

\$3 800

TRATADO DE AUTORÍA y PARTICIPACIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Autor: Hecho clásico Alonso

Alonso
y ya
adop-
creso
al in-
ones
e en
fasis
icas
(ii)
cos

Capítulo 3

Autoría material y autoría mediata

I. AUTORÍA MATERIAL

A) Concepto

La autoría material tiene lugar cuando un individuo realiza materialmente los elementos objetivos del delito con el elemento subjetivo requerido por el mismo¹. El artículo 25(3) (a) ER² se refiere a la misma mediante la expresión cometer un delito "por sí solo". Además, constituye la forma más directa de "cometer" un delito según los artículos 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL. Por ello, cuando en los TPIY y TPIR, y en la CESL, la Fiscalía afirma que un dirigente es autor del delito a pesar de no estar involucrado en su comisión material, el Escrito de Acusación normalmente incluye la siguiente afirmación:

En el presente Escrito de Acusación, con el uso de la expresión "cometió" el fiscal no pretende sugerir que el acusado cometió materialmente alguno de los delitos que se le imputan. En el presente Escrito de Acusación cometer se refiere a la intervención en una empresa criminal común como coautor³.

¹ A Cassese, International Criminal Law (Oxford, Oxford University Press, 2003), p. 180 [en adelante: Cassese, International Criminal Law]. Como se ha enfatizado en Prosecutor v. Delalic et al. (Appeals Chamber Judgement) ICTY-96-21-A (de 20 de febrero de 2001), párr. 345 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Celebici], en el caso de "responsabilidad primaria o directa, en el que el acusado por sí mismo comete el acto u omisión relevante, el requisito de que su participación deba 'afectar directa y sustancialmente la comisión del crimen' es innecesaria".

² K Ambos, La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática (traducción de Ezequiel Malarino, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005), p. 174 [en adelante: Ambos, La parte general del derecho penal internacional] ha señalado que hubiera sido preferible definir el concepto de autoría material con la expresión "cometido con su propia conducta" utilizada en el 2.06(1) del Código Penal Modelo de Estados Unidos. De acuerdo con Ambos, el lenguaje del Código Penal Modelo de Estados Unidos expresa mejor que la esencia de la autoría material o directa reposa en el hecho de que el autor comete físicamente el delito.

³ Prosecutor v. Dragomir Milosevic (CROATIA: SECOND AMENDED INDICTMENT) ICTY-02-54-T (de 28 de julio de 2004), párr. 5.

La autoría material generalmente es utilizada como el punto de partida para la definición de los delitos y la descripción de sus elementos⁴. Con independencia de la posición que se adopte respecto a la distinción entre autores y partícipes, la persona que realiza materialmente los elementos objetivos del delito con el elemento subjetivo requerido por el mismo es responsable como autor. Para la posición formal-objetiva, es autor porque realiza los elementos objetivos del delito. Para la posición subjetiva, es autor porque quiere el hecho punible como su propia obra. Por último, para la posición material-objetiva basada en el concepto del dominio del hecho también es autor, porque tiene el control sobre la acción en la medida que él es quien en última instancia realiza por sí mismo los elementos objetivos del delito⁵.

B) Los elementos objetivos del delito: elementos contextuales y específicos

Como Fletcher ha señalado, la definición de todo delito comprende un conjunto de elementos objetivos específicos y contextuales, y ciertos elementos subjetivos⁶. Esto también es aplicable a los delitos internacionales.

En su primera decisión de orden de arresto contra Omar al Bashir de 4 de marzo de 2009, la SCP I de la CPI afirmó que los elementos objetivos de

⁴ Por ejemplo, el art. 8(2)(b)(xxiii) ER define el crimen de guerra de utilizar personas protegidas como escudos humanos como "utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares". Además, los EC prevén los elementos de este crimen de la siguiente manera: "(i) que el autor haya trasladado a una o más personas civiles o a otras personas protegidas en virtud del derecho internacional de los conflictos armados o haya aprovechado su presencia de alguna otra manera; (ii) que el autor haya tenido la intención de proteger un objetivo militar de un ataque o proteger, favorecer o entorpecer operaciones militares; (iii) que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él; (iv) y que el autor haya sido consciente de circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado". La jurisprudencia de los TPIY y TPIR opera en el mismo sentido. Por ejemplo, la sentencia de apelación en el caso Celebici (*supra* n. 1), párr. 422, describe de la siguiente manera los elementos del crimen de guerra de homicidio voluntario recogido en el artículo 2(a) ETPIY como una infracción grave a los Convenios de Ginebra: "(a) muerte de la víctima como resultado de la acción o de las acciones del acusado, (b) con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves, las cuales, como es razonable suponer, tuvo que comprender que probablemente conducirían a la muerte, y (c) las cuales cometió contra una persona protegida".

⁵ Vid. capítulo 2, sección VI.

⁶ G P Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (2^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2000) pp. 575, 576 [en adelante: Fletcher].

los delitos recogidos en el ER se pueden clasificar en dos categorías: (i) elementos contextuales, caracterizados por ser comunes a varios delitos (en particular a aquellos pertenecientes a una misma tipología como el caso de los delitos de lesa humanidad o los crímenes de guerra); y (ii) elementos específicos propios de cada tipo penal⁷.

Los TPIY y TPIR, y la CESL, han acogido también esta clasificación entre elementos contextuales y específicos, aunque desde la decisión sobre jurisdicción en el caso *Tadic* de 1 de noviembre de 1995 han introducido también la categoría adicional de elementos contextuales de carácter jurisdiccional⁸. Con ello aparece una distinción entre los elementos contextuales de carácter material que deben darse en todo caso para que una conducta sea constitutiva de delito al hacer parte de los elementos objetivos de su definición, y los elementos contextuales de carácter jurisdiccional, que según la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CESL, serían circunstancias que no afectan a la calificación de una conducta como delito y sólo son exigidas para que el tribunal internacional de que se trate pueda ejercer su jurisdicción sobre dicha conducta⁹.

En consecuencia, mientras que los elementos contextuales de carácter material, en cuanto que elementos objetivos del delito, deben ser abarcados por su elemento subjetivo, los elementos contextuales de carácter jurisdiccional no tienen por qué ser cubiertos por elemento subjetivo alguno. Esto significa que la autoría material del delito ni tan siquiera requiere el ser consciente de las circunstancias de hecho que establecen su existencia.

A este respecto, es particularmente relevante la conclusión de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* que ha señalado que 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

⁷ Caso Al Bashir (DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DEL FISCAL DE DICTAR UNA ORDEN DE ARRESTO CONTRA OMAR AL BASHIR) ICC-02/05-01/09-3 (de 4 de marzo de 2009), párr. 52. [en adelante: primer orden de arresto en el caso Al Bashir]. Allí se cita una decisión previa de la SCP I de la CPI en la que se afirma lo mismo: Decisión sobre las solicitudes del Fiscal de emisión de órdenes de arresto conforme al artículo 58, de 10 de febrero de 2006, pero hecha pública únicamente en el anexo 2 a la decisión ICC-01/04-520-Anx2, párr. 94 (de 17 de julio de 2008) por la que se levanta el secreto de sumario y se reclasifica la misma.

⁸ Vid. Prosecutor v. Tadic (APPEALS CHAMBER DECISION ON THE DEFENCE MOTION FOR INTERLOCUTORY APPEAL ON JURISDICTION) ICTY-94-1-A (de 2 de octubre de 1995), párrs. 79-84; Prosecutor v. Tadic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-94-1-A (15 de julio de 1999), párr. 80.

⁹ Idem.

conducta son elementos contextuales de carácter jurisdiccional de los crímenes de guerra¹⁰.

Ahora bien, no parece que esta caracterización sea adecuada porque en caso de no concurrir estos elementos el problema que se plantea no es tanto de ejercicio de la jurisdicción por el tribunal internacional, sino de la propia existencia de crímenes de guerra, porque sin la concurrencia de tales elementos no se puede afirmar que se hayan cometido delitos de esta naturaleza.

Así, por ejemplo, en el contexto de un conflicto armado, el homicidio voluntario sólo está prohibido si la persona a quien se dio muerte es una persona protegida. Sin embargo, si la persona a quien se dio muerte es un combatiente enemigo que ni se ha rendido, ni se encuentra fuera de combate, entonces la conducta es considerada lícita de acuerdo con el derecho internacional humanitario y, por lo tanto, no da lugar a responsabilidad penal¹¹. Del mismo modo, utilizar la presencia de civiles para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares sólo da lugar a responsabilidad penal si se lleva a cabo en conexión con un conflicto armado¹². Si esta conexión falta, la acción de colocar civiles alrededor de un objetivo militar no da lugar a responsabilidad penal.

El ER y los EC difieren de la posición adoptada por la jurisprudencia del TPIY, el TTPIR y la CESL en esta materia, de manera que tratan 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 conducta como elementos contextuales de carácter material. Este cambio de posición lo han llevado a cabo mediante la exigencia explícita de que:

[...] el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado¹³;

¹⁰ Idem.

¹¹ H Olásoyo, *Ataques Dirigidos contra la Personas y Objetos Civiles y Ataques Desproporcionados* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2007), p. 63.

¹² Ibid, p. 124. Ver también las siguientes disposiciones en las que tiene su origen el crimen de guerra de utilización de personas civiles como escudos humanos: art. 23 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III); art. 28 del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV); y al art. 51(7) del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), de 8 de junio de 1977.

¹³ Vid. EC de todos y cada uno de los crímenes de guerra.

[...] el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección¹⁴.

Por ello, la SCP II en su decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba de 15 de junio de 2009, subrayó que todo autor material de un crimen de guerra debe ser consciente de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de un conflicto armado¹⁵, lo que (i) no supone la exigencia de que el autor material haya hecho una evaluación en derecho acerca de la existencia del conflicto; sino que (ii) requiere únicamente el conocimiento de las circunstancias de hecho que haya determinado la existencia de un conflicto armado, implícito en la expresión "haya tenido lugar en el contexto de ... y que haya estado relacionada con él", que se recoge en los EC de todos los crímenes de guerra previstos en el ER¹⁶.

En aplicación de estos criterios, la SCP II en esta misma decisión consideró que se cumplía con este requisito puesto que:

[...] existe prueba suficiente para establecer motivos razonables de que los soldados del Movimiento de Liberación del Congo presentes en el territorio de la República Centro-Africana en apoyo de las autoridades gubernamentales desde aproximadamente el 26 de octubre de 2002 hasta el 15 de marzo de 2003 era plenamente conscientes de la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional. No se ha puesto en entredicho que fueran enviados a República Centro-Africana a petición de su presidente, el Sr. Patassé, para defender su presidencia frente al intento de golpe de estado llevado a cabo por el grupo armado organizado liderado por el Sr. Bozizé. El objetivo de su misión era entablar combate y contrarrestar los ataques del enemigo¹⁷.

Igualmente, la SPI I en su sentencia de primera instancia de 14 de marzo de 2012 en el caso Lubanga señaló

[...] la Sala concluye más allá de toda duda razonable que el acusado era consciente de las circunstancias fácticas que establecieron la existencia de un conflicto armado durante el periodo al que se refieren los delitos imputados [...] El acusado y los otros miembros de la UPC/FPLC articularon los objetivos militares de la organización. Niños soldados fueron reclutados como resultado de la ejecución de un plan común para asegurar que la UPC/FPLC era capaz de cumplir con sus objetivos

¹⁴ Vid. EC de aquellos crímenes de guerra que recaen sobre personas u objetos que tienen una particular protección según el derecho internacional humanitario.

¹⁵ Caso Bemba (PRE-TRIAL CHAMBER II DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-01/05-01/08-424 (de 15 de junio de 2009), párr. 263 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Bemba].

¹⁶ Ibid, párr. 238.

¹⁷ Ibid, párr. 264.

militares, y el acusado fue consciente que ellos fueron reclutados, entrenados y utilizados en operaciones militares. Por lo tanto, la Sala encuentra más allá de toda duda razonable que Thomas Lubanga era completamente consciente del indudable nexo entre los delitos de reclutamiento y alistamiento de niños menores de 15 años, así como de su utilización para participar activamente en las hostilidades, y el conflicto armado, o de las circunstancias de hecho que establecía la existencia de dicho conflicto armado¹⁸.

El único aspecto en los EC parecen haber adoptado una posición similar a la acogida por la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CESL en relación con la figura de los elementos contextuales de carácter jurisdiccional, se encuentra en la naturaleza jurisdiccional que en los EC parece darse al carácter internacional del conflicto armado. Ello resultado de que, según la redacción actual de los EC, el autor material no tiene ni que llevar a cabo una evaluación en derecho acerca de la naturaleza internacional o no internacional del conflicto armado, ni tan siquiera debe tener conocimiento de los hechos que hayan determinado que el conflicto tenga carácter internacional o no internacional¹⁹.

Sin embargo, la posición adoptada por los EC en este punto no parece ser adecuada, particularmente en el contexto del Pk. Como señalaron Von Hebel y Robinson, la razón por la cual los subpárrafos (a) y (b) del artículo 8(2) ER contienen un mayor número de crímenes de guerra que los subpárrafos (c) y (e) del mismo artículo es que los redactores decidieron penalizar, en el marco del sistema de la CPI, un espectro más amplio de conductas relacionadas con conflictos armados internacionales, dado el mayor alcance de la protección provista por el derecho internacional humanitario en este tipo de conflictos²⁰. Por consiguiente, la misma conducta

¹⁸ Caso Lubanga (Judgement) ICC-01/04-01/06-2842 (de 14 de marzo de 2012), párr. 1249, 1250 [en adelante: Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga].

¹⁹ Ver EC, Introducción a los elementos de los crímenes de guerra. Vid. también confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 288.

²⁰ Según H. Von Hebel y D. Robinson, "Crimes within the Jurisdiction of the Court" en R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute* (La Haya, Kluwer, 1999), p. 125, "en general, se puede concluir que la definición de crímenes de guerra es coherente con dos tendencias importantes de los últimos años, esto es, la confusión gradual de las diferencias fundamentales entre los conflictos armados internacionales e internos y el reconocimiento de la responsabilidad penal individual por violaciones a las disposiciones fundamentales de instrumentos relevantes del derecho internacional humanitario. Como se describió anteriormente, muchas de las disposiciones relacionadas con conflictos armados internos fueron diseñadas a partir de disposiciones relacionadas con conflictos armados internacionales. Este resultado es coherente con el punto de vista de que deben reducirse las diferencias en la regula-

(por ejemplo, dirigir un ataque contra objetos civiles o lanzar un ataque desproporcionado) da lugar a responsabilidad penal si tiene lugar en el marco de un conflicto armado internacional, pero no cuando tiene lugar en conexión con un conflicto armado no internacional. Esto lleva a concluir que el carácter internacional de un conflicto armado es un elemento objetivo de la definición del delito (elemento contextual material), porque, dependiendo del carácter del conflicto, la misma conducta puede, o no, constituir un crimen de guerra conforme al ER.

Por lo tanto, como ya se ha afirmado en otro lugar:

Independientemente de lo establecido en la introducción a la sección sobre crímenes de guerra en los Elementos de los Crímenes, el autor material debería, al menos, ser consciente de las circunstancias de hecho que establecen el carácter internacional o no internacional del conflicto²¹.

Es por ello que consideramos acertada la práctica adoptada por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, en la que se afirma expresamente que el imputado, Thomas Lubanga Dyilo, fue consciente de las circunstancias de hecho que establecían el carácter internacional (desde principios de septiembre de 2002 hasta el 2 de junio de 2003) y no internacional (desde la retirada de las fuerzas armadas ugandesas el 2 de junio de 2003 hasta finales de 2003) del conflicto armado que tuvo lugar en el territorio de Ituri en la República Democrática del Congo²². La SPI I no necesitó, sin embargo, recurrir a esta práctica al afirmar el carácter no internacional del conflicto armado ocurrido en Ituri desde su inicio en septiembre de 2002²³.

De lo anterior, no se puede sino subrayar la necesidad de prestar particular atención para evitar la transformación de elementos contextuales de carácter material que forman parte de la definición de los delitos en ele-

ción de las dos formas de conflicto. Aunque fue sugerido que la Conferencia debería prescindir completamente de esa distinción, esa sugerencia claramente fue "un puente demasiado extenso" para la mayoría de las delegaciones".

²¹ H. Olásolo, *Unlawful Attacks in Combat Operations* (Leiden, Brill, 2008), p. 248; Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 2), pp. 410, 411. A este respecto, es importante destacar que, de conformidad con el art. 9 ER, los EC "[...] ayudarán a la Corte a interpretar y aplicar los arts. 6, 7 y 8", pero no son vinculantes para las distintas Salas de la CPI".

²² Caso Lubanga (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-01/04-01/06-803 (de 29 de enero de 2007), párr. 406 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Lubanga].

²³ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párrafos 561-567.

mentos contextuales de naturaleza jurisdiccional, con el fin de eliminar la exigencia probatoria de mostrar que el autor material es consciente de las circunstancias de hecho que establecen la existencia de dichos elementos.

En realidad, en el marco del ER, entendemos que sólo el umbral de gravedad previsto en los arts. 8(1) y 17(1) (d) ER debería ser realmente calificado como un verdadero elemento contextual de carácter jurisdiccional. Este umbral de gravedad constituye un verdadero requisito objetivo de procedibilidad en la medida en que es una circunstancia que, sin afectar la existencia misma de los crímenes de guerra o de los delitos de lesa humanidad cometidos en una determinada situación o caso, debe cumplirse para que su investigación o persecución penal puedan llevarse a cabo ante la CPI. De lo contrario, la CPI no podrá ejercer su jurisdicción sobre los mismos²⁴.

C) Los elementos subjetivos del delito

i. Primera aproximación

Los elementos subjetivos comprendidos en la definición de cualquier delito pueden clasificarse en: (i) elemento subjetivo general, que consiste en el estado subjetivo que debe conducir la ejecución de los elementos objetivos del delito²⁵; y (ii) elemento subjetivo adicional —generalmente referido como *dolo especial* o intención ulterior— que consiste en un propósito específico que debe motivar la comisión del delito²⁶. En este sentido, Smith y Hogan consideran concluyen que “la mejor definición general

²⁴ Sobre la naturaleza del umbral de gravedad, vid. Situación en la República de Kenia (DECISION PURSUANT TO ARTICLE 15 OF THE ROME STATUTE ON THE AUTHORIZATION OF AN INVESTIGATION INTO THE SITUATION IN THE REPUBLIC OF KENYA) ICC-01/09-19 (de 31 de marzo de 2010), párrs. 55-62 [en adelante: autorización en la República de Kenia]; Situación en la República Democrática del Congo (JUDGEMENT ON THE PROSECUTOR'S APPEAL AGAINST THE DECISION OF PRE-TRIAL CHAMBER I ENTITLED "DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR WARRANTS OF ARREST, ARTICLE 58") ICC-01/04-169 (de 7 de julio de 2006 reclasificado como documento público el 23 de septiembre de 2008), párrs. 69-81 [en adelante: orden de arresto en el caso Lubanga]; caso Lubanga (DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR A WARRANT OF ARREST, ARTICLE 58) ICC-01/04-01/06-37Annex 1 (de 10 de febrero de 2006, reclasificado como público el 17 de marzo de 2006), párrs. 41-60.

²⁵ Fletcher (supra n. 6), pp. 575, 576.

²⁶ Vid. la excelente explicación del concepto de intención ulterior proporcionada por J C Smith y B Hogan, Criminal Law (11 ed., Londres, Butterworths, 2005), pp. 112, 113

de elemento subjetivo a la que podemos llegar es la siguiente: intención, conocimiento o temeridad con respecto a todos los elementos del delito junto con cualquier intención ulterior que requiera su definición”²⁷.

Ahora bien, surge la cuestión de si el elemento subjetivo general es, en principio, el mismo para todos los elementos objetivos del delito, o si, por el contrario, cabe distinguir dentro de estos últimos entre “acciones”, “consecuencias” y “circunstancias”, pudiendo estar cada una de ellas abarcado por un elemento subjetivo distinto. Las respuestas dadas a esta pregunta por las SCP I, SCP II y la SPI I en su interpretación del artículo 30 del ER han variado hasta el momento. Así, la SCP I, en su primera decisión de orden de arresto contra Omar al Bashir de 4 de marzo de 2009 señaló en relación con la definición del delito de genocidio que:

- ...i el delito de genocidio está compuesto de dos elementos subjetivos:
 i. Un elemento subjetivo general que debe cubrir todo acto previsto en el artículo 6 (a) a (b) del Estatuto, y que consiste en el requisito de intención y conocimiento del artículo 30; y
 ii. Un elemento subjetivo adicional, normalmente referido como “*dolus specialis*” o propósito específico, conforme al cual los actos de genocidio tienen que ser llevados a cabo con “la intención de destruir total o parcialmente” al grupo atacado²⁸.

Esta misma posición ha sido adoptada por la SPI I en la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga de 14 de marzo de 2012 al afirmar:

Conforme al artículo 30, la Fiscalía tiene la obligación de establecer que Thomas Lubanga cometió los delitos de reclutamiento, alistamiento, y utilización para participar activamente en las hostilidades de niños menores de 15 años con la intención y conocimiento necesarios [...] Es necesario, por tanto, que la Fiscalía establezca que Thomas Lubanga tuvo la intención de participar en la ejecución del plan común, siendo consciente de que el reclutamiento, alistamiento, y utilización para participar activamente en las hostilidades de niños menores de 15 años “ocurría en el curso ordinario de los acontecimientos” como consecuencia de ejecutar el plan común²⁹.

[en adelante: Smith y Hogan]. Vid. también, Fletcher (ibid), pp. 575, 576, y confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n 15), párr. 354.

²⁷ Smith y Hogan (ibid) p. 113.

²⁸ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7), párr. 139.

²⁹ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párrs. 1273, 1274. Según la SPI I, esto significa que la Fiscalía debía probar que el acusado conocía efectivamente que los niños eran menores de 15 años. Además, en cuanto que la Fiscalía imputó al acusado su responsabilidad como coautor por el dominio funcional de los hechos punibles, la SPI I señaló que era también necesario probar que el acusado conocía que su contribución a la ejecución del plan común tenía un carácter esencial. Finalmente, al formar parte de los elementos objetivos de los delitos imputados tanto

Por su parte, la SCP II, en su decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* dictada el 15 de junio de 2009, afirmó que el artículo 30 ER adopta un modelo casuístico de definición del elemento subjetivo, en el que no se exigiría que un único elemento subjetivo general abarcara todos los elementos objetivos del delito, sino que, siguiendo la tradición del *common law* que distingue entre acciones, consecuencias y circunstancias, el artículo 30 ER requeriría un elemento subjetivo distinto para cada uno de los elementos objetivos del delito³⁰.

En cuanto a la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, este debate no parece haber sido tan relevante como en la CPI puesto que la opción del elemento subjetivo general homogéneo se adoptó desde un inicio. De esta manera, la controversia se ha centrando en el contenido de dicho elemento subjetivo general en relación con los distintos delitos que forman parte de la jurisdicción de los TPIY y TPIR³¹.

En lo que sí son coincidentes la jurisprudencia de la CPI, del TPIY, del TPIR y de la CESL es en el rechazo de la responsabilidad objetiva y de la responsabilidad por el resultado³², lo que significa que todos los elementos objetivos (contextuales y específicos) de los delitos sobre los que ejercen su jurisdicción material deben estar abarcados por un elemento subjetivo, que, como veremos en las secciones siguientes, puede consistir en el *dolo directo* de primer, el *dolo directo* de segundo grado, el *dolo eventual*, la *temeridad* (*recklessness*) consciente, la temeridad inconsciente o incluso excepcionalmente la imprudencia simple.

En este sentido, conviene señalar desde ahora que el elemento subjetivo general puede variar de un delito a otro. Así, en ocasiones el derecho penal

la existencia del conflicto armado como su nexo con aquellos, la SPI I también afirmó que la Fiscalía debía probar que el acusado era consciente de las circunstancias de hecho que establecían la existencia de dicho conflicto armado.

³⁰ Confirmación de cargos en el caso *Bemba* (supra n. 15), párr. 355. En apoyo de su conclusión, la SCP II cita a M Kelt/H von Hebel, "General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes" en R. S. Lee et al. (eds.), *The International Criminal Court, Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, (Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 2001), p. 28; M E Badar, "The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary from a Comparative Law Perspective" (2008) 19 *Criminal Law Forum*, pp. 475, 476; R.S Clark, "Drafting A General Part to a Penal Code: Some Thoughts Inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo's Confirmation Proceedings" (2008) 19 *Criminal Law Forum*, p. 530.

³¹ Vid. *infra*, secciones C.II.4 y C.II.5.

³² Confirmación de cargos en el caso *Bemba* (supra n. 15), párr. 427.

sólo castiga una cierta conducta cuando el propósito del autor es precisamente conseguir que se produzcan los elementos objetivos del delito. Este escenario ha sido caracterizado por Muñoz Conde y García Arán como una rebelión consciente contra el valor social protegido por la norma penal³³. Otras veces, el derecho penal también castiga los medios utilizados para alcanzar un objetivo que, en principio, no es ilícito de por sí. En este último escenario, bien puede suceder que, debido a la falta de la debida diligencia, un individuo no llegue a ser ni siquiera consciente de la probabilidad de que su conducta pueda socavar el valor social protegido por la norma penal.

En relación con los elementos normativos incluidos en la definición de los delitos no se requiere que el autor material realice el juicio de valor inherente a su calificación jurídica; es suficiente con que sea consciente de las circunstancias de hecho que establecen su existencia, sin que él mismo tenga que realizar dicha calificación jurídica. Esto es particularmente relevante para los elementos contextuales que en su gran mayoría están formados por elementos normativos como es el caso de la determinación de si una situación de crisis puede constituir legalmente un conflicto armado, o si las personas u objetos sometidos a la conducta prohibida tienen la condición de protegidos según el derecho internacional humanitario. Es por ello que, tal y como se recoge en los EC, el conocimiento de las circunstancias que dan lugar a la existencia del conflicto armado o al carácter protegido es suficiente³⁴.

Así mismo, según ha señalado la SCP I en el caso Abu Garda, no cabe la defensa de error de prohibición prevista en el artículo 32 ER en relación con aquellos elementos normativos con respecto de los cuales no se exige al autor material más que el conocimiento de las circunstancias de hecho que dan lugar a la existencia de los mismos. En particular, en relación con el crimen de guerra de atacar personas u objetos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria:

³³ Este escenario ha sido referido como una rebelión consciente contra el valor social protegido por la norma penal. Vid. F Muñoz Conde y M García Arán, *Derecho penal: parte general* (5º ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002), p. 455.

³⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1274. Vid. también confirmación de cargos en el caso *Bemba* (supra n. 15), párrs. 238, 239; Caso Katanga y Ngudjolo (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISIÓN ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-01/04-01/07-717 (de 1 de octubre de 2008), párrs. 297, 316 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo].

[...] este quinto elemento previsto en el artículo 8(2) (e) (iii) de los Elementos de los Crímenes excluye el error de prohibición previsto en el artículo 32 del Estatuto, puesto que sólo se requiere el conocimiento en relación a los hechos que establecen que las instalaciones, material, unidades, vehículos y personal estaban afectos a una misión de mantenimiento de la paz, y no es necesario tener el conocimiento jurídico en relación a la condición de protegidos de los mismos³⁵.

Finalmente, en cuanto a su prueba, Smith y Hogan han subrayado que los elementos subjetivos del delito son mucho más vagos y difíciles de probar que los elementos objetivos porque se trata de estados mentales, y no de acciones u omisiones³⁶. Por lo tanto, no pueden ser observados; sólo pueden ser deducidos.

ii. Los elementos subjetivos de los delitos en el ER

1. El dolo directo de primer grado, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual

a) La aceptación del *dolo eventual* por la jurisprudencia de la SCP I

Como vimos en la sección anterior existe una disparidad de criterios entre la SCP I, la SCP II y la SPI I de la CPI en lo referente a si el art. 30 ER requiere, en principio, un mismo elemento subjetivo general para todos los elementos objetivos del delito (posición adoptada por la SCP I y la SPI I en los casos Al Bashir³⁷ y Lubanga³⁸), o si, por el contrario, adopta un modelo casuístico en el que se podría requerir un elemento subjetivo distinto para cada elemento objetivo del delito (posición adoptada por la SCP II en el caso Bemba³⁹).

Dejando a un lado esta controversia, en lo que sí existe unanimidad es en que el artículo 30 ER establece el elemento subjetivo aplicable en principio a todos los delitos recogidos en el ER, en cuanto que su párrafo primero señala que:

³⁵ Caso Abu Garda (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-02/05-02/09-243-red (de 8 de febrero de 2010), párr. 94 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Abu Garda].

³⁶ Smith y Hogan (supra n. 26), pp. 112, 113.

³⁷ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7), párr. 139.

³⁸ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1274.

³⁹ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 355.

Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un delito de la jurisdicción de la Corte, únicamente si los elementos materiales del delito son cometidos con intención y conocimiento⁴⁰.

El contenido de los conceptos de "intención" y "conocimiento" en el art. 30 ER ha dado también lugar a un amplio debate entre las diversas Salas de la CPI, siendo en este momento una cuestión que se encuentra todavía lejos de estar resuelta.

