

RESPONSABILIDAD PENAL POR CRÍMENES INTERNACIONALES Y COAUTORÍA MEDIATA*

Miren Odriozola-Gurrutxaga

*Profesora doctora de Derecho Penal. UPV/EHU***

ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, Miren. Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría mediata. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2015, núm. 17-13, pp. 1-18. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-13.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 17-13 (2015), 24 nov]

RESUMEN: Debido al carácter masivo de los crímenes de atrocidad, la determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los intervinientes en su comisión constituye uno de los desafíos más importantes del Derecho Penal Internacional en la actualidad. En todo caso, los modos de intervención criminal punible deben ser respetuosos tanto con el principio de responsabilidad penal individual como con la realidad criminológica de esta clase de crímenes. En la presente investigación, se analizan las distintas alternativas seguidas por los tribunales penales internacionales a la hora de determinar la forma de autoría o participación aplicable a cada caso, entre las cuales la coautoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder ocupa un lugar destacado, por tratarse de una forma de autoría novedosa y especialmente útil en el contexto de crímenes de atrocidad.

PALABRAS CLAVE: Tribunales penales interna-

cionales, crímenes de atrocidad, modos de intervención criminal punible, coautoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder.

ABSTRACT: Owing to the massive nature of atrocity crimes, the establishment of the criminal liability of each of the individuals who take part in the perpetration of atrocity crimes constitutes one of the most relevant challenges which International Criminal Law faces nowadays. In any case, the modes of liability shall be respectful of the principle of individual criminal liability as well as of the criminological reality of such kind of crimes. The present research analyzes the various alternatives which have been followed by international criminal tribunals in order to choose the appropriate form of perpetration or participation for each case. Co-perpetration by means of an Organized Power Apparatus features prominently among such alternatives, since it has been recently developed and it proves to be particularly useful in the context of atrocity crimes.

KEYWORDS: International criminal tribunals, atrocity crimes, modes of liability, co-perpetration by means of an Organized Power Apparatus.

Fecha de publicación: 24 noviembre 2015

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REALIDAD CRIMINOLÓGICA DE LOS CRÍMENES DE ATROCIDAD. III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CRIMINALES DE RANGO BAJO. 1. Coautoría: empresa criminal conjunta vs. dominio funcional del hecho IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CRIMINALES DE RANGO MEDIO Y

ALTO. 1. Responsabilidad por participación. 2. Responsabilidad del superior. 3. Responsabilidad por coautoría. 4. Responsabilidad por autoría mediata por medio de EOP. V. LA COAUTORÍA MEDIATA. VI. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrenta en la actualidad el Derecho Penal Internacional (en adelante, DPI) consiste en la determinación de la responsabilidad penal de cada uno de los múltiples intervinientes en la comisión de crímenes internacionales o – como acertadamente ha comenzado a denominarlos parte de la doctrina – crímenes de atrocidad (*atrocities crimes*)¹.

Dicho concepto novedoso debe ser bienvenido, en tanto que la noción de crímenes internacionales puede entenderse en un sentido amplio – dando cabida a crímenes como la piratería o el tráfico ilícito de drogas –²; e incluso cuando se hace una interpretación restrictiva del mismo, abarca supuestos en los que se comete alguno de los tres *core crimes* (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) sin que se cumpla el estándar de magnitud requerido por los tribunales penales internacionales³ para ejercer su jurisdicción.

Por el contrario, el concepto de crímenes de atrocidad se limita a los casos de genocidios, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra que cumplen dicho estándar de magnitud⁴, lo que concuerda a la perfección con la clase de crímenes enjuiciados por los tribunales penales internacionales –Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) y la Corte Penal Internacional (CPI) –, objeto de estudio del presente artículo.

La determinación de la responsabilidad penal individual en DPI constituye un desafío de envergadura. Ello se debe al carácter colectivo y masivo de los crímenes de atrocidad. El elevado número de intervinientes en la comisión de tales crímenes que, además, con frecuencia discurren de manera desorganizada y espontánea, hace sumamente complicado determinar quién es responsable de qué hechos y en qué medida.

* Este trabajo ha sido seleccionado como ponencia dentro del IV CONGRESO INTERNACIONAL DE JÓVENES INVESTIGADORES EN CIENCIAS PENALES, Salamanca, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2015.

** Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Profesora laboral interina de Derecho Penal en la UPV/EHU. Miembro de GICCAS/Grupo de Investigación en Ciencias Criminales, Instituto Vasco de Criminología (IVAC/KREI), UPV/EHU, 20018 Donostia-San Sebastián.

¹ Término acuñado por SCHEFFER, David. *Genocide and Atrocity Crimes. Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 1 (3): pp. 245-247; y defendido, entre otros, por SCHABAS, William. *Semantics or Substance? David Scheffer's Welcome Proposal to Strengthen Criminal Accountability for Atrocities. Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 2 (1): pp. 34-35.

² BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law. Volume I. Crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999, p. 58; KOLB, Robert. *Droit international pénal*. Bruxelles: Bruylant, 2008, p. 68.

³ También por los denominados tribunales mixtos, como el Tribunal Especial para el Líbano o las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya.

⁴ SCHEFFER, David. *Genocide, cit.*, pp. 245-247.

Con objeto de dar respuesta a esta problemática, la jurisprudencia penal internacional ha desarrollado nuevos modos de intervención criminal punible por medio de los cuales responsabilizar a los intervinientes en la comisión de crímenes de esta clase. Destacan la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise*) desarrollada por los tribunales *ad hoc* (TPIY y TPIR), la teoría de la autoría mediata por medio de Estructuras Organizadas de Poder (EOP) adoptada por la CPI, y la coautoría mediata – de reciente creación en el ámbito de la CPI – que es objeto de especial atención en la presente contribución.

Pese a lo complicado de determinar la responsabilidad penal de cada uno de los intervinientes en estos crímenes que, por naturaleza, son masivos, el DPI sigue siendo Derecho Penal y, por tanto, debe respetar los principios básicos del mismo, muy en especial, el principio de responsabilidad penal individual por los propios hechos⁵.

