el caso *Krstić, supra* nota 279, párrs. 140-141; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac, supra* nota 281, párr. 52; Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević, supra* nota 243, párr. 142; Sentencia de apelación en el caso *Kalimanzira, supra* nota 249, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Rukundo, supra* nota 249, párr. 53; Sentencia de apelación en el caso *Simić, supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić, supra* nota 249, párr. 127. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 174; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, pp. 340-342.

claro cuál es la *mens rea* que los tribunales *ad hoc* exigen para la *complicity in genocide*³³⁴.

En los casos *Krstić* y *Milošević*, el TPIY ha afirmado que, en tanto que la *complicity in genocide* abarca un ámbito más amplio que el de la responsabilidad por *aiding and abetting genocide*, requiere la prueba de que el cómplice tenía el *dolus specialis* del genocidio³³⁵. A pesar de que en ambos casos el TPIY afirma que existe autoridad suficiente para llegar a la conclusión a la que llega, lleva razón Van Sliedregt cuando critica que la interpretación natural del Estatuto del TPIY y los *travaux préparatoires* de la Convención del Genocidio – en lo que se basa el TPIY para justificar su conclusión – no constituyen una autoridad suficiente³³⁶. De ahí que numerosos autores compartan que no tiene sentido diferenciar ambos preceptos desde el punto de vista del tipo subjetivo³³⁷. Además, como explica Eboe-Osuji, si el cómplice comparte el *dolus specialis* con el autor, también sería posible considerar que ambos son miembros de una ECC para cometer genocidio y, por ende, sancionarlos como autores³³⁸. Así, requerir que el cómplice comparta el *dolus specialis* puede diluir la diferencia entre la responsabilidad principal por ECC y la responsabilidad accesoria por complicidad.

En lo que al tipo objetivo de la *complicity in genocide* y de la responsabilidad por *aiding and abetting genocide* se refiere, existe consenso sobre el solapamiento entre ambos preceptos³³⁹. La única excepción es la de la

³³⁴ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 174.

³³⁵ Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 279, párr. 142; *Prosecutor v. Slobodan Milošević, Decision on Motion for Judgement of Acquittal* del 16.06.2004 (IT-02-54-T) (en adelante, *Decisión en el caso Milošević*), párr. 248.

³³⁶ Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 279, párr. 142; *Decisión en el caso Milošević*, *supra* nota 335, párr. 248. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 174-175.

³³⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 174-175; EBOE-OSUJI, C., *“Complicity”*, *cit.*, pp. 65-66. Referencia en VAN DER WILT, H., *“Genocide”*, *cit.*, p. 246.

³³⁸ EBOE-OSUJI, C., *“Complicity”*, *cit.*, pp. 65-66.

³³⁹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 175.

Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, en la que el TPIR afirmó que la responsabilidad por *aiding and abetting* puede derivarse tanto de acciones como de omisiones, mientras que la *complicity in genocide* siempre requiere una acción positiva³⁴⁰. No existe razón alguna para tal distinción, y de hecho, ninguna otra Sala de los tribunales *ad hoc* ha seguido tal interpretación³⁴¹.

Resulta interesante la propuesta de Eboe-Osuji de considerar que la complicidad en el genocidio tiene una función residual: capturar aquellas formas de participación (como las contribuciones posteriores al delito) que no están incluidas en las normas generales sobre la responsabilidad individual en los Estatutos³⁴². No obstante, como ya se ha adelantado, las contribuciones posteriores en el delito ya están incluidas en la responsabilidad por *aiding and abetting*³⁴³, por lo que no existen supuestos en los que poder aplicar la responsabilidad residual por *complicity in genocide*. Por consiguiente, el tipo objetivo de la *complicity in genocide* debe entenderse de la misma manera que el de la responsabilidad por *aiding and abetting genocide*.

Por tanto, sólo cabe concluir que no existe ninguna diferencia entre ambos conceptos. Así, en vista del solapamiento entre ambas figuras en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, debe ser bienvenida la decisión del Estatuto de la CPI de no prever la *complicity in genocide* en un artículo separado: está incluida en las formas de participación en el delito previstas en el artículo 25(3) ER.

³⁴⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 548. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 175; EBOE-OSUJI, C., ""Complicity", *cit.*, p. 58.

³⁴¹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 175.

³⁴² EBOE-OSUJI, C., ""Complicity", *cit.*, pp. 77-80. Referencia en VAN DER WILT, H., "Genocide", *cit.*, p. 246.

³⁴³ *Vid.* Subapartado VI.3.2. de esta Parte II.

VI.4. Contribución en el crimen cometido por un grupo de personas (Art. 25(3)(d) ER)

VI.4.1. Origen

Esta forma de intervención criminal punible se encuentra regulada en el art. 25(3)(d) ER, y no tiene equivalente en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. La CPI la ha caracterizado como una forma residual de participación³⁴⁴. Dado que el origen de este artículo del ER y su diferenciación respecto de la ECC ya han sido analizados en el Apartado III.5. de esta Parte II, nos remitimos a lo allí establecido. Este Apartado está dedicado exclusivamente al análisis de los elementos del tipo objetivo y del tipo subjetivo de la forma de participación que es ahora objeto de atención. Pese a que varios autores han señalado que – debido al amplio ámbito de aplicación del art. 25(3)(c) ER – el subapartado (3)(d) es superfluo, innecesario o de muy difícil aplicación práctica³⁴⁵, como ya se ha sostenido antes, creemos que ambos subapartados pueden distinguirse tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

³⁴⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1618; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 268, párr. 996; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEn) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párr. 337; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 483. AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 166; OLÁSULO, H., "Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional", [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2009, p. 5, disponible en <http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf> [Consulta: 15.04.2015], p. 5.

³⁴⁵ ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 803; MANTOVANI, F., "The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer", *JICJ*, Vol 1, Núm. 1, 2003, p. 35.

VI.4.2. Tipo objetivo

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la CPI, son tres los elementos del tipo objetivo del art. 25(3)(d) ER³⁴⁶:

- 1) comisión o tentativa de comisión de un delito;
- 2) por un grupo de personas con una finalidad común; y
- 3) contribución de manera distinta a las formas previstas en (a), (b) y (c).

El primer elemento supone que la responsabilidad por la contribución en el crimen cometido por un grupo de personas no se castiga como acto preparatorio punible *per se*, sino que requiere el inicio de la ejecución del crimen y, por ende, sólo se castiga como forma de participación en el crimen³⁴⁷. Como ya se ha explicado, este artículo no acoge la conspiración tradicional del *common law*, en la que la mera planificación del delito es suficiente³⁴⁸.

En relación al segundo elemento, dos cuestiones necesitan ser mencionadas.

- Primero, debe tratarse de la contribución en la comisión de un crimen cometido por un grupo – no por un individuo –, lo que lo

³⁴⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 1617 y 1620; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párrs. 270-287; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 51; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*), párr. 47. *Vid.* también la Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 268, párrs. 996-999; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 158; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 101, párr. 252. *Vid.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 678-679.

³⁴⁷ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 269-272; AMBOS, K., "La Corte", *cit.*, p. 6; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 802.

³⁴⁸ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 269-272; AMBOS, K., "La Corte", *cit.*, p. 6; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 802.

diferencia de la complicidad del subapartado 3(c)³⁴⁹. En cualquier caso, debe establecerse la responsabilidad penal individual de cada uno de los autores – no es suficiente con afirmar la responsabilidad del grupo como tal – para poder asignar la responsabilidad penal individual de los partícipes con base en el art. 25(3)(d) ER³⁵⁰.

- Segundo, se plantea la cuestión de si la finalidad común debe entenderse en el sentido del plan o propósito común de la coautoría. Esta ha sido la postura adoptada por la SCP I de la CPI, lo que conlleva aceptar la suficiencia del elemento de criminalidad³⁵¹. Si bien no se ha referido expresamente al plan o propósito común de la coautoría, la Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga* ha afirmado que el propósito del grupo debe consistir en la comisión de un crimen o debe conllevar la ejecución de uno, sin que sea necesario que esté específicamente dirigido a su comisión³⁵². Así, en relación a las consecuencias (es decir, al crimen en sí), es suficiente con que los miembros del grupo sepan que se causará la consecuencia o que el crimen tendrá lugar en el curso normal de los acontecimientos³⁵³.

Por el contrario, Olásolo entiende que la finalidad común requiere el dolo directo de primer grado compartido por los miembros del grupo³⁵⁴. Dicho autor se basa en la literalidad del artículo, puesto que, en su opinión, los conceptos “finalidad común”, “actividad o propósito delictivo del grupo” y “el grupo tiene la intención de cometer el crimen” requieren un dolo directo de primer grado

³⁴⁹ FLETCHER, G.P., OHLIN, J.D., “The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View”, *JICJ*, Vol. 3, Núm. 3, 2005, pp. 548-550; AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, pp. 8-9; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 271; ESER, A., “Individual”, *cit.*, pp. 802-803.

³⁵⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1623.

³⁵¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párr. 271. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 679-680.

³⁵² Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1627; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párr. 271.

³⁵³ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1627.

³⁵⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 680.

compartido por los miembros del grupo³⁵⁵. A lo que añade que tal es el estándar requerido para la ECC, la construcción que influyó en la redacción del art. 25(3)(d) ER³⁵⁶. En tanto que ni el razonamiento basado en la literalidad del precepto ni el basado en su similitud con la doctrina de la ECC son convincentes, consideramos adecuada la interpretación adoptada por la Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*.

En lo que respecta al tercer elemento, resulta relevante la discusión sobre el alcance de la "contribución significativa" entre las Salas de la CPI³⁵⁷. En la Decisión de confirmación de cargos del caso *Mbarushimana*, la SCP I se basó en la gradación de las aportaciones de las formas de participación previstas en el art. 25(3) ER para determinar el nivel de contribución exigido en su apartado (d): mientras que la coautoría del subapartado 3(a) requiere una contribución esencial y los subapartados 3(b) y 3(c) exigen una aportación sustancial, el subapartado 3(d) requiere una contribución significativa³⁵⁸. La SPI II, en el caso *Katanga* y *Ngudjolo Chui*, ha seguido la línea de la SCP I y ha afirmado la necesidad de que la contribución sea "significativa" para establecer responsabilidad penal con base en el art.

³⁵⁵ *Idem*.

³⁵⁶ *Idem*. La Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 1624-1631, afirma lo contrario.

³⁵⁷ Para un análisis más detallado, *vid.* Apartado III.5 de esta Parte II.

³⁵⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párrs. 279 y 283; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 268, párr. 999. La Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 1632-1635, también requiere una contribución significativa. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 682-683 y 728-730; DE FALCO, R.C., "Contextualizing Actus Reus under Article 25(3)(d) of the ICC Statute. Thresholds of Contribution", *JICJ*, Vol 11, Núm. 4, 2013, pp. 725-726; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 167-168. No obstante, recientemente, AMBOS, K., "La Corte", *cit.*, pp. 12-13, ha cambiado de opinión, y defiende que no existe una diferencia real entre los estándares de una contribución "sustancial" y de una "significativa". Según dicho autor, el art. 25(3)(d) ER no exige un estándar objetivo más bajo, y debe acudirse al tipo subjetivo para encontrar su diferencia con respecto al art. 25(3)(c) ER. *Vid.* AMBOS, K., "La Corte", *cit.*, pp. 13-14.

25(3)(d)³⁵⁹. La SCP II también ha señalado que no es necesario que la conducta del cómplice tenga un vínculo directo con la conducta principal de los autores del delito, sino que es suficiente con que su contribución influya en la comisión del crimen o en la manera en la que éste tiene lugar³⁶⁰. Sin embargo, en los casos *Muthaura et al.* y *Ruto et al.*, la SCP II no ha exigido que la aportación al delito sea “significativa”, sino que ha considerado que toda contribución menor a una “sustancial” es suficiente³⁶¹. Como ya se ha explicado, aquí se sostiene la primera de las dos posturas³⁶².

Aunque Cassese ha sugerido que el art. 25(3)(d) ER sólo es aplicable a quienes desde fuera de un grupo criminal contribuyen a la comisión del crimen acordado por los miembros del grupo al que no pertenecen³⁶³, la SCP I ha dejado claro que el art. 25(3)(d) ER también es de aplicación a los miembros del grupo³⁶⁴. En efecto, si se aceptara dicha limitación, los miembros del grupo que realizaran aportaciones significativas no esenciales quedarían exentos de responsabilidad, ya que los apartados 3(b)

³⁵⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 1632-1635. *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Décision relative à la mise en oeuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés* del 21.11.2012 (ICC-01/04-01/07) (en adelante, Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*), párrs. 6-7, 23, 28-29 y 33. AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, p. 10.

³⁶⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 1632-1633, 1635. Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, *supra* nota 159, párrs. 6-7, 23, 28-29 y 33. AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, p. 10.

³⁶¹ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the confirmation of charges* del 23.01.2012 (ICC-01/09-02/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*), párr. 421; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the confirmation of charges* del 23.01.2012 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 354. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 683-686, 717 y 722; AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, p. 10.

³⁶² *Vid.* Apartado III.5 de esta Parte II.

³⁶³ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 212-213.

³⁶⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párrs. 272-275. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1631. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 680-681; OHLIN, J.D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 80-81; AMBOS, K., “La Corte”, *cit.*, p. 7.

y 3(c) del art. 25 ER no abarcan los supuestos de los miembros del grupo que cooperan significativamente a la ejecución del plan común con el conocimiento de que los otros miembros del grupo pretenden cometerlo³⁶⁵.

Por último, cabe mencionar que la CPI ha admitido la inclusión de la contribución realizada con posterioridad a la comisión del delito. En el caso *Mbarushimana*, la SCP I ha condicionado su admisión a que la persona que realice la contribución *ex post facto* haya acordado con el grupo, antes de la comisión del delito, que realizaría dicha aportación³⁶⁶. Como ya se ha adelantado, resulta inadecuado requerir un acuerdo previo – pues se trata de un elemento propio de la coautoría –; por el contrario, debería ser suficiente con que la acción de participación posterior se conecte de alguna forma al hecho principal³⁶⁷.

VI.4.3. Tipo subjetivo

La jurisprudencia de la CPI identifica dos elementos del tipo subjetivo en el art. 25(3)(d) ER³⁶⁸:

³⁶⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párrs. 273-274. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1631. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 681; KISS, A., “La Contribución”, *cit.*, pp. 27-31.

³⁶⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párr. 287. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 686-687.

³⁶⁷ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 267; FINNIN, S., *Elements, cit.*, p. 89. En sentido similar, Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párrs. 229-230.

³⁶⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párr. 288; Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 1617 y 1620. Orden de comparecencia en el caso *Muthaura, Kenyatta y Ali*, *supra* nota 346, párr. 47; Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 346, párr. 51; Decisión de la Sala de Primera Instancia II en el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*, *supra* nota 359, párrs. 26 y 33; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 101, párr. 158; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 101, párr. 252. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 145-146; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*,

- 1) una contribución “intencional” (es decir, dolosa³⁶⁹) en relación a su propia conducta (no en relación al impacto de tal conducta en la comisión del delito por parte del grupo); y
- 2) que sea llevada a cabo con la finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo (apartado 3(d)(i)) o, al menos, con el conocimiento de la “intención” (es decir, el dolo³⁷⁰) del grupo de cometer el delito (apartado 3(d)(ii)).

Por tanto, el art. 25(3)(d) ER no exige que el partícipe comparta el propósito criminal del grupo, ni tampoco que comparta los elementos del tipo subjetivo del delito cometido por el grupo³⁷¹. Por el contrario, Van Sliedregt afirma que mientras que el subapartado 3(d)(i) requiere la prueba del dolo compartido con los miembros del grupo, el subapartado 3(d)(ii), no³⁷². Parece que la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo* ha caído en el mismo error, puesto que se ha basado en el hecho de que Gbagbo compartía la finalidad común del grupo para confirmar su responsabilidad según el art. 25(3)(d)(i) ER³⁷³. Sin embargo, se equivocan, ya que el subapartado 3(d)(i) exige una conducta dolosa con respecto a la propia conducta de contribución, no con respecto al delito cometido por el grupo³⁷⁴.

cit., p. 199; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 687 y 731; ESER, A., “Individual”, cit., p. 803; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 169.

³⁶⁹ Como ya se ha explicado, se considera más apropiada la traducción alemana, la cual emplea el término “*vorsätzlich*” (dolosa). Para entender la razón por la que se prefiere el término “dolosa”, vid. AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 388.

³⁷⁰ También aquí se prefiere la traducción alemana, la cual habla del “*Vorsatz der Gruppe*” (dolo del grupo). Para entender la razón por la que se prefiere el término “dolo”, vid. AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 388.

³⁷¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1638. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 731-732.

³⁷² VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 146.

³⁷³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*, *supra* nota 101, párr. 258.

³⁷⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párr. 1638.

Por último, debe tratarse la cuestión de la diferencia del art. 25(3)(d) con respecto al art. 25(3)(c)ER. Como se ha puesto de manifiesto, en el subapartado 3(c), el cómplice ha de actuar “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, pero el subapartado 3(d)(ii) considera suficientes las acciones de favorecimiento del delito llevadas a cabo sin la voluntad de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan³⁷⁵. Por tanto, la diferencia entre los subapartados 3(c) y 3(d)(ii) es evidente. Numerosos autores y la propia CPI han señalado esta distinción³⁷⁶.

Sin embargo, la distinción entre los elementos del tipo subjetivo de los apartados 3(c) y 3(d)(i) ER no resulta tan obvia: mientras que el subapartado 3(c) se refiere al propósito de facilitar “la comisión de un crimen”, el subapartado 3(d)(i) prevé el propósito de llevar a cabo “la actividad o propósito delictivo del grupo”³⁷⁷. El subapartado 3(c) requiere que el cómplice al menos prevea el delito cometido en sus elementos esenciales y contornos aproximados (es decir, que al menos sea consciente de que uno de los crímenes que prevé será probablemente cometido y que en efecto se cometa)³⁷⁸. En un sentido similar, en el subapartado 3(d)(i), el

³⁷⁵ OLÁSULO, H., “El Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Núm. 40, 2012, p. 84.

³⁷⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 115, párrs. 483; 289; *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”)*, *Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58(7) of the Statute* del 27.04.2007 (ICC-02/05-01/07), párrs. 88-89 y 106-107. OLÁSULO, H., “El Desarrollo”, *cit.*, pp. 82-83; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 269-272; AMBOS, K., “Article 25/Special Print (update of the pages 743-770)” en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Beck, München, 2008, margen 45.

³⁷⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párr. 271; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 344, párr. 344.

³⁷⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 237, párr. 246; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 90, párr. 287; Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka et al.*, *supra* nota 149, párr. 255; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 84, párr. 50; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 90, párr. 272; Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*, *supra* nota 313, párr. 350; Sentencia de apelación en el caso *Simić*, *supra* nota 243, párr. 86; Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*, *supra* nota 249, párr. 222; Sentencia de apelación en el caso *AFRC*, *supra* nota 287, párr. 243. FINNIN, S., *Elements*, *cit.*, pp. 192-193.

“plan o propósito común” no tiene que estar específicamente dirigido a la comisión de un crimen, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad, es decir, basta con que el crimen sea una consecuencia probable del plan acordado y los partícipes lo acepten como tal³⁷⁹. De ahí que sea seguro afirmar que la diferencia entre los subapartados 3(c) y 3(d)(i) del art. 25 ER se encuentra en el plano objetivo.

VI.5. Planificar (Art. 7(1) ETPIV y art. 6(1) ETPIR)

VI.5.1. Origen

En la mayoría de las legislaciones penales estatales, la conducta de planificar crímenes (siempre que conlleve la resolución de cometer el crimen) se sanciona a través de la conspiración: es decir, como un acto preparatorio punible que da lugar a responsabilidad independientemente de que el crimen ocurra – la responsabilidad penal surge del mero acuerdo –³⁸⁰. A pesar de ser muy común en los países del *common law*, la conspiración es vista con recelo en numerosos Estados de tradición romano-germánica y, por ello, éstos limitan el uso de tal figura a determinados delitos³⁸¹.

VI.5.2. Tipo objetivo

Los tribunales *ad hoc* establecen la responsabilidad por planificar a quien diseña (sólo o junto con otros) una conducta delictiva que luego es

³⁷⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, *supra* nota 261, párr. 271; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 344, párr. 344. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 679-680, 709 y 731-732.

³⁸⁰ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 110; SCHABAS, W.A., *Genocide*, *cit.*, p. 292.

³⁸¹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 110.

ejecutada³⁸². Pueden identificarse los siguientes elementos del tipo objetivo de la responsabilidad por “planificar”:

- 1) Sólo o junto con otros³⁸³.
- 2) Diseña una conducta delictiva que luego es ejecutada. Es necesario que los elementos del tipo objetivo del delito previsto en el plan sean llevados a cabo por los autores directos; y, en este sentido, se diferencia de la conspiración para cometer genocidio – la cual no requiere que el delito sea posteriormente cometido –³⁸⁴.
- 3) El plan debe ser un factor que contribuya sustancialmente a la conducta punible³⁸⁵, si bien no es necesario que exista una relación causal directa entre el plan y el crimen³⁸⁶.

Resulta importante tener en cuenta que aquellos que intervienen en la conclusión del plan criminal no intervienen luego en su ejecución; pues de lo contrario, serían responsables principales como coautores o autores

³⁸² Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 26. BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 328; AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, p. 809. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 654; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 111; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 198; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 325-326.

³⁸³ Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 26; Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 480; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 328; AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, p. 809; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 654; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 111; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 325-326.

³⁸⁴ SCHABAS, W.A., *Genocide*, *cit.*, p. 292; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 654-655. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Taylor*, *supra* nota 237, párr. 6965. *Vid.* AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, pp. 797 y 809.

³⁸⁵ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 198; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 328; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 325-326. Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 26. En el mismo sentido, Sentencia de primera instancia en el caso *Taylor*, *supra* nota 237, párrs. 6965 y 6968. *Vid.* AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, pp. 797 y 809.

³⁸⁶ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 111.

mediatos³⁸⁷. En cualquier caso, no es precisa una conexión “directa” entre quienes planean inicialmente los delitos y los autores directos³⁸⁸.

En tanto que los tribunales *ad hoc* requieren que los elementos del tipo objetivo del delito previsto en el plan sean llevados a cabo por los autores directos³⁸⁹, no cabe duda de que la responsabilidad por “planificar” se castiga en DPI solamente como forma de participación en el delito, puesto que no se tipifica como acto preparatorio punible *per se*. Si bien en un principio Cassese defendía que no existía una jurisprudencia consistente en este tema³⁹⁰, en la última edición de su Manual ha reconocido que los tribunales *ad hoc* lo han previsto únicamente como una forma de participación – y no como un acto preparatorio punible *per se* –; pese a lo cual sigue defendiendo que, debido a la gravedad de los crímenes internacionales, se deberían sancionar aunque no vayan seguidos de la ejecución del crimen³⁹¹. Además de ser totalmente contradictorio con la jurisprudencia internacional, la postura de Cassese propone entender la planificación como una conspiración (con la sola diferencia de que la planificación puede tener lugar en solitario), lo que carece de sentido porque los Estatutos de los tribunales *ad hoc* han decidido prever únicamente la punibilidad de la conspiración para cometer genocidio, y no la conspiración para cometer cualquiera de los delitos previstos en los Estatutos.

³⁸⁷ BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 328; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 657-658.

³⁸⁸ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 655.

³⁸⁹ SCHABAS, W.A., *Genocide*, cit., p. 292; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 328; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 654; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 111; AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, cit., pp. 809-811.

³⁹⁰ CASSESE, A., *International*, cit., pp. 225-226.

³⁹¹ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, cit., pp. 204-205.

VI.5.3. Tipo subjetivo

Desde el punto de vista subjetivo, los tribunales *ad hoc* exigen que quien planifique sea al menos consciente de la probabilidad sustancial de que³⁹²:

- 1) los elementos del tipo objetivo sean realizados;
- 2) los autores directos actúen con el dolo (genérico) requerido por el delito; y
- 3) los autores directos actúen motivados por todo *dolus specialis* requerido por el delito, mientras que no es necesario que quien planifique actúe con el *dolus specialis* requerido por el delito.

Al igual que en la responsabilidad por “ordenar” e “instigar”, el estándar es el dolo eventual, puesto que se exige tanto el elemento cognitivo como el volitivo del dolo eventual³⁹³: el actuar con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que el delito tendrá lugar en ejecución del plan, debe entenderse como la aceptación del delito³⁹⁴.

Por último, el hecho de que no sea necesario que quien planifique tenga el dolo (genérico) requerido por el delito o, en su caso, el *dolus specialis* requerido por el delito, es lo que lo diferencia de la autoría mediata, en la que es imprescindible que el autor mediato cumpla el tipo subjetivo del delito (incluyendo todo *dolus specialis*)³⁹⁵.

³⁹² Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 31. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 656.

³⁹³ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 111-112; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 656; En sentido similar, BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 329-33.

³⁹⁴ Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 83, párr. 31. *Vid.* también AMBOS, K., NJIKAM, O., “Charles Taylor’s”, *cit.*, p. 809.

³⁹⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 657.

VI.6. Excurso: actos preparatorios punibles *per se*

Como se ha explicado *supra*, los actos preparatorios punibles no constituyen una forma de participación (salvo que se dé comienzo a la ejecución del delito, en cuyo caso pueden convertirse en una forma de autoría o de participación que suponga la consunción de la responsabilidad por el acto preparatorio punible). Por ello, sería más adecuado estudiar los actos preparatorios punibles de manera separada a las formas de participación. Sin embargo, se ha considerado necesario realizar aquí un excurso relativo a los primeros, en tanto que el DPI los regula conjuntamente con las formas de intervención criminal punible.

En el ámbito de los actos preparatorios punibles, la provocación para cometer genocidio se castiga tanto en los tribunales *ad hoc* (art. 4(3)(c) ETPIY y art. 2(3)(c) ETPIR) como en la CPI (art. 25(3)(e) ER). Por el contrario, la conspiración para cometer genocidio sólo se castiga en los tribunales *ad hoc* (art. 4(3)(b) ETPIY y art. 2(3)(b) ETPIR).

VI.6.1. Provocación para cometer genocidio (Art. 4(3)(c) ETPIY, art. 2(3)(c) ETPIR y art. 25(3)(e) ER)

VI.6.1.1. Origen

La provocación para cometer genocidio, como la conspiración, tiene su origen en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. III(c)). Tanto los Estatutos de los tribunales *ad hoc* como el ER la prevén como acto preparatorio punible *per se*. La provocación para cometer genocidio puede identificarse con la provocación prevista como acto preparatorio punible en el art. 18.1 del Código Penal español, si bien en DPI sólo opera con relación al genocidio³⁹⁶. En tanto que el término

³⁹⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 280.

provocación es el empleado por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal española para referirse al acto preparatorio punible ahora analizado, aquí se hará uso de dicho término en vez del de incitación, empleado por las versiones españolas de los Estatutos de los tribunales internacionales, pero poco común en Derecho penal español.

VI.6.1.2. Tipo objetivo

De acuerdo con la jurisprudencia de los **tribunales ad hoc**, la provocación para cometer genocidio ha de ser directa y pública³⁹⁷:

- 1) Directa: debe determinar o inducir específicamente a otras personas a cometer genocidio, es decir, no es suficiente con propuestas vagas³⁹⁸.
- 2) Pública: debe realizarse en un lugar o encuentro público, o mediante los medios de comunicación capaces de contactar con el gran público³⁹⁹.

³⁹⁷ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 559; *Le Procureur c. Georges Ruggiu, Chambre de Première Instance*, del 01.06.2000 (ICTR-97-32-I) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*), párr. 22; *Prosecutor v. Rutaganda, Trial Chamber Judgement* del 06.12.1999 (ICTR-96-3-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*), párr. 38; *Prosecutor v. Niyitegeka, Trial Chamber Judgement* del 16.05.2003 (ICTR-96-14-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*), párr. 431; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 677. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 180; CASSESE, A., *International, cit.*, p. 229; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 203; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 805; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 132.

³⁹⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 559; Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*, *supra* nota 397, párr. 22; Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*, *supra* nota 397, párr. 431; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 677. ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 805; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 133; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 180-181; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 203; KOLB, R., *Droit, cit.*, p. 88.

³⁹⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 559; Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*, *supra* nota 397, párr. 22; Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*, *supra* nota 397, párr. 431; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 677. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 181; ESER,

Dado que es punible independientemente del inicio de la ejecución del genocidio⁴⁰⁰, se tipifica como acto preparatorio punible, no como forma de participación en el delito: salvo que se dé comienzo a la ejecución del genocidio, en cuyo caso podrá dar lugar a la responsabilidad por autoría o por participación, quedando cubierta la responsabilidad por la comisión del acto preparatorio punible a través de la responsabilidad por autoría o por participación.

En el marco de la **CPI**, la provocación también necesita ser directa y pública⁴⁰¹. En cuanto al requisito de su naturaleza pública, ello supone que debe estar dirigida a un número indeterminado de potenciales autores⁴⁰². Y en lo que respecta a su naturaleza directa, Ambos critica que con ello se desdibuja la diferencia estructural entre la provocación y la inducción, dado que la provocación es un acto preparatorio punible *per se* (con independencia de la consumación del genocidio)⁴⁰³. Así, tampoco debería exigirse una relación causal entre la provocación y un hecho determinado, puesto que con ello se ligaría la provocación a un hecho principal⁴⁰⁴. En sentido similar, afirma Eser que el requisito de que sea directa debe entenderse no tanto dirigido a influir en un determinado individuo, sino más bien en el sentido de excluir meras influencias indirectas (como, por ejemplo, discursos públicos que por sí mismos no provocan actos

A., "Individual", *cit.*, p. 805; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 132; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 203; KOLB, R., *Droit, cit.*, p. 88.

⁴⁰⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párrs. 561-562; Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*, *supra* nota 397, párr. 38; Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*, *supra* nota 397, párr. 16; Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*, *supra* nota 397, párr. 431; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 678. CASSESE, A., *International, cit.*, p. 229; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 203; VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 181; ESER, A., "Individual", *cit.*, pp. 803-804; KOLB, R., *Droit, cit.*, p. 88.

⁴⁰¹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 180-181; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 805; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 281.

⁴⁰² AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 280.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 281.

⁴⁰⁴ *Idem.*

genocidas, sino que requieren su incorrecta interpretación y uso por parte de mediadores mal-intencionados)⁴⁰⁵.

La provocación para cometer genocidio es un acto preparatorio punible *per se* –independientemente de la comisión del crimen –⁴⁰⁶, como en los tribunales *ad hoc*. Debería haberse incluido en la parte especial, ya que su localización actual podría llevar a entenderla como forma de participación; así hubiese sido preferible incluirlo como acto preparatorio expresamente previsto para el genocidio⁴⁰⁷.

VI.6.1.3. Tipo subjetivo

Tanto en los **tribunales *ad hoc*** como en la **CPI**, se requieren dos elementos desde el punto de vista del tipo subjetivo:

- 1) Acto doloso de determinación⁴⁰⁸: el dolo de determinar directamente que otra persona cometa genocidio⁴⁰⁹.
- 2) Quien provoca debe tener el *dolus specialis* requerido por el genocidio⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 805.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pp. 803-804; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 181; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 281; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 170;

⁴⁰⁷ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 282; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 170. En el mismo sentido, ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 804.

⁴⁰⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 180; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 806.

⁴⁰⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 560; Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*, *supra* nota 397, párr. 22; Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*, *supra* nota 397, párr. 431; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 677. CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 229; ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 806.

⁴¹⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 83, párr. 560; Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*, *supra* nota 397, párr. 22; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 677; Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*, *supra* nota 397, párr. 431. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 180; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 134; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 170; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 229; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 203; KOLB, R., *Droit*, *cit.*, p. 88.

Este segundo requisito es contradictorio con lo que se exige para la participación en el genocidio en general, ya que no se exige que el partícipe tenga el *dolus specialis*. Pero la provocación para cometer genocidio no es una forma de participación, sino un acto preparatorio punible *per se*; y, en tanto que se adelantan considerablemente las barreras de punibilidad, resulta necesario que quien provoca directa y públicamente a otros a cometer genocidio comparta el *dolus specialis* requerido por dicho delito⁴¹¹. En cualquier caso, como explica Van Sliedregt, la prueba de la existencia del *dolus specialis* no es problemática, ya que, en general, la *mens rea* puede ser inferida del contenido del mensaje⁴¹².

VI.6.2. Conspiración para cometer genocidio (Art. 4(3)(b) ETPIY y art. 2(3)(b) ETPIR)

VI.6.2.1. Origen

Como la provocación, la conspiración para cometer genocidio es uno de los actos de genocidio recogidos en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. III(b)). Mientras que ha sido incluido como acto preparatorio punible en los estatutos de los tribunales *ad hoc* (Art. 4(3)(a) del Estatuto del TPIY y art. 2(3)(a) del Estatuto del TPIR), el Estatuto de la CPI no lo prevé. Según algunos autores, se trata de un despiste de los redactores⁴¹³; y según otros, de una decisión consciente de alejarse del controvertido legado de la conspiración de Núremberg⁴¹⁴.

⁴¹¹ AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 134. Para una visión contraria, *vid.* ESER, A., "Individual", *cit.*, p. 806.

⁴¹² VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 180.

⁴¹³ SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 438.

⁴¹⁴ OHLIN, J.D., "Incitement and Conspiracy to Commit Genocide" en P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 223-224.

Esto puede deberse a que los sistemas romano-germánicos desconfían de la noción de conspiración del *common law* debido a que su ámbito de aplicación puede extenderse excesivamente⁴¹⁵.

Así, el Código Penal alemán sólo prevé la responsabilidad por la conclusión de un acuerdo para cometer un delito (en el sentido de un acto preparatorio punible) para los delitos graves⁴¹⁶.

En efecto, la conspiración es una figura típica del *common law* por la que se establece la punibilidad de quienes acuerdan con otros cometer un crimen, independientemente de que tal crimen tenga lugar⁴¹⁷. En tanto que la conspiración se sanciona como si fuera un crimen (aunque sea un *inchoate crime*), en Inglaterra y Gales es posible ser cómplice de una conspiración⁴¹⁸. No obstante, rara vez se enjuicia una conducta así⁴¹⁹, lo que debe entenderse como algo positivo, pues, de lo contrario, se estaría permitiendo la punibilidad de la participación en un mero acto preparatorio punible.

Por su parte, el *Model Penal Code* establece una clara distinción entre la complicidad y la conspiración: mientras que la primera constituye una forma de participación en el crimen, la segunda es una forma de responsabilidad directa por la conclusión de un acuerdo para cometer un crimen⁴²⁰. La complicidad requiere la comisión del crimen; la conspiración,

Referencia en VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 179. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 202, va más allá, y lo critica por considerar que el ER se ha apartado de la costumbre internacional.

⁴¹⁵ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 179; CASSESE, A., *International*, cit., p. 227; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 201.

⁴¹⁶ DUBBER, M. D., "Criminalizing", cit., p. 996; ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 400 et seq..

⁴¹⁷ CRYER, R., "Imputation", cit., pp. 278-279; FLETCHER, G.P., *Rethinking*, cit., pp. 646-647.

⁴¹⁸ CRYER, R., "Imputation", cit., p. 279.

⁴¹⁹ *Idem*.

⁴²⁰ DUBBER, M. D., "Criminalizing", cit., p. 996.

por el contrario, no⁴²¹. En caso de que se cometa el crimen objeto de conspiración, al sujeto activo puede imputársele tanto la conspiración como la complicidad en el crimen, pero sólo puede ser castigado por uno de ellos⁴²².

VI.6.2.2. Tipo objetivo

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* establece la responsabilidad penal por la conspiración para cometer genocidio cuando dos o más personas acuerdan cometer el crimen de genocidio⁴²³. Se requiere la existencia de un acuerdo concertado para actuar⁴²⁴, pero no es necesario probar la existencia de un acuerdo expreso, sino que es suficiente con un acuerdo de naturaleza tácita⁴²⁵.

En tanto que la conspiración es punible con independencia de que el delito sea posteriormente cometido⁴²⁶, se tipifica como un acto preparatorio punible *per se*⁴²⁷. Cassese afirma que no existe jurisprudencia uniforme sobre la responsabilidad de los conspiradores si el genocidio es finalmente cometido: mientras que en algunos casos el TPIR ha confirmado que una

⁴²¹ *Idem.*

⁴²² *Idem.*

⁴²³ Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 894; Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*, *supra* nota 83, párr. 92; Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 787; Sentencia de primera instancia en el caso *Ntakirutimana*, *supra* nota 232, párr. 798; Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 329, párr. 191.

⁴²⁴ Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 894; Sentencia de apelación en el caso *Ntagerura*, *supra* nota 83, párr. 92; Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 329, párr. 191; Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 787. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 179.

⁴²⁵ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 179.

⁴²⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*, *supra* nota 149, párr. 788; Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 329, párr. 193. VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 179; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 655; CASSESE, A., *International, cit.*, p. 229; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 201.

⁴²⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 179; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 655; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 202.

persona puede ser condenada por conspiración para cometer genocidio y por genocidio simultáneamente⁴²⁸, en otros casos, el TPIR ha aplicado sólo la responsabilidad por genocidio, ya que, más razonablemente, considera innecesario sancionar por conspiración para cometer genocidio (no se cumple ninguna función preventiva mediante la punibilidad de la conspiración)⁴²⁹.

VI.6.2.3. Tipo subjetivo

Los tribunales *ad hoc* han exigido tres requisitos desde el punto de vista subjetivo para la responsabilidad por la conspiración para cometer genocidio:

- 1) Conocimiento de los hechos o circunstancias que constituyen el delito que el grupo se propone cometer⁴³⁰.
- 2) Dolo compartido de llevar a cabo la conspiración y de cometer el delito propiamente dicho⁴³¹.
- 3) Los conspiradores deben también tener el *dolus specialis* propio del delito de genocidio⁴³².

⁴²⁸ *Prosecutor v. Jean Kambanda, Trial Chamber Judgment* del 04.09.1998 (ICTR 97-23-S), párrs. 39 y 40(1)-(2); Sentencia de primera instancia en el caso *Niyitegeka*, *supra* nota 397, párrs. 429 y 480. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 202-203.

⁴²⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 329, párrs. 195-198; *Prosecutor v. Popović, Trial Chamber Judgment* del 10.06.2010 (IT-05-88-T), párrs. 2123-2127; *Prosecutor v. Gatete, Trial Chamber Judgment* del 31.03.2011 (ICTR-2000-61-T), párrs. 654-661. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 202-203.

⁴³⁰ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 201-202.

⁴³¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 329, párr. 192. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 179.

⁴³² Sentencia de primera instancia en el caso *Musema*, *supra* nota 329, párr. 192; Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*, *supra* nota 164, párr. 894. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 179; CASSESE, A., *International*, cit., pp. 228-229; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 201-202.

El último requisito contrasta con el hecho de que la participación en el genocidio no requiere que el partícipe tenga el *dolus specialis*. No obstante, como la provocación para cometer genocidio, la conspiración para cometer genocidio supone un adelantamiento de las barreras de punibilidad que exige que los conspiradores compartan el *dolus specialis* de dicho delito.

Resumen sistemático de los requisitos objetivos y subjetivos de las distintas formas de participación en los tribunales *ad hoc* y en la CPI

	TRIBUNALES AD HOC		CPI	
	Tipo objetivo	Tipo subjetivo	Tipo objetivo	Tipo subjetivo
Ordenar	REQUISITOS: 1) Acción positiva 2) Autoridad necesaria para ordenar 3) Hechos lo suficientemente específicos como para poder identificar a los autores 4) Efecto directo y sustancial de las órdenes sobre la comisión de los delitos	REQUISITOS: al menos ser consciente: 1) De que los elementos del tipo objetivo del delito tendrán lugar en ejecución de la orden 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito 3) De que los autores directos actúan motivados por todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito	REQUISITOS: 1) Acción positiva 2) Autoridad necesaria para ordenar 3) Efecto directo y sustancial de las órdenes sobre la comisión de los delitos	REQUISITOS: al menos ser consciente: 1) De que los elementos del tipo objetivo del delito tendrán lugar en ejecución de la orden 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito 3) De que los autores directos actúan motivados por todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito
	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo eventual	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo eventual
Instigar o proponer/ inducir	REQUISITOS: 1) Acción u omisión 2) No autoridad para ordenar 3) Factor que contribuye "sustancialmente" a la comisión del delito	REQUISITOS: al menos ser consciente: 1) De que los elementos del tipo objetivo del delito tendrán lugar en ejecución de la instigación 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito 3) De que los autores directos actúan motivados por todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito	REQUISITOS: 1) Acción u omisión 2) No autoridad para ordenar 3) Factor que contribuye "sustancialmente" a la comisión del delito	REQUISITOS: al menos ser consciente: 1) De que los elementos del tipo objetivo del delito tendrán lugar en ejecución de la instigación 2) De que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito 3) De que los autores directos actúan motivados por todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito
	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo eventual	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo eventual
Complicidad	REQUISITOS: 1) Cooperar, alentar o apoyo moral (incluso por omisión) 2) Efecto sustancial de la contribución sobre la comisión de los delitos	REQUISITOS: al menos ser consciente de que: 1) Mediante su conducta coopera con los autores directos en la ejecución de los elementos del tipo	REQUISITOS: 1) Cooperar, alentar o apoyo moral (incluso por omisión) 2) Efecto sustancial de la contribución sobre la comisión de los delitos	REQUISITOS: 1) Debe proponerse facilitar a los autores directos la ejecución de los elementos del tipo objetivo 2) Debe ser consciente

		<p>objetivo</p> <p>2) Los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito</p> <p>3) Los autores directos actúan con todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito</p>		<p>de que los autores directos actúan con el dolo (genérico) requerido por el delito</p> <p>3) Debe ser consciente de que los autores directos actúan con todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito</p>
	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo eventual	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo directo de primer grado con respecto a la contribución, y dolo eventual en relación a la comisión del crimen por parte del autor
Contribución en el crimen cometido por un grupo de personas (Art. 25(3)(d) ER)	No se contempla		REQUISITOS:	REQUISITOS:
			<p>1) Comisión o tentativa de comisión de un delito</p> <p>2) Por un grupo de personas con una finalidad común</p> <p>3) Contribución de manera distinta a las formas previstas en (a), (b) y (c)</p>	<p>1) Una contribución dolosa en relación a su propia conducta (no al impacto de tal conducta en la comisión del delito)</p> <p>2) Que sea llevada a cabo con la finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo (apartado 3(d)(i)) o, al menos, con el conocimiento de la "intención" del grupo de cometer el delito (apartado 3(d)(ii)).</p>
Planificar	<p>REQUISITOS:</p> <p>1) Sólo o junto con otros</p> <p>2) Diseña una conducta delictiva que luego es ejecutada</p> <p>3) El plan debe ser un factor que contribuya sustancialmente a la conducta punible</p>	<p>REQUISITOS: al menos ser consciente de que:</p> <p>1) Los elementos del tipo objetivo sean realizados</p> <p>2) Los autores directos actúen con el dolo (genérico) requerido por el delito</p> <p>3) Los autores directos actúen motivados por todo <i>dolus specialis</i> requerido por el delito</p>	No se contempla	

	FORMA DE PARTICIPACIÓN	TIPO DE DOLO: dolo eventual		
Provocación para cometer genocidio	REQUISITOS: provocación: 1) Directa: debe provocar o inducir específicamente a otras personas a cometer genocidio 2) Pública: debe realizarse en un lugar o encuentro público, o mediante los medios de comunicación capaces de contactar con el gran público	REQUISITOS: 1) Acto doloso de provocación 2) Quien provoca debe tener el <i>dolus specialis</i> requerido por el genocidio	REQUISITOS: provocación: 1) Directa 2) Pública	REQUISITOS: 1) Acto doloso de provocación 2) Quien provoca debe tener el <i>dolus specialis</i> requerido por el genocidio
	ACTO PREPARATORIO PUNIBLE <i>PER SE</i>		ACTO PREPARATORIO PUNIBLE <i>PER SE</i>	
Conspiración para cometer genocidio	REQUISITOS: 1) Dos o más personas acuerdan cometer el crimen de genocidio	REQUISITOS: 1) Conocimiento de los hechos o circunstancias que constituyen el genocidio 2) Dolo compartido de llevar a cabo la conspiración y de cometer el delito propiamente dicho 3) Los conspiradores deben también tener el <i>dolus specialis</i> requerido por el delito de genocidio	No se contempla	
	ACTO PREPARATORIO PUNIBLE <i>PER SE</i>			

VII. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

VII.1. Introducción

Aun cuando en el caso concreto no concurren – o no se puedan probar – los requisitos de alguno de los modos de intervención criminal punible descritos hasta ahora, existe en DPI la posibilidad de establecer la responsabilidad penal con base en la figura de la “Responsabilidad del Superior”. Ésta es constitutiva de una responsabilidad penal por una omisión punible.

Sólo es de aplicación cuando no se cumplen los requisitos de alguna forma de autoría o de participación: si quedara probado que el sujeto activo ha intervenido de alguna manera en la comisión del crimen principal, la responsabilidad por autoría o por participación deberá aplicarse con preferencia. Como se viene defendiendo a lo largo de la presente investigación, siempre que se cumplan sus requisitos, la (co)autoría mediata por medio de EOP es la figura más adecuada para abordar la conducta de los máximos responsables de los crímenes de atrocidad. Sin embargo, la Responsabilidad del Superior puede resultar útil para los casos en los que no concurren (o no puedan probarse) tales requisitos – o los requisitos de alguna forma de autoría o de participación –. Por lo tanto, la Responsabilidad del Superior no puede aplicarse de manera adicional a la responsabilidad por una determinada forma de autoría o de participación con base en el mismo hecho.

En este contexto, el análisis de los modos de intervención criminal punible en DPI no estaría completo sin hacer referencia a la Responsabilidad del Superior. Ello no quiere decir que aquí defendamos que la Responsabilidad del Superior constituye una forma de intervención criminal punible. Como se explicará más adelante, no existe una postura doctrinal uniforme en lo que a la naturaleza de la Responsabilidad del Superior se refiere – y la

jurisprudencia internacional ha evitado el tema –: mientras que algunos la entienden como una forma de intervención en el crimen cometido por los subordinados, otros defienden su carácter de tipo penal autónomo por la omisión de los deberes de impedir o castigar los crímenes de los subordinados¹. Aquí se defenderá la segunda de las posturas expresadas.

En cualquier caso, no cabe duda de que, como su nombre bien indica, la Responsabilidad del Superior sólo es aplicable a los “superiores”, lo que, traducido a la clasificación tripartita de los intervinientes en crímenes de atrocidad propuesta en la Parte I, supone que sólo los criminales de rango alto y medio son susceptibles de ser castigados con base en ella.

Si bien se han solido emplear los términos “Responsabilidad del Superior” y “Responsabilidad por el Mando” de manera intercambiable², debe abandonarse tal práctica, ya que el término tradicional de la “Responsabilidad por el Mando” sólo se refiere a los superiores militares, mientras que el más reciente concepto de la “Responsabilidad del Superior” incluye tanto a los superiores militares como civiles³.

¹ Vid. Subapartado VII.1.3. del presente Apartado.

² Vid. VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012, p. 83; VAN SLIEDREGT, E., “Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense?”, *New Criminal Law Review*, Vol. 12, Núm. 3, 2009, p. 420.

³ AMBOS, K., “La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional” en K. AMBOS (ed.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 159; AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005, pp. 295-296; BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013, p. 332; KOLB, R., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 184. BONAFÉ, B.I., “Command Responsibility Between Personal Culpability and Objective Liability. Finding a Proper Role for Command Responsibility”, *JICJ*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, p. 602. Sin embargo, la misma autora defiende que, dada la dificultad en la práctica para aplicar el concepto a los superiores civiles, debería seguir empleándose el concepto de “Responsabilidad por el Mando”. Vid. BONAFÉ, B.I., “Command”, *cit.*, pp. 616-617. En vista de que el DPI claramente extiende el ámbito de aplicación de la “Responsabilidad del Superior” a los superiores civiles, no puede aceptarse dicha propuesta.

VII.1.1. Origen

El art. 86.2 del Protocolo Adicional I (de 1977) a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, constituye el antecedente de los artículos de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI – art. 7(3) ETPIV, art. 6(3) ETPIR y art. 28 ER – que hoy en día regulan la Responsabilidad del Superior en DPI⁴. Como se podrá comprobar en las siguientes páginas, existen determinadas diferencias entre lo que los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, por una parte, y el Estatuto de la CPI, por otra, han previsto en relación a la Responsabilidad del Superior.

En cuanto a los Estatutos de los tribunales mixtos, mientras el art. 6(3) del Estatuto de la CESL y el art. 16 de la Regulación 2000/15 de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de los Paneles de Timor del Este han acogido la definición de la Responsabilidad del Superior empleada por los tribunales *ad hoc*, el art. 3(2) del TEL se ha inspirado en el art. 28 ER (si bien no diferencia entre superiores militares y civiles)⁵. Por su parte, el art. 29 de la Ley de establecimiento de las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya sigue la formulación básica de los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, pero añade varias concreciones tomadas del ER.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, la Responsabilidad del Superior – mejor dicho, la Responsabilidad por el Mando, ya que, afectaba exclusivamente a los superiores militares – imponía una responsabilidad

⁴ MELONI, C., *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010, pp. 65-66 y 79; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 178-179; VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, pp. 421-422; MARTINEZ, J.S., "Understanding *Mens Rea* in Command Responsibility. From *Yamashita* to *Blaškić* and Beyond", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, p. 653; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013, p. 186; AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 198-199; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables à la responsabilité du supérieur hiérarchique devant les juridictions pénales internationales", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 4, 2010, p. 788.

⁵ MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 81-82; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 203.

militar-disciplinaria que rara vez conllevaba responsabilidad penal⁶. Fue después de la Segunda Guerra Mundial que la Responsabilidad del Superior se instauró como un concepto de responsabilidad penal⁷. Si bien ninguno de los textos que gobernaban los juicios relativos a la Segunda Guerra Mundial (los textos estatutarios por los que se crearon los tribunales de la Segunda Guerra Mundial, el Estatuto de Núremberg, la Ley del Consejo de Control Núm. 10, y el Estatuto del TMILO) contenía normas específicas sobre la responsabilidad de los superiores por los actos de sus subordinados, la doctrina de la Responsabilidad del Superior se desarrolló y aplicó en varios casos, entre los que destacan:

- el caso *Yamashita*,
- el caso de *los Rehenes*,
- el caso del *Alto Comando de la Wehrmacht*,
- los juicios de *Tokyo*, y
- el caso *Toyoda*.