Por un lado, la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, de 29 de enero de 2007, afirmó que el art. 30 ER acoge el concepto de *dolo* como elemento subjetivo general, lo que incluiría el *dolo directo* de primer grado, el *dolo directo* de segundo grado y el *dolo eventual*⁴¹. Según la SCP I:

La referencia conjunta a la "intención" y al "conocimiento" requiere la existencia de un elemento volitivo por parte del sospechoso. Este elemento volitivo comprende, en primer lugar, aquellas situaciones en las que el sospechoso: (i) sabe que sus acciones u omisiones producirán los elementos objetivos del delito, y (ii) emprende esas acciones u omisiones con la intención concreta de realizar los elementos objetivos del delito (*dolo directo* de primer grado). Los elementos volitivos antes mencionados también comprenden otras formas del concepto de *dolo* a los que ya ha recurrido la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, esto es: (i) situaciones en las que el sospechoso, sin tener la intención concreta de producir los elementos objetivos del delito, es consciente de que los mismos serán la consecuencia necesaria de sus acciones u omisiones (*dolo directo* de segundo grado), y (ii) situaciones en las que el sospechoso (a) es consciente del riesgo de que los elementos objetivos del delito puedan resultar de sus acciones u omisiones, y (b) acepta ese resultado asumiéndolo o consintiéndolo (*dolo eventual*)⁴².

En esta misma decisión, la SCP I explicó que el concepto de *dolo eventual* es aplicable en dos tipos de escenarios distintos:

En primer lugar, si el riesgo de producir los elementos objetivos del delito es sustancial (esto es, existe el riesgo de una probabilidad sustancial de que "ocurrirá en el curso normal de los acontecimientos"), el hecho de que el sospechoso acepte la idea de producir los elementos objetivos del delito puede inferirse de: (i) su conocimiento de la probabilidad sustancial de que sus acciones u omisiones tengan como resultado la realización de los elementos objetivos del delito, y (ii) su decisión de llevar a cabo tales acciones u omisiones a pesar de ese conocimiento. En segundo lugar, si el ries-

⁴⁰ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párr. 50. Vid. también confirmación de cargos en el caso Bemba (ibid), párr. 853; y la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1014.

⁴¹ Confirmación de cargos en el caso Bemba (ibid), párrts. 351, 352.

⁴² Idem.

go de producir los elementos objetivos del delito es bajo, el sospechoso debe haber aceptado clara o expresamente el hecho de que esos elementos objetivos puedan resultar de sus acciones u omisiones⁴³.

En la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, de 1 de octubre de 2008, la SCP I confirmó la definición de *dolo directo* de primer grado dada en el caso Lubanga, así como la inclusión de este tipo de *dolo* como parte del elemento subjetivo general del art. 30 ER. Así mismo, la SCP I reafirmó que el *dolo directo* de segundo grado se encuentra también incluido también en el art. 30 ER.

Sin embargo, la definición de *dolo directo* de segundo grado adoptada en esta decisión parece extender su alcance puesto que —además de incluir como en el caso Lubanga, las situaciones en las que el sospechoso es consciente de que los elementos objetivos del delito serán la consecuencia necesaria de sus acciones u omisiones— incluye también aquellas otras situaciones en las que el sospechoso es consciente de que los elementos objetivos del delito serán la consecuencia probable de sus acciones u omisiones (ocurrirán “en el curso normal de los acontecimientos”)⁴⁴.

Además, a la hora de pronunciarse sobre si el *dolo eventual* es parte del elemento subjetivo general del art. 30 ER, la SCP I prefirió no hacerlo por las siguientes razones:

En la decisión de Lubanga, la Sala concluyó que el artículo 30(1) del Estatuto también comprende el *dolo eventual*. La mayoría de la Sala sostiene esta conclusión previa. A los efectos de los cargos que son objeto de la presente decisión no resulta necesario determinar si las situaciones de *dolo eventual* podrían también estar cubiertas por estos delitos, pues, como se indica más adelante, existen motivos fundados para creer que los delitos fueron cometidos con *dolo directo*. La Jueza Anita Usacka no coincide con la posición de la mayoría con respecto a la aplicación del *dolo eventual*. La Jueza Anita Usacka considera que, en este momento, no es necesario dar fundamentos, ya que la cuestión de si el artículo 30 del Estatuto también comprende casos de *dolo eventual* dentro del artículo 30 no es asunto de la presente decisión⁴⁵.

En consecuencia, se puede afirmar que, si bien la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo ratifica en gran medida la

⁴³ Ibid, párrs. 352, 353. En el mismo sentido, vid. la definición de *dolo eventual* dada en Prosecutor v. Stakic (Judgement) ICTY-97-24-T (de 31 de julio de 2003), párr. 287 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Stakic].

⁴⁴ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 530. Con respecto al *dolo directo* de primer grado, vid. párr. 529.

⁴⁵ Ibid, párr. 251, n. 329. Vid. también párr. 531.

interpretación del art. 30 realizada por la SCP I en el caso Lubanga, no se puede negar que introduce un cierto grado de ambigüedad respecto a los límites entre el *dolo directo* de segundo grado y el *dolo eventual*, así como con respecto a si este último se encuentra incluido en el ámbito de aplicación del art. 30 ER.

Esta ambigüedad, es fruto, en gran medida, de la controvertida aceptación por la SCP I en el caso Lubanga de aquella manifestación del concepto de *dolo eventual* que se da cuando en situaciones en las que existe un riesgo bajo de producir los elementos objetivos del delito el imputado acepta expresamente que estos últimos puedan ser el resultado de su conducta. De manera que, la amplia definición de la del concepto de *dolo eventual* de segundo grado contenida en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, se dirige precisamente a aceptar situaciones en las que el imputado es consciente de que los elementos objetivos del delito serán la consecuencia probable de su conducta (primer escenario de la definición de *dolo eventual* dada por la SCP I en el caso Lubanga), al tiempo que rechaza los casos en que el nivel de probabilidad es bajo (segundo escenario de la definición de *dolo eventual* de la SCP I en el caso Lubanga).

Posteriormente, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo, de 8 de marzo de 2011, la SCP I exige en la aplicación del art. 30 ER una “certeza virtual” que no había exigido hasta entonces, y que, siguiendo la línea establecida por la SCP II en el caso Bemba⁴⁶, sale completamente del ámbito del *dolo eventual* para encuadrarse más bien en el ámbito del *dolo directo* de segundo grado. Así, según la SCP I:

La manera en la que el ataque fue planeado y llevado a efecto, y en particular, las armas pesadas que los atacantes —incluyendo Abdallah Banda y Saleh Jerbo— utilizaron durante el ataque, como describieron los testigos pertenecientes a los grupos rebeldes que participaron en el ataque y confirmó el personal de AMIS, proveen motivos sustanciales para creer que, Abdallah Banda y Saleh Jerbo, conocían que, en estas circunstancias las muertes no podían sino ocurrir “en el curso ordinario de los acontecimientos”. El hecho de orquestar un ataque con numerosos atacantes fuertemente armados contra una misión de mantenimiento de la paz relativamente pequeña implica por sí mismo el tener una certeza virtual de que las muertes sucederían, una certeza que es conforme con el elemento subjetivo definido en el artículo 30 del Estatuto⁴⁷.

⁴⁶ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 362.

⁴⁷ Caso Banda y Jerbo (CORRIGENDUM OF THE “DECISION ON THE CONFIRMATION OF THE CHARGES”) ICC-02/05-03/09-121-RED (de 8 de marzo de 2011), párr. 156 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo].

Se trata, en definitiva, de una interpretación de los conceptos de "intención" y "conocimiento" previstos en el art. 30 ER que requiere que el autor lleve a cabo su conducta teniendo, como mínimo, una certeza virtual de que la misma provocará los elementos objetivos del delito. Esto significa la exclusión de los dos escenarios de la definición de *dolo eventual* recogida por la SCP I en el caso Lubanga, puesto el hecho de ser consciente de una probabilidad sustancial (y no de una certeza virtual) no sería suficiente para cumplir con dicho estándar, aún cuando la misma haya sido expresamente aceptada (lógicamente con mayor razón esto es aplicable para los casos en los que solo exista una mera posibilidad).

Sin embargo, en su más reciente decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*, de 16 de diciembre de 2011, la SCP I parece volver nuevamente a la línea jurisprudencial establecida en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo, admitiendo nuevamente el concepto de *dolo eventual* dentro del ámbito de aplicación del artículo 30 ER. Esto lo hace al afirmar que la existencia de un elemento de criminalidad sería suficiente para cumplir (i) con el requisito del plan común en el marco de la coautoría; y (ii) con el requisito del propósito común en el marco de la complicidad residual del artículo 25 (3) (d) ER. Así, según la SCP I:

Al abordar el concepto de "un grupo de personas actuando conforme a un propósito común", la Sala no ve ninguna razón para dejar de aplicar la definición de un "acuerdo o plan común entre dos o más personas" adoptado por esta Sala al discutir el artículo 25 (3) (a) del Estatuto. Aunque aparece en el marco de un debate sobre la responsabilidad por coautoría, el concepto de "plan común" de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga es funcionalmente idéntico al requisito estatutario del artículo 25 (3) (d) del Estatuto de que haya "un grupo de personas actuando conforme a un propósito común". Un propósito común debe incluir un elemento de criminalidad, pero no necesita que vaya directamente dirigido a la comisión de un delito⁴⁸.

Ahora bien, esto no significa necesariamente que la SCP I en *Mbarushimana* acepte los dos escenarios *dolo eventual* previstos en el caso Lubanga, sino que lo que parece es que se regresa a la aceptación de aquella manifestación del *dolo eventual* comúnmente acogida tanto en el caso Lubanga como en el caso Katanga y Ngudjolo, y que se daría en aquellas situaciones en las que: (i) el imputado es consciente de la existencia de la probabilidad sustancial (que no debe llegar necesariamente al nivel de una certeza vir-

⁴⁸ Caso *Mbarushimana* (DECISION ON THE CONFIRMATION OF THE CHARGES) ICC-01/04-01/10-465-RED (de 16 de diciembre de 2011), párr. 271 [en adelante: decisión de confirmación de cargos en el caso *Mbarushimana*]

tual) de que los elementos objetivos del delito sean el resultado de su conducta; y (ii) acepta dicho resultado, ya sea mediante declaración expresa, ya sea implícitamente como consecuencia de su decisión de realizar dicha conducta en tales circunstancias.

b) La exclusión del *dolo eventual* por la jurisprudencia de la SCP II

Desde su decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, de 15 de junio de 2009, la SCP II ha rechazado que el *dolo eventual*, en cuanto tercera manifestación del concepto de *dolo*, así como la *temeridad* (*recklessness*) consciente, o cualquier otra forma inferior de culpabilidad, formen parte del ámbito de aplicación del art. 30 ER por no cumplir con los requisitos de "intención" y "conocimiento" exigidos por esta disposición. Según la SCP II, esta conclusión se justifica en una interpretación literal del art. 30 ER y en el análisis de los *travaux préparatoires*. Al respecto, la SCP II ha afirmado lo siguiente:

En opinión de la Sala, el artículo 30 (2) y (3) del Estatuto acoge dos tipos de *dolo*. El *dolo directo* de primer grado (*direct intention*) requiere que el sospechoso conozca que sus acciones u omisiones provocarán la realización de los elementos objetivos del delito y que las lleve a cabo con la finalidad específica (*intent*) o deseo de que produzcan esos elementos objetivos del delito. Conforme al *dolo directo* de primer grado, el elemento volitivo es prevalente puesto que el sospechoso quiere o desea obtener el resultado prohibido [...] El *dolo directo* de segundo grado no requiere que el sospechoso tenga la intención o voluntad de provocar los elementos objetivos del delito, sino que sea consciente de que dichos elementos serán la consecuencia inevitable de sus actos u omisiones, i.e., el sospechoso "es consciente que [...] [la consecuencia] ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos" (artículo 30 (2) (b) del Estatuto). En este contexto, el elemento volitivo decrece sustancialmente y es superado por el elemento cognitivo, es decir, por el conocimiento de que sus actos u omisiones "causarán" la consecuencia indeseada prohibida [...] Con respecto al *dolo eventual* como tercera forma de *dolo*, a la temeridad consciente, o a cualquier otra forma inferior de culpabilidad, la Sala considera que no se encuentran incluidas en ámbito de aplicación del artículo 30 ER. Esta conclusión se apoya en la expresión "ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos", la cual no adopta un estándar inferior al exigido por el *dolo directo* de segundo grado (*oblique intention*). [...] Por tanto, la Sala considera que una interpretación literal de las palabras "[una consecuencia] ocurrirá" conlleva que dicha expresión se refiera a un hecho que es "inevitadamente" esperado. Ahora bien, la palabra "ocurrirá", leída conjuntamente con la expresión "en el curso ordinario de los acontecimientos", claramente indica que el estándar exigido es cercano a la certeza, es decir que la consecuencia sucederá a no ser que una intervención imprevista o inesperada impida que ocurra. [...] Este estándar es sin duda más exigente que el estándar comúnmente aceptado de *dolo eventual*, es decir la previsibilidad de que ocurrirá la consecuencia no deseada como una mera probabilidad o posibilidad. En consecuencia, si los redactores del Estatuto hubieran querido incluir el *dolo eventual* en el texto del artículo 30, habrían

utilizado expresiones como "puede ocurrir" o "podría ocurrir en el curso normal de los acontecimientos" para reflejar una mera posibilidad o eventualidad, en lugar de una certeza virtual o una casi completa inevitabilidad⁴⁹.

En las decisiones de emisión de órdenes de comparecencia de 8 de marzo de 2011 en los casos Ruto, Kogsley y Sang, y Muthaura, Kenyatta y Ali, la SCP II ha mantenido su línea jurisprudencial de exclusión del *dolo eventual*, considerando que el elemento subjetivo general del artículo 30 ER sólo admite el *dolo directo* de primer grado y el *dolo directo* de segundo grado⁵⁰.

c) La posición de la SPI I en la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga

En su sentencia de primera instancia en el caso Lubanga, de 14 de marzo de 2012, la SPI I abordó la cuestión relativa a si el *dolo eventual* se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación del art. 30 ER. La SPI I comenzó su análisis subrayando que, en la decisión de confirmación de cargos, la SCP I aceptó la aplicación del *dolo eventual* en dos tipos de situaciones: aquellas en las que el riesgo de producir los elementos objetivos del delito es substancial, y aquellas otras en las que el nivel de riesgo es bajo⁵¹.

A continuación la SPI I procedió a afirmar la exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del artículo 30 ER, y por tanto su divergencia con la posición de la SCP I en esta materia y la adopción de la posición de la SCP II⁵². La SPI I alcanzó esta conclusión sobre la base de los *casaux préparatoires* del art. 30 ER⁵³. Así, según la SPI I:

Autoría material y autoría mediata

El proceso de redacción del Estatuto sugiere que el concepto de *dolo eventual*, junto con el concepto de temeridad, fueron deliberadamente excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto (véase, por ejemplo, la utilización de la expresión "salvo disposición en contrario" en la primera frase del artículo 30). La interpretación literal del Estatuto, y en particular el uso de la expresión "ocurrirá" en el artículo 30 (2) en lugar de "puede ocurrir", excluye el concepto de *dolo eventual*. La Sala acepta la posición de la Sala de Cuestiones Preliminares II en esta cuestión⁵⁴.

Sin embargo, cuando en el párrafo siguiente, la Mayoría de la SPI I, explica el contenido que a su entender tiene la expresión "es consciente" de que la consecuencia prohibida "ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos", la Mayoría deja de lado el estándar de la "certeza virtual" adoptado por la SCP II a la hora de definir el *dolo directo* de segundo grado como umbral mínimo del elemento subjetivo previsto en el art. 30 ER⁵⁵.

De esta manera, en lugar de exigir el conocimiento del imputado de la "certeza virtual" de que su conducta generará la consecuencia prohibida, la Mayoría de la SPI I afirma que es suficiente con el conocimiento de "un riesgo" de que la misma tenga lugar⁵⁶. Según la SPI I:

En opinión de la Mayoría de la Sala, el "ser consciente de que una consecuencia ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos" significa que los participantes anticipan, sobre la base del conocimiento que tienen sobre los acontecimientos normalmente se desarrollan, que dicha consecuencia ocurrirá en el futuro. Esta previsión supone la consideración de los conceptos de "posibilidad" y "probabilidad", que son inherentes a las nociones de "riesgo" y "peligro". Riesgo es definido como "peligro, (exposición a) la posibilidad de pérdida, daño, cualquier otra circunstancia adversa". Los coautores sólo conocen las consecuencias de su conducta una vez que ha ocurrido. En el momento en el que acuerdan un plan común y durante su ejecución, los coautores deben conocer la existencia de un riesgo de que se produzca la consecuencia. En cuanto al grado de peligro, y de acuerdo con la literalidad del artículo 30, éste no puede ser inferior que la conciencia por parte del coautor de que la consecuencia "ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos". Un nivel de riesgo bajo no será suficiente⁵⁷.

Como hemos visto en secciones anteriores los conceptos de "riesgo", "probabilidad" y "posibilidad" son característicos del *dolo eventual*, por contraposición a la "certeza virtual" exigida para el *dolo directo* de segundo grado. Por ello, parece que la Mayoría de la SPI I, si bien formalmente rechaza

⁴⁹ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párrs. 358-360, 362, 363.

⁵⁰ Caso Ruto, Kosegy y Sang (DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR SUMMONS TO APPEAR FOR WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY AND JOSHUA ARAP SANG), ICC-01/09-01/11-01 (de 8 de marzo de 2011), párr. 40 [en adelante: orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosegy y Sang]; caso Muthaura, Kenyatta y Ali (DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR SUMMONSES TO APPEAR FOR FRANCIS KIRIMI MUTHAURA, UHURU MUIGAI KENYATTA AND MOHAMMED HUSSEIN ALI) ICC-01/09-02/11-01 (de 8 de marzo de 2011), párr. 36 [en adelante: orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali].

⁵¹ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1010.

⁵² Ibid, párr. 1011.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibid, párr. 1012.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

la aplicación del *dolo eventual* y se alinea con la posición de la SCP II, al definir el contenido de la expresión "ser consciente" de que [una consecuencia] ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos" recurre a los conceptos de riesgo, probabilidad y posibilidad que constituyen la esencia misma de la definición del *dolo eventual*.

Ahora bien, esto no significa que la Mayría de la SPI I acepte implícitamente las dos manifestaciones de *dolo eventual* incluidas en su definición por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga. Así, al afirmar que "en cuanto al grado de peligro, y de acuerdo con la literalidad del artículo 30, éste no puede ser inferior que la conciencia por parte del coautor de que la consecuencia "ocurrirá en el curso ordinario de los acontecimientos", de manera que "un nivel de riesgo bajo no será suficiente", la Mayría de la SPI deja claro que la segunda manifestación de la definición de *dolo eventual* por la SCP I en el caso Lubanga quedaría excluida del ámbito de aplicación del art. 30 ER. Por lo tanto, la aceptación implícita del *dolo eventual*, quedaría limitada a aquellos supuestos en los que: (i) el imputado es consciente de la existencia de la probabilidad sustancial (que no debe llegar necesariamente al nivel de una certeza virtual) de que los elementos objetivos del delito sean el resultado de su conducta; y (ii) acepta dicho resultado ya sea mediante declaración expresa, ya sea implícitamente como consecuencia de su decisión de realizar dicha conducta en tales circunstancias.

Por lo tanto, al igual que vimos en relación con la decisión de la cuestiones preliminares en el caso Katanga y Ngudjolo, la Mayría de la SPI I, más que excluir el *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER, lo que hace es distinguir entre aquellas situaciones riesgo sustancial, que si se encontrarían incluidas en el art. 30 ER (riesgo substancial), y aquellas otras de bajo nivel de riesgo que se encontrarían excluidas del mismo. Por lo tanto, en última instancia, la jurisprudencia de la SCP I después de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga y la opinión de la Mayría de la SPI I en el caso Lubanga, tienen en común el rechazo de la exigencia del estándar de "certeza virtual" establecido por la SCP II, y la aceptación del estándar de la "probabilidad sustancial" (que se corresponde con la primera manifestación de la definición dada por la SCP I del concepto de *dolo eventual* en el caso Lubanga).

Es por ello que a lo largo del presente trabajo se afirma que la Mayría de la SPI I en el caso Lubanga y la línea jurisprudencial marcada por la SCP I después del caso Lubanga, afganen el concepto de *dolo eventual*, si bien limitado a los supuestos de "probabilidad sustancial" de generar con la propia conducta la consecuencia prohibida.

d) El impacto de la interpretación del art. 30 ER en el caso Bemba

La exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER fue la razón principal para que la SCP II rechazase la confirmación de los cargos por coautoría mediata contra el ex vice-presidente de la República Democrática del Congo ("RDC") Jean-Pierre Bemba, quien a su vez fue presidente *de iure* y *de facto* del *Mouvement pour la Libération du Congo* ("MLC") desde su creación en el año 1998, y comandante en jefe de su brazo armado, la *Armée de Libération du Congo* ("ALC").

Inicialmente, en su decisión de orden de arresto de 10 de junio de 2008, la SCP III consideró que existían motivos razonables para creer en la responsabilidad del imputado por varios delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra consistentes en homicidios voluntarios, torturas, violaciones, ultrajes a la dignidad personal y saqueos cometidos contra la población civil de la parte sur de la República Centroafricana ("RCA") entre el 25 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003⁵⁸. Según la SCP III, los delitos se habrían producido en ejecución del plan común entre Angel-Felix Patassé (que en aquel entonces era el presidente democráticamente elegido de la RCA) y el propio Jean-Pierre Bemba⁵⁹ para: (i) el despliegue de una parte importante de las fuerzas del MLC/ALC en el territorio de la RCA con el objeto apoyar militarmente a Patassé frente al intento de golpe de estado encabezado por el ex jefe del estado mayor del ejercito de la RCA, François Bozizé⁶⁰ (quien más tarde se convertiría en presidente de la RCA tras el triunfo de su golpe de estado); y (ii) el apoyo estratégico y logístico de Patassé a Bemba contra el entonces presidente de la RDC, Joseph Kabilá. De esta manera, las fuerzas del MLC/ALC, una vez en territorio de la RCA, actuarían coordinadamente con las tropas leales a Patassé (principalmente la Unidad de Seguridad Presidencial) para detener la ofensiva de Bozizé⁶¹.

Por lo tanto, conforme a la decisión de orden de Arresto de 10 de junio de 2008, si bien el plan común no iba necesariamente dirigido a provocar los delitos imputados, ni tampoco su comisión tenía por qué ser la consecuencia prácticamente inevitable de la ejecución de dicho plan, lo cierto es que la comisión de tales delitos era un resultado probable debido, en

⁵⁸ Caso Bemba (PRE-TRIAL CHAMBER III DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR A WARRANT OF ARREST AGAINST JEAN-PIERRE BEMBA (GOMBO) ICC-01/05-01/08-14-TEn (de 10 de junio de 2008), párrs. 45, 68 [en adelante: orden de arresto en el caso Bemba].

⁵⁹ Orden de arresto en el caso Bemba (*ibid*), párrs. 69-72.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibid*, párrs. 74-76.

particular, a los numerosos actos de violencia contra la población civil (asesinatos, robos, destrucción de propiedad y violaciones) que las fuerzas del MLC/ALC que iban a ser desplegadas en la RCA habían llevado a cabo en operaciones previas, tanto en el propio territorio de la RCA como en el territorio de la RDC⁶².

Contenía, por tanto, el plan común un "elemento de criminalidad" tal y como había sido exigido por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁶³, y tanto Patassé como Bemba (i) eran conscientes de que la comisión de los delitos imputados contra la población civil del sur de la RCA era un resultado probable de su ejecución; (ii) que habían aceptado mutuamente⁶⁴.

La exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER en la decisión de confirmación de cargos dictada por la SCP II el 15 de junio de 2009 limitó notablemente el contenido del "elemento de criminalidad" del plan común, puesto que ya no era suficiente con que los delitos imputados fueran una consecuencia probable de la ejecución de dicho plan, sino que debían ser, cuando menos, un resultado prácticamente inevitable del mismo ("certeza virtual"). Esta definición más restrictiva del "elemento de criminalidad" del plan común, y la consiguiente exigencia de una certeza virtual compartida (*dolo directo* de segundo grado compartido) entre Patassé y Bemba sobre la realización de los delitos imputados, fue el principal motivo por el que las conclusiones de la SCP II en su decisión de confirmación de cargos fueron notablemente distintas de aquellas previamente alcanzadas por la SCP III en su decisión de orden de arresto.

Sin embargo, no fue ésta la única razón, sino que también jugó un papel importante el controvertido análisis llevado a cabo por el que la SCP II para afirmar la responsabilidad del imputado como superior conforme al art. 28 ER, que le llevó a adoptar al mismo tiempo las siguientes conclusiones contradictorias:

- (i) La existencia de motivos sustanciales para creer que Jean Pierre-Bemba fue consciente de la comisión de los delitos imputados durante todo el período de la campaña de las fuerzas del MLC/ALC en la RCA; y
- (ii) La inexistencia de motivos sustanciales para creer que el imputado fuera consciente de que el mantenimiento de sus tropas en

⁶² Ibid, párr. 80.

⁶³ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párr. 377.

⁶⁴ Orden de arresto en el caso Bemba (supra n. 58), párrs. 82, 83.

la RCA, en ejecución del plan común con Patasse, provocaría de manera prácticamente inevitable que los delitos imputados fueran cometidos en el curso ordinario de los acontecimientos.

En este sentido, conviene subrayar que, en el marco del análisis de la presunta responsabilidad de Jean-Pierre Bemba como superior conforme al art. 28 ER, la SCP II observó indicios sustanciales para creer que en la existencia de las siguientes circunstancias:

- (i) La naturaleza generalizada de los actos ilícitos cometidos por las fuerzas del MLC/ALC, puesto que el ataque dirigido contra la población civil de la RCA afectó a poblaciones como Bangui (distritos de Boy-Rabé y Fouh), PK 12 y Mongoumba, además de Bossangoa, Damara, Bossembélé, Sibut, Sozoum, Bossemptélé y PK 22⁶⁵;
- (ii) La comisión de los actos ilícitos por un periodo de aproximadamente cinco meses⁶⁶;
- (iii) La visita de Jean-Pierre Bemba a sus fuerzas en Bangui a principios de noviembre de 2002, después de que se hubiesen cometido los primeros delitos en octubre de 2002⁶⁷;
- (iv) La suspensión de algunos comandantes del MLC/ALC en la RCA después de la visita de Jean-Pierre Bemba a Bangui en noviembre de 2002⁶⁸;
- (v) Las declaraciones de Jean-Pierre Bemba advirtiendo a sus fuerzas contra la comisión de futuras infracciones⁶⁹;
- (vi) La existencia a disposición de Jean-Pierre Bemba de un sistema de información efectivo en el MLC/ALC⁷⁰;
- (vii) La capacidad de Jean-Pierre Bemba para utilizar medios de comunicación efectivos, como teléfonos *phonie*, para contactar con los comandantes en el terreno durante la campaña del MLC/ALC en la RCA⁷¹;

⁶⁵ Ibid, párr. 486.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Ibid, párr. 484.

⁶⁸ Ibid, párr. 485.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Ibid, párr. 488.

⁷¹ Idem.

- (viii) El hecho de que Jean-Pierre Bemba fue informado por su círculo de asesores políticos y de inteligencia más cercano, al menos tres meses antes de la retirada completa de las fuerzas del MLC/ALC de la RCA, sobre los delitos de asesinato, violación y saqueo cometidos por las mismas⁷²; y
- (ix) La existencia de informaciones de prensa durante todo el periodo de la campaña de las fuerzas del MLC/ALC en la RCA, que informaban sobre la comisión de asesinatos, violaciones, y saqueos por aquéllas⁷³.

Para la SCP II, estas circunstancias tomadas en su conjunto "indicaban claramente que Bemba fue consciente de que se estaban produciendo [los] delitos desde el comienzo de las operaciones y durante todo el periodo que duró la campaña"⁷⁴.

Por su parte, al analizar la presunta responsabilidad penal del imputado como coautor mediato conforme al art. 25 (3) (a) ER, la SCP II subrayó que existían indicios sustanciales para creer que Jean-Pierre Bemba había continuado con el plan común a pesar de:

- (i) Las informaciones de prensa sobre la comisión de delitos por el MLC/ALC en la RCA;
- (ii) Haber sido informado sobre dichos delitos por su propio círculo de asesores más cercanos; y
- (iii) Haber reconocido en parte su comisión.

Todo esto le llevó, según la SCP II, a abrir una investigación interna, a castigar a dos de sus comandantes en la RCA y a instruir a sus tropas en Bangui para que no cometieran más delitos⁷⁵.

Sin embargo, a pesar de estas conclusiones, así como de las alcanzadas como resultado del análisis de la presunta responsabilidad de Jean-Pierre Bemba conforme al art. 28 ER, la SCP II terminó por afirmar que:

[...] para la Sala esto no era suficiente para poder deducir la existencia del elemento subjetivo requerido en relación con el hecho de que Bemba continuara ejecutando el plan común a pesar de conocer la existencia de estos delitos. En particular, para la Sala no era posible deducir que mantuvo sus tropas en la RCA siendo consciente de que era prácticamente una consecuencia segura que dichos delitos

Autoría material y autoría mediata

serían cometidos en el curso ordinario de los acontecimientos [...] Como la prueba revelada muestra, lo máximo que se puede deducir es que Jean Pierre Bemba puede que haya previsto el riesgo de comisión de tales delitos como una mera posibilidad, y aceptado el resultado como el precio a pagar para obtener su objetivo último —es decir, ayudar a Patassé a mantener el poder. En opinión de la Sala, esto no cumple el estándar requerido por el artículo 30 del Estatuto— es decir, el *dolo directo* de segundo grado⁷⁶.

