

LA INFLUENCIA DE LA DECISIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS EN EL CASO LUBANGA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Héctor Olásolo Alonso*

Sumario: 1. Introducción. 2. Formas de Autoría y Participación. A) 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. B) 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. a) La doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR. b) La teoría del dominio del hecho como criterio distintivo entre autoría y participación en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga. C) 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. a) Primera aproximación. b) Aplicación de los elementos objetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. 1) Plan Común. 2) Contribución esencial. c) Aplicación de los elementos subjetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho. d) Comentario final. D) 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

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

en el caso Lubanga. a) Necesidad de la Revisión. b) El Estatuto de Roma, el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas y Otros Convenios Regionales e Internacionales. c) Jurisprudencia relativa a los casos de la Segunda Guerra Mundial. d) Principios generales de responsabilidad penal en el ETPIY y en el derecho penal internacional en general. e) La doctrina de la empresa criminal común y la teoría del dominio del hecho en las legiaciones nacionales. f) Conclusión. 3. La Noción de Conflicto Armado. Nota bibliográfica.

1. 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 Centroafricana, el caso contra Thomas Lubanga constituye el primer caso ante la Corte Penal Internacional (“CPI”). 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, quien fue entregado a la Corte un mes más tarde, y el 20 de marzo de 2006 se llevó a cabo su comparecencia inicial ante la SCP I. A partir de este momento, la jueza brasileña Sylvia H. Steiner, jueza única del caso, puso en marcha el procedimiento dirigido a la preparación de la audiencia de confirmación de cargos, que finalmente comenzó el 9 de noviembre de 2006. Se trataba de la primera vez que la normativa procesal aprobada durante las negociaciones mantenidas en Roma y Nueva York entre 1996 y 2002 iba a ser aplicada.

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 periodo. 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 procesal¹.

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 cargos contra Thomas Lubanga Dyilo el 29 de enero de 2007². Como se pondrá de manifiesto en las próximas páginas, la importancia de esta decisión —la primera de carácter sustantivo dictada por la CPI— en el desarrollo del derecho penal internacional es manifiesta. 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 desarrolla el elemento subjetivo general del artículo 30 ER (estableciendo el dolo eventual como requisito mínimo para que la 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 o *objective recklessness*, y la mera imprudencia); (iii) 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; (iv) 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; (v) se analiza el contenido del principio de legalidad penal previsto en los arts. 22, 23 y 24 ER; y (vi) se establecen las

fronteras en la aplicación del error de derecho como causa de exculpación conforme al art. 32 ER.

En opinión del autor, las dos cuestiones más relevantes abordadas por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga son las relativas al criterio que permite diferenciar entre autoría y participación en el art. 25 ER, y a la definición del 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. Por ello, el autor, que, 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, ha preferido centrarse en analizar la importancia que para el desarrollo del derecho penal internacional ha supuesto el tratamiento de estas dos cuestiones en la Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga.

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 *Orientale* de la RDC entre el 1 de julio de 2002 y el 21 de diciembre de 2003)³. 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”), el *Parti pour l’Unité et la Sauvegarde de l’Intégrité du Congo* (“PUSIC”) y el *Front National Intégrationniste* (“FNI”)⁴. 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)⁵, así como de utilización de los mismos para participar activamente en las hostilidades una vez completado su entrenamiento⁶. El imputado, Thomas Lubanga Dyilo, es el todavía presidente de la UPC/RP

—que durante buena parte de este periodo ejerció el gobierno provisional del territorio de Ituri— así como el ex-comandante en jefe de las FPLC.

2. FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

A) 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) ER.”⁷

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 participación⁸. 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 delito⁹, 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 ER¹⁰. 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 delitos¹¹, 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 IMTFE¹². 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 partícipes¹³. 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 individual¹⁴.

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 paz¹⁵, las mismas introducen por primera vez en el derecho penal internacional la distinción entre los conceptos de autoría y participación¹⁶. 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 partícipes¹⁷.

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 Rwanda (conocidos como los “tribunales *ad hoc*”)¹⁸, 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 humanidad¹⁹, 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 Alemania²⁰.

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”²¹. 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”²². 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*’ denota una forma secundaria de participación en relación con la responsabilidad del autor del delito”²³.

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”²⁴. Desde entonces, la jurisprudencia del TPIY, tal y como se recoge en las sentencias de apelación en los casos Krnojelac²⁵, Vasiljevic²⁶, Blaskic²⁷, Krstic²⁸, Kvočka²⁹, Simic³⁰, y Brdanic³¹, y en las recientes sentencias de primera instancia en los casos Krajisnik³² and Martić³³,

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 instancia 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 solo es contraria al ETPIY, sino que además es innecesaria³⁴. 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 Ojdic, 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 clasificarse”³⁵.

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”³⁶.

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 TPIY³⁷.

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.

B) 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

a) 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 delitos³⁸. 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 común³⁹.

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 em-

presa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquélla⁴⁰. 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 comisión⁴¹.

La importancia objetiva de la contribución prestada para llevar a cabo el propósito criminal común no es un factor relevante⁴² puesto que lo que importa realmente es que la misma sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común⁴³. Por lo tanto, contribuciones menores pueden ser suficientes siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común⁴⁴. 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 común⁴⁵.

En definitiva, para la doctrina de la empresa criminal común, la esencia del desvalor de la conducta es el hecho de que todos y cada uno de los que participan en al misma actúan con el deseo compartido de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal común⁴⁶. 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 coautoría⁴⁷ —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 común⁴⁸, 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 participantes en una empresa criminal común son penalmente responsables⁴⁹; (ii) existen tres formas de empresa criminal común, cada una de las cuales tiene sus propios elementos objetivos y subjetivos⁵⁰; y (iii) la coautoría se basa en la doctrina de la empresa criminal común⁵¹.

La jurisprudencia del TPIR —y en particular la sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana de 13 de diciembre de 2004⁵², la decisión dictada por la Sala de apelaciones sobre la empresa criminal común en el caso Karemera de 12 de abril de 2006⁵³ y la sentencia de apelación en el caso Gatumbitsi de 7 de julio de 2006⁵⁴— 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 participación⁵⁵.

b) 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 objetivo-materiales del concepto de autor. Si bien fue inicialmente presentada por WELZEL⁵⁶, es ROXIN quien la elabora y redefine en gran medida⁵⁷. Con-

forme a esta teoría, autores son aquéllos que dominan la comisión del delito en cuanto que deciden si el delito será cometido y cómo será cometido⁵⁸. La mayoría de los autores que apoyan la teoría del dominio del hecho afirman que combina: (i) un elemento objetivo consistente en la circunstancias de hecho que otorgan el control sobre el delito; y (ii) un elemento subjetivo que consiste en el conocimiento de dichas circunstancias⁵⁹.

