

El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforme al derecho penal internacional

Héctor OLÁSULO*

SUMARIO:

Introducción

- 1. El papel de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga con respecto al tratamiento de la distinción entre autoría y participación en derecho penal internacional.**

* Sala de la Corte Penal Internacional, doctor en derecho, letrado. Universidad de Utrecht, profesor titular a tiempo parcial en el departamento de derecho penal y procesal penal. Comisión Preparatoria para el establecimiento de la Corte Penal Internacional (1999-2002), miembro de la delegación española. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, letrado de la Fiscalía.

Las opiniones expresadas en este artículo son aquellas personales del autor y no se corresponden necesariamente con aquéllas de la Corte Penal Internacional, del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia o de las Naciones Unidas en general o del gobierno español.

2. **La elaboración de la doctrina de la empresa criminal común por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, y su relación con la teoría del dominio del hecho adoptada por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga:** 2.1 *La doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR.* 2.2 *La teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga.*
3. **La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga como principal referente de la aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho a nivel internacional.** 3.1 *Primera aproximación.* 3.2 *Aplicación de los elementos objetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho:* 3.2.1 *Plan Común.* 3.2.2 *Contribución esencial.* 3.3 *Aplicación de los elementos subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho.* 3.4 *Comentario final.*
4. **Revisión del análisis de los tribunales *ad hoc* sobre el carácter consuetudinario de la distinción entre autoría y participación en virtud de la doctrina de la empresa criminal común a la luz de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga:** 4.1 *Necesidad de la Revisión.* 4.2 *El Estatuto de Roma, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y Otros Convenios Regionales e Internacionales.* 4.3 *Jurisprudencia relativa a los casos de la Segunda Guerra Mundial.* 4.4 *Principios generales de responsabilidad penal en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general.* 4.5 *La doctrina de la empresa criminal común y la teoría del dominio del hecho en las legislaciones nacionales.*

Conclusión

INTRODUCCIÓN

Tras la apertura de las investigaciones en las situaciones de crisis en la República Democrática del Congo ("RDC"), Norte de Uganda, Darfur (Sudan) y República Centrafricana, a principios de febrero de 2006, la Sala de Cuestiones Preliminares I ("SCP I"), a solicitud de la Fiscalía, dictó, en el contexto de la investigación en RDC, una orden de arresto contra Thomas Lubanga, iniciando de esta manera el primer caso ante

la Corte Penal Internacional (“CPI”)¹. Tras su entrega a la Corte², la jueza brasileña Sylvia H. Steiner³, jueza única del caso, puso en marcha el procedimiento dirigido a la preparación de la audiencia de confirmación de cargos, en lo que iba a constituir la primera vez que se aplicase la ambigua normativa procesal aprobada durante las negociaciones mantenidas en Roma y Nueva York entre 1996 y 2002⁴.

La audiencia de confirmación de cargos se celebró entre los días 9 y 28 de noviembre de 2006, y la SCP I dictó su decisión confirmando los

¹ Desde una perspectiva fáctica, el caso contra Thomas Lubanga Dyilo se refiere a hechos ocurridos en relación con el conflicto armado acaecido en el territorio de Ituri (distrito de la provincia Oriental de la RDC entre el 1º de julio de 2002 y el 21 de diciembre de 2003). Según la SCP I, en este conflicto participaron las fuerzas armadas de la República de Uganda (Ugandan People Defence Forces, “UPDF”), además de un número importante de grupos armados organizados, incluidos l’Union des Patriotes Congolais/Rassemblement pour la Paix (“UPC/RP”) y su brazo armado les Forces Patriotiques pour la Libération du Congo (“FPLC”), le Partit pour l’Unité et la Sauvegarde de l’Integrite du Congo (“PUSIC”) y le Front National Intégrationniste (“FNI”). Según la SCP I, el conflicto armado tuvo un carácter internacional hasta el momento que UPDF se retiraron del territorio de Ituri el 2 de junio de 2003. Con posterioridad la SCP I consideró que el conflicto armado asumió un carácter no internacional. En este contexto, las FPLC pusieron en marcha una política de reclutamiento y alistamiento de jóvenes (que incluía también a niños menores de quince años)¹, así como de utilización de los mismos para participar activamente en las hostilidades una vez completado su entrenamiento. El imputado, Thomas Lubanga Dyilo, es el todavía presidente de la UPC/RP –que durante buena parte de este período ejerció el gobierno provisional del territorio de Ituri– así como el ex comandante en jefe de las FPLC. *Vid.* decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 220, 236, 237, 249, 253, 254, 258, 266, 267, 273, 368 y 373.

² El 20 de marzo de 2006 se llevó a cabo la comparecencia inicial de Thomas Lubanga ante la SCP I.

³ El autor, después de haber participado como miembro de la delegación española en las negociaciones sobre los EC y RPP, ha tenido la fortuna de acompañar a la Jueza Sylvia H. Steiner en todo este proceso en cuanto que su único letrado.

⁴ La ambigüedad de la normativa procesal contenida en el Estatuto de Roma (“ER”) y en las Reglas de Procedimiento y Prueba (“RPP”) –fruto de los compromisos entre los distintos sistemas procesales de los Estados participantes en las negociaciones– obligó a realizar una intensa labor interpretativa para concretar su contenido. De esta manera, cuestiones como el procedimiento de tramitación de las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad, el sistema de revelación de prueba y su interrelación con el procedimiento de adopción y ejecución de las medidas de protección de testigos, el contenido de las cargas y expectativas procesales de aquellos a quienes se reconoce la posición procesal de víctima en las actuaciones o la sanción en supuestos de prueba ilícitamente obtenida, fueron, entre otras muchas, objeto de análisis durante este período. Como resultado, entre marzo y octubre de 2006, se dictaron más de 250 decisiones en respuesta a los más de 500 escritos presentados por las partes, lo que provocó que el sumario de esta fase preliminar contenga más de 12.000 páginas de debate procesal. Las decisiones y escritos de las partes que tienen un carácter público pueden encontrarse en el página web oficial de la CPI: http://www.icc-cpi.int/cases/RDC/c0107/c0107_doc.html

cargos contra Thomas Lubanga Dyilo el 29 de enero de 2007⁵. Como se pondrá de manifiesto a lo largo de este artículo, la importancia de esta decisión –la primera de carácter sustantivo dictada por la CPI– en el desarrollo del derecho penal internacional es manifiesta⁶. Si bien, en opinión del autor, de entre las cuestiones abordadas por la misma, tiene particular significación la relativa a los criterios utilizados por el Estatuto de Roma y por el derecho penal internacional para distinguir entre quienes son responsables a título de autores, y quienes son responsables a título de partícipes, por la comisión de genocidio, crímenes contra humanidad y, en particular, crímenes de guerra⁷.

⁵ SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Confirmation of the Charges, de 29 de enero de 2007, documento núm.: ICC-01/04-01/06-803-tENG (referida en el texto como “decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga”). Esta decisión se encuentra disponible en su versión inglesa en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803-tEN_English.pdf, y en su versión francesa en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-803_French.pdf. Las citas realizadas en este artículo hacen referencia a la versión inglesa de la decisión.

⁶ En la misma, entre muchas otras cuestiones, (i) se abordan cuestiones relativas a la estructura de los delitos en el ER y en los Elementos de los Crímenes (“EC”), (ii) se define el concepto de conflicto armado en el art. 8 ER y su distinción de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista; (iii) se desarrolla el elemento subjetivo general del artículo 30 ER (estableciendo el dolo eventual como requisito mínimo para que las conductas tipificadas en los arts. 6 a 8 ER den lugar a responsabilidad penal, y excluyendo del ámbito del 30 ER la culpa consciente o *subjective recklessness*, la imprudencia temeraria u *objective recklessness*, y la mera imprudencia), (iv) se considera que, en relación con el delito de alistamiento o reclutamiento de niños menores de 15 años, la expresión “fuerzas armadas nacionales” en el art. 8 (2)(b)(xxvi) ER incluye también a los grupos armados organizados que están involucrados en un conflicto armado de carácter internacional, (v) se considera que el uso de niños menores de quince años como guardaespaldas es parte del tipo penal, relativo al uso de tales niños para que participen activamente en las hostilidades; (vi) se analiza el contenido del principio de legalidad penal previsto en los arts. 22, 23 y 24 ER; y (vii) se establecen las fronteras en la aplicación del error de derecho como causa de exculpación conforme al art. 32 ER. Varias de estas cuestiones han sido ya analizadas por el autor en trabajos previos; ver en particular, Olásulo, Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007, y Olásulo/Pérez Cepeda, Terrorismo Internacional y Conflicto Armado, Tirant lo Blanch, 2008.

⁷ Olásulo, H., *Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, Londres, 2008 (en prensa), Section I.

A este respecto conviene señalar que la enorme relevancia de esta cuestión ha de apreciarse a la luz de cambio experimentado de un tiempo a esta parte por los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda (conocidos como los “tribunales *ad hoc*”), de manera que, mientras que en sus primeros años de existencia centraron su actividad en el procesamiento de soldados y mandos medios directamente relacionados con la escena del delito, en los últimos años han dirigido sus actuaciones contra dirigentes políticos y militares que se encuentran geográfica y estructuralmente alejados de la escena del crimen. Además, esta misma línea de actuación ha sido expresamente adoptada a partir del 2003 por la Fiscalía de la Corte en sus varios “*policy papers*”⁸ y se ha materializado en la selección de Thomas Lubanga, quien ejerció el gobierno provisional del territorio de Ituri (provincia de la RDC) y fue comandante en jefe de las FPLC en la segunda mitad de 2002 y en el 2003⁹, como sujeto del primer caso ante la Corte.

1. EL PAPEL DE LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA CON RESPECTO AL TRATAMIENTO DE LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, la SCP I subraya lo siguiente:

La Sala recuerda que, en su decisión relativa a la emisión de una orden de arresto, ya ha distinguido entre (i) la comisión *stricto sensu* de un delito por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable, de acuerdo con lo previsto en el sub-apartado (3)(a) del art. 25 ER, y (ii) la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos conforme al art. 28 ER, así como las distintas formas de participación, que a diferencia de la autoría, se recogen en los sub-apartados (3)(b) a (3)(d) ER¹⁰.

⁸ Los distintos *policy papers* de la Fiscalía de la CPI están disponibles en la página web oficial de la CPI.

⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 373.

¹⁰ Traducción del autor. *Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga*, párrafo 320.

De esta manera, según la SCP I, el art. 25 (3) ER, incluido en la parte sobre principios generales de derecho penal aplicables por la CPI, adopta la distinción entre autoría y participación¹¹. Así, mientras el sub-apartado 3(a) del art. 25 ER recoge el concepto de autoría mediante el uso de la expresión “cometa ese crimen” para referirse a la comisión *stricto sensu* de un delito¹², los sub-apartados 3(b) a 3(d) del art. 25 ER utilizan las expresiones “ordene”, “proponga”, “induzca”, “sea cómplice”, “sea encubridor”, “colabore” y “contribuya de algún otro modo” para recoger aquellas formas de participación en la comisión de un delito por una tercera persona que también dan lugar a responsabilidad penal conforme al ER¹³. En opinión del autor, de esta manera se culmina el largo proceso que ha llevado a la consagración en el derecho penal internacional de la distinción entre autoría y participación.

A este respecto, conviene recordar que los estatutos del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (“IMT”) y del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente con sede en Tokyo (“IMTFE”), fueron los primeros en introducir en el derecho penal internacional ciertas reglas básicas relativas a las formas de responsabilidad penal individual. Estas reglas aparecen en diversas disposiciones, de modo que, mientras ciertas formas de responsabilidad penal se incluyen como parte de la definición de algunos delitos¹⁴, otras se encuentran tras la definición de los crímenes contra la humanidad en el último párrafo del art. 6(c) del estatuto del IMT y del art. 5(c) del estatuto del

¹¹ En el mismo sentido, Ambos: 1999: 478 a 480; y Werle: 2005: 212-213.