Sin embargo, no todas las formas de autoría y de participación desarrolladas por los tribunales penales internacionales son igual de respetuosas con el mencionado principio, de ahí que más adelante se critique la aplicación de la doctrina de la *Empresa Criminal Conjunta* (en adelante, ECC) o *Joint Criminal Enterprise* como forma de coautoría.

II. REALIDAD CRIMINOLÓGICA DE LOS CRÍMENES DE ATROCIDAD

Al tiempo que respetuosos con el principio de responsabilidad penal individual, los modos de intervención criminal punible o formas de autoría y participación en DPI deben dar respuesta a las exigencias derivadas de la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad. Dicha necesidad surge como reacción al hecho de que, en ocasiones, los tribunales penales internacionales han realizado interpretaciones forzadas y han construido ficciones jurídicas que poco – o nada – tienen que ver con la realidad.

En este contexto, conviene tener presentes las siguientes características de la dinámica de los crímenes de atrocidad:

- 1) La comisión de crímenes de atrocidad se caracteriza, ante todo, por la intervención masiva de individuos que, además, cumplen roles muy diferentes entre sí: desde el soldado de a pie que se mancha las manos de sangre hasta el cerebro criminal que (como Milošević) ordena y controla la comisión de los crímenes, pasando por los superiores intermedios o los empresarios que hacen negocio con la venta de armas.
- 2) A pesar de la heterogeneidad de sus contribuciones, los intervinientes en la

⁵ GIL GIL, Alicia. Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución. En GIL GIL, Alicia, y MACULAN, Elena. *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson S.L., 2013, p. 512.

comisión de crímenes de atrocidad pueden agruparse en tres grandes categorías conforme al lugar que ocupan en el entramado criminal: criminales de rango alto, de rango medio, y de rango bajo. Los criminales rango medio ejercen la función de puente entre la cúpula y los ejecutores.

- 3) En lo que se refiere a los criminales de rango alto, éstos son los verdaderos artífices de los crímenes de atrocidad, ya que: por una parte, realizan una maquiavélica labor de arquitectura social en el establecimiento de las “circunstancias extraordinarias” en las que se cometen los crímenes de atrocidad; y por otra, dirigen y controlan la comisión de los mismos, es decir, deciden si y cómo se realizarán.

Hace tiempo que quedó descartada la tesis de explicar la intervención masiva de personas “normales” en la comisión de crímenes de atrocidad con base en una supuesta alteración mental de todos ellos⁶. Para poder comprender la intervención masiva de individuos que, de no ser por las “circunstancias extraordinarias” del momento, nunca se hubiesen visto envueltos en la comisión de conductas tan atroces, es necesario recurrir a una combinación de factores que actúan a nivel macro (internacional y estatal), meso (grupal u organizacional) y micro (individual)⁷.

La detestable labor de arquitectura social llevada a cabo por los criminales de rango alto consiste en la manipulación y explotación de los factores que operan en los distintos niveles. A través del uso de la propaganda o de ideologías excluyentes, por ejemplo, los criminales de rango alto crean el caldo de cultivo para la comisión de crímenes de atrocidad. No obstante, dicha labor de arquitectura social daría lugar, a lo sumo, a responsabilidad penal por la comisión de delitos de odio, de pertenencia a organización criminal o delitos similares, pero no sería normalmente constitutiva de un crimen de atrocidad. Por ello, lo verdaderamente relevante a la hora de establecer la responsabilidad penal de los máximos responsables de los crímenes de atrocidad es su labor de organización, dirección y control de la comisión de esos crímenes.

- 4) En cuanto a los criminales de rango medio y bajo, ya se ha puesto de manifiesto que, en su mayoría, son personas “normales” que actúan influidas por una combinación de factores a nivel macro, meso y micro. Aceptar la influencia del contexto en el actuar de los criminales de rango medio y bajo no supone eximirlos de responsabilidad penal. Si bien pueden darse casos en los que se cumplan los requisitos para aplicar la eximente (*defence*) de haber actuado bajo coacción (*duress*) – como en el caso de los niños soldado –, sería

⁶ ALVAREZ, Alex. *Genocidal Crimes*. London – New York: Routledge, 2010, p. 103; SMEULERS, Alette. Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology. En SMEULERS, Alette, y HAVEMAN, Roelof. *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2008, p. 234.

⁷ En sentido similar, ROTHE, Dawn L. *State Criminality. The Crime of All Crimes*. Plymouth: Lexington Books, 2009, pp. 101-113; ALVAREZ, Alex. *Genocidal Crimes, cit.*, p. 105.

incorrecto aceptar una exigente (completa o incompleta) de aplicación general para todos los criminales de rango bajo y medio, ya que éstos no suelen necesariamente actuar bajo una amenaza contra la vida o la integridad física de la propia persona o de sus familiares⁸. Indica en este sentido Jäger que, por ejemplo, durante el régimen nazi, lo máximo a lo que se podían enfrentar aquellos que se negaban a cumplir las órdenes consistía en una denegación de ascenso o similar⁹.

- 5) A diferencia del carácter burocrático y organizado de la comisión de los crímenes en el régimen nazi, las manifestaciones actuales de criminalidad masiva discurren con frecuencia de manera desordenada y espontánea. Esta es otra característica a tener en cuenta, puesto que dificulta la determinación del título de intervención criminal punible aplicable a cada sujeto interviniente.

III: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CRIMINALES DE RANGO BAJO

Parece evidente que quienes intervienen directamente en la comisión del crimen deben ser considerados autores o coautores directos del mismo.

La teoría del dominio del hecho permite superar los problemas que plantea el concepto subjetivo de autor¹⁰ y las limitaciones del concepto objetivo-formal de autor¹¹. Seguimos por ello las tres líneas propuestas por Roxin: dominio de la acción (autoría directa), dominio funcional del hecho (coautoría) y dominio de la voluntad (autoría mediata). En los casos en los que el sujeto activo intervenga de manera directa en la comisión del crimen, habrá de constatarse la existencia del dominio del hecho (en la forma de dominio de la acción).