Como la SCP I en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga ha señalado, el dominio del hecho es un concepto abierto⁶⁰, 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”⁶¹.

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 penal⁶². El autor mediato es aquella persona que, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controla la comisión del delito porque utiliza al autor directo como un instrumento sometido al control de su voluntad dominante⁶³. 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 de un plan común, solo tienen el co-dominio funcional del hecho quienes, debido a la importancia de las funciones que les han sido encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo⁶⁴. 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 en-

comendadas, sí que tienen al menos el poder para impedir su comisión⁶⁵.

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 refiere 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 participación⁶⁶. 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 señalé en su decisión de emisión de una orden de arresto, la Sala considera que el concepto 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 delito”⁶⁷.

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 común⁶⁸. 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 contribuciones⁶⁹.

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 partícipes⁷⁰.

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 particularmente 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 responsables es necesario que su asistencia tenga un efecto sustancial en la comisión, o tentativa de comisión, del delito o en la consolidación de sus efectos⁷¹. 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 delito⁷².

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, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) or (c) ER⁷³.”

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 cometer una masacre— debe ser voluntaria⁷⁴. 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 grupo⁷⁵.

De esta manera, el art. 25 (3) (d) RS, no solo se limita a “aquellas contribuciones a la comisión del delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, ser cómplice, ser encubridor o asistir en el sentido del artículo 25 (3)(b) o (c) ER⁷⁶”, 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 doc-

trina de la empresa criminal común, no puede ser nunca considerado como una forma de coautoría. De hecho, al adoptar un concepto subjetivo de autor, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha subrayado que, para ser considerado autor, quien participa en una empresa criminal común debe compartir el deseo de que se consumen los delitos que son parte del propósito criminal común, lo que implica actuar motivado por cualquier *dolus specialis* exigido por su tipo subjetivo⁷⁷.

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*⁷⁸, 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 personas⁷⁹. 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 manera, tiene cierto parecido con la doctrina de la empresa criminal común en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*⁸⁰.

Como la SCP I ha señalado en su decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga⁸¹, 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 común⁸².

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 solo da lugar a responsabilidad penal si el delito es finalmente consumado⁸³.

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 derecho penal internacional en relación con sus respectivas disposiciones penales sustantivas⁸⁴. 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 especificidad⁸⁵.

C) 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

a) 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 so-

bre 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”⁸⁶.

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 bombardeo. 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 común⁸⁷. 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 partícipe⁸⁸.

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 poder⁸⁹.

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 sobre la adopción y ejecución de las políticas de la UPC/RP, y sólo recibía asesoramiento técnico de los Secretarios Nacionales del movimiento”⁹⁰. 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 cargo⁹¹. 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 patentes⁹². 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.”⁹³

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”⁹⁴. Debido a la ausencia de una clara relación ver-

tical 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 aquel, estos últimos no podían ser considerados como miembros fungibles de las FPLC sometidos al control de Thomas Lubanga. En opinión del autor, ésta 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 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 Fiscalía⁹⁵.”

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 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.

b) Aplicación de los elementos objetivos de la coautoría basada en el co-dominio funcional del hecho

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 FPLC⁹⁶. Todos ellos se conocían y habían trabajado juntos, con anterioridad a la creación de las FPLC⁹⁷.

Para la SCP I, el plan común, que se ejecutó desde principios de septiembre de 2002 hasta finales de 2003, consistía en promover la campaña 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 mismos⁹⁸.

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 coordinada⁹⁹. 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 combate¹⁰⁰, 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 perma-

nentes con los otros miembros del mismo y en proporcionarles los recursos financieros y logísticos necesarios para su ejecución¹⁰¹.

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 hostilidades; (ii) promoviendo que las familias Hema contribuyesen a las actividades militares de la UPC/RP y de las FPLC mediante el alistamiento voluntario de jóvenes reclutas; y (iii) utilizando niños menores de quince años como guardaespaldas personales¹⁰².

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 ejecución¹⁰³. Lógicamente, la enorme relevancia de sus funciones le confirió también el poder de frustrar la ejecución del plan común¹⁰⁴.

c) 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 guardaespaldas¹⁰⁵. 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 misma¹⁰⁶. De esta manera, se cumplían los requisitos del dolo eventual que, según la interpretación de la SCP I, consituye el elemento subjetivo general del art. 30 ER¹⁰⁷.

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 frustrar la ejecución del plan común si se negaba a desarrollar sus funciones de coordinación¹⁰⁸.

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 imputaban¹⁰⁹.

D) 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 divi-

sion de funciones para la ejecución del plan común.

Por otro lado, cuanto más se desciende 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.

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 tribunales *ad hoc*¹⁰. 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 delito¹¹.

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.

D) REVISIÓN DEL ANÁLISIS DE LOS TRIBUNALES AD HOC SOBRE EL CARÁCTER CONSUEUDINARIO 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

a) 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 común¹¹². Así, 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”¹¹³.

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 participación¹¹⁴.

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 autoría mediata para solucionar los problemas que plantea la aplicación de la doctrina tradicional de la empresa criminal común a líderes políticos y militares¹¹⁵. 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 instrumentos¹¹⁶;
- (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 hecho¹¹⁷. 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 media-

ta como manifestaciones del más amplio concepto de autor¹¹⁸.

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 *opinio iuris*¹¹⁹. 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 requiera¹²⁰. Además, la Corte Internacional de Justicia en el caso entre Nicaragua y EEUU 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 práctica¹²¹. 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 jurídica¹²².

b) 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 coautores¹²³. Estas disposiciones son el art. 25 (3) (d) ER¹²⁴ y el art. 2 (3) (c) del Convenio

Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas de 15 de diciembre de 1997¹²⁵.

La sentencia de apelación en el caso Tadic considera que estas dos disposiciones no sólo recogen la doctrina de la empresa criminal común, 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 Roma¹²⁶ y (ii) la segunda fue adoptada por consenso entre todos los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas¹²⁷.

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”.

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 participación¹²⁸. 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 hecho"¹²⁹.

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 encubrimiento¹³⁰.

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 Transicional de las Naciones Unidas para Timor Oriental establece Salas con jurisdicción exclusiva sobre delitos graves.