¹² SCP I, Caso ICC-01/04-01/06, The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest, Article 58, de 10 de febrero de 2006. documento núm: ICC-01/04-01/06-1 (referida en el texto como “decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga”), párrafo 78. La versión pública de esta decisión se encuentra en el anexo I de la decisión núm ICC-01/04-01/06-8 de 24 de febrero de 2006. La versión inglesa se encuentra disponible en http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr_English.pdf, mientras que la versión francesa se puede encontrar en <http://www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-01-04-01-06-8-US-Corr-tFrench.pdf>. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

¹³ Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

¹⁴ El art. 6(a) del estatuto del IMT y art. 5(a) del estatuto del IMTFE definen los contra la paz como “el planeamiento, la preparación, la iniciación o el desarrollo de una guerra de agresión, o de una guerra en violación de tratados internacionales, acuerdos o garantías, así como la participación en un plan común o en una conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores.” (traducción del autor).

IMTFE¹⁵. La distinción entre autoría y participación no se recoge en las mismas, adoptando, como AMBOS ha señalado, un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes¹⁶. Como resultado, la jurisprudencia del IMT y del IMTFE se limita a señalar que distintas formas de intervención en la comisión del delito dan lugar a responsabilidad penal individual¹⁷.

Las reglas relativas a las formas de responsabilidad penal recogidas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania, establecido tras la Segunda Guerra Mundial, son algo más sistemáticas que las recogidas en los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo. Aunque algunas de ellas continúan formando parte de la definición de los delitos contra la paz¹⁸, las mismas introducen por primera vez en el derecho penal internacional la distinción entre los conceptos de autoría y participación¹⁹. Sin embargo, la jurisprudencia de los tribunales militares norteamericanos que aplicaron esta ley se olvida de esta distinción, y acoge un concepto unitario de autor que no distingue entre autores y partícipes²⁰.

¹⁵ Conforme al art. 6(c) del estatuto del IMT y al art. 5(c) del estatuto del IMTFE, "los líderes, organizadores, instigadores, y cómplices que participan en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los delitos arriba mencionados son responsables por todos los actos llevados a cabo en ejecución de dicho plan" (traducción del autor).

¹⁶ Ambos: 2005: 275 et seq.

¹⁷ Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

¹⁸ El art. II.1(a) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania define los delitos contra la paz como "la iniciación de la invasión de un tercer país o de una guerra de agresión en violación de tratados y normas internacionales, de acuerdos o de garantías, así como la participación en un plan común o conspiración para llevar a cabo cualquiera de los actos anteriores" (traducción del autor).

¹⁹ El art. II (2) de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado, que se recoge inmediatamente a continuación de las definiciones de los delitos, prevé que "cualquier persona, con independencia de su nacionalidad o de la capacidad con la que haya actuado, es penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en el párrafo 1 si (a) fue autor del delito; (b) si fue partícipe, o ordenó o encubrió el mismo; (c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; (d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; (e) era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; o (f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1(a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como la pertenencia al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, co-beligerantes o satélites, o ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países" (traducción del autor).

²⁰ Ambos: 2005: 75 et seq, y Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

Es necesario esperar hasta la aprobación por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994 de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Rwanda²¹, y hasta la elaboración por la Comisión de Derecho Internacional en 1991 y en 1996 del proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad²², para encontrar el primer intento serio de desarrollar la normativa sobre formas de responsabilidad penal contenida en los estatutos de los tribunales de Nuremberg y Tokyo y en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado para Alemania²³.

La distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) del estatuto del tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia ("ETPIY") ha sido adoptada de manera reiterada por la jurisprudencia del TPIY. En este sentido, es importante señalar que la sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó ya en 1999 que el principal elemento que permite distinguir entre los conceptos de empresa criminal común y complicidad es que "el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor"²⁴. Posteriormente, la Sala de primera instancia I, en su sentencia de 26 de febrero de 2001 en el caso Kordic, afirmó que "las distintas formas de intervención en la comisión de un delito que dan lugar a responsabilidad penal conforme al art. 7(1) ETPIY pueden ser divididas entre formas de autoría y formas de participación"²⁵. Esta misma Sala, en su sentencia de 2 de agosto de 2001 en el caso Krstic, añadió que "parece claro que la expresión '*accomplice liability*' deno-

²¹ En particular los arts. 7 (1) ETPIY y 6 (1) ETPIR.

²² Conforme al art. 2 (3) del proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad (1996), "todo individuo será penalmente responsable por cualquiera de los delitos previstos en los artículos 17, 18, 19 y 20 si (a) comete intencionalmente el delito; (b) ordena la comisión del delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; (c) no previene, o no castiga, la comisión del delito cuando se produzcan las circunstancias previstas en el artículo 6; (d) con conocimiento, actúa como cómplice, encubridor o asiste de otra manera, directa o indirecta, en la comisión del delito, incluyendo el suministro de los medios para llevarlo a cabo; (e) participa directamente en el planeamiento o en la conspiración del delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; (f) incita directa y públicamente a otra persona para cometer el delito, que es posteriormente consumado o, al menos, intentado; e (g) intenta cometer el delito mediante actos que dan comienzo a su ejecución, pero el delito no se consuma debido a circunstancias ajenas a su voluntad. (Traducción del autor).

²³ Werle: 2005: 211.

²⁴ Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 229.

²⁵ Traducción del autor. Sentencia de primera instancia en el caso Kordic, párrafo 373.

ta una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito”²⁶.

La Sala de apelaciones del TPIY volvió a abordar el problema de la distinción entre autoría y participación en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic. En esta decisión afirmó expresamente que “la empresa criminal común tiene que ser considerada, no como una forma de participación, sino como una forma de autoría”²⁷. Desde entonces, la jurisprudencia del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac²⁸, Vasiljevic²⁹, Blaskic³⁰, Krstic³¹, Kvočka³², Simic³³ y Brdanin³⁴, y en las recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik³⁵ y Martić³⁶, ha venido afirmando de manera reiterada que el art. 7 (1) ETPIY adopta la distinción entre autoría y participación y, por lo tanto, rechaza un concepto unitario de autor.

A este respecto conviene no olvidar que alguna que otra decisión aislada del propio TPIY intenta rechazar sin éxito la distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) ETPIY. Así, la sentencia de primera ins-

²⁶ Traducción del autor. Sentencia de primera instancia en el caso Krstic, párrafo 642. Esta distinción fue también adoptada en los párrafos 240 a 273 de la sentencia de primera instancia en el caso Kvočka, donde se afirma que quienes participan en una empresa criminal común sin llevar a cabo personalmente ninguno de los elementos objetivos del tipo pueden ser penalmente responsables: (i) como coautores si contribuyen a la ejecución del plan común compartiendo el deseo (dolo directo de primer grado) de hacer realidad el propósito criminal común; o (ii) como partícipes si llevan a cabo su contribución sin dicho deseo, pero a sabiendas de que su conducta facilitará la ejecución del propósito criminal común.

²⁷ Traducción del autor. Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31. *Vid.* También el párrafo 20 de dicha decisión.

²⁸ Sentencia de apelación en el caso Krnojelac, párrafos 30 y 73.

²⁹ Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic, párrafos 95, 102 y 111.

³⁰ Sentencia de apelación en el caso Blaskic, párrafo 33.

³¹ Sentencia de apelación en el caso Krstic, párrafos 134, 137 y 266 a 269.

³² Sentencia de apelación en el caso Kvočka, párrafos 79 y 91.

³³ Sentencia de apelación en el caso Simic, párrafos 243 y 265.

³⁴ Sentencia de apelación en el caso Brdanin, párrafos 431, 434 and 444-450. La Sentencia de apelación en el caso Stakic, si bien señala que la doctrina de la empresa criminal común es parte de la costumbre internacional y, por tanto, es aplicable ante el TPIY (párrafo 62), no afirma expresamente que quienes participan en una empresa criminal común sean penalmente responsables a título de coautores (en lugar de meros partícipes). Sin embargo, la Sala de apelaciones parece adoptar implícitamente esta posición porque apenas si reduce la pena impuesta a Milomir Stakic tras condenarle por su participación en una empresa criminal común en lugar de como coautor mediato tal y como había hecho la Sala de primera instancia.

³⁵ Sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik case, párrafos 79 a 81.

³⁶ Sentencia de primera instancia en el caso Martić, párrafos 435 and 440.

tancia en el caso Krnojelac, emitida el 15 de febrero de 2003 por la Sala de primera instancia II (presidida por el juez australiano David Hunt), subraya que la distinción entre autoría y participación no sólo es contraria al ETPIY, sino que además es innecesaria³⁷. Posteriormente, el propio juez Hunt, en su voto particular en la decisión de la Sala de apelaciones de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, afirma, refiriéndose a la distinción entre autoría y participación, que:

Dicha distinción no existe en relación con las penas en este tribunal, y yo creo que no es adecuado que este tribunal intente clasificar los distintos tipos de personas involucradas en la comisión del delito de esta manera cuando no es necesario a los efectos de determinación la pena. La sala de apelaciones ha dejado ya claro que una persona condenada debe ser castigada en base a la seriedad de lo que ha hecho con independencia de la manera en que pueda clasificarse³⁸.

Sin embargo, se tratan éstos de casos aislados de desacuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia del TPIY que, en opinión del autor, no justifican la afirmación de VAN SLIEDREGT en el sentido de que “los tribunales internacionales ni han aplicado, ni han rechazado tampoco de manera sistemática la distinción entre autoría y participación”³⁹.

En el tribunal penal internacional para Rwanda (“TPIR”), la cuestión relativa a si el art. 6(1) ETPIR (cuyo texto es idéntico al del art. 7(1) ETPIY) adopta la distinción entre autoría y participación se ha abordado también en el contexto del debate sobre la naturaleza jurídica de la doctrina de la empresa criminal común (también conocida como doctrina del propósito criminal común). Sin embargo, si bien la conclusión a la que se llega es la misma, el alcance de la discusión en el TPIR es mucho más limitado que en el TPIY⁴⁰.

³⁷ Sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75 a 77.

³⁸ Traducción del autor. Voto particular del juez Hunt en la Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic, párrafo 31.

³⁹ Traducción del autor. Van Sliedregt: 2007: 190.

⁴⁰ Sentencias de la Sala de Apelaciones del TPIR de 13 de diciembre de 2004 y de 7 de julio de 2006 en los casos Ntakirutimana (párrafo 462) y Gacumbitsi (párrafo 158). *Vid.* también la sentencia de primera instancia del TPIR de 13 de diciembre de 2005 en el caso Simba (párrafo 389).

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, siguiendo el incipiente modelo dualista de la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, ha rechazado el concepto unitario de autor y ha adoptado la distinción entre autoría y participación. Es precisamente este modelo dualista el que la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha venido a consolidar.

2. LA ELABORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN POR LA JURISPRUDENCIA DE LOS TPIY Y TPIR, Y SU RELACIÓN CON LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO ADOPTADA POR LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA

2.1 LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TPIY Y TPIR

La doctrina de la empresa criminal común, tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por aquella del TPIY, se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos⁴¹. Sin embargo, a diferencia de los supuestos de conspiración, el mero acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La doctrina de la empresa criminal común exige también que tras el acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común⁴².

⁴¹ Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brđanin (párrafo 364). *Vid.* También las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajišnik (párrafo 883).

⁴² En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY, en su decisión de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 23 a 26), ha señalado que los conceptos de conspiración y pertenencia a organización criminal difieren de la doctrina de la empresa criminal común porque esta última es una forma de participación en la comisión del delito. Así, según la Sala de apelaciones, el concepto de conspiración sólo requiere la existencia de un acuerdo para cometer el delito, con independencia de que dicho acuerdo sea posteriormente ejecutado o no, mientras el concepto de pertenencia a organización criminal requiere solamente la pertenencia voluntaria a una organización que de hecho lleva a cabo actividades criminales. Una opinión distinta ha sido sostenida por Barret/Little, L.E.: 2003: 30 et seq. Para estos autores, la jurisprudencia del TPIY ha desarrollado una doctrina de empresa criminal colectiva que es difícil de distinguir del concepto de conspiración. *Vid.* también Fichtelberg: 2006: 165.