La razón que parece haber motivado esta conclusión es el rechazo de varias de las pruebas indiciarias presentadas por la Fiscalía para probar el conocimiento de los delitos por Jean-Pierre Bemba⁷⁷. Así, en relación con el comportamiento previo de las fuerzas del MLC/ALC en RCA en 2001 y Mambassa en 2002, la SCP II subrayó que, de todas las unidades que participaron en 2002-2003 en la campaña en la RCA para ayudar a Patassé, sólo el batallón veintiocho había intervenido antes en alguna de las operaciones en las que se habían producido delitos, limitándose dicha intervención a la campaña de 2001 en la RCA bajo la dirección de otro comandante de batallón⁷⁸.

Según la SCP II resultaba imposible que alguna de las unidades del MLC/ALC que participaron en la operación *Effacer le Tablou* en Mambassa pudiera haber participado en la campaña de la RCA en 2002-2003, pues ambas campañas tuvieron lugar simultáneamente.

Asimismo, para la SCP II, la única condición que parecía igual entre las unidades del MLC/ALC enviadas a la RCA en 2002, y las enviadas a la RCA

⁷⁶ Ibid, párr. 400, 401.

⁷⁷ Los siguientes factores fueron alegados por la Fiscalía en su Escrito de Acusación ("Document Containing the Charges", DCC) a los efectos de que la SCP II pudiera deducir la existencia del elemento subjetivo del imputado conforme al artículo 30 ER: (i) el comportamiento previo de las fuerzas del MLC/ALC que habían sido enviadas a RCA en 2001 y a Mambassa (RDC) en 2002, en condiciones similares a las del presente caso; (ii) la posesión y distribución de coches obtenidos mediante saqueos en intervenciones previas del MLC/ALC en la RCA durante 2001; (iii) el envío en 2002 por Bemba a la RCA de tropas del MLC/ALC en un ambiente permisivo que incluía una carta blanca para violar, matar, torturar y saquear con impunidad; (iv) las declaraciones de los comandantes del MLC/ALC a sus fuerzas mientras cruzaban el río Oubangui para entrar la RCA en 2002; (v) las declaraciones de las víctimas de las fuerzas del MLC/ALC; (vi) los contactos frecuentes y directos entre Bemba y Patassé; y (vii) la continuación con la ejecución del plan común por parte de Bemba a pesar de haber sido informado de la comisión de los delitos a través de diferentes fuentes, y de haber reconocido los mismos. Vid. Caso Bemba (PROSECUTION DOCUMENT CONTAINING THE CHARGES) ICC-01/05-01/08-395-Anx3, párrs. 474-485.

⁷⁸ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 380-382.

⁷² Ibid, párr. 486.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 489.

⁷⁵ Ibid, párrs. 398, 399, 469-476.

en 2001 y a Mambassa en 2002, fue la falta de pago de un salario⁷⁹. Pero ni tan siquiera esta última condición era absolutamente cierta en cuanto que, a pesar de no recibir dinero en metálico, los soldados tenían cubiertos sus gastos por el comandante del MLC/ALC a cargo de la operación en la RCA⁸⁰, lo que hacía muy poco probable que Bemba fuera realmente consciente de que en el curso ordinario de los acontecimientos el envío de sus tropas a la RCA en 2002 tendría como consecuencia prácticamente inevitable la comisión de saqueos⁸¹.

En cualquier caso, la SCP II afirmó que no era posible deducir el *dolo directo* de segundo grado exigido por el art. 30 ER de la conducta realizada en el pasado por las tropas del MLC/ALC puesto que:

El hecho de que ciertos delitos hubieran sido cometidos en incidentes anteriores no significaba necesariamente que fueran a reproducirse posteriormente⁸².

La SCP II también rechazó que la conducta anterior del imputado por sí misma considerada pudiera ser suficiente como para deducir un *dolo directo* de primer grado o un *dolo directo* de segundo grado en relación con delitos futuros⁸³. De esta manera, consideró sin mérito el argumento de la Fiscalía de que, debido a que el imputado poseía un vehículo fruto de un saqueo ocurrido en el 2001, debiera haber tenido también la intención de que se cometieran saqueos cuando envió sus tropas a la RCA al año siguiente⁸⁴.

La SCP II entendió a su vez que el envío de tropas del MLC a un tercer país para participar en un conflicto armado con "el único mandato de salvar al presidente amenazado" no significaba necesariamente que se diera carta blanca a las mismas para cometer delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra. Como tampoco se podía deducir de ese hecho que Jean-Pierre Bemba tuviera certeza de que a raíz de la ejecución de dicho mandato se cometieran los delitos que se le imputan⁸⁵.

La SCP II también rechazó la declaración de uno de los testigos que se refería a las instrucciones de matar civiles en la RCA presuntamente impartidas al cruzar el río Ubangi por los comandantes del MLC/ALC a sus tro-

pas. Según la SCP II, las instrucciones a las que se refería dicha declaración no fueron transmitidas por Jean-Pierre Bemba ni fueron dadas en presencia suya. Además, varios testigos contradijeron dicha declaración al afirmar que las instrucciones de Bemba se limitaron a dos objetivos principales, por un lado desestabilizar a todos los enemigos que venían de la RDC, y por otro lado defender al presidente Patassé que había sido democráticamente elegido, de manera que el comportamiento de las tropas del MLC/ALC en la RCA se apartó de la misión que les había sido encomendada⁸⁶.

Así mismo, la SCP II entendió que lo que los soldados del MLC/ALC pudieron haber dicho a las víctimas —según uno de los testigos llegaron incluso al punto de afirmar que "gracias a Jean Pierre Bemba eran afortunados de tener relaciones sexuales con mujeres de la RCA"— no tenía el valor como para poder significar de por sí que Bemba les había autorizado para cometer violaciones contra la población civil de la RCA⁸⁷.

Finalmente, si bien la SCP II concluyó que Patassé fue informado de la comisión de los delitos de saqueo y violación a través de una misión de inspección en el terreno llevada a cabo por sus subordinados, y que Patassé y Bemba hablaron por teléfono en al menos dos ocasiones, el contenido de dichas conversaciones, subrayó la SCP II, era desconocido para los testigos, excepto en el caso de la primera de ellas en la que Patassé había solicitado a Bemba el envío de sus tropas⁸⁸.

Consideramos, sin embargo, que, a pesar de rechazar varias de las pruebas indiciarias ofrecidas por la Fiscalía en relación con el conocimiento de Jean-Pierre Bemba de que la ejecución del plan común provocaría de manera prácticamente inevitable la comisión de los delitos imputados (certeza virtual), se aprecia una injustificada contradicción entre:

- (i) Las conclusiones sobre estas circunstancias de hecho alcanzadas por la SCP II al analizar la posible responsabilidad del imputado conforme al art. 28 ER, y en particular la afirmación de la existencia de motivos sustanciales para creer que Jean-Pierre Bemba fue consciente de la comisión de los delitos imputados durante todo el periodo en que las fuerzas del MLC/ALC actuaron en la RCA en 2002-2003; y
- (ii) La afirmación de la SCP II al analizar la posible responsabilidad penal de Jean-Pierre Bemba conforme al art. 25 (3) (a) ER sobre

⁷⁹ Ibid, párr. 380.

⁸⁰ Ibid, párr. 379.

⁸¹ Idem.

⁸² Ibid, párr. 377.

⁸³ Ibid, párr. 384.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Ibid, párr. 388, 389.

⁸⁶ Ibid, párr. 390-392.

⁸⁷ Ibid, párr. 393-396.

⁸⁸ Ibid, párr. 397.

la inexistencia de motivos sustanciales para creer que el imputado fuera consciente de que al mantener sus tropas en la RCA provocaría de manera prácticamente inevitable que los delitos imputados fueran cometidos en el curso ordinario de los acontecimientos.

En consecuencia, entendemos que, a pesar de la exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, una aplicación coherente del requisito del "conocimiento de la certeza virtual" (*dolo directo* de segundo grado) al analizar la presunta responsabilidad del imputado conforme a los arts. 25 (3) (a) y 28 ER, hubiera debido llevar a la SCP II a confirmar los cargos por coautoría mediata conforme a la primera disposición.

e) El impacto de la posible exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER

La exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER tiene un impacto notable, particularmente en todos aquellos casos de coautoría (mediata) previstos en el art. 25 (3) (a) ER, en los que los delitos son cometidos en ejecución de un plan común.

Como se verá con mayor detalle en el capítulo V, en este tipo de casos, el plan común no tiene por qué ir específicamente dirigido a la comisión de alguno de los delitos previstos en el ER, sino que es suficiente con que el mismo contenga un "elemento de criminalidad". Ahora bien, la definición del contenido de este "elemento de criminalidad" depende, en gran medida, de la inclusión o no del *dolo eventual* dentro del ámbito de aplicación del art. 30 ER.

La interpretación del art. 30 ER incluyendo al *dolo eventual* dentro de su ámbito de aplicación, según la línea jurisprudencial adoptada por la SCP I, permite extender el contenido del "elemento de criminalidad" del plan común a supuestos en los que la comisión del delito imputado es una consecuencia probable, pero no necesaria, de la ejecución del plan común⁸⁹.

Este sería, por ejemplo, el caso cuando los miembros de una unidad de asalto acuerdan asesinar a varios habitantes de una localidad que están planeando atacar en el supuesto de que, una vez tomada la misma y replegado el enemigo fuera de su perímetro, no encuentren cooperación entre sus

⁸⁹ Confirmación de cargos en el caso Lubanga, (supra n. 22), párr. 344.

residentes a la hora de recabar información sobre las posiciones a las que el enemigo se ha retirado. En este caso, se podría afirmar la responsabilidad a título de coautores de los miembros de la unidad de asalto siempre que (i) hayan sido mutuamente conscientes de la probabilidad de que la ejecución del plan común (específicamente dirigido al logro de un fin lícito como la captura de una localidad previamente controlada por las fuerzas enemigas) podría generar la comisión del delito, y (b) hayan aceptado mutuamente la producción de dicho resultado⁹⁰.

La exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER, significaría que para afirmar la responsabilidad por coautoría de los miembros de la unidad de asalto sería necesario que los mismos hubieran atacado la localidad con la intención específica, compartida por todos, de asesinar a varios de sus habitantes una vez tomada la localidad, o, al menos, siendo conscientes de su carácter prácticamente inevitable (certeza virtual)⁹¹. En otras palabras, se estaría excluyendo del ámbito de aplicación de la coautoría (mediata) todo delito que los coautores hubieran podido aceptar como una consecuencia probable (aunque no necesaria) de la ejecución del plan común.

A este resultado conduce la línea jurisprudencial adoptada por la SCP II, que al excluir el *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER, restringe el contenido del "elemento de criminalidad" del plan común, de manera que este deberá: (i) ir específicamente dirigido a la comisión de los delitos imputados, o al menos (ii) provocar de manera necesaria su comisión (certeza virtual) como resultado de su ejecución.

Por su parte, la posición adoptada por la Mayoría de la SPI I en la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga no conduce necesariamente al mismo resultado restrictivo que la interpretación acogida por la SCP II. Así, si bien la SPI I en su conjunto rechaza formalmente la inclusión del *dolo eventual* en el ámbito de aplicación del art. 30 ER⁹², lo cierto es que la Mayoría de la SPI I acoge en última instancia de manera implícita el con-

⁹⁰ Idem. Vid. cómo, en la confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 523, 531, se introduce un factor de incertidumbre en lo relativo a este punto, exigiendo que los coautores (a) sean mutuamente conscientes de que implementar el plan común resultará en la comisión del crimen y; (b) acepten mutuamente tal resultado. La introducción de este factor de incertidumbre es el resultado de que la decisión de la SCP I no discuta si el concepto de *dolo eventual* está incluido en el elemento subjetivo general previsto en el art. 30 ER.

⁹¹ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 370.

⁹² Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1011.

cepto de *dolo eventual* en relación con aquellas situaciones en las que riesgo de producir los elementos objetivos del delito es substancial⁹³. De esta manera, en tanto en cuanto entendamos que el concepto de "probabilidad" refleja un "riesgo substancial", la posición de la Mayoría de la SPI I permitiría: (i) extender el contenido del "elemento de criminalidad" del plan común a supuestos en los que la comisión del delito imputado es una consecuencia probable (riesgo substancial) de la ejecución del plan común; y (ii) afirmar la responsabilidad a título de coautores de los miembros de la unidad de asalto arriba referida siempre que hayan sido mutuamente conscientes de la probabilidad (riesgo sustancial) de que la ejecución del plan común podría generar la comisión del delito, y hayan aceptado mutuamente la producción de dicho resultado.

De esta manera, la posición adoptada por la Mayoría de la SPI I parece únicamente excluir de la definición del "elemento de criminalidad" acogida por la SCP I aquellas situaciones en las que el nivel de riesgo de producir los elementos objetivos del delito es bajo (y por lo tanto no puede calificarse de "substancial")⁹⁴. Sin embargo, si tenemos en cuenta que, como ya hemos señalado, las aplicaciones del "elemento de criminalidad" que la SCP I ha realizado hasta el momento han tenido como objeto situaciones basadas en un estándar de probabilidad entendido como un nivel sustancial de riesgo, se puede afirmar que la posición implícitamente adoptada por la Mayoría de la SPI I no se encuentra en la práctica muy alejada de aquella acogida por la SCP I.

Esto no quita para que a día de hoy, permanezcan diferencias notables entre las interpretaciones jurisprudenciales de las distintas Salas de la CPI (en particular, entre la SCP I y la SCP II) sobre la inclusión o exclusión del *dolo eventual* del ámbito de aplicación del art. 30 ER y la definición del contenido del "elemento de criminalidad" del plan común, lo que genera incertidumbre sobre la configuración de los siguientes elementos centrales de la figura de la coautoría (mediata) como forma de responsabilidad principal prevista en el art. 25(3)(a) ER:

- (i) Si los delitos han de ser en todo caso un resultado necesario de la ejecución del plan común; o si es suficiente con que constituyan una consecuencia probable (riesgo substancial) de dicha ejecución; y

⁹³ Ibid, párr. 1012.

⁹⁴ Idem.

- (ii) Si todos los miembros del plan común han de ser conscientes y aceptar mutuamente que los delitos van a ser un resultado necesario de la realización del plan común; o, si es suficiente con que los miembros del plan común (i) sean conscientes de que es probable que la ejecución del plan común generará la comisión de los delitos; y (ii) acepten mutuamente dicho resultado.

Por ello, es necesario que en los próximos años la jurisprudencia de la CPI alcance un mayor grado de homogeneidad a los efectos de dotar a la respuesta a estas cuestiones de la necesaria certeza jurídica.

En este sentido, entendemos que una interpretación tan restrictiva del contenido del art. 30 (2) ER y del "elemento de criminalidad" del plan común como la realizada por la SCP II (con su constante rechazo de toda forma de *dolo eventual*) no se corresponde con ninguno de los criterios de interpretación recogidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que, en aplicación del art. 21(1)(a) ER, han de ser aplicados en la interpretación de cualquiera de las disposiciones del ER, al tratarse este último de un tratado internacional.

Según el art. 31 (1) del Convenio de Viena, "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"⁹⁵, lo que ha llevado a las diversas Salas de la CPI a acoger los criterios literal, sistemático y teleológico como principales criterios de interpretación de las distintas disposiciones recogidas en el ER⁹⁶. En consecuencia, sólo en aquellos casos en los que la aplicación de estos criterios deje ambiguo u oscuro el sentido de la disposición objeto de interpretación, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable, se podrá, conforme al art. 32(1) del Convenio de Viena, "acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración". Además, es importante tener en consideración que, según lo dispuesto en el art. 21 (3) ER, cualquier interpretación a la que se llegue mediante la aplicación de los criterios aquí mencionados, deberá ser "compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en

⁹⁵ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980. Vid. en particular el artículo 31.

⁹⁶ Vid. por ejemplo, caso Lubanga (DECISION ON THE FINAL SYSTEM OF DISCLOSURE AND THE ESTABLISHMENT OF A TIMETABLE) ICC-01/04-01/06-102 (de 15 de mayo de 2006), párrs. 4, 11, 34.

motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición".

Con respecto a la interpretación literal de la expresión "se producirá en el curso normal de los acontecimientos" prevista en el art. 30 (2) ER, no entendemos que la misma se corresponda con una situación de inevitabilidad o certeza virtual (*dolo directo* de segundo grado), sino más bien con un escenario de probabilidad substancial (*dolo eventual*), en el que la aceptación del resultado prohibido (delito) 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.

La interpretación sistemática del art. 30 (2) a la luz de los arts. 25 y 28 ER tampoco apoya su restricción al *dolo directo* de primer grado y al *dolo directo* de segundo grado. En nuestra opinión, no existe una razón de política criminal que justifique esta limitación en el caso de contribuciones al hecho punible realizadas a través de acciones (ya sean dichas contribuciones a título de autor o de partícipe), mientras se castigan al mismo tiempo las contribuciones omisivas realizadas con imprudencia manifiesta/temeridad consciente (superiores no militares), o incluso con imprudencia simple (superiores militares), como consecuencia del incumplimiento del deber de los superiores de evitar los delitos cometidos por sus subordinados.

La interpretación del artículo 30 (2) ER por la SCP II conduce a tal disparidad de tratamiento en el elemento subjetivo exigido para el nacimiento de responsabilidad penal en relación con aquellas acciones (artículo 25 ER) y omisiones (artículo 28 ER) que contribuyen a la comisión del delito, que no puede tampoco justificarse en razones dogmáticas. Así, por una parte, las acciones son, cuando menos, penalmente tan relevantes como las omisiones. Además, por otra parte, el hecho de que la contribución sea llevada a cabo por un superior, si bien puede justificar un mayor grado de responsabilidad en caso de que recurra a su posición para realizar su contribución, no justifica una disparidad tan grande en cuanto al elemento subjetivo requerido para que la conducta de lugar a responsabilidad penal.

Así mismo, como veremos en las secciones siguientes, la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CESL coinciden en de que la costumbre internacional establece un elemento subjetivo general común aplicable a los delitos y a las formas de autoría y participación que no exigen en su definición un elemento subjetivo específico, y que consiste en el "conocimiento de la probabilidad sustancial".

Este elemento subjetivo general común, se corresponde a su vez con aquella variante del *dolo eventual* conforme a la cual 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. Por lo tanto, la línea jurisprudencial de la SCP II rompe con la armonía generada entre la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales, y la jurisprudencia de la SCP I (e implícitamente también de la Mayoría de la SPI I) en lo que se refiere al contenido del elemento subjetivo general.

Finalmente, tampoco parece que el objeto y fin del artículo 30 (2) ER haya sido restringir de tal manera el elemento subjetivo general de los delitos previstos en el ER, de manera, que a no ser que se indique expresamente lo contrario en su definición, la responsabilidad penal se limite a supuestos de *dolo directo* de primer grado y *dolo directo* de segundo grado, cuando (i) el ER contiene los delitos que más gravemente afectan a la comunidad internacional en su conjunto; (ii) para los cuales la costumbre internacional (recogida en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR, y plasmada en numerosas legislaciones nacionales) ha adoptado un estándar de "probabilidad sustancial" que se corresponde con ciertas manifestaciones del *dolo eventual*.

Por todas estas razones, consideramos, que la interpretación del artículo 30 (2) ER realizada por la SCP II en el sentido de exigir un *dolo directo* de primer o segundo grado no es compatible con la interpretación literal, sistemática y teleológica de dicha disposición, y que, por tanto, debe rechazarse. En consecuencia, entendemos que ha de seguirse la línea jurisprudencial acogida por la SCP I que incluye al *dolo eventual* dentro del ámbito de aplicación del artículo 30 (2) ER.

Sin embargo, a este respecto, es necesario también reconocer el mérito de la crítica realizada a la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, en el sentido de que, de las dos manifestaciones del concepto de *dolo eventual* allí establecidas, sólo aquélla relativa a las situaciones de "conocimiento de la probabilidad sustancial" de que la propia conducta producirá el resultado prohibido se encuentra prevista en el artículo 30 (2) ER, mientras que aquella otra manifestación del *dolo eventual* que se da en los supuestos donde el nivel de riesgo de ocasionar la consecuencia prohibida es bajo, pero existe una aceptación expresa del mismo, quedarían excluidos del ámbito de aplicación de dicha disposición⁹⁷. Esta es también,

⁹⁷ Vid. a este respecto, Weigend, T., Intent, Mistake of Law and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, en Journal of International Criminal

en definitiva, la posición implícitamente adoptada por la Mayoría de la SPI I en su sentencia de 14 de marzo de 2012 en el caso Lubanga⁹⁸.

2. Temeridad consciente, temeridad inconsciente e imprudencia simple

En cuanto a otros elementos subjetivos, que fuera ya de la categoría del *dolo*, quedarían también excluidos del ámbito de aplicación del art. 30 ER, tiene particular importancia la distinción entre los conceptos de temeridad (*recklessness*) consciente y *dolo eventual* realizada por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga. Según la SCP I, las razones de esta distinción serían las siguientes:

El concepto de temeridad únicamente requiere que el autor sea consciente de la existencia del riesgo de que los elementos objetivos del delito puedan resultar de sus acciones u omisiones, pero no exige que asuma ese resultado. En la medida en que la temeridad no requiere que el sospechoso asuma la causación de los elementos objetivos del delito como resultado de sus acciones u omisiones, no es parte del concepto de intención. De acuerdo con Fletcher, "la temeridad es una forma de culpa, equivalente a lo que en la doctrina alemana se denomina "imprudencia consciente". El problema de distinguir la "intención" de la "temeridad" se plantea porque en ambos casos el actor es consciente de que su conducta puede generar un resultado específico"⁹⁹.

Situaciones de temeridad consciente son aquellas en las que una persona conoce la probabilidad (aunque el nivel de riesgo requerido varía entre los distintos sistemas nacionales y va desde la mera "posibilidad" hasta la "probabilidad") de que los elementos objetivos del delito puedan producirse como resultado de sus acciones u omisiones, y, a pesar de ello, toma el riesgo (tomar el riesgo por lo general es considerado como inherente a la decisión de continuar con la propia conducta) en la creencia de que su experiencia será suficiente para impedir la realización de dicho riesgo¹⁰⁰.

⁹⁸ Justice, Vol. 6, 2008, pp. 471-487.

⁹⁹ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1012.

¹⁰⁰ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párr. 355, n. 438; Vid. también Fletcher (supra n. 6), p. 443.

La conciencia del autor de la mera posibilidad de causar el resultado prohibido es suficiente al menos en relación con el delito de homicidio en países como Sudáfrica. Vid. C R Snyman, *Criminal Law* (Durban, Butterworths, 1995), p. 169. La conciencia del autor de la probabilidad de causar el resultado prohibido es requerida al menos con respecto al delito de homicidio en Australia. Vid. *The Queen v. Crabbe* [1985] 156 CLR 464; B Fisse, *Howard's Criminal Law* (5th ed., Sydney, Law Book Company Limited, 1990), p. 59; vid. también, Código Penal de Bahamas de 1987, §§ 311 y 11(2);

Éste sería el caso de un oficial de artillería que, a pesar de ser consciente, debido a la falta de precisión de su mortero, de la probabilidad de impactar contra un bloque de apartamentos ocupado exclusivamente por civiles, lanza el ataque porque confía en que sus habilidades le permitirán evitar que el proyectil impacte contra un pequeño almacén de municiones situado junto al bloque de apartamentos. También sería el caso de un piloto de combate que asume volar a menor altura de la permitida confiando en que nada ocurrirá a causa de su amplia experiencia de pilotaje.

En consecuencia, para la SCP I, mientras que el *dolo eventual* es una manifestación del concepto de *dolo*, la temeridad (*recklessness*) consciente no formaría parte de dicho concepto, y consecuentemente quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 30 ER porque:

Cuando el estado subjetivo no llega al nivel de aceptar que los elementos objetivos del delito pueden resultar de las propias acciones u omisiones, ese estado subjetivo no puede ser considerado una verdadera realización intencional de los elementos objetivos y, por lo tanto, no satisfaría el requisito de "Intención y conocimiento" del artículo 30 del Estatuto¹⁰¹.

Esta distinción no ha sido siempre apreciada con la misma claridad. Así, la SCP II, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, ha tratado los conceptos de temeridad consciente y *dolo eventual* como si fuesen un mismo concepto, refiriéndose a la temeridad consciente como el "equivalente" en el common law del *dolo eventual* en el sistema romano-germánico¹⁰².

Esta equiparación no es nueva, puesto que ya había sido realizada con anterioridad por la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Tadic y Stakic, y por las Salas de Enjuiciamiento del TPIY en los casos Brdanin y Blagoje-

¹⁰¹ Código Penal de Kenia de 1985, §§ 203 y 206(b); Código Penal de Malawi, §§ 209 y 212(b); Código Penal de Zambia, §§ 200 y 204(b) y B Thompson, *The Criminal Law of Sierra Leone* (Lanham, University Press of America, 1999), p. 61.

¹⁰² Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párr. 355. vid. también J L Rodríguez-Villasante y Prieto, "Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional" (enero-junio de 2000) 75 Revista Española de Derecho Militar, p. 417 [en adelante: Rodríguez-Villasante y Prieto]; y D K Piragoff, "Article 30: Mental Element" en O Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, Nomos, 1999), p. 534. Compárese con E Van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (La Haya, TMC Asser Press, 2003), p. 87 [en adelante: Van Sliedregt].

Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párrs. 357, 366.

vic¹⁰³. Sin embargo, como vimos en su momento, la SCP II en la decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba no solo asimiló el *dolo eventual* a la temeridad consciente, sino que rechazó la inclusión de ambos conceptos en el ámbito de aplicación del artículo 30 ER¹⁰⁴. Es precisamente en este último aspecto, donde existe una marcada diferencia, tal y como veremos en la sección siguiente, entre la posición de la SCP II y la jurisprudencia que acabamos de mencionar del TPIY, que sí admite, como regla general, la temeridad consciente como elemento subjetivo de los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra sometidos a su jurisdicción.

La temeridad consciente se distingue de la temeridad inconsciente. Esta última generalmente tiene lugar cuando una persona, sin conocer el riesgo que es inherente a su conducta, continua con ella y, al hacerlo, crea inconscientemente un riesgo objetivamente elevado que excede de manera notable lo que es socialmente aceptable (la temeridad consciente, por lo tanto, está estrechamente relacionada con la categoría de la imprudencia grave o manifiesta de los sistemas de tradición romano-germánica, en los cuales se encuentra incluida dentro del concepto de imprudencia)¹⁰⁵.

Por último, ambas categorías de temeridad (consciente e inconsciente) se distinguen, en principio, de la categoría más amplia de imprudencia, que incluiría el incumplimiento del deber de conducirse con la diligencia debida al llevar a cabo la conducta que produce los elementos objetivos del delito¹⁰⁶.

¹⁰³ Ver entre otros, sentencia de primera instancia en el caso Stakic (*supra* n. 43), para. 587; *Prosecutor v. Stakic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-97-24-A* (de 22 de marzo de 2006), párr. 101 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Stakic]; *Prosecutor v. Brdanin (Judgement) ICTY-99-36-T* (1 de septiembre de 2004) párr. 386 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Brdanin], párr. 265, n. 702; *ICTY, Prosecutor v. Blagojevic et al. (JUDGEMENT ON MOTIONS FOR ACQUITTAL PURSUANT TO RULE 98(1)S) ICTY-02-60-T* (de 5 de abril de 2004), párr. 50; *Prosecutor v. Tadic (Judgement) ICTY-94-1-T* (de 7 de mayo de 1997), párr. 220.

¹⁰⁴ Confirmación de cargos en el caso Bemba (*supra* n. 15), párrs. 360, 362, 363.

¹⁰⁵ La conocida sentencia de la Cámara de los Lores en *Metropolitan Police Commissioner v. Caldwell* [1982] AC 341 estableció la temeridad inconsciente, objetiva o *Caldwell recklessness* como opuesta a la temeridad subjetiva, consciente o *Cunningham recklessness*.

¹⁰⁶ Vid. G Quintero Olivares, *Manual de derecho penal: parte general* (3º ed., Pamplona, Aranzadi, 2002), 354, 355 [en adelante: Quintero Olivares].

Según la SCP I, la SCP II, y la SPI I ni la temeridad consciente o inconsciente, ni la imprudencia, satisfacen el requisito de "intención y conocimiento" del art. 30 ER¹⁰⁷.

3. Delitos que requieren un elemento subjetivo general agravado: especial referencia a los delitos de lanzar un ataque contra personas y bienes civiles, o personal u objetos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o asistencia humanitaria

Como dice el art. 30 (1) ER, el estándar de "intención" y "conocimiento" recogido en esta disposición es aplicable a todo delito previsto en el ER a no ser que se disponga lo contrario en su definición¹⁰⁸.