Además, numerosos convenios internacionales y regionales se refieren de manera genérica a la autoría mediante el uso de la expresión "cometer", e incluso en en ciertas ocasiones se recogen también referencias expresas a la coautoría¹³¹. 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.

c) 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 *Georg Otto Sandrock et al.* (también conocido como el proceso de *Almelo*)¹³², el caso de *Jepsen et al.*¹³³, el caso de *Schonfeld et al.*¹³⁴, el caso *Ponzano*¹³⁵, the caso *Belsen*¹³⁶, y el caso del ahorcamiento de *Essen* (también conocido como el caso del Oeste de *Essen*)¹³⁷, todos

ellos llevados a cabo ante tribunales británicos con sede en Alemania; (ii) el caso de los *Einsatzgruppen*¹³⁸, el caso del campo de concentración de *Dachau*¹³⁹, y el caso de *Kurt Goebell et al.* (también conocido como el caso de la isla de *Borkum*)¹⁴⁰, 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 canadiense¹⁴¹.

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 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 ejecución¹⁴². 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 participación¹⁴³. La única excepción es Australia, donde quienes participan en una empresa criminal común son penalmente responsables a título de coautores¹⁴⁴. Sin embargo, como SMITH & HOGAN han señalado, esto “es contrario a toda la jurisprudencia y doctrina inglesa”¹⁴⁵.

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.*¹⁴⁶, *Aratani et al.*¹⁴⁷, *Tosani*¹⁴⁸, *Bonati et al.*¹⁴⁹, *Peveri*¹⁵⁰, *Mannelli*¹⁵¹, *Minafo*¹⁵², *Montagnino*¹⁵³, *Silesio et al.*¹⁵⁴, *Minafo et al.*¹⁵⁵ y de Antonino¹⁵⁶, todos ellos ante tribunales italianos. La sentencia de apelación en el caso Tadic recurrió a estos casos para justificar la aplicación del concepto de *dolus eventualis* en la tercera categoría de empresa criminal común¹⁵⁷. 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 alemanes¹⁵⁸.”

d) 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 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 pe-

nal 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 abajo"¹⁵⁹.

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 tipo¹⁶⁰.

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 cómo será cometido; en otras palabras, aquellos 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.

e) 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 cómo la doctrina de la empresa criminal común es aplicada en numerosos sistemas nacionales¹⁶¹, aunque la configuración de su alcance y naturaleza varíe dependiendo de cada sistema¹⁶². Como ejemplos, la Sala de apelaciones mencionó los sis-

temas de Alemania, Holanda, Italia, Francia, Inglaterra y Gales, Canadá, Estados Unidos, Australia y Zambia¹⁶³.

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*¹⁶⁴. 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 alternado entre un concepto subjetivo de autor y un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho¹⁶⁵.

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 subjetivo¹⁶⁶.

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 Australia¹⁶⁷, Canadá¹⁶⁸, Sudáfrica¹⁶⁹, Inglaterra y Gales¹⁷⁰, y los Estados Unidos¹⁷¹ 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.

Las jurisdicciones nacionales pertenecientes al sistema romano-germánico, como la española¹⁷², la alemana¹⁷³ o la argentina¹⁷⁴, por solo poner algunos ejemplos¹⁷⁵, así como otras jurisdicciones nacionales pertenecientes a lo que en general se conoce como sistemas de *civil law*, como Francia¹⁷⁶ y Suiza¹⁷⁷, han aplicado la teoría del dominio 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 nacionales¹⁷⁸. 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.

f) 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 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”¹⁷⁹.

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 coautores¹⁸⁰. 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 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.

3. LA NOCIÓN DE CONFLICTO ARMADO

La segunda cuestión de las tratadas por la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga que el autor ha decidido abordar en este artículo es la relativa a la definición del concepto de conflicto armado en el art. 8 ER, y a su distinción de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista. En este sentido, conviene subrayar que la importancia de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga es mayor si cabe en el marco del ordenamiento jurídico español puesto que, al no contener los arts. 608 a 614 bis del Código penal español una definición del concepto de conflicto armado, será necesario acudir para su interpretación a lo que disponen los instrumentos internacionales de los que España es parte —lo que incluye tanto el ER, como la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga en cuanto que se trata de la jurisprudencia de la CPI que hasta la fecha es más relevante en relación con la definición del concepto de conflicto armado.

En este sentido, es importante señalar que el concepto de conflicto armado constituye el elemento clave en la regulación de los crímenes de guerra contenida tanto en el Código penal español como en el ER porque, además de delimitar la frontera del ámbito de aplicación del derecho internacional humanitario, constituye un elemento indispensable del tipo objetivo de todos y cada uno de los crímenes de guerra allí recogidos. De manera que la conducta

debe producirse en el seno de una situación de conflicto armado para que pueda calificarse como crimen de guerra; de lo contrario, podrá únicamente ser considerada como un delito ordinario de homicidio, de lesiones, de ataque contra la dignidad de la persona, de abuso sexual o, incluso, como un acto de terrorismo cometido en tiempos de paz¹⁸¹. Es por ello que los arts. 608 a 614 bis exigen que la conducta se cometa “con ocasión de un conflicto armado”, mientras que los EC de cada uno de los crímenes de guerra previstos en el art. 8 ER requieren que “la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado”.

Si bien los artículos 609 a 614 CP requieren únicamente que la conducta de que se trate se desarrolle “con ocasión de un conflicto armado”, sin distinguir entre conflictos armados internacionales y conflictos armados de carácter no internacional (de manera que con independencia del carácter internacional o no internacional del conflicto el ámbito de las conductas tipificadas es exactamente el mismo¹⁸²), la distinción entre conflictos armados de carácter internacional y de carácter no internacional no sólo se encuentra en la raíz del propio derecho internacional humanitario, sino que se recoge también en el art. 8 ER y en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*.

En relación con los conflictos armados de carácter internacional, la decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, ha ratificado la interpretación del art. 2 común a los Convenios de Ginebra realizada por la jurisprudencia del TPIY en lo que se refiere a los criterios aplicables para determinar la existencia de un conflicto armado de carácter internacional. Así, para la SCP I, un conflicto armado tiene un carácter internacional: (i) cuando dos o más Estados recurren a la fuerza armada para solucionar sus divergencias, incluyendo los supuestos de ocupación del territorio de un Estado por las fuerzas armadas de otro Estado, con independencia de que tal ocupación encuentre o no resistencia militar; o (ii) cuando un conflicto armado, que en principio tiene un carácter no internacional, se internacionaliza como resultado de la intervención directa de

las fuerzas armadas de un tercer Estado, o a raíz de la intervención indirecta de un tercer Estado sobre la base del criterio del “control de conjunto” tal y como ha sido elaborado por la sentencia de apelación del TPIY en el caso Tadic¹⁸³. Sobre la base de esta interpretación, la SCP I llegó a la conclusión de que, a la luz de la prueba presentada durante la audiencia de confirmación de cargos, el conflicto armado ocurrido en el territorio de Ituri desde Julio de 2002 hasta junio de 2003 tenía un carácter internacional debido a la ocupación a la que se encontraba sometido parte de dicho territorio por las fuerzas armadas ugandesas¹⁸⁴.