Si quedara probado que el sujeto activo actuó en solitario y poseía el dominio de la acción (en el sentido de la primera manifestación del dominio del hecho según Roxin), será considerado autor directo del crimen. Pero si cometió el crimen junto con otros con los que compartía el dominio funcional del hecho, todos ellos debe-

⁸ El obrar en cumplimiento de una orden no es suficiente en DPI para eximir al subordinado de su responsabilidad penal: sólo cuando las órdenes van acompañadas de una amenaza a la vida o a la integridad física de la propia persona o de sus familiares puede decirse que el ejecutor del crimen actúa bajo coacción (*duress*) y eximirlo de responsabilidad penal.

⁹ JÄGER, Herbert. *Betrachtungen zum Eichmann-Prozess. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1962, Vol. 45 (3/4): p. 79.

¹⁰ FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000, pp. 657-659; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*. Oregon: Hart Publishing, 2013, pp. 159-160; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Montevideo – Buenos Aires: B de F Ltda., 2007, pp. 27-38; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 326-332.

¹¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice, cit.*, pp. 11-27; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría, cit.*, pp. 452-484; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 51-60.

rán ser sancionados como coautores (directos) del crimen.

Si, por el contrario, no es posible demostrar que el sujeto activo tenía el dominio del hecho en alguna de sus tres manifestaciones, sólo podrá ser partícipe por complicidad – recuérdese que no existe en DPI la cooperación necesaria del Derecho penal español –.

1. Coautoría: Empresa Criminal Conjunta vs. dominio funcional del hecho

Dado que los tribunales *ad hoc*, por una parte, y la CPI, por otra, se basan en distintos conceptos de coautoría, conviene partir de una breve comparación de los mismos.

En la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta (en adelante, ECC), basada en el concepto subjetivo de autor, lo relevante para que un individuo sea considerado miembro de una ECC (y, por ende, coautor) es su voluntad de que el delito – parte del plan común – sea cometido, independientemente del contenido material de su contribución¹². En efecto, no se exige que la contribución del interviniente en una ECC tenga cierta entidad, pese a lo cual se afirma la responsabilidad a título de coautoría¹³.

Sin embargo, es de señalar que desde 2007 – en la Sentencia de apelación en el caso *Brđanin* – la jurisprudencia del TPIY viene exigiendo que, aunque la contribución de un interviniente en una ECC no necesita ser sustancial, debe ser al menos significativa¹⁴. Pero este cambio no influye en la naturaleza subjetiva de la ECC, ya que el estándar objetivo de una contribución *significativa* sigue siendo muy inferior a la contribución *esencial* requerida por el concepto del dominio del hecho¹⁵.

¹² OLÁSOLO, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 304-305; CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª Edición. New York: Oxford University Press, 2008, p. 190.

¹³ Aunque en *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgment* del 15.07.1999 (IT-94-1-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Tadić*), párr. 220-228, la Sala de Apelaciones del TPIY no dejó claro cuál era la naturaleza jurídica de la ECC, en su Decisión en el caso *Milutinović* (así como la jurisprudencia posterior) aclaró que las tres categorías de la ECC debían entenderse como una forma de coautoría. *Vid. Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dragoljub Ojdanic's Motion challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise* del 21.05.2003 (ICTY-99-37-AR72), párrs. 20 y 31; *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgment* del 25.02.2004 (IT-98-32-A), párrs. 95 y 102; *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgment* del 28.02.2005 (IT-98-30/1-A), párr. 79; *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgment* del 03.04.2007 (IT-99-36-A) (en adelante, Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*), párr. 434; *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgment* del 13.12.2004 (ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A), párr. 462.

¹⁴ Sentencia de apelación en el caso *Brđanin*, *supra* nota 13, párr. 430; *Prosecutor v. Krajišnik, Appeals Chamber Judgment* del 17.03.2009 (IT-00-39-A), párr. 215; *Prosecutor v. Gotovina et al., Trial Chamber Judgment* del 15.04.2011 (IT-06-90-T), párr. 1953; *Prosecutor v. Gatete, Trial Chamber Judgment* del 31.03.2011 (ICTR-2000-61-T), párr. 577; *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao (RUF Case), Trial Chamber Judgment* del 02.03.2009 (SCSL-04-15-T), párr. 261.

¹⁵ OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, p. 322. La finalidad de la inclusión de tal umbral mínimo consiste en excluir del ámbito de la responsabilidad por ECC a aquellos que, en ejecución del plan común, realizan contribuciones de tan poca relevancia que no tienen un mínimo impacto en términos de incrementar la eficacia de la realización del plan común.

La Sentencia de apelación en el caso *Tadić* distinguió tres modalidades de ECC¹⁶. Los elementos del tipo objetivo son los mismos en las tres¹⁷: (i) una pluralidad de personas; (ii) la existencia de un plan, diseño o propósito común; y (iii) la intervención del acusado en la ECC mediante cualquier forma de cooperación en o contribución a la ejecución del plan común.

Por el contrario, los elementos del tipo subjetivo varían en cada una de las modalidades¹⁸: (i) la ECC I exige el dolo compartido de los intervinientes; (ii) la ECC II requiere que cada miembro conozca el sistema de maltrato implementado en la institución en la que trabaja (por ejemplo, un campo de concentración) y que, pese ello, siga realizando su trabajo voluntariamente; y (iii) en la ECC III es necesario que cada miembro quiera intervenir en y promover la comisión del crimen – parte del plan común – por medio del grupo. En esta última modalidad, los miembros son hechos responsables (como coautores) de los excesos de otros miembros (responsabilidad por un hecho que no formaba parte del plan), siempre que tal exceso fuera previsible para el resto y éstos conscientemente decidieran correr tal riesgo¹⁹.