No obstante, todos ellos incluyen visiones contradictorias sobre el nivel de tipo subjetivo requerido para la Responsabilidad del superior⁸.

En la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, el superior militar era considerado responsable por el mismo crimen cometido por sus subordinados, y la Responsabilidad del Superior constituía una forma de responsabilidad por la participación en el crimen⁹. Pero las normas de aquella época en relación a la responsabilidad de los superiores sólo pueden considerarse referentes de la Responsabilidad del Superior *lato sensu*, ya que requerían una especie de intervención positiva del superior

⁶ VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 421. En sentido similar, AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 198.

⁷ VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 421.

⁸ MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 647.

⁹ MELONI, C., "Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, pp. 621 y 623.

en el crimen de los subordinados, de ahí que en tales casos el superior fuera hecho responsable por el crimen de sus subordinados como un partícipe que había contribuido directamente en la comisión del crimen¹⁰. Aquí se utiliza el término Responsabilidad del Superior *lato sensu* en referencia a la responsabilidad del superior por ordenar o inducir a la comisión de los crímenes, mientras que se emplea el mismo término *stricto sensu* en relación al superior que no previno ni reprimió la conducta criminal de sus subordinados¹¹. Si bien en algunos de dichos casos la condena se basó en la ausencia de acción por parte del superior, en tales casos se requerían conceptos como la aquiescencia del superior (en el sentido de requerir el conocimiento del superior y que de alguna manera estuviera unido a las conductas criminales, bien en forma de participación bien en forma de aquiescencia criminal)¹².

En lo que se refiere al tipo subjetivo de la Responsabilidad del Superior en la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial, existía consenso sobre la suficiencia del conocimiento efectivo de los crímenes de los subordinados para considerar responsable al superior que, pese a tal conocimiento, no actuaba¹³. Además, la prueba del conocimiento efectivo podía ser directa o podía deducirse de la naturaleza generalizada de los crímenes¹⁴. La mayoría se mostraba partidaria de admitir también que, a falta de prueba del conocimiento efectivo, el incumplimiento (culpable) del deber de obtener información sobre la conducta de los subordinados podía ser suficiente; no obstante, no quedaba claro cuál era el estándar requerido

¹⁰ Ibid., pp. 622-623; BONAFÉ, B.I., "Command", *cit.*, pp. 611-612; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 48-50.

¹¹ MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 622, nota 13; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 48-50.

¹² MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 622, pone como ejemplo el caso de *los Rehenes (the Hostage trial)* y el caso del *Alto Comando de la Wehrmacht (the High Command trial)*.

¹³ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 184-186; MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 652.

¹⁴ MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 652.

para dicho supuesto¹⁵. Algunos de los casos arriba mencionados incluyeron la noción de “debería haber sabido”, mientras que otros se refirieron al concepto de conocimiento constructivo¹⁶.

En lo que se refiere al caso *Yamashita*, el caso más famoso (y también el primero) de aplicación de la Responsabilidad del Superior posterior a la Segunda Guerra Mundial, el general del ejército japonés en Filipinas fue condenado a muerte por una comisión militar de EEUU en relación a las atrocidades cometidas por las tropas bajo su control en Filipinas durante la Segunda Guerra Mundial¹⁷. En efecto, durante los meses en los que Yamashita tuvo el mando, el ejército japonés cometió numerosas atrocidades contra la población civil en la región de Luzon (en Filipinas)¹⁸.

Si bien el TMILO fue constituido para establecer la responsabilidad de los criminales de guerra japoneses más importantes, EEUU no quiso esperar a que tal tribunal empezara a operar para enjuiciar a Yamashita, y estableció una comisión militar para ello¹⁹. Fue condenado a muerte, a pesar de que no quedara probado que ordenara los crímenes ni que ni siquiera supiera de ellos²⁰. Es por ello que, además de ser el precedente más famoso de la Responsabilidad del Superior, es también el más controvertido. Prueba de ello es que, a pesar de que la mayoría del Tribunal Supremo de EEUU se mostrara de acuerdo con lo establecido por la comisión militar – el caso llegó al Tribunal Supremo por medio de la petición de *habeas corpus* por

¹⁵ *Ibid.*, pp. 652-653; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 184-186.

¹⁶ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 184-186.

¹⁷ *Ibid.*, p. 183; AMBOS, K., “La responsabilidad”, cit., pp. 161-162; MARTINEZ, J.S., “Understanding”, cit., p. 648; MELONI, C., *Command*, cit., p. 42; MELONI, C., “Command Responsibility”, cit., p. 622; CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., New York, 2008, pp. 237-238; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., pp. 341-343; DE ANDRADE, A., “Les Supérieurs hiérarchiques” en H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, p. 207.

¹⁸ MELONI, C., *Command*, cit., p. 43; AMBOS, K., “La responsabilidad”, cit., p. 161.

¹⁹ MELONI, C., *Command*, cit., p. 43.

²⁰ *Ibid.*, p. 44. En sentido similar, BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., pp. 340-341.

parte del acusado –, dicha resolución contó con los disentimientos de varios magistrados del Tribunal Supremo²¹.

El mayor problema de dicha resolución consistió en el tipo subjetivo de la Responsabilidad del Superior: no había prueba directa del conocimiento por Yamashita de los crímenes; además, había alegado que un ataque de EEUU había cortado su cadena de mando y la comunicación, lo que le impedía conocer o prevenir los crímenes²². En lugar de responder específicamente a esta alegación, tanto la comisión militar como el Tribunal Supremo se basaron en la escala de las atrocidades – en concreto, en su naturaleza generalizada y metodológica – para concluir que los crímenes debían haber sido dolosamente permitidos por el acusado o incluso secretamente ordenados por él²³. Pese a que no pudieron probar su conocimiento efectivo de las atrocidades, ni la comisión ni el Tribunal Supremo creyeron que Yamashita no conociera las masacres (debido a su enorme escala y modalidades de comisión); por ello, concluyeron que, aunque no conociera los crímenes, ello sólo se podía deber a que él se puso deliberadamente en una posición de no-conocimiento²⁴. Dicho de otro modo, llegaron a la conclusión de que Yamashita debería haber sabido (*should have known*) o tenía que saber (*must have known*) de los crímenes cometidos por sus tropas, y que omitió ejercer el tipo de control efectivo requerido en tales circunstancias. El hecho de que no concretaran el tipo subjetivo que acompañaba al incumplimiento del control²⁵ se debe, en

²¹ MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 648; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 46; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 238; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 183-184; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 344.

²² CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 183-184; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 161-162; MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 649; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 44; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 342.

²³ MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 649; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, pp. 622-623; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 342-344; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", *cit.*, p. 207.

²⁴ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 45.

²⁵ CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 239; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 183-184; MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 649.

gran medida, a que el verdadero razonamiento de los jueces era que Yamashita había participado (no directamente, sino por medio de órdenes secretas o aquiescencia) en la comisión de las atrocidades²⁶.

En este contexto, no sorprende que la principal crítica que se hace al caso *Yamashita* sea que ni la comisión militar ni el Tribunal Supremo resolvieran la cuestión relativa a la *mens rea* aplicable²⁷. Mientras que algunos defienden que se aplicó un estándar de responsabilidad objetiva, otros tratan de justificarlo diciendo que la ignorancia alegada por el acusado no era creíble y que se aplicó el estándar del “debería haber sabido”; y otros defienden que se empleó el estándar de la imprudencia inconsciente²⁸. Aquellos que defienden que Yamashita fue hecho responsable con base en un estándar de responsabilidad objetiva, señalan que no se requirió la prueba de su participación en el delito, ni tampoco de su conocimiento positivo de los crímenes²⁹. Por el contrario, parece razonable pensar que, dadas las circunstancias del caso, Yamashita sabía o tenía los medios para saber de la comisión de los crímenes por parte de sus tropas, y que, por tanto, se le aplicó el estándar de conocimiento constructivo (deducido de las circunstancias del caso) o el estándar de “tenía razones para saber”.

Como afirma Ambos, aunque el conocimiento efectivo de Yamashita no fuera probado, tampoco es cierto que su condena se basara en una responsabilidad penal objetiva³⁰. Dada la magnitud de las atrocidades, la ignorancia alegada por él no era creíble y creaba riesgos que le eran atribuibles³¹. En cualquier caso, el caso *Yamashita* es importante porque

²⁶ MELONI, C., “Command Responsibility”, *cit.*, p. 623.

²⁷ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 46, recoge la crítica según la cual una pena tan grave (pena de muerte) nunca hubiese sido establecida a los superiores alemanos juzgados en Europa ni a los estadounidenses juzgados por los crímenes de Vietnam.

²⁸ MARTINEZ, J.S., “Understanding”, *cit.*, p. 649; AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, pp. 163-165.

²⁹ Referencias en MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 47.

³⁰ AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, p. 165.

³¹ *Idem*.

por primera vez se consideró a un superior responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados con base exclusivamente en que había incumplido los deberes militares bajo el Derecho internacional³². Sin embargo, afortunadamente, el amplio criterio de responsabilidad establecido por el caso *Yamashita* no ha sido desarrollado por la jurisprudencia posterior – ni siquiera por la jurisprudencia militar de EEUU –³³.

Los casos conocidos como *the High Command Trial* (caso del Alto Comando de la Wehrmacht) y *the Hostage Trial* (caso de los Rehenes), los cuales tuvieron lugar en Núremberg (1947 y 1949) a manos de tribunales militares de EEUU de acuerdo con la Ley n°10 del Consejo de Control Aliado, constituyen también pasos importantes en la evolución del concepto de Responsabilidad del Superior. En el primer caso fueron juzgados Von Leeb y otros trece altos cargos alemanes que ocuparon posiciones importantes de autoridad y mando en la organización militar nazi. Los jueces redefinieron el estándar del conocimiento requerido a un superior militar: excluyeron el amplio criterio empleado en el caso *Yamashita*, y requirieron cierto grado de responsabilidad por medio de expresiones como “abandono o incumplimiento personal” (*personal neglect*), “conocimiento” y “aquiescencia”³⁴. Se aplicó el criterio del “tenía razones para saber”, en tanto que un superior no podía ser hecho responsable a menos que hubiese contado con información concreta acerca de las atrocidades³⁵.

En el segundo caso, al enjuiciar al general del ejército Wilhelm List y a otros once altos cargos de la jerarquía militar nazi, el tribunal militar de EEUU

³² MELONI, C., *Command*, cit., pp. 47-48.

³³ AMBOS, K., “La responsabilidad”, cit., p. 165.

³⁴ MELONI, C., *Command*, cit., pp. 52-53. En sentido similar, AMBOS, K., “La responsabilidad”, cit., p. 167; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., pp. 345-346.

³⁵ BADAR, M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oregon, 2013, p. 253; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 346; AMBOS, K., “La responsabilidad”, cit., p. 167.

aplicó un estándar similar al del primer caso, pero un poco más amplio en relación al requisito de la *mens rea*, puesto que se consideró suficiente el estándar de la ignorancia negligente por parte del superior de los crímenes de sus subordinados³⁶. Es decir, se aplicó el estándar del "hubiere debido saber", ya que los jueces señalaron que si el superior en un territorio ocupado no obtiene información completa, tal omisión no puede usarse como justificación de que el superior no hubiera adoptado las medidas necesarias para cumplir el deber en cuestión. Así, concluyó que el superior en un territorio ocupado tiene el deber de mantener la paz y el orden, castigando el crimen y protegiendo las vidas y la propiedad en el área bajo su mando³⁷.

Los conocidos como juicios de *Tokyo* constituyen otro paso importante en el desarrollo del concepto de Responsabilidad del Superior; y entre estos juicios, destaca el caso del almirante Toyoda, comandante de la flota japonesa durante 1945. Fue juzgado por un tribunal militar establecido por los Aliados en Tokyo, bajo la presidencia de un oficial del ejército australiano³⁸. Si bien era acusado por razones similares a las de Yamashita, las conclusiones fueron totalmente opuestas, ya que los jueces emplearon un criterio mucho más exigente para establecer la Responsabilidad del Superior. En ausencia de la prueba de que el imputado había ordenado los crímenes a sus subordinados, sólo podía establecerse su responsabilidad bajo determinados requisitos: se excluyó el estándar de responsabilidad objetiva, se negó la posibilidad de que un superior fuera condenado con base exclusivamente en su posición, y se requirió el estándar del "conocimiento" o el estándar del "debería haber sabido" (de haber empleado la diligencia suficiente) en relación a la comisión de atrocidades

³⁶ BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 254; MELONI, C., *Command*, cit., p. 55; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 347.

³⁷ MELONI, C., *Command*, cit., p. 56; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., pp. 346-347; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", cit., p. 207.

³⁸ MELONI, C., *Command*, cit., p. 63.

por parte de sus tropas³⁹. Toyoda fue absuelto de todos los cargos. Este caso es también relevante en la medida en que es el primer caso en el que la infracción del deber de castigar tuvo un significado independiente en la esfera de la Responsabilidad del Superior⁴⁰.

Por último, cabe mencionar el caso *Medina*, relativo a la masacre de *My Lai*. En este caso, la justicia militar de EEUU absolvió al acusado por falta de un conocimiento (efectivo) de las atrocidades⁴¹. Además de que el requisito de un conocimiento (efectivo) era inconsistente con el Derecho de EEUU, la decisión de absolución sorprendió porque Medina estaba presente en la escena del crimen y en contacto estrecho con el subordinado que dirigió la masacre, a diferencia de Yamashita, quien alegó que la comunicación con sus tropas había sido cortada completamente⁴².

VII.1.2. Regulación en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* vs. en el Estatuto de Roma de la CPI

Los Estatutos de los tribunales *ad hoc* (arts. 7(3) ETPIY y 6(3) ETPIR) y el Estatuto de la CPI (art. 28 ER) regulan de manera distinta la Responsabilidad del Superior, en tanto que se refieren al incumplimiento de deberes diferentes por parte del superior. Mientras que los Estatutos de los tribunales *ad hoc* contemplan la Responsabilidad del Superior en los casos en los que el superior incumple su deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir (*prevent*) la comisión del crimen o castigar (*punish*) a los autores, la CPI contempla la Responsabilidad del Superior en caso de incumplimiento del deber de adoptar las medidas

³⁹ *Ibid.*, pp. 63-64.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 64.

⁴¹ AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 171; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 352-353.

⁴² BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 352-353; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 171-172.

necesarias y razonables para prevenir (*prevent*) o reprimir (*repress*) la comisión del crimen o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes (*submit the matter to the competent authorities*) a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Como puede observarse, en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* la Responsabilidad del Superior surge del incumplimiento de uno de los dos deberes que se prevén⁴³:

- 1) el deber de impedir, que surge con anterioridad a la comisión del delito por parte de los subordinados; y
- 2) el deber de castigar, que surge después de la comisión del hecho criminal.

Por el contrario, en el Estatuto de la CPI, son tres los deberes cuyo incumplimiento da lugar a la Responsabilidad del Superior:

- 1) el deber de prevenir, que surge antes de la comisión del delito⁴⁴;
- 2) el deber de reprimir, que incluye tanto el deber de poner fin a los delitos que se están llevando a cabo como el deber de castigar a los autores tras la comisión del delito⁴⁵; y

⁴³ *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial Chamber Judgment* del 26.02.2001 (IT-95-14/2-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*), párrs. 445-446. OLÁSULO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 770 y 792; MELONI, C., *Command, cit.*, pp. 114-115; BASSIOUNI, M.C., *Introduction, cit.*, pp. 365-366; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, pp. 190-191.

⁴⁴ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*), párr. 437. GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la Decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 172; MELONI, C., *Command, cit.*, p. 167; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, pp. 190-191; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 768-770.

⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 439. MELONI, C., *Command, cit.*, p. 169. En el mismo sentido, OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 768-770 y

- 3) el deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, que surge después de la comisión del crimen, cuando los superiores no pueden castigar a sus tropas por sí mismos⁴⁶.

El deber de impedir previsto en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no sólo abarca el deber de evitar del art. 28 ER, sino también la primera vertiente del deber de reprimir previsto en el mismo art. 28 ER (el deber de poner fin a los delitos que se están cometiendo).

En cuanto al deber de castigar de los arts. 7(3) ETPIY y 6(3) ETPIR, éste incluye tanto la segunda vertiente del deber de reprimir del art. 28 ER (el deber de castigar a los autores del crimen) como el deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes (también previsto en el art. 28 ER).

VII.1.3. Naturaleza jurídica

No existe todavía conformidad sobre la naturaleza jurídica de la Responsabilidad del Superior en DPI. No queda claro si es una forma de participación (o incluso de autoría, en el sentido de una comisión por omisión) en el crimen cometido por el subordinado o si, por el contrario, se trata de un tipo penal autónomo por la omisión de los deberes de impedir y castigar. El artículo del Protocolo Adicional I de las Convenciones de Ginebra, que codificó por primera vez la Responsabilidad del Superior,

792-793; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 213; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 191.

⁴⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 442. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 198; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 171; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 213; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 768-770 y 792-793; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 318-321.

puede entenderse de ambas formas⁴⁷. Tampoco lo establecido en los artículos 7(3) ETPIY, 6(3) ETPIR y 28 ER es de gran ayuda en este sentido.

En este contexto, numerosos autores coinciden en señalar que la Responsabilidad del Superior tiene un doble carácter⁴⁸. Según Ambos, el superior es responsable tanto por su no-intervención como por las conductas penales de sus subordinados; por ello defiende que la Responsabilidad del Superior crea, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión y, por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros⁴⁹. Así, el mencionado autor afirma el doble carácter de la Responsabilidad del Superior: como delito propio de omisión y como delito de peligro⁵⁰.

Por su parte, partiendo de que la Responsabilidad del Superior es una responsabilidad *sui generis* que se aleja de las formas de intervención criminal punible conocidas en la mayoría de los sistemas legales, Meloni y Van Sliedregt apoyan la tesis de que constituye un híbrido de varios conceptos⁵¹:

- no puede clasificarse como una complicidad, ya que no hay que demostrar ningún tipo de causalidad (y tampoco encaja desde el punto de vista del tipo subjetivo);
- pero tampoco puede entenderse como un crimen por la infracción de un deber, dado que la responsabilidad del superior

⁴⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 195; MELONI, C., *Command*, cit., p. 132; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., pp. 623-624.

⁴⁸ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 196; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 159; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 136-137 y 194-195; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., pp. 631-633.

⁴⁹ AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 159; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 298; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*: Ways of Attributing International Crimes to the "Most Responsible"" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 131.

⁵⁰ AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 159.

⁵¹ MELONI, C., *Command*, cit., pp. 136-137 y 194-195; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., pp. 631-633; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 196.

depende estricta y necesariamente de la comisión del crimen por parte del subordinado (y la gravedad del crimen de los subordinados se tiene en cuenta para la determinación de la pena del superior).

No es de extrañar, por tanto, que no exista en la doctrina una postura uniforme sobre la naturaleza jurídica de la Responsabilidad del Superior. Sin embargo, la definición de su naturaleza jurídica tiene importantes consecuencias desde el punto de vista de la determinación de la pena, ya que, si se considera un delito separado de omisión propia, el superior no será responsable por los crímenes base y debería ser sancionado con una pena más leve que la de los subordinados que cometieron dicho crimen⁵². Como se explicará en las líneas que siguen, las dificultades a la hora de determinar la naturaleza jurídica de la Responsabilidad del Superior se derivan de que ésta incluye varias modalidades. En cada una de ellas el tipo objetivo y subjetivo está configurado de manera distinta, y ello supone que cada modalidad tenga una naturaleza jurídica distinta.

VII.1.3.1. Tribunales *ad hoc*

Como ya se ha puesto de manifiesto, la literalidad de los arts. 7(3) ETPIV y 6(3) ETPIR no sirve para determinar la naturaleza jurídica de la Responsabilidad del Superior. La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en un principio afirmó que la Responsabilidad del Superior era un tipo de responsabilidad penal individual por los crímenes de los subordinados⁵³.

⁵² OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, pp. 811-812; MELONI, C., *Command, cit.*, pp. 193-194; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, pp. 620-621; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, p. 192.

⁵³ *Prosecutor v. Mucić et al., Trial Chamber Judgment* del 16.11.1998 (IT-96-21-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*), párr. 333; *Prosecutor v. Halilović, Trial Chamber Judgment* del 16.11.2005 (IT-01-48-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*), párr. 53; *Prosecutor v. Kvočka, Trial Chamber Judgment* del 01.11.2001 (IT-98-30/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el

Además, tanto en las imputaciones como en las condenas, se hacía (y se sigue haciendo) referencia al crimen cometido por los subordinados, por lo que pareciera que el superior de alguna manera participa en la comisión del crimen por parte de los subordinados⁵⁴.

Sin embargo, algunas sentencias posteriores han cuestionado dicha postura al afirmar expresamente que el superior es responsable meramente por su omisión del deber en relación a los crímenes cometidos por sus subordinados⁵⁵. En tanto que no se trata de una responsabilidad por el crimen cometido por el subordinado – sino meramente por su omisión del deber –, la Responsabilidad del Superior se describe como un delito separado de omisión (propia)⁵⁶. Este cambio en la jurisprudencia ha

caso *Kvočka*), párr. 313. MELONI, C., *Command*, cit., p. 133; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., pp. 624-625; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., pp. 152-153, nota 16.

⁵⁴ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 191; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 812; MELONI, C., *Command*, cit., p. 133; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., p. 625; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 195. No obstante, es de mencionar que las penas con base en el art. 7(3) ETPIY son, por lo general, más leves que las basadas en el art 7(1). Vid. HOLÁ, B., SMEULERS, A., BIJLEVELD, C., "Is ICTY Sentencing predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice", *LJIL*, Vol. 22, Núm. 1, 2009, p. 91.

⁵⁵ *Prosecutor v. Orić*, *Trial Chamber Judgement* del 30.06.2006 (IT-03-68-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*), párrs. 292-293. En sentido similar, *Prosecutor v. Krnojelac*, *Appeals Chamber Judgment* del 17.09.2003 (IT-97-25-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*), párr. 171; Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, *supra* nota 53, párr. 54; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, *Trial Chamber Judgement* del 15.06.2006 (IT-01-47-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*), párrs. 74-75. BONAFÉ, B.I., "Command", cit., pp. 603-604; MARTINEZ, J.S., "Understanding", cit., pp. 658-659; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 134-136; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., p. 625; DE FROUVILLE, O., *Droit international pénal: Sources, incriminations, responsabilité*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012, p. 402; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 195; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality at the ICTY" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 186 y 188; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., p. 153, nota 16; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 809-810; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 105-107; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 191; NERLICH, V., "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, p. 666.

⁵⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párrs. 292-293. En sentido similar, Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párr. 171; Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, *supra* nota 53, párr. 54; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párrs. 74-75. GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., p. 153, nota 16; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 809-810;

conllevado la transformación de la formulación empleada: el superior no es “responsable por”, sino “responsable con respecto a” o “responsable en relación con” los crímenes de los subordinados⁵⁷.

Este cambio en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* es coherente con su entendimiento de que no es necesario probar un nexo causal entre el incumplimiento por parte del superior de sus deberes de evitar y castigar y la comisión de los delitos por parte de los subordinados, puesto que, así definido, el concepto de Responsabilidad del Superior es un delito de omisión propia consistente en una violación del deber impuesto a los superiores por el Derecho internacional para que adopten las medidas necesarias y razonables a su disposición con el fin de evitar y sancionar los delitos de sus subordinados⁵⁸. Como explica Olásolo, si se exigiera un nexo causal, se cambiaría el fundamento de la Responsabilidad del Superior, en la medida en que se estaría prácticamente requiriendo que el superior se involucrara en los delitos cometidos por sus subordinados y se alteraría la naturaleza jurídica de la Responsabilidad del Superior⁵⁹.

Una de las consecuencias prácticas más importantes de definir la Responsabilidad del Superior como una omisión propia es que, dado que el superior no es responsable por los crímenes base, debería ser sancionado con penas más leves que las de los subordinados que cometieron los delitos⁶⁰. Si bien las penas efectivamente impuestas a los superiores son

OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 105-107; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 134-136; MELONI, C., “Command Responsibility”, cit., pp. 625-626; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 195; VAN SLIEDREGT, E., “System criminality”, cit., pp. 186 y 188; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, cit., p. 191; BONAFÉ, B.I., “Command”, cit., pp. 603-604.

⁵⁷ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 195.

⁵⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 810. Para un punto de vista contrario, *vid.* VAN SLIEDREGT, E., “Article 28”, cit., pp. 425-427.

⁵⁹ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 810; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 105-107.

⁶⁰ VAN SLIEDREGT, E., “System criminality”, cit., p. 188; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 811; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 107.

notablemente inferiores a las penas de los subordinados en casos de Responsabilidad del Superior, el problema radica en que los títulos de imputación y condena al aplicar el concepto de Responsabilidad del Superior siguen haciendo referencia a los delitos base cometidos por los subordinados. De ahí que aquí se considere necesario corregir esta práctica para traer los títulos de imputación y de condena por el concepto de Responsabilidad del Superior en línea con su naturaleza jurídica⁶¹.

VII.1.3.2. CPI

También en el contexto de la CPI surge la duda de si la Responsabilidad del Superior es una forma de intervención criminal punible en los crímenes cometidos por los subordinados o un delito autónomo por el incumplimiento de los deberes de control. De acuerdo con el tenor literal del art. 28 ER, existe un criterio de imputación de los crímenes de los subordinados a la omisión del superior, lo que parece sugerir que el superior es responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados⁶².

Si bien no se refiere expresamente a la cuestión de la naturaleza jurídica de la Responsabilidad del Superior, la SCP II de la CPI imputó los crímenes cometidos por los subordinados a Bemba⁶³, por lo que de alguna manera se aceptó su condición de omisión impropia. Además, la CPI exigió un nexo de causalidad entre el incumplimiento del deber de evitar y la comisión de los delitos por parte de los subordinados⁶⁴, lo que puede entenderse en el sentido de que sancionó al superior por su contribución a la comisión del

⁶¹ OLÁSOLO, H., *Tratado, cit.*, p. 812.

⁶² GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, pp. 153 y 163; MELONI, C., *Command, cit.*, p. 193; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 633; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility, cit.*, pp. 107-108.

⁶³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba, supra* nota 44.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 424.

delito por parte de sus subordinados a través del incumplimiento de un deber jurídico (no por el mero incumplimiento de un deber jurídico en sí mismo)⁶⁵.

No obstante, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo* ha señalado que el art. 28 ER establece una responsabilidad por el incumplimiento de un deber en relación a los crímenes cometidos por otros⁶⁶, lo cual recuerda al cambio de terminología realizado en el TPIY para entender la Responsabilidad del Superior como un delito de omisión separado (de la responsabilidad “por los crímenes” a la responsabilidad “en relación a” los crímenes de los subordinados). Además, la misma resolución señala que “el mero incumplimiento del deber de prevenir o castigar los crímenes cometidos por otros” (refiriéndose a la figura de la Responsabilidad del Superior) no es suficiente para sancionar la conducta más activa que, según la narrativa de los hechos, tuvo el acusado Gbagbo⁶⁷.

Si bien al exigir el nexo de causalidad en relación al deber de evitar la CPI se ha alejado de lo establecido por los tribunales *ad hoc*, no ha exigido dicho nexo en el ámbito de los deberes de reprimir e informar, y por ende, ha regulado estos dos últimos deberes de la misma manera que en los tribunales *ad hoc*, es decir, como un delito separado de omisión propia por incumplimiento de un deber jurídico⁶⁸.

Ha de ser bienvenida la distinción entre el incumplimiento del deber de evitar con respecto del incumplimiento de los deberes de reprimir y poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes. Sin embargo,

⁶⁵ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 813.

⁶⁶ *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo* del 12.06.2014 (ICC-02/11-01/11) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Gbagbo*), párr. 262.

⁶⁷ *Ibid.*, párrs. 263-265.

⁶⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 812-813 y 816; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 107-108; AMBOS, K., “Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways”, cit., p. 131.

en vista de que algunas legislaciones penales estatales (como el Código Penal Internacional alemán) han desarrollado una articulación más elaborada de las distintas modalidades de Responsabilidad del Superior, varios autores han propuesto diversas clasificaciones que serán estudiadas a continuación. Para entender dichas clasificaciones, conviene partir de la distinción entre los dos tipos de deberes que afectan al superior y que actúan en diferentes niveles:

- 1) El deber de ejercer el control adecuado sobre sus subordinados.
- 2) El deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión del crimen o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

VII.1.3.2.a) Van Sliedregt

La clasificación propuesta por Van Sliedregt parte del criterio diferenciador del conocimiento o desconocimiento por parte del superior de los crímenes cometidos por sus subordinados⁶⁹. Por ello, propone que:

- cuando el superior tiene conocimiento, los incumplimientos de los dos deberes arriba mencionados coinciden y la Responsabilidad del Superior constituye una forma de intervención en el delito, en concreto, una forma de participación (por omisión)⁷⁰;
- por el contrario, cuando el superior no tiene conocimiento (pero debería haberlo tenido), los incumplimientos de dichos deberes no coinciden y surge una contradicción entre la conducta

⁶⁹ VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, pp. 199-200.

⁷⁰ *Idem.*

imprudente del superior y los crímenes dolosos de los subordinados⁷¹.

Con objeto de evitar tal contradicción, Van Sliedregt se muestra partidaria de tipificar esta modalidad de Responsabilidad del Superior como un delito separado por no controlar, al mismo tiempo que el crimen de los subordinados constituye el punto de referencia y la base para la determinación de la pena⁷².

Así, Van Sliedregt propone una distinción conceptual (en lugar de una basada en el carácter militar o civil del superior) entre la modalidad de Responsabilidad del Superior que constituye una forma de participación dolosa y la modalidad que se caracteriza como un delito separado de omisión por imprudencia⁷³. Propone que la Responsabilidad del Superior constituya una forma de participación en los casos en los que existe conocimiento (conductas dolosas), mientras que debe tratarse como delito separado en los casos de desconocimiento (estándar de la imprudencia)⁷⁴. Combinando esta distinción con la distinción de los escenarios pre-crimen y post-crimen, sugiere diferenciar tres formas de Responsabilidad del Superior⁷⁵:

- 1) permitir dolosamente la comisión de los crímenes por parte de los subordinados – incumplimiento doloso del deber de evitar –;
- 2) incumplir dolosamente el deber de informar sobre los crímenes;
- e
- 3) incumplir imprudentemente el deber de supervisar a los subordinados.

⁷¹ *Ibid.*, p. 200.

⁷² *Idem.*

⁷³ VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 431.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 432.

La clasificación propuesta por Van Sliedregt contiene un error fundamental en su razonamiento: la equiparación del conocimiento de los crímenes con el dolo por parte del superior niega la existencia de una imprudencia consciente, en tanto que no tiene en cuenta la posibilidad de que un superior conozca la probabilidad sustancial de que sus subordinados cometan un crimen y que por imprudencia incumpla su deber de evitarlo⁷⁶. Es decir, es posible el escenario en el que el superior conoce la probabilidad sustancial de que sus subordinados cometan un crimen, pero que no adopte las medidas necesarias y razonables para evitarlo porque confía en que éste no tendrá lugar (conoce el riesgo, pero no lo acepta, sino que actúa con imprudencia). Así, acertadamente, Meloni prevé la posibilidad de que el superior conozca los crímenes de sus subordinados y que por imprudencia no adopte las medidas para evitarlos; e incluye este supuesto en la modalidad de incumplimiento imprudente del deber de evitar⁷⁷.

VII.1.3.2.b) Cassese

Cassese también combina la distinción entre el escenario pre-crimen y post-crimen con la distinción basada en el tipo subjetivo del superior, y propone distinguir tres categorías⁷⁸:

- 1) Incumplimiento doloso del deber de prevenir: el superior sabe que sus subordinados van a cometer o están cometiendo un

⁷⁶ En el mismo sentido, ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014, p. 821, prevé, además de la imprudencia inconsciente, también la imprudencia consciente en los delitos de omisión para los casos en los que el omitente ciertamente ve el peligro, pero confía en que pasará sin su intervención. Por el contrario, GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson S.L., Madrid, 2011, pp. 286-287, defienden que en los delitos de omisión, la conciencia supone inevitablemente la voluntad.

⁷⁷ MELONI, C., *Command*, cit., p. 200.

⁷⁸ CASSESE, A., *International*, cit., pp. 244-247.

crimen e incumple dolosamente su deber de prevenir dichos crímenes. En tanto que concurren en el superior los elementos del tipo objetivo y subjetivo propios del cómplice (presta ayuda al autor y tiene conocimiento del crimen), Cassese es partidario de que el superior sea castigado como un partícipe en el crimen de los subordinados, si bien matiza que el cómplice debe también buscar promover la acción del autor.

- 2) Incumplimiento doloso o imprudente del deber de supervisión sobre los subordinados: el superior no tiene conocimiento de que sus subordinados van a cometer o están cometiendo un crimen, y ello se debe al incumplimiento doloso o imprudente de su deber de supervisión/control sobre la conducta de sus subordinados. Dicho de otra forma, si hubiera controlado la conducta de sus subordinados, podría haber tenido conocimiento de los crímenes y haberlos prevenido. En este caso, Cassese es partidario de considerarlo un crimen diferente y menos grave que el de sus subordinados (por el mero abandono de sus deberes supervisores), ya que el incumplimiento del deber de supervisión no tiene un nexo causal con el crimen.
- 3) Incumplimiento doloso o imprudente del deber de informar a las autoridades competentes: el superior obtiene conocimiento una vez que el crimen ya ha sido cometido, y dolosamente o imprudentemente incumple el deber de informar a las autoridades competentes sobre ello. Al igual que en la modalidad anterior, Cassese defiende que el crimen del superior es completamente diferente al de los subordinados, ya que su conducta no ha causado ni contribuido en la comisión del crimen.

Pese a su similitud con respecto a la clasificación de Van Sliedregt, Cassese no parte de la errónea identificación del conocimiento con el dolo. Además, hace expresamente referencia al incumplimiento imprudente del

deber de informar, mientras que Van Sliedregt no especifica en qué modalidad lo incluye (y tampoco se refiere a ella como una modalidad separada). Sin embargo, al igual que Van Sliedregt, Cassese se equivoca al dejar fuera del segundo grupo los supuestos en los que el superior tiene conocimiento de los crímenes y por imprudencia no adopta las medidas para evitarlo.

VII.1.3.2.c) Ambos

Ambos parte de que el art. 28 ER puede ser caracterizado como un delito de omisión propia, dado que hace responsable al superior sólo por la ausencia de supervisión y control propios de sus subordinados, pero no directamente por los crímenes que ellos cometan⁷⁹. Así, el superior no es responsable por una omisión impropia (por una comisión por omisión), sino por un delito de omisión que consiste en el incumplimiento por parte del superior del deber de supervisar apropiadamente a los subordinados⁸⁰. Según este autor, los crímenes de los subordinados son el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior, de ahí que exista una relación de causalidad específica entre el incumplimiento de supervisión y la ocurrencia de los delitos⁸¹. Como puede observarse, Ambos emplea el deber de supervisar a los subordinados como base de la Responsabilidad del Superior; por ello, no es de extrañar que la clasificación que propone gire en torno a dicho deber.

Ambos defiende que la vulneración imprudente del deber de control conlleva la responsabilidad por un delito separado de omisión propia, cuyo contenido de injusto sólo puede ser considerado atenuando la pena del

⁷⁹ AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 196-197; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 297 y 299.

⁸⁰ AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 197; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 298-299.

⁸¹ AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 197-198.

superior⁸². Por el contrario, cree que el incumplimiento doloso del deber de control origina una responsabilidad por complicidad por omisión, ya que el conocimiento de los crímenes es suficiente para cubrir el dolo necesario para la participación⁸³.

Sin embargo, tampoco puede apoyarse esta clasificación, puesto que el hecho de emplear como único punto de referencia el deber de supervisar no ofrece una solución satisfactoria en los supuestos en los que lo realmente relevante es el incumplimiento del deber de evitar (y no del deber de supervisar). De hecho, en otro lugar, siguiendo la clasificación del Código de DPI alemán, Ambos ha defendido una clasificación en la que distingue el incumplimiento del deber de supervisar del incumplimiento del deber de prevenir⁸⁴:

- 1) incumplimiento del deber de prevención; e
- 2) incumplimiento doloso o imprudente del deber de supervisar a los subordinados o de dar cuenta de sus crímenes.

VII.1.3.2.d) Meloni

La clasificación propuesta por Meloni es la más completa y convincente, no obstante lo cual requiere también de determinadas matizaciones. Partiendo de que la Responsabilidad del Superior no puede ser interpretada como un caso normal de participación en el delito ni tampoco como un crimen específico de omisión⁸⁵, Meloni concluye que es una forma de responsabilidad por vulneraciones internacionales que

⁸² *Ibid.*, p. 199; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 300-301.

⁸³ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 300-301; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 198.

⁸⁴ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *JICJ*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, p. 176, nota 117.

⁸⁵ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 195; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, pp. 631-633.

adopta diferentes características dependiendo del caso concreto, en tanto que el art. 28 ER incluye varias modalidades que son diferentes desde el punto de vista objetivo y subjetivo⁸⁶:

- 1) Incumplimiento doloso del deber de prevenir: el superior tiene conocimiento de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados e incumple dolosamente el deber de adoptar las medidas razonables y necesarias para prevenirlos⁸⁷. El art. 28 ER no puede aplicarse si alguna de las formas del art. 25(3) es de aplicación, y en este caso sería más adecuado considerar que el superior es un cómplice del crimen cometido por sus subordinados, dado que mediante su incumplimiento doloso contribuyó sustancialmente en la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados⁸⁸. Según Meloni, éste es el único caso en el que la Responsabilidad del Superior debe ser entendida como una forma de participación en el delito cometido por los subordinados⁸⁹.
- 2) Incumplimiento imprudente del deber de prevenir: incluye los casos en los que el superior tiene conocimiento sobre el crimen pero imprudentemente incumple el deber de adoptar las medidas para prevenirlo, y los casos en los que no lo conoce pero su ignorancia se debe a una imprudencia (por no ejercer apropiadamente su deber de control sobre los subordinados)⁹⁰. En estos casos, es problemático afirmar que el superior es responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados, ya que el superior ni siquiera acepta el riesgo de que el crimen tenga

⁸⁶ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 195; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, pp. 635-637.

⁸⁷ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 197; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 635.

⁸⁸ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 197; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 635. En sentido similar, NERLICH, V., "Superior", *cit.*, pp. 673-674.

⁸⁹ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 200.

⁹⁰ *Idem.*

lugar, por lo que el tipo subjetivo del superior es insuficiente para que éste pueda ser sancionado como partícipe⁹¹. En tanto que el superior no pretende contribuir al crimen de sus subordinados, debería aplicársele una pena más leve que a los subordinados y que a los superiores que dolosamente incumplen el deber de prevenir⁹².

- 3) Incumplimiento doloso e imprudente del deber de castigar: tienen una estructura totalmente distinta a la de los casos anteriores, dado que el incumplimiento del deber tiene lugar después de la comisión de los crímenes por parte de los subordinados⁹³. Así, según Meloni, se excluye la posibilidad de sancionar estos casos como casos de participación en el delito, debido a la imposibilidad para punir los casos de complicidad *ex post facto*⁹⁴. Por ello, Meloni es favorable a que estos supuestos sean sancionados como un delito separado por el mero incumplimiento de castigar, con sanciones proporcionales a su comportamiento y al grado de responsabilidad⁹⁵.

VII.1.3.2.e) Toma de postura

A pesar de lo acertado de la clasificación propuesta por Meloni, consideramos necesario hacer algunas matizaciones al respecto.

En relación a la primera modalidad, Meloni explica acertadamente que el incumplimiento doloso del deber de adoptar las medidas para prevenir los

⁹¹ *Idem.*; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, pp. 635-636.

⁹² MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 202; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, pp. 635-636. En un sentido similar, si bien propone otra calificación jurídica para este tipo de casos, NERLICH, V., "Superior", *cit.*, p. 677.

⁹³ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 202; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 636.

⁹⁴ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 203.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 204; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 636.

crímenes debería sancionarse como una complicidad por omisión, en tanto que, desde el punto de vista objetivo, puede entenderse que la no-adopción de dichas medidas contribuye sustancialmente a la comisión del crimen por parte de los subordinados. Desde el punto de vista subjetivo, podría añadirse que la conducta del superior encaja en el tipo subjetivo de la complicidad, dado que el dolo de incumplir el deber de adoptar las medidas para prevenir es suficiente para colmar el dolo de facilitar la comisión del crimen (dolo propio de la complicidad).

En el ámbito de esta primera modalidad surge la duda de si el incumplimiento del deber de evitar da lugar a una responsabilidad por participación en el delito de los subordinados o a una responsabilidad por autoría (en el sentido de una comisión por omisión). Si bien Meloni se muestra partidaria de la aplicación del tipo penal de la complicidad (por omisión), también admite que, si se entiende que el DPI impone una posición de garante en los superiores (deber de garantizar que no se cometan delitos), el superior podría incluso ser responsable a título de autoría mediante la aplicación de la comisión por omisión⁹⁶.

Según Olásolo, el término "en razón de" (art. 28 ER) parece hablar a favor de que sean considerados autores (en el sentido de una comisión por omisión), pero ello exigiría que los superiores cumplieren con los mismos elementos del tipo subjetivo requeridos para la comisión activa de dichos delitos⁹⁷. No obstante, el art. 28 ER acepta la imprudencia, lo cual constituye un estándar claramente inferior al dolo eventual requerido por el art. 30 ER⁹⁸. Tampoco el art. 28 ER exige que el superior comparta el dolo (genérico) o, en su caso, el *dolus specialis* del delito cometido por los

⁹⁶ MELONI, C., *Command*, cit., p. 199. La misma autora también puntualiza que esto no sería posible en los crímenes cuya definición requiere la comisión de un acto específico de cierta modalidad.

⁹⁷ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 813-815.

⁹⁸ *Idem*.

subordinados⁹⁹. Por todo ello, lleva razón Olásolo cuando concluye que el incumplimiento del deber de evitar del art. 28 ER no puede entenderse como una “comisión por omisión”, sino que constituye una forma de responsabilidad accesoria en la que el incumplimiento de los superiores facilita la comisión de los delitos por sus subordinados¹⁰⁰.

En cuanto a la segunda categoría de Responsabilidad del Superior, debe ser bienvenida la inclusión expresa de los supuestos de imprudencia consciente, es decir, aquellos casos en los que el superior actúa con conocimiento de los crímenes, pese a lo cual no adopta las medidas necesarias y razonables para prevenirlos. En este caso, la imprudencia está dirigida al incumplimiento del deber de adoptar las medidas para prevenir. Por el contrario, en los supuestos (también incluidos en esta segunda modalidad de incumplimiento imprudente del deber de prevenir) en los que el superior no tiene conocimiento de los crímenes, su imprudencia se refiere al deber de supervisar/controlar a los subordinados¹⁰¹, lo que conlleva que por imprudencia tampoco adopte las medidas para prevenir.

En este contexto, se plantea la cuestión de si el incumplimiento doloso del deber de supervisar/controlar debe incluirse en esta segunda modalidad de Responsabilidad del Superior. Meloni no se refiere a ello, pero parece que esa es la opción más acertada, puesto que, el incumplimiento doloso del deber de supervisar no impide que el posterior incumplimiento del deber de adoptar las medidas para prevenir sea imprudente¹⁰².

⁹⁹ *Ibid.*, p. 815.

¹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 815-816.

¹⁰¹ También hacen referencia en estos supuestos al incumplimiento del deber de supervisar/controlar (en lugar de referirse al deber de evitar, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes), VAN SLIEDREGT, E., “Article 28”, *cit.*, p. 432; CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 245; AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, p. 176, nota 117.

¹⁰² También a favor de incluir dentro de la misma modalidad de Responsabilidad del Superior el incumplimiento doloso e imprudente del deber de supervisar/controlar,

Pese a que determinados autores sólo incluyan el incumplimiento doloso del deber de castigar/informar en la tercera modalidad de Responsabilidad del Superior aquí identificada, por razones de claridad y sistematicidad, es más apropiado incluir también el incumplimiento imprudente del deber de castigar/informar dentro de esta tercera modalidad¹⁰³. Tanto en el incumplimiento del deber doloso como en el imprudente, debido a la imposibilidad de establecer un nexo causal entre el incumplimiento del deber de castigar y la comisión del crimen, el superior no puede ser responsable con base en una complicidad. Así, Meloni niega incluso la existencia de la complicidad *ex post facto*¹⁰⁴.

Sin embargo, aquí se ha defendido que la complicidad postdelictiva es también punible, siempre que antes de la comisión del crimen el autor contara con dicha ayuda y ello haya alentado o facilitado la comisión del crimen por parte del autor (sin llegar a requerirse un acuerdo previo)¹⁰⁵. Por lo tanto, en dichos supuestos, la cooperación posterior al crimen puede tener un cierto nexo causal con la comisión del crimen por parte de los subordinados.

Así, en los casos en los que el superior haya comunicado a sus subordinados con anterioridad al crimen que no sancionará dicho crimen, nos encontramos ante una conducta de complicidad (postdelictiva), siempre que ello haya alentado o facilitado la comisión del crimen por parte de sus subordinados¹⁰⁶. En estos casos, el art. 25(3)(c) ER debe

CASSESE, A., *International*, cit., pp. 245; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 176, nota 117.

¹⁰³ También a favor de incluir dentro de la misma modalidad el incumplimiento doloso e imprudente del deber de castigar/informar, CASSESE, A., *International*, cit., pp. 245-246; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 176, nota 117.

¹⁰⁴ MELONI, C., *Command*, cit., p. 203.

¹⁰⁵ *Vid.* Capítulo VI de esta Parte II.

¹⁰⁶ Como ya se ha señalado previamente, aunque la jurisprudencia internacional no se haya pronunciado al respecto, aquí defendemos que la complicidad postdelictiva incluye los supuestos de favorecimiento posterior a la consumación del crimen, siempre que la promesa o comunicación de dicho favorecimiento haya tenido lugar con anterioridad a la

aplicarse con preferencia sobre el art. 28 ER. Por el contrario, si los subordinados no sabían en el momento de la comisión del crimen que el superior incumpliría su deber de castigar, sólo resultará de aplicación la modalidad de Responsabilidad del Superior por no castigar (art. 28 ER).

En resumen, el incumplimiento doloso del deber de prevenir del art. 28 ER debería sancionarse como una complicidad por omisión. Por ello, el art. 25(3)(c) ER debería tener una aplicación preferente al art. 28 ER en estos casos, ya que se cumplen los requisitos del tipo objetivo y subjetivo de la complicidad. No obstante, en ningún caso pueden caracterizarse como supuestos de autoría, puesto que, al no exigirse que el superior comparta el dolo de sus subordinados, no se cumplen los requisitos del tipo subjetivo de la autoría.

En lo que se refiere al incumplimiento imprudente del deber de prevenir, éste abarca los casos de imprudencia tanto consciente como inconsciente y debería sancionarse con una pena menor que la de los subordinados que cometen el delito (pese a que el art. 28 ER no lo prevea expresamente).

Por último, el incumplimiento (doloso e imprudente) del deber de castigar debería entenderse como un delito de omisión separado que merece también una pena menor que la de los subordinados (pese a que el art. 28 ER tampoco lo prevea expresamente). Sin embargo, si quedara probado que se cumplen los requisitos de una complicidad postdelictiva (porque el superior ha señalado a sus subordinados antes de la comisión del crimen que no lo sancionará), el art. 25(3)(c) ER debería aplicarse con prioridad al art. 28 ER.

comisión del crimen. Para referencias, *vid.* MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 422.

VII.1.3.3. Omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva

Las reflexiones relativas a la naturaleza de la Responsabilidad del Superior que se vienen de formular giran en torno a la tradicional clasificación bipartita entre omisión propia y omisión impropia (comisión por omisión). No obstante, la realidad fáctica y normativa es frecuentemente más compleja, por lo que la doctrina ha sugerido clasificaciones más desarrolladas que pueden resultar de interés en este marco. Este es el caso de la clasificación propuesta por Silva Sánchez:

- omisiones puras, las cuales se caracterizan por su agotamiento en la no realización de la acción indicada, y
- omisiones referidas a resultado, en las cuales se imputa un resultado que trasciende a la no-realización de la conducta indicada y no evitada¹⁰⁷.

Las segundas pueden dividirse en:

- omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva y
- omisiones referidas a resultado con equivalencia comisiva, en las que se imputa el resultado de manera idéntica a la creación activa del riesgo de producción del mismo¹⁰⁸. A su vez, este segundo grupo puede subdividirse en¹⁰⁹:

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 339-348; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 193-194.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión*, cit., pp. 339-348; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura*, cit., pp. 193-194.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión*, cit., pp. 339-348; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura*, cit., p. 194.

- a. omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinadas¹¹⁰, y
- b. omisiones con equivalencia comisiva legalmente indeterminadas – las únicas que pueden calificarse de comisión por omisión –.

Desde esta perspectiva, los Estatutos de los tribunales penales internacionales – tribunales *ad hoc*, tribunales mixtos, y CPI – regulan la Responsabilidad del Superior como una omisión referida a resultado, pero sin equivalencia comisiva. En tanto que la comisión del delito por parte de los subordinados es indispensable en DPI para poder establecer la responsabilidad penal del superior, es evidente que se trata de una omisión referida a resultado.

De la literalidad de la norma se desprende que no constituye una omisión con equivalencia comisiva legalmente determinada. Por las razones arriba expuestas, ninguno de los Estatutos de los tribunales penales internacionales lo prevé tampoco como una forma de comisión por omisión (omisión con equivalencia comisiva legalmente indeterminada). En efecto, incluso en el caso que más se asemeja a la comisión por omisión (incumplimiento doloso del deber de evitar del art. 28 ER), ésta queda descartada, ya que no es necesario que el superior comparta el dolo de cometer el delito con sus subordinados, y por ende, no cumple los requisitos del tipo subjetivo de la autoría. Además, como ya se ha puesto de manifiesto, la doctrina mayoritaria – así como la jurisprudencia reciente – entiende que la Responsabilidad del Superior ha de llevar aparejada una pena menor que la de los subordinados que mediante su conducta activa

¹¹⁰ Como sugiere DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura, cit.*, pp. 193-194, el art. 204 bis V del Código Penal español de 1973 constituía un ejemplo de la omisión referida a resultado con equivalencia comisiva legalmente determinada. Dicho precepto establecía que: "Igualmente se impondrán las penas establecidas en los párrafos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos".

intervienen en la comisión del crimen. Por consiguiente, la Responsabilidad del Superior en DPI puede caracterizarse de modo general como una omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva.