En relación con los conflictos armados de carácter no internacional, la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga aborda en primer lugar el problema de si los mismos se extienden a las situaciones de enfrentamiento entre grupos armados organizados entre sí; o si, por el contrario, se requiere en todo caso la intervención de las fuerzas armadas gubernamentales para la calificación de una situación de crisis como conflicto armado. La SCP I ha resuelto este problema mediante la calificación como conflicto armado de carácter no internacional de la situación de enfrentamientos entre varios grupos armados organizados (UPC/FPLC, FNI y PUSIC) en el territorio del distrito de Ituri (República Democrática del Congo) en el segundo semestre de 2003¹⁸⁵, una vez que las fuerzas armadas ugandesas se retiraron del territorio de Ituri a primeros de junio de 2003¹⁸⁶. Con ello, la SCP I no hace sino ratificar la jurisprudencia del TPIY que ha afirmado de manera reiterada que, como resultado de la evolución de la costumbre internacional desde la aprobación del PA II en 1977, existe actualmente un único concepto de conflicto armado de carácter no internacional en el que se incluyen las situaciones de enfrentamiento entre grupos armados organizados entre sí¹⁸⁷.

La decisión de confirmación de cargos también aborda la cuestión relativa a los requisitos de organización e intensidad que se exigen a las partes contendientes para que se pueda hablar de conflicto armado. A este respecto, conviene

recordar que, el art. 3 común a los cuatro Convenios describe únicamente las obligaciones de las partes contendientes cuando “un conflicto armado que no sea de índole internacional” surge en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, pero no precisa lo que entiende específicamente por conflicto armado. Ahora bien, en el comentario del CICR a esta disposición, se subraya que no fue la intención de sus redactores que la misma se aplicase a cualquier acto de violencia armada (como actos de anarquía, motines o actos de criminalidad ordinaria), sino sólo a situaciones en las que se producen hostilidades entre las fuerzas armadas de dos o más bandos —es decir, situaciones que, al margen de la personalidad jurídica internacional de las partes contendientes, tienen una naturaleza similar a los conflictos armados internacionales si bien se producen en el territorio de un único Estado¹⁸⁸.

El PA II desarrolla la normativa aplicable a los conflictos armados de carácter no internacional que se contiene en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, y, al mismo tiempo, adopta una serie de criterios que permiten distinguir las situaciones de conflicto armado de las situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista. Así, el art. 1(1) PA II delimita el ámbito de aplicación del Protocolo II Adicional a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Por lo tanto, se requiere, en primer lugar, que los grupos armados implicados en el conflicto tengan un cierto grado de organización interna, lo que incluiría una cierta estructura jerárquica que asegure tanto un control operacional por un mando responsable, como un control disciplinario que permita imponer la aplicación de la normativa del Protocolo II Adicional. Además, se exige que dichos grupos armados tengan la capacidad

para planear y llevar a cabo operaciones militares de manera continuada a raíz del control ejercido sobre una parte del territorio del Estado afectado¹⁸⁹.

Sin embargo, en noviembre de 1995, la Sala de apelaciones del TPIY, en su decisión sobre jurisdicción en el caso Tadic, adoptó una definición de conflicto armado, que desde entonces ha sido aplicada de manera reiterada por la jurisprudencia del TPIY¹⁹⁰, en la que se afirma la existencia de un conflicto armado siempre que se recurra a la violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre estos últimos entre sí, dentro del territorio de un Estado¹⁹¹. Lo que más destaca de esta definición es la eliminación del requisito de que los grupos armados organizados involucrados en el conflicto deban controlar una parte del territorio del Estado afectado¹⁹². De esta manera, se extiende el abanico de situaciones que pueden ser calificadas como conflicto armado (y en las que, por lo tanto, sería aplicable el derecho internacional humanitario), al mismo tiempo que se hace más tenue la línea que divide las situaciones de conflicto armado de las situaciones de tensiones o disturbios internos, y en particular aquellos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista¹⁹³.

En consecuencia, desde el caso Tadic la jurisprudencia del TPIY ha afirmado repetidamente que para la existencia de un conflicto armado de carácter no internacional es suficiente con que los grupos armados organizados que intervienen en el mismo: (i) tengan una organización interna suficiente, de manera que actúen bajo un mando responsable, tengan un sistema disciplinario interno que les permita imponer a sus miembros el respeto por el derecho internacional humanitario, y tengan una estructura interna que les permita planear y ejecutar de manera concertada operaciones durante un cierto periodo de tiempo; y (ii) tengan la capacidad logística y operacional —además de la estructural— necesaria para recurrir efectivamente a un cierto nivel (intensidad) de violencia durante un cierto periodo de tiempo.

Ahora bien, en opinión del autor, la distinción entre situaciones de conflicto armado y situaciones de tensiones o disturbios internos provocados por sucesivos actos de violencia terrorista tiene tal trascendencia que no puede dejarse en semejante grado de indeterminación: lo que está en juego es nada más y nada menos que la aplicación del derecho internacional humanitario y la correspondiente inaplicación de aquella parte de la legislación nacional procesal ordinaria, así como de la especial antiterrorista, que sea incompatible con el mismo —lo que supondría, *sir ir más lejos*, la calificación de los actos de violencia contra los miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que participan en la lucha antiterrorista como ataques legítimos contra objetivos militares, o el derecho de los miembros de estos cuerpos a disparar directamente, sin necesidad de tan siquiera dar el alto, contra los integrantes de los denominados “grupos terroristas” (que en realidad tendrían la consideración de grupos armados organizados involucrados en un conflicto armado). Por ello, a falta de un criterio alternativo generalmente aceptado que permita superar la inseguridad jurídica generada por la jurisprudencia del TPIY en relación con la frontera que separa las situaciones de conflicto armado de aquellas otras situaciones de tensiones o disturbios internos generadas por sucesivos actos de violencia terrorista, parece necesario retomar el requisito del control de una parte del territorio del Estado afectado por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto, tal y como se exige en la definición de conflicto armado de carácter no internacional prevista en el art. 1 (1) PA I¹⁹⁴.