Son dos las razones en contra de entender la ECC como forma de coautoría: (i) ninguna de las tres modalidades requiere que la contribución al hecho sea esencial, lo cual es indispensable conforme a un concepto objetivo-material de coautoría; y (ii) la ECC III no exige que el dolo (eventual) de los miembros sea compartido o mutuo, si bien el dolo compartido es un elemento implícito en el requisito del plan común de la coautoría. Además, en tanto que la doctrina de la ECC también ha sido aplicada a grupos grandes, conlleva el recurso a una ficción jurídica que nada tiene que ver con la realidad: los tribunales *ad hoc* aceptan que todos los miembros de enormes grupos – en los que veces ni siquiera es posible identificar a todos los miembros – comparten el mismo dolo.

En vista de los problemas que plantea la ECC como forma de coautoría, debe ser bienvenido que la CPI haya abandonado tal doctrina a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho. Dos son los requisitos objetivos²⁰: (i) existencia de un

¹⁶ Sentencia de apelación en el caso *Tadić*, *supra* nota 13, párrs. 220 y 228, y 225-226.

¹⁷ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 122 y 124; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 135; OLÁSULO, Héctor. *Tratado*, *cit.*, p. 310; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept*, *cit.*, pp. 348-349.

¹⁸ AMBOS, Kai. *Treatise*, *cit.*, pp. 125-126; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual*, *cit.*, p. 134; GIL GIL, Alicia. Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata. *Cuadernos de política criminal*, 2013, Vol. 109: p. 115.

¹⁹ AMBOS, Kai. *Treatise*, *cit.*, p. 126; VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual*, *cit.*, p. 134; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept*, *cit.*, pp. 359-361.

²⁰ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgment* del 14.03.2012 (ICC-01/04-01/06-2842) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*), párr. 1006; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the confirmation of the charges* del 29.01.2007 (ICC-01/04-01/06-803-TEn) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*), párrs. 343-348; *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of the charges* del 30.09.2008 (ICC-01/04-01/07-717) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*), párrs. 521-526;

acuerdo o plan común entre dos o más personas que, de ser llevado a cabo, conllevará la comisión de un crimen; y (ii) que el sujeto activo realizara una contribución esencial al hecho de manera coordinada con el resto de coautores.

Por su parte, pueden dividirse en tres los elementos del tipo subjetivo de la coautoría por dominio funcional del hecho²¹: (i) que el sujeto activo tenga los elementos del tipo subjetivo del crimen en cuestión; (ii) que los coautores sean mutuamente conscientes y acepten mutuamente que la implementación de su plan común puede conllevar la realización de los elementos del tipo objetivo del crimen; y (iii) que el sujeto activo sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten codominar el hecho.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CRIMINALES DE RANGO MEDIO Y ALTO

La determinación de la forma de autoría o participación aplicable a los criminales de rango medio y alto – también denominados sujetos de atrás o autores intelectuales de los crímenes – plantea mayores problemas que la de los criminales de rango bajo.

Ante la insuficiencia de los modos tradicionales de intervención criminal punible – pensados para el crimen individual – para hacer frente a crímenes que, por naturaleza, son masivos, los tribunales penales internacionales han aplicado y desarrollado nuevas líneas de autoría y participación. La coautoría mediata es la de más reciente creación, pero antes de analizarla, resulta conveniente estudiar otras opciones – algunas basadas en los modos tradicionales de intervención criminal punible, y otras, en nuevas creaciones doctrinales o jurisprudenciales –.

1. Responsabilidad por participación

Una parte de la doctrina propone que, en estos casos, el sujeto de atrás sea hecho responsable a título de inducción, mientras que el ejecutor lo sea como autor directo del crimen²². Aquellos que defienden esta postura argumentan que cuando el

Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus, Corrigendum of the "Decision on the Confirmation of Charges" del 07.03.2011 (ICC-02/05-03/09), párrs. 128-138; *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II Decision on the confirmation of charges* del 15.06.2009 (ICC-01/05-01/08-424) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*), párr. 350; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda, Decision on the confirmation of the charges* del 08.02.2010 (ICC-02/05-02/09) (en adelante, Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*), párr. 160.

²¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 20, párrs. 349-367; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20, párrs. 527-539; Sentencia de primera instancia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 20, párrs. 980-1016; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Abu Garda*, *supra* nota 20, párr. 161.

²² Son defensores de la inducción para este tipo de casos: WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept. *JICJ*, 2011, Vol. 9 (1); KÖHLER,

ejecutor actúa de manera libre, responsable y consciente de la relevancia de sus actos, no es posible considerarlo como mero instrumento y, por ende, tampoco es posible hablar de autoría mediata; de ahí que la responsabilidad por inducción sea la única opción para establecer la responsabilidad penal de los sujetos de atrás.

Como puede observarse, este enfoque supone aplicar el esquema tradicional – pensado para crímenes individuales – a los crímenes de atrocidad, sin tener en cuenta su carácter masivo. No convence la calificación de los sujetos de atrás – máximos dirigentes – como meros inductores, puesto que no capta todo el desvalor de la conducta del sujeto de atrás: supone relegarle al papel de partícipe en el hecho ajeno cuando el significado criminológico de su contribución es totalmente distinto²³.

Es cierto que también en la autoría mediata el sujeto de atrás determina al ejecutor al hecho; no obstante, el peso objetivo de las contribuciones al hecho está repartido de modo inverso en la inducción y en la autoría mediata²⁴. Mientras que el inductor deja en manos del ejecutor decidir si y cómo ejecutar el hecho, el autor mediato decide si y cómo debe ejecutarse el hecho – el ejecutor no puede alterar en lo esencial el curso trazado por el sujeto de atrás –²⁵.