VII.1.4. Distinción con respecto a otras formas de intervención criminal punible

La diferencia entre la Responsabilidad del Superior y la autoría mediata por medio de EOP no presenta mayores complicaciones. Mientras que la primera se deriva de omisiones, la segunda surge de actos, de ahí que los dos conceptos sean complementarios¹¹¹. Lo mismo es predicable de la diferencia con respecto a la responsabilidad por "ordenar", ya que ésta constituye una responsabilidad por una conducta positiva, y la Responsabilidad del Superior, por el contrario, es una responsabilidad por omisión¹¹². Lleva razón Ambos cuando sugiere que se trata de "dos caras de la misma moneda", en el sentido de que se recurre al tipo penal de la Responsabilidad del Superior cuando la existencia de la orden no puede ser probada¹¹³.

Mayores dificultades plantea, por el contrario, la distinción de la Responsabilidad del Superior y de la complicidad. Ello se debe a que los tribunales *ad hoc* han aceptado la posibilidad de que todas las formas de autoría y participación sean cometidas por omisión (salvo la forma de participación por "ordenar"), lo que ha conllevado la aplicación de la figura de la complicidad por omisión en varios casos¹¹⁴. En el mismo sentido, a

¹¹¹ FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 226-229; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 196 y ss.

¹¹² VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 422, nota 10; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 301-302; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 620.

¹¹³ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 301-302.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Stanislav Galić, Appeals Chamber Judgment* del 30.11.2006 (IT-98-29-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Galić*), párr. 176; *Prosecutor v. Furundžija, Trial*

pesar de que el Estatuto de Roma no contenga una provisión general relativa a la responsabilidad por omisión (tampoco los instrumentos internacionales anteriores la prevén), el art. 25 ER debería ser interpretado como si incluyera también las omisiones¹¹⁵. En cualquier caso, ambas figuras se diferencian en que la complicidad por omisión requiere que el cómplice, infringiendo un deber de actuar, conozca el dolo del autor y que contribuya de una manera sustancial en la comisión del crimen¹¹⁶, mientras que en la Responsabilidad del Superior éste sólo debe conocer o poder conocer los crímenes base¹¹⁷.

Los casos en los que se parte de la presencia del superior en la escena del crimen son problemáticos. Dicha presencia puede ser suficiente para basar una responsabilidad por complicidad, siempre que tenga un efecto significativo sobre la comisión del crimen y que el superior presente tenga el requerido tipo subjetivo¹¹⁸. Pero al mismo tiempo, en relación a la Responsabilidad del Superior, la presencia del superior se tiene en cuenta como un indicio de su conocimiento del crimen cometido por sus subordinados, lo que puede conllevar el solapamiento de ambas figuras¹¹⁹.

Chamber Judgment del 10.12.1998 (IT-95-17/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*). MELONI, C., *Command, cit.*, p. 216.

¹¹⁵ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 222. Sin embargo, la misma autora matiza que se requiere la existencia de una obligación legal de actuar para poder considerar a alguien responsable por su omisión (tanto en los casos de comisión por omisión como en cualquier forma de participación). Vid. MELONI, C., *Command, cit.*, pp. 222-223, en referencia a *Prosecutor v. Orić, Appeals Chamber Judgement* del 03.07.2008 (IT-03-68-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Orić*), párr. 43; *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgement* del 15.07.1999 (IT-94-1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Tadić*), párr. 188.

¹¹⁶ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 217.

¹¹⁷ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 299-300.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Aleksovski, Trial Chamber Judgment* del 25.07.1999 (IT-95-14/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Aleksovski*), párr. 64; *Prosecutor v. Akayesu, Trial Chamber Judgement* del 02.09.1998 (ICTR-96-4-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*), párrs. 704-705; Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija, supra* nota 114, párr. 232. MELONI, C., *Command, cit.*, p. 218. En sentido similar, AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 299.

¹¹⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka, supra* nota 53, párrs. 379 *et seq.* MELONI, C., *Command, cit.*, p. 219. En sentido similar, AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 299.

Otro factor que puede conllevar el solapamiento de ambas figuras consiste en que el incumplimiento del deber de prevenir o castigar ha sido interpretado por la jurisprudencia internacional como una inducción o una complicidad en los crímenes futuros cometidos por los subordinados¹²⁰. Además, con frecuencia, la jurisprudencia internacional parte de una punibilidad alternativa o incluso acumulativa de la Responsabilidad del Superior y de la participación¹²¹.

VII.2. La Responsabilidad del Superior en los tribunales *ad hoc*

VII.2.1. Introducción

Tanto el artículo 7(3) ETPIV como el artículo 6(3) ETPIR prevén dos modalidades distintas de Responsabilidad del Superior, cada una de ellas basada en el incumplimiento de un deber diferente:

- 1) el deber de impedir; y
- 2) el deber de castigar.

Mientras que el primer deber surge antes de la comisión del crimen, el segundo surge una vez que el crimen ha sido cometido¹²². El primero conlleva el deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen; por el contrario, el segundo requiere que el superior

¹²⁰ *Prosecutor v. Blaškić, Trial Chamber Judgement* del 03.03.2000 (IT-95-14-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*), párrs. 337-339; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, Appeals Chamber Judgement* del 22.04.2008 (IT-01-47-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*), párr. 30. MELONI, C., *Command, cit.*, p. 219.

¹²¹ AMBOS, K., *La Parte, cit.*, p. 299.

¹²² Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez, supra* nota 43, párrs. 445-446. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 792; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009, p. 90; MELONI, C., *Command, cit.*, pp. 114-115; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International, cit.*, pp. 190-191; BASSIOUNI, M.C., *Introduction, cit.*, pp. 365-366.

adopte las medidas necesarias y razonables para asegurar que los crímenes cometidos no queden impunes¹²³. El incumplimiento de uno de los deberes no puede subsanarse mediante el cumplimiento del otro, por lo que el superior no puede elegir cuál de los dos deberes cumplir¹²⁴.

En lo que se refiere a los requisitos del tipo objetivo y subjetivo de la Responsabilidad del Superior, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha seguido lo establecido por el TPIY en el caso *Čelebići*, y por ende, reproduce los tres requisitos allí establecidos¹²⁵:

¹²³ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 114-115; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 90.

¹²⁴ Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 120, párr. 259; Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, *supra* nota 53, párr. 72; *Prosecutor v. Bagilishema, Trial Chamber Judgement* del 07.06.2001 (ICTR-95-1A-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Bagilishema*), párrs. 49-50; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 120, párr. 336. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 186; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 174; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 114-115; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 90.

¹²⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párr. 346; *Prosecutor v. Mucić et al., Appeals Chamber Judgment* del 20.02.2001 (IT-96-21-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*), párrs. 189-198, 225-226, 238-239. 256 y 263; Sentencia de primera instancia en el caso *Aleksovski*, *supra* nota 118, párrs. 69 *et seq.*; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 120, párr. 291; *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgment* del 29.07.2004 (IT-95-14-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*), párr. 484; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 43, párr. 401; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Appeals Chamber Judgment* del 17.12.2004 (IT-95-14/2-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Kordić and Čerkez*), párr. 827; Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, *supra* nota 53, párr. 56; *Prosecutor v. Limaj, Trial Chamber Judgment* del 10.11.2005 (IT-03-66-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Limaj*), párr. 520; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párrs. 76 *et seq.*; Sentencia de primera instancia en el caso *Akayesu*, *supra* nota 118, párrs. 486 *et seq.*; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber Judgment* del 21.05.1999 (ICTR-95-1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*), párrs. 208-231; *Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli, Trial Chamber Judgment* del 01.12.2003 (ICTR-98-44A-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Kajelijeli*), párr. 772; *Prosecutor v. Laurent Semanza, Trial Chamber Judgment* del 15.05.2003 (ICTR-97-20-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*), párr. 400. BONAFÉ, B.I., "Command", cit., pp. 604-605; MARTINEZ, J.S., "Understanding", cit., p. 642; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 89; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", cit., pp. 129-130; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality", cit., pp. 184-185; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 185-186; MELONI, C., *Command*, cit., p. 83; VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", cit., pp. 421-422; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 161; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 361; AMBOS, K., *Treatise*, cit.,

- 1) la existencia de una relación superior-subordinado;
- 2) el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer o ya había cometido un crimen; y
- 3) el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir dicho acto o para castigar a los autores.

Como puede observarse, los requisitos primero y tercero pertenecen al tipo objetivo, mientras que el segundo se refiere al tipo subjetivo. La Sentencia de primera instancia en el caso *Orić* añade un tercer requisito del tipo objetivo: la comisión del crimen por parte de los subordinados, es decir, el crimen base o crimen principal¹²⁶, lo cual Meloni considera el primer requisito objetivo de la Responsabilidad del Superior¹²⁷.

Debido a lo acertado de dicha propuesta, aquí se clasificarán en tres los elementos del tipo objetivo de la Responsabilidad del Superior. En lo que se refiere al tipo subjetivo, se distinguirán dos estándares, y se dedicará un Subapartado al estudio de la cuestión del *dolus specialis*.

VII.2.2. Tipo objetivo

El mero hecho de que el superior no controle a sus tropas no conlleva responsabilidad penal *per se* en DPI, sino que es necesario que dicho incumplimiento vaya seguido por la comisión de un crimen por parte de los subordinados¹²⁸. ¿Supone ello que la omisión del superior debe tener

p. 200; SIVAKUMARAN, S., "Command Responsibility in Irregular Groups", *JICJ*, Vol. 10, Núm. 5, 2012, p. 1130; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 788.

¹²⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párr. 294. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 186; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 84; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 628; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 172-173.

¹²⁷ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 84; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 628. En sentido similar, NERLICH, V., "Superior", *cit.*, pp. 668-669; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", *cit.*, p. 205.

¹²⁸ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 126; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 628; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 797.

un nexo causal con la comisión del crimen? En relación al deber de impedir, el TPIY ha señalado que no es necesario probar la existencia de un nexo causal¹²⁹, puesto que, de lo contrario, no habría diferencia entre el art. 7(3) y el 7(1) y habría que aceptar que el art. 7(3) es superfluo¹³⁰. La Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići* constituye la única excepción en la que el TPIY requirió un nexo causal, no obstante lo cual la Sala concluyó que no era necesario probar la causación como un elemento separado de la Responsabilidad del Superior bajo DPI¹³¹. Por lo que la misma resolución que exige dicho requisito le resta importancia al no requerir su prueba.

En cuanto al deber de castigar, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha afirmado que, dada la dificultad que plantea la exigencia de un nexo causal entre el crimen cometido por el subordinado y el posterior incumplimiento del superior del deber de castigarlo, no tendría ningún sentido exigir un nexo causal en relación al deber de castigar¹³². Pese a ello, parece claro que si se defiende que la Responsabilidad del Superior es una forma de responsabilidad por los crímenes cometidos por los subordinados, también deberá exigirse un nexo causal entre la omisión del deber de castigar y la comisión del crimen¹³³. Esta es una de las razones por las que aquí se ha defendido que el incumplimiento del deber de castigar constituye un delito separado de omisión (propia).

¹²⁹ Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 125, párrs. 73-77. En el mismo sentido, Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 120, párrs. 38-40. NERLICH, V., "Superior", *cit.*, p. 672; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 794; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 99-100; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 127; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 629; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", *cit.*, p. 134.

¹³⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párr. 338.

¹³¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párrs. 398-399. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 127; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 629; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 810.

¹³² Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párr. 338. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 793; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 99-100; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 128; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 630.

¹³³ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 128; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 630.

VII.2.2.1. La comisión del crimen por parte de los subordinados

En la mayoría de los casos, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no se refiere expresamente a este primer requisito¹³⁴; sin embargo, éste es imprescindible, ya que el mero hecho de que un superior no ejerza su control sobre sus subordinados no es una conducta punible en DPI¹³⁵. La Sentencia de primera instancia en el caso *Orić* se refirió expresamente a este requisito, y explicó que el silencio de la jurisprudencia anterior al respecto se debía a que se trata de un requisito tan obvio que prácticamente no necesita ser mencionado expresamente¹³⁶. Sin embargo, conviene dedicar unas líneas a aclarar algunas cuestiones relativas al mencionado requisito.

El crimen base debe ser cometido por individuos distintos al superior; es decir, el superior no debe intervenir de ninguna manera en la comisión del crimen principal¹³⁷. En caso contrario, la responsabilidad principal a título de autoría o participación – con base en el art. 7(1) ETPIY o 6(1) ETPIR – debe aplicarse con preferencia sobre la Responsabilidad del Superior¹³⁸.

Otra cuestión que se plantea en estos casos es si es necesario que los subordinados cometan el crimen en el sentido de una responsabilidad a

¹³⁴ No obstante, existen excepciones en las que los tribunales *ad hoc* se han referido a dicho requisito de manera expresa: Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 70, párr. 294; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 120, párr. 291; *Gacumbitsi v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 07.07.2006 (ICTR-2001-64-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Gacumbitsi*), párr. 143.

¹³⁵ BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 379; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", *cit.*, p. 205; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 84-85; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 628; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 797.

¹³⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párr. 295.

¹³⁷ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 225; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 125, párr. 223. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 85; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 367.

¹³⁸ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 225; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 125, párr. 223.

título de autoría o si, por el contrario, es suficiente con que hayan sido partícipes de dicho crimen. El TPIV ha afirmado que es suficiente con que los subordinados sean responsables del crimen base como partícipes, por lo que se parte de una definición amplia del término "cometer"¹³⁹.

También se suscita si resulta necesario determinar la responsabilidad del subordinado para poder establecer la del superior. De acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no es necesario determinar la identidad de los subordinados que son responsables por el crimen principal, sino que es suficiente con identificarlos como miembros de un grupo y probar que el superior tenía control efectivo sobre tal grupo¹⁴⁰. La Sentencia de primera instancia en el caso *Orić* fue demasiado lejos y afirmó que un superior podría ser responsable por crímenes cometidos también por autores desconocidos¹⁴¹. En cualquier caso, en la práctica, será difícil probar la existencia de una relación superior-subordinado sin identificar

¹³⁹ *Prosecutor v. Krnojelac, Trial Chamber Judgment* del 15.03.2002 (IT-97-25-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Krnojelac*), párr. 319; *Prosecutor v. Blagojević & Jokić, Appeals Chamber Judgment* del 09.05.2007 (IT-02-60-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blagojević & Jokić*), párr. 280; Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párrs. 299-301; Sentencia de apelación en el caso *Orić*, *supra* nota 115, párr. 21. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 182; NERLICH, V., "Superior", *cit.*, pp. 668-669; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 367; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 90; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 86-87; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 189-190; VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 426; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality", *cit.*, p. 187; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 772-773; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 800. Para una visión crítica de la mencionada jurisprudencia, *vid.* AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, pp. 178-179; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", *cit.*, p. 135; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 202.

¹⁴⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 90; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 125, párr. 217; Sentencia de apelación en el caso *Orić*, *supra* nota 115, párr. 35; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 191; VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 426; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality", *cit.*, p. 186; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 87; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 368-369; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 772; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 91; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 201.

¹⁴¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párrs. 481, 489 y 530.

primero a los responsables del crimen principal (al menos el grupo al que pertenecen)¹⁴².

Finalmente, surge la duda relativa a la posibilidad de la Responsabilidad del Superior en cadena. Dicho de otra forma, ¿puede un superior ser responsable por los crímenes que sus subordinados no impidieron o no castigaron? La Sentencia de primera instancia en el caso *Orić* volvió a ir demasiado lejos al aceptar que el superior era responsable de las violaciones de Derecho Internacional Humanitario cometidas por sus subordinados tanto por acciones como por omisiones de deberes de protección¹⁴³. En el caso en concreto, el superior fue hecho responsable de que sus subordinados no impidieran el trato inhumano y la matanza de los internos del centro de detención de Srebrenica, ya que éstos permitieron la entrada de individuos de fuera para que golpearan a los prisioneros¹⁴⁴. Sin embargo, esta Responsabilidad del Superior múltiple (Responsabilidad del Superior *per* Responsabilidad del Superior) no tiene cabida en el Estatuto del TPIY, puesto que expande demasiado el ámbito de aplicación de la Responsabilidad del Superior¹⁴⁵.

VII.2.2.2. La existencia de una relación superior-subordinado

Como ya se ha adelantado, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* exige una relación superior-subordinado entre el acusado y aquellos que

¹⁴² MELONI, C., *Command, cit.*, p. 89.

¹⁴³ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párr. 300. MELONI, C., *Command, cit.*, pp. 86-87; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 178; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*: Ways", *cit.*, p. 135; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, p. 202; BADAR, M.E., *The Concept, cit.*, p. 367; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 801.

¹⁴⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Orić*, *supra* nota 55, párr. 490. En tanto que la Sentencia de primera instancia no dejó claro cuál era el título por el que se hacía responsable a los subordinados de *Orić*, la Sentencia de apelación en el caso *Orić*, *supra* nota 115, párrs. 36-61, anuló la condena de *Orić*.

¹⁴⁵ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 178; MELONI, C., *Command, cit.*, p. 90.

cometieron los crímenes. La relación superior-subordinado requiere implícitamente el control efectivo del superior sobre sus subordinados¹⁴⁶. Según Meloni, el superior es aquel que, en una relación de jerarquía, ocupa una posición de mando o autoridad que le otorga el control efectivo sobre la conducta de otros individuos¹⁴⁷.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha sido clara al admitir que tanto los comandantes militares como los líderes civiles pueden ser considerados "superiores" a los efectos de la Responsabilidad del Superior¹⁴⁸. Resulta esclarecedor que los Estatutos de dichos tribunales empleen el término "superior" en vez del de "comandante" al describir este concepto. A pesar de que los Estatutos de los tribunales *ad hoc* no diferencien expresamente entre superiores militares y civiles, la jurisprudencia ha señalado algunas diferencias, como la mayor dificultad para probar la autoridad o el control efectivo de un superior civil sobre sus subordinados, o el distinto contenido de las medidas requeridas para impedir o castigar los crímenes de los subordinados (en tanto que las medidas que el superior civil puede adoptar son más débiles)¹⁴⁹. Sin embargo, como se verá más adelante, los tribunales *ad hoc* no han exigido un estándar diferente para los superiores militares y civiles en relación al tipo subjetivo – si bien existe alguna sentencia en la que, basándose en la

¹⁴⁶ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 789; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 162; AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*: Ways", cit., p. 130; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", cit., pp. 790-791.

¹⁴⁷ MELONI, C., *Command*, cit., p. 92.

¹⁴⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párr. 356. Son numerosos los casos en los que los tribunales *ad hoc* han empleado la figura de la Responsabilidad del Superior contra líderes civiles, *inter alia*, en los casos *Kayishema y Ruzindana*, *Musema*, *Ntagerura*, *Bagilishema*, *Gacumbitsi*, *Delalić*, *Kordić*, *Stakić*, *Martić* y *Milošević*. Referencias en MELONI, C., *Command*, cit., p. 92; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 174; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 188; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 362; BONAFÉ, B.I., "Command", cit., p. 604; KOLB, R., *Droit*, cit., pp. 185-186; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 406; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", cit., pp. 794-795.

¹⁴⁹ MELONI, C., *Command*, cit., pp. 128-131.

diferencia realizada por el art. 28 ER, el TPIR ha exigido un estándar subjetivo más exigente para el superior civil –¹⁵⁰.

En lo que se refiere a la diferencia entre superiores *de jure* y *de facto*, los tribunales *ad hoc* han dejado claro que lo relevante es el ejercicio efectivo de poder o control, y no los títulos formales; así, la ausencia de un nombramiento formal no es obstáculo para aplicar la Responsabilidad del Superior¹⁵¹, al mismo tiempo que la mera posesión de poderes *de jure* no es suficiente para establecer tal tipo de responsabilidad¹⁵². En efecto, la jurisprudencia es uniforme a la hora de afirmar que lo verdaderamente relevante es que el acusado posea los poderes de control sobre los subordinados, es decir, la capacidad material para prevenir o castigar sobre los subordinados¹⁵³. Es por ello que no cabe duda de que el concepto de la

¹⁵⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, *supra* nota 125, párrs. 227-228.

¹⁵¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párr. 354. BONAFÉ, B.I., "Command", *cit.*, p. 609; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 370-371; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 94-95; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 173; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 94; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 362; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 793; CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 247.

¹⁵² *Prosecutor v. Halilović, Appeals Chamber Judgment* del 16.10.2007 (IT-01-48-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Halilović*), párr. 85; *Ferdinand Nahimana v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 28.11.2007 (ICTR-99-52-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Nahimana*), párrs. 625, 787; Sentencia de apelación en el caso *Orić*, *supra* nota 115, párr. 91. CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 247; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 188; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 94-95; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 173; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 201; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 786; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 94; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 405; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 793; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 370-371; BONAFÉ, B.I., "Command", *cit.*, p. 609; KOLB, R., *Droit*, *cit.*, pp. 185-186.

¹⁵³ Sentencia de apelación en el caso *Orić*, *supra* nota 115, párr. 91. Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párrs. 354 y 370; Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párrs. 206 y 251; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 43, párrs. 405-408. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 185, nota 14; VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 423; BONAFÉ, B.I., "Command", *cit.*, p. 609; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 95; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 96-97; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", *cit.*, pp. 133-134; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 201; NERLICH, V., "Superior", *cit.*, pp. 669-670; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", *cit.*, p. 791; CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 247-248; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 188; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 362; KOLB, R., *Droit*, *cit.*, pp. 185-186.

Responsabilidad del Superior es también aplicable a aquellos que *de facto* poseen tales poderes de control.

Como ya se ha explicado, pese a que no se prevea expresamente en los arts. 7(3) y 6(3) del ETPIY y del ETPIR, el control efectivo sobre los subordinados está implícito en el requisito de una relación superior-subordinado¹⁵⁴. Los tribunales *ad hoc* han definido el concepto de control efectivo como la capacidad material de evitar la comisión de delitos por parte de los subordinados o de castigarlos por su comisión¹⁵⁵. También han señalado que el estándar de la influencia sustancial no es suficiente¹⁵⁶. Es necesario probar tal control efectivo tanto en relación con los superiores *de facto* como con los superiores *de jure*¹⁵⁷. Meloni afirma que el control efectivo debe ser ejercido dentro de una jerarquía e insiste en que la jurisprudencia debería requerir este requisito expresamente; ya que, por ejemplo, un policía puede ser capaz de impedir la comisión de crímenes en el área bajo su control, pero esta habilidad material no lo convierte *per se* en un superior en el sentido del art. 7(3) ETPIR en relación a cualquier autor

¹⁵⁴ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 789; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 369; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 162, lo define como la capacidad fáctica de ejercer suficiente control sobre los subordinados, y lo considera el requisito objetivo más importante de la Responsabilidad del Superior.

¹⁵⁵ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 197; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 125, párrs. 67-69; Sentencia de primera instancia en el caso *Semanza*, *supra* nota 125, párr. 402; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Trial Chamber Judgement* del 21.02.2003 (ICTR-96-10-T, ICTR-96-17-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Ntakirutimana*), párrs. 819-822. BONAFÉ, B.I., "Command", cit., p. 609; NERLICH, V., "Superior", cit., pp. 669-670; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 784; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 94-95; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 362; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 188; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 201; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 404; KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables", cit., p. 791. BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 369.

¹⁵⁶ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 266. MELONI, C., *Command*, cit., p. 100; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 174; BONAFÉ, B.I., "Command", cit., p. 609; NERLICH, V., "Superior", cit., pp. 669-670.

¹⁵⁷ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 124, párr. 196; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 43, párr. 415. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 786; MELONI, C., *Command*, cit., p. 95; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 185, nota 14; BONAFÉ, B.I., "Command", cit., p. 609; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 188.

dentro del área bajo su control (sino sólo en relación a sus subordinados)¹⁵⁸.

VII.2.2.3. La falta de adopción de medidas necesarias y razonables para impedir la comisión del crimen o para castigar a los autores

La conducta punible del superior consiste en la violación de un deber de actuar que surge directamente del Derecho internacional, en concreto, de los arts. 86(2) y 87(1) y (3) del Protocolo Adicional I de los Convenios de Ginebra¹⁵⁹. Como ya se ha adelantado, se trata de dos deberes distintos¹⁶⁰:

- 1) el deber de impedir surge en el momento en el que el superior sabe o tenía razones para saber que el subordinado estaba a punto de cometer el crimen (en el momento de planificación o preparación); y
- 2) el deber de castigar surge en un momento posterior, una vez el crimen ya se ha cometido.

Mientras que en el primer caso, el superior debe adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen (sin esperar a la ejecución del crimen) – si el crimen nunca se comete, no puede existir la Responsabilidad del Superior –, en el segundo, ha de tomar las medidas necesarias y razonables para asegurar que los crímenes cometidos no

¹⁵⁸ Sentencia de apelación en el caso *Halilović*, *supra* nota 152, párr. 59. MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 105-107.

¹⁵⁹ MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 114-115.

¹⁶⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 43, párrs. 445-446. AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*: Ways", *cit.*, p. 134; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 114-115; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 792; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 90; SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, pp. 1138-1139; KOLB, R., *Droit*, *cit.*, pp. 188-189.

queden impunes¹⁶¹. El superior no puede elegir entre cuál de las dos obligaciones cumple: es decir, el incumplimiento de una no puede subsanarse mediante el cumplimiento de la otra¹⁶².

Resulta de suma importancia la cuestión de la adecuación de las medidas para impedir o castigar. El hecho de que las medidas deban ser necesarias supone que tienen que ser medidas apropiadas para que el superior cumpla con su obligación¹⁶³. En cuanto al requisito de que las medidas sean razonables, el superior no está obligado a hacer lo imposible¹⁶⁴, sino que han de ser medidas factibles¹⁶⁵, posibles en la práctica¹⁶⁶, o que razonablemente se incluyan entre los poderes materiales del superior¹⁶⁷.

¹⁶¹ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 114-115; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 90.

¹⁶² Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*, supra nota 120, párr. 259; Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, supra nota 53, párr. 72; Sentencia de primera instancia en el caso *Bagilishema*, supra nota 124, párrs. 49-50; Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, supra nota 120, párr. 336. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 186; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 114-115; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 174; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 90; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 379; KOLB, R., *Droit*, cit., pp. 188-189.

¹⁶³ Sentencia de apelación en el caso *Orić*, supra nota 115, párr. 177. MELONI, C., *Command*, cit., p. 120; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 201.

¹⁶⁴ CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 789; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 97; KOLB, R., *Droit*, cit., pp. 188-189; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 413.

¹⁶⁵ Sentencia de apelación en el caso *Orić*, supra nota 115, párr. 177; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, supra nota 43, párrs. 441-443; Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, supra nota 53, párr. 395; *Prosecutor v. Strugar*, *Trial Chamber Judgement* del 31.01.2005 (IT-01-42-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*), párr. 372; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, supra nota 55, párrs. 122; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, supra nota 125, párr. 217. MELONI, C., *Command*, cit., p. 120; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 789.

¹⁶⁶ MELONI, C., *Command*, cit., p. 120.

¹⁶⁷ Sentencia de apelación en el caso *Orić*, supra nota 115, párr. 177; Sentencia de apelación en el caso *Halilović*, supra nota 152, párr. 63; Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, supra nota 53, párr. 395; Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*, supra nota 165, párr. 372; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, supra nota 55, párr. 122; Sentencia de primera instancia en el caso *Kayishema y Ruzindana*, supra nota 125, párr. 217; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, supra nota 125, párr. 72. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 789; MELONI, C., *Command*, cit., p. 120; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191; SIVAKUMARAN, S., "Command", cit., pp. 1139 y 1141.

En cualquier caso, conviene recordar que se trata de una obligación de conducta, y no de resultado¹⁶⁸; por lo que no puede considerarse responsable penalmente al superior que, a pesar de adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, no consigue dicho objetivo.

La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* distingue entre¹⁶⁹:

- 1) medidas generales para asegurar el control de las tropas; y
- 2) medidas específicas, cuyo objetivo es evitar que los subordinados cometan los delitos específicos que el superior conoce que podrían llevar a cabo.

Si bien la omisión de medidas de carácter general aumenta el riesgo de que los subordinados puedan cometer delitos, ello no acarrea *per se* responsabilidad penal; por el contrario, la omisión de medidas específicas sí da lugar a responsabilidad penal¹⁷⁰.

Por último, está la cuestión del superior que no castiga los crímenes que sus subordinados cometieron antes de que él asumiera el control sobre los mismos. Esta cuestión se planteó en el caso *Hadžihasanović*, en el que la Sala de Primera Instancia consideró al acusado responsable con base en la doctrina de la Responsabilidad del Superior; y para ello se valió del razonamiento de que, de lo contrario, existiría el riesgo de lagunas de punibilidad en relación a los cambios en la cadena de mando – algo que es muy frecuente en tiempos de guerra –¹⁷¹. Por el contrario, la Sala de Apelaciones revocó dicha sentencia por considerar que establecer la

¹⁶⁸ SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, p. 1139.

¹⁶⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, *supra* nota 53, párrs. 81 *et seq.*; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 144.

¹⁷⁰ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 226; Sentencia de primera instancia en el caso *Halilović*, *supra* nota 53, párr. 88; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 144.

¹⁷¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 199.

responsabilidad de un superior por no castigar crímenes que tuvieron lugar antes de que asumiera el control es contraintuitivo y contrario al significado normal de la Responsabilidad del Superior¹⁷². A lo que añadió que, de acuerdo con la costumbre internacional y la jurisprudencia del TPIY, debe probarse que el acusado tenía el control sobre aquellos que cometieron el crimen base cuando éste tuvo lugar¹⁷³, no a la hora de incumplir el deber de castigarlos. Varios autores apoyan esta postura¹⁷⁴.

No obstante, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* no siempre ha seguido dicha interpretación. En una Decisión interlocutoria en el caso *Hadžihasanović*, dos magistrados de la Sala de Apelaciones formularon votos particulares defendiendo convincentemente que la Responsabilidad del Superior es un delito separado de omisión – no una forma de participación en el crimen de los subordinados – y que, por ende, el superior puede ser responsable por no castigar los crímenes cometidos por sus subordinados antes de que él asumiera el control sobre ellos¹⁷⁵. Dado

¹⁷² *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, Appeals Chamber Decision on Interlocutory appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility* del 16.07.2003 (IT-01-47-AR72) (en adelante, Decisión en el caso *Hadžihasanović*), párr. 55. MELONI, C., *Command*, cit., p. 124; BONAFÉ, B.I., "Command", cit., p. 610; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 407.

¹⁷³ Decisión en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 172, párrs. 37-56. VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", cit., p. 423; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality", cit., p. 185; MELONI, C., *Command*, cit., p. 124; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 187; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 773-774; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 192; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 366; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", cit., p. 135.

¹⁷⁴ MELONI, C., *Command*, cit., p. 124; BONAFÉ, B.I., "Command", cit., p. 610; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality", cit., p. 185. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 192-194, defiende que dichos casos no quedarán impunes, ya que puede sancionarse al superior bajo el Derecho militar o en el ámbito disciplinario, o incluso como complicidad después del crimen (siempre que se cumplan los requisitos para ello).

¹⁷⁵ *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt*, del 16.07.2003 (IT-01-47-AR72), párr. 9; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen*, del 16.07.2003 (IT-01-47-AR72), párrs. 32 y 37. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., pp. 187-188; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", cit., p. 135; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 773-774; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 192.

que aquí se ha defendido que el incumplimiento del deber de castigar constituye un delito separado de omisión (propia), también se defiende la punibilidad de la Responsabilidad del Superior sucesiva. Es de mencionar que no sólo numerosos autores¹⁷⁶, sino también la CESL – en la Sentencia de primera instancia en el caso *Sesay et al.* – han apoyado esta postura¹⁷⁷.

VII.2.3. Tipo subjetivo

El tipo subjetivo de la Responsabilidad del Superior constituye uno de los asuntos más controvertidos en la doctrina, pero parece existir consenso en relación a dos cuestiones:

- 1) el tipo subjetivo del superior es distinto al tipo subjetivo de los subordinados¹⁷⁸; y
- 2) la Responsabilidad del Superior no establece una responsabilidad objetiva¹⁷⁹.

Más allá de estas dos premisas, no existe acuerdo en torno al estándar subjetivo requerido para una condena con base en la Responsabilidad del Superior.

¹⁷⁶ AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", *cit.*, p. 135; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 192.

¹⁷⁷ *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF Case), Trial Chamber Judgment* del 02.03.2009 (SCSL-04-15-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *RUF*), párrs. 299 y 303-304. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 189; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 773-774; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 408.

¹⁷⁸ CASSESE, A., *International*, *cit.*, pp. 249-250.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 249; BONAFÉ, B.I., "Command", *cit.*, pp. 606-607; MARTINEZ, J.S., "Understanding", *cit.*, p. 656; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 372; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 108; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 630; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, p. 364; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 189.

En efecto, pueden diferenciarse dos umbrales subjetivos en relación a la Responsabilidad del Superior¹⁸⁰:

- 1) que el superior tenga conocimiento de los crímenes (conocimiento positivo o efectivo); o
- 2) que tenga información que lo ponga en posición de ser consciente del riesgo de la ocurrencia de tales crímenes (conocimiento constructivo).

La dificultad reside en identificar cada uno de los dos umbrales con un tipo de dolo o imprudencia determinado.

A menudo, la jurisprudencia internacional confunde el estándar del conocimiento positivo con el del conocimiento constructivo¹⁸¹. Sin embargo, una vez que se ha establecido el conocimiento positivo, aunque sea por medio de prueba circunstancial, se trata de un estándar de conocimiento positivo, ya que el conocimiento constructivo se refiere a los casos en los que el superior debería haber sabido (pero no sabe)¹⁸². La confusión surge de que se han solido emplear los mismos factores para establecer ambos estándares¹⁸³.

VII.2.3.1. "si sabía"

El estándar subjetivo de "si sabía" (*if he knew*), previsto en los arts. 7(3) ETPIY y 6(3) ETPIR, se regula con una expresión equivalente en el art. 28

¹⁸⁰ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 162; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", *cit.*, pp. 130-131; BONAFÉ, B.I., "Command", *cit.*, p. 606; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 373; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 409.

¹⁸¹ MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 114 y 181; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 215; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 325.

¹⁸² AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 215; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 325; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 181.

¹⁸³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 434, ha incurrido en el mismo error.

ER: “hubiere sabido” (*knew*) en relación a los superiores militares, y “hubiere tenido conocimiento” (*knew*) con respecto a los superiores civiles.

Este estándar requiere que el superior haya sido realmente consciente de que sus subordinados se proponían cometer los delitos, los estaban cometiendo o los habían cometido¹⁸⁴.

Se requiere, por tanto, el estándar del conocimiento efectivo o positivo¹⁸⁵. La existencia de este conocimiento no puede presumirse, sino que debe probarse a través de prueba directa o, a falta de ésta, a través de prueba circunstancial¹⁸⁶.

VII.2.3.2. “o tenía razones para saber”

A diferencia de la jurisprudencia de la CPI, los tribunales *ad hoc* emplean el mismo estándar de conocimiento constructivo en relación a todo tipo de superior, con independencia de su carácter militar o no militar: el superior “tenía razones para saber” (*had reason to know*). En un principio, se plantearon dos posibles interpretaciones al mencionado estándar subjetivo¹⁸⁷:

¹⁸⁴ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 797; BONAFÉ, B.I., “Command”, cit., p. 606; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 373-374.

¹⁸⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párrs. 384-386. MELONI, C., *Command*, cit., p. 108; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 373-374.

¹⁸⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párrs. 384-386; *Prosecutor v. Brđanin*, *Trial Chamber Judgement* del 01.09.2004 (IT-99-36-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*), párr. 278; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 43, párr. 427; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 94. En el mismo sentido, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 430. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 797-798; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 324; MELONI, C., *Command*, cit., p. 108; BONAFÉ, B.I., “Command”, cit., pp. 606-607; MARTINEZ, J.S., “Understanding”, cit., p. 655; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 374-375.

¹⁸⁷ OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., p. 102; MELONI, C., *Command*, cit., p. 111; VAN SLIEDREGT, E., “Article 28”, cit., p. 425; KOLB, R., *Droit*, cit., pp. 186-188.

- La interpretación según la cual el superior sólo puede ser hecho responsable si realmente tenía a su alcance información específica que lo alertara de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados (es suficiente con que la información desencadene el deber del superior de, al menos, investigar los hechos)¹⁸⁸. Así, el superior no será responsable si no tenía información específica al alcance, tampoco incluso cuando tal falta de conocimiento es el resultado de que no supervisara debidamente a aquellos bajo su control¹⁸⁹.
- La interpretación, defendida en la Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, según la cual el superior será también responsable cuando no tiene información a su alcance, pero ello se debe a su negligencia a la hora de cumplir su “deber de conocimiento”: es decir, su deber de adoptar medidas para obtener información sobre la posible comisión de crímenes por parte de sus subordinados¹⁹⁰. Sin embargo, según la Sala de Apelaciones del TPIY, no existe tal deber de conocimiento en DPI, y por ello, requiere que el superior cuente con información

¹⁸⁸ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párr. 393; Sentencia de primera instancia en el caso *Kvočka*, *supra* nota 53, párr. 318; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 138, párr. 125; Sentencia de primera instancia en el caso *Brđanin*, *supra* nota 186, párr. 278. VAN SLIEDREGT, E., “Article 28”, *cit.*, p. 425; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 189; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 111; AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, p. 176; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 330; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 201-202; BONAFÉ, B.I., “Command”, *cit.*, p. 606; MARTINEZ, J.S., “Understanding”, *cit.*, p. 656; NERLICH, V., “Superior”, *cit.*, p. 674; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 102.

¹⁸⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párr. 393. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 112.

¹⁹⁰ Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 120, párr. 332. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 112; AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, p. 176; VAN SLIEDREGT, E., “Article 28”, *cit.*, p. 425; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 330-331; MARTINEZ, J.S., “Understanding”, *cit.*, p. 657; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 375-376; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 202.

específica a su alcance. Defiende, por tanto, la primera interpretación¹⁹¹.

Al rechazar la segunda interpretación, el TPIY ha refutado el estándar de “hubiere debido saber” (*should have known*) que el art. 28 ER emplea en relación a los superiores militares¹⁹². Las Salas de Apelación del TPIR y del TPIY han rechazado el intento de la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso *Blaškić* de atribuir el mismo significado a las expresiones “hubiere debido saber” y “tenía razones para saber”¹⁹³. Dichas Salas han afirmado acertadamente que el estándar “tenía razones para saber” es un estándar más exigente que el contenido en la expresión “hubiere debido saber”, puesto que el primero no castiga la mera falta de diligencia del superior al cumplir con su deber de informarse sobre las actividades de sus subordinados¹⁹⁴, sino que requiere que el superior haya tenido a su alcance información de naturaleza general que lo haya alertado del riesgo de la comisión de los delitos por sus subordinados y que haya conllevado la necesidad de iniciar una investigación para determinar si los mismos estaban efectivamente a punto de ser o habían sido cometidos¹⁹⁵.

¹⁹¹ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párrs. 227-239. MARTINEZ, J.S., “Understanding”, *cit.*, p. 658; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 113; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 186; VAN SLIEDREGT, E., “Article 28”, *cit.*, p. 425; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 410.

¹⁹² OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 802; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 102.

¹⁹³ OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 802-803; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 102.

¹⁹⁴ Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 226. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 803; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 102.

¹⁹⁵ *Prosecutor v. Bagilishema, Appeals Chamber Judgement* del 03.07.2002 (ICTR-95-1A-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Bagilishema*), párr. 42; Sentencia de apelación en el caso *Čelebići*, *supra* nota 125, párr. 241; Sentencia de apelación en el caso *Krnjelac*, *supra* nota 55, párr. 151; Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 120, párrs. 26-29; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 95. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 189; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 803; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 102; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 363-364; BONAFÉ, B.I., “Command”, *cit.*, p. 606.

Así, el equivalente del estándar “tenía razones para saber” (arts. 7(3) ETPIY y 6(3) ETPIR) en la CPI es el estándar “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” (*consciously disregarded information which clearly indicated*) empleado en el art. 28 ER para los superiores civiles, ya que, en el ámbito de la CPI, el estándar subjetivo exigido a los superiores civiles es más exigente que el requerido a los superiores militares, a los cuales se les aplica el estándar de “hubiere debido saber” (*should have known*).

En cuanto al tipo de información que el superior debe tener a su alcance para ser considerado responsable por su omisión, los tribunales *ad hoc* han afirmado que es suficiente con que tenga a su alcance información general que lo advierta de posibles actos ilícitos por parte de sus subordinados, por lo que no se requiere información específica sobre los actos ilícitos cometidos o que van a ser cometidos¹⁹⁶. La valoración de si la información es lo suficientemente alarmante como para justificar que el superior investigue más a fondo el asunto depende de la situación concreta del superior en el momento concreto¹⁹⁷. Dependiendo de las circunstancias del caso, que el superior tenga conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados en el pasado puede ser suficiente para alertarlo sobre la posible comisión de otros delitos de naturaleza similar por el mismo

¹⁹⁶ Sentencia de primera instancia en el caso *Čelebići*, *supra* nota 53, párr. 383; Sentencia de apelación en el caso *Bagilishema*, *supra* nota 195, párr. 28; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párrs. 154-155; Sentencia de apelación en el caso *Galić*, *supra* nota 114, párr. 184; *Prosecutor v. Strugar, Appeals Chamber Judgement* del 17.07.2008 (IT-01-42-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Strugar*), párrs. 298 y 304; Sentencia de primera instancia en el caso *Kordić and Čerkez*, *supra* nota 43, párrs. 436-437; Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*, *supra* nota 165, párrs. 369-370; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párr. 97. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 804; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 103; MELONI, C., “Command Responsibility”, *cit.*, pp. 630-631; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 189; BONAFÉ, B.I., “Command”, *cit.*, p. 607.

¹⁹⁷ Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 120, párr. 28; Sentencia de apelación en el caso *Strugar*, *supra* nota 196, párr. 298.

“grupo identificable de subordinados” que opera en la misma área geográfica¹⁹⁸.

Todavía queda pendiente la identificación del estándar “tenía razones para saber” con un categoría conocida en Derecho penal. Ambos lo identifica con la imprudencia consciente (o *recklessness*)¹⁹⁹, la cual requiere que el superior tenga información que le permita concluir la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, pero que en ningún caso supone la imputación del conocimiento al superior con base en hechos puramente objetivos²⁰⁰. Cassese también lo identifica con la imprudencia consciente o *recklessness*, pero también con la imprudencia grave (*gross or culpable negligence, culpa gravis*), y explica que la imprudencia será grave cuando la conducta del superior no cumpla el estándar establecido por el test del superior razonablemente prudente y competente²⁰¹.

Por el contrario, basándose en que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha afirmado que el estándar “tenía razones para saber” no constituye un estándar de imprudencia simple y en que no se exige que el superior sea consciente del riesgo cierto de que sus subordinados se propongan cometer los delitos o los hayan cometidos, Olásolo identifica estos casos con la imprudencia inconsciente²⁰². También afirma que la imprudencia debe ser grave²⁰³. Así, defiende que mediante el estándar “tenía razones para saber” se castiga la creación inconsciente por el superior de un riesgo objetivamente elevado (que excede de manera notable de lo socialmente

¹⁹⁸ Sentencia de apelación en el caso *Strugar*, *supra* nota 196, párrs. 299-301. Sentencia de apelación en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 120, párr. 30; Sentencia de primera instancia en el caso *Hadžihasanović*, *supra* nota 55, párrs. 115-117; Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párr. 155. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 190; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 805; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 103.

¹⁹⁹ AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, p. 179.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 251.

²⁰² OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 805.

²⁰³ *Idem*.

aceptable para un superior medio razonable en las mismas circunstancias) como consecuencia de desconsiderar la información de naturaleza general que se encuentra a su alcance; y que objetivamente le alerta de la existencia de un riesgo de comisión de delitos por parte de sus subordinados y de la necesidad de iniciar una investigación para verificarlo²⁰⁴.

Si bien lleva razón Olásolo en señalar la necesidad de que se trate de una imprudencia grave, no puede decirse de lo mismo en relación a su afirmación de que se trate de una imprudencia inconsciente. En la medida en que el superior tiene la información que lo alerta del riesgo de la comisión de delitos por parte de sus subordinados, éste tiene conocimiento de dicho riesgo y, por tanto, no cabe hablar de una imprudencia inconsciente. Además, el mismo Olásolo admite que el estándar del “deliberadamente hizo caso omiso de información que indicase claramente” del art. 28 ER, el cual considera equivalente al estándar que ahora analizamos en el marco de los tribunales *ad hoc*, requiere una imprudencia consciente y grave²⁰⁵. Por consiguiente, es seguro afirmar que el estándar del “tenía razones para saber” constituye un elemento integrante de la imprudencia consciente.

VII.2.3.3. La cuestión relativa al *dolus specialis*

De acuerdo con lo establecido por la Sala de Apelaciones del TPIV en el caso *Krnojelac*, no es necesario que el superior comparta el *dolus specialis* del autor, sino que es suficiente con que tenga a su alcance información de naturaleza general que lo alerte de que sus subordinados

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 802.

podrían estar motivados por el *dolus specialis* en cuestión²⁰⁶. Es decir, un superior puede ser considerado responsable por no evitar que sus subordinados cometan un delito que exige un *dolus specialis*, aun cuando su omisión no haya sido motivada por el *dolus specialis* requerido por la definición del delito²⁰⁷. En definitiva, es suficiente con que el superior haya tenido a su alcance información objetivamente suficiente para alertarlo de que sus subordinados podrían estar actuando con dicho *dolus specialis*²⁰⁸.

Como ya se ha adelantado en el Capítulo III de esta Parte II²⁰⁹, esta jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY ha de ser bienvenida por dos razones:

- 1) en tanto que en los tribunales *ad hoc* la Responsabilidad del Superior tiene la naturaleza de un delito de omisión propia, el superior no es castigado por el crimen base, sino por la omisión de su conducta; y
- 2) aunque se considerara una forma de participación, la jurisprudencia internacional (tanto la de los tribunales *ad hoc* como la de la CPI) no requiere que el partícipe comparta el *dolus specialis* del autor.

Por ello, debe rechazarse la propuesta según la cual sólo el superior que comparta con los subordinados el *dolus specialis* del genocidio puede ser sancionado con base en la Responsabilidad del Superior. Ello sólo sería

²⁰⁶ Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párrs. 155 y 171. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 807; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 103-104; NERLICH, V., "Superior", *cit.*, p. 672.

²⁰⁷ Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párrs. 155 y 171. NERLICH, V., "Superior", *cit.*, p. 672; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 807-808, nota 212; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 103-104.

²⁰⁸ Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párrs. 155 y 171. BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 377-378.; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 807-808, nota 212.

²⁰⁹ *Vid.* Subapartado III.4.3. de esta Parte II.

necesario si se configurara la Responsabilidad del Superior como una forma de autoría²¹⁰.

VII.3. La Responsabilidad del Superior en la CPI

VII.3.1. Introducción

Como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 28 ER distingue tres deberes – en lugar de los dos previstos en los tribunales *ad hoc* – por cuyo incumplimiento el superior es responsable penalmente:

- Deber de prevenir: surge antes de la comisión del delito²¹¹. Sólo si el superior toma conocimiento después de la comisión del crimen (o estaba más allá de su poder prevenirlo), se cambia el contenido del deber y se exige la obligación de reprimir el crimen²¹².
- Deber de reprimir: surge durante o después de la comisión del crimen (poner fin a la continuación del crimen o deber de castigar)²¹³. La CPI lo entiende en una doble vertiente: como el deber de poner fin a los delitos que se están cometiendo y como el deber de castigar a las fuerzas después de la comisión de los delitos²¹⁴.

²¹⁰ Según AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 181, el hecho de que sólo se requiera el conocimiento del superior con respecto al *dolus specialis* de sus subordinados significa que de ninguna manera puede entenderse la Responsabilidad del Superior como una forma de autoría.

²¹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 436-442. GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 768-770.

²¹² MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 168.

²¹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 436-442. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172.

²¹⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 439. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 169. En el mismo sentido, AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 213;

- Deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes: surge después de la comisión del crimen, cuando los superiores no tienen la capacidad de sancionar a sus fuerzas²¹⁵.

Pese a las diferencias con respecto a lo establecido por los tribunales *ad hoc*, la CPI también ha señalado que los distintos deberes del superior (desarrollados en dos o tres categorías autónomas) son independientes; de ahí que el incumplimiento de uno de ellos no pueda ser compensado por el cumplimiento posterior de otro deber²¹⁶.

En la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, la CPI se ha pronunciado por primera vez con respecto a la Responsabilidad del Superior. Si bien dicha decisión se refiere exclusivamente a los jefes militares y asimilados (debido al estatus militar de Bemba), los elementos enunciados son también aplicables a los superiores civiles, con la excepción del elemento del tipo subjetivo, puesto que, como se verá más adelante, el estándar del conocimiento constructivo es distinto para los superiores militares y civiles²¹⁷. Son cinco los elementos de la Responsabilidad del Superior requeridos por la CPI en el caso *Bemba*²¹⁸:

CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 191; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 768-770 y 792-793.

²¹⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 442. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 198; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 213; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 318-321; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 768-770 y 792-793; MELONI, C., *Command*, cit., pp. 167 y 171; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., p. 172; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., pp. 190-191.

²¹⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 770.

²¹⁷ GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., p. 152; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", cit., p. 209.

²¹⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 4, párr. 407; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda* del 09.06.2014 (ICC-01/04-02/06) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*), párr. 164.

- El acusado debe ser un mando militar o una persona que actúe como jefe militar.
- El acusado debe ostentar “mando y control efectivo” o “autoridad y control efectivo” sobre sus fuerzas (subordinados) que cometieron uno o varios de los crímenes previstos en los arts. 6-8 ER.
- Los crímenes cometidos por las fuerzas (subordinados) deben ser el resultado de que el acusado no ejerciera un control adecuado sobre ellos.
- El acusado sabía o, debido a las circunstancias del momento, debería haber sabido que las fuerzas (subordinados) estaban cometiendo o iban a cometer uno o varios crímenes previstos en los arts. 6-8 ER.
- El acusado no tomó las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de tal crimen o crímenes o no puso el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

VII.3.2. Tipo objetivo

VII.3.2.1. La comisión del crimen por parte de los subordinados

Si bien la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* no se refiere expresamente a este primer requisito, es sumamente importante, puesto que la Responsabilidad del Superior está siempre condicionada a la comisión real – al menos, en fase de tentativa – del crimen de los subordinados²¹⁹.