En este sentido, existen varios crímenes de guerra que según la jurisprudencia de la CPI exigirían un *dolo directo* de primer grado, en cuanto que en sus definiciones se recogen expresiones como "intencionalmente" (*intentionally*) o "voluntariamente" (*wilfully*). Así, según la decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo*, este sería el caso del crimen de guerra de lanzar un ataque contra la población civil previsto en el artículo 8 (2) (b) (i) ER, en relación con el cual la SCP I ha afirmado lo siguiente:

Con respecto a los elementos subjetivos, además del elemento subjetivo requerido por el artículo 30, el autor debe tener la intención de que personas civiles que no estén tomando activamente parte en las hostilidades o la población civil como tal sea el objeto del ataque. Este delito, por tanto, requiere primero y ante todo un *dolo directo* de primer grado [...] Por lo tanto, una vez que los autores lanzan el ataque con la intención de alcanzar bien a personas civiles que no están tomando parte activa en las hostilidades bien a la población civil como tal, el delito es consumado. Este es el caso cuando civiles que no están tomando parte activa en las hostilidades son el objetivo único del ataque [...] El delito también es cometido cuando el autor lanza el ataque con dos objetivos claramente distintos: (i) alcanzar un objetivo militar según la definición que de esta expresión nos dan los artículos 51 y 52 del Protocolo Adicional I; y simultáneamente, (ii) alcanzar a la población civil o a personas civiles que no están tomando parte activa en las hostilidades y residen en los alrededores. En este caso, el delito es cometido cuando el ataque es lanzado contra una localidad que tiene un valor militar significativo debido a su posición estratégica, y cuando en dicha localidad se encuentran dos objetivos perfectamente diferenciados: (i) las

¹⁰⁷ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (*supra* n. 22), párr. 355, n. 438; confirmación de cargos en el caso Bemba (*supra* n. 15), párrs. 360; sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (*supra* n. 18), párr. 1011.

¹⁰⁸ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (*ibid*), párr. 50; confirmación de cargos en el caso Bemba (*ibid*), párr. 353; y sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (*ibid*), párr. 1014.

fuerzas defensoras de la parte adversa que tienen el control sobre la localidad (de manera, que sólo la derrota de estas fuerzas permitirá a las fuerzas atacantes hacerse con el control sobre la misma); y (ii) la población civil, si su alianza es con la parte adversa que se encuentra en control de la localidad, lo que lleva a las fuerzas atacantes a considerar la destrucción de dicha población como el mejor método para asegurar el control de la localidad una vez que haya sido capturada [...] Es necesario distinguir este segundo tipo de ataque de aquellas otras situaciones en las que un ataque es lanzado con el propósito específico de alcanzar únicamente un objetivo militar, si bien siendo consciente de que la producción de bajas civiles será o puede ser un resultado colateral del mismo¹⁰⁹.

Esta misma interpretación ha sido aplicada en la decisión de confirmación de cargos en el caso Abu Garda al crimen de guerra de lanzar un ataque contra personal u objetos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria previsto en los arts. 8 (2) (b) (iii) y 8 (2) (e) (iii) ER. Según ha afirmado la Mayoría de la SCP I a este respecto:

La Mayoría considera que este elemento subjetivo es "similar al que se encuentra en los Elementos de los Crímenes de los artículos 8(2) (b) (i) y 8(2) (e) (i) en relación con los ataques contra civiles, ya sea en conflictos de naturaleza internacional, ya sea en conflictos de naturaleza no internacional. En este sentido, la Sala sostuvo en el caso de *Katanga y Ngudjolo* que "además del elemento subjetivo requerido en el artículo 30 del Estatuto, el autor debe tener la intención de convertir a personas civiles que no están tomando parte activa en las hostilidades o a la población civil en el objetivo del ataque. Este delito, por tanto, incluye, primero y sobre todo, el *dolo directo de primer grado*". La Mayoría considera que esta conclusión es también aplicable al artículo 8 (2)(e)(iii) del Estatuto en relación con los ataques contra personal afecto a una misión de mantenimiento de la paz y aquellos otros contra instalaciones, material, unidades o vehículos involucrados en una misión de mantenimiento de la paz¹¹⁰.

4. Delitos que requieren un elemento subjetivo general atenuado: especial referencia a los delitos de reclutamiento, alistamiento, y utilización de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades

Excepcionalmente, la definición de alguno de los delitos recogidos en el ER requiere un elemento subjetivo general menos exigente que el requisito de intención y conocimiento previsto en el art. 30 ER. Este es el caso, en particular, de todos aquellos delitos en los que se considera suficiente con que el autor, dadas las circunstancias existentes en el momento de

¹⁰⁹ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 271-274.

¹¹⁰ Vid. confirmación de cargos en el caso Abu Garda (supra n. 35), párr. 93.

producirse el hecho punible, "hubiere debido saber" de la concurrencia de alguno de los elementos objetivos del delito¹¹¹.

La expresión "hubiere debido saber" se recoge en los EC de varios crímenes de guerra como el de utilizar indebidamente la bandera blanca, o una bandera, insignia o uniforme del enemigo previsto en el art. 8(2) (b) (vii) ER, y el de reclutar, alistar y utilizar a menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades recogido en los art. 8(2) (b) (xxvi) y 8 (2) (e) (vii) ER.

Con respecto a este segundo grupo de delitos, las decisiones de confirmación de cargos en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo han afirmado que la expresión "hubiere debido saber" introduce un estándar de imprudencia simple¹¹² en relación con la edad de las víctimas, el cual se cumple cuando el autor material:

- (i) No sabe que las víctimas son menores de 15 años en el momento en que son reclutadas, alistadas o utilizadas para participar activamente en las hostilidades; y
- (ii) Carece de ese conocimiento porque, dadas las circunstancias existentes, no ha actuado con la diligencia debida¹¹³.

Por su parte, la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga no analizó el contenido del estándar "hubiere debido saber" puesto que el Escrito de Acusación de la Fiscalía alegaba directamente que el imputado conocía del reclutamiento, alistamiento y utilización por la *Union des Patriotes Congolese* (UPC) / *Forces Pour la Liberation de Congo* (FPLC) de menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades¹¹⁴.

Finalmente, como la SCP II ha señalado en la decisión de confirmación de cargos en el caso Bemba, el estándar "hubiere debido saber" también se recoge en el art. 28 ER en relación con la responsabilidad de los superiores militares por el incumplimiento de sus deberes de evitar, reprimir y someter a las autoridades competentes los delitos cometidos por sus subordinados¹¹⁵. Ahora bien, el contenido de esta disposición, que ha sido

¹¹¹ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párr. 358; confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 251; confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 354.

¹¹² Confirmación de cargos en el caso Lubanga (ibid), párr. 358; confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (ibid), párrs. 250-252.

¹¹³ Idem.

¹¹⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1015.

¹¹⁵ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 354.

objeto de amplio análisis en dicha decisión de confirmación de cargos, será abordado en detalle más adelante en este mismo capítulo.

5. Delitos que requieren un dolo especial: especial referencia a la distinción entre la intención genocida y la intención persecutoria en los casos de limpieza étnica

Tanto la SCP I en los casos Katanga y Ngudjolo¹¹⁶, Bashir¹¹⁷, Mbarushimana¹¹⁸ y Banda y Jerbo¹¹⁹, como la SCP II en el caso Bemba¹²⁰ han afirmado que la definición de ciertos delitos previstos en el ER, como el genocidio, la tortura, la persecución o el saqueo, requieren que, además de ser cometidos con la intención y conocimiento exigidos por el art. 30 ER, sean realizados con un propósito específico (denominado *dolo especial* o intención ulterior) que debe motivar su comisión¹²¹. Este elemento subjetivo adicional normalmente es introducido en el ER y/o en los EC mediante el uso de expresiones tales como "con la intención de", "con el propósito de" o "en razón de". A este respecto, la SCP II ha señalado:

Consecuentemente, debe ser establecido que los elementos materiales del delito de que se trate deben ser llevados a cabo con "intención y conocimiento", a menos que el Estatuto o los Elementos de los Crímenes requieran un estándar de culpa diferente [...] Por ejemplo, la aplicación del estándar "hubiere debido saber" conforme al artículo 26 (a) del Estatuto justifica una desviación de la regla general en cuanto que requiere un elemento de culpa inferior al requerido por el artículo 30 del Estatuto. Además, existen ciertos delitos que son cometidos con una finalidad o propósito específico, y que, por tanto, requieren que el sospechoso no sólo posea sus elementos subjetivos, sino un elemento adicional, conocido como propósito específico o *dolo especial*".¹²²

En este sentido, y atendiendo al uso de la expresión "*specific intent*" como equivalente a *dolo especial* por la SCP II, es importante prestar particular atención para no confundir los conceptos utilizados en los sistemas de *common law* de (i) "intención específica" (*specific intent*), que se refiere al elemento subjetivo general y es equivalente al concepto de *dolo directo* de

¹¹⁶ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 571-576, 579, 580.

¹¹⁷ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7), párr. 139.

¹¹⁸ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 48), párr. 169.

¹¹⁹ Confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo (supra n. 47), párrs. 118, 121.

¹²⁰ Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 354.

¹²¹ La SPI I no abordó esta cuestión en su sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párrs. 1007-1018.

¹²² Confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 15), párr. 354.

primer grado en los sistemas romano-germánicos; y (ii) "propósito específico" (*specific purpose*), que se refiere a un elemento subjetivo adicional, consistente en un propósito específico que debe motivar la comisión del delito, y es equivalente al *dolo especial* en la tradición romano-germánica. Esta confusión, que se observa en varios de los primeros casos de los TPIY y TPIR, como en el caso Akayesu ante el TPIR en el que se define la intención genocida como un *dolo directo* de primer grado en lugar de un *dolo especial*¹²³, se evita recurriendo a la expresión "intención ulterior" (*ulterior intent*) para referirse al *dolo especial* tal y como hacen Smith y Hogan¹²⁴.

En relación con esta categoría de delitos, conviene subrayar la importancia que ha tenido hasta el momento la distinción realizada por la SCP I entre el *dolo especial* del delito de genocidio y el *dolo especial* del delito de persecución como crimen de lesa humanidad. Según ha señalado la SCP I en su primera decisión de orden de arresto en el caso Al Bashir:

La Mayoría considera que es de particular relevancia a los efectos del presente caso distinguir entre: i. el *dolo especial*/propósito específico requerido para el delito de genocidio (intención genocida consistente en la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal); y ii el *dolo especial*/propósito específico requerido para el crimen de lesa humanidad de persecución (intención persecutoria consistente en la intención de discriminar contra los miembros de un grupo, por razón de la identidad del grupo, por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, según la definición del párrafo 3 del artículo 7 del Estatuto; o por otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional) [...] Para la Mayoría, la distinción entre la intención genocida y la intención persecutoria es clave en casos de limpieza étnica, práctica que consiste en "hacer un área étnicamente homogénea usando la fuerza o la intimidación para remover a determinadas personas o grupos a la fuerza de un área". Esta distinción es particularmente relevante en aquellos casos en los que, como en el presente, las alegaciones de traslado forzoso y/o deportación de los miembros del grupo afectado son un componente clave¹²⁵.

Así mismo, es importante señalar que el tipo de propósitos requeridos como *dolo especial* varían sustancialmente de un delito a otro. Así, mientras en el delito de genocidio se requiere la finalidad de destruir total o parcialmente el grupo nacional, religioso, étnico o racial objeto del ataque, en el crimen de guerra de saqueo se exige el propósito de privar al dueño legítimo de su propiedad para un uso privado o personal de la misma por

¹²³ Prosecutor v. Akayesu (Judgement) 96-4-T (de 2 de septiembre de 1998), párrs. 601 y ss [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Akayesu].

¹²⁴ Smith y Hogan (supra n. 26), pp. 112, 113.

¹²⁵ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7), párrs. 141, 143.

el autor. Como la SCP I ha afirmado en el caso Banda y Jerbo en relación con este último tipo de *dolo especial*:

La intención de los atacantes de apropiarse de los bienes para su uso personal se puede deducir razonablemente tanto del hecho de que los mismos estaban todavía en su posesión después del ataque y no habían sido devueltos a sus legítimos propietarios, como del hecho de que, según lo señalado por algunos testigos, los distintivos de la Unión Africana que aparecían en los vehículos de AMIS fueron removidos con posterioridad y cubiertos con barro. En consecuencia, la Sala está convencida de que existen motivos suficientes para creer que estos objetos fueron tomados con la intención de dedicarlos para el uso y beneficio personal de los atacantes¹²⁶.

Finalmente, conviene tener en cuenta la distinta definición contenida en el ER en relación con la tortura como delito de lesa humanidad y como crimen de guerra. Así, en cuanto delito de lesa humanidad, la tortura se define en el art. 7 (2) (e) ER como "causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control". En consecuencia, no se requiere que el dolor o sufrimiento de la víctima sea infringido por alguno de los motivos previstos en la definición de tortura recogida el art. 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984. Los EC de la tortura como delito de lesa humanidad confirman que su definición en el art. 7 ER no contiene ningún tipo de *dolo especial*, si bien, como todo delito de lesa humanidad, debe ser parte de un ataque sistemático o generalizado contra una población civil llevado a cabo en ejecución de una política de un Estado o de una organización¹²⁷.

Sin embargo, la definición del delito de tortura como crimen de guerra con independencia del carácter internacional o no internacional del conflicto armado, tal y como se recoge en los apartados (2) (a) (ii) y (2) (c) (i) del art. 8 ER, y en los EC que desarrollan los mismos, sí exige la presencia de un *dolo especial*, en línea con lo previsto en el art. 1 de la Convención contra la Tortura. En consecuencia, se requiere que "el autor haya causado los dolores o sufrimientos por una finalidad tal como la de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla, o ejercer coacción sobre ella, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de

¹²⁶ Confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo (supra n. 47), párr. 121.

¹²⁷ Vid. los EC del delito de tortura como delito de lesa humanidad, así como la definición recogida en el artículo 7 ER de los elementos objetivos contextuales comunes a todos los delitos pertenecientes a la categoría de la lesa humanidad.

discriminación"¹²⁸. Sin embargo, a diferencia del art. 1 de la Convención contra la Tortura, en los EC de los apartados 2 (a) (ii) y 2(c)(i) del art. 8 ER la lista de propósitos prohibidos se configura como una lista abierta, y no cerrada, lo que, en principio, podría permitir a la jurisprudencia de la CPI extender la lista de motivos prohibidos más allá de los recogidos en la Convención contra la Tortura. Ahora bien, el alcance real de esta facultad es cuestionable a la luz de la obligación que impone el art. 22 (2) ER a todas las Salas de la CPI de interpretar las definiciones de los delitos "estrictamente", no haciéndolas nunca extensivas por analogía y acogiendo en caso de ambigüedad la interpretación más favorable a la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.

iii. Los elementos subjetivos de los delitos en la jurisprudencia del TPIY y del TPIR: el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" como elemento subjetivo general

Como señalamos en anteriores secciones, el TPIY y el TPIR parecen haber adoptado la opción de un mismo elemento subjetivo general para todos los elementos objetivos del delito, de manera que han centrando el debate en la determinación del contenido de dicho elemento subjetivo en relación con los distintos delitos previstos en sus respectivos estatutos. Para ello la jurisprudencia y los estatutos de los TPIY y TPIR han utilizado diferentes expresiones, incluyendo las relativas a la "voluntad", "intencionalidad", "conocimiento de la probabilidad sustancial", "conocimiento razonable de la probabilidad", "desconsideración temeraria de la vida humana", y "dolo eventual". Por lo tanto, se plantea la cuestión de si cada delito tiene un elemento subjetivo general diferente o si, por el contrario, es posible establecer que existe un elemento subjetivo general que se aplica a la mayoría de los delitos previstos en los estatutos de los TPIY y TPIR.

Aunque la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha empleado varias expresiones para definir el elemento subjetivo general, lo cierto es que su principal preocupación fue hacer frente a las diferencias entre el concepto de *dolo eventual* de los sistemas romano-germánicos y el concepto de temeridad consciente de los sistemas de *common law*. Como consecuencia de

¹²⁸ Vid. los EC de los delitos de tortura como graves violaciones de los Convenios de Ginebra (art. 8 (2) (a) (ii) ER) y como infracciones graves del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra (art. 8 (c) (i) ER).

ello, en sus primeros años, dicha jurisprudencia osciló, a menudo, entre estos dos conceptos¹²⁹.

Sin embargo, con el paso del tiempo se ha ido inclinado progresivamente por un elemento subjetivo general común, que es aplicable a la mayoría de los delitos de su competencia, y que consiste en el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial". Este estándar requiere: (i) la conciencia de la probabilidad sustancial de que la conducta propia producirá los elementos objetivos del delito, y (ii) la aceptación de ese riesgo (que se considera implícito en la decisión de continuar con la propia conducta a pesar de conocer las consecuencias ilícitas probables de la misma)¹³⁰.

¹²⁹ Esta dinámica fue destacada en el escrito final de la Fiscalía en el caso Kordic, Anexo IV, párrs. 40, 41; vid. *Prosecutor v. Kordic (Judgement) ICTY-95-14/2-T* (de 26 de febrero de 2001), pár. 375 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kordic].

¹³⁰ En la sentencia de primera instancia en el caso Kordic (*idem*), la Fiscalía propuso el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" como un elemento subjetivo general común. Como destacó la Sala de Primera Instancia del TPIY al describir las observaciones de las partes en relación con los elementos de la forma de responsabilidad recogida bajo el acápite "cometer": "el elemento subjetivo exigido consiste en que el acusado actúe con el requisito de intención para el delito según el derecho internacional consuetudinario. La Fiscalía es de la opinión de que este requisito se satisface cuando el acusado actuó con conocimiento de la probabilidad sustancial de que una acción o una omisión punible ocurriría como consecuencia de su conducta". Posteriormente, este estándar fue adoptado para definir el elemento subjetivo general de numerosos delitos de la competencia material de los TPIY y TPIR. De hecho, de acuerdo con la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, la mayoría de los delitos de su competencia pueden cometerse tanto con intención "directa" como con intención "indirecta", y el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" es utilizado, en gran medida, para definir el concepto de "intención indirecta". Por ejemplo, la sentencia de primera instancia en *Prosecutor v. Martic (Judgement) ICTY-95-11-T* (de 12 de junio de 2007), pár. 58 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Martic] ha definido el elemento subjetivo general del delito de asesinato como crimen de guerra y como delito de lesa humanidad de la siguiente manera: "el acto o la omisión fue cometido con la intención de matar o con el conocimiento de que la muerte era una consecuencia probable del acto o de la omisión". Además, en el pár. 60 ha agregado que: "el elemento subjetivo del asesinato es la intención de matar, incluyendo intención indirecta, esto es, el conocimiento de que la muerte de la víctima fue una consecuencia probable del acto o de la omisión. Esta Sala de Primera Instancia no considera suficiente que el autor hubiere sabido que la muerte sería una consecuencia posible de su acto o omisión". Esta definición también ha sido adoptada, entre otros, en *Prosecutor v. Kvočka et. al. (Appeals Chamber Judgement) ICTY-98-30/1-A* (de 28 de febrero de 2005), pár. 261; *Prosecutor v. Strugar (Judgement) ICTY-01-42-T* (de 31 de enero de 2005), párrs. 235, 236; *Prosecutor v. Limaj (Judgement) ICTY-03-66-T* (de 30 de noviembre de 2005), pár. 241; *Prosecutor v. Oric (Judgement) ICTY-03-68-T* (de

La Sala de Apelaciones del TIPY, al ocuparse de la responsabilidad por "ordenar", definió de la siguiente manera este elemento subjetivo general en su sentencia de 8 de octubre de 2008 en el caso *Martic*:

Desde el comienzo, la Sala de Apelaciones ha recordado su discusión en la sentencia de apelaciones en el caso *Blaškić* sobre el elemento subjetivo requerido para "ordenar" un delito de conformidad con el Estatuto. En ese caso, la Sala de Apelaciones tuvo que tratar la cuestión de "si un estándar subjetivo que es inferior que la intención directa puede aplicarse en relación con "ordenar" según el artículo 7(1) del Estatuto, y de ser así, cómo debería ser definido". Luego de un extenso análisis, la Sala de Apelaciones concluyó lo siguiente: "la Sala de Apelaciones, por lo tanto, sostiene que una persona que ordena un acto o una omisión con conocimiento de la probabilidad sustancial de que se cometerá un delito en la ejecución de esa orden, cumple con el requisito subjetivo para que surja una responsabilidad penal por ordenar según el artículo 7(1): Ordenar con dicho conocimiento debe ser considerado como una aceptación del delito" [...] La Sala de Apelaciones explicó que existe, de hecho, una forma de intención inferior que la intención directa. Sin embargo, especificó que el "conocimiento de cualquier tipo de riesgo, comoquiera que bajo, no es suficiente" para imponer responsabilidad penal según el estatuto. La Sala consideró que "un conocimiento de una probabilidad más alta del riesgo y un elemento volitivo deben ser incorporados en el estándar jurídico". Por lo tanto, llegó a la conclusión de que la persona que da la orden debe actuar con el conocimiento de la probabilidad sustancial de que un delito será cometido en la ejecución de la orden. Este razonamiento fue confirmado por las sentencias de apelación de los casos *Kordic* y *Cerkez*, y *Galic*¹³¹.

¹³⁰ 30 de junio de 2006), pár. 348 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Oric].

Del mismo modo, en *Prosecutor v. Ntakirutimana (Appeals Chamber Judgement) ICTR-96-10-A* (de 13 de diciembre de 2004), pár. 522; sentencia de apelación en el caso *Stakic* (supra n. 108), pár. 259 y en la sentencia de primera instancia en el caso *Martic*, (supra n. 180), pár. 65, han definido el elemento subjetivo general del delito de lesa humanidad de exterminio de la siguiente manera: "el elemento subjetivo del exterminio requiere que el acto o la omisión haya sido cometido con la intención de matar personas a gran escala o con el conocimiento de que la muerte de un gran número de personas era una consecuencia probable del acto o la omisión".

El estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" también ha sido utilizado en el contexto de la definición de los elementos subjetivos de las formas de responsabilidad, tales como planear, instigar y ordenar conforme a los arts. 7(1) ETPY y 6(1) ETPR. Vid. *Prosecutor v. Blaskic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-95-14-A* (de 29 de julio de 2004), pár. 42; *Prosecutor v. Kordic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-95-14-2-A* (de 17 de diciembre de 2004), párrs. 30-32; *Prosecutor v. Martić (Appeals Chamber Judgement) ICTY-95-11-A* (de 8 de octubre de 2008), pár. 222 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Martic].

¹³¹ Sentencia de apelación en el caso Martic (*ibid.*), párrs. 222, 223.

La aparición de este estándar puede explicarse en cuanto que constituye el mejor intento realizado hasta el momento de tratar de soslayar las diferencias entre los conceptos de *dolo eventual* y temeridad consciente¹³². Así, por un lado, el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" cumple con los requisitos de la temeridad consciente con independencia de si el umbral de esta última se establece en el nivel de la posibilidad o de la probabilidad.

Por otro lado, se puede afirmar que el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" cumple también con los requisitos del *dolo eventual*, porque en aquellas situaciones en las que el nivel de riesgo de causar el delito es alto, la única deducción razonable de la decisión de continuar con la conducta propia es que se haya aceptado implícitamente la generación del delito. De hecho, la propia SCP I ha acogido este razonamiento en el caso Lubanga al afirmar que en las situaciones en que el riesgo es elevado:

El hecho de que el sospechoso acepte la idea de llevar a cabo los elementos objetivos del delito puede deducirse de: (i) el conocimiento del sospechoso de la probabilidad sustancial de que sus acciones u omisiones resultarán en la realización de los elementos objetivos del delito, y (ii) la decisión del sospechoso de llevar a cabo sus acciones u omisiones a pesar de ese conocimiento¹³³.

Existen, sin embargo, ciertos delitos con respecto a los cuales la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha establecido un elemento subjetivo general diferente. Por ejemplo, de acuerdo con dicha jurisprudencia, el elemento subjetivo general del delito de lanzar un ataque contra personas o bienes

¹³² Otros estándares propuestos por la Fiscalía en relación con delitos específicos no han encontrado el mismo nivel de aceptación. Por ejemplo, respecto del delito de exterminio, la Fiscalía propuso el siguiente elemento subjetivo general durante la fase de apelación en el caso Stakic: conciencia de la posibilidad de causar la muerte en escala masiva junto con la voluntad de correr ese riesgo. Vid. sentencia de apelación en el caso Stakic (supra n. 103), párr. 255, refiriéndose al apartado 5.16 del escrito de apelación de la Fiscalía. Sin embargo, este estándar no cumple con los requisitos de la temeridad consciente en aquellos sistemas nacionales de common law en los que el nivel de riesgo requerido es mayor que una mera posibilidad. Además, tampoco cumple con los requisitos del *dolo eventual* porque, como ha afirmado la SCP I, "si el riesgo de producir los elementos objetivos del delito es bajo, el sospechoso debe haber aceptado clara y expresamente la idea de que esos elementos objetivos resultarán de sus acciones u omisiones".

¹³³ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párr. 353. En el mismo sentido, Vid. la definición de *dolo eventual* dada en la sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 43), párr. 287.

civiles incluiría el *dolo directo* de primer, el *dolo directo* de segundo grado, el *dolo eventual*, la *temeridad consciente* y la *temeridad inconsciente*. La razón de esta excepción se debe a que la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha interpretado la expresión "voluntario" del artículo 85(3) del Protocolo Adicional I en el sentido de incluir tanto la temeridad consciente como la inconsciente. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Strugar ha afirmado que esta excepción no puede extenderse hasta incluir la imprudencia simple (entendida como la violación al deber de conducirse con la debida diligencia al realizar la conducta que acaba produciendo los elementos objetivos del delito), porque la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha excluido sistemáticamente la imprudencia simple del ámbito del elemento subjetivo general de cualquiera de los delitos recogidos en sus respectivos estatutos¹³⁴. En palabras de la propia Sala de Apelaciones del TPIY:

La Sala de Apelaciones ha resuelto previamente que el autor del delito de lanzar un ataque contra personas civiles debe lanzar el ataque "voluntariamente" y esto incluye la intención o la temeridad, [pero] no la "mera imprudencia". En otras palabras, el requisito subjetivo se cumple si se demuestra que los actos de violencia que constituyen este delito fueron dirigidos voluntariamente contra civiles, es decir, tanto deliberadamente contra ellos o mediante temeridad. La Sala de Apelaciones considera que esta definición comprende tanto el concepto de "Intención directa" como el de "intención indirecta" mencionados por la Sala de Primera Instancia, y referidos en Strugar como el elemento subjetivo de lanzar un ataque contra civiles. Como la Sala de Primera Instancia en el caso Galic ha señalado, "para probar el elemento subjetivo reconocido en el Protocolo Adicional I, la Fiscalía debe demostrar que el autor fue consciente, o hubiera debido ser consciente, de la condición de civiles de las personas objeto del ataque. En caso de duda con respecto a la condición de una persona, la persona deberá ser considerada como civil". Sin embargo, en estos casos la Fiscalía debe demostrar que en las circunstancias dadas una persona razonable no podría haber creído que el individuo atacado era un combatiente [...] La intención de lanzar un ataque contra civiles puede ser demostrada mediante deducciones a partir de pruebas directas o circunstanciales. No hay ninguna exigencia de tener la intención de atacar a ciertos civiles particulares; más bien, está prohibido hacer de la población civil en cuanto tal, así como de personas civiles individuales, el objetivo de un ataque. La determinación de si el ataque se dirigió contra civiles es un análisis que ha de hacerse caso por caso, basado en varios factores, incluyendo los medios y métodos utilizados en el curso del ataque, la distancia entre las víctimas y el lugar desde el que se disparó, la actividad de combate en el lugar y momento del incidente".

¹³⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Stakic (idem); Prosecutor v. Galic (Judgement) ICTY-98-29-T (5 de diciembre de 2003), párrs. 54, 55 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Galic]; sentencia de primera instancia en el caso Brđanin (supra n. 103) párr. 386; sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 130), párr. 348; sentencia de primera instancia en el caso Martić (supra n. 130), párr. 60.

te, la presencia de actividades o establecimientos militares en las inmediaciones del lugar del incidente, la condición y apariencia de las víctimas, y la naturaleza de los delitos cometidos en el curso del ataque¹³⁵.

En consecuencia, en casos, por ejemplo, relativos a francotiradores (como es el caso Galic concerniente al sitio de Sarajevo entre 1991 y 1994), aún en el supuesto en el que un francotirador no haya intentado alcanzar específicamente a personas civiles, podría ser penalmente responsable si desatendió temerariamente (con culpa consciente o imprudencia grave) la posible condición de civiles de las personas contra las que abrió fuego. El francotirador será, por tanto, castigado por una falta manifiesta de la debida diligencia en verificar las circunstancias de hecho que subyacen a la condición de civiles de las personas contra las que abrió fuego. En este contexto, el error del francotirador no excluye *per se* su responsabilidad penal, a menos que se demuestre que no habría podido superar su error aun si hubiera actuado sin una falta manifiesta de la diligencia que le era debida.