Los defensores de la inducción para esta clase de supuestos han solido aducir que, en tanto que en España y en Alemania el inductor es castigado con la misma pena que el autor, “no existe razón politicocriminal alguna para, mediante la figura del “autor detrás del autor”, extraer de la inducción los casos más graves”²⁶. Sin embargo, apoyar tal afirmación es criticable en dos sentidos: (i) supone no tener en cuenta que la autoría y la participación responden a una naturaleza, estructura y fundamento distintos²⁷; y (ii) conlleva liberar a los máximos responsables de los crímenes de atrocidad de la estigmatización de ser condenados como autores – responsables principales, no accesorios – de dichos crímenes.

Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg: Springer, 1997, pp. 509-510; RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr, 1997, pp. 88-90.

²³ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 180-182 y 188; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata, cit.*, pp. 373-374; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. La coautoría mediata: Una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, Vol. 8: pp. 185-186.

²⁴ ROXIN, Klaus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ*, 2006, Vol. 7: p. 13; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, pp. 174 y 181; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. La coautoría mediata, *cit.*, pp. 185-186.

²⁵ ROXIN, Klaus. El dominio de organización, *cit.*, p. 13; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas, 2014, pp. 120; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. La coautoría mediata, *cit.*, pp. 185-186.

²⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 670.

²⁷ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente, cit.*, p. 173, en referencia a BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata, cit.*, p. 363, nota 79; MARTÍNEZ ALCAÑIZ, Abraham. La coautoría mediata, *cit.*, pp. 185-186.

2. Responsabilidad del superior

El art. 86.2 del Protocolo Adicional I (de 1977) a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales, constituye el antecedente de los artículos de los Estatutos de los tribunales *ad hoc* y de la CPI – art. 7(3) ETPIY, art. 6(3) ETPIR y art. 28 ER – que hoy en día regulan la Responsabilidad del Superior²⁸ en DPI.

Tal y como está prevista en la actualidad en DPI, la categoría de la Responsabilidad del Superior constituye una responsabilidad penal por una omisión punible – por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados o castigar a los mismos –. Debe tenerse presente que, si queda probado que el superior ha intervenido de alguna manera en la comisión del crimen principal, la responsabilidad por autoría o por participación deberá aplicarse con preferencia a la Responsabilidad del Superior²⁹.

En lo que se refiere al tipo subjetivo, el superior puede actuar con imprudencia consciente³⁰ o, incluso, inconsciente³¹. Por el contrario, la responsabilidad por autoría o por participación exige que el sujeto activo actúe dolosamente – mientras que los tribunales *ad hoc* y la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) y la Sala de Primera Instancia I (SPI I) de la CPI consideran suficiente el dolo eventual, la SCP II de la CPI exige al menos el dolo directo de segundo grado –³².

Si bien la Responsabilidad del Superior puede resultar útil en los supuestos en los que no concurren (o no puedan probarse) en el superior los requisitos de alguna forma de autoría o de participación, en la mayoría de los casos, es insuficiente para captar el desvalor de la conducta de los superiores, los cuales suelen tener un rol más activo en la comisión de crímenes de atrocidad. La aplicación de la Responsa-

²⁸ El término “Responsabilidad del Superior” es más adecuado que el tradicional “Responsabilidad por el Mando”, en tanto que este último sólo abarca a los superiores militares, mientras que, en la actualidad, los tribunales penales internacionales han dejado claro que tanto los superiores militares como civiles pueden ser responsables por no adoptar las medidas necesarias y razonables para impedir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados o castigar a los mismos.

²⁹ *Prosecutor v. Mucić et al., Appeals Chamber Judgment* del 20.02.2001 (IT-96-21-A), párr. 225; *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Chamber Judgment* del 21.05.1999 (ICTR-95-1-T), párr. 223. MELONI, Chantal. *Command Responsibility in International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010, p. 85; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept, cit.*, p. 367.

³⁰ En el estándar de “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente”, sólo aplicable a los superiores civiles en la CPI, o en el estándar de “tenía razones para saber”, aplicable tanto a superiores civiles como militares en el ámbito de los tribunales *ad hoc*. *Vid.* AMBOS, Kai. *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*. *JICJ*, 2007, Vol. 5 (1): p. 179; AMBOS, Kai. *Treatise, cit.*, p. 227; OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, p. 802; CASSESE, Antonio. *International, cit.*, p. 251; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept, cit.*, p. 414.

³¹ En el estándar de “hubiere debido saber” (*should have known*), sólo aplicable a los superiores militares en la CPI. *Vid.* AMBOS, Kai. *Joint Criminal Enterprise, cit.*, p. 179; BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept, cit.*, pp. 412-413.

³² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20, párrs. 530 y 533; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Lubanga*, *supra* nota 20, párr. 353; Sentencia en el caso *Lubanga*, *supra* nota 20, párrs. 1010-1012; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba*, *supra* nota 20, párrs. 360-362.

bilidad del Superior debería limitarse a los supuestos – poco frecuentes en DPI – en los que el superior simplemente no adopta las medidas necesarias y razonables para impedir o castigar la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. Si, por el contrario, el superior organiza, dirige y controla la comisión de los crímenes – escenario más común en DPI –, la Responsabilidad del Superior resultará insuficiente.

3. Responsabilidad por coautoría

Como ya se ha puesto de manifiesto, existen razones de peso en contra de la caracterización de la ECC (en cualquiera de sus tres categorías) como forma de coautoría. Por ello, aquí se ha defendido una postura a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho. Aunque la coautoría por dominio funcional del hecho sea adecuada para abordar la responsabilidad penal de los individuos que tengan una intervención directa en la comisión de los crímenes (es decir, los criminales de rango bajo o ejecutores), no puede decirse lo mismo en relación a su aplicación a los sujetos de atrás (criminales de rango medio y alto).

De acuerdo con lo defendido por un importante sector doctrinal, la coautoría es adecuada para sancionar también la conducta de los máximos dirigentes de una campaña para cometer crímenes de atrocidad³³. Entienden que las actividades realizadas en el ámbito de una campaña de estas características constituyen supuestos de dominio del hecho compartido entre los líderes y los ejecutores de los crímenes, de ahí la aplicación de la coautoría.