Es precisamente en este marco en el que la Decisión de la SCP I en el caso Lubanga tiene una particular relevancia. Así, la SCP I, tras analizar el distinto contenido del concepto de conflicto armado de carácter no internacional en el art. 1 (1) PA II y en la jurisprudencia del TPIY¹⁹⁵, parece reconocer implícitamente en esta decisión que una cosa es el recurso a la fuerza armada durante un cierto periodo de tiempo (lo que se corresponde con la definición

de conflicto armado de carácter no internacional adoptada por la jurisprudencia del TPIY), y otra cosa es la existencia de un conflicto armado que tenga un carácter “prolongado” tal y como requiere el art. 8 (2) (f) ER¹⁹⁶.

De hecho, la SCP I subraya en primer lugar que el párrafo 2 (f) del art. 8 ER pone un énfasis particular en el carácter “prolongado” del conflicto armado¹⁹⁷, para a continuación señalar que en el caso del conflicto armado en el distrito de Ituri entre junio y diciembre de 2003, los grupos armados organizados involucrados en el conflicto —y en particular la UPC y su brazo armado les FPLC, el PUSIC y el FNI— controlaban una parte del territorio de dicho distrito¹⁹⁸. Con ello parece retomarse, al menos en relación con los delitos recogidos en el párrafo 2 (e) del art. 8 ER, el requisito del control del territorio exigido por el art. 1 (1) PA II, según el cual los grupos armados organizados involucrados en un conflicto armado de carácter no internacional deben tener la capacidad para planear y llevar a cabo operaciones militares de manera concertada y sostenida en virtud del control ejercido sobre una parte del territorio del Estado afectado¹⁹⁹.

La decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga es particularmente significativa dado que el art. 8 ER recoge únicamente una definición negativa del concepto de conflicto armado de carácter no internacional, conforme a la cual no constituyen situaciones de conflicto armado “las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros análogos”²⁰⁰. Además, los Elementos de los Crímenes ni definen cuál es el contenido de la noción de conflicto armado de carácter no internacional (en realidad ni tan siquiera enumeran los criterios que una determinada situación de crisis dentro del territorio de un Estado debe cumplir para ser calificada como conflicto armado), ni ofrecen ninguna ayuda para responder a los interrogantes abiertos por el ER en relación con la posible adopción por el mismo de más de una categoría de conflicto armado de carácter no internacional. De manera que se deja en manos de la juris-

prudencia de la CPI la tarea de determinar el contenido del concepto de conflicto armado de carácter no internacional; para lo que, además de contar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales arriba mencionados²⁰¹, deberá prestar particular atención al art. 21(3) ER, que supedita el recurso al derecho internacional humanitario como instrumento de interpretación de las disposiciones contenidas en el ER a que las soluciones ofrecidas por el mismo sean compatibles con los “derechos humanos internacionalmente reconocidos”.

Por esta razón, decisiones como la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de La Tablada podrían ser relevantes a la hora de delimitar la frontera entre situaciones de conflicto armado y situaciones de tensiones o disturbios internos en las que el derecho internacional humanitario no es aplicable²⁰². El problema es que esta decisión se aleja todavía más del concepto de conflicto armado previsto en el art. 1(1) PA I, y particularmente de la necesidad de control de una parte del territorio por el grupo armado organizado que se enfrenta a las fuerzas armadas gubernamentales, y se aproxima, si bien estableciendo unos estándares todavía menos exigentes, a la definición de conflicto armado desarrollada por la jurisprudencia del TPIY.

De ahí la relevancia de la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga puesto que, a pesar de lo dispuesto en el art. 21(3) ER, se aleja definitivamente de lo dispuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de La Tablada, al requerir, al menos implícitamente, de manera adicional que los grupos armados organizados de que se trate ejerzan un control tal sobre una parte del territorio del Estado afectado que les permita llevar a cabo operaciones militares concertadas de manera sostenida.

En consecuencia, también a los efectos de la aplicación de los arts. 608 a 614 bis del Código penal español, el concepto de conflicto armado deberá interpretarse como incluyendo aquellas situaciones de enfrentamiento en el territorio de un Estado entre grupos armados organizados entre sí, o entre estos y fuerzas

gubernamentales, en las que dichos grupos, además de una estructura interna suficiente, de un cierto nivel de intensidad en el recurso a la violencia o de un cierto periodo de tiempo durante el cual se recurre a la misma, ejerzan un control tal sobre una parte del territorio del Estado afectado que les permita realizar operaciones militares concertadas de manera sostenida. Será a la luz de estos criterios desde los que habrá que analizar si situaciones de crisis como las provocadas por la actuación de

ETA en España, del IRA en el Reino Unido, del Ejército de Liberación Kosovar en Kosovo o de las FARC en Colombia, por poner sólo algunos ejemplos, deben ser o no calificadas conforme a los arts. 608 a 614 bis CP como situaciones de conflicto armado.

NOTAS

1. 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.
2. 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.
3. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 167 a 237, y en particular los párrafos 220, 236 y 237.
4. 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. Vid. decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 220, 236 y 237.
5. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 249, 253, 254 y 258.
6. *Ibid.*, párrafos 266 y 267.
7. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 320.
8. Concurring, Ambos: 1999: 478 a 480; y Werle: 2005: 212-213.
9. 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.
10. 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.
11. 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).
12. 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).
13. Ambos: 2005: 275 *et seq.*
14. Werle: 2005: 211 (nota al pie 636).

15. 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).

16. 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 or encubrió el mismo; (c) si tomó parte de manera voluntaria en su comisión; (d) si se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; (e) era miembro de una organización o grupo que se encontraba relacionado con planes o empresas que incluían su comisión; o (f) en relación con los delitos previstos en el párrafo 1 (a), si ocupaba una posición política, civil o militar de relieve en Alemania (como la pertenencia al Estado Mayor) o en uno de sus países aliados, cobeligerantes o satélites, o ocupaba una posición de relevancia en la vida financiera, industrial o económica de cualquiera de dichos países” (traducción del autor).

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

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

19. 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).

20. Werle: 2005: 211.

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

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

23. 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.

24. 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.

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

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

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

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

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

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

31. 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.

32. Sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik case, párrafos 79 a 81.
33. Sentencia de primera instancia en el caso Martic, párrafos 435 and 440.
34. Sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac, párrafos 75 a 77.
35. 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.
36. Traducción del autor. Van Sliedregt: 2007: 190.
37. 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).
38. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvocka (párrafo 81), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafo 883).
39. 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.
40. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvocka (párrafo 96), Stakic (párrafo 64) y Brdanin (párrafo 364). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en los casos Krajisnik (párrafo 883).
41. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafos 32 y 33), Vasiljevic (párrafo 101), Kvocka (párrafos 82, 83 y 89), Stakic (párrafo 65) y Brdanin (párrafo 365). Vid. también la sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Simic (párrafo 158) y Krajisnik (párrafos 879 y 883).
42. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafos 228 y 229), Vasiljevic (párrafo 100), Kvocka (párrafos 97 y 98) y Brdanin (párrafo 263). Vid. también la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krajisnik (párrafo 883).
43. Sentencias dictadas por la Sala de apelaciones del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 84), Vasiljevic (párrafo 97), Kvocka (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.
44. 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/Martinez: 2005: 150-151, y Ohlin: 2007: 89.
45. 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).
46. Decisión de la Sala de apelaciones del TPIY de 21 de mayo de 2003 sobre jurisdicción en relación con el concepto de empresa criminal común en el caso Ojdanic (párrafo 20). Cuando los delitos son cometidos dentro de un sistema de maltrato (como es el caso de los campos de concentración, que constituyen el ejemplo paradigmático de 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), Kvocka (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.

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

48. Van Sliedregt: 2007: 189-190.

49. 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 21 y 29.

50. Ibid, párrafos 21 y 29.

51. 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).

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

53. 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.

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

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

56. Welzel: 1939: 491-466.

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

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

59. 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.

60. Roxin: 2000: 122 et seq.

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

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

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

64. Mir Puig: 2002: 385, Muñoz Conde/García Arán: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Num. 99, Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 6 y Wessels/Beulke: 2001: No. 526.

65. 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: No. 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 Arán: 2002: 452-454; y Pérez Cepeda: 1997: 417.

66. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333-338.
67. 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.
68. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 333.
69. Ibid, párrafo 334.
70. 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.
71. 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 (paragraph 249), Aleksovski (paragraph 61), Kunarac (paragraph 391), Krnojelac (paragraph 88) y Oric (paragraph 282).
72. En el mismo sentido, Ambos: 1999: 481 y 484.
73. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337.
74. Fletcher/Ohlin: 2005: 549.
75. Idem.
76. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 337.
77. 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.
78. 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.
79. La misma opinión es mantenida por Ambos: 1999: 484-485, y Werle: 2007: 958-961 y 974.
80. 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 deso 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.
81. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.
82. 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), Kvocka (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.
83. Olásolo: 2008: sección II.4.

84. Olásolo: 2005: 25. Vid. también Triffterer: 1999: 318-319.
85. Olásolo: 2007: 152.
86. 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: No. 57, y Perez Cepeda: 1997: 417.
87. Roxin: 2000: 141 et seq, Kühl: 2002: No. 99, Tröndle/Fischer: 2003:§ 25 No. 6, y Wessels/Beulke: 2001: No. 526. Vid. también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 332 (iii).
88. Roxin: 2000: 141 et seq, Muñoz Conde/García Aran: 2002: 452-453, Kühl: 2002: Nos. 103 y 112, y Wessels/Beulke: 2001: No. 528. Ver también la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 347.
89. 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.
90. Traducción del autor. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 368.
91. Ibid, párrafo 373.
92. Ibid, párrafo 375 (a) y (b).
93. Ibid, párrafos 375 (c) y 376.
94. Traducción del autor. Ibid, párrafo 374.
95. Decisión de emisión de una orden de arresto en el caso Lubanga, párrafo 96.
96. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 377 (i).
97. Ibid, párrafo 378.
98. Ibid, párrafo 377.
99. Ibid, párrafos 397 y 398.
100. Ibid, párrafo 383 (i).
101. Ibid, párrafo 383 (ii).
102. Ibid, párrafo 383 (ii) y (iii).
103. Ibid, párrafo 398.
104. Idem.
105. Ibid, párrafos 404 (i) y 408.
106. Ibid, párrafos 404 (ii) y 408.
107. Ibid, párrafos 352 a 355.
108. Ibid, párrafo 409.
109. Ibid, párrafo 410.
110. Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 227), Krnojelac (párrafo 31), Vasiljevic (párrafo 100), Kvovca (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).

111. Sentencias de apelación del TPIY en los casos Tadic (párrafo 228), Krnojelac (párrafo 32), Vasiljevic (párrafo 101), Kvočca (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.
112. 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/Martinez: 2005: 150-151, Cassese: 2007: 110-111, Van Sliedregt: 2007: 185 a 187, Van del Wilt: 2007: 96 y Gustafson: 2007: 136-139.
113. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 226.
114. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 333 a 338.
115. Sentencia de apelación en el caso Brđjanin, párrafos 410 a 414.
116. Ibid, párrafo 412.
117. 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.
118. Voto particular del Juez Schomburg en la sentencia de apelación del TPIR en el caso Gacumbitsi, párrafo 16.
119. 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.
120. Caso relativo a la plataforma continental del mar del norte, 1969 CIJ Rep. 3, 44 (Feb. 20).
121. Caso entre Nicaragua y lo EEUU, relativo a las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, 1986 CIJ Rep. 14, 98 (June 27).
122. Bassiouni: 2003: 222. Vid. también Brownlie, I: 1998: 4-11, Akehurst: 1974: 1 et seq.
123. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 222 y 223.
124. 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 1 de julio de 2002, y en la actualidad hay 139 estados signatarios y 105 estados partes.
125. 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.
126. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 223.
127. Ibid, párrafo 221.
128. 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.
129. Traducción del autor. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafo 338.
130. 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 Furundžija.
131. 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”.
132. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 197. *Trial of 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.