Para convertirse en participante en una empresa criminal común no es suficiente con mostrarse de acuerdo con el propósito criminal común, sino que es también necesario contribuir a su ejecución con el deseo (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquélla⁴³. Este deseo debe ser compartido por todos los participantes en la empresa criminal común, lo que incluye a los soldados de baja graduación que realizan personalmente los elementos objetivos del tipo y a los líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión⁴⁴.

La importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante,⁴⁵ puesto que lo que importa realmente es que la misma sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común⁴⁶. Por lo tanto, contribuciones menores pueden ser suficientes, siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común⁴⁷. Del mismo modo, contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común⁴⁸.

⁴³ Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafo 96), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). *Vid.* también la sentencia de primera instancia del TPIY en los caso Krajisnik (párrafo 883).

⁴⁴ Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočka (párrafos 82, 83 y 89), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). *Vid.* también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).

⁴⁵ Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 228 y 229), Vasiljevic (párrafo 100), Kvočka (párrafos 97 y 98) y Brdanin (párrafo 263). *Vid.* también la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krajisnik (párrafo 883).

⁴⁶ Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 84), Vasiljevic (párrafo 97), Kvočka (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). *Vid.* también la sentencia de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 157) y Krajisnik (párrafo 879). En el mismo sentido, Bogdan: 2006: 82.

⁴⁷ Gustafson: 2007: 141. La necesidad de que la doctrina de la empresa criminal común requiera una contribución objetivamente importante a la realización del propósito criminal común ha sido subrayada por Danner/Martínez: 2005: 150-151, y Ohlin: 2007: 89.

⁴⁸ La jurisprudencia del TPIY ha clarificado este aspecto al distinguir entre la doctrina de la empresa criminal común y la categoría de la complicidad. *Vid.* en particular las sentencias de apelación en los casos Tadic (párrafo 229) y Vasiljevic (párrafo 102) *Vid.* también la decisión de apelación de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20) y la sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik (párrafo 885).

En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta es el hecho de que todos y cada uno de los que participan en la misma actúan con el deseo compartido de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común⁴⁹. Por lo tanto, la doctrina de la empresa criminal común se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten.

Además, considerando que, como la SCP I ha afirmado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, existe una estrecha interrelación entre (i) el criterio para distinguir entre autoría y participación y (ii) el criterio para dar contenido al concepto de coautoría⁵⁰—pues se trata en ambos casos de manifestaciones del concepto de autor que haya sido adoptado—, se podrá concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes si se puede demostrar que el concepto de coautoría elaborado por la misma se basa en la doctrina de la empresa criminal común.

En este sentido, aunque la sentencia de apelación en el caso Tadic no fue totalmente clara al concluir que el concepto de coautoría en el derecho internacional consuetudinario se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁵¹, la decisión de la Sala de Apelaciones del TPIY de 23 de mayo de 2003 en el caso Ojdanic clarificó que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y con el art. 7(1) ETPIY: (i) los

⁴⁹ Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de maltratamiento (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de los supuestos de empresa criminal común sistemática), se considera que el deseo compartido de delinquir es inherente al conocimiento de la naturaleza del sistema y a la intención de facilitar su funcionamiento. *Vid.* Van Sliedregt: 2007: 186. *Vid.* también, las sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 93 y 94), Kvočka (párrafo 82) y Brdanin (párrafo 365). Por su parte, responsabilidad penal por los delitos cometidos por otros miembros de la empresa criminal común en ejecución de la misma que, a pesar de no ser parte del propósito criminal común, es previsible que puedan producirse durante su ejecución (también conocidos como “delitos previsible”), surge únicamente si se comparte el deseo del resto de participantes en la empresa criminal de que los delitos que forman parte del propósito criminal común sean cometidos. *Vid.* las sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Vasiljevic (párrafo 101) y Blaskic (párrafo 33). *Vid.* también Van de Wilt: 2007: 96 y Van Sliedregt: 2007: 186.

⁵⁰ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 327.

⁵¹ Van Sliedregt: 2007: 189-190.

participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables⁵²; (ii) existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos⁵³; y (iii) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁵⁴.

La jurisprudencia del TPIR –y en particular la sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana de 13 de diciembre de 2004⁵⁵, la decisión dictada por la Sala de apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso Karemera de 12 de abril de 2006⁵⁶ y la sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi de 7 de julio de 2006⁵⁷– se ha basado principalmente en la decisión de apelación en el caso Tadic para afirmar que, conforme al derecho internacional consuetudinario y al art. 6(1) ETPIR, la coautoría se construye de acuerdo con la doctrina de la empresa criminal común.

En consecuencia, habiendo basado el concepto de coautoría en la doctrina de la empresa criminal común, no se puede sino concluir que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha adoptado un concepto subjetivo de autor que es a su vez el fundamento de la distinción entre autoría y participación⁵⁸.

⁵² Decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdic, párrafos 21 y 29.

⁵³ *Ibid.*, párrafos 21 y 29.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafos 20 y 31. La Sala de apelaciones llegó a esta conclusión tras rechazar la posición de la defensa de que la práctica de los estados analizada por la sentencia de apelación en el caso Tadic es demasiado limitada como para justificar la consideración de la doctrina de la empresa criminal común como parte de la costumbre internacional. En este sentido, la Sala de apelaciones manifestó expresamente en el párrafo 29 de la decisión que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación en el caso Tadic porque la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada es suficiente para mostrar que la doctrina de la empresa criminal común era parte de la costumbre internacional ya en 1992. Finalmente, al concluir que la participación en una empresa criminal común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor, la Sala de apelaciones en el párrafo 20 de la decisión remarcó el hecho de que esto es así porque quienes participan en la misma deben actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materialice. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. Como consecuencia, las sentencias de la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Vasiljevic (párrafo 95), Kvočka (párrafo 79), Krnojelac (párrafos 29 y 30) y Krstic (párrafo 134).

⁵⁵ Sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana, párrafos 462 a 468.

⁵⁶ Decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIR sobre la empresa criminal común en el caso Karemera, de 12 de abril de 2006, párrafo 13.

⁵⁷ Sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi, párrafo 158.

⁵⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 329.

2.2 LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO COMO CRITERIO DISTINTIVO ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA

La teoría del dominio del hecho es la más extendida de las teorías objetivos materiales del concepto de autor. Si bien fue inicialmente presentada por Welzel⁵⁹, es Roxin quien la elabora y redefine en gran medida⁶⁰. Conforme a esta teoría, autores son aquellos que dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y como será cometido⁶¹. La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en las circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias⁶².

Como la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha señalado, el dominio del hecho es un concepto abierto⁶³, que al analizar las diferentes manifestaciones de la autoría, se observa que se desarrolla en tres líneas principales: (i) en la autoría directa o inmediata como “control de la acción”; (ii) en la autoría mediata como “control de la voluntad”; y (iii) en la coautoría como “co-dominio funcional del hecho”⁶⁴.

El autor directo es la persona que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo. Se considera que tiene el control del delito porque controla la acción al ser él mismo quien realiza materialmente el tipo penal⁶⁵. El autor mediato es aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del

⁵⁹ Welzel: 1939: 491-466.

⁶⁰ *Vid.* también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332.

⁶¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 330.

⁶² Contra la consideración de este elemento subjetivo se han manifestado, *Against considering the subjective element*, see Gimbernat Ordeig: 1966: 124 et seq., y Díaz y García Conlledo: 1991: 573 et seq.

⁶³ Roxin: 2000: 122 et seq.

⁶⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332.

⁶⁵ Roxin: 2000: 127 et seq. *Vid.* también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (i).

delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁶⁶. Finalmente, en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de las contribuciones realizadas por una pluralidad de personas en ejecución un plan común, sólo tienen el co-dominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo⁶⁷. Cada uno de los individuos pertenecientes a este reducido grupo, si bien no se encuentra en posición de garantizar la comisión del delito, pues depende de que aquellos otros con los que comparte el co-dominio funcional del hecho desarrollen adecuadamente las tareas que les han sido encomendadas, sí que tienen al menos el poder para impedir su comisión⁶⁸.

La SCP I, en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, ha sostenido que el art. 25(3)(a) ER —cuando se referirse a quien “cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”— adopta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, que por tanto se convierte también en el criterio distintivo entre autoría y participación⁶⁹. Es en este contexto en el que la SCP I ha subrayado que:

El concepto de coautoría adoptado por el artículo 25(3)(a) del estatuto mediante la referencia a la comisión de un delito ‘con otro’ debe ser coherente con la elección de la doctrina del dominio del hecho como criterio distintivo entre autores y partícipes. [...] Por lo tanto, como ya señaló en su decisión de emisión de una orden de arresto, la Sala considera que el con-

⁶⁶ Roxin: 2000: 141 et seq. *Vid.* también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (ii).

⁶⁷ Mir Puig: 2002: 385. Muñoz Conde/García Arán: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Num. 99, Tröndle/Fischer: 2003: § 25 N° 6 y Wessels/Beulke: 2001: N° 526.

⁶⁸ Roxin: 2000: 141 et seq. *Vid.* también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii). Entre los autores alemanes que fundamentan la coautoría en el co-dominio funcional del hecho se pueden citar, entre otros: Jescheck/Weigend, T.: 1996: 674; Otto: 2000: N° 57 y Jakobs: 1991: parágrafo 21/35. nota al pie 86 (este último aunque usa un terminología diferente, sigue la distinción entre el control de la acción, el control de la voluntad y el co-dominio funcional del hecho. Entre los autores españoles que fundamentan la coautoría en el co-dominio funcional del hecho se pueden citar entre otros muchos: Mir Puig: 2002, p. 385; Muñoz Conde/García Aran: 2002: 452-454; y Pérez Cepeda: 1997: 417.

⁶⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333-338.

cepto de coautoría recogido en el artículo 25(3)(a) del estatuto coincide con el aquel del co-dominio funcional del hecho en razón de la naturaleza esencial de las contribuciones de los coautores a la comisión del delito⁷⁰.

En consecuencia, para la SCP I, el ER rechaza un concepto objetivo de autor, conforme al cual cuando el delito es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo, de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común⁷¹. Del mismo modo, para la SCP I, el ER rechaza también un concepto subjetivo de autor, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, todos aquellos que llevan a cabo su contribución con el deseo de que el propósito criminal común se materialice son coautores con independencia de la naturaleza y alcance de sus contribuciones⁷².

En definitiva, según ha señalado la SCP I, cuando la comisión del delito es fruto de la actuación conjunta de una pluralidad de individuos, todos aquellos que, a pesar de contribuir a la ejecución del plan común no comparten el co-dominio funcional del hecho, pueden ser penalmente responsables únicamente a título de partícipes⁷³.

En este sentido, los sub-apartados (b) a (d) del art. 25(3) ER recogen las distintas formas de participación que dan lugar a responsabilidad penal. En primer lugar, el art. 25(3)(b) ER prevé que aquel que “ordene, proponga o induzca” la comisión del delito será penalmente responsable, siempre y cuando se haya producido la consumación o se haya alcanzado al menos el grado de tentativa. Esto será particular-

⁷⁰ Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 340 y 341. Esta decisión confirma lo dispuesto en la decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, donde la SCP I había ya señalado que el art 25 (3)(a) ER adopta la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, y que la misma podría ser aplicable al papel presuntamente desempeñado por Thomas Lubanga en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía. Esta es también la opinión de Ambos: 1999: 479 y Gómez Benítez: 2002: 1121-1138.

⁷¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 333.

⁷² *Ibid*, párrafo 334.

⁷³ Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 78, y decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.

mente relevante en aquellos casos en los que, debido a las pequeñas dimensiones, o al carácter no jerárquico, de las organizaciones a través de las que operan ciertos líderes políticos o militares, el concepto de autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder no sea aplicable.

En segundo lugar, el art. 25(3)(c) ER prevé que será también penalmente responsable todo individuo que, con el propósito de facilitar la comisión de un delito, “sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.” A este respecto conviene recordar que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha sostenido de manera reiterada que para que el cómplice y el encubridor sean penalmente responsable es necesario que su asistencia tenga un efecto sustancial en la comisión, o tentativa de comisión, del delito o en la consolidación de sus efectos⁷⁴. El autor considera que esta interpretación es también aplicable al sub-apartado (c) del artículo 25 (3) ER porque el sub-apartado siguiente de esa misma disposición se refiere expresamente a la responsabilidad penal de quienes “de algún otro modo” contribuyan a la comisión o tentativa de comisión del delito⁷⁵.