Sin embargo, frente a dicha corriente doctrinal, puede objetarse que:

- 1) Confunde la estructura de las relaciones verticales (características de la autoría mediata) con la de las horizontales (típicas de la coautoría)³⁴.
- 2) No tiene presente que, en el cumplimiento de una orden, no existe ningún acuerdo o plan común para la comisión del crimen (indispensable en la coautoría)³⁵.

³³ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin – New York: De Gruyter, 1991, p. 649; JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch*, cit., p. 670; MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En FERRÉ OLIVÉ, Carlos, y ANARTE BORRALLA, Enrique. *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999, pp. 155-156; AMBOS, Kai. The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus. *JICJ*, 2011, Vol. 9(1): p. 152.

³⁴ BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, cit., p. 375; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 204-205, 131-132 y 158-159; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., p. 119; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. La coautoría mediata, cit., p. 188; OLÁSULO, Héctor. *Tratado*, cit., pp. 515-517.

³⁵ ROXIN, Klaus. El dominio de organización, cit., p. 13; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 117-118; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, cit., p. 375; MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. La coautoría mediata, cit., pp. 187-188; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., pp. 129 y 139-140. Para una visión contraria, vid. AMBOS, Kai. The *Fujimori* Judgment, cit., p. 152, según el cual es suficiente con un acuerdo informal y, para ello, basta con que los

- 3) Falta la realización conjunta del hecho – necesaria para la responsabilidad por coautoría – cuando el sujeto de atrás se limita a la emisión de la orden³⁶. Si bien la CPI ha adoptado la postura contraria, creemos, junto con un amplio sector doctrinal, que es necesario que las aportaciones de los coautores tengan lugar (o se actualicen, al menos como dirección de la ejecución) en la fase de ejecución del hecho – no en la fase preparatoria –, aunque sin llegar a exigir que se materialicen en la ejecución directo-corporal de acciones típicas³⁷.
- 4) Equipara injustamente la responsabilidad de todos los intervinientes, pese a que no todos poseen la misma capacidad de influir en el *iter criminis*³⁸.
- 5) Supone entender que todos los intervinientes en una campaña para la comisión de crímenes de atrocidad comparten el mismo dolo – el dolo compartido es un elemento fundamental de la coautoría, implícito en el requisito del acuerdo común –, mientras que la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad muestra que es común el escenario en el que no todos los intervinientes tienen el mismo dolo.

4. Responsabilidad por autoría mediata por medio de EOP

La autoría mediata por medio de EOP, creada por Roxin en 1963, parte de que en una organización delictiva, los sujetos de atrás que ordenan delitos con mando autónomo, pueden ser responsables a título de autoría mediata, aunque los ejecutores inmediatos sean, simultáneamente, considerados autores directos plenamente responsables³⁹. Se trata de una construcción jurídica que ya ha sido aplicada varias veces por las jurisdicciones estatales, y ahora también por la CPI.

El fundamento de la autoría mediata por medio de EOP reside en que la EOP – la cual se encuentra a disposición del sujeto de atrás – “funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor”⁴⁰. Uno de los criterios sobre los que basar el automatismo en el funcionamiento de la EOP consiste en la fungibilidad o intercambiabilidad de sus miembros, en el sentido de que el dirigente sabe

ejecutores muestren su acuerdo (a través de su pertenencia a la campaña o grupo criminal) con las líneas de actuación de los líderes. Sin embargo, no convence este argumento, ya que la existencia de un acuerdo de voluntades no puede deducirse de la mera pertenencia de un sujeto a un grupo u organización (de lo contrario, se estaría sancionando como coautoría un mero supuesto de pertenencia a organización ilícita).

³⁶ ROXIN, Klaus. El dominio de organización, *cit.*, p. 13; ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio*, *cit.*, pp. 323-336; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 133; GIL GIL, Alicia. Principales figuras, *cit.*, p. 123; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, *cit.*, pp. 361 y 375; KÖHLER, Michael. *Strafrecht*, *cit.*, p. 518.

³⁷ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, p. 137; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, *cit.*, pp. 147 y 157.

³⁸ FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, *cit.*, pp. 153-154.

³⁹ ROXIN, Klaus. El dominio de organización, *cit.*, p. 11; WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization, *cit.*, pp. 94-99; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, *cit.*, p. 344.

⁴⁰ ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000, p. 272.

que si uno de sus subordinados se niega a cumplir su cometido, otro lo suplirá inmediatamente, por lo que la ejecución del plan global no se verá afectada de modo alguno⁴¹.

De acuerdo con lo establecido por la CPI, la autoría mediata por medio de EOP requiere los siguientes elementos⁴²:

- 1) La existencia de una EOP en la que la ejecución de los crímenes esté asegurada por el automatismo en el cumplimiento de las órdenes⁴³. Lo verdaderamente relevante es el automatismo, mientras que la fungibilidad no es sino una de las formas por medio de las cuales se puede conseguir dicho automatismo – junto con los regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento⁴⁴, entre otros –.
- 2) El control del autor mediato sobre la EOP⁴⁵. Los superiores de rango medio también pueden ostentar el control suficiente para ser considerados autores mediatos: en tanto que lo decisivo es que pueda dirigir la parte de la organización que le está subordinada – sin dejar a criterio de otros la realización del delito –, es irrelevante que el superior intermedio actúe por iniciativa propia o por órdenes superiores⁴⁶.
- 3) Que en el autor mediato concurren los elementos del tipo subjetivo de los crímenes en cuestión⁴⁷.
- 4) Que el autor mediato sea consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer su dominio del hecho por conducto de otro⁴⁸.