La sentencia de primera instancia en el caso *Galic* proporciona varios ejemplos de la comisión temeraria (con culpa consciente o imprudencia grave) del delito de lanzar un ataque contra personas civiles o una población civil. Por ejemplo, en relación con el episodio número 8 de los relativos a francotiradores, la Mayoría de la Sala concluyó que —aunque en Sarajevo en el mes de julio a las seis de la mañana suele haber luz solar— dada la falta de prueba respecto a la cantidad de luz solar que había en el momento en que la víctima recibió el disparo, no podía excluirse la posibilidad de que el autor no fuera consciente que la víctima era una mujer de mediana edad transportando madera. Sin embargo, para la Mayoría, la ausencia de presencia militar en la zona donde la víctima fue alcanzada por el disparo (era un espacio abierto con sólo tres casas en las inmediaciones)

¹³⁵ De acuerdo con la sentencia de primera instancia en el caso Galic (idem): "la noción "voluntariamente" incorpora el concepto de temeridad, mientras que excluye la mera imprudencia. El autor que ataca civiles temerariamente actúa voluntariamente. Para probar el elemento subjetivo reconocido en el Protocolo Adicional I, la Fiscalía debe demostrar que el autor fue consciente o debería haber sido consciente de la condición de civiles de las personas atacadas. En caso de duda con respecto a la condición de una persona, habrá que considerarla civil. Sin embargo, en estos casos la Fiscalía debe demostrar que, en las circunstancias dadas, una persona razonable no podría haber creído que el individuo atacado era un combatiente". Esta conclusión fue confirmada en Prosecutor v. Galic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-98-29-A (de 30 de noviembre de 2006), párr. 140 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Galic]; y Prosecutor v. Strugar (Appeals Chamber Judgement) ICTY-01-42-A (de 17 de julio de 2008), párrs. 270, 271 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Strugar].

debería haber alertado al autor sobre la necesidad de verificar mejor si la víctima constituía un objetivo militar antes de proceder a dispararle. Por esta razón, la Mayoría concluyó que el autor había disparado a la víctima sin ninguna consideración acerca de su posible condición de civil¹³⁶.

iv. Diferencias entre la configuración de los elementos subjetivos en el ER y la jurisprudencia de la CPI, y en los estatutos y jurisprudencia de los TPIY y TPIR

Se pueden apreciar varias diferencias notables entre la definición del elemento subjetivo general en el ER y la jurisprudencia de la CPI por un lado, y en los estatutos y jurisprudencia de los TPIY y TPIR por otro. En primer lugar, mientras los TPIY y el TPIR parecen haber adoptado la opción de un elemento subjetivo general uniforme para todos los elementos objetivos del delito, la adopción de esta opción no es tan clara en el caso de la CPI por la oposición a la misma de la SCP II.

En segundo lugar, la interpretación por las distintas Salas de la CPI de los conceptos de "intención" y "conocimiento" previstos en el art. 80 ER incluye el *dolo directo* de primer grado y el *dolo directo* segundo grado, es variable con respecto al *dolo eventual*, y excluye la *temeridad consciente*, la *temeridad inconsciente* y la *imprudencia simple*.

Por su parte, el estándar del "conocimiento de la probabilidad sustancial" acogido por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR incluye: (i) el *dolo directo* de primer grado y el *dolo directo* de segundo grado (ii) una de las modalidades del *dolo eventual* (la que requiere la adopción consciente de un nivel substancial de riesgo (probabilidad sustancial) de la que se puede deducir implícitamente la aceptación de la consecuencia prohibida), y (iii) una de las modalidades de *temeridad consciente* (la que requiere el conocimiento de una probabilidad sustancial).

Ahora bien, es importante subrayar, que si se siguen la línea jurisprudencial de la SCP I de la CPI después del caso Lubanga, y la posición adoptada por la Mayoría de la SPI I en la sentencia de primera instancia en dicho caso, nos encontramos con una posición casi idéntica a la de la jurisprudencia de los TPIY y TPIR en lo que se refiere a la existencia de un elemento subjetivo general consistente en la aceptación de la "probabilidad sustancial" de que la consecuencia prohibida se generará como resultado

¹³⁶ Sentencia de apelación en el caso Galic (ibid), párrs. 522, 523.

de la realización del propia conducta (si bien los TPIY y TPIR definen este elemento subjetivo de manera un poco más amplia para no limitarlo a ciertas manifestaciones del *dolo eventual*, sino para que incluya también los supuestos de *temeridad consciente*).

En tercer lugar, mientras el ER y la primera jurisprudencia de la CPI aceptan en determinados delitos, así como en los supuestos de responsabilidad de los superiores militares, la aplicación de un estándar de imprudencia simple, la jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha rechazado sistemáticamente la aplicación de todo estándar de esta naturaleza¹³⁷.

En cuarto lugar, en relación con la definición del elemento subjetivo general en la definición de ciertos delitos se aprecia como éste puede variar notablemente como consecuencia de la distinta interpretación que de expresiones como "voluntario" realiza la CPI, y los TPIY y TPIR. Así como vimos en la sección anterior, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, la SCP I ha realizado una interpretación restrictiva de esta expresión en el artículo 8 (2)(b)(i) ER para exigir un *dolo directo* de primer grado¹³⁸. Sin embargo, como acabamos de señalar, los TPIY y TPIR han interpretado la expresión "voluntario" en la definición de este mismo delito de manera mucho más amplia para así llegar también a incluir también los casos temeridad consciente, e incluso aquellos de temeridad inconsciente.

En quinto lugar, los estatutos y la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, al igual que el ER y la jurisprudencia de la CPI, han afirmado que la definición de varios delitos, tales como el genocidio, la persecución, la tortura, o el saqueo incluyen expresiones como "con la intención de", "con el propósito de" y "en razón de" para requerir un *dolo especial* o intención ulterior.

¹³⁷ Vid. por ejemplo en el marco de la responsabilidad del superior la sentencia de apelación en el caso Celebici (supra n. 1), párr. 226;

sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 130), párr. 62; sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 135), párr. 184; Prosecutor v. Hadžić and Kubura (Appeals Chamber Judgement) ICTY-01-47-A (de 22 de abril de 2008), párrs. 26-29 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Hadžić and Kubura]; Prosecutor v. Oric (Appeals Chamber Judgement) ICTY-03-68-A (de 3 de julio de 2008), párr. 51 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Oric]; y sentencia de apelación en el caso Strugar (supra n. 154), párr. 297. Desde esta perspectiva, Prosecutor v. Bagilishema (Appeals Chamber Judgement) ICTR-95-1A (de julio 3 de 2002), párr. 35 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Bagilishema], ha destacado que "las referencias a la imprudencia en el contexto de la responsabilidad del superior podrían conducir a una confusión de ideas".

¹³⁸ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 271-274.

rior, que es adicional al elemento subjetivo general. Ahora bien, también en la definición del *dolo especial* de algunos delitos es posible encontrar diferencias entre ambos sistemas. Así, por poner un ejemplo, como vimos en la sección anterior, la tortura como delito de lesa humanidad se define en el ER y en los EC sin exigir ningún tipo de *dolo especial*, por lo que la concurrencia de alguno de los propósitos prohibidos en la definición del artículo 1 de la Convención contra la Tortura resulta irrelevante. Lo mismo no sucede en los sistemas de los TPIY y TPIR, puesto que la jurisprudencia de dichos tribunales ha afirmado de manera constante que la tortura como delito de lesa humanidad requiere que los dolores o sufrimientos sean infringidos a la víctima por alguno de los propósitos prohibidos por la Convención contra la Tortura¹³⁹.

II. AUTORÍA MEDIATA

A) Primera aproximación al concepto y tratamiento de la autoría mediata en el derecho penal internacional

Mientras los arts. 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL se refieren en general a "cometer" un delito¹⁴⁰, el art. 25(3)(a) ER explícitamente prevé la comisión de un delito "por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable". Conforme a esta última disposición, un dirigente no necesita ejecutar materialmente los elementos objetivos del delito para "cometer[lo]" (y, por lo tanto, ser su autor); es suficiente con que dichos elementos sean realizados por la persona utilizada como instrumento para llevar a cabo el delito¹⁴¹.

Como ha subrayado la SCP I de la CPI en su decisión de confirmación de cargo en el caso Katanga y Ngudjolo, siempre que un dirigente controle la voluntad de quien realiza los elementos objetivos del delito, de manera

¹³⁹ Vid. entre otras, Prosecutor v. Delalic et al. (Judgement) IT-96-21-T (de 16 de noviembre de 1998), párrs. 470-472; sentencia de primera instancia en el caso Akayesu (supra n. 123), párr. 594.

¹⁴⁰ Van Sliedregt (supra n. 101), p. 68.

¹⁴¹ A Eser, "Individual Criminal Responsibility" En A Cassese, P. Gaeta, y J.R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 791 [en adelante: Eser]; G Werle, Tratado de derecho penal internacional (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), p. 217 [en adelante: Werle]; Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 2), p. 196.

que conserve el poder de decidir si el delito ha de ser cometido y cómo ha de ser cometido, se considera que, en última instancia, dicho dirigente es quien realmente comete el delito; la persona que realiza materialmente los elementos objetivos es utilizada como un mero instrumento a través del cual se ejecuta la decisión del dirigente de llevar a cabo el delito¹⁴².

La SCP I, también ha explicado en el caso Katanga y Ngudjolo que, de acuerdo con el principio de legalidad, para considerar responsable como autor mediato a un dirigente, es necesario que los elementos objetivos del delito sean de hecho ejecutados por la persona utilizada como instrumento. Además, el dirigente, pese a no realizar materialmente los elementos objetivos del delito, debe cumplir con todos los requisitos objetivos específicos previstos en su definición. Esto significa que si el delito sólo puede ser cometido por una categoría específica de individuos, tales como, funcionarios públicos o personal militar, es necesario que tenga esa condición para poder ser considerado autor mediato; de otro modo, únicamente será responsable como partícipe por haberlo ordenado o instigado. Además, para que se pueda afirmar su responsabilidad como autor mediato, el dirigente debe poseer todos los elementos subjetivos exigidos por la definición del delito, incluyendo cualquier *dolo especial* requerido por la misma¹⁴³.

Las órdenes de arresto dictadas por la SCP I en los casos contra el actual presidente de Sudán, *Omar al Bashir*, y los ex-Jefes de Estado de Libia y Costa de Marfil, *Muanmar Gaddafi* y *Laurent Nbagbo*, de 4 de marzo de 2009¹⁴⁴, 12 de julio de 2010¹⁴⁵, 27 de junio de 2011¹⁴⁶, y 23 de noviembre de 2011¹⁴⁷,

así como las órdenes de comparecencia¹⁴⁸ y las decisiones de confirmación de cargos¹⁴⁹ dictadas por la SCP II el 8 de marzo de 2011 y el 23 de enero de 2012 contra varios miembros del actual gobierno de Kenia incluido *Uhuru Muigai Kenyatta* (vice-primer ministro y ministro de Hacienda) y varios líderes del principal grupo de la oposición (Movimiento Democrático Naranja), aplican la definición de autoría mediata adoptada por la SCP I en el caso *Katanga y Ngudjolo*.

Algunos autores como Werle han afirmado que el concepto de autoría mediata no ha sido regulado explícitamente por el derecho penal internacional, ni ha sido aplicado por la jurisprudencia internacional antes del Estatuto de Roma. En el mismo sentido, Van Sliedregt ha señalado que:

En lugar de emplear los términos de autoría directa o mediata, los tribunales *ad hoc* utilizan el verbo "cometer" para expresar la naturaleza de las diversas contribuciones a un delito. En los tribunales *ad hoc*, el término "cometer" abarca la autoría directa y la intervención conjunta, como en la doctrina del propósito común, dejando fuera la cooperación. La autoría por conducto de otro no está reconocida como tal¹⁵⁰.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY, en sus sentencias de 3 de abril de 2007 y 17 de marzo de 2009 en los caso *Brdanin y Krajsnik*, ha reconocido que, a la luz de algunos casos posteriores a la segunda guerra mundial, tales como los casos *Justice y RuSHA*¹⁵¹, un miembro de una empresa criminal común ("ECC") puede utilizar a los autores materiales como "instrumentos" para cometer los delitos¹⁵². En particular, la Sala de Apelaciones ha sostenido que:

Parece que el hecho de que importantes autores materiales fueron utilizados como meros 'instrumentos' por sus superiores es, en realidad, la explicación más

¹⁴² Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 495; y confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párrs. 332(ii), 333. Vid. también C Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (7^a ed., Berlín, Gruyter, 2000), pp. 141 ss. [en adelante: Roxin].

¹⁴³ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (ibid), párr. 497.

¹⁴⁴ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7), párr. 211.

¹⁴⁵ Caso Al Bashir (SECOND WARRANT OF ARREST) ICC-02/05-01/09 (de 12 de julio de 2010) [en adelante: segunda orden de arresto en el caso Al Bashir].

¹⁴⁶ Caso M Gaddafi, S Gaddafi y Al Senussi (DECISION ON "PROSECUTOR'S APPLICATION PURSUANT TO ARTICLE 58 AS TO MUAMMAR MOHAMMED ABU MINYAR GADDAFI, SAIF AL-ISLAM GADDAFI AND ABDULLAH ALSENUSSI") ICC-01/11-12 (de 27 de junio de 2011) [en adelante: orden de arresto en el caso Muammar y Saif Gaddafi y Abdallah Al-Senussi].

¹⁴⁷ Caso Gbagbo, (WARRANT OF ARREST FOR LAURENT KOUDOU GBAGBO), ICC-02/11-01/11-1 (de 30 de noviembre de 2011). La referencia utilizada a lo largo del texto es la del documento público reclasificado. La orden de arresto fue originalmente emitida el 23 de noviembre de 2011 en un documento confidencial.

¹⁴⁸ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 50); Orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 50).

¹⁴⁹ Caso Ruto, Kosgey y Sang (DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES AGAINST WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY AND JOSHUA ARAP SANG) ICC-01/09-01/11-373 (de 23 de enero de 2011), párr. 313 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Ruto, Kosgey y Sang]; caso Muthaura, Kenyatta y Ali (DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES AGAINST FRANCIS KIRIMI MUTHAURA, UHURU MUIGAI KENYATTA AND MOHAMMED HUSSEIN ALI) ICC-01/09-02/11-382-Red (de 23 de enero de 2012), párrs. 409.

¹⁵⁰ Van Sliedregt (supra n. 101), p. 68. Vid. también Werle (supra n. 141), p. 218.

¹⁵¹ Prosecutor v. Brdanin (Appeals Chamber Judgement) ICTY-99-36-A (de 3 de abril de 2007), párrs. 225, 414, 714.

¹⁵² Ibid, párrs. 410-414.

probable de lo que sucedió en el territorio de la ARK durante el período del Escrito de Acusación¹⁵³.

Pero incluso antes de estas dos sentencias de apelación, la exclusión de los autores materiales del grupo de los intervenientes en una ECC, en atención a su utilización como meros instrumentos por los auténticos miembros de la ECC, ya había sido explícita o implícitamente aceptada en las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos *Kordic*¹⁵⁴, *Krstic*¹⁵⁵ y *Krajisnik*¹⁵⁶, e incluso en la sentencia de apelación en el caso *Stakic*¹⁵⁷.

B) Autoría mediata a través de la utilización de personas que no son plenamente responsables: El caso Erdemovic

La aplicación más común del concepto de autoría mediata es la utilización de una persona que no es plenamente responsable como instrumento para cometer los delitos¹⁵⁸. Como ha resaltado la SCP I de la CPI en el caso

¹⁵³ Ibid, párr. 448.

¹⁵⁴ Sentencia de primera instancia en el caso *Kordic* (supra n. 129), párr. 827.

¹⁵⁵ Prosecutor v. Krstic (Trial Judgement) ICTY-98-33-T (de 2 de agosto de 2001), párr. 605.

¹⁵⁶ Prosecutor v. Krajisnik (Judgement) ICTY-00-39-T (27 de septiembre de 2006), párrs. 8, 9.

¹⁵⁷ Sentencia de apelación en el caso *Stakic* (supra n. 103), párt. 66, 91.

¹⁵⁸ En estos casos se acepta ampliamente que las personas que utilizan a un agente inocente deban tener responsabilidad principal en la medida que son autores mediatos de los delitos. Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 495. Vid. también Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 2), pp. 195, 196. Vid. también, Werle (supra n. 141), p. 217; y Van Sliedregt (supra n. 101), pp. 69, 70. Incluso los sistemas de common law, como Australia, Canadá, Sudáfrica, Inglaterra o Estados Unidos, que tienen un enfoque más restringido del concepto de dominio del hecho como base para la autoría, tradicionalmente han aplicado el concepto de autoría mediata para condenar como autor a la persona que utiliza a un agente inocente para cometer el delito. En estos casos, se dice que la persona de atrás tiene el control sobre el delito (*control over the crime*), porque controla la voluntad de la persona que materialmente realiza los elementos objetivos. Para Australia, vid. P. Rush y S. Yeah, Criminal Law Sourcebook (Sydney, Butterworths, 2000), p. 662; L. Waller y C. Williams, Criminal Law Text and Cases (Sydney, Butterworths, 2001), p. 560. La frase "de hecho lo comete" en el §21(1) (a) del Código Penal de Canadá incluye el caso en el que el acusado hace que el delito sea cometido por un agente inocente bajo su dirección. Vid. Tremeer's Criminal Code, Statutes of Canada Annotated (2003, Carswell), p. 61. Para Sudáfrica, vid. CR Snyman, Criminal Law (Durban, Butterworths, 1995), pp. 246, 247. Para los Estados Unidos, vid. el § 2.06 (1)-(4) del Código Penal Modelo; State v. Ward, 396 A.2d 1041, 1046 (1978); J. Dressler, Understanding

Katanga y Ngudjolo, en estos casos la persona que realiza materialmente los elementos objetivos del delito actúa bajo error, coacción, o no tiene capacidad de culpabilidad¹⁵⁹. Werle considera que esta situación incluye casos en los cuales el autor material no es penalmente responsable, porque está por debajo de la edad requerida para dar lugar a responsabilidad penal¹⁶⁰, o se beneficia de otras circunstancias que eximen de responsabilidad penal¹⁶¹. Por su parte, Van Sliedregt se refiere a casos en los cuales se utiliza a un menor, o a una persona con problemas mentales que disminuyen su capacidad cognitiva y/o volitiva, o que actúa bajo error¹⁶².

Criminal Law (2^a ed., Albany, Lexis Publishing, 1995) § 30.03[A]; 18 United States Code Service §2. Para Inglaterra, vid. Regina v. Cogan and Leak [1976] QB 217; Stringer [1991] 94 Cr. App. R 18, citado por A. Reed, B. Fitzpatrick y P. Seago, Criminal Law (Andover, Sweet and Maxwell Publishing, 1999), p. 123, n. 17; DPP v. K and B [1997], citado por Smith y Hogan (supra n. 26), p. 167, n. 29. Las jurisdicciones del civil law, que en su mayor parte tienen una posición más abierta respecto del concepto de dominio del hecho como base para la autoría, también han aplicado el concepto de autoría mediata para condenar como autor a la persona que a utiliza un agente inocente para cometer el delito. Para Argentina, vid., Cámara Penal de Paraná, § 1a 10/11/1987C; C. Fontán Balestra, Tratado de derecho penal: parte general (Albany, Lexis, 1995) Lexis n° 1503/001660; JA 1988-III-299; Tribunal Oral Criminal n° 7, 3/11/1998; JA 2002-I-Síntesis. E. Cuello Calón, Derecho penal (9^a ed., Barcelona, Librería Bosch, 1926), p. 5. El art. 29.1 del Código Penal de Colombia también comprende este concepto en la ley 599 del 24 de julio de 2000, "es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento". La jurisprudencia francesa también ha aplicado este concepto. Para Francia, vid. Corte de Casación, Cámara Criminal (6 de marzo de 1964), Dalloz 562; M. L. Rassat, Droit pénal général (2^a ed., París, Presses Universitaires France, 1999), n° 325. Para Alemania, vid. Tribunal Supremo Federal alemán, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 32, 35, 41, 351. El art. 28 del Código Penal español también contiene este concepto, "son autores quienes realizan el hecho por si solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento". Vid. también M. Díaz y García Conledo, La autoría en derecho penal (Barcelona, Universidad de León, 1991), pp. 47, 200; J. González Rus, "Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría" en Cuadernos de Derecho Judicial, n° XXXIX · Ed. Consejo General del Poder Judicial (1994). La jurisprudencia suiza también ha aplicado este concepto. Vid. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 101 IV 310; Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts 85 IV 23; S. Trechsel y P. Noll, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit (5^a ed., Zurich, Schulthess, 1998), p. 199.

¹⁵⁹ Confirmación de cargos en Katanga y Ngudjolo (ibid), párr. 495. Vid. también, Werle (ibid), p. 218.

¹⁶⁰ De acuerdo con el art. 26 ER, "la Corte no será competente respecto de los que fueren menores de 18 años en el momento de la presunta comisión del delito".

¹⁶¹ Vid. arts. 31, 32 y 33 ER y Werle (supra n. 141), p. 218.

¹⁶² Van Sliedregt (supra n. 101), p. 71.

Aquellos supuestos en que se utilizan como instrumentos a personas que penalmente no son plenamente responsables, como los relativos al uso de menores para la comisión de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, así como aquellos en los cuales se induce al autor material a actuar bajo error o coacción, son los más relevantes para la autoría mediata de los delitos previstos en el ER, el ETPY, el ETPIR y el ECESL. Los casos contra Charles Taylor (ex presidente de Liberia) y los líderes del Frente Unido Revolucionario ante la Corte Especial de Sierra Leona (ambos relativos a "niños soldados", los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo ante la CPI (también relativos a "niños soldados"), y el caso Erdemovic ante el TPIY, constituyen alguno de los ejemplos más significativos a este respecto. Veamos a continuación, a modo de ejemplo, el análisis del TPIY en Erdemovic.

En situaciones en las que el autor material confunde las circunstancias de hecho constitutivas de un elemento objetivo del delito o de una causa de justificación, es irrelevante si el error fue causado activamente por la persona que desde atrás lo utiliza como instrumento, o si esta última sólo tomó ventaja de dicho error para hacer que se cometiera el delito¹⁶³.

Un ejemplo paradigmático de este tipo de situaciones es aquel en el que un superior militar dirige a sus subordinados a bombardear una localidad en la que no hay presencia enemiga, engañándolos acerca de la ubicación de la artillería enemiga en esa zona¹⁶⁴. En este escenario, los subordinados no actúan motivados por miedo a la amenaza de una sanción en caso de desobedecer la orden de su superior. Por el contrario, siguen las instrucciones de su superior porque, con base en lo que consideran una orden lícita, entienden que el bombardeo es una acción permitida.

Según Ambos, en este supuesto el superior domina la voluntad de sus subordinados porque éstos no saben que el bombardeo es ilícito, y aquel utiliza su "mayor grado de conocimiento" para asegurar la realización del bombardeo¹⁶⁵. Además, según el art. 25(3)(a) ER, aun cuando los subordinados

¹⁶³ Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 2), p. 215.

¹⁶⁴ Van Sledtregt (supra n. 101), p. 71, aporta el ejemplo de un piloto que deja caer bombas envenenadas sin ser consciente de su contenido venenoso. En este caso, el superior del piloto será considerado un autor mediato (o autor por conducto de otro) si se puede demostrar que utilizó al piloto sabiendo que las bombas contenían veneno, pero asegurando a su subordinado que estaban "limpias" con el fin de que este último procediese al lanzamiento de las bombas envenenadas.

¹⁶⁵ Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 2), p. 216.

no estuviesen exentos de responsabilidad penal en virtud de los arts. 32¹⁶⁶ y 33 ER¹⁶⁷ porque la orden fuese manifiestamente ilícita y su error sobre la ilicitud de la orden se debiera a su falta de debida diligencia, el superior se-

¹⁶⁶ El art. 32(1) ER establece que los errores de hecho solamente son relevantes si hacen desaparecer el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión, el cual, según el art. 30 ER comprende, como regla general, el *dolo directo* de primer y segundo grado (existiendo jurisprudencia contradictoria en relación con el *dolo eventual*). Por lo tanto, en el ER sólo los errores sobre la existencia de los elementos objetivos del delito, que hacen desaparecer el *dolo* del autor, son relevantes; los errores sobre la existencia de las circunstancias de hecho para la aplicación de una causa de justificación o una causa de exculpación son irrelevantes. Como en el ER no hay por regla general responsabilidad penal por un comportamiento imprudente, cualquier error de hecho hace desaparecer el *dolo* del autor, a pesar de si el error se debió a su falta de debida diligencia o a cualquier otra razón. Según el art. 32(2) ER, los errores de derecho únicamente excluyen la responsabilidad penal del autor si hacen desaparecer el elemento subjetivo general del delito; los errores de derecho acerca de si una determinada circunstancia constituye una causa de justificación están excluidos del ámbito de aplicación del art. 32(2) ER. Además, de acuerdo con el art. 32(1) ER, "un error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará una causa eximiente de responsabilidad penal". Por consiguiente, el ámbito de aplicación de esta causa de exculpación se limita a los errores sobre el significado social para una persona media (o, en el caso de los miembros de fuerzas armadas, para un soldado medio o un comandante medio) de las circunstancias de hecho que establecen los elementos normativos del delito. Vid. confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párrs. 315, 316; A Eser, "Mental Element-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, Oxford University Press, 2002), p. 941.

¹⁶⁷ La causa de exculpación prevista en el art. 33 ER es una excepción a la regla general, de acuerdo con la cual "quien hubiere cometido un delito de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal". Además, nunca excluye la responsabilidad penal del autor de genocidio o de delitos de lesa humanidad, porque "a los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas". Vid. O Triffterer, "Article 33: Superior Orders and Prescription of Law" en O Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court (Baden-Baden, Nomos, 1999), p. 586; vid. F Bueno Arús, "Perspectivas de la teoría general del delito en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998" en F.J. Quel López (ed.), Creación de una jurisdicción penal internacional, Colección Escuela Diplomática (4^a ed., Madrid, 2000), pp. 123, 124. Solamente se excluye la responsabilidad penal del autor de crímenes de guerra cuando se cumplen los tres requisitos siguientes previstos en el art. 33 ER. El primer requisito exige que el autor material realice los elementos objetivos del delito (en el ejemplo previo, el bombardeo del pueblo) en cumplimiento de una obligación legal de obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate. El delito debe realizarse en cumplimiento de una orden clara (no sólo de meros consejos) de realizar una actividad específica (en el ejemplo previo, de

guiría siendo autor mediato, siempre que se hubiera beneficiado de su mayor grado de conocimiento y del error de sus subordinados para asegurar la ejecución del bombardeo¹⁶⁸.

Otra situación de autoría mediata tiene lugar cuando el autor material actúa bajo coacción porque realiza los elementos objetivos del delito a causa del temor de una amenaza inminente contra su vida o la vida de sus familiares. Este es el caso cuando un guardia de un campo de detención ordena a los agentes policiales encargados de la seguridad del campo a deportar a varios de los detenidos, y los agentes de policía siguen sus instrucciones por temor a ser ejecutados súmnariamente en caso de negarse a hacerlo. El caso *Erdemovic* ante el TPIY ilustra una situación de estas características.

En este caso, el acusado, *Drazen Erdemovic*, quien era miembro del décimo destacamento de sabotaje del Ejército Serbio de Bosnia ("VRS"), se declaró culpable tras aceptar la siguiente versión de los hechos expuesta por la Fiscalía:

El 16 de julio de 1995 fue enviado junto con otros miembros de su unidad a la granja colectiva Branjevo cerca de Pilica, noroeste de Zvornik. Una vez allí, fueron informados de que más tarde en ese mismo día, hombres musulmanes de 17 a 60 años de edad serían transportados a la granja en autobuses. Los hombres eran civiles desarmados que se habían entregado a los miembros de la policía o del Ejército Serbio de Bosnia después de la caída de la "zona de seguridad" de las Naciones Unidas en Srebrenica. Los miembros de la policía militar sacaron a los civiles de los autobuses en grupos de diez y los condujeron a un campo situado junto a los edificios de la granja, donde fueron alineados con sus espaldas hacia un pelotón de fusilamiento.

bombardear ciertas coordenadas) emitida por el gobierno o un superior civil o militar, actuando dentro de sus respectivas esferas de competencia. El segundo requisito exige que el autor material no sepa que la orden es ilícita. En consecuencia, desde el momento en que el autor descubre la ilicitud de la orden no puede ejecutarla sin ser penalmente responsable. El tercer requisito exige que, además de la conciencia del autor respecto a la ilicitud de la orden, ésta no sea manifestamente ilícita. Este último requisito parece limitar el ámbito de aplicación de esta causal de exculpación a los errores sobre la ilicitud de la orden que no se deben a la falta de debida diligencia del autor.

¹⁶⁸ En este sentido, es importante destacar que el art. 25(3) (a) ER in fine, admite la autoría mediata independientemente de que la persona utilizada como un instrumento sea penalmente responsable. Víd. también, Van Sliedregt (supra n. 101), p. 71. De acuerdo con Van Sliedregt, en el ejemplo mencionado del piloto que es utilizado por su superior para lanzar bombas envenenadas sin ser consciente de su contenido venenoso, aun cuando el piloto no pueda valerse de una defensa de conformidad con las arts. 82 y 33 ER, el superior aún puede ser considerado responsable como autor mediato de conformidad con el art. 25(3) (a) ER.

Los hombres fueron ejecutados por Drazen Erdemovic y otros miembros de su unidad con la ayuda de soldados de otra brigada¹⁶⁹.