Al igual que en el contexto de los tribunales *ad hoc*, el crimen debe ser cometido por personas distintas al superior; si hay pruebas sobre la

²¹⁹ MELONI, C., *Command*, cit., p. 148; KHALIFA, A.F., “Les conditions préalables”, cit., p. 797.

contribución directa del superior en el crimen, el art. 25(3) ER deberá aplicarse de manera preferente al art. 28 ER²²⁰. No obstante, a diferencia de lo establecido por los tribunales *ad hoc*, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* ha afirmado que no es suficiente con que el subordinado haya participado en el crimen, sino que es necesario que el subordinado sea autor (autor directo, coautor o autor mediato) del mismo²²¹. Esta postura es coherente con la expresa diferenciación que el art. 25(3) ER realiza entre autoría y participación, dado que ello impide que el término “cometer” pueda interpretarse de manera amplia²²².

En el ámbito de la CPI, se plantea la cuestión de si la Responsabilidad del Superior requiere que el crimen base sea cometido o si, por el contrario, es suficiente con que éste alcance la fase de tentativa. El hecho de que el art. 28 ER no mencione expresamente la tentativa puede hacer pensar que se requiere que el crimen sea cometido y que la tentativa de un crimen por los subordinados no da lugar a la Responsabilidad del Superior²²³. Pero existen varias razones por las que puede defenderse lo contrario²²⁴:

- 1) el art. 25(3)(f) ER criminaliza la tentativa *per se*; y
- 2) el art. 28 ER criminaliza la omisión del deber de prevenir los crímenes que los subordinados se proponen cometer – se trata de un momento incluso anterior al de la tentativa –.

La Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda* ha señalado expresamente que el art. 28 ER es aplicable a la tentativa de comisión de

²²⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 342 y 402. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 148; GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, p. 149; BONAFÉ, B.I., “Command”, *cit.*, p. 612.

²²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 407 *et seq.* OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 773.

²²² MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 150-151.

²²³ *Ibid.*, pp. 148-149.

²²⁴ *Ibid.*, p. 149. En sentido similar, GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, p. 151; KHALIFA, A.F., “Les conditions préalables”, *cit.*, pp. 802-803.

los crímenes por parte de los subordinados²²⁵. En cualquier caso, para que la conducta del subordinado pueda ser considerada como forma de tentativa, es necesario que éste haya realizado acciones que inicien la ejecución del crimen mediante un paso sustancial, pero que el crimen no tenga lugar por circunstancias independientes al subordinado²²⁶.

VII.3.2.2. La existencia de una relación superior-subordinado

Si bien en el ámbito de los tribunales *ad hoc* se ha afirmado que la condición del control efectivo está implícito en el requisito que es ahora objeto de nuestra atención, en el ámbito de la CPI, se analizarán como dos requerimientos distintos, puesto que, en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, la CPI los ha tratado como dos requisitos separados.

Una de las principales novedades del Estatuto de Roma consiste en que incluye una distinción expresa entre los superiores militares y los superiores civiles²²⁷. También diferencia expresamente entre los superiores militares *de jure* ("jefe militar") y *de facto* ("el que actúe efectivamente como jefe militar")²²⁸. Los jefes militares *de jure* son aquellos que han sido designados formalmente o legalmente para llevar a cabo funciones de mando militar, lo cual incluye a personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas²²⁹. En cuanto a los jefes militares *de facto*, éstos no son

²²⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 218, párr. 175.

²²⁶ NERLICH, V., "Superior", *cit.*, p. 669; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 150.

²²⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 406. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 144; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, pp. 151 y 154; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 195; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 187; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 781.

²²⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 406. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, pp. 197-198; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, pp. 155-159; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 302-304; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 155; SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, p. 1130.

²²⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 408.

designados legalmente para desempeñar un cargo como mando militar, pero ejercen *de facto* control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando²³⁰. Los jefes de las fuerzas irregulares especiales y empresas militares privadas son claros ejemplos de superiores militares *de facto*²³¹.

Lleva razón Garrocho cuando señala que la SCP II es confusa a la hora de determinar si Bemba era un superior militar *de jure* o *de facto*²³². Por ello debe ser bienvenida su propuesta de considerar que sólo son jefes militares *de jure* los mandos pertenecientes a ejércitos y milicias que forman parte de las Fuerzas Armadas, designados formalmente y legalmente como tales; mientras que el resto de jefes que dirigen *de facto* milicias y grupos armados en conflictos armados son superiores militares *de facto*, con independencia del modo en que adquieran dicha posición dentro de la organización²³³.

En cualquier caso, debido al distinto estándar subjetivo exigido a cada uno de ellos, lo realmente relevante es diferenciar a los superiores militares de los civiles²³⁴. La distinción debe radicar en la función principal encomendada: mientras que las estructuras militares son unidades o grupo armados con capacidad para participar directamente en las hostilidades en función continua de combate dentro de un conflicto armado, aquellos grupos armados que no puedan ser considerados potencialmente como parte combatiente dentro de un conflicto armado

²³⁰ *Ibid.*, párr. 409.

²³¹ *Ibid.*, párr. 410. GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 156; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 156; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 302-304.

²³² GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, pp. 156-157.

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Ibid.*, p. 158.

no constituyen una estructura militar y, por ende, sus dirigentes son civiles²³⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, la Responsabilidad del Superior militar cubre a todas las personas dentro de la cadena de mando, independientemente de su rango o nivel: el superior militar puede ser la persona que ocupe el nivel más alto en la cadena de mando o el mero líder con pocos soldados bajo su mando²³⁶. Según Meloni, la Responsabilidad del Superior no debería estar limitada al superior inmediatamente por encima del autor directo del crimen, sino que la cadena de mando puede extenderse a varios niveles e incluir más de un superior en relación al mismo subordinado – incluso el Jefe de Estado, como Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, puede ser responsable por los crímenes cometidos por sus Fuerzas Armadas –²³⁷.

VII.3.2.3. “Mando y control efectivo” o “autoridad y control efectivo” del superior sobre los subordinados

El requisito de “mando y control efectivo” y el de “autoridad y control efectivo” son equivalentes, con la salvedad de que el segundo se aplica en contextos fuera del militar, es decir, con superiores que no tienen el poder (típicamente militar) de mando – dicho de otro modo, los superiores militares *de facto* o los superiores civiles –²³⁸. El hecho de que el art. 28 ER

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 408. AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 208; AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, p. 203; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 158; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese’s International*, *cit.*, p. 189; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 768; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 90; NERLICH, V., “Superior”, *cit.*, p. 670.

²³⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 408. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 158.

²³⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 412. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 781-782; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 161; GARROCHO

también emplee el término de autoridad en relación a los superiores militares se debe a que la autoridad (en vez del mando) es aplicable a los superiores efectivamente actuando como superiores militares, ya que, el ER es consciente de que puede que éstos no posean el mando propio de los superiores militares *de jure*²³⁹. Así, la “autoridad” es algo menos fuerte, menos absoluta que el “mando”, pero que de cualquier manera está unida al poder del “control efectivo” sobre los subordinados²⁴⁰.

De acuerdo con lo establecido en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, los términos “mando” y “autoridad” son expresiones que no influyen en el nivel de control exigido sobre los subordinados – éste es en ambos casos el que corresponde al concepto de “control efectivo” que acompaña ambas expresiones –, sino que sólo reflejan una cierta distinción en cuanto a la modalidad, forma y naturaleza en la que los superiores militares *stricto sensu* y quienes son asimilables ejercen el control efectivo sobre sus subordinados²⁴¹. Es por ello que, en las relaciones de subordinación distintas de las de naturaleza estrictamente formal militar, la “autoridad” debe ser entendida como el equivalente normativo del “mando”²⁴².

En cualquier caso, también en la CPI es necesario que el superior ejerza un control efectivo sobre los autores de los crímenes para poder aplicar la

SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, p. 160; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 305-311; KHALIFA, A.F., “Les conditions préalables”, *cit.*, p. 792.

²³⁹ GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, p. 160; MELONI, C., *Command, cit.*, p. 161; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, pp. 210-212.

²⁴⁰ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 161; AMBOS, K., *La Parte, cit.*, pp. 305-311; AMBOS, K., *Treatise, cit.*, pp. 210-212.

²⁴¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 412-413. OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, p. 782.

²⁴² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 413. MELONI, C., *Command, cit.*, p. 161; GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, p. 160; OLÁSULO, H., *Tratado, cit.*, pp. 781-782.

figura de la Responsabilidad del Superior²⁴³. En efecto, lo relevante es el control efectivo, y no la cualificación o el nombramiento formal del superior²⁴⁴. El control efectivo comprende la capacidad material de prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes²⁴⁵. Meloni exige también en el ámbito de la CPI que el control efectivo del superior sea ejercido en una estructura jerárquica (la cual requiere un cierto grado de estabilidad y organización que no está limitada a la situación concreta), ya que cualquier posibilidad fáctica de control de la conducta de otra persona no es suficiente²⁴⁶.

En sentido similar, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* señala que son superiores militares *de facto* aquellos que, a pesar de no haber sido nombrados formalmente por la ley para desempeñar una función de mando militar, la desarrollan de hecho al ejercer un control efectivo sobre un grupo de personas que actúan a través de una cadena de mando²⁴⁷. Por ello, el “control efectivo” es por lo general una manifestación

²⁴³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 411 y 414; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 218, párrs. 164 y 166. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 188; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 783 y 788; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 94-95; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 162; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 198; GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, p. 160; KHALIFA, A.F., “Les conditions préalables”, *cit.*, p. 791; AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, p. 207; AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise”, *cit.*, p. 177.

²⁴⁴ AMBOS, K., “La responsabilidad”, *cit.*, pp. 204-205; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 163; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 188; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 783 y 788; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 94; KHALIFA, A.F., “Les conditions préalables”, *cit.*, p. 793; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 302-304; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 209-210.

²⁴⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 415. GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, *cit.*, pp. 160-161; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 188; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 784; OLÁSULO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 94-95; KHALIFA, A.F., “Les conditions préalables”, *cit.*, p. 791; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 211.

²⁴⁶ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 164. En sentido similar, SIVAKUMARAN, S., “Command”, *cit.*, p. 1137.

²⁴⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 409 y 414.

de la existencia de una relación superior-subordinado en el marco de una relación jerárquica por cadena de mando²⁴⁸.

VII.3.2.4. Relación causal entre la omisión del superior y la comisión del crimen por parte del subordinado

A diferencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la cual ha negado la necesidad de este requisito, el art. 28 ER parece haber revocado esta postura al exigir que los crímenes cometidos por los subordinados lo sean "en razón de" la omisión del superior de ejercer el control²⁴⁹. La literalidad del mencionado artículo parece exigir una relación causal, lo que ha sido ratificado por la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*²⁵⁰. Sin embargo, la literalidad de la norma no deja claro a qué deber del superior ha de estar unido causalmente el crimen base, puesto que el art. 28 ER parece exigir que el crimen base sea la consecuencia de la vulneración del deber de ejercer el control sobre los subordinados en vez del deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes²⁵¹. Esto halla causa en que, como ya se ha puesto de manifiesto, el art. 28 ER aglutina las distintas modalidades de Responsabilidad del Superior y la punibilidad de cada una de ellas se deriva

²⁴⁸ *Idem.* OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 783; SIVAKUMARAN, S., "Command", cit., p. 1137.

²⁴⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 420. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 199; VAN SLIEDREGT, E., "System criminality", cit., p. 189; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., p. 170; MELONI, C., *Command*, cit., p. 173; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., pp. 195 y 209; AMBOS, K., "Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways", cit., p. 134; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 215; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 794; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 99-100; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 187; SIVAKUMARAN, S., "Command", cit., p. 1130; NERLICH, V., "Superior", cit., pp. 672-673.

²⁵⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 423. GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., p. 170; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 795; MELONI, C., *Command*, cit., p. 173; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 199; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, cit., p. 187; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 215; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, cit., p. 416.

²⁵¹ MELONI, C., *Command*, cit., pp. 173-174.

del incumplimiento de un deber distinto (debido a su distinta naturaleza jurídica)²⁵².

En cualquier caso, es importante tener en cuenta que la CPI no ha exigido el nexo causal en relación al incumplimiento del deber de adoptar medidas represivas. En efecto, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* distingue entre el incumplimiento del deber de adoptar medidas preventivas y el incumplimiento del deber de adoptar medidas represivas²⁵³:

- en relación al primero, es posible y debería exigirse la prueba de una relación causal con respecto a la comisión del crimen;
- mientras que en relación al segundo, es inconcebible una relación causal, ya que la omisión del deber es posterior a la comisión del crimen por parte de los subordinados.

No obstante, la Sala también admite la posibilidad de que los deberes de represión y denuncia tengan un componente preventivo de crímenes futuros, en cuyo caso, podría exigirse algún elemento de causalidad²⁵⁴. Dado que los crímenes internacionales tienen cierta perdurabilidad, el hecho de que un superior no castigue o denuncie la comisión de unos crímenes *ex post facto* puede generar un clima de tolerancia y aquiescencia con respecto a delitos futuros que, en caso de repetirse, serán imputables al superior²⁵⁵. De ahí que tales situaciones podrían incluirse como supuestos de incumplimiento doloso por parte del superior del deber de

²⁵² *Vid. supra* Subapartado VII.1.3 de esta Parte II.

²⁵³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 424. MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 175-176; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 199; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 170; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 794-795; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, pp. 99-100.

²⁵⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 424. En el mismo sentido, GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 171; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 774-775; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 93; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", *cit.*, p. 209.

²⁵⁵ GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 173.

adoptar las medidas necesarias y razonables para evitar que sus subordinados cometan los crímenes y, por ende, sería más adecuado que se sancionara como un supuesto de complicidad.

En lo que se refiere al nivel o grado del nexo causal en el contexto de la responsabilidad penal por omisión, la CPI ha afirmado que sólo es necesario probar que la omisión del superior elevó el riesgo de comisión de los crímenes imputados – y no una relación de *conditio sine qua non* – para que éste sea responsable por el art. 28 ER²⁵⁶. En palabras de Ambos, más allá de una mera relación causal, se exige una específica relación de realización de peligro o una relación de fin de protección²⁵⁷. Pero ello no significa que todo incremento del riesgo sea suficiente, sino que la probabilidad de que la acción adoptada por el superior hubiese sido capaz de prevenir el crimen debe ser considerada rigurosamente²⁵⁸. Así, debe constatarse tanto que la conducta de prevención valorada *ex ante* era objetivamente idónea para impedir el resultado como que dicha conducta habría resultado idónea *ex post facto* para evitar el resultado lesivo producido por sus subordinados²⁵⁹.

²⁵⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 425-426; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 218, párr. 174. OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 795; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 187. AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 210; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 216-217; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 177; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 171; y NERLICH, V., "Superior", *cit.*, p. 673, también está a favor de adoptar aquí la teoría del incremento del riesgo.

²⁵⁷ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 311-316; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, pp. 216-217.

²⁵⁸ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 178.

²⁵⁹ GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172.

VII.3.2.5. La falta de adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión del crimen o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento

En relación a los deberes del superior, deben distinguirse dos, los cuales operan en diferentes niveles y con diferentes objetivos²⁶⁰:

- 1) el deber de ejercer el control adecuado sobre sus subordinados; y
- 2) el deber de adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión del crimen o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En referencia al primero, debe tenerse presente que el superior es quien de manera más efectiva puede prevenir las posibles vulneraciones de Derecho internacional cometidas por las Fuerzas Armadas²⁶¹. Por ello, se adelanta su deber más allá de la mera prevención de los crímenes de los subordinados cuando éstos están a punto de ser cometidos: el superior tiene el deber general de controlar la conducta de los subordinados, en especial en las situaciones que conllevan un riesgo de comisión de crímenes, como los conflictos armados²⁶². Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el art. 28 ER, la vulneración del deber de control *per se* no es suficiente para establecer la Responsabilidad del Superior, sino que es necesario que el crimen sea cometido (al menos en grado de tentativa) por los subordinados²⁶³. Aunque el superior pueda ser responsable por la vulneración del deber de control bajo determinadas legislaciones penales

²⁶⁰ MELONI, C., *Command, cit.*, pp. 164-165. En sentido similar, VAN SLIEDREGT, E., *Individual, cit.*, p. 199.

²⁶¹ MELONI, C., *Command, cit.*, p. 165.

²⁶² *Idem.*

²⁶³ *Idem.*

estatales (o mediante sanciones disciplinarias), no lo será penalmente en DPI²⁶⁴.

En cuanto al segundo deber, su contenido varía dependiendo del momento en el que el superior conoce del asunto y de su capacidad material²⁶⁵:

- El deber de prevenir surge con anterioridad a la consumación de los crímenes²⁶⁶. Dicho deber prevalece sobre el resto de deberes; así, sólo si el superior toma conocimiento después de la comisión del crimen (o si estaba más allá de su poder prevenirlo), se cambia el contenido del deber y se exige la obligación de reprimir el crimen²⁶⁷.
- El deber de reprimir surge durante o después de la comisión del crimen (deber de poner fin a la continuación del crimen o deber de castigar)²⁶⁸. Como afirmó la SCP II en la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, el deber de reprimir es doble, ya que incluye dos deberes diferentes que surgen en dos momentos diferentes de la comisión de los crímenes²⁶⁹:

a) el deber de detener los crímenes que están teniendo lugar (muy similar al incumplimiento del deber de prevenir); y

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 166.

²⁶⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 436. GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 217.

²⁶⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 437. VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, pp. 422-423. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172.

²⁶⁷ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 168.

²⁶⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 436. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172; SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, p. 1143.

²⁶⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 439-440. AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 213; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 191; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 169; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 792-793.

b) el deber de castigar a los autores después de la comisión del crimen.

Por ello, se equivocan aquellos que, como Van Sliedregt, consideran que el deber de reprimir surge exclusivamente en un escenario post-crimen²⁷⁰, ya que no tienen en cuenta que el deber de reprimir tiene un significado tanto impeditivo como sancionador.

- El deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes surge después de la consumación del crimen, cuando el superior no ostenta el poder sancionador al respecto²⁷¹.

Como ya se ha puesto de manifiesto en varias ocasiones a lo largo de este subapartado, no constituyen tres opciones alternativas – por ende, el superior no puede elegir entre cuál de ellas cumple –, sino que se trata de obligaciones diferentes e independientes la una de la otra²⁷²: el incumplimiento del deber de evitar el crimen no puede ser remediado por el cumplimiento del deber de reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes²⁷³. La Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* ha ido más allá al afirmar que la omisión de uno de estos deberes da lugar a un crimen diferente en el art. 28 ER, y que, por consiguiente, el superior puede ser responsable por una o más

²⁷⁰ VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, pp. 422-423; SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, p. 1143.

²⁷¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 440-442. MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 167 y 171; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 172; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 198; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 213; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 792-793; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 318-321; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 217; SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, p. 1146.

²⁷² CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167.

²⁷³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 436. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 167; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191.

vulneraciones de sus deberes bajo el art. 28 ER en relación al mismo crimen base²⁷⁴. La inclusión de distintas modalidades de Responsabilidad del Superior – además, con distinta naturaleza jurídica – en el art. 28 ER hace necesario un análisis más detenido de la posibilidad de que el incumplimiento de cada uno de los deberes dé lugar a un crimen distinto.

En cuanto a la adecuación de las medidas, en tanto que se requiere que las medidas del superior sean razonables y necesarias, se excluye la responsabilidad del superior por su mera posición de mando/autoridad y se requiere la responsabilidad personal del superior, lo que supone, en el plano objetivo, la posibilidad efectiva de actuar del superior²⁷⁵. En efecto, el superior debe poseer la competencia legal y la posibilidad material para impedir o reprimir los crímenes²⁷⁶.

Si bien el TPIY ha empleado la distinción entre medidas generales y medidas específicas, la Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* no ha adoptado tal distinción, y ha llevado a cabo un análisis conjunto de las distintas medidas a disposición del superior para evitar los delitos²⁷⁷. Ambos propone un criterio mixto individual-general (concreto-abstracto), en el sentido de un examen en dos niveles, en el nivel del injusto (criterio objetivo abstracto) y en el nivel de la culpabilidad (criterio de la capacidad subjetiva individual)²⁷⁸.

A la hora de determinar la adecuación de las medidas adoptadas por el superior, debe tenerse en cuenta que el superior de un grupo irregular (un

²⁷⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 436.

²⁷⁵ *Ibid.*, párr. 443; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 218, párrs. 171-173. CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 316-318; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 172; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 174; SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, pp. 1139 y 1141.

²⁷⁶ AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 211; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 218; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 190-191; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 316-318; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 789.

²⁷⁷ OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 790-791.

²⁷⁸ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, pp. 316-318.

superior *de facto*) ejerce, por lo general, un control menor sobre sus tropas en comparación con un superior *de jure* de un ejército, lo que influye en el tipo y efectividad de las medidas que puede adoptar para prevenir o detener los crímenes de sus subordinados²⁷⁹. Los superiores de grupos irregulares también cuentan con mayores dificultades a la hora de adoptar las medidas para castigar a sus tropas (segunda variante del deber de reprimir), por ejemplo, resulta difícil de imaginar la ejecución de medidas privativas de libertad como el encarcelamiento – en todo caso, cabría la opción de aplicar la sanción de expulsión del grupo –²⁸⁰.

Asimismo, es complicado determinar cómo el superior de un grupo irregular puede poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, puesto que parece difícil en la práctica la opción de entregar el subordinado infractor a las autoridades estatales o a las autoridades de un tercer Estado, y tampoco parece del todo realista en estos casos poner el asunto en conocimiento de la Fiscalía de la CPI, la cual, debido a razones de jurisdicción y de capacidad, no siempre podrá llevar adelante el caso²⁸¹. Por ello, como explica Sivakumaran, sólo quedaría la posibilidad de referir el asunto a las autoridades competentes del propio grupo – en concreto, a aquellas responsables de llevar a cabo procedimientos disciplinarios y sancionadores –, y debería ser ese el criterio para decidir si el superior de un grupo irregular ha adoptado las medidas necesarias y razonables para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes²⁸².

En lo que se refiere a la posibilidad de que un superior sea hecho responsable por no castigar a sus subordinados por los crímenes que cometieron antes de que él tomara el control sobre ellos, la CPI ha seguido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y ha exigido que el control

²⁷⁹ SIVAKUMARAN, S., "Command", *cit.*, pp. 1142 y 1150.

²⁸⁰ *Ibid.*, pp. 1145-1146.

²⁸¹ *Ibid.*, pp. 1146-1147.

²⁸² *Ibid.*, pp. 1147-1149.

efectivo se pruebe, al menos, en el momento en que los crímenes iban a ser cometidos, es decir, antes de su consumación²⁸³. La CPI tilda de minoritaria dentro del TPIY la posición de considerar suficiente que el superior tenga el control sobre los subordinados en el momento en el que omite su deber de impedir o castigar, y concluye que un superior no puede ser hecho responsable por los crímenes cometidos por los subordinados antes de que el primero asumiera el control sobre los últimos²⁸⁴. Sin embargo, como ya se ha explicado, no es esta la posición aquí mantenida, dado que se entiende que el incumplimiento del deber de castigar constituye un delito separado de omisión.

VII.3.3. Tipo subjetivo

La regulación del tipo subjetivo en el art. 28 ER se erige como una de las excepciones al art. 30 ER, derivada de la previsión "salvo disposición en contrario" en el art. 30 ER²⁸⁵. Así, son tres los estándares del tipo subjetivo previstos en el art. 28 ER: el superior sabía sobre los crímenes; hubiere debido saber sobre los crímenes; y deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente la comisión de los crímenes.

²⁸³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 418-419. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 198; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 161; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 162; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 774-775; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 219; DE FROUVILLE, O., *Droit international*, *cit.*, p. 408.

²⁸⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 418-419. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 163; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 198; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, pp. 774-775.

²⁸⁵ AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 213; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 220; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 179; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 634; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 175.

Dicho artículo establece requisitos subjetivos diferentes para el superior militar y para el superior civil²⁸⁶:

- 1) El superior militar o civil sabía de los crímenes.
- 2) El superior militar "hubiere debido saber" de los crímenes.
- 3) El superior civil "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente" la existencia de los crímenes.

Mientras el primero establece un estándar de conocimiento positivo o efectivo, los otros dos se refieren a un conocimiento constructivo. Como ya se ha adelantado, es común en la jurisprudencia internacional la confusión del estándar del conocimiento positivo con el del conocimiento constructivo²⁸⁷. No obstante, el conocimiento establecido por medio de prueba circunstancial sigue siendo conocimiento positivo, puesto que el conocimiento constructivo se limita a los casos en los que el superior debería haber sabido (pero no sabe)²⁸⁸. En gran medida, dicha confusión se debe al uso de los mismos factores en relación a ambos estándares²⁸⁹.

²⁸⁶ OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 796-797; MELONI, C., *Command*, cit., p. 179; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", cit., pp. 151 y 155; AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 321 y 334; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 213. VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 202, se muestra contraria a la diferencia existente entre superiores militares y civiles en lo que al estándar del conocimiento constructivo se refiere: cree que ello es contrario a la regulación de la Responsabilidad del Superior tal y como fuera definida en el caso *Čelebići*, y que ello hará perder mucho tiempo en dilucidar el carácter militar o civil del superior (además de crear problemas en los casos de superiores que tienen una naturaleza híbrida).

²⁸⁷ MELONI, C., *Command*, cit., pp. 114 y 181; AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 215; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 325.

²⁸⁸ AMBOS, K., "La responsabilidad", cit., p. 215; MELONI, C., *Command*, cit., p. 181; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 325; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 221.

²⁸⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 434, ha incurrido en el mismo error.

VII.3.3.1. "hubiere sabido" y "hubiere tenido conocimiento"

El primer estándar requiere que el superior haya sido realmente consciente ("hubiere sabido", "hubiere tenido conocimiento") de que sus subordinados se proponían cometer los delitos, los estaban cometiendo o los habían cometido²⁹⁰. Requiere, por tanto, el conocimiento positivo o efectivo; y es aplicable tanto al superior militar como al civil. Al igual que en los tribunales *ad hoc*, la CPI ha aceptado que el conocimiento pueda ser probado, además de por prueba directa, a través de determinados indicios²⁹¹.

Numerosos autores identifican este estándar con el dolo²⁹². Según Garrocho, el elemento intencional queda desplazado, puesto que basta con la existencia de conocimiento de los elementos del tipo objetivo del crimen cometido por los subordinados para entender satisfecho el dolo del superior: el tipo subjetivo en las omisiones dolosas está compuesto por el conocimiento del agente de la existencia de una situación típica de peligro que le alerta de la necesidad de actuar en un determinado sentido para tratar de evitar la lesión al bien jurídico²⁹³.

Algunos autores entienden que, si bien el dolo de los delitos de omisión está formado por dos elementos (el intelectual y el volitivo), la conciencia lleva consigo la voluntad, puesto que el conocimiento de la situación típica y la conciencia de que se dispone de los medios, instrumentos y

²⁹⁰ *Ibid.*, párr. 430; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 218, párrs. 167-170.

²⁹¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párrs. 430-431; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Ntaganda*, *supra* nota 218, párrs. 167-170. OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 797; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 180; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 634, nota 90; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 176; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 215; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 324.

²⁹² VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, pp. 424 y 427; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 201; AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 334; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 181; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 155.

²⁹³ GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 176.

capacidades para llevar a cabo la acción debida supone inevitablemente no sólo la conciencia, sino también la voluntad de omitir²⁹⁴. Así, estos autores limitan la posibilidad de una omisión imprudente a los supuestos en los que no existe conocimiento de los crímenes por parte del superior debido a la inobservancia del cuidado debido²⁹⁵ (en este caso, debido al incumplimiento del deber de supervisar/controlar a los subordinados).

No obstante, existe al menos un supuesto en DPI en el que se prevé la responsabilidad por omisión por imprudencia consciente: el estándar del “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” del art. 28 ER (aplicable exclusivamente a los superiores civiles), equivalente al estándar del “tenía razones para saber” del art. 7(3) ETPIV y del art. 6(3) ETPIR²⁹⁶. Además, como ya se ha defendido previamente, dado que, de acuerdo con lo establecido en el art. 30(3) ER, el conocimiento significa “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”²⁹⁷, es posible la situación en la que el superior tiene conocimiento del riesgo de que sus subordinados cometan un crimen en el curso normal de los acontecimientos, pero no acepta tal riesgo y, por ende, imprudentemente incumple su deber de prevenir dichos crímenes. Es decir, podría defenderse la existencia de una omisión por imprudencia consciente, lo que conlleva que todos los casos en los que el superior conoce el riesgo de comisión de los crímenes no son reconducibles a una

²⁹⁴ GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., pp. 286-287.

²⁹⁵ Según GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 288, a pesar de que el Código Penal español no prevea ningún tipo de lo injusto de los delitos propios de omisión imprudentes, son imaginables supuesto de inobservancia del cuidado debido que deriven en que el omitente no llegue a conocer la situación típica, los medios e instrumentos disponibles o las capacidades presentes. Para una visión contraria, vid. ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 821.

²⁹⁶ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 330; GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, cit., pp. 155 y 177.

²⁹⁷ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 324.

omisión dolosa, sino que existen algunos supuestos en los que el superior sabe (pero no acepta tal riesgo) e imprudentemente omite la conducta esperada. Por consiguiente, puede concluirse que el conocimiento efectivo requiere el dolo o, en su ausencia, en determinados supuestos, la imprudencia consciente del superior.

VII.3.3.2. "hubiere debido saber"

En lo que se refiere al conocimiento constructivo, la CPI requiere un estándar más exigente para el superior civil ("deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente") en comparación con el superior militar ("hubiere debido saber")²⁹⁸. De acuerdo con lo establecido por la SCP II de la CPI en el caso *Bemba*, la distinción entre ambos estándares se justifica por la diferente naturaleza y tipo de responsabilidad atribuida a cada una de las dos categorías de superiores²⁹⁹.

Centrándonos en el estándar del "hubiere debido saber" (*should have known*) – sólo aplicable a los superiores militares –, se trata de un estándar diferente al de "tenía razones para saber" de los tribunales *ad hoc*³⁰⁰. Ello es así porque el superior que "hubiere debido saber" es aquel que simplemente ha sido imprudente al no adquirir la información sobre la conducta ilegal de sus subordinados³⁰¹. Por ello, debe probarse que el

²⁹⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 433. MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 179; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 151; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 224; OLÁSOLO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 798; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, pp. 187 y 190; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, *cit.*, p. 101; DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs", *cit.*, p. 209.

²⁹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 433.

³⁰⁰ *Ibid.*, párr. 434. VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", *cit.*, p. 425; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 182; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 190; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, pp. 412-413.

³⁰¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 432, en referencia a la Sentencia de primera instancia en el caso *Blaškić*, *supra* nota 120. MELONI, C., *Command*, *cit.*, pp. 183-185; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 177; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 190.

superior hubiere tenido conocimiento de haber cumplido sus deberes de vigilancia y de control³⁰². Este criterio se encuentra también en la jurisprudencia de Núremberg como ignorancia negligente³⁰³.

De nuevo la dificultad reside en determinar en qué categoría de Derecho penal puede incluirse el estándar de "hubiere debido saber". Existe consenso a la hora de calificarlo como elemento integrante de la imprudencia³⁰⁴, pero no a la hora de determinar qué clase de imprudencia constituye. Resulta convincente la postura de Ambos de identificar dicho estándar con la imprudencia inconsciente³⁰⁵. El mismo autor explica que la diferencia entre los estándares aplicables a los superiores militares y civiles consiste en el nivel necesario: mientras que el superior militar debe tomar toda información como importante (cualquier forma de imprudencia, incluyendo la inconsciente, es suficiente), el superior civil sólo debe reaccionar frente a información que claramente indica la comisión de los crímenes (imprudencia consciente o *recklessness*)³⁰⁶. Al identificar el criterio del "hubiere debido saber" con la imprudencia inconsciente, Ambos señala que no se exige la conciencia del superior (lo diferencia expresamente de la imprudencia consciente o *recklessness*), pero acertadamente advierte que tampoco es suficiente la imputación del conocimiento con base en hechos puramente objetivos³⁰⁷.

³⁰² MELONI, C., *Command*, cit., p. 185.

³⁰³ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 325.

³⁰⁴ VAN SLIEDREGT, E., "Article 28", cit., pp. 424 y 427; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 798-799; AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 334; MELONI, C., "Command Responsibility", cit., p. 634; MARTINEZ, J.S., "Understanding", cit., p. 659; BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 412-413; CASSESE, A., *International*, cit., p. 251.

³⁰⁵ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 179. En sentido similar, BADAR, M.E., *The Concept*, cit., pp. 412-413.

³⁰⁶ AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", cit., p. 179.

³⁰⁷ AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 330.

Garrocho, la cual también identifica este estándar con la imprudencia inconsciente³⁰⁸, defiende que la falta de supervisión/control sobre las conductas de sus subordinados conlleva un resultado lesivo (la comisión de los crímenes) que podía ser cognoscible para el superior si hubiere ejercido adecuadamente el control³⁰⁹. Así, lleva razón cuando afirma que el injusto de esta omisión consiste en la infracción de la norma de cuidado que imponía el ejercicio de supervisión/control sobre sus tropas³¹⁰.

En cuanto a calificación de la imprudencia como grave o leve, Cassese identifica este estándar con la imprudencia grave (*gross or culpable negligence, culpa gravis*)³¹¹. Por el contrario, según Olásolo, la SCP II en el caso *Bemba* se ha inclinado por un estándar de imprudencia simple, ya que la CPI ha señalado que no es necesario que el superior tenga la información (sobre los crímenes de sus subordinados) a su alcance en el momento en el que se cometen los delitos para poder aplicar la figura de la Responsabilidad del Superior³¹². No obstante, el hecho de que el superior no disponga de información a su alcance de ninguna manera puede entenderse como el equivalente de una imprudencia leve, sino que se refiere a una imprudencia inconsciente, la cual forma parte de una clasificación distinta a la de imprudencia grave/leve.

VII.3.3.3. "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente"

Como ya se ha adelantado, el art. 28 ER introduce un estándar subjetivo más exigente para el superior civil en comparación con el exigido

³⁰⁸ GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, pp. 155 y 177.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 178.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 179.

³¹¹ CASSESE, A., *International*, *cit.*, p. 251.

³¹² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 433; OLÁSULO, H., *Tratado*, *cit.*, p. 799.

al superior militar: "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente"³¹³. Este estándar se identifica con el estándar de "tenía razones para saber" de los tribunales *ad hoc*, en el sentido del superior que simplemente ignora información que está a su alcance sobre la comisión de crímenes por parte de sus subordinados³¹⁴. En este caso, el superior conoce o advierte un riesgo genérico, en el que el sujeto no quiere profundizar, pudiendo hacerlo, y se coloca así en una situación de ceguera ante los hechos, ya que pretende beneficiarse del menor reproche penal que conlleva la falta de conocimiento³¹⁵.

Ambos defiende que el superior (civil) que "deliberadamente" hace "caso omiso de información que indicase claramente" la existencia de los crímenes actúa con imprudencia grave y consciente similar a la *recklessness*³¹⁶. El mismo autor explica que este nuevo criterio se corresponde con la figura de la "ceguera intencional" (*wilful blindness*)³¹⁷, la cual se ubica entre el conocimiento y la *recklessness*³¹⁸. Dado que el conocimiento ya está comprendido en la primera alternativa de los apartados (a)(i) y (b)(i) del art. 28 ER, Ambos sitúa la ceguera intencional más próxima a la *recklessness* que al conocimiento³¹⁹. En cualquier caso, la ceguera intencional requiere más que el criterio de imprudencia inconsciente del "hubiere debido saber" (aplicable al superior militar)³²⁰; lo

³¹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 44, párr. 433. AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, pp. 223-224; MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 186; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 201; GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, pp. 155 y 180; BADAR, M.E., *The Concept*, *cit.*, p. 414.

³¹⁴ MELONI, C., *Command*, *cit.*, p. 186; MELONI, C., "Command Responsibility", *cit.*, p. 634, nota 93; VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, *cit.*, p. 201; CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International*, *cit.*, p. 190.

³¹⁵ GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad", *cit.*, p. 180.

³¹⁶ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 334; AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise", *cit.*, p. 179; AMBOS, K., "La responsabilidad", *cit.*, p. 224; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 227.

³¹⁷ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 331; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 227.

³¹⁸ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 332; AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 227.

³¹⁹ AMBOS, K., *La Parte*, *cit.*, p. 332.

³²⁰ *Idem*.

que lleva a Ambos a concluir que para establecer la responsabilidad de un superior civil, se requiere una imprudencia grave y consciente similar a la *recklessness*³²¹. Así, es necesario constatar³²²:

- 1) la existencia de la información que señalaba claramente un riesgo significativo de la comisión de crímenes por parte de los subordinados;
- 2) la disponibilidad de la información por parte del superior; y
- 3) la insuficiente dedicación a dicha información por parte del superior, a pesar de que conociera su existencia.

En el mismo sentido, Olásolo y Cassese identifican este estándar con la imprudencia consciente y grave³²³. Meloni y Van Sliedregt también lo identifican con el estándar de la *recklessness* empleado en el *Model Penal Code*³²⁴, pero equiparan tal estándar al dolo eventual continental³²⁵.

Como se viene defendiendo a lo largo del presente trabajo, dicha equiparación no es correcta, ya que la *recklessness* equivale a la imprudencia consciente del sistema continental³²⁶. Además, en los supuestos que ahora se analizan, existe conocimiento por parte del superior (porque cuenta con información que indica claramente la comisión de los delitos por parte de sus subordinados), pero no voluntad, de ahí que no pueda concluirse que en estos supuestos se exija el dolo eventual. Por último, el estándar del “tenía razones para saber” de los tribunales *ad hoc*, el cual es equivalente al estándar que ahora se analiza, ya

³²¹ *Ibid.*, p. 334; AMBOS, K., *Treatise*, cit., p. 227.

³²² AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 332-333.

³²³ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 802; CASSESE, A., *International*, cit., p. 251. En sentido similar, BADAR, M.E., *The Concept*, cit., p. 414.

³²⁴ VAN SLIEDREGT, E., *Individual*, cit., p. 201; MELONI, C., *Command*, cit., p. 186; MELONI, C., “Command Responsibility”, cit., pp. 634-635.

³²⁵ MELONI, C., *Command*, cit., p. 186; GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, cit., p. 155.

³²⁶ *Vid.* Capítulo II de esta Parte II.

ha sido identificado como elemento integrante de la imprudencia consciente. Por todo ello, apoyamos la postura, defendida por numerosos autores, de que el superior que “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente” actúa con imprudencia consciente, siempre que se cumplan el resto de requisitos de la imprudencia.

VII.3.3.4. La cuestión relativa al *dolus specialis*

No se ven motivos por los que la jurisprudencia de la CPI debería apartarse de lo establecido por los tribunales *ad hoc* (en concreto, por la Sala de Apelaciones en el caso *Krnojelac*) en relación a esta cuestión³²⁷. Por lo tanto, si los subordinados cometen un crimen cuya definición requiere un determinado *dolus specialis*, debe probarse que el superior (militar o civil) conocía que sus subordinados actuaban con dicho *dolus specialis* para poder sancionarlo con base en la figura de la Responsabilidad del Superior³²⁸.

Así, puede concluirse que, en relación a los delitos que requieren un *dolus specialis*, el superior (tanto militar como civil) debe conocer que éste concurre en los subordinados para proceder al reproche correspondiente en su totalidad³²⁹. Si bien lleva razón Meloni cuando advierte de que el superior no necesita compartir el *dolus specialis*, ni siquiera el dolo (genérico), del crimen de sus subordinados³³⁰, se equivoca al afirmar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha negado la necesidad de que el superior conozca la concurrencia del *dolus specialis* en los subordinados

³²⁷ Sentencia de apelación en el caso *Krnojelac*, *supra* nota 55, párrs. 155 y 171; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 808; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 103-104.

³²⁸ OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., p. 808; OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility*, cit., pp. 103-104.

³²⁹ GARROCHO SALCEDO, A.M., “La Responsabilidad”, cit., p. 177.

³³⁰ MELONI, C., *Command*, cit., p. 190.

responsables por los crímenes y al proponer que el superior no necesita conocer el *dolus specialis* de los autores del crimen³³¹. En efecto, aunque no sea necesario que el superior comparta el *dolus specialis* del crimen con sus subordinados – aun cuando la Responsabilidad del Superior se considerara una forma de participación en los crímenes de los subordinados, tampoco sería necesario probar tal extremo –, éste sí necesita conocerlo.

³³¹ *Ibid.*, p. 189.

PARTE III. MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

I. RESULTADOS DEL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DE LOS CRÍMENES DE ATROCIDAD

El presente Capítulo parte de una simbiosis entre el análisis criminológico (Parte I) y el análisis dogmático de los modos de intervención criminal punible (Parte II), con objeto de establecer una propuesta de mejora del esquema general y tratamiento de los modos de intervención criminal punible en Derecho Penal Internacional (DPI) que abarque adecuadamente a todos los intervinientes en crímenes de atrocidad.

I.1. Características de los crímenes de atrocidad

Antes de proponer y explicar el esquema general de los modos de intervención criminal punible, se considera conveniente mostrar los resultados que el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad ha revelado desde el punto de vista de la intervención en el crimen. En concreto, nos gustaría apuntar las siguientes características de los crímenes de atrocidad:

- 1) En la comisión de crímenes de atrocidad, interviene una multitud de personas, con disparidad de roles. En efecto, no sólo el número de víctimas, sino también el de victimarios es elevado en los supuestos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Además, el análisis criminológico ha puesto de manifiesto que

existen diversas formas de intervenir en la comisión de crímenes de atrocidad, las cuales también difieren en su peso en relación al resultado final: desde el empresario que suministra armas a un régimen opresor hasta el cerebro criminal, pasando por el soldado de a pie que ejecuta la orden criminal y otros muchos.

- 2) Pese a su heterogeneidad, los intervinientes en la comisión de crímenes de atrocidad pueden ser clasificados en tres grandes grupos de acuerdo con el rango que ocupan dentro del entramado criminal: criminales de rango alto (*top-level perpetrators*), de rango medio (*mid-level perpetrators*), y de rango bajo (*low-level perpetrators*). El análisis criminológico también ha mostrado que los criminales de rango alto se encuentran normalmente alejados de la escena del crimen. Así, una de las características de la comisión de crímenes de atrocidad consiste en la distancia – a menudo, también geográfica y temporal – entre los que toman las decisiones y dan las órdenes (criminales de rango alto) y aquellos otros que las ejecutan (criminales de rango bajo). Los encargados de transmitir las órdenes de los líderes a sus subordinados (criminales de rango medio) ejercen la función de puente entre ambos extremos.
- 3) Además de ser los verdaderos artífices de los crímenes de atrocidad, quienes ocupan la cúspide del entramado criminal (es decir, criminales de rango alto) cumplen un papel crucial en el establecimiento de las “circunstancias extraordinarias” que caracterizan el contexto criminal en el que tienen lugar los crímenes de atrocidad. El análisis criminológico ha confirmado la teoría de que los líderes máximos deciden si y cómo se cometerá el crimen, ponen en marcha la maquinaria letal, organizan, planifican, ordenan y controlan la comisión de los crímenes. A su vez, dicho análisis también ha puesto de relieve su importante y maquiavélica labor de arquitectura social en lo que a los cimientos y pilares del contexto criminal se refiere.

Como se ha repetido a lo largo de la Parte I, la intervención masiva de personas “normales y corrientes” en la comisión de crímenes de atrocidad no puede explicarse por la alteración mental de todos ellos. Debe acudir a la combinación de factores que actúan a nivel macro, meso y micro para poder comprender la intervención multitudinaria de personas que, de no ser por las “circunstancias extraordinarias” del momento, nunca hubiesen llevado a cabo conductas tan crueles e inhumanas como las que tienen lugar en los contextos de criminalidad masiva –.

Si bien es cierto que determinados factores que operan a nivel macro y meso vienen dados por la realidad social del momento – como, por ejemplo, las crisis económicas, los periodos de inestabilidad política, la obediencia y la conformidad dentro del grupo –, existen otros factores (que pertenecen al mismo nivel) que son explotados, manipulados, e incluso, creados por los líderes para promover y facilitar tanto la comisión de crímenes de atrocidad como la intervención del mayor número de ciudadanos en su comisión.

Como ejemplo de esta detestable labor de arquitectura social, cabe señalar que los criminales de rango alto promueven ideologías excluyentes (del tipo *nosotros-ellos (us-them thinking)*); hacen uso de la propaganda; explotan las divisiones étnicas existentes; deshumanizan y culpan a la víctima – en el caso del genocidio, caracterizan la propia existencia física de la víctima como una amenaza letal – para legitimar la violencia contra ella; se aprovechan de factores-meso como la obediencia, la conformidad, la desindividualización, la difusión de responsabilidad y la socialización profesional dentro de los grupos; implementan programas de entrenamiento extremos; crean o criminalizan las organizaciones o

los grupos a través de los cuales se cometen los crímenes; entre otros. En definitiva, construyen el contexto o las condiciones previas para la comisión de crímenes de atrocidad y para la involucración masiva en ellos de los ciudadanos.

- 4) El contexto criminal que los líderes contribuyen a construir es de suma relevancia para comprender la conducta de los criminales de rango bajo, y también de rango medio. Del análisis criminológico se desprende que la mayoría de los intervinientes en crímenes de atrocidad no se encuentran afectados por una enfermedad psicológica o psiquiátrica, sino que se trata de personas “normales y corrientes” influidas por una combinación de factores que operan a nivel macro, meso y micro. En los contextos de violencia masiva, no sólo los criminales de rango bajo, sino también los superiores intermedios que continúan desarrollando su trabajo en su despacho – sólo que en dichos contextos firmando sentencias de muerte, por ejemplo – sufren la influencia de las “circunstancias extraordinarias” del momento; puesto que, de lo contrario, nunca se hubiesen visto envueltos en la comisión de crímenes tan atroces.
- 5) Si bien el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad ha evidenciado la importancia del contexto para comprender la intervención de un número elevado de criminales de rango bajo y medio, también ha puesto de relieve que, en la mayoría de los casos, éstos no se encuentran bajo una amenaza contra la vida o la integridad física de la propia persona o de sus familiares, por lo que no pueden beneficiarse de la eximente (*defence*) de haber actuado bajo coacción (*duress*), aplicada a situaciones de esta suerte en DPI. Por ejemplo, durante el régimen nazi, al parecer, quienes se negaban a cumplir las órdenes se arriesgaban tan sólo a una denegación de

ascenso o similar¹. No obstante, ello no impide que puedan constatarse casos excepcionales en los que el ejecutor de la orden efectivamente actúe bajo coacción. Claro ejemplo de una excepción así es el caso de los niños soldado².

- 6) Frente al modelo burocrático y organizado de comisión de atrocidades por parte del régimen nazi, en el que la élite y la jerarquía dentro de la organización criminal estaban bien definidas, la mayoría de los episodios actuales de criminalidad masiva discurren de manera más desordenada y espontánea – a menudo, también caótica –. Claro ejemplo de ello son los conflictos armados actuales que tienen lugar en África. Esta naturaleza más desordenada de determinados crímenes de atrocidad añade cierta dificultad a la tarea de determinar el modo de intervención criminal punible aplicable a cada sujeto interviniente.

¹ JÄGER, H., "Betrachtungen zum Eichmann-Prozess", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 45, Núm. 3/4, 1962, p. 79.

² Si bien no pertenece al ámbito del análisis criminológico o al de los modos de intervención criminal punible, se considera conveniente realizar la siguiente aclaración: mediante la explicación de la relevancia del contexto criminal se busca comprender mejor la conducta de los criminales de rango bajo y medio, pero ello de ninguna manera supone eximirlos de toda responsabilidad. En efecto, no existe una causa eximente de aplicación general a todos los criminales de rango bajo y medio.

El cumplimiento de las órdenes de los superiores no es suficiente para entender que el ejecutor del hecho actúa bajo coacción, ni para fundamentar su inocencia por medio de ninguna otra eximente. Sólo cuando las órdenes van acompañadas de una amenaza a la vida o a la integridad física de la propia persona o de sus familiares puede decirse que el ejecutor del crimen actúa bajo coacción. Como el análisis criminológico ha demostrado, no es esta la situación en la mayoría de los casos.

Ya hemos adelantado que puede haber excepciones, como en el caso de los niños soldado. No obstante, habrá que probar dicho extremo en cada caso, y no asumir, sin más, la aplicación de una eximente (completa o incompleta) para todos los criminales de rango bajo y medio que actúen debido al influjo del contexto criminal. Aunque se ha solido aducir que, bajo las mismas circunstancias, *cualquiera* hubiese hecho lo mismo, lo cierto es que no lo hace *cualquiera*, ya que existen numerosos casos en los que personas que estaban envueltas en las mismas circunstancias – y bajo la misma presión – no intervinieron en la comisión de los crímenes. Por muy heroica que – moralmente y éticamente – pueda considerarse la conducta de aquellos que resistieron a la influencia del contexto, no se trata de una conducta – jurídicamente hablando – heroica, en el sentido de que no puede exigírsele a nadie lo que la persona media no es capaz de soportar.

I.2. Estructuración de la fenomenología de los crímenes de atrocidad en modos de intervención criminal punible

La diversidad de las intervenciones en crímenes de atrocidad ha quedado a la vista en los resultados arrojados por el análisis criminológico. Enlazando los resultados obtenidos en el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad (Parte I) con los conocimientos derivados del estudio dogmático de los modos de intervención criminal punible en DPI (Parte II), parece obvio que la estructuración actual presenta insuficiencias y por ello conviene examinar nuevas posibilidades de agrupar los diferentes modos de intervención criminal punible, teniendo en cuenta para ello la clasificación de los intervinientes en tres rangos: alto, medio y bajo.

Antes de seguir adelante, es preciso aclarar dos cuestiones en lo referente al esquema general que aquí se propone:

- 1) se trata de un tipo ideal (en el sentido weberiano), y no de una fórmula que pretende abarcar todos y cada uno de los hechos constitutivos de crímenes de atrocidad, por lo que, en todo caso, para la exigencia de la responsabilidad, habrá de constatarse en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos del modo de intervención criminal punible aplicado; y
- 2) los modos de intervención criminal punible previstos para los miembros de cada rango no se basan en la posición del sujeto en el entramado criminal, sino en los hechos que, conforme al análisis criminológico de los crímenes de atrocidad, los pertenecientes a cada rango normalmente llevan a cabo.