La autoría mediata por medio de EOP encaja perfectamente con la realidad criminológica de los crímenes de atrocidad. Resulta especialmente adecuada para los criminales de rango medio que, pese a estar subordinados a sus superiores, dirigen la parte de la organización que les está subordinada sin dejar a criterio de otros la realización del delito. No obstante, dado que rara vez puede una persona en solita-

⁴¹ ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio*, cit., p. 272; ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II*, cit., pp. 111-112; FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente*, cit., p. 197.

⁴² *Prosecutor v. Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar GADDAFI, Saif Al-Islam GADDAFI and Abdullah ALSENUSSI" del 27.06.2011 (ICC-01/11) (en adelante, Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*), párr. 69; *Le procureur c. Germain Katanga*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut del 07.03.2014 (ICC-01/04-01/07-3436) (en adelante, Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*), párr. 1416.

⁴³ Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, supra nota 42, párr. 69. Cfr. Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, supra nota 42, párrs. 1407-1408; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 511-518.

⁴⁴ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párr. 518; Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, supra nota 42, párr. 75.

⁴⁵ Sentencia de primera instancia en el caso *Katanga*, supra nota 42, párr. 1407; Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 500-510.

⁴⁶ ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio*, cit., pp. 275-276; BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata*, cit., pp. 348 y 375.

⁴⁷ Incluyendo todo *dolus specialis*. Vid. Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 527-532.

⁴⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, supra nota 20, párrs. 538-539.

rio dirigir y controlar la comisión de crímenes de atrocidad por medio de una EOP, la coautoría mediata ofrece una solución más acertada.

V. LA COAUTORÍA MEDIATA

Si bien la CPI ha empleado en numerosas ocasiones la figura de la autoría mediata por medio de EOP, en la mayoría de los casos, ha sido aplicada como parte del concepto de coautoría mediata⁴⁹, es decir, en combinación con el concepto de coautoría por dominio funcional del hecho.

De acuerdo con lo establecido por la SCP I de la CPI, la coautoría mediata constituye la cuarta manifestación del dominio del hecho, junto con la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata⁵⁰. La CPI parte de una interpretación inclusiva de la disyunción “o” que une las partículas “con otro” y “por conducto de otro” del artículo 25(3)(a) ER, en el sentido de “o uno o el otro, y posiblemente ambos”⁵¹.

De acuerdo con la jurisprudencia de la CPI, son ocho los elementos de la coautoría mediata⁵²: (i) el sujeto activo debe formar parte de un plan o acuerdo común con una o más personas; (ii) el sujeto activo y el otro coautor(es) deben realizar de manera coordinada contribuciones esenciales que resulten en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; (iii) el sujeto debe tener el control sobre la organización; (iv) la organización debe consistir en un aparato organizado y jerárquico de poder; (v) la ejecución de los crímenes debe estar asegurada mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes dictadas por el sospechoso; (vi) el sujeto activo debe satisfacer los elementos del tipo subjetivo de los crímenes; (vii) el sujeto activo y los otros coautores deben conocer y aceptar mutuamente que la realización del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos del tipo objetivo; y (viii) el sujeto activo debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer el control conjunto sobre la comisión del crimen a través de otra(s) persona(s).

La necesidad de recurrir a la coautoría mediata se debe a que el escenario en el que varios individuos controlan la EOP (o distintas EOPs) es más frecuente que el del líder que en solitario domina la comisión de los crímenes por medio de una

⁴⁹ OLÁSOLO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 214 y 229.

⁵⁰ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Warrant of arrest* del 04.03.2009 (ICC-02/05-01/09) (en adelante, Orden de arresto en el caso *Al Bashir*), párr. 210.

⁵¹ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20, párrs. 491-492.

⁵² Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20, párr. 495-539; *Prosecutor v. Laurent Koudou Gbagbo, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo* del 12.06.2014 (ICC-02/11-01/11-1), párr. 230; *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-02/11), párr. 36; *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear* del 08.03.2011 (ICC-01/09-01/11) (en adelante, Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*), párr. 40; *Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decision Pursuant to Article 61(7)(1) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda* del 09.06.2014 (ICC-01/04-02/06), párrs. 104 y 121.

EOP. Pueden distinguirse tres grupos de casos en los que aplicar la coautoría mediata⁵³:

- 1) Aquellos en los que varios dirigentes comparten el dominio sobre una misma EOP y la utilizan para asegurar la comisión de los crímenes, como en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*⁵⁴. Weigend califica estos supuestos como el modelo de “junta” del caso *Al Bashir*⁵⁵.
- 2) Los casos en los que varios dirigentes – cada uno de ellos al mando de una EOP – dirigen sus diferentes organizaciones para ejecutar de manera coordinada el plan común⁵⁶.
- 3) Los supuestos en los que alguno de los coautores lo es por realizar una contribución esencial por sí mismo (por dominio funcional), mientras que otro de los coautores realiza su parte por medio de una EOP bajo su control⁵⁷.

Además, la coautoría mediata evita recurrir a la ficción jurídica (que poco tiene que ver con la realidad) que precisa la responsabilidad por coautoría – tanto con base en la ECC como en el dominio funcional del hecho – en estos casos: evita tener que aceptar que todos los coautores – incluso en vastos planes o acuerdos criminales – comparten el mismo dolo. Los coautores mediatos deberán compartir el dolo (criminales de rango alto), no así los autores directos (criminales de rango bajo).

Así, si bien no se excluye la posibilidad de aplicar la autoría mediata al criminal de rango alto que ocupe en solitario la cúspide del entramado criminal, en la práctica, será más frecuente la aplicación de la coautoría mediata por tratarse de un grupo de criminales de rango alto que dirigen su propia EOP o que conjuntamente dirigen la misma EOP.

⁵³ AMBOS, Kai, *Treatise, cit.*, p. 157; GIL GIL, Alicia. Principales figuras, *cit.*, pp. 135-136; OLÁSULO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 613-614; OHLIN, Jens David. Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability. *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25 (3): p. 779.