En su declaración de culpabilidad, *Erdemovic* agregó lo siguiente a la versión de los hechos presentada por la Fiscalía:

Su señoría, tuve que hacer esto. Si me hubiera negado, habría sido asesinado junto con las víctimas. Cuando me negué, me dijeron: 'Si te compadeces de ellos, levántate, alíñate con ellos y te mataremos a ti también'. No lo lamento por mí, sino por mi familia, mi esposa y mi hijo, quien entonces tenía nueve meses, y no me podía negar, porque entonces me habrían matado¹⁷⁰.

Lo primero que hay que poner de manifiesto en este caso es que los autores materiales como *Erdemovic* conservan su capacidad de acción, porque, a pesar de que actúan por temor, no son físicamente obligados a realizar los elementos objetivos del delito. Por ello, estos casos deben distinguirse de aquellos otros en los que la persona que realiza los elementos objetivos del delito actúa bajo *vis absoluta*, por ejemplo, cuando un subordinado 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 los casos de *vis absoluta* no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata, porque la persona de atrás (el superior en nuestro ejemplo) es considerada un auténtico autor material que usa a su subordinado como podría haber utilizado cualquier otro instrumento no humano, como un martillo o un arma¹⁷¹.

En el caso *Erdemovic* —en que el autor material actúa por temor por su vida y/o la de sus familiares a causa de una amenaza inminente— la cuestión que se plantea es si el nivel de presión sobre el autor material (el subordinado) es tal que el dominio de la acción de este último se transforma en un dominio del superior (la persona de atrás) sobre su voluntad.

Según Roxin, en esta situación el dominio de la voluntad es un concepto normativo, porque sólo cuando se cumplen los requisitos legales para eximir de responsabilidad penal al subordinado, su dominio de la acción

¹⁶⁹ Prosecutor v. Erdemovic (Judgement) ICTY-96-22-T (de 29 de noviembre de 1996), párr. 2.

¹⁷⁰ Ibíd., párr. 10.

¹⁷¹ J L Hernández Plasencia, La autoría mediata en derecho penal (Granada, Comares, 1996), p. 98 [en adelante: Hernández Plasencia]; Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 2), pp. 202, 203.

se convierte en un dominio del superior sobre su voluntad¹⁷². Para Küper, sin embargo, aunque la exoneración legislativa del subordinado es importante para considerar formalmente a un superior como un autor mediato, la esencia del dominio del superior sobre la voluntad del subordinado reposa en el uso por parte del superior de una presión intensa sobre el subordinado, para motivarlo y esencialmente socavar su libertad de decidir si realiza o no los elementos objetivos del delito¹⁷³.

Una aplicación estricta del enfoque propuesto por Roxin, que sujetla la existencia del dominio del superior sobre la voluntad del subordinado a la exoneración del subordinado, parece que excluiría la aplicación de la autoría mediata en este tipo de casos ante los tribunales *ad hoc*, porque de acuerdo con la Sala de Apelaciones del TPIY:

La coacción no proporciona una defensa completa para un soldado al que se le imputan delitos contra la humanidad y/o crímenes de guerra, consistentes en el homicidio de seres humanos inocentes¹⁷⁴.

La situación es algo diferente en el sistema del ER, porque, según el art. 31(1)(d) ER, la coacción constituye una circunstancia eximente de responsabilidad penal¹⁷⁵. No obstante, considerando que la autoría mediata

¹⁷² Roxin (*supra* n. 142), pp. 144-148.

¹⁷³ W Küper, *Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip* en *Juristenzeitung* (1989), p. 946.

¹⁷⁴ En consecuencia, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que en este tipo de casos la coacción sólo podría ser utilizada para atenuar el castigo. Vid. *Prosecutor v. Erdemovic* (Appeals Chamber Judgement) ICTY-96-22-A (de 7 de octubre de 1997), párr. 19; Casseces, *International Criminal Law* (*supra* n. 1), p. 248.

¹⁷⁵ Según Rodríguez-Villasante y Prieto (*supra* n. 101), pp. 429, 430, la inclusión en el art. 31(1)(d) ER de esta eximente de responsabilidad penal (la cual, de hecho, es una causa de exculpación) corrige la controvertida posición adoptada por la sentencia de apelación en el caso Erdemovic, según la cual la coacción no es una causa de exculpación en caso de delitos de lesa humanidad. Ella requiere la existencia de amenaza de muerte inminente o de daños corporales graves continuados o inminentes en perjuicio del autor material u otra persona. La amenaza debe provenir de un tercero o de circunstancias que estén más allá del control del autor material (como fuerzas de la naturaleza) y debe ocasionar un riesgo real, inminente y grave; a diferencia de la legítima defensa es irrelevante si el riesgo resulta del uso legítimo o ilegítimo de la fuerza. El elemento clave es que el autor material debe cometer el delito como resultado de sucumbir a la presión psicológica para evitar el daño amenazado. La presión psicológica debe ser suficientemente fuerte como para vencer la resistencia de una persona media (o en el caso de miembros de las fuerzas armadas, de un superior militar o soldado medio). El art. 31(1) (d) ER también requiere que la respuesta (la comisión de los elementos objetivos del delito) sea objetivamente adecuada y necesaria para evitar

según el art. 25(3)(a) ER no requiere que el autor material se encuentre completamente exento de responsabilidad penal, es conveniente alejarse de un enfoque exclusivamente normativo, y dar una particular importancia a la intensidad de la presión y a la intención del superior en el ejercicio de esa presión.

Finalmente, es importante señalar que la situación del caso *Erdemovic* debe distinguirse también de aquellos otros supuestos en que los autores materiales actúan sólo por temor de desobedecer las órdenes de sus superiores. En estos casos, la presión proviene exclusivamente de un deber de obediencia, porque los autores materiales saben que las órdenes de sus superiores son ilícitas y, no hay una amenaza adicional para sus vidas o las vidas de sus familiares en caso de incumplimiento. En otras palabras, mientras que en la situación del caso *Erdemovic* los autores materiales enfrentan la muerte o la pérdida de un familiar si no cometen el delito, en esta segunda categoría de casos sólo enfrentan una sanción disciplinaria. Debido a que, en principio, la ley puede exigir a un individuo que tolere una sanción disciplinaria, pero no puede exigirle que tolere la muerte, se considera que los autores materiales que cometen delitos por temor a desobedecer las órdenes ilícitas de sus superiores deciden libremente¹⁷⁶. Por consiguiente, como ha subrayado Ambos, no es posible, en principio, decir que los superiores que dictan las órdenes ilícitas son autores mediatos, ya que en realidad no dominan la voluntad de los autores materiales¹⁷⁷. Sólo podrán ser considerados autores mediados si acompañan sus órdenes ilícitas con amenazas de muerte inminente¹⁷⁸, o si, como veremos a continuación, emiten sus órdenes a través de estructuras organizadas de poder.

el daño amenazado. Además, la respuesta no debe ser totalmente desproporcionada al daño amenazado, aunque no hay un requisito expreso de que el daño causado deba ser menor que aquél que puede causar la amenaza. En el plano subjetivo, el art. 31(1) (d) ER exige que el autor material: (i) sea consciente de que su conducta constituye una respuesta adecuada, necesaria y no totalmente desproporcionada al daño amenazado, y (ii) no se proponga causar un daño mayor al que pretende evitar. Por último, corresponderá a la jurisprudencia de la CPI determinar si también es necesario que el objetivo principal del autor físico sea evitar el daño amenazado.

¹⁷⁶ Ambos, *La parte general del derecho penal internacional* (*supra* n. 2), pp. 208, 209.

¹⁷⁷ Ibid, p. 209.

¹⁷⁸ F C Schröder, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft* (Berlín, Duncker & Humblot, 1965), p. 136.

C) Autoría mediata a través de la utilización de personas plenamente responsables: comisión de delitos a través de estructuras organizadas de poder

- i. *El dominio del dirigente sobre la voluntad de los subordinados en las estructuras organizadas de poder como fundamento de la autoría mediata*

Cuando el delito es cometido a través de una estructura organizada de poder (como las fuerzas armadas, los cuerpos de policía, o ciertos grupos armados jerárquicamente organizados), la decisión de llevarlo a cabo es normalmente adoptada por sus dirigentes, que normalmente se encuentran lejos de la escena del crimen¹⁷⁹. Esto complica la investigación e identificación de los principales protagonistas del delito, puesto que quienes finalmente realizan materialmente sus elementos objetivos no intervienen en la adopción de la decisión inicial de cometerlo, ni en la planificación y preparación de su ejecución, que se lleva a cabo en los distintos niveles de la estructura organizada de poder. En realidad, los autores materiales simplemente reciben la "orden" de ejecutar el delito de una manera determinada¹⁸⁰.

En este tipo de casos, los protagonistas principales son los dirigentes que planean la comisión del delito, instruyen a las estructuras organizadas de poder que controlan para que se ejecute, supervisan cómo los superiores de nivel medio definen con mayor detalle el plan por ellos orquestado, y hacen seguimiento a la manera en que los miembros de menor rango de la organización lo ejecutan y realizan materialmente los elementos objetivos del delito¹⁸¹.

Surge, por tanto, la cuestión de si los dirigentes son responsables principales de los delitos a título de autores, o si, por el contrario, sólo pueden ser considerados como responsables accesorios en cuanto partícipes de los delitos cometidos materialmente por sus subordinados, quienes a su vez son plenamente responsables por los hechos punibles que cometen de propia mano. En otras palabras, se plantea la cuestión de si es posible

¹⁷⁹ K Ambos, *Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998), p. 12.
¹⁸⁰ Vid. Roxin (*supra* n. 142), p. 247.

¹⁸¹ F Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?" en E Donna (dir.), *Revista de Derecho Penal* (9^a ed., Buenos Aires, 2002), p. 62.

hablar de autoría mediata aún en aquellos casos en los que los autores materiales son plenamente responsables.

La respuesta a esta cuestión, además de las consecuencias que pueda tener en materia de determinación de la pena, es de gran importancia porque, según los arts. 7 (1) ETPIY, 6 (1) ETPIR, 6 (1) ECESL y 25 (3) (b), (c) y (d) ER, los conceptos de planear, instigar, ordenar o cooperar se configuran como formas de responsabilidad accesoria en la comisión de delitos por terceros, y por tanto se rigen, en principio, por los principios de accesoria y unidad en la atribución. En consecuencia, si calificamos los supuestos arriba mencionados como constitutivos de alguna de estas formas de responsabilidad accesoria porque la respuesta a la pregunta planteada es negativa, dichos principios serían aplicables. De ahí que su calificación como casos de autoría mediata permita justificar plenamente la inaplicación de dichos principios. Además, su calificación como autoría mediata permitiría también afirmar que cuando los delitos son cometidos a través de estructuras organizadas de poder, la responsabilidad penal de los autores materiales es irrelevante a los fines de determinar la responsabilidad de los dirigentes que los planearon y dirigieron su comisión.

Según una primera posición¹⁸², cuando los delitos son cometidos materialmente por los subordinados en ejecución de las órdenes dadas por los dirigentes dentro de una estructura organizada de poder, o cuando los subordinados resultan, al menos, motivados o asistidos por aquéllos, los dirigentes incurriren en una forma de responsabilidad penal distinta de la autoría, lo que no implicaría que se les asignase necesariamente una pena inferior¹⁸³. Según esta posición, los dirigentes que dictan las órdenes serían responsables accesorios a título de partícipes por ordenar o instigar los delitos cometidos materialmente por sus subordinados porque (i) influyen psicológicamente en los autores materiales en cuanto que los convencen para realizar los delitos; pero posteriormente durante la fase de ejecución (ii) no tienen ningún tipo de relación con el hecho punible.

Para los defensores de esta posición, cuando los subordinados son plenamente responsables por su decisión libre y voluntaria de realizar los elementos objetivos del delito, el dirigente que da la orden de cometer el

¹⁸² Vid. T Rotsch, "Tatherrschaft Kraft Organisationsherrschaft" (2000) 112 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, p. 561; H Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlín, 1997), p. 509 [en adelante: Köhler]; y J Renzikowski, *Restriktiver Taterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen, Mohr-Siebeck, 1997), p. 87.

¹⁸³ Vid. los arts. 28 y 29 del Código Penal español, que atribuyen la misma pena al autor, al inducido y al cooperador necesario.

delito sólo puede ser responsable por ordenar o instigar debido a que no tiene el dominio del hecho¹⁸⁴. Esto se debe a que la responsabilidad penal de los dirigentes no puede equivaler a la ejecución misma del delito puesto que carecen del dominio del hecho al no poder estar nunca seguros de si sus órdenes serán realmente cumplidas por sus subordinados, de manera que son estos últimos quienes en última instancia deciden consciente y libremente si las llevan o no a cabo. Como consecuencia, debe aplicarse una clase de responsabilidad diferente a la autoría utilizando usualmente formas de responsabilidad accesorias como el ordenar o el instigar debido a que los dirigentes que dan las órdenes, una vez que han convencido a sus subordinados para cometer los delitos, no intervienen más durante su ejecución.

Esta posición ha sido criticada por autores como Muñoz Conde porque, teniendo en cuenta la estructura estrictamente jerárquica de ciertas organizaciones, y la división de funciones y competencias dentro de las mismas, parece extraño atribuir responsabilidad penal a los dirigentes como meros partícipes de los delitos cometidos por sus subordinados¹⁸⁵. Para estos autores, esto no refleja adecuadamente la naturaleza de las contribuciones de los dirigentes al relegarlos a una función secundaria. De igual manera, para Silva Sánchez, resulta sorprendente que los dirigentes que dominan el hecho, planificando el delito y controlando los medios e instrumentos a través de los cuales se ejecuta, no sean considerados autores, sino meros partícipes¹⁸⁶.

Una segunda posición, originalmente propuesta por Roxin¹⁸⁷, se fundamenta en la idea de que el concepto de autoría no se limita a quienes realizan materialmente los elementos objetivos del delito, sino que también abarca a quienes controlan su comisión, a pesar de encontrarse lejos de la escena del crimen (autores son, por tanto, quienes tienen el dominio del hecho en el sentido de que deciden si se comete el delito, y cómo ha de

¹⁸⁴ Vid. S Mir Puig, Derecho penal: parte general (6^a ed., Barcelona, Edisofer Libros Jurídicos, 2002), p. 372; Quintero Olivares (*supra* n. 106), pp. 625, 626.

¹⁸⁵ F Muñoz Conde, El delito de alzamiento de bienes (2^a ed., Barcelona, Librería Bosch, 1999), p. 180.

¹⁸⁶ J M Silva Sánchez, "Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en derecho español" en Fundamentos del sistema europeo de derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin (Barcelona, J.M. Bosch, 1995), p. 369.

¹⁸⁷ Roxin (*supra* n. 142), p. 242. Vid. también, C Roxin, "Sobre la autoría y la participación en el derecho penal" en Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del derecho (Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970), p. 60. El término originariamente empleado por Roxin para referirse a este concepto es *Tatherrschaft*.

llevarse a cabo). Como el dominio del hecho por el dirigente que actúa a través de una estructura organizada de poder no se derivaría de la ejecución material de los elementos objetivos del delito, sino de su voluntad dominante sobre la de los autores materiales como resultado del dominio de la organización, se dice entonces que se trataría de un supuesto de autoría mediata por "dominio de la voluntad"¹⁸⁸.

Como ha señalado la SCP I de la CPI en el caso Katanga y Ngudjolo, esta posición se fundamenta en la consideración de que una estructura organizada de poder tiene vida propia con independencia de la identidad de sus miembros fungibles¹⁸⁹. De manera que, a diferencia de otro tipo de organizaciones, las estructuras organizadas de poder, se caracterizan porque están organizadas en virtud de una estricta jerarquía, sus miembros son reemplazables, y su funcionamiento se basa en un alto grado de automatismo en el cumplimiento de las órdenes¹⁹⁰. Por lo tanto, la persona que controla la organización puede tener, en general, la certeza de que sus mandatos serán ejecutados por sus subordinados y no necesita preocuparse por quién los llevará a cabo. Es por ello que, como señala Ambos, mientras la responsabilidad accesoria por ordenar o instigar exige una relación más directa entre el instigador y la persona instigada, cuando se utiliza una estructura organizada de poder para cometer un delito el dirigente no sabe, por lo general, quién va a ejecutar su orden¹⁹¹.

Los dirigentes que controlan las estructuras organizadas de poder no necesitan recurrir a la coerción o al engaño de los autores materiales, porque saben que si un miembro de su organización se niega a cumplir sus órdenes, otro miembro las cumplirá automáticamente¹⁹². En este tipo de situaciones, los dirigentes sólo tienen que dar una orden para asegurarse de la comisión de los delitos, sin necesidad de llevar a cabo ningún otro acto de motivación o asistencia a los autores materiales. Por ello, no perciben a

¹⁸⁸ Roxin (*ibid.*), p. 141 y ss.

¹⁸⁹ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (*supra* n. 34), párrs. 515, 516. Vid. también Roxin (*ibid.*), p. 245.

¹⁹⁰ Vid. Köhler (*supra* n. 182), p. 510, quien, sin embargo, prefiere caracterizar la contribución de los superiores como instigación, incluso en los casos en que los subordinados son intercambiables, porque, para él, el hecho de que el autor material sea penalmente responsable impide que cualquier otra persona detrás de él sea considerada autor.

¹⁹¹ Vid. K Ambos y C Grammer, "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann" (2003) 12 Revista Penal, p. 28 [en adelante: Ambos y Grammer].

¹⁹² Roxin (*supra* n. 142), p. 245.

aquellos subordinados que materialmente cometen los delitos como individuos responsables y libres, sino como miembros anónimos y reemplazables de la organización que dirigen. En consecuencia, es el dirigente quien mantiene el dominio del hecho, porque, como resultado del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización, la comisión del delito no puede ser detenida por la oposición o resistencia de sus subordinados, debido a que éstos son fungibles, y si se niegan a implementar su decisión, serán reemplazados por otros miembros de la organización.

A diferencia de los casos de autoría mediata a través de coerción o engaño de un tercero, cuando se utiliza una estructura organizada de poder para ejecutar el delito, los subordinados que realizan sus elementos objetivos pueden: (a) tener pleno conocimiento de las circunstancias subyacentes; y (b) no actuar bajo error o coerción alguna al decidir si llevan a cabo el delito. Por ello, desde la perspectiva de los miembros de la organización que llevan materialmente a cabo el hecho punible, son ellos mismos quienes mantienen el dominio último del hecho, y, por lo tanto, son penalmente responsables como autores materiales¹⁹³.

Aunque la autoría material y la autoría mediata resultan de condiciones diferentes (la ejecución material de los elementos objetivos del delito, y el control de una estructura organizada de poder), ambas pueden existir lógica y teleológicamente al mismo tiempo¹⁹⁴. Cuando se produce esta situación, el autor material continúa siendo, desde la perspectiva del dirigente, una persona anónima e intercambiable, y su decisión no afecta a la ejecución de su orden de cometer el delito. Esto explica el por qué en aquellos supuestos en los que el subordinado que realiza materialmente los elementos objetivos del delito es penalmente responsable, la expresión "autor detrás del autor" ("perpetrator behind the perpetrator") ha sido utilizada para referirse al dirigente que emite la orden¹⁹⁵. Mientras que cuando, por el contrario, el subordinado que realiza materialmente los elementos ob-

¹⁹³ Ibid, p. 245. Vid. también, confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 499, en particular n. 660.

¹⁹⁴ C Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil (vol. II, Múnich, Beck Juristischer Verlag, 2003) § 25, n° 107.

¹⁹⁵ K Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil (4º ed., Múnich, Vahlen Franz GMBH, 2002) § 20, n° 72 [en adelante: Kühl]; T Rotsch, "Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtaufgaben und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen" (1998) Neue Zeitschrift für Strafrecht, p. 491 [en adelante: Rotsch, Die Rechtsfigur]. Esta es también la expresión empleada por la Sala de Cuestiones Preliminares I en la confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 496, 497.

jetivos no es plenamente responsable, la expresión "autor detrás del actor" ("perpetrator behind the actor")¹⁹⁶ es preferida. En cualquier caso, conviene subrayar que, a los efectos de determinar la responsabilidad penal del dirigente a título de autor mediato, es irrelevante si quien comete materialmente el delito es penalmente responsable o no¹⁹⁷. Por ello, la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Stakic, al aplicar por primera vez el concepto de autoría mediata en el TPIY, utilizó la expresión "autor detrás del autor/actor" ("perpetrator behind the perpetrator/actor")¹⁹⁸.

En conclusión, en las situaciones aquí analizadas, el dominio del hecho por parte del dirigente se fundamenta en el dominio de su voluntad sobre la de los autores materiales como resultado de su dominio sobre la estructura organizada de poder que dirige y a la que pertenecen los propios autores materiales. Esto presupone un concepto amplio de "instrumento" o "herramienta", basado en el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización. Esta variante del concepto más amplio de autoría mediata es denominada a lo largo del presente trabajo como "autoría mediata a través de/por EOP" o simplemente "EOP"¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 43), párr. 741.

¹⁹⁷ Vid. Tribunal Federal Alemán en Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 40, p 218.

¹⁹⁸ Sentencia primera instancia en el caso Stakic (supra n. 43), párrs. 741-743.

¹⁹⁹ El concepto de EOP en relación con la criminalidad de Estado ha sido defendido, entre otros, por P Faraldo Cabana, Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas (Valencia, Tirant lo Blanch, 2004); J Figueiredo Dias, "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización" en C Ferré Olivé y E Anarte Borrallo (eds.), Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos (Universidad de Huelva, 1999), pp. 99-107; G Kupper, "Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen" (1998) 3 Goldammer's Archiv, p. 523; G Heine, "Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtaufgaben" (2000), JZ 924; F Muñoz Conde, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada" en C Ferré Olivé y E Anarte Borrallo (eds.), Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos (Universidad de Huelva, 1999), pp. 151-159 [en adelante: Muñoz Conde]; H Olásolo y A Pérez Cepeda, "The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case", (2004) 4 International Criminal Law Review, p. 506-508 [en adelante: Olásolo y Pérez Cepeda]; Hernández Plasencia (supra n. 171), p. 273; K Rogall, "Bewältigung von Systemkriminalität" en C Roxin y G Widmaier (eds.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV (Múnich, 2000), p. 424; J Schlosser, Mittelbare Individuelle Verantwortlichkeit im Volkerstrafrecht (Berlín, 2004); H Vest, "Humanitätsverbrechen-Herausforderung für das Individualstrafrecht?" (2001) 113 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, pp. 457-498.

La SCP I de la CPI en su decisión de confirmación de cargo en el caso Katanga y Ngudjolo ha confirmado expresamente la inclusión del concepto de autoría mediata a través de EOP en el ámbito de aplicación del art. 25 (3)(a) ER al afirmar lo siguiente:

Varios grupos de casos han sido presentados como ejemplos de supuestos de autor detrás del autor, en los que se atribuye al mismo responsabilidad por autoría a pesar de la existencia de un responsable, es decir, un autor material (cuyas acciones no están exculpadas por error, coacción, o falta de reprochabilidad). A pesar de ello, los casos más relevantes para el derecho penal internacional son aquellos en los que el autor comete el delito a través de otro por medio del "dominio sobre una organización" (*Organisationsherrschaft*). A pesar de algunas críticas a esta doctrina, la Sala nota que los redactores del Estatuto de Roma buscaron establecer en el artículo 25(3)(a) del Estatuto una forma de comisión que comprenda la comisión de un delito a través de un individuo no exento de responsabilidad (es decir, responsable) que actúe como un instrumento. Por consiguiente, contrariamente a lo sugerido por la defensa de Germain Katanga en la audiencia del 11 de julio de 2008, atribuir el grado mayor de responsabilidad por la comisión de un delito —es decir, considerarlo como autor— a una persona que utiliza a otro individuo penalmente responsable para cometer un delito, no es simplemente una posibilidad teórica de una escasa literatura jurídica, sino que ha sido codificado en el artículo 25(3)(a) del Estatuto²⁰⁰.

Desde entonces, el concepto de autoría mediata a través de EOP ha sido aplicado como tal, o como parte del concepto de coautoría mediata, en muchos de los casos que se han presentado hasta el momento ante CPI, incluyendo aquellos ante la SCP I contra *Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi*, y aquellos ante las SCP II y SCP III contra *Jean-Pierre Bemba, Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta, William Ruto, Henry Kosgey y Laurent Gbagbo*.

ii. Elementos del concepto de autoría mediata a través de EOP

Según la orden de arresto dictada por la SCP I contra Muammar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y el jefe de la inteligencia militar libia Abdullah Al-Senussi, el 27 de junio de 2011, los elementos del concepto de autoría mediata a través de EOP son los siguientes:

Para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito a título de autor mediato conforme al artículo 25(3)(a) del Estatuto [...] la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes requisitos comunes: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos debe

²⁰⁰ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 498, 499.

estar asegurada a través del cumplimiento casi automático con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercituar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata²⁰¹.

En consecuencia, dos son los elementos objetivos principales de la autoría mediata por EOP. Por una parte, *el automatismo en el cumplimiento de las órdenes como característica esencial que ha de tener una organización para que pueda ser calificada como estructura organizada de poder* (lo que incluiría los elementos (b) y (c) exigidos por la SCP I en su orden de arresto de 27 de junio de 2011). Por otra parte, *el grado de control que el sospechoso ha de tener sobre la organización*, lo que en todo caso requiere que tanto el sospechoso como los autores materiales pertenezcan a la misma y que exista una relación superior-subordinado entre el primero y los segundos. A este respecto, surge la cuestión de si la autoría mediata por EOP es una figura únicamente aplicable a los más altos dirigentes que dirigen la organización o si también es aplicable a llamados "superiores intermedios".

Así mismo, entendemos que es necesario incluir un tercer elemento objetivo que no aparece expresamente recogido entre los mencionados en la orden de arresto de la SCP I de 27 de junio de 2011, consistente en la *conducta que ha de realizar el sospechoso para que pueda afirmarse su responsabilidad como autor mediato* (utilización de la organización para asegurar la comisión del delito).

La orden de arresto de la SCP I de 27 de junio de 2011 configura los elementos (d) y (e) como los elementos subjetivos del concepto de autoría mediata a través de EOP. De esta manera, requiere que "el sospechoso deba poseer todos los elementos subjetivos de los delitos"²⁰². Además, exige que "el sospechoso deba ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercituar su dominio del hecho por conducto de otro [...]"²⁰³.

Por tanto se puede afirmar que el concepto de autoría mediata a través de EOP exige que el dirigente que utiliza la estructura organizada de poder bajo su control para cometer los delitos, posea todos los elementos

²⁰¹ Orden de arresto en el caso Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi (supra n. 146), párr. 62.

²⁰² Idem.

²⁰³ Idem.

subjetivos que requiere la definición de los mismos, incluyendo todo *dolo especial*²⁰⁴. Además, el dirigente tiene que ser consciente de su dominio sobre la comisión del hecho punible, lo que incluye el ser consciente de su posición de dirigencia dentro de la organización, y el conocimiento del automatismo en el cumplimiento de sus órdenes derivado del carácter fungible de sus subordinados, del severo entrenamiento al que han sido sometido los miembros menores de edad, o de cualquier otro criterio que la jurisprudencia de la CPI pueda aceptar en un futuro como fundamento de dicho automatismo²⁰⁵.

Pasemos ahora a analizar con mayor detalle los aspectos más relevantes de los distintos elementos del concepto de autoría mediata a través de EOP: (i) el automatismo en el cumplimiento de las órdenes como factor esencial para que una organización pueda ser calificada como estructura organizada de poder; y (ii) el grado de control de la organización que se exige del dirigente.

iii. El automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización

El automatismo en el cumplimiento de las órdenes constituye el factor clave que ha de tener una organización para poder afirmar el dominio del dirigente sobre la voluntad de los subordinados que cometan materialmente los delitos, de manera que se garantice que la voluntad dominante del dirigente será realizada por alguno de sus subordinados, independientemente de quien la lleve a efecto. Varios son los criterios que la CPI y varias jurisdicciones nacionales han utilizado para fundamentar la existencia del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de una organización. Pasemos a continuación a analizar su contenido.

²⁰⁴ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párr. 527. Vid. también la sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 43), párrs. 495, 587 (en relación con el crimen de asesinato), 818 (en relación con el crimen de persecución); Roxin (supra n. 142), p. 550; y Olásolo y Pérez Cepeda (supra n. 199), pp. 523, 524.

²⁰⁵ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (ibid.), pp. 538, 539. Vid. también la sentencia de primera instancia en el caso Stakic (ibid.), párr. 498, en conexión con los párrs. 493, 494; Roxin (ibid.), p. 550; y Olásolo y Pérez Cepeda (supra n. 199), pp. 524, 525.

1. El criterio de la fungibilidad de los miembros de la organización: la fungibilidad negativa simultánea, la fungibilidad negativa sucesiva, y la fungibilidad positiva

De entre los criterios utilizados por la CPI y las jurisdicciones nacionales para fundamentar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de una organización, el más común es el conocido como *fungibilidad negativa simultánea*, que requiere, además de una estricta estructura jerárquica, que la organización sea lo suficientemente amplia como para que se pueda afirmar que sus miembros tienen un carácter intercambiable, de manera que si uno de ellos se niega a cumplir la orden del dirigente de cometer el delito, otro lo sustituya automáticamente, con lo que la comisión del hecho punible no se vea frustrada como consecuencia de la decisión del primero²⁰⁶.