Finalmente, el art. 25 (3) (d) ER, prevé que será también penalmente responsable todo individuo que “contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. A este respecto, la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha afirmado expresamente que

El artículo 25(3)(d) ER recoge una forma residual de participación conforme a la cual, debido a la intención con la que son llevadas a cabo, se criminalizan todas aquellas contribuciones que no pueden ser consideradas como ordenar, proponer, indu-

⁷⁴ Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). *Vid.* también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282).

⁷⁵ En el mismo sentido, Ambos: 1999: 481 y 484.

cir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25(3)(b) o (c) ER⁷⁶.

La interpretación del art. 25 (3)(d) ER como una forma residual de participación es además coherente con los dos elementos subjetivos que se prevén en dicha disposición. Así, por un lado, la contribución prestada debe ser “intencional”. Si bien, como Fletcher y Ohlin han explicado, esto sólo significa que la acción en que consiste la contribución –por ejemplo la venta de gasolina a aquellos que se dirigen al lugar donde van a cometer una masacre– debe ser voluntaria⁷⁷. Por otro lado, dicha contribución, además de ser voluntaria, debe ser realizada “con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte”; o al menos “a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.” Por lo tanto, el art. 25(3)(d) ER, a diferencia de la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común del grupo, sino que es suficiente con que la misma se preste siendo consciente del propósito criminal del grupo⁷⁸.

De esta manera, el art. 25(3)(d) RS, no sólo se limita a “aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25(3)(b) o (c) ER”⁷⁹, sino que tampoco requiere que quien contribuye actúe con los elementos requeridos por el tipo subjetivo del delito de que se trate (incluyendo cualquier *dolus specialis* que pudiera ser exigido por el mismo).

Por esta razón, incluso si el art. 25(3)(d) ER pudiera tener ciertas características en común con la elaboración que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha realizado de la doctrina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como una forma de coautoría.

⁷⁶ Traducción del autor. *Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga*, párrafo 337.

⁷⁷ Fletcher/Ohlin: 2005: 549.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ Traducción del autor. *Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga*, párrafo 337.

De hecho, al adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participa en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo⁸⁰.

Además, mientras el art. 25(3)(c) ER requiere que el cómplice, el encubridor o la persona que asiste en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, el artículo 25(3)(d) ER no prevé este requisito. Por lo tanto, conforme al art. 25(3)(d) ER, al igual que ocurre con la complicidad en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁸¹, la responsabilidad penal a título de partícipe se deriva de aquellas acciones de favorecimiento del delito que son llevadas a cabo sin el deseo de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan.

Ante estas circunstancias, el autor se muestra favorable a la interpretación de la SCP I conforme al a cual el art. 25(3)(d) ER constituye, en el marco del sistema del ER, una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son llevadas a cabo con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas⁸². Además, en opinión del autor, esta forma residual de participación es la única de entre aquellas recogidas en el art. 25(3) ER que, de alguna

⁸⁰ Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafos 45 y 46), Vasiljevic (párrafo 102), Simic (párrafo 85) y Blagojevic (párrafo 127). Ver también las sentencias de primera instancia del TPIR en los casos Bagilishema (párrafo 33), Kajelijeli (párrafo 766) y Kamuhanda (párrafo 597), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Furundzija (párrafo 249), Aleksovski (párrafo 61), Kunarac (párrafo 391), Krnojelac (párrafo 88) y Oric (párrafo 282). Además, como la sentencias de apelación (párrafo 257) y de primera instancia (párrafo 118) del TPIY en el caso Furundzija han afirmado expresamente, para distinguir entre quien es coautor por su participación en una empresa criminal común y quien es meramente cómplice es esencial determinar si quien toma parte en el proceso de tortura comparte también el *dolus specialis* que requiere el delito de tortura.

⁸¹ Sentencia de apelación del TPIR en el caso Ntagurera (párrafo 370) y sentencias de apelación del TPIY en los casos Blaskic (párrafo 46), Vasiljevic (párrafo 102), Krstic (párrafos 140 y 141), Simic (párrafo 86) y Blagojevic (párrafo 127). *Vid.* también, Kittichaisaree: 2001: 245.

⁸² La misma opinión es mantenida por ambos: 1999: 484-485, y Werle: 2007: 958-961 y 974.

manera, tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁸³.

Como la SCP I ha señalado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁸⁴, esto marca una diferencia fundamental entre el ER – que adopta un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho, que a su vez se convierte en el criterio distintivo entre autoría y participación – y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que ha adoptado de manera reiterada un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común⁸⁵.

Además, es importante subrayar que, conforme al art. 25(3)(b) a (d) ER, todo partícipe es penalmente responsable desde el momento en que se alcanza la fase de tentativa con independencia de que el delito sea o no finalmente consumado. Esto marca una diferencia adicional con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, conforme a la cual planear, ordenar, instigar o asistir en la comisión del delito sólo da lugar a responsabilidad penal si el delito es finalmente consumado⁸⁶.

En opinión del autor, la existencia de estas diferencias, que no son sino el resultado de las distintas opciones adoptadas por los redactores del ER y por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, no debe valorarse necesariamente de manera negativa. En este sentido, conviene recordar que los arts. 10 y 22 ER subrayan la autonomía entre el ER y el

⁸³ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 335. En este sentido, Fletcher/Ohlin:2005: 549 han señalado que el art. 25 (3) (d) ER difiere de la doctrina de la empresa criminal común elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* porque (i) requiere un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del propósito criminal común en lugar del deseo de que se materialice) y (ii) no prevé responsabilidad penal por los llamados delitos previsibles. Sin embargo, en opinión del autor, la principal diferencia radica en que la doctrina de la empresa criminal común trata a quienes participan en la misma como coautores, mientras que el art. 25 (3)(d) ER es una forma residual de participación.

⁸⁴ Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.

⁸⁵ *Ibid*, párrafos 329, 335, 337, 338 y 341. *Vid.* las sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafos 227-228), Furundzija (párrafo 118), Kupreskic (párrafo 772), Celebici (párrafos 365-366) y Krnojelac (párrafo 29), las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Kordic (párrafo 397), Krstic (párrafo 601), Kvočka (párrafo 265), Krnojelac (párrafo 81), Vasiljevic (párrafo 65), Stakic (párrafo 431) y Simic (párrafo 149), y la decisión dictada por la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafos 20 et seq). *Vid.* también Olásolo/Pérez Cepeda: 2004: 476-478, nota al pie 6.

⁸⁶ Olásolo: 2008: sección II.4.

derecho penal internacional en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas⁸⁷. Por ello, en lugar de buscar la homogeneización de ambos cuerpos normativos a toda costa, parece más acertado centrar la atención en analizar sus respectivas características y en proponer soluciones que resuelvan los problemas planteados por las mismas con pleno respeto a su especificidad⁸⁸.

3. LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA COMO PRINCIPAL REFERENTE DE LA APLICACIÓN DE LA COAUTORÍA BASADA EN EL CO-DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO A NIVEL INTERNACIONAL

3.1 PRIMERA APROXIMACIÓN

La SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha afirmado que la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho “tiene su fundamento en el principio de división de tareas para la comisión del delito entre dos o más personas que actúan de manera concertada”, de manera que “si bien ninguno de los coautores tiene el control sobre el delito en su conjunto porque todos dependen del resto para su consumación, cada uno de ellos comparte dicho control porque se encuentra en posición de frustrar su comisión mediante la omisión de la función que le ha sido encomendada”⁸⁹.

De esta manera, sólo si todos y cada uno de los coautores realizan su contribución de manera coordinada se producirá la consumación del delito. Así, por ejemplo, sólo si el oficial de observación comunica al escuadrón de artillería las correcciones necesarias en las coordenadas de fuego, la mezquita contra la que se dirige el ataque ilícito podrá ser destruida. Además, cada uno de los coautores tiene el poder de evitar la consumación del delito. Las correcciones del oficial de observación no producirán por sí mismas la consumación del delito si el escuadrón de artillería no hace los ajustes necesarios para continuar con el bombar-

⁸⁷ Olásolo: 2005: 25. *Vid.* también Triffterer: 1999: 318-319.

⁸⁸ Olásolo: 2007: 152.

⁸⁹ Traducción del autor. *Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga*, párrafo 342. *Vid.* también Roxin: 2000: 141 et seq, Jescheck/Weigend: 1996: 674, Otto: 2000: N° 57, y Pérez Cepeda: 1997: 417.

deo. Del mismo modo, a falta de las correcciones del oficial de observación, el escuadrón de artillería podría continuar bombardeando la mezquita durante horas sin hacer blanco sobre la misma. Por lo tanto, aunque cada coautor controla algo más que su parte del delito, no controla el delito en su conjunto porque comparte con los otros coautores la dirección de su ejecución.

El co-dominio funcional del hecho es inherente a la función esencial que se asigna a cada coautor en la ejecución del plan común⁹⁰. Sin embargo, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas que actúan de manera concertada, pueden existir numerosas funciones que no son esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo. Este es el caso, en particular, de las funciones de asesoramiento, como las que realiza quien confirma al escuadrón de artillería que puede utilizar la munición prevista o que debería continuar con el bombardeo de la mezquita. Según la coautoría basada en el co-dominio del hecho, la realización de estas funciones, incluso si se llevan a cabo de manera coordinada con los coautores, sólo da lugar a responsabilidad penal como partícipe⁹¹.

En opinión del autor, la decisión de la SCP I de confirmación de cargos en el caso Lubanga constituye el mejor ejemplo hasta la fecha de aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho a nivel internacional. A este respecto hay que tener en cuenta que otros precedentes en los que la teoría del dominio del hecho ha sido aplicada a nivel internacional, como por ejemplo la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic, se han centrado en gran medida en la aplicación del concepto de autoría mediata a través del uso de estructuras organizadas de poder⁹².

En el caso Lubanga, la SCP I concluyó que desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, Thomas Lubanga, además de tener el cargo de presidente de la UPC/RP, “tenía de hecho el control último

⁹⁰ Roxin: 2000: 141 et seq, Kühl: 2002: N° 99, Tröndle/Fischer: 2003: § 25 N° 6, y Wessels/Beulke: 2001: N° 526. *Vid.* también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii).

⁹¹ Roxin: 2000: 141 et seq, Muñoz Conde/García Aran: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Nos. 103 y 112, y Wessels/Beulke: 2001: N° 528. Ver también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.

⁹² Lo mismo ha venido ocurriendo a nivel nacional en casos como el juicio de las juntas en Argentina o del muro de Berlín en Alemania. *Vid.* Olásolo/Pérez Cepeda: 2004: 494-497.

sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los Secretarios Nacionales del movimiento⁹³. Asimismo, según la SCP I, desde la creación de las FPLC como brazo armado de la UPC/RP en septiembre de 2002 y hasta finales del 2003, Thomas Lubanga tuvo también el cargo de comandante en jefe de las FPLC, fue informado regularmente sobre las operaciones militares de las FPLC y sobre la situación en sus campos de entrenamiento, y desarrolló de manera regular las funciones inherentes a dicho cargo⁹⁴. Sin embargo, debido a las múltiples crisis internas ocurridas en las FPLC a finales de 2002 y principios de 2003, las divisiones entre sus oficiales se hicieron patentes⁹⁵. Esto provocó que Thomas Lubanga mantuviera mejores relaciones con ciertas facciones de las FPLC, y que sólo tuviera “de manera general, pero no de manera permanente, la última palabra sobre la adopción de las políticas de las FPLC, y sobre la ejecución por las FPLC de las políticas adoptadas por la UPC/RP o por las propias FPLC”⁹⁶.