En relación a la primera cuestión, lo que aquí se propone no es una clasificación rígida según la cual todo individuo perteneciente a determinado rango jerárquico deba inevitablemente ser sancionado con el

modo de intervención criminal punible aquí previsto para los miembros de tal rango. Más al contrario, el esquema general aquí propuesto pretende ofrecer una imagen comprensiva de la intervención en los crímenes de atrocidad y servir de modelo o guía para la calificación del modo de intervención criminal punible aplicable en cada caso. Dicho esquema admite, claro está, excepciones. Así, siendo la responsabilidad penal una responsabilidad por el hecho – no por la pertenencia a una determinada categoría –, deberá comprobarse, como es obvio, caso por caso, y con base en los hechos concretos, la concurrencia de los presupuestos específicos del modo de intervención criminal punible aplicado.

En cuanto al segundo punto, la decisión de proponer un determinado modo de intervención criminal punible a los sujetos pertenecientes a cada rango no está basada en el rango o la posición del sujeto en sí mismo, sino en los hechos que los miembros de cada rango suelen realizar. El análisis criminológico de los crímenes de atrocidad permite apreciar los hechos que los miembros de cada rango normalmente llevan a cabo, y el esquema general aquí propuesto parte, precisamente, de dicha clasificación de los hechos constitutivos de crímenes de atrocidad teniendo en cuenta el rango del sujeto activo. Si el modo de intervención criminal punible aplicable en cada caso se decidiese conforme a la posición del sujeto activo en el entramado criminal – y no conforme a los hechos concretos llevados a cabo por él –, ello constituiría una grave vulneración del principio de responsabilidad penal individual (por los hechos propios).

Dado que en la presente investigación se mantiene una postura a favor de la teoría del dominio del hecho, el esquema general propuesto en las siguientes líneas se basa en dicha teoría y excluye, por las razones explicadas en el Capítulo III de la Parte II³, la posibilidad del aplicar la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (ECC), basada en un concepto

³ Vid. Capítulo III de la Parte II.

subjetivo de autor. Cabe recordar que la Corte Penal Internacional (CPI) también defiende la teoría del dominio del hecho y prescinde de la doctrina de la ECC. Además, como ya se ha puesto de manifiesto, en la medida en que conlleva la aceptación de la existencia de grandes empresas criminales cuyos miembros comparten el mismo dolo – incluso en enormes entramados en los que no se logra identificar a todos los miembros –, la ECC requiere recurrir a ficciones legales que poco – o nada – tienen que ver con la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad.

Por todo ello, el esquema general aquí propuesto apuesta por la teoría del dominio del hecho, y en concreto, por la autoría mediata por medio de EOP. Si bien es cierto que la dinámica de los conflictos actuales se aleja del modelo de funcionamiento burocrático del régimen nazi, ello no conlleva la invalidez de la autoría mediata por medio de EOP para hacer frente a los conflictos actuales. Ya se ha explicado que la fungibilidad no es el único criterio que puede fundamentar el automatismo propio del funcionamiento de la EOP, dicho automatismo, verdadero elemento clave para apreciar la existencia de una EOP, puede ser probado por medio de otros criterios como los llamados “factores débiles” – como la afiliación de origen de los intervinientes –, normalmente presentes en los conflictos actuales.

Pese a lo acertado de la autoría mediata por medio de EOP, del análisis criminológico de los crímenes de atrocidad se deduce una insuficiencia para abarcar todos los casos y la necesidad de su combinación con la coautoría por dominio funcional del hecho para poder abordar debidamente determinados supuestos de hecho. La coautoría mediata es imprescindible en DPI, ya que cubre supuestos en los que la aplicación de la coautoría y de la autoría mediata por separado no es suficiente. En concreto, son dos los escenarios – cada vez más comunes – en los que la

coautoría mediata resulta el único modo de intervención criminal punible capaz de cubrir adecuadamente el injusto penal de los hechos:

- 1) aquellos casos en los que varios dirigentes comparten el dominio sobre una misma EOP y la utilizan para asegurar la comisión de los crímenes (el modelo de “junta” del caso *Al Bashir*); y
- 2) aquellos casos en los que varios dirigentes – cada uno de ellos al mando de una EOP – dirigen sus diferentes organizaciones a ejecutar de manera coordinada el plan común.

La coautoría mediata tiene la ventaja adicional de que evita acudir a la ficción legal según la cual todos los intervinientes – incluso en grupos grandes – comparten el mismo dolo.

1.2.1. (Co)autoría mediata (criminales de rango alto)

1.2.1.1. Identificación de los criminales de rango alto

No cabe duda de que el cerebro criminal (*criminal mastermind*) de la tipología de Smeulers – como Hitler, Milošević, Pinochet, Pol Pot, Hussein, Stalin – debe estar incluido entre los criminales de rango alto. No obstante, aquí se ha defendido la postura de que también los fanáticos (*fanatics*) y los sujetos de carrera (*careerists*) de la tipología de Smeulers deberían ser considerados como tales. La misma razón que aboga por la aplicación de la coautoría mediata (en lugar de la autoría mediata) en los dos escenarios arriba mencionados vale para defender la inclusión del círculo cercano de colaboradores del cerebro criminal entre los criminales de rango alto.

Del análisis criminológico de los crímenes de atrocidad – así como de la casuística de los tribunales penales internacionales – se desprende que rara vez una única persona, actuando como cerebro criminal, es capaz de iniciar en solitario el entramado criminal por el que se cometen los

crímenes de atrocidad. Cuando en la comisión de los crímenes varias EOPs actúan conjuntamente, parece claro que cada EOP tendrá su líder y que, por ello, la primera cuestión a examinar sería la aplicabilidad de la coautoría mediata, estructura o título de imputación que sería el más aplicable a la realidad de lo sucedido. Por el contrario, cuando es una única EOP la responsable de cometer los delitos, ésta podría estar dirigida por una única persona (responsable a título de autoría mediata); no obstante lo cual, y como se ha dicho, lo más común es que dicha EOP siga el modelo de "junta" y esté dirigida conjuntamente por varios coautores mediatos.

Por consiguiente, si bien no se excluye la posibilidad de aplicar la autoría mediata al criminal de rango alto que ocupe en solitario la cúspide del entramado criminal, en la práctica, serán más frecuentes los escenarios en los que la coautoría mediata sea la vía más apropiada por tratarse de un grupo de criminales de rango alto que dirigen su propia EOP o que conjuntamente dirigen la misma EOP.

I.2.1.2. Dominio del hecho

Sin embargo, para poder aplicar la autoría mediata por medio de EOP o la coautoría mediata por medio de EOP no basta con que criminales de rango alto dirijan una EOP: éstos deben tener el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad (por medio del dominio sobre una EOP). Para ello, deben cumplir todos los requisitos de la (co)autoría mediata.

Si, por el contrario, no puede probarse la concurrencia en el caso concreto de todos los requisitos de la (co)autoría mediata – si, a modo de ejemplo, no se constata la existencia de una EOP por medio de la cual se han cometido los delitos en cuestión o no se prueba un grado suficiente de control por parte del sujeto activo sobre la EOP –, conviene distinguir entre

aquellos que intervienen en el crimen por medio de un conducta activa y quienes lo hacen por medio de una omisión.

- Si se ha contribuido a través de un conducta activa, el modo de intervención criminal punible que mejor cubre dicha conducta es el de participación en el delito por "ordenar" o por "proponer e inducir" (también conocido como "instigar" en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*). Se propone, por tanto, la aplicación del art. 25(3)(b) del Estatuto de Roma (ER) para sancionar estos supuestos. Si bien también se propone, como se concretará más adelante, tener en cuenta en estos casos el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal como circunstancia agravante.

Se defiende la aplicación a los criminales de rango alto de la responsabilidad accesoria por "ordenar" o por "proponer e inducir" sólo cuando no se cumplan los requisitos de la (co)autoría mediata por medio de EOP (por no haber actualizado el sujeto su contribución en fase ejecutiva o por no tratarse de una EOP). Si se cumplen sus requisitos, la (co)autoría mediata por medio de EOP tendrá una aplicación preferente, por ser la responsabilidad por autoría principal frente a la participación (subsidiaria). Aunque tanto en la inducción como en la autoría mediata por medio de EOP el sujeto de atrás provoca al ejecutor al hecho, el peso objetivo de las contribuciones al hecho se reparte de manera distinta: mientras que en la inducción se deja en manos del ejecutor la decisión sobre si y cómo ejecutar el hecho, en la autoría mediata por medio de EOP es el autor mediato quien toma tal decisión.

En resumen, la responsabilidad como partícipe por "ordenar" o "proponer e inducir" el crimen sólo será aplicable a los criminales

de rango alto que no cumplan los requisitos de la (co)autoría mediata por medio de EOP. Si, por el contrario, puede constatarse la concurrencia en el caso concreto de dichos requisitos, los criminales de rango alto deberán ser responsables a título de (co)autoría mediata.

- En lo que se refiere a los criminales de rango alto que, sin satisfacer los requisitos de la (co)autoría mediata, son responsables de una omisión, la Responsabilidad del Superior o la complicidad por omisión pueden ser de aplicación, siempre que se cumplan sus respectivos requisitos. Cabe recordar que, a diferencia de la complicidad por omisión, la Responsabilidad del Superior no constituye una responsabilidad por el crimen base, sino un tipo separado de omisión (propia), por lo que se ha defendido que merece una pena menor que la de los subordinados que cometen el crimen – como en la práctica viene entendiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, pese a que no esté dispuesto en ninguno de los Estatutos de los tribunales penales internacionales –. Debe también tenerse presente que el incumplimiento doloso del deber de prevenir del art. 28 ER debería sancionarse como una complicidad por omisión del art. 25(3)(c) ER, ya que se cumplen los requisitos del tipo objetivo y subjetivo de la complicidad⁴.

I.2.2. Autoría mediata (criminales de rango medio)

I.2.2.1. Dominio del hecho

Aquellos sujetos que se encuentran entre los líderes y los ejecutores de los crímenes ocupan posiciones intermedias en el entramado criminal.

⁴ *Vid.* Capítulo VII de la Parte II.

En la medida en que pasan las órdenes de sus superiores a los subordinados, dichos criminales de rango medio sirven de puente entre los dos extremos. El hecho de que actúen por órdenes de instancias superiores parece hablar, a primera vista, en contra de establecer su responsabilidad con base en la autoría mediata. Sin embargo, siempre que el superior intermedio pueda dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin dejar a criterio de otros la realización del delito, resulta irrelevante si el superior actúa por iniciativa propia o por órdenes de sus superiores.

Aquí también se requiere que quien transmita la orden a los subordinados tenga el dominio del hecho a través del dominio de la voluntad (por medio del dominio sobre una EOP), en el sentido de no dejar a criterio de otros la realización del delito. En efecto, el autor mediato decide si y cómo se realiza el crimen, y para que un criminal de rango medio pueda ser considerado autor mediato, es necesario probar la concurrencia en el caso concreto de todos los requisitos de la autoría mediata.

Puede resultar contradictorio afirmar que tanto el criminal de rango alto como el de rango medio tienen el dominio del hecho por medio del dominio de la voluntad (debido al control sobre una EOP). Podría objetarse que si el criminal de rango alto decide si y cómo se realizará el crimen, el criminal de rango medio no puede hacerlo, y viceversa. No obstante, como se ha explicado en la Parte II, debe tenerse presente que cada uno de ellos lo decide a un distinto nivel⁵. No es realista exigir que el criminal de rango alto haya decidido cada detalle del crimen, sino que es suficiente con que decida si y cómo se cometerá el crimen con un nivel de detalle acorde con su posición en el entramado criminal.

⁵ Vid. Subapartado IV.2.4.2.a) de la Parte II.

El criminal de rango medio debe, por tanto, cumplir todos los requisitos de la autoría mediata para ser sancionado como autor mediato de los crímenes. Se deberá probar, entre otros, la existencia de una EOP por la cual se han cometido los delitos en cuestión o el hecho de que el criminal de rango medio dirige la parte de la EOP bajo su control sin dejar a criterio de otros la comisión del delito. Así, cabe la posibilidad – ya ratificada por la CPI – de la autoría mediata en cadena.

Si, por el contrario, el superior no satisface los requisitos de la autoría mediata (si, por ejemplo, la organización que dirige no constituye una EOP), “sólo” podrá ser sancionado como partícipe por “ordenar” o “proponer e inducir” (“instigar”, según la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*), por medio del delito separado (de omisión propia) de la Responsabilidad del Superior o por medio de la complicidad por omisión.

Al igual que en lo referente a los criminales de rango alto, deben distinguirse los supuestos de comisión y omisión. Cuando se trate de una conducta activa no constitutiva de autoría mediata, el superior intermedio sólo podrá ser responsable como partícipe por “ordenar” o “proponer e inducir” – aquí se propone también la aplicación, como circunstancia agravante, del abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal –. En cuanto a la omisión, resulta de aplicación lo arriba mencionado en relación a la omisión de los criminales de rango alto.

I.2.2.2. Inaplicabilidad de la coautoría

Debido a su posición subordinada con respecto a los criminales de rango alto, un sector de la doctrina aboga por aplicar la coautoría a los superiores intermedios.

No es esta la postura aquí defendida. Como ya se ha explicado, su posición subordinada en relación a la cúspide no impide su caracterización como autores mediatos – siempre que, claro está, se cumplan los requisitos de la autoría mediata por medio de EOP –. No sólo refleja mejor la autoría mediata la responsabilidad de los criminales de rango medio, sino que existen razones de peso que impiden la aplicación de la coautoría en estos supuestos. Dichas razones, que serán recordadas en las líneas que siguen, sirven de igual manera para mostrar lo incorrecto de pretender sancionar a los criminales de rango alto como coautores – tanto con base en la ECC como en el dominio funcional del hecho –.

- En primer lugar, sancionar a los criminales de rango medio y alto como coautores de los ejecutores de los crímenes supone inevitablemente entender como una relación horizontal (típica de la coautoría) lo que verdaderamente constituye una relación vertical (típica de la autoría mediata). La relación jerárquica entre quien da la orden y quien la ejecuta pone de relieve la injusticia de considerar a todos coautores por igual.
- En segundo lugar, no puede constatarse la existencia de ningún acuerdo o plan común – requisito indispensable de la coautoría – en el cumplimiento de una orden. Frente al argumento, defendido por Ambos, de que los ejecutores ingresan en el acuerdo común (informal) por medio de su pertenencia al grupo criminal⁶, basta con afirmar que de ninguna manera puede derivarse la existencia de un acuerdo de voluntades de la mera pertenencia de un sujeto a determinado grupo u organización. Defender lo contrario supondría sancionar como coautoría un mero supuesto de pertenencia a organización ilícita.

⁶ AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, p. 152.

- En tercer lugar, en tanto que el sujeto de atrás se limita a la emisión de una orden, no se cumple el requisito – indispensable para la coautoría – de la realización conjunta del hecho. Frente a aquellos que defienden la suficiencia de determinados actos preparatorios para fundamentar una responsabilidad por coautoría, ya se ha explicado que es necesario que las contribuciones de los coautores tengan lugar o se actualicen en la fase de ejecución del hecho, puesto que quien colabora en fase preparatoria confía o deja la ejecución en manos de otro que domina exclusivamente la realización del tipo⁷.

En cualquier caso, también se ha puesto de manifiesto que el requisito de la actualización de la contribución en fase de ejecución del hecho no supone que ésta deba materializarse en la ejecución de actos típicos, sino que es suficiente con que la actualización tome la forma de la dirección/supervisión de la ejecución⁸. Así, si además de planificar, organizar y ordenar los crímenes en cuestión, el sujeto de atrás dirige o supervisa la ejecución de los mismos, se cumplirá el requisito de la realización conjunta del hecho propia de la coautoría por dominio funcional del hecho.

Sin embargo, ello no significa que en tal supuesto el sujeto activo pueda ser condenado como coautor, ya que el resto de críticas recogidas en este Subapartado seguirán teniendo plena vigencia – confusión entre relaciones verticales y horizontales, inexistencia de un acuerdo común, etc. –.

- En cuarto lugar, queda a la vista la injusticia de equiparar la responsabilidad de todos los intervinientes, puesto que, como el análisis criminológico ha dejado en claro, la contribución de un criminal de rango bajo no tiene el mismo peso que la de uno de

⁷ Vid. Apartado III.2. de la Parte II.

⁸ Vid. Apartado III.2. de la Parte II.

rango medio o alto. Si se sanciona a todos los intervinientes en un crimen de atrocidad como coautores – con independencia del peso de su contribución –, se está afirmando que todos ellos son responsables en la misma medida, lo que choca de frente con el principio de responsabilidad penal por el propio hecho. Aunque los coautores puedan recibir una pena distinta (condicionada por el mismo marco penal, claro está), el título de imputación es el mismo, y desde el punto de vista del valor expresivo de la pena, el mensaje que recibirá la sociedad es que todos son coautores del crimen.

- Por último, la coautoría resulta problemática para abordar los supuestos en los que todos los intervinientes no comparten el mismo dolo. En el análisis criminológico se ha podido comprobar que es muy frecuente el escenario en el que los líderes actúan con la intención de destrucción requerida por el genocidio, mientras que los ejecutores no comparten – a menudo, ni siquiera conocen – dicho *dolus specialis*. Si se considera que todos los intervinientes son coautores, surge el problema de determinar el delito por el que todos ellos deben responder: ¿genocidio o crímenes contra la humanidad? La jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha visto en esta encrucijada al aplicar la ECC a grupos criminales grandes en los que ni siquiera era posible identificar a todos los miembros, pese a lo cual se ha solido dar por probado que todos ellos compartían el *dolus specialis* del genocidio.

Este es sólo uno de los varios ejemplos que muestran que no todos los intervinientes en la comisión de crímenes de atrocidad comparten el mismo dolo. Dado que la coautoría requiere que todos los intervinientes compartan el mismo dolo – requisito reflejado por medio de la exigencia del acuerdo o plan común –,

tal título de intervención criminal punible resulta inadecuado para abordar los supuestos – comunes en la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad – en que no todos los intervinientes tienen el mismo dolo.

Por todo ello, aquí se defiende que, siempre que se cumplan los requisitos de la autoría mediata por medio de EOP, los superiores intermedios – así como los líderes – deberán ser sancionados como autores mediatos – o coautores mediatos en el caso de los líderes –.

1.2.3. (Co)autoría directa (criminales de rango bajo)

Estos son los supuestos que menos problemas plantean a la hora de identificarlos con un determinado modo de intervención criminal punible, en tanto que parece claro que aquellos que intervienen directamente en la comisión del crimen deben ser considerados autores o coautores directos del mismo. En la medida en que aquí se mantiene una postura a favor de la teoría del dominio del hecho, también en los casos en los que el sujeto activo interviene de manera directa en la comisión del crimen habrá que constatar la existencia del mencionado dominio.

Si queda probado que el sujeto activo actuó en solitario y poseía el dominio de la acción (en el sentido de la primera de las modalidades del dominio del hecho según Roxin), la autoría directa es de aplicación. No obstante, si el sujeto activo cometió el crimen junto con otros con los que compartía el dominio funcional del hecho, todos ellos deberán ser sancionados como coautores (directos) del crimen.

Si, por el contrario, no es posible constatar ninguna modalidad de dominio del hecho en el sujeto activo, sólo podrá ser considerado responsable como partícipe por “complicidad” – recuérdese que no existe en DPI la

cooperación necesaria del Derecho penal español –. En el ámbito de la CPI, habrá que determinar, según el caso concreto, si el art. 25(3)(c) ER o el art. 25(3)(d) ER resulta de aplicación.

En cualquier caso, como se verá más adelante en el excursus dedicado a las circunstancias modificativas de la responsabilidad, aquellos criminales de rango bajo que actúen bajo una coacción que, sin llegar a ser una causa eximente de la responsabilidad penal, constituya una eximente inculpa (efecto atenuante), podrán beneficiarse de ella en la determinación de la pena. En algunos supuestos, el contexto de caos derivado de conflictos armados endémicos también ha sido considerado como circunstancia atenuante por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. En cuanto a las circunstancias agravantes, el sadismo o la extrema crueldad empleada en la comisión directa del crimen deberá tener repercusión en la determinación de la pena– como de hecho ocurre en la jurisprudencia penal internacional –.

II. MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Se ha expuesto desde el inicio del presente trabajo investigador que el objetivo de distinguir y sistematizar los diferentes modos de intervención criminal punible no se agota en su interés dogmático, sino que tiene como finalidad última la determinación de la pena. Como bien es sabido, los modelos internacionales de intervención en el crimen son diferenciados en la medida en que identifican diversas formas de intervención en el delito, pero unitarios en cuanto a la determinación de la pena¹.

En el extremo opuesto, hay quien, como Stewart, defiende un modelo unitario de intervención en el crimen en el que los diferentes niveles de contribución sean tomados en consideración en la fase de determinación de la pena².

Ninguno de los dos modelos es plenamente satisfactorio. Si bien el segundo (modelo unitario que tiene en cuenta los diferentes niveles de contribución en la determinación de la pena) tiene la ventaja de que una contribución más relevante al crimen conllevará una pena mayor, la condena carecerá del valor expresivo o estigmatizante de ser considerado autor (y no partícipe) de un crimen. Además, concede una discrecionalidad demasiado amplia al Juez o Magistrado que decida sobre el asunto, puesto que éste carecerá de todo límite a la hora de determinar la pena.

Por su parte, tampoco convence el modelo internacional actual de intervención en el crimen. Aunque la distinción entre modos de autoría y de participación debe ser bienvenida desde un punto de vista dogmático y posibilita el valor expresivo y estigmatizante de ser etiquetado como autor,

¹ Vid. Subapartado VI.1.1. de la Parte II.

² STEWART, J.G., "The End of "Modes of Liability" for International Crimes", *LJIL*, Vol. 25, Núm. 1, 2012, pp. 169, 171 y 207.

ello no tiene ninguna consecuencia vinculante en la determinación de la pena. Desde el punto de vista expresivo, la pena no sólo confirma el respeto por el Derecho, sino que también narra la historia y educa al público³. Es decir, aquel que sea sancionado como autor sufrirá la estigmatización de serlo – y además, ante la comunidad mundial –, no obstante lo cual, ello no necesariamente se verá reflejado en el cómputo total de años que el acusado pasará en prisión.

Por todo ello, aquí se defiende un modelo diferenciado tanto en relación a la calificación de los diversos modos de intervención criminal punible como en relación a la determinación de la pena. En definitiva, además de su indudable valor desde el punto de vista dogmático y expresivo, la diferencia en el tratamiento de los modos de intervención criminal punible en DPI debe tener reflejo en la determinación de la pena.

A pesar de que en el presente Capítulo entraremos en el ámbito de la determinación de la pena, sólo lo haremos en relación al efecto que la calificación del modo de intervención criminal punible debe tener en tal marco. En efecto, este Capítulo no constituye un examen exhaustivo de todos los extremos a tener en cuenta en la determinación de la pena, puesto que ésta no es – ni pretende ser – una monografía sobre la determinación de la pena en DPI. Así, no se analizan extremos como el grado del *iter criminis*, las circunstancias eximentes o las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena.

El presente trabajo investigador gira en torno a los modos de intervención criminal punible en DPI, y en consonancia con ello, el objetivo de este Capítulo consiste en argumentar la necesidad de que el modo de intervención criminal punible que opera en el nivel de imputación tenga reflejo en el nivel de la determinación de la pena. En concreto, se defiende

³ DRUMBL, M.A., *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, pp. 12 y 17.

que el modo de intervención criminal punible debe tener reflejo en la determinación legal (no judicial) de la pena por medio de la fijación del marco penal aplicable.

Antes de explicar la relación que aquí se propone entre modo de intervención criminal punible y determinación legal de la pena, se analizan otras dos propuestas que abogan por que el papel del individuo en la comisión del crimen tenga repercusión en la pena finalmente establecida.

II.1. Propuestas doctrinales de especial interés

Por una parte, se estudian las propuestas de Ambos y de Vest. Teniendo en cuenta el rango que el sujeto activo ocupa en el entramado criminal y las conductas normalmente asociadas a cada rango, los mencionados autores proponen una clasificación tripartita de los modos de intervención criminal punible aplicables a los intervinientes en crímenes de atrocidad.

Por otra, se analiza la propuesta de Smeulers y de Holá de tener en cuenta la función que el acusado cumple en el establecimiento del contexto criminal para la determinación de la pena.

II.1.1. Hechos asociados a la posición del sujeto activo en el entramado criminal

En relación al esquema general arriba propuesto, se ha explicado que la aplicación de un determinado modo de intervención criminal punible a los miembros de cada rango no se basa en la posición del sujeto activo en el entramado criminal, sino en los hechos que normalmente van asociados a tal posición. Es decir, la elección del modo de intervención

criminal aplicable se deriva de los hechos que, de acuerdo con el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad, suelen ser cometidos por los sujetos pertenecientes a cada rango. Por lo tanto, se trata de una clasificación basada en hechos concretos, y no en la posición del sujeto activo en el entramado criminal. De lo contrario, se vería vulnerado el principio de responsabilidad penal individual (por los hechos propios). En el mismo sentido, tanto la propuesta de Ambos como la de Vest parten de los hechos que caracterizan cada nivel jerárquico, y no de la posición jerárquica en sí misma.

Una vez realizadas las aclaraciones pertinentes, puede explicarse la propuesta de Ambos y de Vest. Basándose en el trabajo de Vest, Ambos identifica tres niveles jerárquicos, los cuales asocia con determinados modos de intervención criminal punible⁴.

- El nivel de liderazgo (*Führungstäter*) se compone por aquellos que toman las decisiones con relación a los hechos criminales como un todo. Son capaces de controlar el curso de los acontecimientos por medio de EOPs, es decir, poseen el "dominio sobre la decisión" (*Entscheidungsherrschaft*) y el control estratégico y sistémico general sobre la injusticia organizada. Por ello, Ambos afirma que serán normalmente autores mediatos por medio de EOP. Si bien lleva razón Ambos en lo básico, olvida que en determinados supuestos – cada vez más comunes en DPI – la autoría mediata no es suficiente por sí sola, sino que debe aplicarse la coautoría mediata.

⁴ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 178; VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate: An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 29-30 y 302; VEST, H., *Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 409-439.

- Por su parte, en el nivel intermedio se encuentran aquellos que aplican las decisiones de la cúspide mediante la planificación y organización de micro-empresas criminales, por lo que ejercen su control sobre una parte de la organización (*Organisationstäter*). Con base en que normalmente estos superiores intermedios no poseen el dominio sobre la totalidad del aparato criminal, Ambos señala que deberían ser considerados coautores en lugar de autores mediatos. Por las razones arriba expuestas, no puede compartirse este punto de vista.
- El último nivel lo componen aquellos que cometen los crímenes directamente (*Ausführungstäter*). Dado que poseen el dominio de la acción, Ambos los considera autores directos, si bien también prevé que puedan ser considerados coautores (directos) si cometen el crimen junto con otros. En el presente trabajo también se ha defendido la aplicación de la autoría directa o coautoría (directa) a los criminales de rango bajo.

II.1.2. Papel del sujeto activo en el establecimiento del contexto criminal

En su interesante y novedosa propuesta, Smeulers y Holá abogan por que los “arquitectos sociales” que cumplen un papel importante en el establecimiento del contexto criminal sean considerados los máximos responsables de los crímenes y que ello se traduzca en la duración de la pena de prisión⁵. Las mencionadas autoras identifican cinco niveles distintos, los cuales creen que deberían asociarse con penas de distinta duración.

⁵ SMEULERS, A., HOLÁ, B., “ICTY and the Culpability of Different Types of Perpetrators of International Crimes” Requirement” en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 175-205.

- El nivel más alto está compuesto por los “cerebros criminales” de la tipología de Smeulers. No sólo los consideran fundamentales en la construcción de la realidad social en la que tienen lugar los crímenes, sino que creen que también suministran la legitimación necesaria para que otros cometan los crímenes internacionales. En definitiva, crean las condiciones previas para que otras personas cometan crímenes de obediencia. Por ello, defienden que merecen las penas más graves.

A pesar de que es digno de admirar que busquen que la pena refleje la relevancia del papel jugado por los verdaderos artífices de los crímenes de atrocidad, las conductas de establecimiento del contexto criminal no son por sí mismas conductas punibles – salvo quizá como actos de participación o como actos preparatorios punibles –. Si se pretende establecer su responsabilidad como (co)autores mediatos de los crímenes, habrá de probarse la comisión de los hechos que dan lugar a la responsabilidad a título de (co)autoría mediata.

- En un segundo nivel agrupan a los sujetos de carrera y a los fanáticos de la tipología de Smeulers, los cuales consideran instrumentales – si bien en menor medida que los cerebros criminales – en la construcción del entorno social en el que se cometen los crímenes. Por consiguiente, los consideran responsables en menor medida, y proponen penas más leves para ellos.
- El tercer nivel está compuesto por los guerreros devotos de la clasificación de Smeulers. En tanto que implementan las órdenes que vienen de los líderes, estas autoras los califican de instrumentales para el mantenimiento del Estado criminal en

movimiento, de ahí que propongan penas más leves para ellos en comparación con los dos niveles anteriores.

- Los especuladores, conformistas, seguidores y profesionales de la tipología de Smeulers conforman el cuarto nivel. Dado que Smeulers y Holá entienden que la realidad social en la que se ven envueltos estos sujetos es la principal explicación de su actividad criminal, proponen la aplicación de una pena menor para ellos.
- Por último, identifican el nivel de los autores transigentes de la tipología de Smeulers. No es de extrañar que propongan la aplicación de las penas más leves (incluso la aplicación de causas eximentes) para estos sujetos obligados a intervenir en la comisión de los crímenes.

II.1.3. Crítica

Si bien el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad ha puesto de manifiesto la relevancia tanto de la posición del sujeto en el entramado criminal como del papel de los líderes en el establecimiento del contexto criminal en el que se producen los hechos, se necesita ser prudente a la hora de valorar estos dos factores en la determinación de la pena. Ello es así porque, en todo caso, la responsabilidad penal individual del acusado debe estar basada en los hechos criminales concretos por él cometidos.

La mera posición del sujeto activo dentro del organigrama criminal podría dar lugar a un delito de pertenencia a organización criminal o similar – tipificado en la mayoría de las legislaciones penales estatales –, pero de ninguna manera es suficiente para basar una responsabilidad por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra – y menos aun a título de autoría –. Conviene recordar que ni el esquema general aquí

defendido ni las propuestas de Ambos y de Vest se basan en la posición del sujeto activo en el entramado criminal, sino que establecen los modos de intervención criminal punible que mejor se ajustan a los hechos normalmente cometidos por los criminales de cada rango o nivel jerárquico. En el presente trabajo investigador, gracias no sólo al análisis criminológico de los crímenes de atrocidad, sino también a la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y a la amplia casuística examinada, se ha podido comprender el tipo de hechos habitualmente cometidos por los criminales pertenecientes a cada rango.

En lo que se refiere al segundo factor mencionado – la labor de “arquitectura social” del acusado en el establecimiento del contexto criminal –, éste constituye la base de la clasificación de Smeulers y de Holá. Sin embargo, por muy detestable que dicha función de “arquitectura social” sea, las conductas de establecimiento del contexto criminal – como la aplicación de políticas discriminatorias o la difusión de mensajes de odio – no son por sí mismas constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

Podrían dar lugar a responsabilidad penal por los llamados delitos de odio, previstos en un número elevado de legislaciones penales estatales. También podrían dar lugar a una responsabilidad penal internacional por provocación al genocidio (un acto preparatorio punible) o por inducir a la comisión de crímenes internacionales (responsabilidad por participación). No obstante, la responsabilidad por un acto preparatorio punible o por una conducta de participación no podría conllevar, como proponen Smeulers y Holá, la aplicación de las penas más severas a estos sujetos responsables de establecer el contexto criminal en el que otros cometen los crímenes de atrocidad. La única manera de que los líderes reciban las penas más graves consiste en probar su responsabilidad como (co)autores mediatos de los

crímenes – claro está, con base en hechos concretos constitutivos de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra –.

Así, existe una diferencia sumamente importante entre las propuestas de Ambos y de Vest, por una parte, y la propuesta de Smeulers y de Holá, por otra. Las primeras parten de hechos concretos constitutivos de crímenes de atrocidad normalmente cometidos por criminales pertenecientes a determinado rango, mientras que las segundas se basan en conductas que, por muy reprobables que sean, no son constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra – a lo sumo, pueden serlo como acto preparatorio punible o como conducta de participación –. De ahí que no pueda compartirse la postura defendida por Smeulers y Holá.

Sin perjuicio de sus particularidades, el DPI sigue siendo Derecho penal, por medio del cual es un individuo quien soporta la pena⁶. Por ello, es indispensable probar el hecho o los hechos concretos – constitutivos de crímenes de atrocidad – cometidos por el sujeto activo. Aunque deba tenerse presente el contexto masivo característico de los crímenes internacionales – por ejemplo, para defender la necesidad de la autoría mediata o la coautoría mediata –, ello no justifica la aplicación de modos de intervención criminal punible que – como la ECC – vulneren el principio de responsabilidad penal individual. Como no nos cansaremos de repetir, el principio de responsabilidad penal individual supone, también en DPI, que la responsabilidad penal ha de estar basada en hechos concretos cometidos u omitidos por el acusado.

Por todo ello, en la Parte II se han valorado los distintos modos de intervención criminal punible empleados en DPI desde la óptica del principio de responsabilidad penal individual, y consiguientemente, se ha hecho una apuesta a favor de aquellos modos que se basan en la teoría del

⁶ WEIGEND, T., "Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective", *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, p. 265.

dominio del hecho en sus tres vertientes. Sobre esta base, se ha propuesto al inicio de esta Parte III un esquema general de modos de intervención criminal punible aplicables a los hechos cometidos por los criminales pertenecientes a cada rango. A continuación se argumenta que el modo de intervención criminal punible aplicado en cada caso debería obligatoriamente tener reflejo en la determinación legal de la pena.

II.2. Toma de postura

Además de su indudable valor desde el punto de vista dogmático y expresivo (estigmatizante), la identificación de los diversos modos de intervención criminal punible en DPI debería tener reflejo en la determinación legal de la pena. Es decir, se propone un modelo diferenciado en sentido doble:

- 1) se diferencian diversas formas de intervención criminal punible en el campo de la imputación; y
- 2) dichas diferencias se tienen en cuenta para los efectos de la determinación de la pena.

Partimos aquí del modelo que diferencia entre determinación legal y judicial de la pena, según el cual el legislador fija un marco penal con límites máximos y mínimos (determinación legal de la pena), mientras que el juez determina la pena dentro de dichos límites (determinación judicial de la pena)⁷.

En lo que se refiere al plano legal de la determinación de la pena, además de establecer los mencionados marcos penales, el legislador debe también

⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011, p. 735; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 871.

concretar la extensión en que debe imponerse la pena; y para ello, habrá de determinar las circunstancias modificativas que deben considerarse y las normas para su valoración⁸. Mientras que el establecimiento o la fijación del marco penal es conocido como marco legal abstracto, la concreción de la extensión en la que debe imponerse (mediante la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad) da lugar al denominado marco legal concreto⁹. Díez Ripollés va más allá y propone la distinción entre el marco legal abstracto y el abstracto-concreto (además del marco legal concreto)¹⁰:

- 1) el marco penal previsto para cada delito constituye el marco legal abstracto; y
- 2) la aplicación del grado del *iter criminis* y del modo de intervención criminal punible supone un paso más en la fijación del marco penal por medio de normas – como la aplicación de la pena superior o inferior en grado – que dan lugar al marco legal abstracto-concreto.

En el plano judicial de la determinación de la pena, el juez no sólo debe valorar la cuantía y entidad de las circunstancias modificativas que concurren en el caso concreto, sino también factores como la gravedad del hecho o las circunstancias personales del condenado¹¹.

En este contexto, defendemos que el modo de intervención criminal punible (junto con el *iter criminis*) debe tenerse en cuenta para la fijación

⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal, cit.*, pp. 741 y 747; JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch, cit.*, pp. 871 *et seq.*

⁹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 552-553; GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, ICAI, Madrid, 1985, pp. 237 y 244.

¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español. Parte General en esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 702-708 y 720.

¹¹ *Ibid.*, pp. 720-721; MIR PUIG, S., *Derecho Penal, cit.*, p. 747; GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español, cit.*, pp. 246-247.

del marco penal aplicable (en el sentido de un marco legal abstracto o, siguiendo a Díez Ripollés, abstracto-concreto). En concreto, aquí se propone que no sólo la diferencia entre autoría y participación debería tenerse en cuenta en la determinación legal de la pena, sino también la diferencia entre las diversas formas de autoría y entre las diversas formas de participación – del mismo modo que en el Código Penal español la inducción y la complicidad no llevan aparejada la misma pena, pese a ser ambas formas de participación –. En definitiva, se defiende que *de lege ferenda* el DPI debería fijar marcos penales distintos para cada modo de intervención criminal punible.

Sin embargo, ninguno de los Estatutos – ni las Reglas de Procedimiento y Prueba – de los tribunales penales internacionales fija marcos penales distintos para cada modo de intervención criminal punible (marco legal abstracto-concreto). De hecho, ni siquiera recogen marcos temporales para cada tipo penal (marco legal abstracto), sino que se limitan a establecer la pena máxima aplicable a todos los crímenes. El carácter rudimentario del DPI en este aspecto debe entenderse en el contexto del arduo proceso de formación del mismo como consecuencia de la confluencia de diferentes sistemas jurídicos y de la dificultad para consensuar la mayor parte de las cuestiones relevantes en DPI¹². En vista de que tampoco existen normas en DPI para apreciar y valorar la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes (marco legal concreto) – los tribunales *ad hoc* sólo prevén la existencia de dichas circunstancias, sin especificar de qué forma se concretan, y la CPI cuenta

¹² AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 272; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 337; D'ASCOLI, S., *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2011, p. 185. En sentido similar, DELMAS-MARTY, M., "L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux" en A. CASSESE y M. DELMAS-MARTY, *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 95-129.

con un catálogo abierto –, los Magistrados gozan de una amplia discrecionalidad en la determinación judicial de la pena. Por ello, y a falta de criterios vinculantes, su función en la fase de determinación de la pena es muy difícil de controlar¹³.

II.2.1. Regulación actual relativa a las penas

Los Estatutos de los tribunales *ad hoc* – art. 24(1) ETPIY y art. 23(1) ETPIR – coinciden en prever la pena de prisión como única pena posible. También coinciden en señalar que, en la determinación de la pena, los tribunales tendrán en cuenta factores como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado – art. 24(2) ETPIY y art. 23(2) ETPIR –. La formulación del artículo 101 en las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY y del TPIR es idéntica. Ambos establecen que la pena máxima a aplicar consiste en la cadena perpetua. Seguidamente (Regla 101(2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba del TPIY y del TPIR), afirman que, para la determinación de la pena, los tribunales tendrán en cuenta:

- la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado
- y factores como: circunstancias agravantes; y circunstancias atenuantes, incluyendo la cooperación sustancial con la Fiscalía antes y después de la condena.

Si bien, como se explicará más adelante, los tribunales *ad hoc* han desarrollado una jurisprudencia relativa a las circunstancias agravantes y atenuantes, no prevén en su legislación positiva ningún catálogo de tales circunstancias. Los mismos artículos prevén que los tribunales tengan en

¹³ En el mismo sentido, WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, p. 218.

cuenta la práctica general en relación a las penas de prisión por parte de los tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda.

En cuanto a la CPI, también ésta recoge como única pena principal la prisión y establece el límite de la cadena perpetua (art. 77(1) ER). La gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado vuelven a erigirse como factores a tener en cuenta en la determinación de la pena – asimismo, para apreciar la necesidad de aplicar la cadena perpetua –. De acuerdo con lo establecido en el art. 145(1) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, en la determinación de la pena, la Corte deberá:

- a) tener en cuenta que la totalidad de la pena de prisión o multa impuesta con base en el art. 77 ER debe reflejar la “culpabilidad” de la persona condenada;
- b) ponderar los factores relevantes – incluyendo las circunstancias atenuantes y agravantes –, y tener en cuenta las circunstancias del condenado y del crimen;
- c) considerar, además de la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, factores como, *inter alia*:
 - la magnitud del daño causado, en particular a las víctimas y a sus familiares,
 - la naturaleza de la conducta ilícita y el medio empleado para cometer el crimen,
 - el grado de intervención (*the degree of participation, degré de participation*) de la persona condenada,
 - el grado de intencionalidad (*the degree of the intent, degré d'intention*),

- las circunstancias relativas al modo, tiempo y lugar,
- la edad, instrucción, y condición social y económica del condenado.

En relación al art. 145(1)(a), no se entiende por qué razón la traducción oficial castellana emplea el término “circunstancias que eximen de responsabilidad” para traducir lo que en las versiones en otras lenguas es *culpability* y *culpabilité*. La versión inglesa no se refiere en el art. 145(1)(a) a *grounds for excluding criminal responsibility*, sino a *culpability*. No obstante, tampoco “culpabilidad” es la opción más acertada, ya que, a menudo, el término *culpability* se emplea en referencia a la responsabilidad penal en general. Por ello, se sugiere entender el art. 145(1)(a) en el sentido de que exige que la totalidad de la pena de prisión o multa refleje, de manera general, la responsabilidad penal del condenado.

Tampoco el lenguaje empleado por la versión castellana para traducir *the degree of participation* o *degré de participation* del art. 145(1)(c) – traducido como grado de participación del condenado – es convincente. Por una parte, en tanto que el término “intervención” abarca tanto la autoría como la participación, es más adecuado que el de “participación”. Por otra, las distintas formas de autoría y participación criminal son conocidas en la doctrina penal española como “modos” o “formas” de intervención criminal punible. Por tanto, *the degree of participation* o *degré de participation* debería ser traducido y entendido como “modo de intervención criminal punible” en lugar de “grado de participación”.

Debido al incierto significado del término “intención” en Derecho penal español, la traducción castellana del *degree of the intent* o *degré d'intention* como “grado de intencionalidad” puede llevar a equívocos. Por consiguiente, se propone su traducción, con base en una terminología más

arraigada en la doctrina penal española, como “grado de dolo, o en su ausencia, gravedad de la imprudencia”.

El art. 145(2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, en el que se prevé un catálogo abierto de circunstancias atenuantes y agravantes, será analizado más adelante. Por el momento, cabe señalar que dicho catálogo no establece cómo debe valorarse cada una de las circunstancias en la determinación de la pena. Por su parte, el art. 145(3) del mismo cuerpo legal establece la posibilidad de imponer la cadena perpetua cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado (en el mismo sentido que el art. 77(1) ER), a lo que añade que ello será puesto de manifiesto por la existencia de una o más circunstancias agravantes.

Una vez identificadas las normas que regulan la determinación de la pena en los distintos tribunales penales internacionales, puede afirmarse que comparten las siguientes características:

- 1) La pena de prisión es la única pena principal prevista, y la cadena perpetua constituye el límite máximo.
- 2) En lo que se refiere a la determinación legal de la pena, no se fijan marcos temporales distintos para cada modo de intervención criminal punible (marco legal abstracto-concreto) – ni siquiera para cada tipo penal (marco legal abstracto) –. Tampoco se prevé cómo valorar la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad (marco legal concreto).
- 3) En cuanto a la determinación judicial de la pena, el tribunal deberá tener en cuenta, por un lado, la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes; y, por otro, factores como la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.

Los tribunales *ad hoc* añaden la particularidad de que, en la determinación de la pena, el tribunal deberá tener en cuenta la práctica general de los tribunales de la ex Yugoslavia y de Ruanda en cuanto a la aplicación de penas de prisión. Ni el ER ni las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI incluyen ninguna referencia a la jurisprudencia estatal del Estado afectado.

No obstante, la regulación de la CPI en torno a la fase de determinación de la pena es más completa y rica en detalles, si bien tiene todavía mucho que mejorar. Contiene una lista abierta de circunstancias agravantes y atenuantes en el art. 145(2) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI – mientras que no se prevé ninguna lista en el ámbito de los tribunales *ad hoc* –, pero no establece cómo valorar y ponderar su concurrencia.

El art. 145(1)(c) del mismo cuerpo legal determina una serie de factores que, además de la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado, el tribunal deberá tener en cuenta en la determinación de la pena. No obstante, se trata de una mezcla de factores de todo tipo, desde algunas circunstancias agravantes y atenuantes, hasta el modo de intervención criminal punible, pasando por el tipo subjetivo del crimen. Cabe señalar que el art. 145(1)(a) afirma la necesidad de que la pena total impuesta refleje la responsabilidad penal del condenado, lo que aquí se entiende como un alegato a favor de que las diferencias en las intervenciones de los condenados en crímenes de atrocidad – en concreto, el modo de intervención criminal punible aplicable a cada condenado – sean tomadas en consideración en la determinación de la pena.

II.2.2. Consecuencias de la regulación actual: excesiva discrecionalidad y ausencia de un marco general coherente

Como consecuencia, entre otros, de esta parca regulación, la determinación de la pena en DPI sigue siendo confusa, dispar,

inconsistente y errática¹⁴. Además, tales inconsistencias no se limitan a la comparativa de los diferentes tribunales penales internacionales, sino que tienen lugar incluso dentro del mismo tribunal¹⁵.

Muestra de la disparidad indicada es que, pese a la similitud de los hechos ocurridos en los conflictos armados de Ruanda y de la ex Yugoslavia, el TPIR establece penas más severas en comparación el TPIY: no sólo impone la cadena perpetua con mayor frecuencia, sino que las penas de prisión por tiempo determinado son también más largas que las del TPIY¹⁶.

En lo que se refiere a las inconsistencias dentro de un mismo tribunal, la investigación empírica de Smeulers y de Holá sobre la determinación de la pena en el TPIY pone de manifiesto que los condenados a penas de prisión de entre once y veinte años conforman un grupo muy heterogéneo compuesto tanto por autores directos, como por superiores intermedios, así como por condenados por complicidad o por la figura de la Responsabilidad del Superior¹⁷. A pesar de la innegable diferencia entre las conductas constitutivas de cada modo de intervención criminal punible, todas ellas son sancionadas con penas entre los once y veinte años de prisión.

Pero no terminan ahí las inconsistencias en la jurisprudencia de un mismo tribunal, sino que también afectan a la hora de valorar la existencia de las circunstancias agravantes y atenuantes. Drumbl ofrece ejemplos ilustrativos de ello, entre los que destaca la diferente valoración de la

¹⁴ DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, p. 11. En sentido similar, BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013, pp. 475 y 484.

¹⁵ D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, p. 198; DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, pp. 15, 154 y 162.

¹⁶ SMEULERS, A., HOLÁ, B., VAN DEN BERG, T., "Sixty-five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, Núm. 1, 2013, pp. 22-24; DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, pp. 11 y 158; Para datos concretos, *vid.* DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, pp. 56-58; y D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 184-185, 196-198 y 215-220.

¹⁷ SMEULERS, A., HOLÁ, B., "ICTY", *cit.*, pp. 197-198.

circunstancia atenuante de la colaboración sustancial del condenado en los casos *Plavšić y Babić*, y de la circunstancia atenuante de la avanzada edad del condenado en los casos *Plavšić y Strugar*¹⁸.

Además, debe tenerse presente que los tribunales penales estatales también suelen juzgar crímenes internacionales, lo que añade otro elemento a la disparidad en la determinación de la pena en DPI. Pese a que los tribunales penales internacionales están llamados a ejercer su jurisdicción sobre los máximos responsables de los crímenes de atrocidad, las penas impuestas por tales tribunales no son, por lo general, más largas que las establecidas por tribunales estatales al enjuiciar este tipo de crímenes¹⁹.

En efecto, los tribunales penales internacionales no pueden en la práctica conocer de todos y cada uno de los casos de crímenes de atrocidad, sino que deben ocuparse de los máximos responsables, mientras que los criminales de rango bajo y medio han de ser enjuiciados ante los tribunales estatales²⁰. Sin embargo, en la práctica, algunos tribunales penales estatales imponen penas más severas que los tribunales penales internacionales (incluso la pena de muerte), ofrecen peores condiciones de encarcelamiento y cuentan con un acceso más limitado a la libertad condicional²¹.

El sistema articulado para responder a las atrocidades ocurridas en Ruanda es un clarísimo ejemplo de la disparidad y la injusticia en la comparativa de

¹⁸ DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, pp. 165-166. Vid. *Prosecutor v. Babić, Appeals Chamber Judgment* del 18.07.2005 (IT-03-72-A); *Prosecutor v. Plavšić, Trial Chamber Judgment* del 27.02.2003 (IT-00-39&40/1-S) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Plavšić*); *Prosecutor v. Strugar, Trial Chamber Judgment* del 31.01.2005 (IT-01-42-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*).

¹⁹ DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, pp. 154 y 157; D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, p. 196.

²⁰ SCHEFFER, D., "Genocide and Atrocity Crimes", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 1, Iss. 3, 2014, p. 247.

²¹ DRUMBL, M.A., *Atrocity, cit.*, pp. 15-16 y 160.

la determinación de la pena en los tribunales penales internacionales y en los tribunales penales estatales. En tanto que la legislación penal estatal de Ruanda preveía hasta 2007 la pena de muerte mientras que la pena máxima en el TPIR es la cadena perpetua, los criminales de rango bajo o medio podían ser sancionados más severamente que los máximos responsables de las atrocidades²². A pesar de la flagrante injusticia que ello suponía, cabe señalar que el porcentaje de penas de muerte impuestas por los tribunales estatales de Ruanda descendió progresivamente desde el año 2002 (hasta su desaparición en 2007) y que no se ejecutó a nadie desde 1998²³. En todo caso, puede afirmarse que los condenados por el TPIR reciben penas más leves que las que probablemente recibirían ante los tribunales estatales de Ruanda²⁴.

La falta de criterios (tanto obligatorios como indicativos) para la determinación de la pena en los tribunales penales internacionales – no sólo en los tribunales *ad hoc*, sino también en la CPI – se traduce en un amplio arbitrio judicial, lo que, a su vez, conlleva las disparidades e injusticias que vienen de mencionarse. Pese a la evidente falta de consistencia en la determinación de la pena, los magistrados de los tribunales penales internacionales se han mostrado favorables a la amplia discreción de la que gozan en la fase de determinación de la pena²⁵. Para

²² *Ibid.*, p. 158; SMEULERS, A., HOLÁ, B., VAN DEN BERG, T., "Sixty-five Years", *cit.*, p. 22, nota 32; BOURDON, W., *La Cour Pénale Internationale. Le statut de Rome*, Le Seuil, Paris, 2000, p. 222.