133. 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), judgement of 24 August 1946.
134. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 198. *Trial of Franz Schonfeld and others*, British Military Court, Essen, June 11th-26th, 1946, UNWCC, vol. XI.
135. 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), judgement of 24 August 1948.
136. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 202. *Trial of Josef Kramer and 44 others*, British Military Court, Luneberg, 17th September-17th November, 1945, UNWCC, vol. II, p. 1.
137. 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, 18th-19th and 21st-22nd December, 1945, UNWCC, vol. I, p. 88, at p. 91.
138. 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.
139. 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, 15th November-13th December, 1945, UNWCC, vol. XI, p. 5.
140. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 210-213.
141. Ibid, párrafo 197. *Hoelzer et al.*, Canadian Military Court, Aurich, Germany, Record of Proceedings 25 March-6 April 1946, vol. I, pp. 341, 347, 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474).
142. Gillies: 1997: 173.
143. Ibid, p. 175.
144. Smith & Hogan: 2005: 168.
145. Ibid, p. 169. Vid. También sobre esta cuestión Hamdorf: 2007: 221 a 223, y Van Sliedregt: 2007: 197.
146. 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.
147. 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.
148. 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.
149. 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.
150. 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.
151. 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.
152. 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.
153. 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.
154. Corte de Casación de Italia, sentencia, 1950. 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 23 de octubre de 1946. 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 29 de marzo de 1949. La sentencia de apelación en el caso Tadic se refiere a este caso en su párrafo 219.
157. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafos 214 a 219.
158. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 201.
159. Traducción del autor. Sentencia de apelación en el caso Tadic, párrafo 190.
160. Ibid, párrafo 191.
161. Ibid, párrafos 224 y 225.
162. Ibid, párrafo 225.
163. Idem.
164. 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.
165. 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. *Diaz y Garcia Conlledo*,: 1991: 564 et seq.
166. Gilles, P.: 1997: 157-158, Smith & Hogan: 2005: 167-168 y Fletcher: 2000: 638-639.
167. Rush/Yeo: 2000: 662; y Waller/Williams: 2001: 560.
168. 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).
169. Snyman: 1995, 246-247.
170. Regina v. Leak [1976] Q B 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.
171. 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].
172. 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).
173. 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 Köhl: 2002: § 20 No. 73 y Tröndle/Fischer: 2003: § 25 No. 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).

174. 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, Section 1ª, 10/11/1987; JA 1988-III-299; Tribunal Nacional Oral Criminal, No. 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 No. 13/84). Vid también Sancinetti/Ferrante: 1999, pp. 204-212.

175. 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 Letelie (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).

176. 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 Rassat: 1999, No. 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 No. 68.

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. 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).

178. 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.

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

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

181. Pignatelli y Meca: 2003: 159.

182. Ibid, p. 460.

183. Decisión de confirmación de los cargos en el caso Lubanga, párrafos 207 a 211. En este sentido, es importante subrayar que, en relación con la cuestión relativa a los requisitos que deben concurrir para que se pueda hablar de intervención indirecta de un tercer Estado en un conflicto armado que no se desarrolla en su propio territorio, la Corte Internacional de Justicia había elaborado en el caso Nicaragua el criterio del "control efectivo" a los efectos de determinar cuando existe responsabilidad del tercer Estado que presuntamente interviene en el conflicto. Según la CIJ, sólo si era posible demostrar que los EEUU tenían un control efectivo sobre la contra nicaragüense durante el conflicto que esta última sostuvo contra las fuerzas armadas del gobierno nicaragüense, se podía afirmar la responsabilidad de los EEUU por ingerencia en los asuntos internos de Nicaragua (Vid. sentencia de 27 de junio de 1986 en el caso de Nicaragua contra EEUU en relación con las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, CIJ Rep., 1986, pp. 64 y 65). Sin embargo, la sentencia de apelación del TPIY en el caso Tadic (párrafo 141) rechazó el criterio del control efectivo e introdujo el criterio del "control de conjunto" (*overall control*) de un tercer Estado sobre una de las partes contendientes, conforme al cual, sólo se puede hablar de intervención indirecta de un tercer Estado (y por tanto de la existencia de un conflicto armado internacional) cuando dicho Estado, además de financiar, entrenar, equipar o dar apoyo logístico a una de las partes contendientes, juega un cierto papel en la organización, coordinación o planeamiento de sus operaciones militares. Ahora bien, este criterio sólo se aplicable cuando la parte contendiente de que se trate es un grupo armado organizado, puesto que si se trata de individuos aislados o de grupos armados no organizados sólo podrá afirmarse su intervención indirecta en el conflicto armado cuando tales individuos o grupos puedan ser asimilados a órganos de dicho Estado o reciban instrucciones del mismo. Tras la sentencia de apelación en el caso Tadic, el criterio del control de conjunto ha sido aplicado de manera reiterada por el TPIY. Sirvan como botón de muestra las sentencias de apelación en los casos Aleksovski (párrafo 147) y Celebici (párrafos 20 et seq). Vid. Sassoli/Olson: 2000: 733 et seq, y Meron: 1998: 236 et seq.

184. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 217 a 220.

185. Ibid, párrafos 227 a 237.

186. Vid. en particular la decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 70.
187. Idem.. Vid. también las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Tadic (párrafos 561 y 566), Celebici (párrafo 209), Furundzija (párrafo 59), Aleksovskic (párrafo 43), Jelusic (párrafo 29) y Blaskic (párrafo 63), así como la Decision de primera instancia del TPIY sobre la petición de absolución conforme a la regla 98 en el caso Milosevic (párrafo 15).
188. Pictet: 1952: 49, y Pictet: 1960: 33. En el mismo sentido, vid. decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic, párrafo 15.
189. A este respecto, vid. Sandoz/Swinarks/Zimmermann: 1987: 1352- 1353. Vid. también la decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en relación con la responsabilidad de los superiores jerárquicos en el caso Hadzihasanovic (párrafo 15) y la decisión sobre la confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 232.
190. Ver entre otras las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Tadic (párrafos 561 y 566), Celebici (párrafo 209), Furundzija (párrafo 59), Aleksovskic (párrafo 43), Jelusic (párrafo 29) y Blaskic (párrafo 63).
191. Decisión de apelación del TPIY sobre jurisdicción en el caso Tadic, párrafo 70.
192. Decision de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafo 233.
193. Olasolo: 2007: sección II.2.1.2.
194. Olásolo/Pérez Cepeda: 2008: sección III.5.5, donde se rechaza la viabilidad de otros posibles criterios alternativos como: (i) el criterio de la finalidad perseguida por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto; (ii) el del carácter no encubierto de los actos de violencia desarrollados por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto, o, al menos, el de que los miembros de dichos grupos sean identificables (normalmente mediante un uniforme o insignia) o porten sus armas al descubierto cuando ejecuten tales actos de violencia; (iii) la naturaleza de los objetivos atacados por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto; y (iv) la violación sistemática por los grupos armados organizados involucrados en el conflicto de la normativa de derecho internacional humanitario que están obligados a respetar.
195. Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga, párrafos 232 y 233.
196. Ibid, párrafo 234.
197. Ibidem.
198. Ibid, párrafos 198, 236 y 237.
199. Sandoz/Swinarks/Zimmermann: 1987: 1352- 1353.
200. Art. 8 (2) (d) y (2) (f) ER.
201. Ver en este sentido las repetidas referencias al derecho internacional humanitario como instrumento de interpretación del ER en los arts. 8(2)(b) y (e) y 21(1) ER.
202. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe nº 55/97, Caso nº 11.137 (Argentina), de 30 de octubre de 1997, párrafos 154-156. En este caso, la Comisión señaló que las situaciones de tensiones o disturbios internos incluyen manifestaciones violentas a gran escala, lanzamientos de piedras por estudiantes, secuestros por criminales comunes, o incluso asesinatos de funcionarios del Estado o de miembros del Gobierno por razones relacionadas con la gestión o con las políticas de este último. Ahora bien, en opinión de la Comisión, lo que distingue estas situaciones de crisis interna de la toma del cuartel de La Tablada y de las setenta y dos horas siguientes de enfrentamiento entre los asaltantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas que intentaban retomar el control del cuartel es: (i) la naturaleza concertada de las operaciones llevadas a cabo por los asaltantes; (ii) la intervención directa de las fuerzas armadas gubernamentales; y (iii) la naturaleza y nivel de fuerza armada utilizada. Por ello, en opinión de la Comisión, a pesar de la breve duración del conflicto, los asaltantes planearon cuidadosamente y ejecutaron de manera coordinada un ataque armado contra un objetivo militar y, por lo tanto, la aplicación del derecho internacional humanitario fue activada durante el intervalo de tiempo que duraron las hostilidades.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Akehurst, "Custom as A Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, Vol. 47, 1974.