⁵⁴ Orden de comparecencia en el caso *Ruto, Kosgey y Sang*, *supra* nota 52, párr. 41. AMBOS, Kai. *Treatise, cit.*, p. 157; GIL GIL, Alicia. Principales figuras, *cit.*, pp. 135-136; OLÁSULO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 592-597; OHLIN, Jens David. *Second-Order, cit.*, p. 779.

⁵⁵ Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 50, párrs. 213-216. WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization, *cit.*, p. 111.

⁵⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga*, *supra* nota 20; Orden de arresto en el caso *Al Bashir*, *supra* nota 50; *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58* del 07.05.2009 (ICC-02/05-02/09); *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute* del 23.01.2012 (ICC-01/09-02/11); Decisión en el caso *Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Al-Senussi*, *supra* nota 42; *Prosecutor v. Laurent Gbagbo, Warrant of arrest* del 23.11.2011 (ICC-02/11), párr. 53. AMBOS, Kai. *Treatise, cit.*, p. 157; GIL GIL, Alicia. Principales figuras, *cit.*, pp. 135-136; OLÁSULO, Héctor. *Tratado, cit.*, pp. 592-597; OHLIN, Jens David. *Second-Order, cit.*, p. 779.

⁵⁷ GIL GIL, Alicia. Principales figuras, *cit.*, p. 136. En sentido similar, OHLIN, Jens David. *Second-Order, cit.*, pp. 779-781, propone una modalidad en la que bien uno de los líderes no tiene una EOP bajo su control (como en la tercera modalidad propuesta por Gil Gil) o bien, teniendo una EOP bajo su control, los miembros de ésta no cometen directamente los crímenes en cuestión.

VI. CONCLUSIÓN

Ante la dificultad de determinar de una manera justa la responsabilidad penal de cada interviniente en la comisión de crímenes de atrocidad, aquí se propone un esquema general de intervención criminal punible en DPI que respeta tanto el principio de responsabilidad penal individual como la realidad criminológica.

En relación a los criminales de rango bajo, se defiende que, siempre que pueda constatarse la concurrencia del dominio del hecho, éstos habrán de ser castigados como autores directos o coautores de los crímenes. Debido a los problemas que plantea el entendimiento de la ECC como forma de coautoría, se apuesta a favor de la coautoría por dominio funcional del hecho.

En lo que se refiere a los criminales de rango medio y alto, resulta más complicado determinar el título de intervención criminal punible que les es aplicable. En la mayoría de los casos, la responsabilidad por participación y la Responsabilidad del Superior no captan suficientemente el desvalor de la conducta de los sujetos de atrás, y la coautoría resulta inadecuada. Por el contrario, la autoría mediata y la coautoría mediata por medio de EOP sí se adecúan especialmente bien a la estructura de los crímenes de atrocidad: la primera en relación a los superiores intermedios, y la segunda, en relación a los criminales de rango alto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, Alex. *Genocidal Crimes*. London – New York: Routledge, 2010.
- AMBOS, Kai. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *JICJ*, 2007, Vol. 5 (1): pp. 159-183.
- AMBOS, Kai. The *Fujimori* Judgment. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus. *JICJ*, 2011, Vol. 9(1): pp. 137-158.
- AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- BADAR, Mohamed Elewa. *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law. The Case for a Unified Approach*. Oregon: Hart Publishing, 2013.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *International Criminal Law. Volume I. Crimes*. New York: Transnational Publishers, 1999.
- BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2008.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La Autoría en Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1991.
- FARALDO CABANA, Patricia. *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

- GIL GIL, Alicia. Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución. En GIL GIL, Alicia, y MACULAN, Elena. *Intervención delictiva y Derecho Penal Internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*. Madrid: Dykinson S.L., 2013, pp. 511-587.
- GIL GIL, Alicia. Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho Penal Internacional: Empresa Criminal Conjunta, coautoría por dominio funcional y coautoría mediata. *Cuadernos de política criminal*, 2013, Vol. 109: pp. 109-146.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Montevideo – Buenos Aires: B de F Ltda., 2007.
- JÄGER, Herbert. Betrachtungen zum Eichmann-Prozess. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1962, Vol. 45 (3/4): pp. 78-83.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin – New York: De Gruyter, 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KOLB, Robert. *Droit international pénal*. Bruxelles: Bruylant, 2008.
- KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin-Heidelberg: Springer, 1997.
- MARTÍNEZ ALCANIZ, Abraham. La coautoría mediata: Una combinación dogmática surgida de la coautoría y de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2012, Vol. 8: pp. 145-194.
- MELONI, Chantal. *Command Responsibility in International Criminal Law*. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2010.
- OHLIN, Jens David. Second-Order Linking Principles: Combining Vertical and Horizontal Modes of Liability. *Leiden Journal of International Law*, 2012, Vol. 25 (3): pp. 771-797.
- OLÁSOLO, Héctor. *Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- RENZIKOWSKI, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr, 1997.
- ROTHE, Dawn L. *State Criminality. The Crime of All Crimes*. Plymouth: Lexington Books, 2009.
- ROXIN, Klaus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.
- ROXIN, Klaus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*. Pamplona: Civitas, 2014.
- ROXIN, Klaus. El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *REJ*, 2006, Vol. 7: pp. 11-22.
- SCHABAS, William. Semantics or Substance? David Scheffer's Welcome Proposal to Strengthen Criminal Accountability for Atrocities. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 2 (1): pp. 31-36.
- SCHEFFER, David. Genocide and Atrocity Crimes. *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2014, Vol. 1 (3): pp. 229-250.
- SMEULERS, Alette. Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology. En SMEULERS, Alette, y HAVEMAN, Roelof. *Supranational Criminology: Towards a*

- Criminology of International Crimes*. Antwerp – Oxford – Portland: Intersentia, 2008, pp. 233-265.
- VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. New York: Oxford University Press, 2012.
- WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept. *JICJ*, 2011, Vol. 9 (1): pp. 91-111.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. En FERRÉ OLIVÉ, Carlos, y ANARTE BORRALLA, Enrique. *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones, 1999, pp. 151-160.