Sobre este criterio, la SCP I, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo, ha señalado lo siguiente:

[...] Además, las características particulares del aparato organizado y jerárquico permiten al dirigente garantizar efectivamente la comisión de los delitos. En esencia, el control del dirigente sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como "un mero engranaje en una máquina gigante" para producir el resultado delictivo "automáticamente" [...] Sobre todo, esta "mecanización" procura asegurar que la ejecución exitosa del plan no se verá comprometida porque algún subordinado particular no cumpla con la orden. Cualquier uno de los subordinados que no cumpla puede ser simplemente reemplazado por otro que lo hará; el ejecutor real de la orden simplemente es un individuo fungible. Como tal, la organización también debe ser suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados [...] La principal característica de este tipo de organización es un mecanismo que permite a sus más altas autoridades asegurar el cumplimiento automático de sus órdenes. Por lo tanto, 'dicha organización desarrolla concretamente una vida que es independiente de la composición variable de sus miembros. Ella funciona sin depender de la identidad individual del ejecutor, como si fuera automática.' Por lo tanto, la autoridad que emite una orden dentro de una organización tal asume un tipo de responsabilidad diferente que la de los casos ordinarios de emisión de órdenes criminales. En estos últimos casos, el artículo 25(3)(b) del Estatuto establece que un dirigente o comandante que ordena la comisión de un delito puede ser considerado partícipe²⁰⁷.

El cumplimiento del requisito de la fungibilidad negativa simultánea, tal y como ha sido definido por la SCP I en el caso Katanga y Ngudjolo, plan-

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 515-517. Vid. también Roxin (ibid.), p. 245.

tea problemas en el caso de grupos paramilitares, o de grupos armados organizados, que tienen un tamaño limitado, o actúan a través de pequeñas unidades (comandos, frentes) desplegadas en diversas áreas geográficas que, si bien pueden encontrarse dirigidas por un Comando o Autoridad Central, no tienen un alto grado de comunicación y coordinación horizontal con otras unidades del grupo desplegadas en otras áreas.

En el marco de la jurisprudencia nacional comparada, se ha tratado de solucionar este problema mediante una interpretación extensiva del criterio de la fungibilidad. Así, por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú ("Sala Penal"), en su sentencia de 14 de diciembre de 2007 en el caso contra Abimael Guzmán (fundador y máximo dirigente de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso) por la masacre de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca ocurrida el 3 de abril de 1983, aplicó un criterio de *fungibilidad negativa sucesiva*, conforme al cual si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente/Comité Central, otro miembro lo reemplazaría automáticamente para realizar ese cometido en momento posterior²⁰⁸.

De esta manera, la Sala Penal se separa de la fungibilidad negativa simultánea acogida por la SCP I en el caso Katanga y Ngudjolo, puesto que esta última requiere el reemplazo inmediato, y no sucesivo, de quien se niega a ejecutar la orden del dirigente. Además, al aceptar el carácter sucesivo de la fungibilidad negativa como fundamento del automatismo en el cumplimiento de las órdenes, la Sala Penal desvirtúa de manera notable dicho requisito puesto que bastará con mostrar que se trata de una organización en la que, antes o después, las órdenes impartidas se cumplen, con independencia del periodo temporal que pueda transcurrir entre la emisión de la orden y la ejecución de la misma. Ahora bien, si el transcurso del tiempo hace que pierda valor la realización del objeto de la orden, y el dirigente no está en condiciones de poder utilizar la organización para hacer que dicho objeto se realice inmediatamente, entonces difícilmente podremos hablar de la existencia de una voluntad dominante del dirigente que se impone sobre la de los miembros subordinados de la organización.

Por su parte, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú ("Sala Especial Penal"), en su sentencia de primera instancia contra el ex pre-

Autoría material y autoría mediata

sidente de Perú, Alberto Fujimori, de 7 de abril de 2009²⁰⁹, confirmada por la sentencia de apelación de la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30 de diciembre de 2009²¹⁰, aplicó el llamado criterio de la *fungibilidad positiva*. Conforme a este criterio, el dirigente de la organización, con el objeto de evitar cualquier error en el cumplimiento de sus órdenes, selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible. De esta manera, aunque el grupo especial de operaciones "Colina" del Servicio de Inteligencia Nacional al que se le asignó la comisión de los delitos estaba compuesto únicamente por unos treinta miembros, esto no excluía su fungibilidad puesto que habían sido cuidadosamente seleccionados y entrenados para realizar este tipo de operaciones²¹¹.

Ahora bien, surgen dudas sobre si este criterio es realmente un criterio de fungibilidad en sentido estricto, o si se trata más bien de 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 grupo (no cabe, sin embargo, descartar tampoco una motivación político-ideológica que, si bien también pudo existir, no se explora en profundidad en la sentencia). En consecuencia, la idoneidad del criterio de la fungibilidad positiva habría que analizarla a la luz de los méritos del criterio de la actitud favorable, que estudiaremos más adelante, como criterio alternativo al de la fungibilidad de los subordinados para reflejar la existencia de un automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización.

En cualquier caso, además de los problemas que presentan los criterios de la fungibilidad negativa sucesiva y la fungibilidad positiva (en particular, el primero), es importante señalar que, por el momento, ninguno de ellos ha sido acogido por la CPI, el TPIY, el TPIR o la CESL. En consecuencia,

²⁰⁸ Sentencia de la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009, Exp. No. AV 19-2001, disponible en http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo%10409&opcion%4detalle_noticia.

²⁰⁹ Sentencia de la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30 de diciembre de 2009, Exp. No. AV 19-2001, disponible en <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPT/documentos/R.N.%20N%C2%BA%2019-01-2009-A.V.pdf>.

²¹¹ K Ambos, "The Fujimori Judgement. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus" (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice*, p. 155 [en adelante: Ambos, The Fujimori Judgement].

²⁰⁸ Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200.

a la luz del actual desarrollo de la jurisprudencia internacional en este materia, no cabe afirmar ante dichos tribunales penales internacionales la fungibilidad de los miembros de aquellos grupos paramilitares, grupos armados organizados u otro tipo de organizaciones que no cumplan con el requisito de la fungibilidad negativa simultánea, tal y como ha sido definido en el caso Katanga y Ngudjolo.

2. La actuación al margen de la ley de manera no excepcional de la organización

Roxin exige un elemento adicional para que se pueda hablar del automatismo en el cumplimiento de las órdenes que consiste en que la estructura organizada de poder actúe al margen de la ley no sólo en ocasiones excepcionales²¹². Según este autor, cuando la actuación de una organización (por ejemplo, una brigada de las fuerzas armadas) se conforma normalmente a lo dispuesto en la ley, una orden ilícita de sus dirigentes puede no ser suficiente para que se cumpla. En efecto, los autores materiales tendrían que ser cuidadosamente seleccionados e individualmente incorporados al plan común, por lo que no serían reemplazables. Muy pocas personas dentro de la organización estarían dispuestas a cumplir la orden ilícita, especialmente si se tiene en cuenta que dicha orden debería ser dada y ejecutada evadiendo el modo regular de funcionamiento de la organización, y tendría que ser cuidadosamente ocultada al resto de sus miembros. De esta manera, en estos supuestos, se puede afirmar que los delitos serían cometidos "en contra de la estructura organizada de poder", y no "a través de la estructura organizada de poder", y por tanto no podrían ser atribuidos a la organización, sino a individuos particulares dentro de la misma. En consecuencia, mientras quienes ejecutan la orden ilícita responderían como autores materiales, quienes la dan responderían como responsables accesorios por ordenar o instigar el delito cometido por sus subordinados.

Sin embargo, para autores como Bottke, la actuación al margen de la ley no constituye un requisito necesario para afirmar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de una organización, porque los subordinados tienen en todo caso una capacidad limitada para decidir autónomamente si realizan los elementos objetivos del delito, e imponer su negativa a sus superiores. Por lo tanto, incluso aun cuando no haya una

²¹² Roxin (*supra* n. 142), p. 249 requiriendo "rechtsgeloste Apparate". Vid. también, Rotsch, *Die Rechtsfigur* (*supra* n. 195), p. 495. Compárese con Kühl (*supra* n. 195) § 20, n° 73b.

cultura institucional de actuar al margen de la ley, Bottke entiende que, debido al poder derivado de la conexión institucional, la subordinación y el poder de dirección, el dirigente puede utilizar al subordinado como un instrumento sin capacidad para actuar autónomamente²¹³.

En un sentido parecido, Ambos ha afirmado que no es tan decisivo que exista una cultura institucional de actuación al margen de la ley, como que sus dirigentes puedan controlar la organización de tal manera que sus miembros sean piezas en el engranaje de un aparato criminal sin capacidad de influir en la ejecución de sus órdenes²¹⁴.

En cuanto a la jurisprudencia de la CPI, la SCP I no ha abordado esta cuestión en su decisión de confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo. En consecuencia, al definir en los párrafos 500 a 518 el concepto de autoría mediata a través de EOP (denominado por la SCP I como "dominio sobre una organización" o "dominio sobre un aparato organizado de poder"), la SCP I no exige que la organización deba actuar al margen de

²¹³ S. Bottke, "Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania" (1999) 4 *Revista Penal*, p. 25, 26 [en adelante: Bottke]. Además, para este autor, a pesar de que el concepto de autoría mediata a través de EOP se basa en criterios prejurídicos (como el supuesto dominio de una estructura organizada de poder y la supuesta utilización de un instrumento para cometer un delito), su utilización se justifica cuando la situación constituye una grave violación de los valores más importantes sobre los cuales se construye la comunidad internacional. Vid. también, Tribunal Supremo Federal alemán, *Fistra* (1998), p. 150; S. Carme y Sternberg-Lieben (*supra* n. 47), en d§ 25, n° 25; A. Rancie, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen* (Múnich, Müller Jur Vlg CF, 1996), pp. 46-49; y K. Lackner y K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erlauterungen* (24 ed., Múnich, C.H. Beck, 2001) § 25, n° 2. Compárense con Kühl (*supra* n. 195), § 20 n° 73b.

Como ha explicado el juez Iain Bonomy en la decisión sobre coautoría mediata en el caso Milosevic de 2006, el Tribunal Supremo Federal alemán ha adoptado el concepto de autoría mediata a través de EOP: "en Alemania, un acusado puede ser considerado responsable como autor (Täter) por utilizar a otro como un instrumento o herramienta (Werkzeug) para cometer materialmente un delito, independientemente de si el autor material es culpable o es un "agente inocente", es decir, no responsable por el delito, porque, por ejemplo, es menor de edad o carece de los elementos subjetivos requeridos por el delito". Vid. *Prosecutor v. Milutinovic (DECISION ON OJDANICS MOTION CHALLENGING JURISDICTION: INDIRECT CO-PERPETRATION, SEPARATE OPINION OF JUDGE IAIN BONOMY) ICTY-05-87-PT* (de 22 de marzo de 2006). Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán no ha acogido el requisito de que la estructura organizada de poder deba actuar al margen de la ley no sólo en circunstancias excepcionales. Vid. Tribunal Supremo Federal alemán, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 40, p. 237, 43 p. 219. Vid. también *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* (1998), p. 150. Ambos, *The Fujimori Judgement* (*supra* n. 211), p. 154.

la ley no sólo en circunstancias excepcionales. En los casos en los que posteriormente la CPI ha aplicado el concepto de autoría mediata por EOP, las SCP I y II han seguido la línea jurisprudencial establecida en el caso Katanga y Ngudjolo.

3. Otros criterios que fundamentan el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización

La propia SCP I en el caso Katanga y Ngudjolo ha afirmado que el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización, si bien requiere siempre de una estructura jerárquica, puede fundamentarse en factores distintos del carácter fungible de los miembros de la organización. En particular, la SCP I pone como ejemplo el caso de las fuerzas armadas, o de los grupos armados organizados, que reclutan numerosos menores de edad. Para la SCP I, en este tipo de organizaciones, el automatismo en el cumplimiento de las órdenes puede ser el resultado de someter a los menores reclutados a un periodo de formación particularmente intenso y violento:

[...] Las características de la organización —además del carácter reemplazable de los subordinados— también pueden permitir el cumplimiento automático de las órdenes de la autoridad superior. Un medio alternativo por el cual un dirigente asegura el cumplimiento automático mediante su control del aparato puede ser a través de regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento. Por ejemplo, secuestrar menores y someterlos a regímenes de entrenamiento extenuante err los que se les enseña a disparar, saquear, violar y matar puede ser un medio efectivo para garantizar el cumplimiento automático de las órdenes de los dirigentes de cometer tales actos²¹⁵.

Sin embargo, dado que se trata de menores de edad actuando bajo coacción, creemos que en este tipo de casos, más que aplicar el concepto de la autoría mediata a través de EOP, lo que realmente se aplica es la figura tradicional de autoría mediata por uso de instrumentos que no son plenamente responsables, al que nos hemos referido en secciones anteriores.

En el marco de la jurisprudencia nacional comparada, destaca la decisión de 13 de octubre de 2006 de la Sala Penal Nacional de Perú ("Sala Penal Nacional") en el caso contra Abimael Guzmán por la masacre de Llancamarca²¹⁶. En esta decisión se afirmó que en el caso de grupos armados

²¹⁵ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (*supra* n. 34), párr. 518.

²¹⁶ Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú de 13 de octubre de 2006, Caso núm. 560-03.

organizados, el automatismo en el cumplimiento de las órdenes se deriva no tanto de su carácter jerárquico y de la fungibilidad de sus miembros, como de la actitud favorable de estos últimos para cumplir con las órdenes ilegales impartidas por sus dirigentes como consecuencia de su motivación política e ideológica²¹⁷. Según la Sala Penal Nacional, mientras la fungibilidad de los miembros de la organización sólo aumenta la probabilidad de que se terminen ejecutando las órdenes de los dirigentes, el dominio que pueden ejercer éstos últimos sobre grupos armados organizados como Sendero Luminoso se basa en la actitud favorable de sus miembros hacia el cumplimiento de sus órdenes²¹⁸.

Finalmente, en el caso del *Muro de Berlín*, el Tribunal Supremo alemán aplicó la estructura de los delitos de omisión, que requieren una posición de garante por parte del autor, y la aplicó a la doctrina del dominio del hecho. De esta manera, atribuyó al Jefe de Estado responsabilidad penal a título de autor en caso de incumplimiento voluntario de su deber especial de proteger a sus ciudadanos, ya fuera por acción, por omisión o a través de consentimiento. El Estado se constituye así como un garante de los derechos básicos de sus ciudadanos con un deber especial de protección de los mismos, y por tanto la atribución del daño de la víctima quienes dirigen el aparato del Estado no puede ser sólo considerada desde la perspectiva de la relación entre los dirigentes y quien realiza el acto, sino que ha de tener en cuenta también a la víctima y al deber especial del Estado con respecto a sus ciudadanos. Esto genera, en todos estos casos, una base normativa para justificar el control sobre el acto cuando la base empírica en la que se justifica la fungibilidad de los miembros de la organización falla. Ahora bien, esta construcción es aplicable únicamente a los más altos dirigentes del Estado. Además, no será de aplicación a grupos no estatales, donde no existe una relación comparable entre el grupo y las personas que le son afines²¹⁹.

²¹⁷ La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, tuvo lugar en esta sentencia que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200. Si bien esta última sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia retomó de nuevo el criterio de la fungibilidad (junto con la estructura jerárquica), como criterio rector del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización.

²¹⁸ Ver a este respecto, I Meini, "El Caso Peruano", en K Ambos (coord.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado* (Bogotá, Temis, 2008), p. 144.

²¹⁹ Ver a este respecto, Ambos, *The Fujimori Judgement* (*supra* n. 211), p. 156.

En cualquier caso, y con independencia del valor que nos puedan llegar a ofrecer estos criterios en un futuro para fundamentar el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización, es importante subrayar, excepto en el caso de los menores de edad sometidos a un entrenamiento intenso y violento, hasta el momento ninguno de los criterios analizados en la presente sección ha sido acogido ni por la CPI, ni por el resto de tribunales penales internacionales.

iv. El control de la organización por el dirigente

1. *El problema del grado de control exigido*

Según ha subrayado la SCP I en el caso Katanga y Ngudjolo, el segundo elemento objetivo del concepto de autoría mediata a través de EOP requiere que tanto el dirigente como los autores materiales pertenezcan a una misma estructura organizada de poder, así como que exista una relación superior-subordinado entre el primero y los segundos²²⁰. En consecuencia, el campo de aplicación de la autoría mediata a través de EOP es ciertamente más limitado que el del concepto de responsabilidad del superior, en cuanto que este último concepto puede aplicarse en el marco de relaciones de subordinación (particularmente en relación con superiores no militares) que se dan en organizaciones que no pueden calificarse como estructuras organizadas de poder al no cumplir con el requisito de la automaticidad en el cumplimiento de las órdenes.

Esto no significa, sin embargo, que, tal y como han afirmado algunos autores como Osiel²²¹, el ámbito de aplicación de la autoría mediata a través de EOP se limite a aparatos de poder estatales. Por el contrario, su ámbito de aplicación se extiende también a estructuras organizadas de poder que no forman parte del estado, con independencia de si se enfrentan a este último (grupos armados organizados de oposición) o no (grupos paramilitares). Esto ha sido expresamente aceptado por (i) la decisión de la SCP I que confirma los cargos por coautoría mediata contra los máximos dirigentes de las milicias FRPI (Germain Katanga) y FNI (Mathew Ngudjolo); y (ii) la decisión de 28 de enero de 2012 de la SCP II que confirma los cargos por coautoría mediata contra el ex Ministro de Agricultura y Educación

Superior de Kenia y representante del grupo étnico Kalenji en el órgano de dirección del Movimiento Democrático Naranja (William S. Ruto)²²².

La aplicación de la autoría mediata a través de EOP requiere que la relación superior-subordinado entre el dirigente y los autores materiales venga acompañada de un grado de control suficiente sobre la organización por parte del primero que permita afirmar el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. En este sentido, la SCP I de la CPI ha explicado que:

[...] La capacidad del Jefe para asegurar este cumplimiento automático de sus órdenes es la base de su responsabilidad por autoría, en lugar de participación. La máxima autoridad no ordena meramente la comisión de un delito, sino que a través de su control sobre la organización esencialmente decide si y cómo será cometido²²³.

En consecuencia, cualquier actividad que no pone en marcha, ni impulsa a la organización hacia la realización de los elementos objetivos del delito por falta de control sobre la misma sólo puede dar lugar a responsabilidad accesoria²²⁴ (por ejemplo, aconsejar que se emprenda una campaña de persecución o planear una deportación en masa sin tener el poder ejecutivo para llevarla a cabo, reclutar voluntarios que posteriormente serán utilizados como autores materiales, o proporcionar la información necesaria para que se cometa el delito). De esta manera, las personas que actúan como consejeros, que contribuyen a la ejecución de planes y órdenes sin tener el poder de dictar nuevas órdenes, o que simplemente proporcionan los medios para cometer un delito, sólo podrán ser responsables accesorios a título de partícipes²²⁵.

Así mismo, es importante subrayar, que a diferencia del concepto de responsabilidad del superior, los casos de control efectivo limitado a un control disciplinario o a un control operacional parcial, son en principio insuficientes para la aplicación de la figura de la autoría mediata por EOP²²⁶. En este sentido Weigend ha subrayado que la ambigüedad en el grado de control/dominio requerido para la aplicación de última figura es una cuestión realmente problemática, puesto que mientras hay consenso

²²⁰ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 34), párrs. 511-514.

²²¹ Osiel M., *Making Sense of Mass Atrocity* (Cambridge, Cambridge University Press, 2009), p. 100.

²²² Roxin (supra n. 142), p. 249.

²²³ Idem.

²²⁴ Vid. en este respecto, T. Weigend, "Perpetration through an Organisation. The Unexpected Career of a German Legal Concept" (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice*, pp. 103, 104, 110, 111.

en que dicho grado de dominio/control existe cuando una persona utiliza a otra que no es penalmente responsable, es difícil encontrar la frontera entre los supuestos en que el influir en un subordinado se castiga como una mera participación por ordenar, instigar o cooperar, y el grado de dominación o control que caracteriza al autor mediato²²⁷. De manera que, si ante la imposibilidad de distinguir entre los diferentes grados de influencia psicológica, la doctrina, en casos de delitos cometidos por individuos que no actúan como parte de un grupo o de una organización, ha optado por no aplicar la autoría mediata cuando el autor material es penalmente responsable, lo mismo, según Weigend, se podría hacer para los casos en los que se encuentran involucrados grupos u organizaciones²²⁸.

Aunque Weigend acepta que se podría considerar intuitivamente que la presión del grupo o el poder de la organización hacen que estos casos pudieran merecer un tratamiento distinto, lo cierto es que no existe un motivo racional para considerar al dirigente de la organización como responsable principal a título de autor mediato del delito en situaciones en las que individuos que ejercen niveles de influencia similares sobre los autores materiales son considerados como meros instigadores²²⁹.

Para Weigend tampoco están claros cuáles son los elementos subjetivos específicos que permiten determinar los tipos de organizaciones que son más adecuadas para la aplicación de la autoría mediata. Pero incluso si se pudieran identificar tales elementos, no todas las actividades de cada miembro del grupo son objeto del mismo grado de control, y por tanto sería necesario determinar si el hecho punible en cuestión fue objeto del grado de control necesario para poder imputar al dirigente una responsabilidad principal por el delito a título de autor mediato²³⁰.

En consecuencia, según Weigend, si la CPI (y, en su caso, el resto de tribunales penales internacionales) opta por la aplicación del concepto de autoría mediata a través de EOP, tiene una tarea fundamental por delante en términos de especificar el grado de control necesario para su aplicación, pues es en este aspecto donde la CPI ha de "profundizar para ofrecer un fundamento adecuado para el tratamiento de los casos de autoría mediata"²³¹.

²²⁷ Ibid, p. 103.

²²⁸ Ibid, p. 104.

²²⁹ Idem.

²³⁰ Idem.

²³¹ Ibid, p. 110.

Las observaciones de Weigend tienen particular relevancia en el marco de los grupos paramilitares y de los grupos armados organizados de oposición, sobre todo si en el seno de los mismos coexisten dos o más facciones (cada una de las cuales recibiendo apoyo de terceros actores), lo que en circunstancias normales termina provocando la escisión del grupo. El caso Lubanga, en el que según la SCP I de la CPI, existían dentro de las *Forces Patriotes pour la Libération du Congo* (FPLC) comandadas por el imputado al menos dos facciones (apoyadas respectivamente por Uganda y Ruanda) que terminaron por escindirse, es un buen ejemplo de este fenómeno²³².

2. Los superiores intermedios

Cuando Roxin definió el concepto de autoría mediata a través de EOP en 1963 tenía en mente la organización nazi y su red de campos de concentración y exterminio. Si bien en la cúspide de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler, su funcionamiento efectivo requería la coordinación de miles de miembros de la misma, que conforme a una cadena de mando estrictamente jerárquica, operaban en los diferentes niveles de la organización²³³. Esto aparece perfectamente reflejado en el caso de Adolf Eichmann, quien a pesar de no ser uno de los más altos dirigentes nazis, desempeñó desde su oficina (el nunca estuvo presente en la escena del crimen) una función clave para la ejecución de la llamada Solución Final²³⁴.

Desde la perspectiva de los dirigentes, los miembros de la estructura organizada de poder en el nivel intermedio son miembros reemplazables dentro de la organización. Sin embargo, desde la perspectiva de los superiores intermedios, ellos mantienen el control último sobre los delitos de sus subordinados porque: (i) tienen pleno conocimiento de las circunstancias de hecho que subyacen a sus elementos objetivos; (ii) no actúan bajo coerción alguna al decidir si transmiten las instrucciones para llevarlos a cabo; y (iii) perciben a sus subordinados como anónimos y reemplazables

²³² Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párrs. 374-376.

²³³ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, (1. ed., 1963), p. 245 [en adelante: Roxin, *Täterschaft*].

²³⁴ H. Olásolo y F. Muñoz Conde, "Criminal Liability of Senior Political Superiors and Military Commanders for Crimes Committed within Organised Structures of Power", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 134-135.

y, por lo tanto, no dejan en manos de los autores materiales la decisión última de cometer los delitos²³⁵.

En consecuencia, cuando utilizan sus facultades para asegurar la ejecución de los delitos por sus subordinados, los superiores intermedios de las estructuras organizadas de poder (que reciben órdenes de los niveles más altos y tienen la facultad de dar órdenes a sus subordinados en los niveles inferiores de la organización) también serán autores mediatos, debido a su dominio sobre la voluntad de los autores materiales²³⁶. No se trata en estos supuestos de responsabilidad por simple pertenencia a una organización criminal, sino que los superiores intermedios de la organización, dentro del grado de control que corresponde a su posición, han de dirigir la organización hacia la comisión de los delitos.

En contraposición a Roxin, Ambos considera que a los superiores intermedios se les debería calificar como coautores en lugar de como autores mediatos. Si bien coincide con Roxin en que los delitos sólo pueden ser cometidos a través de una estructura organizada de poder porque sus miembros, en diferentes niveles, dirigen la parte de la organización que está bajo su responsabilidad hacia la comisión de los delitos²³⁷, para Ambos el control de los superiores intermedios sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización (o como mucho a una parte de la organización), de manera que, en todo caso, los más altos dirigentes de la organización pueden en cualquier momento interferir y bloquear dicho control²³⁸.

De ahí que, según Ambos, en el caso de los superiores intermedios sólo pueda hablarse, a lo sumo, de un control parcial, puesto que únicamente los más altos dirigentes de la organización (las personas que lideran un gobierno, y en circunstancias excepcionales quienes dirigen las fuerzas armadas, de policía e inteligencia), pueden ejercitar su control sin ningún tipo

de interferencia²³⁹. En consecuencia, como el concepto de autoría mediata a través de EOP requiere un control "absoluto" que lleve al cumplimiento automático de las órdenes, esto en el caso de los superiores intermedios es difícil de reconciliar con un control parcial, o incluso con una falta de control, dado que su posición de relativo liderazgo se puede ver afectada en cualquier momento por quienes se encuentran por encima de ellos en la organización²⁴⁰.

Por ello, Ambos afirma que los superiores intermedios, más que autores mediatos, deben ser considerados como coautores. Ahora bien, el propio Ambos reconoce que tampoco ésta es una solución ideal porque la existencia de una relación de subordinación entre el superior intermedio y los autores materiales hace que sea difícil afirmar que la comisión del delito es fruto de un auténtico acuerdo de voluntades ejecutado conforme al principio de división de funciones entre el superior intermedio y los autores materiales (máxime cuando en muchas ocasiones ni tan siquiera se conocen)²⁴¹.

Sin embargo, Ambos se decanta por la coautoría porque a su parecer para que se produzca una acuerdo informal es suficiente con que los autores materiales manifiesten, mediante la pertenencia a la organización, que están de acuerdo con las líneas de actuación que para la misma establecen sus dirigentes. Así mismo, la división funcional de la ejecución del plan común no tiene por qué interpretarse estrictamente, de manera que excluya todo acto de preparación del superior intermedio que consista en planificar, preparar y ordenar la ejecución del delito por sus subordinados. Por último, en casos de macro-criminalidad a través de organizaciones complejas, la distinción entre la estructura vertical de la autoría mediata y la estructura horizontal de la coautoría queda en cierta manera difuminada²⁴².

La solución propuesta por Ambos ha sido acogida por la Corte Superior de Justicia de Lima en su sentencia de 8 de abril de 2008, en la que condenó como autor mediato en aplicación del concepto de EOP a Salazar Monroe (Director del Servicio de Inteligencia Nacional del Perú ("SIN") durante los gobiernos de Alberto Fujimori), mientras que a varios superiores intermedios del SIN y a los autores materiales de los delitos (que pertenecían al "Grupo Colina" de operaciones especiales del SIN) se les

²³⁵ Roxin (*supra* n. 142), p. 245.

²³⁶ *Ibid.*, p. 248.

²³⁷ En este sentido, Ambos y Grammer (*supra* n. 191), p. 91, han señalado que la fórmula tradicional que distingue entre los autores y los otros intervenientes en el delito ha sido reemplazada por una nueva fórmula que se aplica en tres niveles de la cadena de mando. El primer nivel está compuesto por los autores mediatos que organizan y planean los delitos, es decir, aquellos que controlan y ponen en marcha la organización. El segundo nivel está compuesto por los superiores intermedios que controlan una parte de la organización y la dirigen hacia la ejecución del plan (también pueden ser considerados, por tanto, autores mediatos). El tercer nivel está compuesto por los autores materiales que sólo desempeñan una función auxiliar en el acontecimiento global del delito.

²³⁸ Ambos, *The Fujimori Judgement* (*supra* n. 211), p. 151.

²³⁹ *Ibid.*, p. 152.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 153.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 152.

²⁴² *Ibid.*, p. 152, 153.

condenó, a pesar de la existencia de una relación superior-subordinado entre los mismos, como coautores de la desaparición forzada de un profesor y nueve alumnos en la Universidad estatal de la Cantuta de Lima en 1992²⁴³.

Sin embargo, es la posición mantenida por Roxin la que ha sido adoptada en la primera jurisprudencia de la CPI. Así, la cuestión de los superiores intermedios ha sido abordada en particular por la SCP I en la orden de arresto que emitió el 27 de junio de 2011 contra Muammar Gaddafi, su hijo Saif Al-Islam Gaddafi y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios Abdullah Al-Senussi, en la que aplicó el concepto de autoría mediata a través de EOP para imputar a este último los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Bengazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011²⁴⁴. La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que Al-Senussi se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder del estado de Libia, por debajo de Muammar Gaddafi, de quién recibía instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver en Bengazi las manifestaciones contra el régimen²⁴⁵.