Como consecuencia de estas disputas internas, el nivel de control de hecho que Thomas Lubanga mantuvo dentro de las FPLC fue inferior al mantenido en la UPC/RP. Buen ejemplo de esta situación es el hecho de que los otros miembros del Estado Mayor de las FPLC “ordenaran el lanzamiento de operaciones militares sin consultar con Thomas Lubanga”⁹⁷. Debido a la ausencia de una clara relación vertical entre Thomas Lubanga y algunos de los oficiales de más alta graduación de las FPLC que se encontraban presuntamente involucrados en la comisión de los delitos imputados a aquél, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Thomas Lubanga. En opinión del autor, esta es la razón más probable por la que la SCP I decidió no aplicar en este caso el concepto de autoría mediata a través del uso de estructuras organizadas de poder. En realidad, la SCP I ni tan siquiera analizó si las FPLC cumplían con los requisitos necesarios para ser calificadas como una estructura organizada de poder. Y

⁹³ Traducción del autor. *Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga*, párrafo 368.

⁹⁴ *Ibid.*, párrafo 373.

⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 375(a) y (b).

⁹⁶ *Ibid.*, párrafos 375(c) y 376.

⁹⁷ Traducción del autor. *Ibid.*, párrafo 374.

esto a pesar de que la propia SCP I, en su decisión de emisión de una orden de arresto contra Thomas Lubanga, había sostenido que:

Existen motivos razonables para creer que, dada la presunta estructura jerárquica entre Thomas Lubanga Dyilo y los otros miembros de la UPC y de las FPLC, el concepto de autoría mediata que, junto con aquel de coautoría basada en el co-dominio del hecho alegado por la Fiscalía, se recoge en el art. 25(3)(a) ER, podría ser aplicable al papel desempeñado por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos que le imputa la Fiscalía⁹⁸.

En otras palabras, una vez que la SCP I observó que la relación entre Thomas Lubanga y los otros oficiales de alta graduación de las FPLC presuntamente involucrados en la comisión de los delitos que se le imputaban tenía más una naturaleza más horizontal que vertical, la SCP I pasó directamente a analizar si se cumplían los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho.

3.2 APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS OBJETIVOS DE LA COAUTORÍA BASADA EN EL CO-DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

3.2.1 Plan Común

Según la SCP I, cuando las FPLC fueron creadas en septiembre de 2002, existía un acuerdo entre (i) Thomas Lubanga, (ii) los miembros de la UPC/RP que se encontraban a cargo de las áreas de defensa y seguridad (en particular, el jefe de seguridad de la UPC/RP y el secretario nacional adjunto de defensa); (iii) los oficiales de más alta graduación de las FPLC (el jefe del Estado Mayor y su adjunto para operaciones militares); y (iv) otros comandantes de alta graduación de las FPLC⁹⁹. Todos ellos se conocían y habían trabajado juntos con anterioridad a la creación de las FPLC¹⁰⁰.

Para la SCP I, el plan común, que se ejecutó desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, consistía en promover la campa-

⁹⁸ Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 96.

⁹⁹ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377(i).

¹⁰⁰ *Ibid*, párrafo 378.

ña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante: (i) el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC; (ii) su entrenamiento militar; y (iii) su utilización para participar activamente en operaciones militares y como guardaespaldas encargados de proteger objetivos militares.

Es importante subrayar que el plan común no se dirigía específicamente a la comisión de ningún delito, algo que fue reconocido por la propia SCP I. Sin embargo, la SCP I subrayó que dicho plan contenía un elemento de criminalidad porque, a pesar de no ir específicamente dirigido a niños menores de quince años (se dirigía a jóvenes en general), su ejecución conllevaba el riesgo de afectar a los mismos¹⁰¹.

3.2.2 *Contribución esencial*

Para la SCP I, la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos mostraba que Thomas Lubanga y los otros miembros del plan común lo ejecutaron de manera coordinada¹⁰². A pesar de que estos últimos tenían una responsabilidad más directa en relación con el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes en las FPLC, el entrenamiento militar y el suministro de armamento a los mismos, su asignación a unidades militares o como guardaespaldas, y la emisión de órdenes para que entrasen en combate¹⁰³, la SCP I consideró que Thomas Lubanga —con anterioridad a su detención en Kinshasa a partir del 13 de agosto de 2003— jugó un papel esencial de coordinación en la ejecución del plan común que consistía en mantener consultas permanentes con los otros miembros del mismo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución¹⁰⁴.

Además, la SCP I también consideró suficientemente probado que Thomas Lubanga había estado involucrado directamente en la realización de algunos de los elementos objetivos de los tipos penales que se le imputaban. En particular, la SCP I afirmó que, más allá de su papel de coordinación, Thomas Lubanga había contribuido también a la ejecución del plan común: (i) inspeccionando los distintos campos de entrenamiento militar de las FPLC con el fin de animar y preparar a los nuevos jóvenes reclutas de las FPLC para su participación activa en las hostili-

¹⁰¹ *Ibid.*, párrafo 377.

¹⁰² *Ibid.*, párrafos 397 y 398.

¹⁰³ *Ibid.*, párrafo 383(i).

¹⁰⁴ *Ibid.*, párrafo 383(ii).

dades; (ii) promoviendo que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de jóvenes reclutas; y (iii) utilizando niños menores de quince años como guardaespaldas personales¹⁰⁵.

Para la SCP I, el papel jugado por Thomas Lubanga en la ejecución del plan común fue esencial porque él era el único que podía resolver los problemas financieros y logísticos encontrados durante su ejecución¹⁰⁶. Lógicamente, la enorme relevancia de sus funciones le confirió también el poder de frustrar la ejecución del plan común¹⁰⁷.

3.3 APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA COAUTORÍA BASADA EN EL CO-DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO

Según la SCP I, desde principios de septiembre de 2002 hasta el 13 de agosto de 2003, Thomas Lubanga y los restantes miembros del plan común eran mutuamente conscientes de que en el curso ordinario de los acontecimientos la ejecución del plan común provocaría el reclutamiento forzado o voluntario de niños menores de quince años en las FPLC, así como su utilización para participar activamente en las hostilidades o como guardaespaldas¹⁰⁸. Además, la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos indicaba que todos ellos, no sólo conocían, sino que también habían aceptado mutuamente esa posibilidad al haberse reconciliado con la misma¹⁰⁹. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación de la SCP I, constituye el elemento subjetivo general del art. 30 ER¹¹⁰.

Según la SCP I, durante todo este tiempo, Thomas Lubanga era consciente (i) de su papel dentro de la UPC/RP y de las FPLC, (ii) de sus funciones como coordinador en la ejecución del plan común para promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC; (iii) de la naturaleza esencial de sus funciones; y (iv) de su capacidad para frus-

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrafo 383(ii) y (iii).

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrafo 398.

¹⁰⁷ *Ídem.*

¹⁰⁸ *Ibid.*, párrafos 404(i) y 408.

¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafos 404(ii) y 408.

¹¹⁰ *Ibid.*, párrafos 352 a 355.

trar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar sus funciones de coordinación¹¹¹.

Como resultado, la SCP I concluyó que sí era posible aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho en el caso contra Thomas Lubanga, y confirmó los cargos contra el mismo como coautor de los delitos que se le imputaban¹¹².

3.4 COMENTARIO FINAL

La aplicación de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho por la SCP I en el caso Lubanga plantea en opinión del autor dos dificultades fundamentales: (i) la determinación de los miembros del plan común; y (ii) el hecho de que el plan común no se encontraba específicamente dirigido a la comisión de ningún delito.

En relación con la primera dificultad, el autor considera que la determinación de quienes son los miembros del plan común es la piedra angular y, al mismo tiempo, la cuestión más difícil de responder al aplicar la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Por un lado, el co-dominio funcional del hecho, como cualquier otra forma de coautoría, requiere que quienes realizan personalmente los elementos del tipo objetivo formen parte del grupo de coautores y, por lo tanto, sean miembros del plan común. Esto significa que deben participar en el proceso de toma de decisiones relativas a la comisión del delito y en la división de funciones para la ejecución del plan común.

Por otro lado, cuanto más se descende en la cadena de mando para intentar incluir a los mandos medios y a los miembros de más baja graduación entre el grupo de coautores, más difícil resulta explicar: (i) cómo aquéllos participaron junto con los líderes políticos y militares en el proceso de toma de decisiones; y (ii) cómo la división de funciones para la ejecución del plan común puede ser calificada como consensual si los mandos medios y los miembros de más baja graduación se limitan a seguir las instrucciones que les envían a través de la cadena de mando los líderes políticos y militares.

¹¹¹ *Ibid*, párrafo 409.

¹¹² *Ibid*, párrafo 410.

En realidad, la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho no es un concepto adecuado para reflejar situaciones en las que el plan común es diseñado por un pequeño grupo de líderes políticos y militares, y posteriormente llevado a la práctica por sus subordinados en ejecución de sus órdenes (relación vertical o jerárquica entre quienes elaboran el plan común y quienes lo ejecutan). En estas situaciones no queda más remedio que recurrir al concepto de coautoría mediata, que no es sino la aplicación conjunta de la autoría mediata mediante el uso de estructuras organizadas de poder y la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. Sin embargo, en el caso Lubanga, debido a las múltiples disputas internas en el seno de las FPLC, es improbable que la noción de coautoría mediata, tal y como fue aplicada en la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Stakic, hubiera podido ser aplicable.

La inclusión por la SCP I de “otros comandantes de alta graduación de las FPLC” entre los miembros del plan común resulta en principio problemática porque no indica hasta qué nivel de la cadena de mando desciende el grupo de coautores. Sin embargo, en opinión del autor, el hecho de que la SCP I pusiese como ejemplo de quienes podrían ser esos otros comandantes también incluidos entre el grupo de los coautores al comandante de las FPLC a cargo del sector sureste de operaciones, quien se encontraba únicamente un nivel por debajo de los más altos mandos de las FPLC, reduce de manera importante el alcance del problema.

A este respecto, es importante subrayar que el concepto de coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho fue aplicable en el caso Lubanga porque Thomas Lubanga, así como el resto de altos mandos de las FPLC, no sólo diseñaron en común el plan criminal sino que también participaron personalmente en su ejecución física. Como resultado, la SCP I pudo limitar el grupo de coautores a un pequeño grupo de líderes de la UPC/RP y de comandantes de las FPLC, entre los que no había una relación estrictamente jerárquica.

En relación con la segunda dificultad arriba señalada, el hecho de que el plan común para promover la campaña militar de la UPC/RP y de las FPLC mediante el reclutamiento voluntario o forzoso de jóvenes y su uso para participar activamente en las hostilidades no estuviese específicamente dirigido contra niños menores de quince años, habría impedido, en opinión del autor, la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común tal y como ha sido elaborada por la jurisprudencia de los tribuna-

les *ad hoc*¹¹³. Ello se debe a que esta doctrina encarna un concepto subjetivo de autor que da más importancia a la intención con la que se realiza la contribución al plan común que al valor objetivo de la misma, y que, por lo tanto, requiere que el plan común esté específicamente dirigido a la comisión del delito¹¹⁴.

Esto constituye una diferencia muy importante con el concepto de coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho, que como la SCP I ha señalado, sólo exige que el plan común tenga “un elemento de criminalidad” porque la característica principal del mismo es el co-dominio funcional del hecho que tiene cada coautor como resultado de la función esencial que le ha sido encomendada en su ejecución. En consecuencia, el hecho de que el plan común no se dirigiera específicamente contra niños menores de 15 años no impide su aplicación en tanto en cuanto la ejecución del mismo entrañase el riesgo objetivo de que se viesen afectados.

4. REVISIÓN DEL ANÁLISIS DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* SOBRE EL CARÁCTER CONSUECUDINARIO DE LA DISTINCIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN VIRTUD DE LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN A LA LUZ DE LA DECISIÓN DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA

4.1 NECESIDAD DE LA REVISIÓN

La sentencia de apelación en el caso Tadic continúa siendo a día de hoy la piedra angular sobre la que se construye la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la doctrina de la empresa criminal común¹¹⁵. Así,

¹¹³ Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvoevca (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).

¹¹⁴ Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvoevca (párrafo 82), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365), y sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883) cases.

¹¹⁵ Como Ambos: 2007: 159 y 161 ha señalado, la doctrina de la empresa criminal común se remonta a la sentencia de apelación en el caso Tadic y la jurisprudencia posterior ha seguido en gran medida lo allí establecido. *Vid.* también Danner/Martínez: 2005: 150-151, Cassese: 2007: 110-111, Van Sliedregt: 2007: 185 a 187, Van del Wilt: 2007: 96 y Gustafson: 2007: 136-139.

aunque después del caso Tadic, la Sala de Apelaciones del TPIY y del TPIR ha discutido aspectos puntuales de alguno de los elementos de las tres categorías de empresa criminal común existentes, así como el grado de especificidad requerido para su alegación, nunca ha revisado el análisis que llevó a la sentencia de apelación en el caso Tadic a concluir que, conforme al derecho internacional consuetudinario, quienes participan en una empresa criminal común incurrir en responsabilidad penal a título de coautores.