²³ DRUMBL, M.A., *Atrocity*, *cit.*, p. 158; SMEULERS, A., HOLÁ, B., VAN DEN BERG, T., "Sixty-five Years", *cit.*, p. 22, nota 32.

²⁴ DRUMBL, M.A., *Atrocity*, *cit.*, pp. 158-159.

²⁵ *Prosecutor v. Krstić*, *Appeals Chamber Judgment* del 19.04.2004 (IT-98-33-A) (en adelante Sentencia de apelación en el caso *Krstić*), párr. 242; *Prosecutor v. Furundžija*, *Appeals Chamber Judgment* del 21.07.2000 (IT-95-17/1-A) (en adelante Sentencia de apelación en el caso *Furundžija*), párr. 238; *Prosecutor v. Mucić et al.*, *Appeals Chamber Judgment* del 20.02.2001 (IT-96-21-A), párr. 715; *Prosecutor v. Delalić et al.*, *Appeals Chamber Judgment* del 20.02.2001 (IT-96-21-A) (en adelante Sentencia de apelación en el caso *Delalić et al.*), párrs. 717-718. *Vid.* DRUMBL, M.A., *Atrocity*, *cit.*, p. 59.

defender su postura, se basan en las posibilidades de individualización de la pena que ello proporciona²⁶.

No se quiere negar aquí la imperante necesidad de individualizar la pena. Nada más lejos de la realidad. Sin embargo, defendemos que tal individualización debe tener lugar dentro de un marco coherente que posibilite predecir y estandarizar la valoración de los extremos relativos a la determinación de la pena²⁷, con la finalidad última de evitar, en la medida de lo posible, las inconsistencias e injusticias arriba mencionadas. Es decir, la determinación judicial de la pena debe estar subordinada a ciertos criterios que vinculen o sirvan de pauta al arbitrio judicial (marco legal abstracto, abstracto-concreto y concreto) para poder así contar con un criterio unitario en la práctica de los tribunales en la determinación de la pena²⁸ y permitir el control de la actividad judicial.

II.2.3. Argumentos a favor del carácter vinculante del modo de intervención criminal punible para la determinación de la pena

Como ya se ha puesto de manifiesto, aquí se defiende que los modos de intervención criminal punible deberían constituir uno de los criterios decisivos en la determinación legal de la pena. A continuación se presenta una serie de argumentos que apoyan dicha postura.

²⁶ Sentencia de apelación en el caso *Delalić et al.*, *supra* nota 25, párrs. 717-718; Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 25, párr. 242. *Vid.* DRUMBL, M.A., *Atrocity*, *cit.*, p. 59.

²⁷ En el mismo sentido, D'ASCOLI, S., *Sentencing*, *cit.*, pp. 198-201; DRUMBL, M.A., *Atrocity*, *cit.*, pp. 59, 66 y 161-162; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 475 y 484.

²⁸ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, *cit.*, pp. 871 et seq..

II.2.3.1. Literalidad de la norma

Si bien no existe ninguna referencia expresa al modo de intervención criminal punible en las normas que rigen la determinación de la pena en los tribunales *ad hoc*, la CPI, que cuenta con una regulación más completa en tal ámbito, sí tiene en cuenta el modo de intervención criminal punible. Como se ha adelantado, se encuentra entre los factores a apreciar en la determinación de la pena previstos en el art. 145(1)(c) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI. Asimismo, el hecho de que el modo de intervención criminal punible deba ser tenido en cuenta en la determinación de la pena puede entenderse implícito en el art. 145(1)(a) del mismo cuerpo legal, el cual establece que la penal total impuesta deberá reflejar la responsabilidad penal del condenado.

En todo caso, conviene señalar que el modo de intervención criminal punible se prevé como un factor más a tener en cuenta en la determinación judicial de la pena – junto con las circunstancias modificativas de la responsabilidad, la gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado –, mientras que aquí se defiende que debería tomarse en consideración para fijar el marco penal en la determinación legal de la pena (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto).

II.2.3.2. Argumentos dogmáticos

Además del elevado número de intervinientes en la comisión de crímenes de atrocidad, el análisis criminológico de este tipo de crímenes ha revelado que todos ellos juegan un papel muy diferente. Dicha disparidad de roles, así como la existencia de contribuciones de distinto peso, conllevan la necesidad de diferenciar diversas formas de intervención criminal punible en DPI.

Pero tal necesidad no queda satisfecha con la mera clasificación dogmática de los modos de intervención criminal punible, sino que requiere también – de manera más apremiante que los Derechos estatales – una modulación del injusto propio de cada modo de intervención criminal punible. Es decir, el DPI debe tener en cuenta la diferente afectación del injusto por las distintas formas de intervenir en la comisión de un crimen, lo que debe traducirse en la determinación de la pena²⁹, la cual debe reflejar – junto con el contenido de la culpabilidad – el grado del contenido del injusto del hecho³⁰. El modelo diferenciado que aquí se propone – diferenciado en un sentido doble, tanto en el nivel de imputación como en el de determinación de la pena – aporta, como afirman Werle y Burghardt, un fundamento racional a la convicción de que los “sujetos de atrás” son los responsables principales de los crímenes de atrocidad³¹.

Además, si en la determinación legal de la pena no se fijan marcos penales para cada modo de intervención criminal punible, el art. 145(3) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI permite sancionar con la cadena perpetua a un partícipe – por ejemplo, un cómplice – en el que concurren una o dos circunstancias agravantes, mientras que el autor de un crimen en el que no concurre ninguna de tales circunstancias “sólo” podría ser sancionado con una pena de prisión de tiempo determinado. Agravios comparativos como este dejan a la vista la relevancia – en todo caso, prioritaria a la de la concurrencia de circunstancias agravantes – de tener en cuenta la forma de intervención criminal punible para la determinación de la pena. Por ello, el modo de intervención criminal punible debería ser tomado en consideración para fijar diferentes marcos

²⁹ En sentido similar, WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría”, *cit.*, pp. 217-218.

³⁰ JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch*, *cit.*, p. 887.

³¹ WERLE, G., BURGHARDT, B., “Autoría”, *cit.*, p. 221.

penales en la determinación legal de la pena (marco legal abstracto-concreto).

II.2.3.3. Argumentos prácticos

Es cierto que el problema de la diferenciación interna de la responsabilidad penal podría remitirse, como propone Stewart, al momento de la determinación de la pena en lugar de abordarse en el de imputación³², como en la práctica se ha venido realizando en los tribunales penales internacionales. Ello no sólo confiere una discrecionalidad prácticamente ilimitada y difícil de controlar a los magistrados sentenciadores, sino que también da pie a posibles agravios comparativos. No se pretende aquí sustituir un sistema de libre arbitrio judicial que no limita el quantum de la pena a imponer por un legalismo extremo en el que la ley fije la pena de cada delito, sino añadir ciertas normas en la determinación legal de la pena al tiempo que se mantiene determinado margen de arbitrio judicial para la individualización de la pena. Así, la determinación de la pena es más transparente, racional y susceptible de control, y se aumenta la previsibilidad de la pena³³.

Como se ha podido observar al analizar las consecuencias de la parca regulación actual relativa a la pena, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales cuenta con numerosos ejemplos de agravios comparativos derivados de la ausencia de criterios precisos y vinculantes en la determinación de la pena en DPI. En lo que aquí nos interesa, ello pone de manifiesto la necesidad de emplear en la determinación legal de la pena los modos de intervención criminal punible que operan en el nivel de

³² STEWART, J.G., "The End of", *cit.*, pp. 169, 171 y 207.

³³ WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría", *cit.*, pp. 218-219 y 222. En sentido similar, BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, *cit.*, pp. 475 y 484; D'ASCOLI, S., *Sentencing*, *cit.*, pp. 198-201.

imputación para la definición de los diferentes marcos penales (marco legal abstracto-concreto).

II.2.4. Autoría y participación

Los argumentos arriba expuestos señalan la necesidad en DPI de que el modo de intervención criminal punible sea empleado para la fijación de diferentes marcos penales en la determinación legal de la pena (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto). Surge entonces la duda sobre la manera en la que dicho efecto ha de concretarse. En el presente trabajo investigador, se propone, en primer lugar, que la diferencia entre conductas de autoría y de participación sea tomada en consideración en la determinación legal de la pena, puesto que así se tiene en cuenta la diferencia entre una responsabilidad principal y otra accesoria, así como el diferente reproche de injusto que conllevan unas y otras conductas.

Debe tenerse presente que la autoría da lugar a una responsabilidad principal, mientras que la participación es accesoria y constituye un concepto secundario. Además de la diferencia entre la responsabilidad principal y la accesoria, las conductas de autoría conllevan un mayor grado de injusto en comparación con las de participación.

Si se partiera de un sistema que no admite la autoría mediata, podría objetarse que la calificación de un sujeto como autor o como partícipe no refleja adecuadamente el injusto de la conducta, en especial de la conducta del sujeto de atrás. Sin embargo, en tanto que aquí se parte de la teoría del dominio del hecho y se defiende la necesidad de la autoría mediata – precisamente con objeto de capturar el reproche de injusto de la conducta del sujeto de atrás –, es seguro afirmar que la clasificación de una conducta como de autoría – en lugar de una de participación – refleja un grado de injusto mayor que, por ende, debería tener repercusión en la

determinación de la pena. En efecto, las conductas constitutivas de autoría conllevan una mayor lesión o puesta en peligro del bien jurídico, lo que se traduce en un mayor contenido de injusto.

Desde el punto de vista objetivo, la contribución del autor al hecho es más importante que la del partícipe. Por ello, creemos que se equivoca Vest cuando distingue entre grado y modo de contribución al crimen, y defiende que el grado – no el modo – es el criterio decisivo³⁴. El mencionado autor entiende por grado de intervención el grado específico de intervención que cada sujeto tiene en cada caso³⁵, mientras que identifica el modo de intervención con los modos de intervención criminal punible formales previsto en el art. 25(3) ER. Si bien acepta que normalmente la autoría conlleva una mayor responsabilidad que la participación, argumenta que puede haber excepciones. Debido a ello, se muestra contrario a establecer una mitigación obligatoria para la responsabilidad por participación, y propone que el grado de intervención se aplique en lugar del modo de intervención como factor decisivo en la determinación de la pena.

No puede compartirse dicha propuesta. El hecho de que una conducta sea considerada de autoría – en vez de una de participación – se debe siempre a un grado mayor de contribución, por lo que puede afirmarse que un modo de intervención criminal que se considera más grave refleja inevitablemente un grado mayor de intervención. En el plano objetivo, los criterios empleados para la calificación de una conducta como de autoría o de participación se basan en el nivel o grado de contribución del sujeto activo³⁶. En definitiva, una conducta es de autoría – y no de participación –

³⁴ VEST, H., "Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?", *JICJ*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 303 y 309.

³⁵ *Ibid.*, p. 309, defiende que la inducción puede tener mayor peso – y por ende, conllevar un mayor grado de intervención – que la autoría, por ejemplo, en los casos en los que el autor no hubiera cometido el crimen por sí solo.

³⁶ *Vid.* Subapartado III.5.2.1. de la Parte II.

porque supone un grado de intervención no sólo distinto, sino también mayor.

Desde el punto de vista subjetivo, cabe recordar que la responsabilidad por la participación en un crimen no exige que el partícipe comparta el dolo de cometer el delito con el autor o autores del mismo. Tampoco es necesario que el partícipe comparta el *dolus specialis* requerido por determinados delitos como el genocidio. Así, en los supuestos en los que la definición del crimen requiera un *dolus specialis*, el autor actuará por una motivación particularmente indeseable (como la intención de destruir total o parcialmente uno de los grupos protegidos por la definición del genocidio) que no concurrirá en el partícipe del mismo crimen.

Frente a la objeción de que el Código Penal español – así como otras legislaciones penales estatales – prevé el mismo marco penal al autor y al inductor, puede señalarse que tales legislaciones penales estatales no recogen la responsabilidad por autoría mediata por medio de un ejecutor penalmente responsable, por lo que, con frecuencia, los casos constitutivos de autoría mediata por medio de EOP son sancionados como formas de inducción. Por el contrario, en tanto que el DPI reconoce la responsabilidad por autoría mediata por medio de un ejecutor penalmente responsable, no es necesario – ni deseable – recurrir a la inducción para sancionar tales supuestos; y por consiguiente, no resulta necesario equiparar los marcos penales correspondientes a la autoría y a la inducción.

Pese a la relevancia de la clasificación autoría/participación, en vista de la diferencia existente en cuanto al contenido de injusto y en cuanto al desvalor de acción y de resultado entre las distintas formas de autoría – así como entre las diversas formas de participación –, se considera necesario ir más allá. Por consiguiente, se propone, en segundo lugar, que no sólo el hecho de que se trate de una conducta de autoría o de participación, sino

también la modalidad concreta de autoría o de participación tenga reflejo en la determinación legal de la pena (marco legal abstracto-concreto). Así, por ejemplo, además del hecho de tratarse de una conducta de autoría, habrá de tenerse presente si es constitutiva de una autoría directa, coautoría, autoría mediata o coautoría mediata – y también de qué clase de (co)autoría mediata se trata –.

II.2.5. Formas de autoría

El análisis criminológico de los crímenes de atrocidad y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales han puesto de relieve la importante labor que los sujetos de atrás o criminales de rango alto cumplen no sólo en el establecimiento del contexto criminal, sino también como verdaderos artífices de los crímenes ejecutados por otros. La autoría mediata y la coautoría mediata por medio de EOP permiten que estos sujetos sean responsables penalmente a título de autoría, y se evita así la injusticia de que individuos como Hitler sean considerados meros partícipes.

No obstante, no es suficiente con que estos sujetos de atrás sean considerados como autores y juzgados como tal, puesto que también el soldado de a pie que comete directamente – por sí mismo o junto con otros – los crímenes es sancionado como autor. Con ello no se quiere negar la responsabilidad penal (a título de autoría) de los criminales de rango bajo que ejecutan los crímenes. Aquellos que libremente y conscientemente cometen un crimen deben responder como autores directos (o coautores directos) del mismo. Simplemente, se pretende poner de manifiesto la diferencia en cuanto al desvalor de acción y de resultado de la conducta del sujeto de atrás que domina una EOP en comparación con la del soldado de a pie.

Lo que aquí se propone es la fijación de un marco penal más severo para la (co)autoría mediata por medio de EOP con respecto al resto de modalidades de autoría. Al igual que en el Código Penal español la inducción lleva aparejada una pena más grave que la complicidad – pese a ser ambas formas de participación –, aquí se defiende que, en el ámbito del DPI, la autoría mediata y la coautoría mediata por medio de EOP conlleven un marco legal abstracto-concreto mayor que el resto de modalidades de autoría. Ello es debido al mayor desvalor tanto de acción como de resultado que conlleva la (co)autoría mediata por medio de EOP.

- En lo que se refiere al desvalor de acción, existen tres razones por las que puede defenderse que éste es mayor en la (co)autoría mediata por medio de EOP.

En primer lugar, en la (co)autoría mediata por medio de EOP, el modo de comisión del comportamiento y el grado de intervención en el mismo conlleva un mayor desvalor de acción que en el resto de formas de autoría. Además de utilizar a otros para la comisión del crimen – sin tener que enfrentarse a la tensión confrontacional que supone la comisión directa de todo delito, sin mancharse las manos de sangre, ni poner su vida o su integridad en peligro –, el (co)autor mediato que domina el hecho por medio de su control sobre una EOP decide si y cómo se producirá el crimen: controla la ejecución del mismo, la realización del tipo depende de su voluntad, y se erige como la figura central del hecho. Aunque los (co)autores directos tengan el dominio de la acción (en el sentido de la primera manifestación del dominio del hecho propuesta por Roxin), éstos no pueden disputar al (co)autor mediato su dominio de la voluntad – tercer manifestación del dominio del hecho, y constitutivo de un nivel

superior de dominio – basado en el control sobre la EOP que dirige³⁷.

En segundo lugar, al igual que determinados elementos personales del autor conllevan un mayor desvalor de acción en los delitos especiales, el control que el (co)autor mediato ejerce sobre la EOP constituye un elemento personal que supone un mayor desvalor de acción. En la (co)autoría mediata por medio de EOP, el sujeto tiene el control sobre una EOP y, por consiguiente, controla una maquinaria de destrucción que es empleada para la comisión de crímenes de atrocidad, de ahí que suponga un mayor desvalor de acción. Podría objetarse que el elemento del control sobre la EOP puede abordarse por medio de la circunstancia agravante del abuso de la posición del sujeto activo. No obstante, ello no sería suficiente, puesto que el control sobre una EOP supone algo más que el mero abuso de la posición jerárquica: mientras que el último es aplicable a cualquier superior jerárquico que induzca a un subordinado a la comisión de un crimen, el primero sólo es aplicable a quien controle una estructura que cumpla los requisitos de una EOP.

En tercer lugar, el desvalor de acción de la (co)autoría mediata por medio de EOP es mayor que en el resto de formas de autoría porque su peligrosidad *ex ante* es también mayor. Su mayor peligrosidad se deriva no sólo del hecho de poner en marcha o encender la llama del crimen por medio de la EOP, sino también de su trabajo en el establecimiento del contexto criminal en el que tienen lugar los crímenes de atrocidad y por el que un gran número de gente corriente interviene en la comisión de los

³⁷ ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014, p. 120.

mismos. Debe tenerse presente que al ordenar la comisión de los crímenes por medio de una EOP, se pone en marcha una estructura o maquinaria de destrucción que, además, incrementa el nivel de eficacia a la hora de cometer los crímenes en cuestión.

- Además del desvalor de acción, también el desvalor de resultado es mayor en la (co)autoría mediata por medio de EOP en comparación con el resto de formas de autoría, en tanto que la lesión del bien jurídico es mayor. En efecto, el (co)autor mediato que comete los crímenes por medio de la EOP que controla interviene en un mayor número de actos y es responsable de un mayor número de víctimas que el resto de modalidades de autores.

Podría objetarse que, dado que interviene en un mayor número de actos, es considerado responsable de un mayor número de crímenes, por lo que no sería necesario establecer un marco penal más severo en comparación al resto de autores, puesto que el hecho de intervenir en un mayor número de crímenes se vería traducido en la pena. Sin embargo, debe tenerse presente que en DPI una pluralidad de actos criminales constituye un solo crimen (en el sentido de una unidad de acción)³⁸, siempre que dichos actos criminales:

³⁸ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, p. 258; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 394, 454-455, 538; KOLB, R., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 69. Como explican en relación al genocidio, FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio, cit.*, p. 310, y GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, pp. 286 et seq., se trata una unidad delictiva donde el primer acto sirve para entender consumado el delito y los posteriores como progresión en el mismo ataque al bien jurídico.

- 1) tengan lugar contra las mismas víctimas (como grupo, población civil, etc.)³⁹;
- 2) sean abarcados por el mismo tipo subjetivo⁴⁰; y
- 3) ocurran en un mismo contexto espacio-temporal⁴¹.

Es cierto que el (co)autor mediato será hecho responsable de los crímenes (en cuya comisión haya intervenido por medio de la EOP que controla) en concurso real cuando los actos cometidos por los miembros de la EOP sean perpetrados en distintos lugares o tiempos, o en contra de un distinto grupo de víctimas (por ejemplo, un grupo protegido diferente en el caso del genocidio), o con un tipo subjetivo distinto. Por el contrario, cuando concurra una unidad de acción, el (co)autor mediato que controle la EOP, pese a haber intervenido en todos los actos cometidos por los miembros de la EOP y ser responsable de todas las víctimas de dichos actos, será responsable de un solo crimen (genocidio, crimen contra la humanidad o crimen de guerra), al igual que el (co)autor directo que “sólo” ha cometido uno o algunos de los actos criminales de la EOP y, por ende, es responsable de un número menor de víctimas⁴².

³⁹ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, p. 258. En relación al crimen de genocidio, *vid.* FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio, cit.*, p. 310.

⁴⁰ AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, p. 258; WERLE, G., *Tratado, cit.*, pp. 394, 454-455, 538. En relación al crimen de genocidio, *vid.* FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio, cit.*, p. 310.

⁴¹ WERLE, G., *Tratado, cit.*, pp. 394, 454-455, 538; KOLB, R., *Droit, cit.*, p. 69. En relación al crimen de genocidio, *vid.* FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio, cit.*, p. 310.

⁴² A lo sumo, el (co)autor mediato podría ser responsabilizado de varios crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra si en el caso concreto concurren distintas modalidades de crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra y los elementos de cada modalidad son estructuralmente y materialmente distintos. Así, no cabría aplicar simultáneamente el crimen contra la humanidad de exterminio y de homicidio, ya que el último queda abarcado por el primero de acuerdo con el principio de *lex specialis derogat legi generali*. *Vid.* AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II, cit.*, p. 258; WERLE, G., *Tratado, cit.*, pp. 538-539. Por el contrario, dado que las diferentes modalidades de genocidio constituyen diversas formas de ataque a la integridad del grupo y no delitos

El hecho de que se constate una unidad de acción no es impedimento para que el mayor número de víctimas sea tomado en consideración en la determinación de la pena. Como Fernández-Pacheco, defendemos que un mayor número de víctimas produce una mayor lesión del bien jurídico que deberá ser valorada al determinar la pena⁴³. Dado que el (co)autor mediato que controla una EOP es responsable de todos los actos criminales ordenados por él y cometidos por los miembros de la EOP, si tales actos constituyen una unidad de acción, será, al igual que los (co)autores directos, responsable de un solo crimen, con la diferencia de que es responsable de un mayor número de actos criminales y de víctimas. Por ello, su conducta conlleva un mayor desvalor de resultado que la conducta del resto de autores, lo que, unido al mayor desvalor de acción que supone, debería traducirse en la aplicación de un marco penal (marco legal abstracto-concreto) más severo.

Es por ello que aquí se propone que en estos crímenes la autoría mediata y la coautoría mediata por medio de EOP lleven aparejada una pena mayor que el resto de formas de autoría. Es decir, la modalidad en la que se concrete el dominio del hecho en el caso concreto (dominio de la acción, dominio funcional, dominio de la voluntad) debería tener repercusión en la determinación legal de la pena (en la fijación del marco legal abstracto-concreto): aquel que, en solitario o junto con otros, tenga el dominio de la voluntad de los autores directos de los crímenes por medio de su control sobre una EOP (autor mediato o coautor mediato) debería ser sancionado más severamente que el resto de autores.

en sí mismos, sólo puede constatarse un único delito de genocidio. Vid. FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio, cit.*, p. 312; WERLE, G., *Tratado, cit.*, p. 455.

⁴³ FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio, cit.*, p. 313.

II.2.6. Formas de participación

Numerosas legislaciones penales estatales – entre ellas, la española – han reconocido el mayor reproche de injusto de la inducción en comparación a la complicidad y, por ende, han previsto penas más graves para la primera, pese a que ambas constituyan formas de participación. En el presente trabajo investigador, se plantea aplicar la misma lógica en DPI, es decir, sancionar de manera más severa la inducción que la complicidad. Cabe recordar que los Estatutos de los tribunales penales internacionales recogen de la siguiente manera la inducción:

- Ordenar (art. 7(1) ETPIY, art. 6(1) ETPIR, y art. 25(3)(b) ER).
- Instigar (art. 7(1) ETPIY, art. 6(1) ETPIR) o proponer e inducir (art. 25(3)(b) ER).

Además, en el ámbito de la CPI, el propio art. 25(3) ER establece una jerarquía entre sus diferentes apartados. En lo que aquí nos interesa, la inducción se encuentra prevista en el art. 25(3)(b) ER, mientras que la complicidad lo está en el art. 25(3)(c) ER – y también en el art. 25(3)(d) ER –.

No obstante, no termina ahí nuestra propuesta en relación a las diferentes formas de participación: incluso dentro de la inducción, habría que prever marcos penales más severos para la responsabilidad por ordenar que para la responsabilidad por instigar o por proponer e inducir. Ello se debe al injusto adicional que conlleva el ordenar una conducta criminal en comparación a instigarla o proponerla e inducir. En efecto, quien ordena se encuentra en una posición jerárquica superior, de la que en estos casos se suele abusar, en relación a quien ejecuta la orden, mientras que no existe tal relación jerárquica entre quien instiga (o propone e induce) y quien es instigado.

Frente a aquellos que defienden que la forma de participación que consiste en ordenar es superflua⁴⁴, por entender que se trata de supuestos constitutivos bien de autoría mediata por medio de EOP o bien de instigación o proposición e inducción, aquí se ha explicado que ninguna de estas dos alternativas es satisfactoria⁴⁵. En relación a la segunda posibilidad, se ha adelantado que, debido al requisito de la existencia de la autoridad para ordenar, la responsabilidad por ordenar tiene un carácter autónomo y más grave que la "simple" instigación o proposición e inducción, ya que se abusa de la posición de autoridad para motivar/obligar a otros a cometer el crimen.

En todo caso, cabe señalar que si el abuso de la relación jerárquica o la posición de superioridad existente se emplea, con base en la responsabilidad por ordenar, para aplicar un marco legal abstracto-concreto más severo en comparación con el resto de formas de participación, tal extremo no podrá apreciarse como circunstancia agravante en la determinación de la pena. De lo contrario, se vulneraría el principio *ne bis in idem*.

II.2.7. Conclusión

En definitiva, en el presente trabajo investigador se propone un sistema diferenciado en sentido doble, tanto en la diferenciación de los modos de intervención criminal punible en el nivel de imputación típica

⁴⁴ AMBOS, K., *Treatise*, *cit.*, p. 163. En el mismo sentido, ESER, A., "Individual Criminal Responsibility: Mental Elements - Mistake of Fact and mistake of Law" en A. CASSESE, P. GAETA, y J.R.W.D. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 796-797; VEST, H., "Problems of Participation", *cit.*, p. 304; WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept", *JICJ*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 101-102; OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing the Control-Theory", *LJIL*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, pp. 744-745.

⁴⁵ *Vid.* Subapartado VI.2.1. de la Parte II.

como en el de determinación de la pena. Así, se pretende que, además de su indudable valor dogmático y expresivo (estigmatizante), la clasificación de los modos de intervención criminal punible tenga reflejo en la determinación legal de la pena por medio del establecimiento de diferentes marcos penales.

En concreto, se defiende que en la determinación legal de la pena (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto) los tribunales penales internacionales deben tener en cuenta, en primer lugar, la diferencia entre conductas de autoría y de participación. En segundo lugar, deben tener presente la diferencia entre las diversas formas de autoría y de participación. En el ámbito de la autoría, la autoría mediata y la coautoría mediata deberían sancionarse de manera más severa que la autoría directa y la coautoría (directa). En cuanto a las distintas formas de participación, la inducción debería llevar aparejada una pena mayor que la complicidad, como de hecho ocurre en varias legislaciones penales estatales. Por su parte, dentro de la inducción, la responsabilidad por ordenar debería conllevar un marco penal más severo que la responsabilidad por instigar o proponer e inducir.

Por último, queda por mencionar la Responsabilidad del Superior. Cabe recordar que ésta sólo será de aplicación cuando no concurren en el caso concreto (en relación a los mismos hechos) los requisitos para poder aplicar alguna de las formas de autoría o de participación. En tanto que aquí se ha descrito como un delito separado de omisión propia y se ha defendido la necesidad de prever distintos marcos penales para cada tipo penal, se considera que debería sancionarse con una pena menor que las anteriormente expuestas.

No obstante, la tesis aquí defendida no estaría completa sin hacer mención a determinadas circunstancias agravantes y atenuantes que han de tenerse en cuenta para concretar la pena dentro del marco penal

correspondiente al modo de intervención criminal punible aplicado (marco legal abstracto-concreto) y así obtener el marco legal concreto. En concreto, las circunstancias que se describen a continuación sirven para poder reflejar con mayor claridad en la determinación de la pena la diferencia entre los criminales de rango alto y los de rango bajo.

II.3. Excurso: abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal como circunstancia agravante

Como ya se ha puesto de manifiesto, en tanto que el presente trabajo investigador no pretende ser una monografía sobre la determinación de la pena en DPI, no contiene un examen exhaustivo de todos los extremos a tener en cuenta, sino que se centra en defender la necesidad de que el modo de intervención criminal punible tenga reflejo en la determinación legal de la pena mediante la fijación de diversos marcos penales (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto). Por ello, en lo referente a las circunstancias agravantes y atenuantes, en lugar de realizar un examen exhaustivo de todas ellas, se quiere atraer la atención sobre aquellas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que pueden ayudar a señalar la extensión en la que debe imponerse la pena dentro del marco penal correspondiente al modo de intervención criminal aplicado.

La necesidad de completar la propuesta aquí defendida mediante determinadas circunstancias agravantes y atenuantes se debe a dos cuestiones que quedarían pendientes aunque el modo de intervención criminal punible se viera reflejado en la imposición de un determinado marco penal:

- 1) El (co)autor mediato de rango alto y el autor mediato de rango medio, los cuales no pueden diferenciarse desde la perspectiva del modo de intervención criminal, tampoco deberían ser merecedores de la misma pena. En este contexto, el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal podría servir de ayuda si se aplicara como circunstancia agravante.
- 2) El sujeto de atrás de rango alto o medio que no cumpla los requisitos de la (co)autoría mediata por medio de EOP "sólo" podrá ser sancionado como inductor. En estos casos, la aplicación del abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal vuelve a ser de ayuda para apreciar mejor la responsabilidad penal de estos sujetos que no pueden ser calificados como (co)autores mediatos.

En relación a la posible vulneración del principio *ne bis in idem* que puede suponer la aplicación de la mencionada circunstancia agravante, han de precisarse varios puntos. Podría pensarse que la aplicación de dicha circunstancia agravante al (co)autor mediato vulnera el mencionado principio, puesto que el (co)autor mediato se encuentra siempre en una posición de control sobre la EOP que dirige. Sin embargo, el control sobre la EOP es algo distinto a la posición del sujeto activo en el entramado criminal, ya que también puede decirse que el superior intermedio controla la EOP (y es, por ende, autor mediato), pese a lo cual no se encuentra entre aquellos que ocupan la posición o el rango más alto dentro del entramado criminal. Por ello, no se constata ninguna vulneración del principio *ne bis in idem* al aplicar la mencionada circunstancia agravante al (co)autor mediato.

A primera vista, la solución parece más sencilla respecto del inductor. En efecto, la aplicación del abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal como circunstancia agravante al inductor (quien

instiga o propone e induce) no vulnera el principio *ne bis in idem*. A pesar de ello, es necesario señalar que dicho principio sí se vería vulnerado si se aplicara a quien es responsable por ordenar. Ello es así porque aquí se ha defendido que, con base en el requisito de la relación jerárquica, la responsabilidad por ordenar debería conllevar una pena mayor que la responsabilidad por instigar o proponer e inducir. Así, el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal podría aplicarse como circunstancia agravante a quien instiga o propone e induce – no así a quien ordena –.

Con objeto de comprobar si el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal se ve reflejada de alguna manera en las circunstancias agravantes y atenuantes empleadas hoy en día en DPI, se realiza a continuación un breve resumen – insistimos que no pretende ser un análisis exhaustivo de las circunstancias modificativas de la pena – de la regulación positiva actual y del desarrollo jurisprudencial de dichas circunstancias.

II.3.1. Regulación positiva actual (CPI)

Los instrumentos legales positivos de los tribunales *ad hoc* – así como los de los tribunales mixtos – son muy pobres en lo relativo a la regulación de las circunstancias agravantes y atenuantes. Las Reglas de Procedimiento y Prueba de los tribunales *ad hoc* (art. 101(b) en ambos casos) señalan que tales circunstancias deben tenerse en cuenta en la determinación judicial de la pena, pero no contienen ningún catálogo de dichas circunstancias – sólo mencionan la circunstancia atenuante de la cooperación sustancial del acusado –, y menos aun, pautas para su valoración y ponderación. Por tanto, además de no prever marcos penales diferentes (ausencia de un marco legal abstracto-concreto), tampoco se

establecen en la determinación legal de la pena cuáles son las circunstancias modificativas de la responsabilidad ni cómo valorarlas o ponderarlas (ausencia de un marco legal concreto).

Por su parte, la regulación positiva de la CPI es más rica en este ámbito, si bien está lejos de ofrecer un marco coherente de pautas claras para la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Pese a que las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI contienen un catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes en su art. 145(2), en él no se precisa el peso que se otorga a cada una de ellas de cara a su valoración (en el sentido de un marco legal concreto). El apartado (a) de dicho artículo se refiere a las circunstancias atenuantes como:

- 1) las circunstancias que no lleguen a constituir causas de exoneración de la responsabilidad penal, como la capacidad mental sustancialmente disminuida o la coacción; y
- 2) la conducta postdelictiva del condenado, incluyendo lo que haya hecho por resarcir a las víctimas o cooperar con la Corte;

El apartado (b) del mismo artículo prevé las siguientes circunstancias agravantes:

- 1) Cualquier condena anterior por crímenes de la competencia de la Corte o de naturaleza similar;
- 2) El abuso de poder o del cargo oficial;
- 3) Que el crimen se haya cometido cuando la víctima estaba especialmente indefensa;
- 4) Que el crimen se haya cometido con especial crueldad o haya habido muchas víctimas;
- 5) Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causas referidas en el art. 21(3);

- 6) Otras circunstancias que, aunque no se enumeren anteriormente, por su naturaleza sean semejantes a las mencionadas.

Además de la similitud entre la circunstancia agravante aquí defendida – el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal – y la circunstancia prevista en el art. 145(2)(b)(ii) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI – abuso de poder o del cargo oficial –, se quiere llamar la atención sobre la acertada previsión de la coacción que, sin llegar a constituir una causa de exoneración, puede atenuar la pena del acusado (de rango bajo, normalmente).

II.3.2. Desarrollo jurisprudencial (tribunales *ad hoc*)

A pesar de que la legislación positiva de los tribunales *ad hoc* sólo recoge – además, a título de ejemplo – una circunstancia atenuante (la cooperación sustancial del acusado, art. 101(b)(ii) de las Reglas de Procedimiento y Prueba), la jurisprudencia ha desarrollado una serie de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. No obstante, como ya se ha explicado, no se ha desarrollado un marco coherente y comprensivo de dichas circunstancias ni de cómo valorarlas (en el sentido de un marco legal concreto).

Entre las circunstancias agravantes empleadas por los tribunales *ad hoc*, se encuentran las siguientes⁴⁶:

- La gravedad y atrocidad de los crímenes⁴⁷.

⁴⁶ DRUMBL, M.A., *Atrocity*, cit., p. 64. En sentido similar, BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., p. 480. Para un listado más exhaustivo, vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing*, cit., p. 209.

⁴⁷ *Prosecutor v. Simić*, *Trial Chamber Judgment* del 17.10.2003 (IT-95-9-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*), párr. 1062; *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, *Trial Chamber Judgment* del 03.12.2003 (ICTR-99-52-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso

- La extensión de los crímenes (número de víctimas)⁴⁸ y del daño infligido⁴⁹.
- La juventud de las víctimas⁵⁰ o su vulnerabilidad general⁵¹.
- La naturaleza de la intervención del acusado (rol activo, responsabilidad a título de autor o de partícipe)⁵².
- La premeditación o intención discriminatoria⁵³.
- La posición como superior: en concreto, el abuso de tal posición⁵⁴.

Nahimana), párr. 1103; *Prosecutor v. Obrenović*, *Trial Chamber Judgment* del 10.12.2003 (IT-02-60/2-S), párr. 62; *Prosecutor v. Jelisić*, *Trial Chamber Judgment* del 14.12.1999 (IT-95-10-T), párr. 130; *The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana*, *Trial Chamber Judgment* del 28.04.2005 (ICTR-95-1B-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Muhimana*), párrs. 599 y 612-614; *Prosecutor v. Kupreškić*, *Trial Chamber Judgment* del 14.01.2000 (IT-95-16-T), párr. 852; *Prosecutor v. Rutaganda*, *Trial Chamber Judgment* del 06.12.1999 (ICTR-96-3-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*), párr. 467. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing*, cit., pp. 150-151; DAVID, É., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 886-888.

⁴⁸ *Laurent Semanza v. The Prosecutor*, *Appeals Chamber Judgment* del 20.05.2005 (ICTR-97-20-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Semanza*), párr. 338; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 886-888.

⁴⁹ *Prosecutor v. Erdemović*, *Trial Chamber Judgment* del 29.11.1996 (ICTY-96-22-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Erdemović*), párr. 85; Sentencia de primera instancia en el caso *Muhimana*, *supra* nota 47, párrs. 612-614; *Prosecutor v. Blaškić*, *Appeals Chamber Judgment* del 29.07.2004 (IT-95-14-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*), párr. 683; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 886-888.

⁵⁰ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, *Appeals Chamber Judgment* del 12.06.2002 (IT-96-23 & IT-96-23/1-A), párr. 381; Sentencia de primera instancia en el caso *Muhimana*, *supra* nota 47, párr. 607.

⁵¹ *Prosecutor v. Rajić*, *Trial Chamber Judgment* del 08.05.2006 (IT-95-12-S), párr. 117; *Prosecutor v. Furundžija*, *Trial Chamber Judgment* del 10.12.1998 (IT-95-17/1-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*), párr. 283; *Prosecutor v. Mucić et al.*, *Trial Chamber Judgment* del 16.11.1998 (IT-96-21-T), párr. 1268; *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, *Trial Chamber Judgment* del 17.01.2005 (IT-02-60-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Blagojević & Jokić*), párr. 844; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 886-888.

⁵² Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*, *supra* nota 47, párr. 469; *The Prosecutor v. André Ntagerura*, *Trial Chamber Judgment* del 25.02.2004 (ICTR-99-46-T), párr. 813; Sentencia de apelación en el caso *Krstić*, *supra* nota 24, párr. 268; *Prosecutor v. Vasiljević*, *Appeals Chamber Judgment* del 25.02.2004 (IT-98-32-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*), párr. 182; Sentencia de primera instancia en el caso *Nahimana*, *supra* nota 47, párr. 1103; Sentencia de primera instancia en el caso *Furundžija*, *supra* nota 51, párr. 283. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing*, cit., pp. 150-153; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 886-888.

⁵³ Sentencia de apelación en el caso *Vasiljević*, *supra* nota 52, párrs. 171-172; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 49, párr. 683; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 886-888.

Como puede comprobarse la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* prevé expresamente el abuso de la posición del acusado en el entramado criminal como circunstancia agravante⁵⁵. Se ha podido constatar también que los tribunales *ad hoc* de alguna manera tienen en cuenta la forma en la que el sujeto activo ha intervenido en el crimen. Sin embargo, no es suficiente, puesto que el modo de intervención criminal punible no debería repercutir en la determinación judicial de la pena, sino que debería reflejarse ya en la fijación de un marco legal abstracto-concreto en la determinación legal de la pena. Además, como se viene repitiendo a lo largo de este Capítulo, la valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad no debería dejarse al ilimitado arbitrio judicial, sino que debería limitarse por medio de criterios o pautas establecidos en la determinación legal de la pena (en el sentido de un marco legal concreto).

En lo que se refiere a las circunstancias atenuantes desarrolladas por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, destacan las siguientes⁵⁶:

- Si y cuándo el acusado se declara responsable⁵⁷.
- La cooperación sustancial por parte del acusado⁵⁸.

⁵⁴ *The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda, Trial Chamber Judgement* del 22.01.2004 (ICTR-99-54A-T), párr. 764; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Trial Chamber Judgment* del 26.02.2001 (IT-95-14/2-T), párr. 853; Sentencia de primera instancia en el caso *Plavšić*, *supra* nota 18, párr. 57; Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 47, párr. 1108; Sentencia de primera instancia en el caso *Blagojević & Jokić*, *supra* nota 51, párrs. 847-848; Sentencia de primera instancia en el caso *Rutaganda*, *supra* nota 47, párr. 468. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing*, cit., pp. 156-159; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 886-888.

⁵⁵ En el mismo sentido, SMEULERS, A., HOLÁ, B., "ICTY", cit., p. 189.

⁵⁶ DRUMBL, M.A., *Atrocity*, cit., p. 64. En sentido similar, Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing*, cit., pp. 209-210; BASSIOUNI, M.C., *Introduction*, cit., pp. 480-481.

⁵⁷ *Prosecutor v. Kambanda, Trial Chamber Judgement*, 4 September 1998 (ICTR 97-23-S), párr. 54; *Procureur c. Georges Ruggiu, Chambre de Première Instance*, del 01.06.2000 (ICTR-97-32-I) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*), párr. 53; *Prosecutor v. Sikirica et al., Trial Chamber Judgement* del 13.11.2001 (IT 95-8-S) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Sikirica et al.*), párr. 148; Sentencia de primera instancia en el caso *Plavšić*, *supra* nota 18, párr. 110. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing*, cit., pp. 175-176; DAVID, É., *Éléments*, cit., pp. 889-892.

⁵⁸ *Prosecutor v. Todorović, Trial Chamber Judgement* del 31.07.2001 (IT 95-9/1-S) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Todorović*), párrs. 83-88; *Prosecutor v.*

- El remordimiento⁵⁹.
- La juventud⁶⁰, edad avanzada⁶¹, u otras circunstancias personales del acusado (si está casado, si tiene hijos, etc.)⁶².
- Que el acusado actuara bajo coacción o por órdenes de sus superiores⁶³.
- El "buen carácter" del acusado⁶⁴.
- El caos debido al conflicto armado constante⁶⁵.
- Que el acusado no tenga antecedentes penales⁶⁶.
- Las vulneraciones de derechos humanos sufridas por el acusado antes y durante el juicio⁶⁷.

Kupreškić, Appeals Chamber Judgement del 23.10.2001 (IT-95-16-A), párr. 430. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 176-178; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁵⁹ Sentencia de primera instancia en el caso *Ruggiu*, *supra* nota 57, párr. 69; Sentencia de primera instancia en el caso *Sikirica et al.*, *supra* nota 57, párr. 152; Sentencia de primera instancia en el caso *Todorović*, *supra* nota 58, párr. 89-92; Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 49, párr. 705; Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 47, párrs. 1087 y 1098. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 166-167; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁶⁰ *Prosecutor v. Jelisić, Appeals Chamber Judgement* del 05.07.2001 (IT-95-10-A), párrs. 129-131; *Prosecutor v. Delalić et al., Trial Chamber Judgement* del 16.11.1998 (IT-96-21-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Delalić et al.*), párr. 1283. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 167-170; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁶¹ Sentencia de primera instancia en el caso *Plavšić*, *supra* nota 18, párrs. 103 y 110; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Trial Chamber Judgment* del 21.02.2003 (ICTR-96-10-T, ICTR-96-17-T) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Ntakirutimana*), párr. 898. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 167-170; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁶² Sentencia de primera instancia en el caso *Strugar*, *supra* nota 18, párr. 469; Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 47, párrs. 1088 y 1099. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 165-166 y 170-172; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁶³ *Prosecutor v. Krstić, Trial Chamber Judgment* del 02.08.2001 (IT-98-33-T), párr. 711; Sentencia de primera instancia en el caso *Erdemović*, *supra* nota 49, párrs. 89-91; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁶⁴ *Prosecutor v. Krnojelac, Trial Chamber Judgment* del 15.03.2002 (IT-97-25-T), párr. 519; Sentencia de apelación en el caso *Semanza*, *supra* nota 48, párrs. 397-398; *Prosecutor v. Stakić, Appeals Chamber Judgement* del 22.03.2006 (IT-97-24-A), párr. 406; *Prosecutor v. Niyitegeka, Trial Chamber Judgement* del 16.05.2003 (ICTR-96-14-T), párr. 496; Sentencia de primera instancia en el caso *Ntakirutimana*, *supra* nota 61, párr. 895. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 159-163; DAVID, É., *Éléments, cit.*, pp. 889-892.

⁶⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Delalić et al.*, *supra* nota 60, párrs. 1283-1284.

⁶⁶ *Prosecutor v. Krajišnik, Trial Chamber Judgment* del 27.09.2006 (IT-00-39-T), párr. 1161; Sentencia de primera instancia en el caso *Simić*, *supra* nota 47, párrs. 1089 y 1100. Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, pp. 163-164.

De nuevo, debe ser bienvenida la previsión como circunstancia atenuante del hecho de que el sujeto activo actuara bajo coacción o siguiendo órdenes, ya que sólo en contadas ocasiones se cumplen los requisitos para aplicar la eximente completa por estas mismas causas. Cabe señalar que ya desde Núremberg se preveían circunstancias atenuantes como el cumplimiento de órdenes o actuar bajo coacción⁶⁸. Debido a su relación con el elemento aquí descrito como el contexto criminal en el que tienen lugar los crímenes de atrocidad, cabe destacar la circunstancia atenuante consistente en el caos derivado de conflictos armados endémicos. Pese a que los tribunales *ad hoc* han señalado que éste no es un factor decisivo⁶⁹, desde aquí defendemos lo adecuado de aplicar dicha circunstancia atenuante a aquellos criminales de rango bajo y medio que, de no ser por el contexto criminal, nunca hubiesen cometido las atrocidades que llegaron a cometer.

Al igual que en relación a las circunstancias agravantes, debe señalarse la ausencia en la determinación legal de la pena de un marco de pautas coherentes para la apreciación y valoración de las circunstancias atenuantes (ausencia de un marco legal concreto). Ello ha conllevado la falta de un criterio uniforme en la práctica de los tribunales penales internacionales: ciertas circunstancias atenuantes han sido aplicadas en determinado supuestos, mientras que no se han tenido en cuenta en otros casos similares⁷⁰.

⁶⁷ *Juvénał Kajelijeli v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgment* del 23.05.2005 (ICTR-98-44A-A), párr. 320; Sentencia de primera instancia en el caso *Nahimana*, *supra* nota 47, párrs. 1106-1107.

⁶⁸ DRUMBL, M.A., *Atrocity*, *cit.*, p. 47.

⁶⁹ Sentencia de apelación en el caso *Blaškić*, *supra* nota 49, párr. 711.

⁷⁰ En el mismo sentido, SMEULERS, A., HOLÁ, B., "ICTY", *cit.*, p. 190, nota 44.

II.3.3. Conclusión

Como se ha podido comprobar en este Apartado, el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal es reconocida como circunstancia agravante tanto en los tribunales *ad hoc* (mediante su jurisprudencia) como en la CPI (en el art. 145(2)(b)(ii) de las Reglas de Procedimiento y Prueba). Ello debe ser bienvenido, puesto que resulta especialmente útil para apreciar debidamente la responsabilidad del criminal de rango alto o medio que "sólo" puede ser sancionado como inductor, así como para diferenciar al (co)autor mediato de rango alto del autor mediato de rango medio.

En el breve análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, hemos podido constatar asimismo la existencia de una circunstancia atenuante sumamente útil en nuestro empeño por reforzar la distinción ya operada en el plano de lo típico entre la responsabilidad de los (co)autores mediatos y (co)autores directos: la coacción (*duress*), que sin llegar a constituir una causa de exoneración, puede operar como circunstancia atenuante en relación a los criminales de rango bajo. Además de tal circunstancia, debe ser también bienvenida la previsión por parte de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* de la circunstancia atenuante consistente en el caos derivado del conflicto armado constante o, mejor dicho, el contexto criminal en el que tienen lugar los crímenes de atrocidad.

Sin embargo, es preciso recordar que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no han venido aplicándose de una manera uniforme en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, sino que se ha dejado por completo al arbitrio del juez, lo que ha conllevado agravios comparativos inaceptables desde el punto de vista de la justicia. No se pone en duda que la existencia de toda circunstancia modificativa de la responsabilidad debe constatarse en el caso concreto. No obstante, el DPI debería contar con un

marco sistemático de pautas coherentes para la apreciación y valoración de tales circunstancias en la determinación legal de la pena (marco legal concreto)⁷¹.

Si bien esta Parte III del presente trabajo investigador no pretende ser una monografía sobre la determinación de la pena en DPI, defendemos la imperante necesidad de un marco coherente y comprensivo de normas que regulen dicha fase en DPI, muy especialmente, en relación al peso que los modos de intervención criminal punible deben tener en la determinación legal de la pena por medio de la fijación de diversos marcos penales (marco legal abstracto-concreto).

⁷¹ En sentido similar, Vid. D'ASCOLI, S., *Sentencing, cit.*, p. 309.

III. DE LEGE FERENDA

III.1. Esquema general propuesto

Además de la dogmática relativa a los modos de intervención criminal punible en DPI (Parte II), los resultados del análisis criminológico de los crímenes de atrocidad (Parte I) también han sido imprescindibles para poder desarrollar el esquema general aquí propuesto, en el cual se relacionan:

- 1) los hechos que – conforme al análisis criminológico de los crímenes de atrocidad – los sujetos de cada rango normalmente llevan a cabo,
- 2) con determinados modos de intervención criminal punible.

Se trata de un tipo ideal (con el significado establecido por Max Weber) que pretende servir como modelo o guía para la elección del modo de intervención criminal punible en cada caso. Por tanto, dicho esquema admite excepciones, y en cualquier caso, el cumplimiento de los requisitos del modo de intervención criminal punible aplicado deberá comprobarse en cada caso concreto. Cabe recordar que la selección de un determinado modo de intervención criminal punible para los sujetos pertenecientes a cada rango no se basa en el rango o la posición del sujeto, sino en los hechos que los miembros de cada rango normalmente llevan a cabo.

El esquema general parte de una clasificación tripartita del rango del sujeto activo: alto, medio y bajo. Debido a nuestra apuesta a favor de la teoría del dominio del hecho, el mencionado esquema gira en torno a dicha teoría, en concreto, en torno a la autoría mediata por medio de EOP.

En relación a los criminales de rango alto, se ha propuesto la aplicación de la autoría mediata o de la coautoría mediata, siempre que éstos cumplan

los requisitos de la (co)autoría mediata por medio de EOP. Si, por el contrario, no se cumplen tales requisitos, el sujeto activo "sólo" podrá ser considerado partícipe por "ordenar" o por "instigar"/ "proponer e inducir" (cuando se trate de una conducta activa) o ser condenado por la Responsabilidad del Superior o por complicidad por omisión (cuando se trate de una omisión).

En la medida en que pasan las órdenes de sus superiores a los subordinados, los criminales de rango medio sirven de puente entre los dos extremos. Se ha defendido que el hecho de que actúen por órdenes de instancias superiores no impide que sean considerados autores mediatos, puesto que, siempre que dirijan la parte de la organización que les está subordinada (sin dejar a criterio de otros la realización del delito), es irrelevante que actúen por iniciativa propia o por órdenes de sus superiores. Además, es necesario que cumplan el resto de requisitos de la autoría mediata por medio de EOP. Por razones de sobra explicadas, la coautoría no resulta aplicable en estos casos – menos aún en el caso de criminales de rango alto –.