Aunque algunos pudieran señalar que la razón última por la que la SCP I ha aplicado el concepto de autoría mediata por EOP a Abdullah Al-Senussi es su alta posición jerárquica en el aparato del estado de Libia (jefe de los servicios de inteligencia militar directamente subordinado a Muammar Gaddafi), lo cierto es que la jurisprudencia inicial de la CPI ha aceptado la aplicación de la autoría mediata a través de EOP a los superiores intermedios. Con ello, ha realizado lo que Ambos ha calificado como "la difícil elección entre autoría mediata y coautoría en el caso de los superiores intermedios de una estructura organizada de poder", la cual "se centra en si uno está preparado para aceptar una deficiencia en el liderazgo del autor mediato o una posición de desigualdad entre los coautores"²⁴⁶.

Del mismo modo, en varios de los casos ante otros tribunales penales internacionales en los que se ha aplicado el concepto de autoría mediata a

²⁴³ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, sentencia de 8 de abril de 2008, Exp. No. Av. 03-2003-18 SPE/CSJL, pp. 98-110, disponible en http://www.unifr.ch/ddpl/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_38.pdf.

²⁴⁴ Orden de arresto en el caso Muammar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi (supra n. 146), párrs. 83-89. Entre el 15 y el 20 de febrero de 2012, Abdullah Al-Senussi era el jefe de la inteligencia militar de Libia, uno de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de Muammar Gaddafi, y debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con Muammar Gaddafi, era la persona de mayor autoridad en las Fuerzas Armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados.

²⁴⁵ Idem.

²⁴⁶ Ambos, *The Fujimori Judgement* (supra n. 211), p. 153.

través de EOP (como en los casos Stakic²⁴⁷ y Brdanin²⁴⁸ ante el TPIY), los dirigentes afectados tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico. Esta misma situación corresponde también a varios de los casos en los que la autoría mediata a través de EOP ha sido aplicada a nivel nacional, particularmente en Argentina a partir del año 2005²⁴⁹ y en Colombia a partir de 2010²⁵⁰.

D) La aplicación a nivel internacional del concepto de autoría mediata a través de EOP: los casos Lubanga, Al Bashir, Gaddafi y Al-Senussi ante la CPI

i. Primera Aproximación

El concepto de autoría mediata a través de EOP cuestionó seriamente los intentos por considerar a los dirigentes y superiores intermedios de la organización nazi como meros partícipes de los delitos cometidos durante la ejecución de la Solución Final. Sin embargo, en un principio, este concepto fue recibido con escepticismo y rechazo tanto a nivel nacional como a nivel internacional debido a tres razones principales. En primer lugar, la ausencia de toda referencia a dicho concepto en la legislación nacional o internacional de la época²⁵¹. En segundo lugar, la creencia de que el

²⁴⁷ Milomir Stakic se desempeñó, entre abril y septiembre de 1992, como Presidente del "crisis staff" establecido en Prijedor y el Consejo Municipal para la Defensa Nacional del mismo municipio, en el noroeste de Bosnia y Herzegovina.

²⁴⁸ Radoslav Brdanin ocupó diversos cargos políticos a nivel municipal, regional y nacional. Fungió como primer vicepresidente de la Asamblea de la Región Autónoma de Krajina y, posteriormente, como Primer Ministro adjunto para la Producción, Ministro para la Construcción, Trafico y Utilidades y Vice-Presidente adjunto de la República de Srpska.

²⁴⁹ Vid. por ejemplo, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso Von Wernich de 1 de noviembre de 2007; la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal n° 1 de Córdoba de 24 de julio de 2008 en el caso contra Luciano Menéndez, Oscar Rodríguez y seis de sus subordinados; y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 4 de septiembre de 2008 en el caso Senador Vargas Aignasse.

²⁵⁰ Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Cocrim del Caso contra el comandante del Bloque Norte Edgar Ignacio Fierro Flores alias Don Antonio, caso (radicado) núm. 110016000253-200681366 (de 7 de diciembre de 2011) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Don Antonio].

²⁵¹ La ausencia de una referencia específica a la idea de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en aquellos pocos Códigos Penales nacionales de América Latina que expresamente recogían el concepto de autoría mediata fue una de las principales razones de su inicial rechazo en estos países. Sin embargo, a partir del proceso

ámbito de aplicación del concepto de la autoría mediata se encontraba limitado a situaciones en las que se utilizaban para la comisión de los delitos instrumentos que no eran penalmente responsables²⁵². En tercer lugar, el hecho de que la aplicación del concepto de autoría mediata no tuviera necesariamente un impacto en la pena impuesta a los dirigentes, esto era así incluso en aquellos sistemas pertenecientes a la tradición romano-germánica, como el español o los latino-americanos, en los que el principio de atenuación de la pena para la responsabilidad accesoria constituye una razón importante para distinguir entre autores y partícipes²⁵³.

Ha sido necesario el paso del tiempo para que los tribunales nacionales e internacionales hayan constatado que los conceptos tradicionales de responsabilidad penal individual no reflejan adecuadamente la naturaleza de la contribución prestada por los dirigentes a la comisión del delito (planeamiento, y control y puesta en marcha de los mecanismos a través de los cuales

a las Juntas Militares Argentinas celebrado en 1985 la figura de la autoría mediata a través de EOP ha sido progresivamente aplicada con mayor asiduidad. Vid. también, F. Muñoz Conde y H. Olásolo, *La Aplicación del Concepto de Autoría Mediata a Través de Aparatos Organizados de Poder en América Latina y España: Desde el Juicio a las Juntas Argentinas hasta los Casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los Líderes Colombianos Vinculados al Paramilitarismo*”, en *Revista Penal (España)*, enero 2011 [en adelante: Muñoz-Conde y Olásolo, aplicación autoría mediata].

²⁵² Este sería el caso del autor material que actúa con error sobre las circunstancias fácticas de uno de los elementos objetivos del delito, o sobre las circunstancias fácticas que dan lugar a la aplicación de una causa de justificación, como consecuencia del engaño al que ha sido inducido por su superior jerárquico (supongamos que un comandante militar ordena a sus subordinados bombardear un pueblo que no se encuentra defendido bajo el pretexto de que allí está ubicada la artillería enemiga). Este también sería el caso cuando las acciones del autor material se encuentren justificadas por la eximente de estado de necesidad porque el daño evitado por el cumplimiento de las órdenes ilícitas del dirigente es superior al daño ocasionado con su cumplimiento. Vid. Olásolo y Pérez Cepeda (*supra* n. 199), p. 485. Sin embargo, cuando la persona que cometió materialmente el delito actuó sometido a vis absoluta, no es necesario recurrir al concepto de autoría mediata porque el dirigente es considerado de por sí como el autor directo que utilizó a su subordinado como un mero instrumento material de igual manera que podía haber utilizado una pistola o un martillo (por ejemplo, un subordinado es empujado por su superior contra el enviado especial del enemigo que se encuentra de pie junto al andén del ferrocarril cuando el tren se está aproximando, y como resultado este último cae a la vía y es arrollado mortalmente).

²⁵³ Por ejemplo, en la mayoría de los códigos penales latinoamericanos (Argentina, Chile, Perú, Colombia o Uruguay), así como en el Código Penal español, se atribuye la misma pena a la autoría, a la instigación y a la contribución necesaria. Vid. en este sentido, F. Muñoz Conde y H. Olásolo, “The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organised Structures of Power in Latin America and Spain” (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* [en adelante: Muñoz Conde y Olásolo, EOP].

les se desarrolla la actividad criminal), puesto que los relega a una función secundaria que no se corresponde con la importancia de dicha contribución. Como resultado de esta constatación, tanto a nivel nacional como a nivel internacional se ha optado por recurrir paulatinamente en las últimas dos décadas al concepto de autoría mediata a través de EOP.

A nivel nacional la primera aplicación del concepto de autoría mediata a través de EOP se remonta a la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires en el juicio celebrado a los integrantes de tres de las cuatro Juntas Militares argentinas que gobernarón el país entre 1976 y 1983²⁵⁴.

A nivel internacional, la figura de la autoría mediata a través de EOP se aplicó por primera vez en la sentencia de 31 de julio de 2003 de la Sala de Primera Instancia II del TPIY en el caso contra Milomir Stakic, ex alcalde de la ciudad de Prijedor situada a pocos kilómetros del tristemente conocido centro de detención de Omarska (Bosnia y Herzegovina)²⁵⁵. Desde entonces, esta figura ha sido aplicada por varios tribunales penales internacionales, incluyendo, entre otros:

- (i) Los casos ante el TPIY contra Milomir Stakic, Radoslav Brdanin, Momcilo Krajišnik, Milan Martić, Vlastimir Đorđević, Ante Gotovina, Radovan Karadžić y Ratko Mladić;
- (ii) El caso ante el TPIR contra Protais Zigiranyirazo ante el TPIR;
- (iii) Los casos ante la CESL contra Samuel Norman, Moinima Fofana y Allieu Kondewa (conocido como el caso de las Fuerzas de Defensa Civil, “CDF”) y el caso contra Issa Sessay, Morris Kallon y Augustine Gbao (conocido como el caso contra el Frente Revolucionario Unido, “RUF”); y
- (iv) Los casos ante la CPI contra Jean-Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muam-

²⁵⁴ Vid. la sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Federal Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Buenos Aires, que se puede encontrar en *Sentencias de la Corte Suprema*, Vol. 29, I-II, pp. 36-1657. El texto de esta sentencia, así como el texto de la subsiguiente sentencia de 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en la que se revoca la aplicación realizada por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires del concepto de autoría mediata por EOP, puede encontrarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causal13>.

²⁵⁵ Sentencia de primera instancia en el caso Stakic (*supra* n. 43), párrs. 808-816.

mar Gaddafi, Saif Gaddafi, Abdullah Al-Senussi, Francis Muthaura, Uhuru Kenyatta, William Ruto, Henry Kosgey y Laurent Nbagbo.

Sin embargo, de todos los casos mencionados ante tribunales penales internacionales, sólo en los casos ante la CPI contra Omar al Bashir y Abdullah Al-Senussi el concepto de autoría mediata a través de EOP ha sido aplicado de forma autónoma. En el primer caso, su aplicación autónoma se debe a que, según la SCP I, Al Bashir era un dirigente con un grado de control tal sobre el aparato de poder de la República de Sudán, que fuera de lo que es habitual, existían indicios razonables de que pudiera haber controlado dicho aparato de poder exclusivamente por sí mismo. Por su parte, el caso contra Abdullah Al-Senussi (jefe de la inteligencia militar del estado libio) pertenece a un segundo grupo de casos en los que también cabe la aplicación autónoma de la autoría mediata por EOP porque se dirigen contra jefes de unidades a los que se imputan únicamente los delitos cometidos por sus subordinados²⁵⁶.

El resto de casos arriba mencionados tienen en común que se refieren a situaciones en las que varios dirigentes políticos y militares, que dirigen distintas organizaciones (o partes de las mismas), las utilizan para ejecutar de manera coordinada un plan criminal común. En consecuencia, en dichos casos, el concepto de autoría mediata a través de EOP no puede ser aplicado autónomamente, sino que ha de ser aplicado en combinación con el concepto de coautoría, dando lugar a la figura de la "coautoría mediata". Sobre esta última figura, la SCP I ha afirmado repetidamente que constituye una cuarta manifestación del concepto de dominio del hecho:

Para empezar, la Sala subraya que, en los casos Lubanga, y Katanga y Ngudjolo, la Sala ha sostenido que el artículo 25 (3)(a) del Estatuto acoge el concepto de dominio del hecho como criterio determinante para distinguir entre la autoría y la participación. Además, como la Sala ha señalado ya en tales casos, el artículo 25(3) (a) del Estatuto también adopta las siguientes cuatro manifestaciones del concepto de dominio del hecho: autoría directa, autoría mediata o a través de una tercera persona, coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho, y coautoría mediata²⁵⁷.

Ahora bien, como veremos con detalle en los capítulos 4 y 5 de esta obra, es importante señalar que así como el concepto de coautoría varía entre la CPI, y el TPIY, el TPIR y la CESL, del mismo modo también varía el concepto de coautoría mediata. Así, mientras en los casos arriba men-

²⁵⁶ Orden de arresto en el caso Muamar y Saif Gaddafi y Abdullah Al-Senussi (supra n. 146), párrs. 89,90.

²⁵⁷ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7), párr. 210.

cionados ante el TPIY, el TPIR y la CESL, la autoría mediata a través de EOP se ha aplicado en combinación con una construcción subjetiva de la coautoría basada en la empresa criminal común, en los casos ante la CPI se ha aplicado en combinación con una construcción de la coautoría basada en el dominio funcional del hecho²⁵⁸.

ii. El caso contra Thomas Lubanga ante la CPI: la dificultad de probar el control de la organización en grupos armados organizados

El caso contra Thomas Lubanga Dyilo ante la CPI es un buen ejemplo de los problemas que se pueden plantear al tratar de aplicar la autoría mediata a través de EOP a grupos armados organizados que no forman parte del aparato del estado. En tanto en cuanto la sentencia de primera instancia de 14 de marzo de 2012 aplica la coautoría sin tratar la cuestión relativa a la posible aplicación de la autoría mediata, nos centraremos en nuestra exposición en el análisis realizado por la SCP I en su decisión de confirmación de cargos, donde se abordan en detalle las razones por las que la figura de la autoría mediata por EOP no es aplicable al presente caso.

Los hechos del caso se produjeron en el contexto del conflicto armado ocurrido en el territorio de Ituri (distrito de la Provincia Oriental de la República Democrática del Congo entre el 1 de julio de 2002 y el 31 de diciembre de 2003)²⁵⁹. Tanto en la decisión de confirmación de cargos, como en la sentencia de primera instancia, la SCP I y la SPI I consideraron que en este conflicto armado, además del ejército de la República de Uganda (*Ugandan People Defence Forces*, UPDF), estaban involucrados varios grupos armados organizados, incluyendo a la *Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix* (UPC/RP) y su brazo militar las *Forces Patriotiques pour la Libération du Congo* (FPLC), *le Parti pour l'Unité et la Sauvegarde de l'Intégrité du Congo* (PUSIC) y *le Front National Integrationniste* (FNI)²⁶⁰. En este

²⁵⁸ H Olásolo, *The Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Hart Publishers, Londres, 2009), Capitol 4, sección V.B y V.D. y capítulo 5, sección VI.

²⁵⁹ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 22), párrs. 167-237, en particular los párrs. 220, 236, 237. Si bien la sentencia de primera instancia, dictada el 14 de marzo de 2012 por la SPI I de la CPI, limita el ámbito temporal del conflicto armado hasta el 13 de agosto de 2012.

²⁶⁰ En la confirmación de cargos del caso Lubanga, el conflicto armado fue calificado por la SCP I como de carácter internacional hasta el momento en que las UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003, y de carácter no internacional con posterioridad. Por su parte, en la sentencia de primera instancia, la SPI I concluyó que

contexto, las FPLC desarrollaron una política de alistamiento y reclutamiento de jóvenes, que también incluía a niños menores de 15 años²⁶¹. Tras completar su entrenamiento, los jóvenes reclutas de las FPLC, incluyendo a los niños menores de 15 años, eran utilizados para participar activamente en las hostilidades²⁶².

Según la SCP I, desde comienzos de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, Thomas Lubanga, además de ejercer como Presidente electo de la UPC/RP:

[...] tenía en la práctica el control último sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de las Secretarías Nacionales del movimiento²⁶³.

Además, desde la creación de las FPLC como brazo militar de la UPC/RP a principios de septiembre de 2002, y hasta finales de 2003, Thomas Lubanga fue, formalmente, el comandante en jefe de las FPLC. En tal condición era informado acerca de las operaciones militares de las FPLC y acerca de la situación en los campos de entrenamiento militar de las FPLC, y con regularidad cumplía con los deberes inherentes a su posición²⁶⁴.

No obstante, como resultado de las diversas crisis internas que tuvieron lugar entre finales de 2002 y comienzos de 2003 dentro de las FPLC, surgieron importantes divisiones internas entre sus oficiales²⁶⁵. Esto hizo que Thomas Lubanga trabajase más de cerca con algunos de sus oficiales que con otros, lo que, en opinión de la SCP I, provocó que tuviera "por lo general, pero no siempre" la última palabra acerca de la adopción de las políticas de las FPLC, así como sobre la ejecución por parte de las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC²⁶⁶.

La SCP I también concluyó que, como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control ejercido en la práctica por Thomas Lubanga

²⁶¹ El conflicto tenía en todo caso un carácter no internacional, a pesar de la intervención en el mismo de las fuerzas de Uganda, porque en el conflicto no estaban involucradas las tropas de un tercer estado (ya fuera la República Democrática del Congo, ya fuera Ruanda). Vid. confirmación de cargos en el caso Lubanga (*ibid.*), párrs. 220, 236, 237. Vid. también la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (*supra* n. 18), párr. 524.

²⁶² Confirmación de cargos en el caso Lubanga (*ibid.*), párrs. 249, 253, 254, 258.

²⁶³ *Ibid.*, párrs. 266, 267.

²⁶⁴ *Ibid.*, párr. 368.

²⁶⁵ *Ibid.*, párr. 373.

²⁶⁶ *Ibid.*, párr. 375(a)-(b).

²⁶⁷ *Ibid.*, párrs. 375(c), 376.

dentro de las FPLC era menor que el ejercido dentro de la UPC/RP, como lo demostraba el hecho de que los miembros del Estado Mayor de las FPLC y, en particular, el Jefe del Estado Mayor "ordenara el lanzamiento de operaciones militares sin consultar a Thomas Lubanga"²⁶⁷.

Esta parece haber sido en última instancia la razón por la que la SCP I desestimó la aplicación del concepto de autoría mediata a través de EOP. En efecto, en ausencia de una relación vertical clara entre el imputado y algunos de los oficiales de alto rango de las FPLC que estaban aparentemente involucrados en la comisión de los delitos, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC bajo el dominio del imputado.

En consecuencia, la SCP I ni siquiera analizó si las FPLC cumplían con los requisitos para ser calificadas como una estructura organizada de poder donde el cumplimiento de las órdenes fuera automático²⁶⁸, y pasó directamente a analizar la posible responsabilidad penal de Thomas Lubanga como coautor de los delitos imputados debido a la existencia de un plan común desde la creación de las FPLC a principios de septiembre de 2002 entre el propio Thomas Lubanga y (i) los dirigentes políticos del más alto rango de la UPC/RP a cargo de defensa y seguridad (el Vicesecretario Nacional de Defensa de la UPC/RP y el Jefe de Seguridad de la UPC/RP), (ii) los dirigentes militares de más alto rango de las FPLC (el Jefe del Estado Mayor de las FPLC y el Jefe Adjunto de Operaciones Militares del Estado Mayor de las FPLC), y (iii) otros dirigentes militares de las FPLC²⁶⁹. Según la SCP I, todos estos individuos se conocían y habían trabajado juntos antes de la creación de las FPLC²⁷⁰.

Según la SCP I, el plan común, que fue ejecutado desde comienzos de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, se dirigió a promover el esfuerzo bélico de la UPC/RP y las FPLC: (i) reclutando, voluntariamente o por la fuerza, a jóvenes para las FPLC; (ii) sometiéndolos a entrenamiento militar;

²⁶⁷ *Ibid.*, párr. 374.

²⁶⁸ Esto, a pesar de que, en la orden de arresto en el caso Lubanga (*supra* n. 24), párr. 9, la SCP I de la CPI había afirmado que "hay motivos razonables para creer que, dada la relación jerárquica entre el Sr. Thomas Lubanga Dilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con el de coautoría basada en el dominio conjunto del hecho al que se refiere la solicitud de la Fiscalía, están previstos en el artículo 25(3)(a) del Estatuto, podría ser aplicable al presunto papel desarrollado por el Sr. Thomas Lubanga Dilo en la comisión de los delitos expuestos en la solicitud de la Fiscalía".

²⁶⁹ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (*supra* n. 22), párr. 377 (i).

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 378.

y (iii) utilizándolos para participar activamente en operaciones militares, y haciendo guardias para proteger objetivos militares. Si bien el plan común no iba directamente dirigido a cometer ningún delito porque su objetivo era el reclutamiento de jóvenes en general, contenía un elemento de criminalidad, puesto que, a pesar de que su objetivo no eran específicamente los niños menores de 15 años, su ejecución asumía la probabilidad de que tales niños podrían verse afectados²⁷¹. En este aspecto, la SCP I difirió de la SCP I en cuanto que consideró que la afectación de niños menores de 15 años como consecuencia de la ejecución del plan común no era una mera probabilidad, sino que constituía, como mínimo, una certeza virtual, de la cual tanto Thomas Lubanga como el resto de coautores eran plenamente conscientes²⁷².

iii. El caso contra Omar Al Bashir ante la CPI: primer caso ante una jurisdicción penal internacional en el que el concepto de autoría mediata a través de EOP se aplica autónomamente

El caso *Al Bashir* ante la CPI constituye el primer caso ante un tribunal penal internacional en el que el concepto de autoría mediata por EOP ha sido aplicado autónomamente, y no como parte del concepto de co-autoría mediata²⁷³.

Según lo señalado por la SCP I, los fundamentos de hecho que delimitan los contornos del caso son los siguientes. Poco después del ataque al aeropuerto de El Fasher en abril de 2003, el gobierno de Sudán, en respuesta a las actividades del Ejército Sudanés de Liberación ("SLA"), el Movimiento por la Justicia y la Equidad ("JEM") y otros grupos armados

²⁷¹ Ibid, párr. 377. Ver el capítulo 5, ap. V.A, donde se recoge el análisis del tratamiento de la coautoría por la SCP I en el caso Lubanga.

²⁷² Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 18), párr. 1018, 1351 y ss.

²⁷³ Debido a la revocación por la Sala de Apelaciones de la definición inicial del estándar de prueba que respecta al delito de genocidio llevó a cabo la SCP I, se dictaron en este caso dos decisiones de orden de arresto contra Al Bashir: la primera de 4 de marzo de 2009 [primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 7)], y la segunda de 12 de julio de 2010 [Segunda orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 145)]. Sin embargo, en lo referente a las formas de responsabilidad penal es la primera de ellas la que resulta relevante porque la SCP I se remite en la segunda al análisis y conclusiones previamente alcanzadas en aquella. Por ello, hemos tomado la primera orden de arresto como principal referente a la hora de abordar la presente sección.

de oposición en Darfur, decretó una movilización general de las milicias Janjaweed.

A partir de entonces, y durante más de cinco años las fuerzas del gobierno de Sudán que incluían las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, el Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional y la Comisión para Asuntos Humanitarios, así como sus aliados de las milicias Janjaweed, desarrollaron una campaña de contra-insurgencia²⁷⁴. El elemento central de esta campaña fue el ataque contra aquella parte de la población civil de Darfur (perteneciente en gran medida a los grupos Fur, Massalit y Zaghawa) que era percibida por el gobierno de Sudán como cercana al SLA, al JEM y a los demás grupos armados organizados de oposición²⁷⁵.

Este ataque ilícito se caracterizó por (i) su gran escala, al afectar a cientos de miles de individuos y extenderse a una gran parte del territorio de los tres departamentos en que se dividía la región de Darfur; y (ii) su naturaleza sistemática, dado que los actos de violencia siguieron por lo general un mismo patrón²⁷⁶. Durante este ataque, las fuerzas del gobierno de Sudán: (i) llevaron a cabo numerosas operaciones ilícitas en ciudades y pueblos de la región (que fueron frecuentemente seguidas por actos de saqueo); (ii) cometieron el asesinato y exterminio de miles de civiles; (iii) violaron a miles de mujeres; (iv) desplazaron forzosamente a cientos de miles de civiles; y (v) realizaron actos de tortura contra la población civil²⁷⁷. Mientras la primera orden de arresto dictada por la SCP I contra Omar Al Bashir el 4 de marzo de 2009 consideraba que estos hechos eran constitutivos de delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, la segunda orden de arresto dictada por la propia SCP I el 12 de julio de 2010 consideró que estos hechos mostraban también motivos razonables para creer que las fuerzas del gobierno de Sudán habían incurrido en un delito de genocidio²⁷⁸.

La campaña de contra-insurgencia fue en gran medida ejecutada por: (i) los Comités de Seguridad locales (formados por el jefe del municipio y los representantes en la misma de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, y el Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional)²⁷⁹; y (ii) los Comités de Seguridad estatales (formados por el gobernador del Estado y los re-

²⁷⁴ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (ibid), párr. 74.

²⁷⁵ Ibid, párrs. 75, 76.

²⁷⁶ Ibid, párrs. 84, 85.

²⁷⁷ Ibid, párr. 192.

²⁷⁸ Segunda orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 145), pp. 7-8.

²⁷⁹ Primer orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 8), párrs. 217, 218.

presentantes en el mismo de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, y el Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional)²⁸⁰. Mientras los Comités de Seguridad locales actuaban conjuntamente con las milicias Janjaweed a nivel local, los Comités de Seguridad estatales se coordinaban con los dirigentes regionales de dichas milicias²⁸¹. El Vice-Ministro Federal de Interior era la persona encargada de la supervisión de los Comités de Seguridad de los tres estados de Darfur, y la coordinación entre el Gobierno de dichos estados y las más altas instancias del gobierno de Sudán²⁸².

Al analizar la responsabilidad penal de Al Bashir, la SCP I comenzó por señalar que la campaña se había realizado a través de las distintas organizaciones del aparato de poder del estado de Sudán, las cuales habían sido utilizadas de manera coordinada para desarrollar conjuntamente la campaña de persecución arriba mencionada²⁸³. Sin embargo, la SCP I no discutió expresamente si el aparato de poder del estado de Sudán poseía las características de organización jerárquica y fungibilidad de sus miembros, requeridas por la jurisprudencia de la SCP I para que pudiera afirmarse el automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de una organización (requisito éste imprescindible para la aplicación del concepto de autoría mediata a través de EOP). Ahora bien, de la lectura de los párrafos 216 a 223 de la primera orden de arresto se observa que la SCP I consideró implícitamente que el aparato de poder del estado de Sudán poseía efectivamente tales características.

Para la SCP I, el problema surgía a la hora de determinar si:

- (i) Se trataba de una situación de control compartido (relación horizontal) entre Al Bashir y un pequeño círculo cercano de altos dirigentes políticos y militares del gobierno de Sudán, que habían planeado, puesto en marcha y dirigido coordinadamente la ejecución de la campaña de contra-insurgencia a través de las distintas organizaciones del aparato del estado que dirigían cada uno; o si
- (ii) Al Bashir, al haber actuado tanto *de jure* como *de facto* como presidente de Sudán y comandante en jefe de las Fuerzas Armadas sudanesas entre 2003 y 2008, llegó a poseer un nivel de control superior (relación vertical con el resto de miembros de su gobier-

no, Fuerzas Armadas, Policía Nacional y servicios de inteligencia), que le proporcionaba la capacidad para controlar por sí mismo el conjunto del aparato de poder del estado de Sudán (de manera que habría sido él mismo quien en última instancia lo habría activado para lanzar la campaña de contra-insurgencia contra aquella parte de la población civil de Darfur que era percibida como cercana a los grupos armados de oposición).

Tras analizar esta cuestión, la SCP I no alcanzó una respuesta definitiva, dejando la misma para una etapa posterior de las actuaciones. En consecuencia, según la SCP I, existían motivos razonables para creer que Al Bashir y otros altos dirigentes políticos y militares del gobierno de Sudán habían utilizado de manera coordinada las organizaciones del aparato del estado que dirigían para planear, preparar y ejecutar conjuntamente la campaña de contra-insurgencia. En particular, Al Bashir habría desarrollado desde su posición de presidente de Sudán y comandante en jefe de sus Fuerzas armadas un papel esencial en la coordinación del diseño y ejecución del plan común²⁸⁴.

Sin embargo, al mismo tiempo, y de manera alternativa, la SCP I también concluyó que existían motivos razonables para creer que Al Bashir: (a) desarrolló un papel que fue más allá de la coordinación en el diseño y la ejecución de la campaña de contra-insurgencia; (b) se encontraba en completo control de las distintas organizaciones que formaban parte del aparato del estado en Sudán, incluyendo sus Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional y Comisión para Asuntos Humanitarios; y (c) utilizó dicho control para asegurar la ejecución de dicha campaña²⁸⁵.

Por esta razón, y una vez que la SCP II comprobó que concurren en Al Bashir los elementos subjetivos requeridos por los delitos imputados, y que el mismo era consciente de las circunstancias fácticas que le atribuían el dominio del hecho punible, las dos órdenes de arresto dictadas por la SCP I lo consideraron alternativamente como co-autor mediato, o autor mediato, de los delitos cometidos por las fuerzas del gobierno de Sudán como parte de la campaña de contra-insurgencia²⁸⁶.

²⁸⁰ Ibid, párr. 217, 219.

²⁸¹ Ibid, párrs. 218, 219.

²⁸² Ibid, párr. 220.

²⁸³ Ibid, párr. 216.

²⁸⁴ Ibid, párr. 221.

²⁸⁵ Ibid, párr. 222.

²⁸⁶ Ibid, párr. 223.