Según la sentencia de apelación en el caso Tadic, esta conclusión se justifica por su “consistencia y coherencia con la jurisprudencia y los tratados arriba comentados, así como por su consonancia con los principios generales relativos a la responsabilidad penal individual establecidos en el estatuto, en el derecho penal internacional general y en las legislaciones nacionales”¹¹⁶.

Sin embargo, la decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga ha:

i) rechazado –contrariamente a lo afirmado por la sentencia de apelación en el caso Tadic– que el art. 25(3) ER adopte un concepto subjetivo de autor sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común;

ii) afirmado que la distinción entre autores y partícipes se basa en la teoría del dominio del hecho;

iii) se ha referido al art. 25(3)(d) ER, que según la SCP I “guarda una gran similitud con la doctrina de la empresa criminal común, o del propósito criminal común, adoptada por la jurisprudencia del TPIY”, como una forma residual de participación¹¹⁷.

Por ello, en opinión del autor, es necesario revisar cuidadosamente los méritos del análisis realizado por la sentencia de apelación en el caso Tadic, máxime si se tiene en cuenta que:

i) el 3 de abril de 2007, la Sala de Apelaciones del TPIY, en su sentencia en el caso Brdjanin, ha recurrido al concepto de au-

¹¹⁶ Traducción del autor. *Sentencia de apelación en el caso Tadic*, párrafo 226.

¹¹⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333 a 338.

toría mediata para solucionar los problemas que plantea la aplicación de la doctrina tradicional de la empresa criminal común a líderes políticos y militares¹¹⁸. De esta manera, para la Sala de Apelaciones del TPIY, quienes cometen físicamente los delitos no necesitan ser miembros de la empresa criminal común porque los líderes políticos y militares que participan en la misma los utilizan como meros instrumentos¹¹⁹;

ii) el 7 de Julio de 2006, el juez alemán Schomburg emitió un voto particular en la sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (TPIR), en el que cita abundante jurisprudencia y doctrina nacional e internacional que aplica las distintas manifestaciones de la teoría del dominio de hecho¹²⁰. Con ello, el juez Schomburg pretendía apoyar la siguiente proposición:

La doctrina de la empresa criminal común no se encuentra expresamente incluida en el estatuto y su interpretación como una forma de coautoría es sólo una de las varias interpretaciones posibles de los ETPIY y ETPIR. Numerosos sistemas legales, sin embargo, acogen un concepto de coautoría diverso. Desde Nuremberg y Tokio, el derecho penal nacional y el derecho penal internacional han aceptado, en particular, los conceptos de autoría mediata y de coautoría mediata como manifestaciones del más amplio concepto de autor¹²¹.

Para llevar a cabo la revisión aquí planteada, es necesario tener en cuenta que, tal y como recoge el art. 38 del estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“ECIJ”), “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” es fuente de derecho internacional. A este respecto, en su decisión en el caso entre Colombia y Perú relativo al asilo, la Corte Internacional de Justicia explicó que, de acuerdo con el art. 38 ECIJ, los elementos constitutivos de la costumbre internacional son la práctica general de los Estados y la

¹¹⁸ Sentencia de apelación en el caso Brdjanin, párrafos 410 a 414.

¹¹⁹ *Ibid*, párrafo 412.

¹²⁰ Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafos 16 a 18, notas al pie 29 a 33.

¹²¹ Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafo 16.

*opinio iuris*¹²². Posteriormente, la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a la plataforma continental del mar del Norte subrayó la necesidad de (i) la existencia de una práctica consolidada y (ii) la prueba de que esta práctica es obligatoria en virtud de una norma jurídica que la requiera¹²³. Además, la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua y EE.UU. sobre actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, reafirmó la necesidad de que la existencia de una regla en la *opinio iuris* de los Estados sea confirmada por la práctica¹²⁴. Por lo tanto, se puede concluir que las normas consuetudinarias de derecho internacional son el resultado de la existencia de una práctica general entre los Estados que es aceptada y observada como si se tratara de una obligación jurídica¹²⁵.

4.2 EL ESTATUTO DE ROMA, EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA REPRESIÓN DE LOS ATENTADOS TERRORISTAS COMETIDOS CON BOMBAS Y OTROS CONVENIOS REGIONALES E INTERNACIONALES

La sentencia de apelación en el caso Tadic cita ciertas disposiciones de dos tratados internacionales para apoyar su conclusión de que la costumbre internacional adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores¹²⁶. Estas disposiciones son el art. 25(3)(d) ER¹²⁷ y el art. 2(3)(c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 15 de diciembre de 1997¹²⁸.

La sentencia de apelación en el caso Tadic considera que estas dos disposiciones no sólo recogen la doctrina de la empresa criminal común,

¹²² Caso entre Colombia y Perú relativo a la cuestión del asilo, 1950, CIJ Rep. 26, 276 (Nov. 20). *Vid.* también Brownlie: 1998: 4-11 y Akehurst: 1974: 1 et seq.

¹²³ Caso relativo a la plataforma continental del mar del norte, 1969 CIJ Rep. 3, 44 (Feb. 20).

¹²⁴ Caso entre Nicaragua y lo EE.UU., relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 1986 CIJ Rep. 14, 98 (de 27 de junio de 1986).

¹²⁵ Bassiouni: 2003: 222. *Vid.* también Brownlie, I: 1998: 4-11, Akehurst: 1974: 1 et seq.

¹²⁶ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 222 y 223.

¹²⁷ Adoptado en la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de julio de 1998 con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones. Entró en vigor el 1º de julio de 2002, y en la actualidad hay 139 estados signatarios y 105 estados partes.

¹²⁸ Adoptado por la Resolución 52/164 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor el 22 de mayo de 2001. En la actualidad hay 145 Estados partes.

sino que también poseen un “valor jurídico significativo” porque (i) la primera de ellas fue adoptada por la gran mayoría de los Estados presentes en la Conferencia Diplomática de Roma¹²⁹ y (ii) la segunda fue adoptada por consenso entre todos los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹³⁰.

El texto de ambas disposiciones es muy similar. Por una parte, como vimos en secciones precedentes, el sub-apartado (d) del art. 25(3) ER –tras referirse en los sub-apartados anteriores a la comisión del delito (por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable) y a ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en la comisión o tentativa de comisión del delito– prevé que también será penalmente responsable quien:

Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: (i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o (ii) a sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

Por su parte, el art. 2(3)(c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas –tras referirse a la comisión del delito, así como a la participación en el mismo como cómplice o a su organización o dirección– prevé que también será penalmente responsable quien:

Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate.

¹²⁹ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 223.

¹³⁰ *Ibid*, párrafo 221.

Como vimos en su momento, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha entendido que el art. 25(3)(d) ER constituye una forma residual de participación¹³¹. Además, según la propia SCP I:

No habiendo adoptado un criterio objetivo formal ni un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, la Sala considera que, tal y como alega la Fiscalía, y a diferencia de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, el estatuto distingue entre autoría y participación sobre la base de la teoría del dominio del hecho¹³².

Por lo tanto, en opinión del autor, la sentencia de apelación en el caso Tadic erró al concluir que el art. 25(3) (d) RS y el art. 2(3)(c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas constituyen manifestaciones de un concepto subjetivo de autor conforme al cual todo participante en una empresa criminal común es penalmente responsable a título de coautor. Por el contrario, el autor considera que estas dos disposiciones reflejan una concepción muy diferente puesto que (i) adoptan la teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación, y (ii) configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma residual de participación punible para aquellos casos en los que el nivel de contribución a la ejecución del plan común no alcanza ni tan siquiera el nivel requerido para que quepa hablar de una complicidad o de un encubrimiento¹³³.

En este sentido es importante subrayar que el mismo texto utilizado en las dos disposiciones arriba analizadas se utiliza también en: (i) el art. 15(b) del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona; y (ii) en la sección 14(3) del Reglamento 2000/15 por el que la Administración Transitoria de las Naciones Unidas para Timor Oriental establece Salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves.

¹³¹ Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 337. Esta posición también es adoptada por Ambos: 1999: 478-480, y Werle: 2005: 212-213.

¹³² Traducción del autor. *Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga*, párrafo 338.

¹³³ Los mismos problemas en la interpretación del art. 25(3)(d) ER pueden encontrarse en Sentencia de primera instancia (párrafo 216) y de apelación (párrafo 117) del TPIY en el caso Furundzija.

Además, numerosos convenios internacionales y regionales se refieren de manera genérica a la autoría mediante el uso de la expresión “cometer”, e incluso en ciertas ocasiones se recogen también referencias expresas a la coautoría¹³⁴. Sin embargo, tal y como sucede con los arts. 7(1) ETPIY y 6(1) ETPIR, la gran mayoría de estos convenios no desarrolla el contenido del concepto de autor, ni tampoco define los criterios en que se basa la distinción entre autoría y participación. Como resultado, la respuesta a la cuestión sobre si los convenios internacionales y regionales adoptan un criterio subjetivo o basan esta distinción en otro tipo de criterios (como, por ejemplo, la teoría del dominio del hecho) se deja, en gran medida, en manos de los órganos jurisdiccionales competentes para su aplicación, que normalmente son los tribunales nacionales.

Al aplicar estos convenios, los tribunales nacionales utilizarán el concepto de autor que haya sido desarrollado por sus respectivas legislaciones internas. Como consecuencia, los tribunales de aquellos Estados que hayan adoptado un concepto subjetivo de autor considerarán a quienes participan en una empresa criminal común como coautores, mientras que los tribunales de aquellos otros Estados que hayan adoptado un concepto objetivo formal de autor o un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho calificarán como meros partícipes a quienes participan en una empresa criminal común. En opinión del autor no es previsible que un resultado distinto sea alcanzado mediante la aplicación de los criterios interpretativos recogidos en el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

4.3 JURISPRUDENCIA RELATIVA A LOS CASOS DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

La sentencia de apelación en el caso Tadic citó la jurisprudencia de dos grupos de casos de la Segunda Guerra Mundial en apoyo de su conclusión de que la costumbre internacional adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores. El primer grupo incluye; (i) el caso de *Sandrock et al.* (también conocido como el pro-

¹³⁴ Como, por ejemplo, utilizando la fórmula “participando en [la comisión de un delito]”. Vid. el art. II de la Convención Internacional para la Supresión y Castigo del Crimen de Apartheid de 1973 y el art. 3(c)(iv) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Narcóticas y Psicotrópicas de 1998. Por su parte, tanto el art. 11 del *Corpus Iuris* de 2000, como el art. 25(3) RS utilizan la fórmula “[cometiendo un delito] con otro”.

ceso de *Almelo*¹³⁵, el caso de *Jepsen et al.*¹³⁶, el caso de *Schonfeld et al.*¹³⁷, el caso *Ponzano*¹³⁸, el caso *Belsen*¹³⁹, y el caso del ahorcamiento de *Essen* (también conocido como el caso del Oeste de *Essen*)¹⁴⁰, todos ellos llevados a cabo ante tribunales británicos con sede en Alemania; (ii) el caso de los *Einsatzgruppen*¹⁴¹, el caso del campo de concentración de *Dachau*¹⁴², y el caso de *Kurt Goebell et al.* (también conocido como el caso de la isla de *Borkum*)¹⁴³, todos ellos juzgados ante tribunales norteamericanos con sede en Alemania; y (iii) el caso de *Hoelzer et al.* llevado a cabo ante una tribunal militar canadiense¹⁴⁴.

La sentencia de apelación del caso *Tadic* no explica, sin embargo, si en estos casos los acusados fueron condenados como autores o como partícipes. En opinión del autor, este dato es de particular relevancia dado que en la mayoría de las jurisdicciones de *common law*, quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de partícipes (no de coautores), a menos que realicen personalmente los elementos del tipo objetivo de los delitos imputados y esto

¹³⁵ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 197. Trial of Georg Otto Sandrock and three others, British Military Court for the Trial of War Criminals, held at the Court House, Almelo, Holland, on 24th-26th November, 1945, UNWCC, Vol. I, p. 35.