- Ambos, "Article 25. Individual Criminal Responsibility", en *Commentary to the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Ambos, *La Parte General de un Derecho Penal Internacional, La Parte General del Derecho Penal Internacional: Bases para una Elaboración Dogmática*, Traducción de Malarino, E., Duncker & Humblot/Temis/Honrad Adenauer Stiftung, 2005.
- Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility in Modern Case Law: The Basics", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Barret/Little, "Lessons of Yugoslav Rape Trials: A Role for Conspiracy Law in International Criminal Tribunals", *Minnesota Law Review*, Vol. 88, 2003.
- Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2003.
- Bogdan, "Individual Criminal Responsibility in the Execution of a 'Joint Criminal Enterprise' in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 63-120.
- Brownlie, *Principles of Public International Law*, quinta edición, 1998.
- Cassese, "The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol 5, 2007.
- Danner/Martínez, "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, 2005, Vol. 93, pp. 75-169.
- Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho Penal*, 1991.
- Dressler, *Understanding Criminal Law*, segunda edición, 1995.
- Eser, "Individual Criminal Responsibility", en *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Cassese, A./Gaeta, P./Jones, J.R.W.D. (eds.), Oxford University Press, 2000.
- Fichteberg, "Conspiracy and International Criminal Justice", *Criminal Law Forum*, Vol. 17, 2006.
- Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, segunda edición, 2000.
- Fletcher/Ohlin, "Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, pp. 539-561.
- Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1995.
- Gillies, *Criminal Law*, LBC Information Services, cuarta edición, 1997.
- Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 1966.
- Gómez Benítez, "Elementos Comunes de los Crímenes contra la Humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Actualidad Penal*, Num. 42, 2002.
- Gonzalez Rus, "Autoría Única Inmediata, Autoría Mediata y Coautoría", *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. XXXIX, Consejo General del Poder Judicial, 1994.
- Gustafson, "The Requirement of an 'Express Agreement' for Joint Criminal Enterprise Liability", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Hamdorf, "The Concept of a Joint Criminal Enterprise and Domestic Modes of Liability for Parties to a Crime: A Comparison of German and English Law", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, segunda edición, 1991
- Jeschek/Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, quinta edición, 1996, p. 674.
- Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001.
- Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, cuarta edición., 2002.
- Larguier, "Chronique de jurisprudence: Droit pénal général", *Revue des Sciences Criminelles*, 1976.
- Meron, "Classification of Armed Conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout", *American Journal of International Law*, Num. 92, 1998.
- Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, sexta edición, 2002,
- Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal: Parte General*, quinta edición, Tirant lo Blanch, 2002.
- Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.
- Olásolo, *Ataques contra personas y bienes civiles y ataques desproporcionados. Especial referencia al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*, Tirant lo Blanch/Cruz Roja Española, 2007.
- Olásolo, *Criminal Responsibility of Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, Hart Publishers, 2008 (en prensa).
- Olásolo/Pérez Cepeda, *Terrorismo Internacional y Conflicto Armado*, Tirant lo Blanch, 2008 (en prensa).
- Olásolo, "Reflections on the Treatment of the Notions of Control of the Crime and Joint Criminal Enterprise in the Stakic Appeal Judgement", *International Criminal Law Review*, 2007, Vol. 1, pp. 143-162.

- Olásolo/Pérez Cepeda, "The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakić Case", *International Criminal Law Review*, Vol. 4, 2004.
- Orto, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, sexta edición, 2000, No. 57
- Perez Cepeda, *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades: Criterios de Atribución*, 1997.
- Pictet, *Commentary on I Geneva Convention of the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1952.
- Pictet, *Commentary on II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea*, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1960.
- Pignatelli y Meca, F., *La Sanción de los crímenes de guerra en el Derecho español: Consideraciones sobre el capítulo III del título XXIV del libro II del Código penal*, Ministerio de Defensa, 2003.
- Rassat, *Droit Pénal Général*, segunda edición, 1999.
- Read/Seago, *Criminal Law*, 1999.
- Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, séptima edición, 2000.
- Rush/Yeo, *Criminal Law Sourcebook*, 2000.
- Sancinetti/Ferrante, *El Derecho Penal en la Protección de los Derechos Humanos, La Protección de los Derechos Humanos mediante el Derecho Penal en las Transiciones Democráticas*, 1999.
- Sandoz/Swinark/Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja/Martinus Nijhoff Publishers, Ginebra, 1987.
- Sassoli/Olson, "The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the Merits in the Tadić case", en *ICRC Review*, Núm. 839, 2000.
- Snyman, *Criminal Law*, 1995.
- Smith & Hogan, *Criminal Law*, undécima edición, Butterworths, Londrés, 2005.
- Triffterer, O., "Article 10", en *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Triffterer, O. (Ed.), Nomos, Baden-Baden, 1999.
- Trechsel/Noll, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, quinta edición, 1998,
- Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, quincuagésimo-primer edición, 2003,
- Van de Wilt, "Joint Criminal Enterprise: Possibilities and Limitations", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Van Sliedregt, E., "Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007.
- Waller/Williams, *Criminal Law Text and Cases*, 2001.
- Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZSTW 58, 1939.
- Werle, G., "Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5, 2007, pp. 953-975.
- Werle, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Translated by Díaz Pita, M.M., Tirant lo Blanch, 2005.
- Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, trigésimo-tercera edición, 2001.