Si, por el contrario, el superior intermedio no dirige la parte de la EOP bajo su control o no cumple alguno del resto de requisitos de la autoría mediata por medio de EOP, "sólo" podrá ser sancionado como partícipe por "ordenar" o "instigar" / "proponer e inducir" el crimen (cuando se trate de una conducta activa), o por medio del delito separado (de omisión propia) de la Responsabilidad del Superior o por medio de la complicidad por omisión (cuando se trate de una omisión).

Los supuestos de criminales de rango bajo son los menos problemáticos, ya que aquellos que, con el dominio de la acción, intervienen directamente en la comisión del crimen deben ser considerados autores directos del mismo. Cuando el crimen es cometido por varias personas que comparten el dominio funcional del hecho, todos ellos serán sancionados como

coautores (directos) del crimen. Si no es posible constatar ninguna modalidad de dominio del hecho en el sujeto activo de rango bajo, éste “sólo” podrá ser considerado responsable como partícipe por “complicidad”.

	Si se cumplen los requisitos:	Si no se cumplen los requisitos:
Hechos normalmente cometidos por los criminales de rango alto	Autoría mediata o coautoría mediata	Conducta activa: - Ordenar - Instigar, o proponer e inducir
		Omisión: - Responsabilidad del Superior - Complicidad por omisión
Hechos normalmente cometidos por los criminales de rango medio	Autoría mediata	Conducta activa: - Ordenar - Instigar, o proponer e inducir
		Omisión: - Responsabilidad del Superior - Complicidad por omisión
Hechos normalmente cometidos por los criminales de rango bajo	Autoría directa o coautoría (directa)	Complicidad

III.2. Modos de intervención criminal punible en la determinación legal de la pena

Además del indudable valor dogmático y expresivo (estigmatizante) de la clasificación de los modos de intervención criminal punible, se ha defendido la necesidad de que éstos sean tomados en consideración en la determinación legal de la pena por medio del establecimiento de diferentes marcos penales (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto). Así, se ha propuesto un sistema diferenciado en sentido doble:

- 1) en la diferenciación de los modos de intervención criminal punible en el nivel de imputación; y
- 2) en el de determinación de la pena.

En concreto, se ha explicado que la fijación del marco legal abstracto-concreto en la determinación legal de la pena debe producirse en dos pasos:

- 1) en primer lugar, ha de tenerse en cuenta la diferencia entre la autoría y la participación; y
- 2) en segundo lugar, deben tenerse presentes las diferencias entre las diversas formas de autoría y las diversas formas de participación.

En lo que se refiere a la autoría, se ha argumentado que la autoría mediata y la coautoría mediata por medio de EOP deberían conllevar la aplicación de un marco penal más severo que el resto de formas de autoría. En el ámbito de la participación, se ha propuesto una pena mayor para la inducción en comparación con la complicidad; y dentro de la inducción, una pena mayor para la responsabilidad por ordenar con respecto a la responsabilidad por instigar o proponer e inducir.

Con objeto de reflejar con mayor precisión en la determinación de la pena la diferencia entre los criminales de rango alto y los de rango bajo, se ha considerado conveniente introducir una breve referencia a tres circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Éstas deben tenerse en cuenta en la determinación de la pena para concretar la extensión en la que debe imponerse la pena dentro del marco penal correspondiente al modo de intervención criminal punible aplicado y obtener así un marco legal concreto. Mientras que la primera recae sobre el injusto (lo agrava), la segunda y la tercera disminuyen la culpabilidad:

- 1) el abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal como circunstancia agravante en relación a los criminales de rango alto;
- 2) la coacción, que sin llegar a causa de exoneración, constituye una circunstancia atenuante en relación a los criminales de rango bajo;
- 3) la previsión, en relación a los criminales de rango bajo, de la circunstancia atenuante consistente en el contexto criminal en el que tienen lugar los crímenes de atrocidad.

La opinión contraria al amplio arbitrio judicial en la apreciación y valoración de las circunstancias modificativas de la responsabilidad – el cual ha conllevado no sólo inconsistencias sino también agravios comparativos en la jurisprudencia – se introduce en nuestra crítica más general relativa a la ausencia de un marco coherente y comprensivo de normas que regulen la determinación de la pena en DPI. Como se ha advertido a lo largo de esta Parte III, el presente trabajo investigador no pretende ser una monografía sobre la determinación de la pena en DPI; no obstante lo cual, nos atrevemos a defender la imperante necesidad de que los modos de intervención criminal punible en DPI – tema central de esta tesis – sean tomados en consideración en la determinación legal de la pena por medio del establecimiento de diferentes marcos penales (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto).

III.3. *De lege ferenda*: marcos penales

Tanto las normas relativas a la determinación de la pena en la CPI como la jurisprudencia sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad desarrollada por los tribunales *ad hoc* prevén tener en cuenta en la determinación de la pena el modo de intervención criminal

punible aplicado en el nivel de imputación. Sin embargo, se prevé como un criterio más que puede tenerse en cuenta en la determinación judicial de la pena y cuya valoración se deja al ilimitado arbitrio judicial.

Por el contrario, aquí se ha defendido la necesidad de que el modo de intervención criminal punible sea considerado en la determinación legal de la pena por medio del establecimiento de diferentes marcos penales en DPI (en el sentido de un marco legal abstracto-concreto). Ello resulta imprescindible no sólo desde el punto de vista dogmático, sino también para evitar la disparidad en la jurisprudencia de un mismo tribunal, entre la jurisprudencia de distintos tribunales penales internacionales, y con respecto a los tribunales penales estatales que conocen de crímenes internacionales.

Somos conscientes de que, debido a las diversas tradiciones jurídicas que confluyen en DPI, resulta difícil consensuar los límites temporales exactos de tales marcos penales. No es este el lugar para determinar los límites máximos y mínimos de los marcos penales correspondientes a cada modo de intervención criminal punible (marco legal abstracto-concreto) – ni tampoco para decidir si ello debe realizarse a través de la previsión de penas superiores e inferiores en grado o a través de otras técnicas –. Dejamos esta tarea al legislador internacional (formado por los representantes de diferentes Estados y tradiciones jurídicas). No obstante, al establecer aquí una clasificación jerárquica de las diversas formas de autoría y de participación, se ha sentado la base sobre la cual edificar los límites exactos de cada marco penal.

En cualquier caso, debe tenerse presente que la pena (los marcos penales) ha de respetar los derechos humanos. No existe en DPI, debido al imprescindible respeto por los derechos humanos, pena capaz de reflejar la atrocidad de los crímenes internacionales desde un punto de vista expiatorio. Como afirma Drumbl, si desde el punto de vista de la

proporcionalidad de la retribución hubiera que reflejar la gravedad de los crímenes de atrocidad, incluso la muerte quedaría corta¹. Sin embargo, por muy reprobables que sean los crímenes de atrocidad, las penas impuestas deben cumplir los principios básicos del Derecho penal y de los derechos humanos.

Así, cabe señalar que, a diferencia del Tribunal Militar Internacional y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, ni la CPI, ni los tribunales *ad hoc*, ni los tribunales mixtos prevén la pena de muerte como opción. La pena máxima a aplicar en los tribunales penales internacionales es la cadena perpetua². Como de la Cuesta Arzamendi, consideramos que esta pena resulta difícilmente compatible con el principio de humanidad y la dignidad humana, requiriéndose en todo caso a nivel europeo – además de que las condiciones de ejecución cumplan unos estándares mínimos – que el preso conserve “una expectativa concreta y realizable de una eventual liberación”, lo que requiere “una regulación normativa razonable, ordenada y procesalmente correcta de la concesión (incluso aunque sea muy limitada) de la libertad condicional”³.

Los responsables penales de crímenes de atrocidad que hayan sido condenados a cadena perpetua también deberían tener derecho a una segunda oportunidad mediante la previsión de la posibilidad de revisión de la pena impuesta tras determinados años de efectivo cumplimiento; puesto que la prisión de por vida sin esperanza de recobrar algún día la libertad vulnera el principio de humanidad⁴.

¹ DRUMBL, M.A., *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007, p. 156.

² *Vid.* Subapartado II.2.1. de esta Parte III.

³ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., “El principio de humanidad en Derecho penal”, *Eguzkilore*, Núm. 23, 2009, p. 218.

⁴ Para notas sobre la jurisprudencia en este ámbito, *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., “El principio”, *cit.*, pp. 216-218.

Por ello, debe ser bienvenido que los Estatutos de los tribunales *ad hoc* al menos prevean la posibilidad del indulto o de la conmutación de la pena para los casos en los que el condenado pueda beneficiarse de ello conforme a la legislación del Estado en el cual cumple condena (art. 28 ETPIY y art. 27 ETPIR). Las Reglas de Procedimiento y Prueba de los tribunales *ad hoc* establecen además las reglas del procedimiento para poder obtener el indulto o la conmutación de la pena (reglas 123-125 y reglas 124-126 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de el TPIY y del TPIR, respectivamente).

El Estado en el cual el preso cumple condena pondrá el asunto en conocimiento del tribunal internacional, y el Presidente de este último, tras consultar a los magistrados permanentes del tribunal sentenciador que permanezcan en su puesto, decidirá si el indulto o la conmutación de la pena son adecuados. Para tomar tal decisión deberá tener en cuenta, entre otros, la gravedad del crimen o crímenes por los que fuera condenado, el tratamiento de otros prisioneros en situaciones similares, las muestras de rehabilitación del condenado, y la cooperación sustancial del condenado con la Fiscalía. Sin embargo, como puede observarse, la posibilidad de optar al indulto o a la conmutación de la pena depende de la legislación vigente en el Estado en el que el preso cumple condena, lo que puede dar lugar a agravios comparativos. Además, ni el procedimiento ni tampoco los criterios para tomar la decisión son todo lo precisos que deberían ser.

En este sentido, la regulación de la reducción de la pena en la CPI es más detallada y ofrece mayores garantías.

- Primero, la posibilidad de la reducción de la pena no se hace depender de la legislación vigente en el Estado en el que el penado cumple la pena, sino que se establece que, cumplidas las dos terceras partes de la pena o veinticinco años de prisión en caso de cadena perpetua, la CPI examinará la pena para

determinar si cabe una reducción de la misma (art. 110(3) ER). El mismo artículo prohíbe que la reducción de la pena tenga lugar antes de que se cumpla el mencionado período de seguridad.

- Segundo, para los casos en los que el examen inicial deniegue la reducción de la pena, el art. 110(5) ER y la regla 224(3) de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI garantizan que la CPI volverá a examinar la cuestión cada tres años, salvo que se indique un intervalo más breve en la decisión de denegación.
- Tercero, la regla 224 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI señala (con mayor detalle que en los tribunales *ad hoc*) las normas que rigen el procedimiento para decidir sobre la reducción de la pena. Dichas normas establecen que serán tres magistrados de la Sala de Apelaciones (nombrados por dicha Sala) los encargados de tomar la decisión, y garantizan la intervención en el proceso del condenado, de su abogado (y en su caso, de los servicios de interpretación), del Ministerio Fiscal, del Estado de ejecución de la pena, y en la medida de lo posible, de las víctimas o de sus representantes legales.
- Cuarto y último, el art. 110(4) ER determina que la CPI podrá reducir la pena del condenado si concurren uno o más de los siguientes factores:
 - a) haber manifestado desde el principio y de manera continua la voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamiento;
 - b) haber facilitado voluntariamente la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a localizar bienes sobre los que recaigan las multas o las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas;
 - u

- c) otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias lo suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.

Son cinco los factores que, de acuerdo con lo establecido en el art. 110(4) ER, establece la regla 223 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI:

- a) la conducta del condenado durante su privación de libertad, la cual revele una auténtica desvinculación con respecto de su crimen;
- b) sus posibilidades de reinserción y reasentamiento exitoso;
- c) si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias; y
- e) las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

Por todo ello, defendemos que la regulación normativa igualitaria, razonable y detallada de la reducción de la pena en la CPI ofrece una expectativa plausible de una eventual liberación para los condenados a cadena perpetua – y lo hace para todos los condenados a cadena perpetua por igual, independientemente del Estado en el cumplan condena –, lo que conlleva que dicha pena máxima aplicable en la CPI sea respetuosa con el principio de humanidad.

CONCLUSIONES

Parte I

Dada la variedad de conceptos empleados por la doctrina para referirse a los crímenes relativos a las atrocidades – crímenes internacionales, crímenes transnacionales, crímenes del Estado, *core crimes*, entre otros –, la primera tarea consiste en definir el objeto de estudio de la presente investigación.

- La categoría de crímenes de atrocidad es la que mejor lo define. Se refiere a las situaciones en las que la comisión de uno de los tres *core crimes* internacionales (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) cumple el estándar de la magnitud, necesario para ser considerado uno de los crímenes más graves de trascendencia internacional. Dicho estándar es imprescindible para que los tribunales penales internacionales y los tribunales híbridos tengan jurisdicción sobre crímenes internacionales. Así, los tres *core crimes* constituyen crímenes de atrocidad cuando cumplen el requisito del estándar de la magnitud.

- Debido a la intervención de actores no-estatales y a la naturaleza asistemática y descentralizada de los conflictos actuales, puede afirmarse que no todo crimen de atrocidad es cometido por un Estado o una organización asimilable al Estado. Por consiguiente, el concepto de crimen del Estado es inapropiado para definir el objeto de estudio de la presente investigación.

El análisis llevado a cabo en tres diferentes niveles (niveles macro, meso y micro) y teniendo en cuenta cuatro catalizadores (motivación,

oportunidad, límites, y control) ha permitido a la autora identificar las principales características de los crímenes de atrocidad, las cuales pueden agruparse de la siguiente manera:

- La intervención de un número elevado de individuos en la comisión de crímenes de atrocidad, y la existencia de importantes diferencias entre sus contribuciones en lo que se refiere a su naturaleza, magnitud y relevancia en relación al resultado criminal.

- La concurrencia de relevantes divergencias entre las contribuciones de los individuos que intervienen en la comisión de crímenes de atrocidad no impide que puedan ser clasificados en tres principales categorías: criminales de rango alto, criminales de rango medio, y criminales de rango bajo.

- Criminales de rango alto: dado que rara vez pueden los cerebros criminales tramar y controlar en solitario la comisión de crímenes de atrocidad, aquí se ha defendido que el nivel de liderazgo no se compone sólo de los cerebros criminales, sino también de los fanáticos y sujetos de carrera que junto a ellos deciden, organizan y controlan la comisión de los crímenes.

Los criminales de rango alto cumplen un rol crucial en relación a los factores que operan en los niveles macro y meso: contribuyen al establecimiento de las circunstancias extraordinarias en las que tienen lugar los crímenes de atrocidad. Además, y de manera más importante, organizan, ordenan y controlan la comisión de tales crímenes. Por lo tanto, no sólo deciden cómo será cometido el crimen, sino también si se cometerá o no.

A pesar de la gravedad de las conductas que contribuyen a crear el contexto criminal, tales conductas no suelen ser constitutivas de crímenes

de atrocidad (o ni siquiera son punibles *per se*). Por el contrario, las conductas como planificar, organizar, ordenar y controlar la comisión de un crimen de atrocidad sí permiten atribuir la responsabilidad penal por crímenes de atrocidad.

- Criminales de rango medio y rango bajo: la intervención de la mayoría de ellos en la comisión de crímenes de atrocidad es debida a la combinación de varios factores que pertenecen a los niveles macro, meso y micro. Muchos de los que en circunstancias normales serían ciudadanos respetuosos con la ley cometen crímenes atroces en el contexto de las circunstancias extraordinarias en las que se materializan dichos crímenes.

- El hecho de querer explicar el efecto que el contexto criminal tiene sobre el comportamiento de los criminales de rango bajo y medio no supone excluir o mitigar su responsabilidad penal. Lejos de ello, pretende comprender su conducta para poder evitar la futura influencia que los factores que operan en el nivel macro y meso tienen en la comisión de crímenes de atrocidad. Aunque pueda haber situaciones en las que los criminales de rango bajo y medio actúan bajo coacción (*duress*) u otras eximentes, en la mayoría de los casos, tienen libertad para decidir. Por ello, aquí se ha defendido que sería inadecuado aplicar una eximente como norma general a todo interviniente de rango medio y bajo en la comisión de crímenes de atrocidad.

- Frente a la naturaleza burocrática y organizada del régimen Nazi, la mayoría de los conflictos actuales está caracterizada por su desarrollo espontáneo, asistemático y descentralizado (incluso caótico).

Parte II

A la luz de la involucración masiva y heterogénea de los individuos que intervienen en la comisión de crímenes de atrocidad, el Derecho Penal Internacional (DPI) necesita un marco sistemático de modos de intervención criminal punible que se acomode a la realidad criminológica de tales crímenes y, al mismo tiempo, sea respetuoso con el principio ineludible de la responsabilidad penal individual.

Los tribunales penales internacionales – así como los tribunales penales híbridos y estatales – han desarrollado diferentes soluciones: la principal diferencia consiste en que los tribunales *ad hoc* emplean la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (ECC) como forma de coautoría (basada en el concepto subjetivo de autor), mientras que la Corte Penal Internacional (CPI) se basa en la teoría del dominio del hecho (concepto objetivo-material de autor), en la forma de coautoría por dominio funcional y autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder (EOP). No obstante, no todas las soluciones son igual de apropiadas y respetuosas con la realidad criminológica y con el principio de responsabilidad penal individual.

II.1. Autoría directa

- La teoría del dominio del hecho de Roxin debería constituir la base del esquema general de modos de intervención criminal punible en DPI, ya que permite distinguir de una manera justa entre autores y partícipes, y también calificar a los cerebros criminales como los máximos responsables de los crímenes de atrocidad.

- El dolo eventual constituye el estándar mínimo de *mens rea* requerido tanto por un número elevado de jurisdicciones estatales como por los tribunales *ad hoc*. El debate entre las diferentes Salas de la CPI acerca de la aceptación del dolo eventual debería concluirse a favor de la aceptación del primer escenario del dolo eventual.

- El dolo eventual continental no debería ser confundido con la *recklessness* del *common law*, puesto que el primero exige la aceptación/asunción del resultado criminal, mientras que la última no requiere tal cosa: la *recklessness* debería ser equiparada con la imprudencia consciente del Derecho continental (*conscious negligence*). Ni la *recklessness* ni la imprudencia consciente constituyen un estándar suficiente para establecer la responsabilidad penal por crímenes de atrocidad (salvo en el supuesto excepcional de la Responsabilidad del Superior).

II.2. Coautoría

- Los tribunales *ad hoc* han aplicado la doctrina de la ECC como forma de coautoría. Dicha aplicación está sujeta a importantes críticas:

- Ninguna de las tres categorías de la ECC puede ser entendida como forma de coautoría, dado que ninguna de ellas exige el requisito de la esencialidad de la contribución. Además, la ECC III carece de otro elemento importante de la coautoría: la conciencia y aceptación mutuas del crimen.
- Las tres categorías de la ECC conllevan el empleo de ficciones legales que nada tienen que ver con la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad: la ECC se aplica a grupos enormes en los que supuestamente todos los miembros comparten el mismo

dolo (aunque a menudo es imposible para los tribunales identificar a cada miembro del grupo).

- Afortunadamente, la doctrina de la ECC no tiene cabida en el Estatuto de Roma de la CPI. La CPI se basa en la coautoría por dominio funcional del hecho (segunda variante de la teoría del dominio del hecho de Roxin):

- La coautoría por dominio funcional del hecho cumple todas las características del concepto objetivo-material de coautoría. Por ello, debe ser bienvenido que la CPI haya aplicado dicha teoría en lugar de la doctrina de la ECC. En cualquier caso, la coautoría por dominio funcional (esquema horizontal) no puede reemplazar a la (co)autoría mediata por medio de EOP cuando se trata de un esquema vertical.
- La adopción del estándar del dolo eventual en relación a la coautoría por dominio funcional del hecho difiere del estándar de *mens rea* de la ECC III: la coautoría por dominio funcional requiere que la conciencia y la aceptación del crimen sean compartidas o mutuas, mientras que en la ECC III la conciencia y aceptación individual constituyen un estándar suficiente.
- Crítica: la CPI considera que las contribuciones en la fase preparatoria son suficientes para establecer una responsabilidad por coautoría, siempre que éstas sean esenciales. Sin embargo, la coautoría por dominio funcional del hecho exige que la contribución del coautor sea realizada en la fase de ejecución: los individuos que finalizan su contribución en la fase preparatoria no pueden controlar la comisión de los crímenes, ya que dejan la decisión en manos de quienes intervienen en la fase de ejecución.

II.3. Autoría mediata

- Los modos tradicionales de intervención criminal punible (pensados para la comisión individual de crímenes) no se acomodan apropiadamente a la intervención masiva de los individuos que toman parte en la comisión de crímenes de atrocidad. La autoría mediata por medio de EOP permite al DPI condenar tanto a los ejecutores como a los sujetos de atrás como autores del crimen.

- Condenar a los individuos que planifican, ordenan y controlan la comisión de crímenes de atrocidad como meros partícipes (en concreto, como inductores) no define adecuadamente su conducta. Si bien son los verdaderos artífices de los crímenes y deciden si y cómo se cometerán los crímenes, son tratados como meros partícipes accesorios de los mismos. El hecho de que quien induce puede recibir la misma pena que el autor no soluciona el problema, puesto que ser considerado autor (en lugar de partícipe) es importante de cara a su valor expresivo: aquellos que son los máximos responsables de los crímenes deberían ser calificados como autores.

- Tampoco la responsabilidad por coautoría se adapta adecuadamente a esta clase de supuestos. Pueden ofrecerse varios argumentos en contra de su aplicación a estos casos:

- Condenar a los criminales de rango alto y de rango medio como coautores de los criminales de rango bajo supone entender su relación como si fuera horizontal. No obstante, dicha relación es claramente una de carácter vertical (característica de la autoría mediata).
- No existe un plan común – requisito esencial de la responsabilidad por coautoría – en la ejecución de una orden.

- Tampoco está presente la ejecución conjunta del crimen – otra característica esencial de la coautoría – cuando la conducta del criminal de rango alto o de rango medio consiste simplemente en dar una orden.
- Es injusto equiparar la responsabilidad penal de todos los individuos que intervienen en la comisión de los crímenes de atrocidad, como si todos ellos fueran igualmente responsables.
- El dolo compartido de los individuos que intervienen en la comisión de crímenes – requisito indispensable de la coautoría – está normalmente ausente en el ámbito de los crímenes de atrocidad, en los que las campañas criminales suelen ser amplias.

- La CPI se basa de manera importante en la autoría mediata por medio de EOP, y exige los siguientes elementos para aplicar dicha forma de intervención criminal punible:

- La existencia de una EOP: el automatismo en su funcionamiento constituye el factor verdaderamente relevante, y el criterio de la fungibilidad no es sino uno de los criterios en los que puede basarse tal automatismo.
- El control sobre la EOP: no sólo los criminales de rango alto, sino también los de rango medio pueden tener el control necesario sobre la EOP, siempre que controlen la parte de la organización que dirigen sin dejar a criterio de otros la decisión de cometer el crimen.
- Los elementos del tipo subjetivo del crimen que ha sido cometido: el dolo eventual debería constituir el estándar mínimo.
- La conciencia de las circunstancias fácticas que permiten ejercer el dominio del hecho.

II.4. Coautoría mediata

- La coautoría mediata es necesaria para tratar tres situaciones que son muy comunes en el ámbito de los crímenes de atrocidad; por separado, ni la coautoría por dominio funcional ni la autoría mediata por medio de EOP se adecúan a tales escenarios:

- Varios líderes utilizan la EOP que controlan – cada uno de ellos dirige su propia EOP – para implementar el plan común de una manera coordinada.
- Varios líderes comparten el control sobre una única EOP, la cual emplean para asegurar la comisión de un crimen por medio de la implementación de un plan común de manera coordinada (el modelo de “junta”).
- Algunos de los coautores realizan su contribución esencial al crimen de manera directa, mientras que otros coautores intervienen por medio de su control sobre una EOP.

- La coautoría mediata evita tener que emplear la ficción legal según la cual todos los miembros de enormes campañas criminales comparten el mismo dolo. Aunque la doctrina de la ECC en el nivel de liderazgo también evita tener que emplear tal ficción legal, combina dos teorías contradictorias: la ECC (basada en un concepto subjetivo de autor) y la autoría mediata (basada en la teoría del dominio del hecho). Por el contrario, la coautoría mediata combina dos manifestaciones de la misma teoría (teoría del dominio del hecho): la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata. Por consiguiente, la coautoría mediata debería ser aplicada en lugar de la ECC en el nivel de liderazgo.

II.5. Participación

- Si bien los modelos internacionales de intervención criminal son diferenciados en tanto que prevén una variedad de modos de intervención criminal punible, son unitarios en lo que se refiere a la determinación de la pena, ya que no establecen una pena diferente para cada modo de intervención criminal punible. En cualquier caso, debido al valor expresivo de etiquetar a un individuo como autor del crimen, la distinción entre autores y partícipes sigue siendo de gran relevancia en DPI. Además, la presente investigación propone que los modelos internacionales de intervención criminal sean diferenciados también en el ámbito de la determinación de la pena.
- La responsabilidad por participación no encaja en los escenarios en los que los criminales de rango alto controlan la comisión de los crímenes; en tales casos, la (co)autoría mediata debería ser la aplicada. Así, la responsabilidad por participación debería estar limitada a los casos en los que no pueda probarse el control del sujeto activo sobre el crimen.
- Aunque la principal diferencia reside entre las conductas de inducción y las de complicidad, la responsabilidad por complicidad en el genocidio (sólo prevista en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*), por contribuir al crimen cometido por un grupo (sólo castigada en la CPI), y por planificar (sólo recogida en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*) han de ser estudiadas como formas de participación en DPI.
- En tanto que no constituyen formas de participación, sino una fase del *iter criminis*, los actos preparatorios punibles no deberían ser analizados en la misma sede que la participación.

II.6. Responsabilidad del Superior

- La figura de la Responsabilidad del Superior constituye un delito separado de omisión – no es una forma de intervención criminal punible por la que el superior es responsabilizado por su intervención en los crímenes cometidos por sus subordinados –, y debería conllevar una pena menos severa que la de los subordinados. El superior es considerado responsable por no prevenir o castigar la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados.

- Además, la Responsabilidad del Superior requiere un estándar menos exigente que la comisión activa de crímenes de atrocidad: dependiendo de la modalidad, y en ausencia de dolo, la Responsabilidad del Superior puede exigirse por imprudencia consciente e, incluso, inconsciente.

- En la mayoría de los casos, la Responsabilidad del Superior no tiene en cuenta el rol más activo que habitualmente cumplen en la comisión de crímenes de atrocidad. La aplicación de este delito separado de omisión debería estar limitada a los casos – muy concretos – en los que el superior no previene o castiga la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Por el contrario, la Responsabilidad del Superior se queda corta en las situaciones en las que el superior planifica, ordena o controla la comisión de dichos crímenes, en cuyo caso debería aplicarse el correspondiente modo de intervención criminal punible.

Parte III

III.1. Esquema general de modos de intervención criminal punible en el ámbito de los crímenes de atrocidad

- El esquema general propuesto se basa, por una parte, en los hechos que – de acuerdo con lo establecido en el análisis criminológico de los crímenes de atrocidad – los individuos pertenecientes a cada nivel suelen llevar a cabo, y por otra, en determinados modos de intervención criminal punible.

- Dicho esquema pretende servir como guía. Por tanto, admite excepciones, y la concurrencia de los requisitos de cada modo de intervención criminal punible debe ser probada en cada caso concreto.
- La elección de una determinada forma de intervención criminal punible depende de los hechos que suelen ser cometidos por los miembros pertenecientes a cada nivel jerárquico, no de su posición dentro de la estructura jerárquica.

- El mencionado esquema está basado en la clasificación de los individuos que intervienen en la comisión de crímenes de atrocidad en tres principales grupos – rango alto, medio y bajo – y en la teoría del dominio del hecho.

- En cuanto a las conductas que normalmente son realizadas por los criminales de rango alto, la (co)autoría mediata debería ser aplicada cuando se cumplan sus requisitos. Por el contrario, si dichos requisitos no se cumplen o no pueden ser probados en el caso concreto, la conducta activa del criminal de rango alto debería conllevar la responsabilidad por ordenar o por inducir, mientras que su omisión daría lugar a la Responsabilidad del Superior o a la responsabilidad por complicidad por omisión.

- En lo que se refiere a las conductas que habitualmente son llevadas a cabo por los criminales de rango medio, si éstas cumplen las condiciones de la autoría mediata, debería aplicarse tal modo de intervención criminal punible. Si no las cumplen, su conducta activa será punible por ordenar o inducir el crimen, y su omisión dará lugar a la aplicación de la Responsabilidad del Superior o de la responsabilidad por complicidad por omisión.

- En el ámbito de las conductas que suelen ser realizadas por los criminales de rango bajo, los ejecutores deberían ser castigados como (co)autores directos, siempre que se cumplan los requisitos de alguno de los dos modos de intervención criminal punible. En caso de que su dominio del hecho no pueda ser probado, podrán ser responsables a título de complicidad.

III.2. Modos de intervención criminal punible y determinación de la pena

- Se ha defendido aquí que los modelos internacionales de intervención criminal deberían ser diferenciados en un doble sentido: no sólo en distinguir varios modos de intervención criminal punible, sino también en el ámbito de la determinación de la pena.

- En concreto, se ha propuesto que los siguientes extremos seas tomados en consideración en la determinación legal de la pena:

- La responsabilidad por autoría (principal) debería conllevar una pena más grave que la responsabilidad por participación (accesoria).

- Determinadas formas de autoría deberían suponer una pena más severa que otras: la (co)autoría mediata por medio de EOP merece una pena más grave que el resto de formas de autoría.
- De igual manera, ciertas formas de participación merecen una pena más severa que otras: la pena por inducir debería ser más severa que la establecida por complicidad. En el ámbito de la inducción, la responsabilidad por ordenar debería conllevar una pena más grave que la inducción "normal".

- El principal objetivo de dicha clasificación consiste en distinguir a los ejecutores ((co)autores directos) de los líderes ((co)autores mediatos por medio de EOP): aunque sean responsables a título de autoría, los criminales de rango bajo merecen una pena menos severa que los criminales de rango alto y medio que organizan y controlan la comisión de los crímenes de atrocidad y que son los verdaderos artífices de los mismos.

III.3. Propuesta *de lege ferenda*

- Si bien las normas que regulan la determinación de la pena en la CPI y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* establecen que los tribunales penales internacionales deben tener en consideración los modos de intervención criminal punible en la determinación de la pena, éstos constituyen meramente uno de los tantos criterios a tener en cuenta en la determinación judicial de la pena.

- Sin embargo, los modos de intervención criminal punible deberían ser tomados en consideración en la determinación legal de la pena mediante el establecimiento de diferentes marcos temporales en DPI. Si bien los límites máximos y mínimos de tales marcos no han sido determinados en el presente trabajo investigador, se ha propuesto al legislador internacional

una clasificación jerárquica de los modos de intervención criminal punible sobre la que construir los exactos límites.

- Pese a la gravedad de los crímenes de atrocidad, la pena (los marcos penales) debe ser respetuosa con los derechos humanos y los principios básicos del Derecho Penal, tal y como se recoge en una variedad de instrumentos legales internacionales. Conviene recordar que, afortunadamente, la pena de muerte no ha sido incluida ni en el Estatuto de Roma ni en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. Además, en tanto que prevén los requisitos y mecanismos para revisar una pena de cadena perpetua, el individuo que es condenado a tal pena puede mantener la esperanza de una segunda oportunidad. Bajo estas condiciones, para que la cadena perpetua sea respetuosa con el principio de humanidad, es también necesario que las reglas que rigen las condiciones y el procedimiento para revisar la pena de cadena perpetua sean claras y razonables. En este sentido, aquí se ha defendido que las reglas de la CPI son más apropiadas (igualitarias, precisas y razonables) que las de los tribunales *ad hoc*.

CONCLUSION

Part I

Owing to the variety of concepts that scholars use to refer to crimes related to atrocities – international crimes, transnational crimes, state crimes, core crimes, among others –, the first task consists in defining the subject of study of the present research.

- The category of atrocity crimes is the one which best defines it. It refers to the situation when the commission of one of the three international core crimes (genocide, crimes against humanity and war crimes) meets the magnitude standard, which is necessary in order to be considered one of the most serious crimes of international concern. The magnitude standard is essential for international criminal tribunals and hybrid tribunals to have jurisdiction over international crimes. Thus, the three core crimes become atrocity crimes when they meet the requirement of the magnitude standard.

- Due to the involvement of non-State actors and the unsystematic and decentralized nature of actual conflicts, it can be safely stated that not every atrocity crime is committed by a State or State-like organization. Therefore, the concept of State-crime proves to be inappropriate.

The analysis at three different levels (macro-, meso-, and micro-level) and taking into consideration four catalysts (motivation, opportunity, constraint, and control) has enabled the author to conclude the main features of atrocity crimes, which can be grouped as follows:

- The involvement of a high number of individuals in the commission of atrocity crimes, and the existence of important differences among their contributions in terms of their nature, magnitude and relevance with regard to the criminal result.

- The concurrence of relevant divergences among the contributions of the individuals who take part in the commission of atrocity crimes does not preclude the possibility of grouping them into three main categories: top-level perpetrators, mid-level perpetrators, and low-level perpetrators.

- Top-level perpetrators: owing to the fact that criminal masterminds can rarely plot and control the commission of atrocity crimes on their own, it has been argued that the leadership level is not only conformed by the criminal masterminds, but also by the fanatics and careerists who together with them decide, organize and control the perpetration of the crimes.

Top-level perpetrators play a crucial role with regard to macro- and meso-level factors: they contribute to the establishment of the extraordinary circumstances where atrocity crimes take place. In addition, and more importantly, they organize, order and control the perpetration of such crimes. Thus, they do not only decide how the crime will be committed, but also whether it will be committed or not.

Notwithstanding the seriousness of the conducts which help create the criminal context, such conducts do not usually amount to atrocity crimes (or they are not criminal *per se*). On the contrary, conducts such as planning, organizing, ordering and controlling the commission of an atrocity crime constitute the basis for the liability for atrocity crimes.

- Mid-level and low-level perpetrators: the involvement of most of them in the perpetration of atrocity crimes is due to the combination of various factors which pertain to the macro-, meso-, and micro-level. Many

otherwise law-abiding citizens commit heinous crimes in the context of the extraordinary circumstances where such crimes materialize.

- The attempt to explain the effect of the criminal context in the behaviour of low- and mid-level perpetrators does not entail the exclusion or mitigation of their criminal liability. Far from it, it is aimed at understanding their conduct in order to avoid the future influence of macro- and meso-level factors with regard to the perpetration of atrocity crimes. Even if there can be situations where mid- and low-level criminals act under duress or other defences, in most of the cases, they are still free to choose. Thus, it has been argued that defences should not be applied as a general rule to every mid- and low-level perpetrator of atrocity crimes.

- In contrast to the bureaucratic and organized nature of the Nazi regime, the majority of the actual conflicts are characterized by a spontaneous, unsystematic and decentralized (even chaotic) development.

Part II

In light of the massive and heterogeneous involvement of the individuals who take part in the perpetration of atrocity crimes, International Criminal Law (ICL) needs a systematic frame of modes of liability which best fit the criminological reality of such crimes and, at the same time, are respectful of the basic principle of individual criminal liability.

International criminal tribunals – as well as hybrid and national tribunals – have developed different solutions: the main difference lies in the fact that *ad hoc* tribunals make extensive use of the doctrine of Joint Criminal Enterprise (JCE) as a form of co-perpetration (based on a subjective approach), whereas the ICC relies heavily on the theory of control over the

crime (material-objective approach), in the form of functional co-perpetration and perpetration by means of an Organized Power Apparatus. However, not all solutions are equally appropriate and respectful of the criminological reality and of the principle of individual criminal responsibility.

II.1. Direct Perpetration

- Roxin's theory of control over the crime (*teoría del dominio del hecho*) should be the basis for the general frame of modes of liability in ICL, since it enables to fairly differentiate between principals and accessories and to label the criminal masterminds as the most responsible for atrocity crimes.
- *Dolus eventualis* constitutes the minimum *mens rea* standard required not only in a high number of national jurisdictions, but also at the *ad hoc* tribunals. The debate on the acceptance of *dolus eventualis* between the different Chambers of the ICC should be concluded in favour of the acceptance of the first scenario of *dolus eventualis*.
- The continental *dolus eventualis* should not be confused with the recklessness of common law countries, since the first requires the acceptance of the criminal result, whereas the last does not: recklessness should be equated to the continental conscious negligence (*imprudencia consciente*), and neither recklessness nor conscious negligence constitutes a sufficient standard to raise liability for atrocity crimes (except from the Responsibility of Superiors).

II.2. Co-perpetration

- *Ad hoc* tribunals have applied JCE doctrine as a form of co-perpetration.

Such an application is subject to important critical remarks:

- None of the three categories of JCE can be understood as a form of co-perpetration, because they all disregard the essential contribution requirement. Furthermore, JCE III lacks another important feature of co-perpetration: the shared or mutual consciousness and acceptance of the crime.
- The three categories of JCE entail the use of legal fictions which are not in line with the criminological reality of atrocity crimes: JCE is also applied to enormous groups where allegedly all the members share the same exact intent (even if it is often impossible for tribunals to identify every member).

- Fortunately, JCE doctrine has no place in the Rome Statute of the ICC. In contrast, the ICC relies on functional co-perpetration (second variant of Roxin's theory of control over the crime):

- Functional co-perpetration fulfils all the characteristics of the material-objective concept of co-perpetration. Thus, it should be welcomed that the ICC has applied such theory instead of JCE doctrine. In any case, functional co-perpetration (horizontal scheme) cannot replace (co)perpetration by means of an Organized Power Apparatus when it comes to a vertical scheme.
- The adoption of the *dolus eventualis* standard with regard to the functional co-perpetration is different from the *mens rea* standard of JCE III: functional co-perpetration requires that the consciousness and acceptance of the crime are shared or mutual, whereas in JCE III, the individual consciousness and acceptance constitute a sufficient standard.

- Critical remark: the ICC considers the contributions at the preparatory stage enough to raise liability for co-perpetration, as long as they are essential. Nevertheless, functional co-perpetration requires that the co-perpetrator's contribution is made at the execution stage: the individuals who finish their contribution at the preparatory stage cannot control the perpetration of the crimes, because they leave the decision to others who intervene at the execution stage.

II.3. Indirect perpetration

- The traditional modes of liability (designed to fit the individual perpetration of crimes) do not appropriately describe the massive involvement of individuals who take part in the commission of atrocity crimes. The perpetration by means of an Organized Power Apparatus enables ICL to condemn both the executors and the individuals in the back as principals to the crime.
- Condemning the individuals who plan, order and control the perpetration of atrocity crimes as mere accessories (specifically, as instigators) does not define appropriately their conduct. Although they are the real masterminds of the crimes and they decide how and whether the crimes are committed or not, they are considered mere accessories to the crime. The fact that instigators can receive the same punishment as principals does not solve the problem, since being considered a principal (instead of an accessory) to the crime is important in terms of fair labelling: those who are most responsible for the crimes should be labelled as principals.

- Applying the responsibility for co-perpetration to such type of cases is also inadequate. There are various reasons against its application in such cases:

- Punishing top-level and mid-level perpetrators as co-perpetrators of low-level perpetrators entails understanding their relation as if it were horizontal, whereas it is clearly a vertical one (characteristic of the perpetration by means).
- Lack of a common plan – essential requisite of the responsibility for co-perpetration – in the compliance with an order.
- Lack of a joint execution of the crime – another essential requisite of the responsibility for co-perpetration – when the conduct of the top-level or mid-level perpetrator consists merely in issuing an order.
- The injustice of equating the criminal responsibility of all the individuals who take part in the commission of atrocity crimes, as if they were all responsible to the same extent.
- The shared intent of all the individuals who intervene in the perpetration of the crimes – indispensable requisite of the responsibility for co-perpetration – is usually missing in the field of atrocity crimes, where criminal campaigns tend to be large.

- The ICC relies heavily on the perpetration by means of an Organized Power Apparatus, and it requires the following elements in order to apply such a mode of liability:

- The existence of an Organized Power Apparatus: the automatism in its functioning constitutes the truly relevant factor, and the fungibility criterion is merely one of the criteria on which the automatism can be based.

- The control over the Organized Power Apparatus: not only top-level perpetrators, but also mid-level perpetrators can have the necessary control over the apparatus, as long as they can run the part of the apparatus which they lead without leaving it to others to decide on the commission of the crime.
- The *mens rea* elements of the crime which has been committed: *dolus eventualis* should constitute the minimum *mens rea* standard.
- The consciousness of the factual circumstances which allow the control over the crime.

II.4. Indirect co-perpetration

- Indirect co-perpetration is necessary to deal with three situations which are very common in the field of atrocity crimes; standing alone, neither co-perpetration nor perpetration by means of an Organized Power Apparatus fit adequately in such scenarios:

- Various leaders use the Organized Power Apparatuses they control – each one controls his/her own apparatus – in order to implement a common plan in a coordinated manner.
- Various leaders share their control over a single Organized Power Apparatus, which they use to ensure the perpetration of a crime through the implementation of a common plan in a coordinated manner (“junta” model).
- Some of the co-perpetrators make an essential contribution to the crime directly, whereas other co-perpetrators intervene by means of their control over an Organized Power Apparatus.

- Indirect co-perpetration avoids the use of the legal fiction by which it is understood that all the members of enormous criminal campaigns share the same intent. Although the doctrine of JCE at the leadership level also avoids the use of such a legal fiction, it combines two conflicting theories: JCE (based on a subjective approach) and perpetration by means (based on the theory of control over the crime). In contrast, indirect co-perpetration combines two manifestations of the same theory (theory of control over the crime): functional co-perpetration and perpetration by means. Thus, indirect co-perpetration should be applied instead of JCE at the leadership level.

II.5. Participation

- Even if the international models of criminal intervention are differentiated in that they envisage a variety of modes of liability, when it comes to sentencing, they are unitary, since they do not establish a different punishment for each mode of liability. Be that as it may, owing to the expressive value of labelling an individual as a principal to a crime, the distinction between principals and accessories is still of great relevance in ICL. Furthermore, the present research suggests that the international models of criminal intervention should be differentiated also in the field of sentencing.

- The responsibility for participation does not fit in the scenarios where top-level perpetrators control the commission of the crimes; in such cases, the (co)perpetration by means should be applied. Thus, the responsibility for participation ought to be limited to the cases where the subject's control over the crime cannot be proved.

- The main difference being that between conducts of instigation and of aiding and abetting, the responsibility for complicity in genocide (only envisaged in the Statutes of the *ad hoc* tribunals), for contributing to the commission of a crime by a group (only at the ICC), and for planning (only at the *ad hoc* tribunals) need to be studied as forms of participation in ICL.
- Due to the fact that they do not constitute a form of participation, but a phase of the *iter criminis*, inchoate crimes should not be analyzed in the same chapter as participation.

II.6. Responsibility of Superiors

- The figure of the Responsibility of Superiors constitutes a separate crime of omission – it is not a mode of liability by which superiors are made responsible for their intervention in the crimes committed by their subordinates –, and it should entail a less severe punishment than that of the subordinates. The superior is made responsible for not preventing or punishing the perpetration of crimes by their subordinates.
- Furthermore, the Responsibility of Superiors requires a less demanding standard than the active commission of atrocity crimes: depending on the modality, and in the absence of *dolus*, the Responsibility of Superiors should be engaged in cases of conscious and even unconscious negligence.
- In the majority of cases, the Responsibility of Superiors does not take into consideration the more active role that they usually have in the perpetration of atrocity crimes. The application of this separate crime of omission should be limited to the – very specific – cases when the superior does not prevent or punish the perpetration of crimes by their subordinates. In contrast, it falls short in the situations where the superior

planned, ordered or controlled the commission of such crimes. In such cases, the respective mode of liability should be applied.

Part III

III.1. General frame of modes of liability with regard to atrocity crimes

- The general frame which has been suggested combines the facts which – according to the criminological analysis of atrocity crimes – the individuals pertaining to each level usually carry out with certain modes of liability.

- Such frame is aimed at serving as a guiding tool. Thus, it is subject to exceptions, and the concurrence of the requisites of each mode of liability needs to be proved in the specific case.
- The choice of a certain mode of liability depends on the facts which tend to be committed by the members pertaining to each hierarchical level, not on the position in the hierarchical structure itself.

- The mentioned frame is based on the classification of the individuals who take part in the perpetration of atrocity crimes into three main groups – top-level, mid-level and low-level – and on the theory of control over the crime.

- Referring to the conducts usually carried out by top-level perpetrators, (co)perpetration by means should be applied when its requisites are met. On the contrary, if such requisites are not met or cannot be proved, the active conduct of a top-level perpetrator should entail the responsibility for ordering or instigating, whereas their omission can give rise to the

Responsibility of Superiors or to responsibility for aiding and abetting by omission.

- With regard to the conducts usually carried out by mid-level perpetrators, if they fulfil the conditions of perpetration by means, such mode of liability ought to be applied. If they do not fulfil them, their active conduct can still be punished for ordering or instigating the crime, and their omission can give rise to the Responsibility of Superiors or to the responsibility for aiding and abetting by omission.

- In the field of the conducts which tend to be carried out by low-level perpetrators, the executors ought to be punished for direct (co)perpetration, when the requisites of either of them are met. If their control over the crime cannot be proved, they can only be made responsible for aiding and abetting.

III.2. Modes of liability and sentencing

- It has been argued that the international models of criminal intervention should be differentiated in a double sense: not only in the sense of distinguishing various modes of liability, but also in the field of sentencing.

- More specifically, it has been suggested that, when determining the applicable legal frame, the following should be taken into consideration:

- The responsibility for perpetration (principal) should entail a more severe punishment than the responsibility for participation (accessory).
- Certain modes of perpetration should give rise to harsher penalties than others: (co)perpetration by means of an Organized Power Apparatus deserves a harsher penalty than other forms of perpetration.

- Equally, certain modes of participation deserve a more severe punishment than others: the penalty for instigating should be more severe than that for aiding and abetting. In the field of instigation, ordering should entail a harsher penalty than “normal” instigation.

- The main aim of such a classification consists in distinguishing the executors (direct (co)perpetrators) from the leaders ((co)perpetrators by means of an Organized Power Apparatus): in spite of being criminally liable as principals to the crime, low-level perpetrators deserve a less severe punishment than the top-level and mid-level perpetrators who organize and control the perpetration of atrocity crimes and who are their real masterminds.

III.3. *De lege ferenda*

- Even if the norms which regulate sentencing at the ICC and the case law of the *ad hoc* tribunals establish that international criminal tribunals should take modes of liability into consideration when sentencing, they merely constitute one of the plenty criteria which need to be addressed by the judges.

- In contrast, the modes of liability ought to be taken into consideration in the legal determination of the sentence through the establishment of different temporal frames in ICL. Although the maximum and minimum limits of such frames have not been settled in the present research, it has provided the international legislator with a hierarchical classification of the various modes of liability over which the exact limits can be built.

- In spite of the seriousness of atrocity crimes, the penalty (the penal frames) must be respectful of human rights and the basic principles of Criminal Law, as provided by a variety of international legal instruments. It is worth recalling that, fortunately, the death penalty has not been included in the RS or in the Statutes of the *ad hoc* tribunals. Furthermore, since they envisage the requisites and mechanisms to reduce a life imprisonment sentence, the individual who is convicted to such a penalty can be given a second chance and he/she can keep hope alive. Under these conditions, life imprisonment can be respectful of the humanity principle. However, it is also required that the rules governing the conditions and procedure to reduce a life imprisonment sentence are clearly settled and reasonable. In this sense, it has been argued that the rules of the ICC are more suitable (equalitarian, precise and reasonable) than the rules of the *ad hoc* tribunals.

BIBLIOGRAFÍA

- ABI-SAAB, G., ABI-SAAB, R., "Les crimes de guerre" en H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 265-291.
- AKERS, R., *Deviant Behavior: A Social Learning Approach*, Wadsworth, Belmont, 1977.
- ALEXY, R., "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín", *DOXA*, Vol. 23, 2000, pp. 197-230.
- ALEXY, R., "Una defensa de la fórmula de Radbruch", *Anuario de la Facultad de Derecho de A Coruña*, Núm. 5, 2001, pp. 75-95.
- ALVAREZ, A., "Destructive Beliefs: Genocide and the Role of Ideology" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 213-231.
- ALVAREZ, A., *Genocidal Crimes*, Routledge, London – New York, 2010.
- ALVAREZ, A., *Governments, Citizens, and Genocide: A Comparative and Interdisciplinary Approach*, Indiana University Press, Bloomington - Indianapolis, 2001.
- AMBOS, K., "Article 25. Individual Criminal Responsibility" en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 743-770.

- AMBOS, K., "Aspectos problemáticos de la decisión de confirmación de cargos de la Corte Penal Internacional en el caso Bemba", *Revista Penal*, Núm. 25, 2010, pp. 12-21.
- AMBOS, K., "Command Responsibility and *Organisationsherrschaft*: Ways of Attributing International Crimes to the "Most Responsible"" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 127-157.
- AMBOS, K., "Criminologically Explained Reality of Genocide, Structure of the Offence and the "Intent to Destroy" Requirement" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 153-173.
- AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 159-183.
- AMBOS, K., "La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma?", *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, pp. 5-18.
- AMBOS, K., *La Parte General del Derecho Penal Internacional. Bases para una Elaboración Dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Uruguay, 2005.
- AMBOS, K., "La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional" en K. AMBOS (ed.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 159-230.
- AMBOS, K., "¿Qué significa la "intención de destruir" en el delito de genocidio?", *Revista Penal*, Núm. 26, 2010, pp. 46-64.
- AMBOS, K., "Sobre la "organización" en el dominio de la organización", [En línea], *InDret*, Vol. 3, 2011, pp. 1-26.

- AMBOS, K., "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1998, pp. 226-245.
- AMBOS, K., "The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 137-158.
- AMBOS, K., "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 45-90.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- AMBOS, K., *Treatise on International Criminal Law. Volume II: The Crimes and Sentencing*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- AMBOS, K., BÖHM, M.L., "Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la "intención de destruir""", *Revista Penal*, Núm. 26, 2010, pp. 65-78.
- AMBOS, K., "Zur Rechtswidrigkeit der Todesschüsse an der Mauer", *Juristische Arbeitsblätter*, Núm. 12, 1997, pp. 983-990.
- AMBOS, K., NJIKAM, O., "Charles Taylor's Criminal Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, Núm. 4, 2013, pp. 789-812.
- ARENDT, H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, The Viking Press, New York, 1963.
- ASHWORTH, A., HORDER, J., *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

- BADAR, M.E., ""Just Convict Everyone" – Joint Perpetration: From *Tadić* to *Stakić* and Back Again", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 293-302.
- BADAR, M.E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*, Hart Publishing, Oregon, 2013.
- BALINT, J., "Dealing with International Crimes: Towards a Conceptual Model of Accountability and Justice" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 311-334.
- BALINT, J., *Genocide, State Crime and the Law. In the Name of the State*, Routledge, New York, 2012.
- BARAK, G., "Towards an Integrative Study of International Crimes and State-Corporate Criminality: A Reciprocal Approach to Gross Human Rights Violations" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 51-74.
- BASSIOUNI, M.C., *International Criminal Law. Volume I. Crimes*, Transnational Publishers, New York, 1999.
- BASSIOUNI, M.C., *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013.
- BAUM, S.K., *The Psychology of Genocide. Perpetrators, Bystanders, and Rescuers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- BAUMAN, Z., *Modernity and the Holocaust*, Cornell University Press, Ithaca NY, 1989.
- BAUMANN, J., "Gedanken zum Eichmann-Urteil", *Juristenzeitung*, Núm. 4, 1963, pp. 110-121.

- BERGER, P., LUCKMANN, T., *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Anchor Books, New York, 1967.
- BETTATI, M., "Le crime contre l'humanité" en H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 293-317.
- BLOY, R., "Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 424-442.
- BOLEA BARDÓN, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BONAFÉ, B.I., "Command Responsibility Between Personal Culpability and Objective Liability. Finding a Proper Role for Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, pp. 599-618.
- BOTTKÉ, S., "Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania", *Revista Penal*, Núm. 4, 1999, pp. 21-29.
- BOURDON, W., *La Cour Pénale Internationale. Le statut de Rome*, Le Seuil, Paris, 2000.
- BRETON, A., WINTROBE, R., "The Bureaucracy of Murder Revisited", *Journal of Political Economy*, Vol. 94, Núm. 5, 1986, pp. 905-926.
- BURSİK, R.J., Jr., GRAMSIK, H.G., "Economic Deprivation and Neighborhood Crime Rates 1960-1980", *Law and Society Review*, Vol. 27, 1993, pp. 263-283.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., New York, 2008.
- CASSESE, A., "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 109-133.

- CASSESE, A., "The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections", *European Journal of International Law*, Vol. 10, Núm. 1, 1999, pp. 144-171.
- CASSESE, A., GAETA, P., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford University Press, 3ª ed., Hampshire, 2013.
- CERZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, Tecnos, Madrid, 2005.
- CHARNY, I.W., *How can we commit the unthinkable? Genocide: The Human Cancer*, Westview Press, Boulder, 1982.
- CHIROT, D., MCCAULEY, C., *Why Not Kill Them All? The Logic and Prevention of Mass Political Murder*, Princeton University Press, Princeton and Oxford, 2006.
- CHOULIARAS, A., "Discourses on International Criminality" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 65-103.
- COCO, A., GAL, T., "Losing Direction. The ICTY Appeals Chamber's Controversial Approach to Aiding and Abetting in Perišić", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 345-366.
- COHEN, L.E., FELSON, M., "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", *American Sociological Review*, Vol. 44, 1979, pp. 588-608.
- COLLINS, R., *Violence. A Micro-Sociological Theory*, Princeton University Press, Princeton, 2008.
- CORNISH, D., CLARKE, V., *The Reasoning Criminal*, Springer-Verlag, New York, 1986.

- CRELINSTEN, R.D., "In Their Own Words: The World of the Torturer", en R.D. CRELINSTEN y A.P. SCHMID, *The Politics of Pain. Torturers and their Masters*, Center for the Study of Social Conflicts, Leiden, 1993, pp. 35-64.
- CRYER, R., "Imputation and Complicity in Common Law States. A (Partial) View from England and Wales", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 267-281.
- D'ASCOLI, S., *Sentencing in International Criminal Law: The UN Ad Hoc Tribunals and Future Perspectives for the ICC*, Hart Publishing, Oxford - Portland, 2011.
- DANNER, A.M., MARTÍNEZ, J.S., "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, Vol. 93, Núm. 1, 2005, pp. 75-170.
- DAVID, É., *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- DE ANDRADE, A., "Les Supérieurs hiérarchiques" en H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 201-210.
- DE FALCO, R.C., "Contextualizing Actus Reus under Article 25(3)(d) of the ICC Statute. Thresholds of Contribution", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, Núm. 4, 2013, pp. 715-735.
- DE FROUVILLE, O., *Droit international pénal: Sources, incriminations, responsabilité*, Éditions A. Pedone, Paris, 2012.
- DE FROUVILLE, O., "Joint Criminal Enterprise and Co-action: A Comparison" en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, pp. 125-140.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J., "El principio de humanidad en Derecho penal", *Eguzkilore*, Núm. 23, 2009, pp. 209-225.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del art. 204 bis del Código Penal*, Bosch, Barcelona, 1990.
- DELMAS-MARTY, M., "L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux" en A. CASSESE y M. DELMAS-MARTY, *Crimes Internationaux et Jurisdictions Internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 95-129.
- DERENČINOVIĆ, D., HORVATIĆ, Ž., *Theory of Joint Criminal Enterprise and International Criminal Law – challenges and Controversies*, Croatian Academy of Legal Sciences, Zagreb, 2011.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La Autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Derecho Penal español. Parte General en esquemas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DRUMBL, M.A., *Atrocity, Punishment and International Law*, Cambridge University Press, New York, 2007.
- DU PREEZ, P., *Genocide. The Psychology of Mass Murder*, Boyars/Bowerdean, London – New York, 1994.
- DUBBER, M. D., "Criminalizing Complicity. A Comparative Analysis", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 4, 2007, pp. 977-1001.
- DURKHEIM, E., *The Division of Labor in Society*, Free Press, New York, 1933.
- EBOE-OSUJI, C., ""Complicity in Genocide" versus "Aiding and Abetting Genocide". Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, Núm. 3, pp. 56-81.

- ESER, A., "Individual Criminal Responsibility: Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law" en A. CASSESE, P. GAETA, y J.R.W.D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 767-948.
- FARALDO CABANA, P., *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FEARSON, J.D., LAITIN, D.D., "Ethnicity, Insurgency and Civil War", *American Political Science Review*, Vol. 97, Núm. 1, 2003, pp. 75-90.
- FEIN, H., "Accounting for Genocide after 1945: Theories and Some Findings", *International Journal on Group Rights*, Vol. 1, 1993, pp. 79-106.
- FEIN, H., "Genocide: A Sociological Perspective", *Current Sociology*, Vol. 38, 1990, pp. 1-104.
- FEIN., H., "Revolutionary and Antirevolutionary Genocides: A Comparison of State Murders in Democratic Kampuchea, 1975 to 1979, and in Indonesia, 1965 to 1966", *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 35, Núm. 4, 1993, pp. 796-823.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- FERRÉ OLIVÉ, J.C., ""Blanqueo" de capitales y criminalidad organizada" en J.C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, pp. 85-98.
- FESTINGER, L., *A Theory of Cognitive Dissonance*, Stanford University Press, Stanford, 1962.

- FINNIN, S., *Elements of Accessorial Modes of Liability. Article 25(3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2012.
- FLETCHER, G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2000.
- FLETCHER, G.P., OHLIN, J.D., "The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, Núm. 3, 2005, pp. 539-561.
- FOSTER, D., "Rethinking the Subjectivity of Perpetrators of Political Violence" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 39-61.
- FOUCHARD, I., *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- FRIEDRICHS, D.O., "Towards a Criminology of International Crimes: Producing a Conceptual and Contextual Framework" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 29-49.
- FROMM, E., *The Anatomy of Human Destructiveness*, Holt, Rinehart and Winston, New York – Chicago – San Francisco, 1973.
- GALLEGO DÍAZ, M., *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, ICAI, Madrid, 1985.
- GARIBIAN, S., "A Commentary on David Scheffer's Concepts of Genocide and Atrocity Crimes", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Núm. 1, pp. 43-50.

- GARROCHO SALCEDO, A.M., "La Responsabilidad por omisión del superior. Reflexiones al hilo de la Decisión de confirmación de cargos contra Jean Pierre Bemba Gombo" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 147-184.
- GERLACH, C., "Extremely violent societies: an alternative to the concept of genocide", *Journal of Genocide Research*, Vol. 8, Núm. 4, 2006, pp. 455-471.
- GIL GIL, A., *Derecho penal internacional*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999.
- GIL GIL, A., "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 6, 2000, pp. 103-138.
- GIL GIL, A., "Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución" en A. GIL GIL y E. MACULAN (ed.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, p. 416.
- GIL GIL, A., "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute. Arguments against Punishment for Excesses Committed by the Agent or the Co-perpetrator", *International Criminal Law Review*, Vol. 14, 2014, pp. 82-114.
- GIL GIL, A., "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata", *Cuadernos de política criminal*, Núm. 109, 2013, pp. 109-145.

- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson S.L., Madrid, 2011.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y Cómplice en Derecho Penal*, B de F Ltda., Montevideo – Buenos Aires, 2007.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 37, Núm. 1, 1984, pp. 103-131.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal, Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.
- GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría General*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1985.
- GREEN, P., WARD, T., *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, Pluto Press, London, 2004.
- GREENAWALT, A., "Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation", *Columbia Law Review*, Vol. 99, Núm. 8, 1999, pp. 2259-2294.
- GROVER, S.C., *Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer. Exonerating Child Soldiers Charged With Grave Conflict-related International Crimes*, Springer, Heidelberg, 2012.
- GUPTA, D.K., *Path to Collective Madness. A Study in Social Order and Political Pathology*, Preager, Westport – Connecticut - London, 2001.
- GUSTAFSON, K., "The Requirement of an "Express Agreement" for Joint Criminal Enterprise Liability", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 134-158.

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M., "Joint Criminal Enterprise ¿Una especie jurídica en vías de extinción en el Derecho Penal Internacional?" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 413-471.
- HAGAN, J., RYMOND-RICHMOND, W., *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- HARFF, B., "No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955", *American Political Science Review*, Vol. 97, Núm. 1, 2003, pp. 57-73.
- HARFF, B., "The Etiology of Genocides" en I. WALLIMANN y M.N. DOBKOWSKI (eds.), *Genocide and the Modern Age. Etiology and Case Studies of Mass Death*, Greenwood Press, Westport, 1987, pp. 41-59.
- HARITOS-FATOUROS, M., *The Psychological Origins of Institutionalized Torture*, Routledge, London and New York, 2003.
- HARRENDORF, S., "How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, 2014, pp. 231-252.
- HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- HENZELIN, M., "La Cour pénale internationale: organe supranational ou otage des Etats?", *Revue Pénale Suisse*, Vol. 119, 2001, pp. 221-238.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.
- HERZBERG, R.D., "Antwort auf die Anmerkungen von Prof. Dr. Roxin" en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse*

bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 57-61.

- HERZBERG, R.D., "Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme", *Juristische Schulung*, Vol. 14, Núm. 6, 1974, pp. 374-379.

- HERZBERG, R.D., "La Sentencia-Fujimori: sobre la intervención del superior en los crímenes de su aparato de poder" en K. AMBOS e I. MEINI (ed.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 127-140.

- HERZBERG, R.D., "Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen" en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 33-53.

- HERZBERG, R.D., *Täterschaft und Teilnahme*, Verlag C.H. Beck, München, 1977.

- HIEBERT, M.S., "The Three "Switches" of Identity Construction in Genocide: The Nazi Final Solution and the Cambodian Killing Fields", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 3, Núm. 1, 2008, pp. 5-29.

- HIEBERT, M.S., "Theorizing Destruction: Reflections on the State of Comparative Genocide Theory", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 3, Núm. 3, 2008, pp. 309-339.

- HILBERG, R., *Täter, Opfer, Zuschauer: Die Vernichtung der Juden 1933-1945*, Fischer, Frankfurt am Main, 1992.

- HOLÁ, B., SMEULERS, A., BIJLEVELD, C., "Is ICTY Sentencing predictable? An Empirical Analysis of ICTY Sentencing Practice", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, Núm. 1, 2009, pp. 79-97.

- HOROWITZ, I.L., *Taking Lives. Genocide and State Power*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1980.
- HOVANNISIAN, R.G., "Etiology and Sequelae of the Armenian Genocide" en G.J. ANDREOPOULOS (ed.), *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1994, pp. 111-140.
- HUET, A., KOERING-JOULIN, R., *Droit pénal international*, Presses Universitaires de France, Paris, 2001.
- JACQUELIN, M.A., *L'Incrimination de Génocide: Étude Comparée du Droit de la Cour Pénale Internationale et du Droit Française*, Tesis de la Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Defendida: 8 Diciembre 2010).
- JÄGER, H., "Betrachtungen zum Eichmann-Prozess", *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, Vol. 45, Núm. 3/4, 1962, pp. 73-83.
- JAKOBS, G. "Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado", *DOXA*, Vols. 17-18, 1995, pp. 445-468.
- JAKOBS, G., "Mittelbare Täterschaft der Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrats", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Vol. 1, 1995, 26.
- JAKOBS, G., "Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori" en K. AMBOS e I. MEINI (ed.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 105-114.
- JAKOBS, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin – New York, 1991.
- JESCHECK, H., WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

- JESSBERGER, F., GENEUSS, J., "On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir*. German Doctrine at The Hague?", *Journal of International Justice*, Vol. 6, Núm. 5, 2008, pp. 853-869.
- KARSTEDT, S., "Contextualizing Mass Atrocity Crimes: The Dynamics of "Extremely Violent Societies"", *European Journal of Criminology*, Vol. 9, Núm. 5, 2012, pp. 499-513.
- KAUZLARICH, D., KRAMER, R.C., *Crimes of the American Nuclear State: At Home and Abroad*, Northeastern University Press, Boston, 1998.
- KELMAN, H.C., "Violence Without Moral Restraint: Reflection on the Dehumanization of Victims by Victimizers", *Journal of Social Issues*, Vol. 29, Núm. 4, 1973, pp. 25-61.
- KHALIFA, A.F., "Les conditions préalables à la responsabilité du supérieur hiérarchique devant les juridictions pénales internationales", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Vol. 4, 2010, pp. 786-803.
- KIERNAN, B., "Twentieth Century Genocides. Underlying Ideological Themes from Armenia to East Timor" en R. GELLATELY y B. KIERNAN, *The Specter of Genocide. Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 29-51.
- KISS, A., "La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional", [En línea], *InDret*, Núm. 2, 2013, pp. 1-34.
- KISS, A., "La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en cuanto a la contribución en el crimen cometido por un grupo" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 473-508.

- KLUSEMANN, S., "Massacres as process: A micro-sociological theory of internal patterns of mass atrocities", *European Journal of Criminology*, Vol. 9, Núm. 5, 2012, pp. 468-480.
- KOLB, R., *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- KÖHLER, M., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg, 1997.
- KRAIN, M., "State Sponsored Mass Murder: The Onset and Severity of Genocides and Politicides", *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 41, 1997, pp. 331-360.
- KRESS, C., "The crime of genocide and contextual elements. A comment on the ICC pre-trial Chamber's decision in the Al Bashir Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, Núm. 2, 2009, pp. 297-306.
- KRESS, C., "The Darfur Report and Genocidal Intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, Núm. 3, 2005, pp. 562-578.
- KRESSEL, N.J., *Mass Hate. The Global Rise of Genocide and Terror*, Plenum Press, New York – London, 1996.
- KUPER, L., *Genocide*, Penguin Books, Harmondsworth, 1981.
- KÜPER, W., "Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip", *Juristenzeitung*, Vol. 44, 1989, pp. 935-949.
- LAMPE, E.J., "Systemunrecht und Unrechtssysteme", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 106, Núm. 4, 1994, pp. 683-745.
- LEMASSON, A.T., "Les "sections pour les crimes de guerre" de la Cour d'État de Bosnie-Herzégovine: une juridiction hybride atypique à Sarajevo" en D. BRACH-THIEL y F. FOURMENT (eds.), *Questions de Droit Pénal International, Européen et Comparé. Mélanges en l'honneur du Professeur Alain Fournier*, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 2013, pp. 295-320.

- LEVENE, M., *The Meaning of Genocide*, I.B. Tauris, London, 2005.
- LIWERANT, O.S., "Les Exécutants" en H. ASCENSIO, E. DECAUX y A. PELLET (eds.), *Droit International Pénal*, Éditions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 211-224.
- MANACORDA, S., "L'imputation Collective en Droit International Pénal: Aperçu Critique de ses Fondements Historiques" en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, pp. 107-123.
- MANACORDA, S., MELONI, C., "Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Núm. 1, pp. 159-178.
- MANN, M., *The Dark Side of Democracy. Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- MANTOVANI, F., "The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 1, Núm. 1, 2003, pp. 26-38.
- MARKUSEN, E., "Genocide and Total War: A Preliminary Comparison" en I. WALLIMANN y M.N. DOBKOWSKI (eds.), *Genocide and the Modern Age: Etiology and Case Studies of Mass Death*, Greenwood Press, Westport, 1987, pp. 97-123.
- MARTÍNEZ ALCAÑIZ, A., "La coautoría mediata: una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 8, 2012, pp. 145-194.
- MARTINEZ, J.S., "Understanding *Mens Rea* in Command Responsibility. From Yamashita to Blaškić and Beyond", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, pp. 638-664.

- MAURACH, R., GÖSSEL, K.H, ZIPF, H., *Derecho Penal. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MEINI, I., "El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A.V. 19-2001)" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 213-230.
- MELONI, C., *Command Responsibility in International Criminal Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
- MELONI, C., "Command Responsibility. Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, pp. 619-637.
- MERTON, R., "Social Structure and Anomie", *American Sociological Review*, Vol. 3, Núm. 6, 1938, pp. 672-682.
- MEYER, M.K., *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984.
- MILGRAM, S., *Obedience to Authority. An Experimental View*, Harper and Row, New York, 1974.
- MINOW, M., "Naming Horror: Legal and Political Words for Mass Atrocities", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Núm. 1, 2014, pp. 37-42.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, 9ª ed., Barcelona, 2011.
- MUÑOZ-CONDE, F., "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?" en *Modernas*

tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid, 2001, pp. 501-531.

- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- MUÑOZ CONDE, F., "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en C. FERRÉ OLIVÉ y E. ANARTE BORRALLÓ (eds.) *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, pp. 151-160.

- MUÑOZ-CONDE, F., OLÁSULO, H., "The Application of the Notion of Indirect perpetration through Organized Structures of Power in Latin America and Spain", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 113-135.

- MURMANN, U., "Tatherrschaft durch Weisungsmacht", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1996, pp. 269-281.

- NERLICH, V., "Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute. For What Exactly is the Superior Held Responsible?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 3, 2007, pp. 665-682.

- OHLIN, J.D., "Incitement and Conspiracy to Commit Genocide" en P. GAETA (ed.), *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 207-227.

- OHLIN, J.D., "Searching for the Hinterman. In Praise of Subjective Theories of Imputation", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 325-343.

- OHLIN, J.D., "Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, Núm. 3, 2012, pp. 771-797.

- OHLIN, J.D., "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 69-90.
- OHLIN, J.D., VAN SLIEDREGT, E., WEIGEND, T., "Assessing the Control-Theory", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26, Núm. 3, 2013, pp. 725-746.
- OLÁSOLO, H., "El Desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata", *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, Vol. 40, 2012, pp. 71-95.
- OLÁSOLO, H., "La aplicación del concepto de autoría mediata a través de Aparatos Organizados de Poder por los tribunales penales internacionales: especial referencia a los casos "Al Bashir", Al-Gaddafi" y "Al-Senussi" ante la Corte Penal Internacional" en A. GIL GIL y E. MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, pp. 297-327.
- OLÁSOLO, H., "Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional", [En línea], *InDret*, Núm. 3, 2009, pp. 1-24.
- OLÁSOLO, H., *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2009.
- OLÁSOLO, H., *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- OSIEL, M., "Ascribing Individual Liability Within a Bureaucracy of Murder" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 105-130.

- OSIEL, M., *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- PÉREZ CEPEDA, A.I., *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades. Criterios de Atribución*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997.
- PERROW, C., *Complex Organizations: A Critical Essay*, McGraw-Hill, Columbus, 1986.
- PRADEL, J., *Droit pénal comparé*, Éditions Dalloz, Paris, 1995.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de derecho penal. Parte General*, 3° ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.
- RADBRUCH, G., *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962.
- RADBRUCH, G., "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht" en *Gesamtausgabe. Band 3. Rechtsphilosophie III*, C.F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 83-93.
- RENZIKOWSKI, J., *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr, Tübingen, 1997.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ROTH, R., "Responsabilité Pénale Individuelle pour Délits Collectifs: Droit Continental" en O. DE FROUVILLE (ed.), *Punir les crimes de masse: entreprise criminelle commune ou co-action?*, Nemesis, Bruxelles, 2012, pp. 55-71.
- ROTHE, D.L., *State Criminality. The Crime of All Crimes*, Lexington Books, Plymouth, 2009.
- ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., "Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity in Central Africa: A Criminological Exploration" en A. SMEULERS

y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 135-158.

- ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *State Crime. Current Perspectives*, Rutgers University Press, New Brunswick (New Jersey) – London, 2011.

- ROTHE, D.L., MULLINS, C.W., *The International Criminal Court: Symbolic Gestures and the Generation of Global Social Control*, Lexington Books, Lanham, 2006.

- ROXIN, K., "§ 25. Täterschaft" en H.H. JESCHECK, W. RUIß y G. WILLMS, *Leipziger Kommentar StGB, Band 1*, Walter de Gruyter, Berlin – New York, 1985.

- ROXIN, K., "Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg" en K. AMELUNG (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Pro-Universitate, Sinzheim, 2000, pp. 55-61.

- ROXIN, K., "Apuntes sobre la sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 93-102.

- ROXIN, K., *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000.

- ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2006.

- ROXIN, K., *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Civitas, Pamplona, 2014.

- ROXIN, K., "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", *Revista de Estudios de la Justicia*, Núm. 7, 2006, pp. 11-22.

- SAMPSON, R.J., RAUDENBUSH, S.W., "Systematic Social Observation of Public Spaces: A New Look at Disorder in Urban Neighborhoods", *American Journal of Sociology*, Vol. 105, Núm. 3, 1999, pp. 603-651.
- SCHABAS, W.A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- SCHABAS, W.A., *Genocide in international law. The crime of crimes*, 2ª ed., Cambridge University Press, New York, 2009.
- SCHABAS, W.A., "Semantics or Substance? David Scheffer's Welcome Proposal to Strengthen Criminal Accountability for Atrocities", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 2, Núm. 1, 2014, pp. 31-36.
- SCHABAS, W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, New York, 2010.
- SCHABAS, W.A., *Unimaginable Atrocities. Justice, Politics, and Rights at the War Crimes Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- SCHEFFER, D., "Genocide and Atrocity Crimes", *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 1, Núm. 3, 2014, pp. 229-250.
- SCHERRER, C.P., "Towards a Theory of Modern Genocide. Comparative Genocide Research: Definitions, Criteria, Typologies, Cases, Key Elements, Patterns and Voids", *Journal of Genocide Research*, Vol. 1, Núm. 1, 1999, pp. 13-23.
- SCHROEDER, F.C., *Der Täter hinter dem Täter*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965.
- SCHROEDER, F.C., "Disposición al hecho versus fungibilidad" en K. AMBOS e I. MEINI (eds.), *La autoría mediata. El caso Fujimori*, Ara Editores, Perú, 2010, pp. 117-124.

- SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1986.
- SHAW, C., MCKAY, D., *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, University of Chicago Press, Chicago, 1942.
- SHAW, M., *What is genocide?*, Polity, Cornwall, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona, 1986.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español" en J.M. SILVA SÁNCHEZ, B. SCHÜNEMANN y J. DE FIGUEIREDO DIAS (eds.), *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, pp. 357-379.
- SIVAKUMARAN, S., "Command Responsibility in Irregular Groups", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, Núm. 5, 2012, pp. 1129-1150.
- SMEULERS, A., "Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 233-265.
- SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Conformism, Group Behaviour and Collective Identities" en A. SMEULERS y F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 243-266.
- SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Human Nature and Social-Psychological Insights" en A. SMEULERS y F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 203-241.

- SMEULERS, A., GRÜNFELD, F., "Ordinary People in Extra-Ordinary Circumstances" en A. SMEULERS y F. GRÜNFELD, (eds.), *International Crimes and Other Gross Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2011, pp. 295-328.
- SMEULERS, A., HAVEMAN, R., "International Crimes and Criminology: an Agenda for Future Research" en A. SMEULERS y R. HAVEMAN (eds.), *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 487-512.
- SMEULERS, A., HOLÁ, B., "ICTY and the Culpability of Different Types of Perpetrators of International Crimes" Requirement" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 175-205.
- SMEULERS, A., HOLÁ, B., VAN DEN BERG, T., "Sixty-five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures", *International Criminal Law Review*, Vol. 13, Núm. 1, 2013, pp. 7-41.
- SMITH, J.C., HOGAN, B., *Criminal Law*, Butterworths, 10^a ed., Londres, 2002.
- STAUB, E., *The Psychology of Good and Evil. Why Children, Adults, and Groups Help and Harm Others*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- STAUB, E., *The roots of Evil: The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge University Press, New York, 1989.
- STEWART, J.G., "The End of "Modes of Liability" for International Crimes", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 25, Núm. 1, 2012, pp. 165-219.
- STRAUS, S., "Contested meanings and conflicting imperatives: a conceptual analysis of genocide", *Journal of Genocide Research*, Vol. 3, Núm. 3, 2001, pp. 349–375.

- STRAUS, S., *The Order of Genocide. Race, Power, and War in Rwanda*, Cornell University Press, Ithaca and New York, 2006.
- SUTHERLAND, E., *White Collar Crime*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1949.
- SYKES, G., MATZA, D., "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, Vol. 22, 1957, pp. 664-670.
- TAJFEL, H., "Social Psychology of Intergroup Relations", *Annual Review of Psychology*, Vol. 33, 1982, pp. 1-39.
- THYS, P., "Contribution à l'étude des violences extrêmes: le criminel de guerre actuel", *Revue internationale de criminologie et de police technique et scientifique*, Vol. 4, 2004, pp. 480-503.
- TITTLE, C., *Control Balance: Toward a General Theory of Deviance*, Westview Press, Boulder, 1995.
- TRIFFTERER, O., "Genocide, Its Particular Intent to destroy in Whole or in Part the Group as Such", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 14, 2001, pp. 399-408.
- TRIFFTERER, O., "Kriminalpolitische und dogmatische Überlegungen zum Entwurf gleichlautender "Elements of Crimes" für alle Tatbestände des Völkermordes" en B. SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2001, pp. 1415-1445.
- TRIFFTERER, O., "The New International Criminal Law – Its General Principles Establishing Individual Criminal Responsibility" en K. KOUFA (ed.), *The New International Criminal Law*, Sakkoulas Publications, Atenas, 2003, pp. 633-727.
- VAN DER WILT, H., "Genocide, Complicity in Genocide and International v. Domestic Jurisdiction. Reflections on the *van Anraat Case*", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Núm. 2, 2006, pp. 239-257.

- VAN DER WILT, H., "Joint criminal enterprise and functional perpetration" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 158-182.
- VAN DER WILT, H., "Joint Criminal Enterprise. Possibilities and Limitations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm.1, 2007, pp. 91-108.
- VAN DIJK, T.A., *Ideology: A Multidisciplinary Approach*, Sage Publications, London, 1998.
- VAN SLIEDREGT, E., "Article 28 of the ICC Statute: Mode of Liability and/or Separate Offense?", *New Criminal Law Review*, Vol. 12, Núm. 3, 2009, pp. 420-432.
- VAN SLIEDREGT, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford University Press, New York, 2012.
- VAN SLIEDREGT, E., "Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 1, 2007, pp. 184-207.
- VAN SLIEDREGT, E., "System criminality at the ICTY" en A. NOLLKAEMPER y H. VAN DER WILT (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 183-200.
- VAN SLIEDREGT, E., *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, 2003.
- VAN SLIEDREGT, E., "The Curious Case of International Criminal Liability", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, 2012, pp. 1171-1188.
- VEST, H., "A structure-based concept of genocidal intent", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, Núm. 4, 2007, pp. 781-797.

- VEST, H., *Genozid durch organisatorische Machtapparate: An der Grenze von individueller und kollektiver Verantwortlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- VEST, H., "Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 295-309.
- VEST, H., *Völkerrechtsverbrecher verfolgen. Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- VOGEL, J., "How to Determine Individual Criminal Responsibility in Systemic Contexts: Twelve Models", *Cahiers de Défense Sociale*, 2002, pp. 151-169.
- VOGEL, J., "Vor § 15" en H.W. LAUFHÜTTE, R. RISSING VAN SAAN y K. TIEDEMANN (eds.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Vol. 1, 12ª ed., De Gruyter, Berlin, 2007.
- WALLER, J., *Becoming Evil: How Ordinary People Commit Genocide and Mass Killing*, Oxford University Press, New York, 2002.
- WALLER, J.E., "The Ordinariness of Extraordinary Evil: The Making of Perpetrators of Collective Violence" en A. SMEULERS (ed.), *Collective Violence and International Criminal Justice*, Intersentia, Antwerpen – Oxford – Portland, 2010, pp. 19-37.
- WEBER, M., *From Max Weber*, editado y traducido por H.GERTH y C. WRIGHT MILLS, Oxford University Press, New York, 1946.
- WEBER, U., "§ 29, Täterschaft" en J. BAUMANN, U. WEBER y W. MITSCH (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 2003.

- WEIGEND, T., "Perpetration through an Organization", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, Núm. 1, 2011, pp. 91-111.
- WEIGEND, T., "Problems of Attribution in International Criminal Law. A German Perspective", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 12, Núm. 2, 2014, pp. 253-266.
- WEIGEND, T., "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 93, Núm. 2, 1981, pp. 657-700.
- WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1970.
- WELZEL, H., "Studien zum System des Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 58, 1939, pp. 491-566.
- WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- WERLE, G., BURGHARDT, B., "Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista Penal*, Núm. 34, 2014, pp. 212-223.
- WERLE, G., BURGHARDT, B., "Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a "State-like" Organization?", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, Núm. 5, 2012, pp. 1151-1170.
- WERLE, G., JESSBERGER, F., "'Unless Otherwise Provided": Article 30 of the ICC Statute and the Mental Element of Crimes under International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, Núm. 1, 2005, pp. 35-55.
- WESSELS, J., BEULKE, W., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, Heidelberg, 1998.
- WILLIAMS, G., *Textbook of Criminal Law*, Sweet and Maxwell, 2^a ed., London, 1983.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
PART I. CRIMINOLOGY OF ATROCITY CRIMES	15
CHAPTER I. INTRODUCTION	15
<i>I.1. Subject of Study: Atrocity Crimes</i>	<i>16</i>
<i>I.2. State Crimes?</i>	<i>26</i>
CHAPTER II. AETIOLOGY OF ATROCITY CRIMES: MULTIPLE CAUSES AT DIFFERENT LEVELS	33
<i>II.1. “Multi-level Integrated Theory of Supranational Crimes” (by Rothe and Mullins)</i>	<i>36</i>
<i>II.2. Causes at Macro, Meso and Micro Level</i>	<i>39</i>
CHAPTER III. MACRO LEVEL: INTERNATIONAL AND NATIONAL CONTEXT ...	51
<i>III.1. Controls</i>	<i>54</i>
<i>III.2. Constraints</i>	<i>54</i>
<i>III.3. Motivations</i>	<i>56</i>
<i>III.3.1. Economy</i>	<i>56</i>
<i>III.3.2. Politics and Ideology</i>	<i>57</i>
<i>III.3.3. “Us-them thinking”</i>	<i>58</i>
<i>III.4. Opportunities</i>	<i>61</i>
CHAPTER IV. MESO LEVEL: GROUPS	67
<i>IV.1. Diffusion of Responsibility and Deindividuation</i>	<i>68</i>
<i>IV.2. Obedience to Authority</i>	<i>69</i>
<i>IV.3. Conformity</i>	<i>73</i>
<i>IV.4. Extreme Training Programs and Professional Socialization</i>	<i>74</i>
<i>IV.5. Group Identification</i>	<i>76</i>
CHAPTER V. MICRO LEVEL: INDIVIDUALS	77
<i>V.1. Typologies of Perpetrators</i>	<i>82</i>
<i>V.1.1. Different Typologies</i>	<i>82</i>
<i>V.1.2. Typology of perpetrators by Smeulers</i>	<i>87</i>

V.1.2.1. The Criminal Mastermind.....	87
V.1.2.2. The Fanatic.....	89
V.1.2.3. The Criminal/Sadist.....	90
V.1.2.4. The Profiteer.....	92
V.1.2.5. The Careerist	94
V.1.2.6. The Devoted Warrior	96
V.1.2.7. Followers and Conformists.....	98
V.1.2.8. The Compromised Perpetrator	100
V.1.2.9. The Professional.....	101
V.1.2.10. Summary.....	103
CHAPTER VI. AETIOLOGY OF GENOCIDE	107
VI.1. <i>Macro Level: International and National Context</i>	108
VI.2. <i>Meso Level: Groups</i>	123
VI.3. <i>Micro Level: Individuals</i>	124
CHAPTER VII. CONCLUSION.....	139
VII.1. <i>Low-level and mid-level perpetrators</i>	140
VII.2. <i>Top-level perpetrators</i>	141
PARTE II. MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE EN DERECHO	
PENAL INTERNACIONAL	147
I. INTRODUCCIÓN	147
II. AUTORÍA DIRECTA.....	151
II.1. <i>Tipo objetivo</i>	151
II.2. <i>Tipo subjetivo</i>	159
II.2.1. Clasificación de los distintos niveles de <i>mens rea</i>	161
II.2.2. Identificación de la <i>mens rea</i> requerida por los tribunales <i>ad hoc</i>	173
II.2.3. Identificación de la <i>mens rea</i> requerida por la CPI	176
II.2.4. El mínimo exigido en relación a la <i>mens rea</i> de los crímenes internacionales: ¿dolo directo de segundo grado o dolo eventual?	186
II.3. <i>Dolus specialis. Especial consideración del crimen de genocidio</i>	192
II.3.1. <i>Dolus specialis</i> en el genocidio: intención de destrucción.....	196

II.3.1.1. Distintos enfoques en relación al <i>dolus specialis</i> en el genocidio.....	199
II.3.1.1.a) Enfoque basado en el propósito	200
II.3.1.1.b) Enfoque basado en el conocimiento	201
II.3.1.1.c) Enfoque del dolo eventual.....	202
II.3.1.1.d) Enfoque basado en la estructura	203
II.3.1.1.e) Enfoque combinado basado en la estructura y en el conocimiento.....	205
II.3.1.1.f) Toma de postura.....	206
III. COAUTORÍA.....	213
III.1. Teoría del dominio funcional del hecho (CPI) vs. doctrina de la ECC (tribunales ad hoc)	214
III.1.1. Coautoría basada en el dominio funcional del hecho	225
III.1.2. Doctrina de la ECC	229
III.2. Tipo objetivo.....	235
III.3. Tipo subjetivo	248
III.4. Críticas a la doctrina de la ECC.....	259
III.4.1. Problemas relativos al estándar de la previsibilidad de la ECC III y su delimitación con respecto a la aceptación del dolo eventual en el ámbito de la coautoría por dominio funcional	259
III.4.2. Inaplicabilidad de la ECC III a los delitos que requieren un <i>dolus specialis</i>	270
III.4.3. Críticas a la aplicación conjunta de la doctrina de la ECC y de la Responsabilidad del Superior	274
III.4.4. Problemas prácticos de la aplicación de la teoría de la ECC	278
III.4.4.1. Problemas en relación a los intervinientes de rango bajo ...	279
III.4.4.2. Problemas en relación a los intervinientes de rango alto ...	280
III.5. ¿Tiene cabida la ECC en el ER?.....	293
III.5.1. Naturaleza jurídica del artículo 25(3)(d) ER.....	294
III.5.2. Tipo objetivo y subjetivo del artículo 25 (3)(d) ER y su distinción de la complicidad del apartado 25 (3)(c) ER	295
III.5.2.1. Tipo objetivo	296
III.5.2.2. Tipo subjetivo	299

III.5.3. Exclusión de las tres categorías de ECC del ámbito de aplicación del artículo 25(3) ER	301
IV. AUTORÍA MEDIATA, CON ESPECIAL ATENCIÓN A LA AUTORÍA MEDIATA POR MEDIO DE ESTRUCTURAS ORGANIZADAS DE PODER.....	305
IV.1. <i>Autoría mediata</i>	305
IV.1.1. Autoría mediata en casos en los que el ejecutor no es penalmente responsable	308
IV.1.1.1. Dominio de la voluntad por medio de coacción.....	309
IV.1.1.2. Dominio de la voluntad por medio de error.....	314
IV.1.1.3. Dominio de la voluntad en la utilización de inimputables y menores.....	320
IV.1.2. Autoría mediata en casos en los que el ejecutor es penalmente responsable: autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder (EOP).....	323
IV.1.2.1. Instrumentos dolosos sin intención	324
IV.1.2.2. Instrumentos dolosos no cualificados.....	325
IV.1.2.3. Instrumentos partícipes dolosos.....	329
IV.1.2.4. Autoría mediata por medio de EOP	329
IV.2. <i>Especial consideración de la autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder (EOP)</i>	334
IV.2.1. Injusto individual vs. Injusto de organización.....	334
IV.2.2. Inidoneidad de otras figuras.....	344
IV.2.2.1. Inidoneidad de la autoría mediata por medio de coacción y de la autoría mediata por medio de error.....	344
IV.2.2.2. Inidoneidad de la inducción	345
IV.2.2.3. Inidoneidad de la coautoría.....	348
IV.2.3. Elementos de la autoría mediata por medio de EOP.....	352
IV.2.4. Tipo objetivo	355
IV.2.4.1. Existencia de una EOP: automatismo en su funcionamiento	355
IV.2.4.1.a) Críticas al criterio de la fungibilidad.....	356
IV.2.4.1.a.i) Crítica relativa a la ausencia de fungibilidad en relación a los especialistas.....	356

IV.2.4.1.a.ii) Crítica relativa a la ausencia de fungibilidad en el caso concreto.....	357
IV.2.4.1.a.iii) Crítica relativa a la ausencia de instrumentalización del ejecutor.....	363
IV.2.4.1.b) Criterios empleados.....	365
IV.2.4.1.b.i) Fungibilidad negativa simultánea.....	365
IV.2.4.1.b.ii) Fungibilidad negativa sucesiva.....	366
IV.2.4.1.b.iii) Fungibilidad positiva.....	366
IV.2.4.1.b.iv) Regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento.....	368
IV.2.4.1.b.v) "Factores débiles".....	369
IV.2.4.1.b.vi) Tesis de Murmann.....	370
IV.2.4.1.c) Tipos de organizaciones en las que es aplicable la autoría mediata por medio de EOP.....	373
IV.2.4.1.c.i) El Estado.....	376
IV.2.4.1.c.ii) Las organizaciones delictivas paraestatales.....	377
IV.2.4.1.c.iii) Las empresas.....	378
IV.2.4.2. Grado de control/dominio.....	380
IV.2.4.2.a) La cuestión de los superiores intermedios.....	384
IV.2.4.3. La desvinculación del Ordenamiento Jurídico.....	391
IV.2.5. Tipo subjetivo.....	403
IV.2.5.1. Concurrencia de los elementos del tipo subjetivo de los crímenes en el sujeto activo.....	403
IV.2.5.2. Conocimiento de las circunstancias fácticas que permiten ejercer el dominio del hecho por conducto de otro.....	405
V. COAUTORÍA MEDIATA.....	407
V.1. <i>Origen de la coautoría mediata: Sentencia de primera instancia en el caso Stakić</i>	411
V.1.1. Antecedentes de hecho.....	411
V.1.2. Fundamentos jurídicos.....	413
V.1.3. La Sentencia de apelación y la jurisprudencia posterior del TPIV418	
V.2. <i>Rationale de la coautoría mediata</i>	420
V.2.1. <i>Ámbito de aplicación</i>	420

V.2.2. Inidoneidad de otras figuras.....	429
V.2.2.1. Inidoneidad de la coautoría.....	429
V.2.2.2. Inidoneidad de la autoría mediata	433
V.2.2.3. Conclusión.....	435
V.3. Elementos de la coautoría mediata	437
V.4. Tipo objetivo.....	439
V.4.1. Existencia de un plan o acuerdo común	439
V.4.2. Contribuciones esenciales de manera coordinada.....	440
V.4.3. Grado de control/dominio	443
V.4.4. Existencia de un aparato organizado y jerárquico de poder	445
V.4.5. Utilización de la EOP para asegurar la ejecución de los crímenes: automatismo en su funcionamiento	447
V.5. Tipo subjetivo	448
V.5.1. Cumplimiento de los elementos del tipo subjetivo del crimen..	448
V.5.2. Conciencia y aceptación mutua del delito como elemento de criminalidad del plan común	452
V.5.3. Conciencia de su posición de autoridad y de su capacidad para frustrar el plan común.....	456
VI. PARTICIPACIÓN	459
VI.1. Introducción	459
VI.1.1. Distintos modelos de intervención en el delito	460
VI.1.2. La participación en los tribunales <i>ad hoc</i> y en la CPI.....	468
VI.1.3. Especial referencia al tipo subjetivo de la participación dolosa	470
VI.2. Inducción (Art. 7(1) ETPIY, art. 6(1) ETPIR y art. 25(3)(b) ER).....	475
VI.2.1. Ordenar (art. 7(1) ETPIY a art. 6(1) ETPIR y art. 25(3)(b)ER)	477
VI.2.1.1. Origen.....	477
VI.2.1.2. Tipo objetivo.....	478
VI.2.1.2.a) Tribunales <i>ad hoc</i>	478
VI.2.1.2.b) CPI	481
VI.2.1.3. Tipo subjetivo.....	485
VI.2.1.3.a) Tribunales <i>ad hoc</i>	485

VI.2.1.3.b) CPI	487
VI.2.2. Instigar (Art. 7(1) ETPIY a art. 6(1) ETPIR) o proponer e inducir (Art. 25(3)(b)ER)	490
VI.2.2.1. Tipo objetivo.....	492
VI.2.2.1.a) Tribunales <i>ad hoc</i>	492
VI.2.2.1.b) CPI	495
VI.2.2.2. Tipo subjetivo.....	497
VI.2.2.2.a) Tribunales <i>ad hoc</i>	497
VI.2.2.2.b) CPI	500
VI.3. <i>Complicidad (Art. 7(1) ETPIY, art. 6(1) ETPIR y art. 25(3)(c) ER)</i>	503
VI.3.1. Origen	503
VI.3.2. Tipo objetivo	508
VI.3.2.1. Tribunales <i>ad hoc</i>	508
VI.3.2.2. CPI.....	514
VI.3.3. Tipo subjetivo	516
VI.3.3.1. Tribunales <i>ad hoc</i>	516
VI.3.3.2. CPI.....	520
VI.3.4. <i>Complicidad en el genocidio (Art. 4(3)(e) ETPIY y art. 2(3)(e) ETPIR)</i>	525
VI.4. <i>Contribución en el crimen cometido por un grupo de personas (Art. 25(3)(d) ER)</i>	530
VI.4.1. Origen	530
VI.4.2. Tipo objetivo	531
VI.4.3. Tipo subjetivo	535
VI.5. <i>Planificar (Art. 7(1) ETPIY y art. 6(1) ETPIR)</i>	538
VI.5.1. Origen	538
VI.5.2. Tipo objetivo	538
VI.5.3. Tipo subjetivo	541
VI.6. <i>Excurso: actos preparatorios punibles per se</i>	542
VI.6.1. <i>Provocación para cometer genocidio (Art. 4(3)(c) ETPIY, art. 2(3)(c) ETPIR y art. 25(3)(e) ER)</i>	542
VI.6.1.1. Origen.....	542

VI.6.1.2. Tipo objetivo.....	543
VI.6.1.3. Tipo subjetivo.....	545
VI.6.2. Conspiración para cometer genocidio (Art. 4(3)(b) ETPIY y art. 2(3)(b) ETPIR)	546
VI.6.2.1. Origen.....	546
VI.6.2.2. Tipo objetivo.....	548
VI.6.2.3. Tipo subjetivo.....	549
VII. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR	555
VII.1. <i>Introducción</i>	555
VII.1.1. Origen	557
VII.1.2. Regulación en los Estatutos de los tribunales <i>ad hoc</i> vs. en el Estatuto de Roma de la CPI	565
VII.1.3. Naturaleza jurídica	567
VII.1.3.1. Tribunales <i>ad hoc</i>	569
VII.1.3.2. CPI.....	572
VII.1.3.2.a) Van Sliedregt.....	574
VII.1.3.2.b) Cassese.....	576
VII.1.3.2.c) Ambos	578
VII.1.3.2.d) Meloni.....	579
VII.1.3.2.e) Toma de postura	581
VII.1.3.3. Omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva	586
VII.1.4. Distinción con respecto a otras formas de intervención criminal punible.....	588
VII.2. <i>La Responsabilidad del Superior en los tribunales ad hoc</i>	590
VII.2.1. <i>Introducción</i>	590
VII.2.2. Tipo objetivo.....	592
VII.2.2.1. La comisión del crimen por parte de los subordinados	594
VII.2.2.2. La existencia de una relación superior-subordinado.....	596
VII.2.2.3. La falta de adopción de medidas necesarias y razonables para impedir la comisión del crimen o para castigar a los autores ..	600
VII.2.3. Tipo subjetivo.....	604
VII.2.3.1. "si sabía"	605

VII.2.3.2. "o tenía razones para saber"	606
VII.2.3.3. La cuestión relativa al <i>dolus specialis</i>	611
VII.3. La Responsabilidad del Superior en la CPI	613
VII.3.1. Introducción	613
VII.3.2. Tipo objetivo	615
VII.3.2.1. La comisión del crimen por parte de los subordinados	615
VII.3.2.2. La existencia de una relación superior-subordinado	617
VII.3.2.3. "Mando y control efectivo" o "autoridad y control efectivo" del superior sobre los subordinados	619
VII.3.2.4. Relación causal entre la omisión del superior y la comisión del crimen por parte del subordinado	622
VII.3.2.5. La falta de adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la comisión del crimen o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento	625
VII.3.3. Tipo subjetivo	630
VII.3.3.1. "hubiere sabido" y "hubiere tenido conocimiento"	632
VII.3.3.2. "hubiere debido saber"	634
VII.3.3.3. "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente"	636
VII.3.3.4. La cuestión relativa al <i>dolus specialis</i>	639

PARTE III. MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE Y DETERMINACIÓN DE LA PENA 641

I. RESULTADOS DEL ANÁLISIS CRIMINOLÓGICO DE LOS CRÍMENES DE ATROCIDAD 641

I.1. Características de los crímenes de atrocidad 641

I.2. Estructuración de la fenomenología de los crímenes de atrocidad en modos de intervención criminal punible 646

I.2.1. (Co)autoría mediata (criminales de rango alto) 649

 I.2.1.1. Identificación de los criminales de rango alto..... 649

 I.2.1.2. Dominio del hecho 650

I.2.2. Autoría mediata (criminales de rango medio)..... 652

 I.2.2.1. Dominio del hecho 652

I.2.2.2. Inaplicabilidad de la coautoría	654
I.2.3. (Co)autoría directa (criminales de rango bajo).....	658
II. MODOS DE INTERVENCIÓN CRIMINAL PUNIBLE Y DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	661
II.1. <i>Propuestas doctrinales de especial interés</i>	663
II.1.1. Hechos asociados a la posición del sujeto activo en el entramado criminal	663
II.1.2. Papel del sujeto activo en el establecimiento del contexto criminal	665
II.1.3. Crítica.....	667
II.2. <i>Toma de postura</i>	670
II.2.1. Regulación actual relativa a las penas	673
II.2.2. Consecuencias de la regulación actual: excesiva discrecionalidad y ausencia de un marco general coherente	677
II.2.3. Argumentos a favor del carácter vinculante del modo de intervención criminal punible para la determinación de la pena.....	681
II.2.3.1. Literalidad de la norma.....	682
II.2.3.2. Argumentos dogmáticos.....	682
II.2.3.3. Argumentos prácticos	684
II.2.4. Autoría y participación.....	685
II.2.5. Formas de autoría.....	688
II.2.6. Formas de participación	694
II.2.7. Conclusión.....	695
II.3. <i>Excurso: abuso de la posición del sujeto activo en el entramado criminal como circunstancia agravante</i>	697
II.3.1. Regulación positiva actual (CPI).....	699
II.3.2. Desarrollo jurisprudencial (tribunales <i>ad hoc</i>).....	701
II.3.3. Conclusión.....	706
III. DE LEGE FERENDA.....	709
III.1. <i>Esquema general propuesto</i>	709
III.2. <i>Modos de intervención criminal punible en la determinación legal de la pena</i>	711

III.3. <i>De lege ferenda: marcos penales</i>	713
CONCLUSIONES	719
PARTE I.....	719
PARTE II.....	722
II.1. <i>Autoría directa</i>	722
II.2. <i>Coautoría</i>	723
II.3. <i>Autoría mediata</i>	725
II.4. <i>Coautoría mediata</i>	727
II.5. <i>Participación</i>	728
II.6. <i>Responsabilidad del Superior</i>	729
PARTE III.....	730
III.1. <i>Esquema general de modos de intervención criminal punible en el ámbito de los crímenes de atrocidad</i>	730
III.2. <i>Modos de intervención criminal punible y determinación de la pena</i> ..	731
III.3. <i>Propuesta de lege ferenda</i>	732
CONCLUSION	735
PART I.....	735
PART II.....	737
II.1. <i>Direct Perpetration</i>	738
II.2. <i>Co-perpetration</i>	739
II.3. <i>Indirect perpetration</i>	740
II.4. <i>Indirect co-perpetration</i>	742
II.5. <i>Participation</i>	743
II.6. <i>Responsibility of Superiors</i>	744
PART III	745
III.1. <i>General frame of modes of liability with regard to atrocity crimes</i>	745
III.2. <i>Modes of liability and sentencing</i>	746
III.3. <i>De lege ferenda</i>	747
BIBLIOGRAFÍA	749