¹³⁶ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 198. Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany (13-23 August, 1946), sentencia de 24 agosto de 1946.

¹³⁷ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 198. Trial of Franz Schonfeld and others, British Military Court, Essen, 11-26 de junio de, 1946, UNWCC, vol. XI.

¹³⁸ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 199. Trial of Feurstein and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany (4-24 August, 1948), sentencia de 24 agosto de 1948.

¹³⁹ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 202. Trial of Josef Kramer and 44 others, British Military Court, Luneberg, 17 de septiembre-17 Noviembre de 1945, UNWCC, vol. II, p. 1.

¹⁴⁰ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafos 205 a 207. Trial of Erich Heyer and six others, British Military Court for the Trial of War Criminals. Essen, 18-22 de diciembre de 1945, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91.

¹⁴¹ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 200. The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, United States Government Printing Office, Washington, 1951, Vol. IV, p. 3.

¹⁴² Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafo 202. Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Germany, 15 Noviembre-13 Diciembre, 1945, UNWCC, vol. XI, p. 5.

¹⁴³ Sentencia de apelación en el caso *Tadic*, párrafos 210-213.

¹⁴⁴ *Ibid*, párrafo 197. Hoelzer et al., Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25 Marzo-6 Abril 1946, vol. I, pp. 341, 347, 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474)).

tanto con respecto a los delitos que forman parte del plan criminal común, como con respecto a aquellos otros delitos que sin ser parte del mismo son consecuencia previsible de su ejecución¹⁴⁵. Por esta razón, Gillies señala que en las jurisdicciones de *common law*, la doctrina de la empresa criminal común no representa ni una extensión sustantiva ni una sustitución de los principios generales de la participación¹⁴⁶. La única excepción es Australia, donde quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores¹⁴⁷. Sin embargo, como Smith & Hogan han señalado, esto “es contrario a toda la jurisprudencia y doctrina inglesa”¹⁴⁸.

El segundo grupo de casos relativos a la Segunda Guerra Mundial citado por la sentencia de apelación en el caso Tadic incluye los casos de *D'Ottavio et al.*¹⁴⁹, *Aratani et al.*¹⁵⁰, *Tosani*¹⁵¹, *Bonati et al.*¹⁵², *Peveri*¹⁵³, *Manneli*¹⁵⁴, *Minafo*¹⁵⁵, *Montagnino*¹⁵⁶, *Silesio et al.*¹⁵⁷, *Minafo et al.*¹⁵⁸ y de Antonino¹⁵⁹, todos ellos ante tribunales italianos. La sentencia de apelación en el caso Tadic recurrió a estos casos para

¹⁴⁵ Gillies: 1997: 173.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 175.

¹⁴⁷ Smith & Hogan: 2005: 168.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 169. Vid. También sobre esta cuestión Hamdorf: 2007: 221 a 223, y Van Sliedregt: 2007: 197.

¹⁴⁹ Corte de Casación de Italia, sentencia de 12 de marzo de 1947. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 215.

¹⁵⁰ Corte de Casación de Italia, sentencia de 27 de agosto de 1947. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 216.

¹⁵¹ Corte de Casación de Italia, sentencia de 12 de septiembre de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 217.

¹⁵² Corte de Casación de Italia, sentencia de 25 de julio de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 217.

¹⁵³ Corte de Casación de Italia, sentencia de 15 de marzo de 1948. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

¹⁵⁴ Corte de Casación de Italia, sentencia de 27 de octubre de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

¹⁵⁵ Corte de Casación de Italia, sentencia de 24 de febrero de 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

¹⁵⁶ Corte de Casación de Italia, sentencia de 19 de abril de 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

¹⁵⁷ Corte de Casación de Italia, sentencia, 1950. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

¹⁵⁸ Corte de Casación de Italia, sentencia de 23 de octubre de 1946. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

¹⁵⁹ Corte de Casación de Italia, sentencia de 29 de marzo de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.

justificar la aplicación del concepto de *dolus eventualis* en la tercera categoría de empresa criminal común¹⁶⁰. Sin embargo, no utilizó estos casos para concluir que la costumbre penal internacional adopta un concepto subjetivo de autor. En realidad, no hubiera podido encontrar ningún apoyo para tal conclusión en estos casos, puesto que todos ellos se desarrollaron ante tribunales italianos, e Italia es una de las pocas jurisdicciones nacionales que ha adoptado un concepto unitario de autor y, por lo tanto, ha rechazado la distinción entre autoría y participación.

En conclusión, los casos relativos a la Segunda Guerra Mundial que tuvieron lugar ante tribunales británicos, norteamericanos o canadienses, y que fueron citados por la sentencia de apelación en el caso Tadic, no constituyen manifestaciones de un concepto subjetivo de autor, ni tampoco afirman que quienes participan en una empresa criminal común sean penalmente responsables a título de coautores (en lugar de a título de partícipes). Del mismo modo, los casos relativos a la Segunda Guerra Mundial que tuvieron lugar ante tribunales italianos tampoco apoyan esta conclusión. En este sentido, conviene subrayar que la propia sentencia de apelación en el caso Tadic reconoce que:

Es importante observar que en muchos casos relativos a la Segunda Guerra Mundial que tuvieron lugar en otros países los tribunales adoptaron la misma posición con respecto a delitos en los que dos o más personas habían estado involucradas con un grado diverso de participación. Sin embargo, no aplicaron la doctrina de la empresa criminal común o del propósito criminal común, prefiriendo en su lugar aplicar el concepto de coautoría. Esto es particularmente cierto en relación con los casos italianos y alemanes¹⁶¹.

4.4 PRINCIPIOS GENERALES DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ETPIY Y EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL EN GENERAL

La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó que su conclusión de que el derecho internacional consuetudinario adopta un concepto subjetivo de autor, de manera que quienes participan en una empresa

¹⁶⁰ Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 214 a 219.

¹⁶¹ Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 201.

criminal común son penalmente responsables a título de coautores, se encuentra en consonancia con los principios generales de responsabilidad penal recogidos en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general. En este sentido, la sentencia de apelación en el caso Tadic puso particular énfasis en que, de acuerdo con el informe del Secretario Nacional de las Naciones Unidas:

Todos aquellos que están involucrados en la comisión de violaciones graves del derecho internacional humanitario, con independencia del modo en que las hayan cometido, o de la manera en que hayan participado en su comisión, deben ser sometidos a la justicia. Si esto es así, es justo concluir que el estatuto no se limita a atribuir jurisdicción sobre aquellas personas que planean, instigan, ordenan, cometen físicamente o de otra manera asisten o contribuyen en el planeamiento, preparación o ejecución de los delitos. El estatuto no termina aquí. No excluye aquellas otras formas de participación en la comisión de un delito que tienen lugar cuando varias personas que tienen un propósito común deciden llevar a cabo actividades criminales que luego son realizadas de manera concertada por todos ellos o por algunos de sus miembros. Todo aquel que contribuye a la comisión de un delito por este grupo de personas o por algunos de sus miembros en ejecución del propósito criminal común es penalmente responsable siempre y cuando se den las condiciones indicadas más abajo¹⁶².

La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó también que esta interpretación era la que más se ajustaba a la naturaleza de los delitos internacionales cometidos en conflictos armados porque (i) los mismos son llevados a cabo por una pluralidad de personas actuando en ejecución de un plan común; (ii) la contribución de aquellos miembros del grupo que no llevan personalmente a cabo los elementos objetivos del tipo es con frecuencia vital; y (iii) la gravedad moral de dicha contribución no es normalmente inferior —o de hecho no es diferente— de la derivada de la realización personal de los elementos objetivos del tipo¹⁶³.

¹⁶² Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 190.

¹⁶³ *Ibid*, párrafo 191.

En opinión del autor, los argumentos de la sentencia de apelación en el caso Tadic explican el porqué nada en el art. 7(1) ETPIY impide la aplicación de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. Sin embargo, dichos argumentos no justifican la conclusión de la Sala de apelaciones de que el art. 7(1) ETPIY, y el derecho internacional consuetudinario en general, adoptan un concepto subjetivo de autor y califican a quienes participan en una empresa criminal común como coautores. Por el contrario, afirmar que lo que justifica la consideración de aquellos miembros de una empresa criminal común que no realizan personalmente los elementos objetivos del tipo como coautores es la naturaleza “vital” de su contribución y la gravedad moral de su conducta (que no es inferior a la de los autores materiales del delito), no parece ser coherente con la idea de que cuando una pluralidad de personas participan en una empresa criminal común, todos son penalmente responsables como coautores con independencia de la importancia objetiva de su contribución, con tal de que realicen la misma con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común.

En realidad, en opinión del autor, los argumentos utilizados por la sentencia de apelación en el caso Tadic apoyan más bien (i) la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho; y (ii) la configuración de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. En este sentido, es importante subrayar que la teoría del dominio del hecho considera autores a todos aquellos que tienen el control sobre la comisión del delito en cuanto que tienen el poder de decidir si el mismo se comete y como será cometido –en otras palabras–, aquéllos cuyas contribuciones son vitales y cuya conducta tiene una gravedad moral que de ninguna manera es inferior a la de quienes realizan personalmente los elementos objetivos del tipo.

4.5 LA DOCTRINA DE LA EMPRESA CRIMINAL COMÚN Y LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES

La sentencia de apelación en el caso Tadic afirma que sus conclusiones se encuentran también en consonancia con las legislaciones nacionales. En este sentido, la Sala de apelaciones del TPIY explicó como la doctrina de la empresa criminal común es aplicada en nume-

rosos sistemas nacionales¹⁶⁴, aunque la configuración de su alcance y naturaleza varíe dependiendo de cada sistema¹⁶⁵. Como ejemplos, la Sala de apelaciones mencionó los sistemas de Alemania, Holanda, Italia, Francia, Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos, Australia y Zambia¹⁶⁶.

En opinión del autor, la Sala de apelaciones del TPIY no erró al afirmar que la doctrina de la empresa criminal común se configura como una forma de participación punible en la gran mayoría de los sistemas penales del mundo. Sin embargo, otra cosa muy distinta es concluir que el concepto subjetivo de autor, y la correspondiente distinción entre autoría y participación sobre la base de un criterio subjetivo, es también acorde con los principales sistemas penales nacionales.

En opinión del autor, esta última conclusión no encuentra apoyo en las fuentes mencionadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic. De hecho, excepto en el caso de Australia, la gran mayoría de las jurisdicciones de *common law* —incluyendo Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos y Zambia— configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación. Esto es así porque en estas jurisdicciones autores son únicamente; (i) quienes realizan físicamente los elementos del tipo objetivo del delito, y (ii) quienes excepcionalmente pueden ser considerados como tales en aplicación de las doctrinas de *vicarious liability* o de *innocent agency*¹⁶⁷. Además, de las cuatro jurisdicciones de Europa continental citadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic en apoyo de sus conclusiones, (i) Italia ha acogido un concepto unitario de autor que rechaza la distinción entre autoría y participación; y (ii) en los últimos 25 años, la jurisprudencia alemana ha

¹⁶⁴ *Ibid*, párrafos 224 y 225.

¹⁶⁵ *Ibid*, párrafo 225.

¹⁶⁶ *Ídem*.

¹⁶⁷ Gilles, P., *Criminal Law, Op. Cit.*, pp. 157 and 158, Smith & Hogan, *Criminal Law*, pp. 167-168, and Fletcher, G.P., *Rethinking Criminal Law, Op. Cit.*, pp. 638 and 639. See also, Hamdorf, K., *The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law, Op. Cit.*, pp. 221 to 223, and Van Sliedregt, E., *Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide, Op. Cit.*, p. 197.

alternado entre un concepto subjetivo de autor y un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho¹⁶⁸.

Además, la sentencia de apelación en el caso *Tadic* no prestó ninguna atención a la abundante jurisprudencia nacional que aplica un concepto de autor distinto del concepto subjetivo de autor. Por una parte, las jurisdicciones de *common law* acogen un concepto objetivo formal de autor, y ni tan siquiera los supuestos excepcionales recogidos en las doctrinas de *vicarious liability* o de *innocent agency* se construyen sobre la base de un criterio subjetivo¹⁶⁹.

Por otra parte, aunque el grado de desarrollo de la teoría del dominio del hecho varía entre las diferentes jurisdicciones nacionales, la misma es reconocida por jurisdicciones nacionales pertenecientes al *common law*, al sistema romano-germánico, y al *civil law* en general desde hace tiempo. Así, jurisdicciones de *common law* como Australia¹⁷⁰, Canadá¹⁷¹, Sudáfrica¹⁷², Inglaterra y Gales¹⁷³, y los Estados Unidos¹⁷⁴ han aplicado tradicionalmente la teoría del dominio del hecho para condenar como autores mediatos a quienes utilizan un *innocent agent* como instrumento para cometer el delito. En estos casos, se considera que la persona de atrás tiene el control del delito porque su voluntad dominante controla la voluntad de la persona que realiza físicamente los elementos objetivos del tipo.

¹⁶⁸ La jurisprudencia alemana ha aplicado con frecuencia el concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho. *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo Federal en el llamado caso del muro de Berlín (*Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 40, pp. 218 et seq). *Vid.* also *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 2, p. 151; 9, p. 393; 19, pp. 138 et seq). En este sentido, cabe también recordar que, en España, desde finales de 1980, y por tanto con anterioridad a la aprobación del código penal de 1995, el Tribunal Supremo, mediante sentencias como las de 2 de febrero de 1989 y 4 de octubre de 1994, fue progresivamente abandonando el concepto subjetivo de autor basado en la doctrina del acuerdo previo para adoptar un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho. *Vid.* Díaz y García Conlledo: 1991: 564 et seq.

¹⁶⁹ Gilles, P.: 1997: 157-158, Smith & Hogan: 2005: 167-168 y Fletcher: 2000: 638-639.

¹⁷⁰ Rush/Yeo: 2000: 662; y Waller/Williams: 2001: 560.

¹⁷¹ La expresión "*actually commits it*" en la sección 21(1)(a) del Código penal canadiense incluye los supuestos de utilización de un *innocent agent* para cometer el delito. *Vid.* Tremear's *Criminal Code*, *Statutes of Canada Annotated*: 2003: 61.

¹⁷² Snyman: 1995, 246-247.

¹⁷³ *Regina v. Leak* [1976] QB 217; *Stringer* [1991] 94 Cr. App. R. 13, citado en *Read/Seago*: 1999: 123, nota al pie 17; y *DPP v. K & B* [1997], citado por Smith & Hogan: 2005: 167, nota al pie 29.

¹⁷⁴ *Model Penal Code*, sección 2.06(1)-(4). *Vid.* también *State v. Ward*, 396 A.2d 1041, 1046 (Md. 1978); y *Dressler*: 1995: §30.03[A].

Las jurisdicciones nacionales pertenecientes al sistema romano-germánico, como la española¹⁷⁵, la alemana¹⁷⁶ o la argentina¹⁷⁷, por sólo poner algunos ejemplos¹⁷⁸, así como otras jurisdicciones nacionales pertenecientes a lo que en general se conoce como sistemas de *civil law*, como Francia¹⁷⁹ y Sui-

¹⁷⁵ El art. 28 del Código penal español recoge expresamente la autoría mediata. Esta disposición ha sido, en ocasiones, interpretada por el Tribunal Supremo como abarcando no sólo los supuestos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*, sino también aquellos otros supuestos en los que actúa a través de una estructura organizada de poder (*Vid.*, por ejemplo, la STS de 14 de octubre de 1999. Además, el Tribunal Supremo español ha aplicado también la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho (*Vid.*, por ejemplo, la STS de 13 de diciembre de 2002).

¹⁷⁶ La jurisprudencia alemana no sólo ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent* (*Vid.*, por ejemplo, Bundesgerichtshof, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 32, p. 41; 35, p. 351), sino que también la aplicado en aquellos otros supuestos en los que actúa a través de una estructura organizada de poder (*Vid.*, por ejemplo, el caso del muro de Berlín, Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 1994, 2307, así como otros casos posteriores, Bundesgerichtshof 5 StR 98/94 de 26 de julio de 1997 y Bundesgerichtshof 5 StR 176/98 de 28 octubre de 1998). *Vid.* también a este respecto Kühl: 2002: § 20 N° 73 y Tröndle/Fischer: 2003: § 25 N° 3c. Finalmente, la jurisprudencia alemana ha aplicado también la coautoría basada en el codominio funcional del hecho (*Vid.* Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 37, p. 291; 38, p. 319, y Bundesgerichtshof, Strafverteidiger 1994, p. 241).

¹⁷⁷ La jurisprudencia argentina ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. *Vid.* sentencia de la sala de lo penal de Paraná, Sección 1ª, 10/11/1987; JA 1988-III-299; Tribunal Nacional Oral Criminal, N° 7, 3/11/1998; JA 2002-I-síntesis. *Vid.* también Fontán Balestra: 1995, § 49. También ha aplicado la autoría mediata en los casos en aquellos casos en los que el hombre de atrás recurre a una estructura organizada de poder para cometer los delitos. *Vid.*, por ejemplo, el juicio contra los nueve miembros de las tres Juntas militares que gobernaron Argentina entre 1976 y 1983. Finalmente, la jurisprudencia argentina ha aplicado la coautoría basada en el codominio funcional del hecho en relación con la conducta de los ejecutivos de compañías que han cometido delitos contra el medio ambiente. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 4ª, 22/05/2002) (Caso N° 13/84). *Vid.* también Sancinetti/Ferrante: 1999, pp. 204-212.

¹⁷⁸ Otras jurisdicciones del sistema romano-germánico han aplicado también diversas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho. *Vid.* por ejemplo la sentencia condenatoria dictada por los tribunales chilenos contra Contreras y Espizona por el asesinato del antiguo ministro de exteriores chileno Orlando Letelier (publicada en la revista Fallos del Mes, año XXXV, noviembre de 1993). *Vid.* también la reciente sentencia de los tribunales peruanos en la que se condena a Abimael Guzmán, así como el art. 29 (1) del Código penal colombiano (Ley 599 de 24 de julio de 2000).

¹⁷⁹ La jurisprudencia francesa ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un *innocent agent*. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, chambre criminelle, de 6 de marzo de 1964, en Dalloz, 1964, p. 562. *Vid.* también Rasset: 1999, N° 325. La jurisprudencia francesa ha castigado también como autor al empresario que ordena a sus empleados cometer el delito (*Vid.* Larguier: 1976: 410 *et seq.*). Finalmente, a la hora de distinguir entre la coautoría y la participación, la jurisprudencia francesa tiene consideración la importancia del papel jugado por el acusado durante la fase de comisión del delito. *Vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, de 25 de enero de 1962, recogida en Bulletin Criminel N° 68.

za¹⁸⁰, han aplicado la teoría del domino del hecho en sus diversas manifestaciones, y en particular para calificar (i) como autor mediato a quien utiliza a otro como instrumento para cometer el delito, ya sea este último un *innocent agent* o una persona plenamente responsable considerada como fungible dentro de la estructura organizada de poder a la que pertenece; y (ii) como coautor a quien tiene una función esencial en la comisión de un delito por una pluralidad de personas.

En consecuencia, tal y como Fletcher ha señalado, la autoría mediata, que es una de las manifestaciones más importantes de la teoría del dominio del hecho, es aplicada prácticamente en todos los sistemas nacionales¹⁸¹. En opinión del autor, la importancia de esta práctica a nivel nacional es si cabe mayor si se tiene en cuenta que, tal y como hemos visto, la gran mayoría de los convenios nacionales e internacionales no dan contenido al concepto de autor ni elaboran el criterio para distinguir entre autoría y participación, dejando el desarrollo de estas cuestiones a los órganos jurisdiccionales nacionales competentes para aplicar dichos convenios.

CONCLUSIÓN

En opinión del autor, el análisis desarrollado hasta aquí permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, tal y como la sentencia de apelación en el caso Tadic ha afirmado, existen numerosas fuentes que apoyan la conclusión de que conforme al derecho internacional consuetudinario –y, por lo tanto, de acuerdo con los arts. 7(1) ETPIY y 6(1) ETPIR– quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables por los delitos cometidos en ejecución del propósito criminal común. Por lo tanto, siguiendo a la sala de apelaciones del TPIY, no cabe sino afirmar que “cuando una pluralidad de personas

¹⁸⁰ La jurisprudencia argentina ha aplicado la autoría mediata en aquellos casos en los que el hombre de atrás actúa a través de un innocent agent. *Vid.* por ejemplo *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 101 IV 310; y *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 85 IV 23. Ver también Trechsel/Noll: 1998: 199. La Corte Suprema Federal suiza ha aplicado también la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho (*Vid.* por ejemplo, *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 118 IV 399, 120 IV, 142, y *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* 120 IV 272).

¹⁸¹ Fletcher: 2000: 639. *Vid.* También el voto particular del juez Iain Bonomy en la decisión de primera instancia del TPIY sobre coautoría mediata en el caso Milutinovic, párrafos 28-30.

participan en la ejecución de un propósito o plan común, todos son responsables de los delitos que forman parte del mismo con independencia de su grado o forma de participación, siempre y cuando hayan actuado con el deseo de cometerlo”¹⁸².

En segundo lugar, los tratados internacionales, la jurisprudencia relativa a casos de la Segunda Guerra Mundial, los principios generales de derecho penal internacional y la legislación y la jurisprudencia nacional analizados por la sentencia de apelación en el caso Tadic no justifican la conclusión de que el derecho internacional consuetudinario –y, por lo tanto, los arts. 7(1) ETPIY y 6(1) ETPIR– adoptan un concepto subjetivo de autor basado en la doctrina de la empresa criminal común, de manera que quienes participan en una empresa de este tipo son penalmente responsables a título de coautores¹⁸³. Por el contrario, las fuentes analizadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic, apoyan en gran medida la adopción de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y la configuración de la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación.

En tercer lugar, existe un número importante de fuentes adicionales que no han sido analizadas por la sentencia de apelación en el caso Tadic –entre las que se incluyen ciertos convenios internacionales y regionales, la primera jurisprudencia de la CPI, y en particular la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, así como la legislación y la jurisprudencia de numerosas jurisdicciones nacionales– que adoptan un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho y configuran la doctrina de la empresa criminal común como una forma de participación.

En cuarto lugar, aunque la legislación y la jurisprudencia nacionales que se decantan por un concepto objetivo formal de autor (en particular en las jurisdicciones de *common law*) no es lo suficientemente amplia como para que pueda afirmarse que este es el concepto de autor adoptado por el derecho internacional consuetudinario (sobre todo a la luz del papel esencial que líderes políticos y militares juegan con frecuencia en la comisión de delitos internacionales a pesar de encontrarse lejos de la

¹⁸² Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 224.

¹⁸³ La misma conclusión es alcanzada por Bogdan: 2006: 109-111.

escena del crimen), no pueden dejar de ser tenidas en consideración al analizar las cuestiones abordadas en esta sección.

Finalmente, la creciente aplicación del concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho a nivel nacional e internacional —y el hecho de que, en opinión del autor, este es el concepto que mejor se adapta a la naturaleza de los delitos internacionales porque permite calificar como autores a aquellos líderes políticos y militares que juegan un papel clave en la comisión de los mismos, y cuya gravedad moral no es inferior a la de los subordinados que llevan a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo— no permite necesariamente concluir que las distintas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho son actualmente parte de la costumbre internacional (o eran parte de la misma en el momento en el que el conflicto en la ex Yugoslavia comenzó en 1991 o la situación en Ruanda alcanzó una gravedad inesperada en 1994).

En consecuencia, en opinión del autor, no es posible concluir que a día de hoy el derecho internacional consuetudinario se haya decantado de manera definitiva por un determinado concepto de autor (ya sea este el objetivo formal, el subjetivo o el basado en la teoría del dominio del hecho); y esto a pesar de que la legislación y la jurisprudencia nacional e internacional analizada muestra una creciente aplicación de un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho.