

# La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma\*

Miren Odriozola-Gurrutxaga\*\*

*Fecha de recepción: noviembre 30 de 2012.*

*Fecha de aprobación: junio 5 de 2013.*

**Para citar este artículo:** ODRIOZOLA, M., "La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales *ad hoc* y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma", *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 1, 2013, pp. 86-104.

## Resumen

El primer fallo de la Corte Penal Internacional ha confirmado que el Artículo 25 (3) del Estatuto de Roma se basa en la teoría del dominio del hecho para hacer la distinción entre autoría y participación. Por el contrario, desde 2003, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* construye el concepto de coautoría con base en la doctrina de la empresa criminal conjunta y emplea un criterio subjetivo de autor. En el presente texto analizaremos primero los problemas planteados por esta línea jurisprudencial de los tribunales *ad hoc*, para proseguir con el análisis del artículo del Estatuto de Roma que más parece asemejarse a la doctrina de la empresa criminal conjunta: el Artículo 25 (3) (d). El documento concluye que ninguna de las categorías de la empresa criminal conjunta tiene cabida en dicha disposición.

**Palabras clave:** Corte Penal Internacional, modos de intervención criminal punible, Artículo 25 (3) (d) ER, empresa criminal conjunta, teoría del dominio del hecho.

## Abstract

The first judgment of the International Criminal Court has confirmed that article 25 (3) of the Rome Statute adopts the theory of control of the act to distinguish between principals and accessories. On the contrary, since 2003, the *ad hoc* tribu-

\* Este trabajo se ha desarrollado durante el período de disfrute de la beca concedida dentro del Programa de Becas de Formación de Personal Investigador del Gobierno Vasco (BFI-2011-144 MOD. AE)

\*\* Doctoranda en el Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU, 20018 Donostia-San Sebastián. Miembro de GICCAS/ Grupo de Investigación en Ciencias Criminales, Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua IVAC/KREI, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea UPV/EHU, 20018 Donostia-San Sebastián.

Mi agradecimiento al Prof. Dr. Dr.h.c. José Luis de la Cuesta Arzamendi por la dirección del presente trabajo.

nals' case law bases the notion of co-perpetration on the Joint Criminal Enterprise doctrine, using a subjective criterion approach. In this article we will first analyze the problems raised by that case law of the ad hoc tribunals, and then, we will study the article of the Rome Statute which apparently most resembles the Joint Criminal Enterprise doctrine: article 25 (3) (d). The article concludes that none of the three categories of that doctrine is included in the said provision.

**Keywords:** International Criminal Court, modes of criminal liability, art. 25 (3) (d) Rome Statute, Joint Criminal Enterprise, theory of control of the act.

## Resumo

A primeira sentença da Corte Penal Internacional tem confirmado que o segundo artigo 25(3) do Estatuto de Roma se baseia na teoria d domínio do fato para realizar a distinção entre autoria e participação. Pelo contrário, desde 2003, a jurisprudência dos tribunais ad hoc construi o conceito de coautoria com base na doutrina da Empresa Criminal Conjunta, e emprega um critério subjetivo de autor. No presente artigo primeiro analisaremos os problemas planteados por esta linha jurisprudencial dos tribunais ad hoc, para prosseguir com a análise do artigo do Estatuto de Roma que mais parece se assemelhar à doutrina da Empresa Criminal Conjunta: o artigo 25(3)(d). O artigo conclui que nenhuma das categorias da Empresa Criminal Conjunta tem cabimento em dita disposição.

**Palavras-chave:** Corte Penal Internacional, modos de intervenção criminal punível, art. 25(3)(d) ER, Empresa Criminal Conjunta, teoria do domínio do fato.

## I. Introducción

La primera sentencia de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), dictada en el caso Lubanga, se caracteriza por clarificar algunas cuestiones fundamentales sobre las formas de autoría y participación recogidas en el Artículo 25 (3) del Estatuto de Roma (ER)<sup>1</sup>. Siguiendo lo establecido por la Sala de Cuestiones Preliminares I (SCP I) en la decisión de confirmación de cargos, la sentencia en el caso Lubanga acoge un modelo dualista que distingue entre autoría y participación. Conforme a este modelo, el apartado 3 (a) del Artículo 25 ER recoge el concepto de autoría en sus tres vertientes: autoría (directa) individual, coautoría y autoría mediata. Por su parte, los apartados 3 (b), 3 (c), y 3 (d) prevén distintas formas de participación

1 ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Trial Chamber I Judgement, ICC-01/04-01/06-2842*, de 14 de marzo de 2012 (en adelante, *Sentencia del caso Lubanga*).

en el delito cometido por otro<sup>2</sup>: ordenar, proponer e inducir en el apartado 3 (b) (con los problemas que plantea la inclusión de la acción “ordenar” en este apartado<sup>3</sup>), asistir a la comisión del delito como cómplice, encubridor o colaborador en el apartado 3 (c), y contribuir de algún otro modo en el crimen realizado por un grupo de personas en el apartado 3 (d).

La sentencia en el caso Lubanga acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación<sup>4</sup>, lo que le lleva a interpretar el apartado 3 (d), en el que se prevé la forma de responsabilidad penal que más se parece a la figura de la empresa criminal conjunta (en adelante, ECC), como una forma residual de participación en lugar de una expresión de la coautoría<sup>5</sup>.

La construcción jurisprudencial de la sentencia en el caso Lubanga choca de frente con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* en esta materia, puesto que desde el caso Milutinović, en 2003, las Salas de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) construyen el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la ECC, basándose así en un criterio subjetivo de autor<sup>6</sup>.

- 2 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 976-1018; ICC, *Prosecutor v. German Katanga and Mathieu Ndjolo Chui, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/07-717*, de 30 de septiembre de 2008, para. 484-486 (en adelante, *Decisión del caso Katanga*); ICC, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/06-803-Ten*, de 29 de enero de 2007, para. 320 (en adelante, *Decisión del caso Lubanga*); ESER, A., “Individual Criminal Responsibility”, en A. CASSESE, P. GAETA, y J. R. W. D. JONES (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 782; AMBOS, K., “Article 25/Special Print (update of the pages 743-770)”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Beck, Múnich, 2008, margen 2.
- 3 ESER, A., “Individual Criminal Responsibility”, cit., p. 782; AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, [En línea], *InDret*, núm. 3, 2012, p. 33. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>> [Consulta: 12.11.2012].
- 4 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 1003-1006; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 480-486; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 328-338; OLÁSULO, H., “El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, núm. 40, 2012, pp. 78-85. Como señala OLÁSULO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, núm. 3, 2009, p. 5. Disponible en <[http://www.indret.com/pdf/648\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf)> [Consulta: 05.11.2012], es un criterio objetivo-material de distinción entre autoría y participación.
- 5 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 996; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 483; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 337; OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., p. 5.
- 6 ICTY, *Prosecutor v. Milutinović et al., Decision on Dražoljub Ojdanić’s Motion challenging Jurisdiction-Joint Criminal Enterprise, ICTY-99-37-AR72*, de 21 de mayo de 2003 (en adelante, *Decisión del caso Milutinović*); ICTY, *Prosecutor v. Vasiljević, Appeals Chamber Judgement, IT-98-32-A*, de 25 de febrero de 2004, para. 95 y 102 (en adelante, *Sentencia del caso Vasiljević*); ICTY, *Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber Judgement, IT-95-14-A*, de 29 de julio de 2004, para. 33; ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al., Appeals Chamber Judgement, IT-98-30/1-A*, de 28 de febrero de 2005, para. 79 (en adelante, *Sentencia del caso Kvočka et al.*); ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Appeals Chamber Judgement, IT-99-36-A*, de 3 de abril de 2007, para. 434; ICTR, *Prosecutor v. Gerard Ntakirutimana and Elizaphan Ntakirutimana, Appeals Chamber Judgement, ICTR-96-10-A, ICTR-96-17-A*, de 13 de diciembre de 2004, para. 462; ICTR, *Gacumbitsi v. The Prosecutor, Appeals Chamber Judgement, ICTR-2001-64-A*, de 7 de julio de 2006, para. 158.

Es por ello que, si bien la interpretación de los apartados 3 (a), 3 (b) y 3 (c) del Artículo 25 ER plantea ciertos problemas, sin duda es el apartado 3 (d) el que más incógnitas suscita, al no quedar claro a qué supuestos es aplicable (ni siquiera si es aplicable a algún caso). Esta es la cuestión a la que intentaremos dar respuesta en el presente trabajo.

Para ello, comenzaremos con el análisis de la doctrina de la ECC en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. A continuación estudiaremos el contenido del apartado 3 (d) del Artículo 25 ER. Un repaso a la jurisprudencia de la CPI muestra que a pesar de que este apartado es el que más se asemeja a la doctrina de la ECC<sup>7</sup>, no acoge dicha doctrina. Esto hace necesario estudiar el ámbito de aplicación de este apartado y su delimitación frente a los demás apartados del Artículo 25 (3) ER —en particular frente al apartado 3(c) relativo a la complicidad, encubrimiento y colaboración—.

## II. Jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la doctrina de la ECC

Al formular la doctrina de la ECC en el caso Tadić<sup>8</sup>, la Sala de Apelaciones del TPIY no dejó claro cuál era la naturaleza jurídica de tal figura, dado que empleó tanto el concepto de coautoría como el de complicidad<sup>9</sup>. No obstante, en su decisión en el caso Milutinović afirmó de forma expresa que las tres categorías de la ECC constituían una forma de coautoría<sup>10</sup>. Surge así la pregunta de si es posible considerar a cada una de estas tres categorías como una forma de coautoría. Para responder a esta pregunta, debemos explicar brevemente en qué consisten.

### A. Las tres categorías de ECC

Ante la dificultad para delimitar en contextos de criminalidad colectiva la contribución específica de cada individuo a la comisión de los delitos, la doctrina de la ECC cubre la responsabilidad penal de todos los intervinientes en el marco de un plan criminal común<sup>11</sup>. Las tres modalidades de ECC comparten los mismos elementos objetivos: 1) una pluralidad de personas, 2) la existencia de un plan común y 3) la participación del acusado en la ECC mediante cualquier forma de asistencia

7 ICTY, *Prosecutor v. Tadić, Appeals Chamber Judgement, IT-94-I-A*, de 15 de julio de 1999, para. 222.

8 Id., para. 220-228.

9 Ibid.; OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., p. 4.

10 ICTY, *Decisión del caso Milutinović*, cit., para. 20 y 31.

11 CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., Nueva York, 2008, pp. 189-190; OHLIN, J. D., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 69-70.

o contribución a la ejecución del propósito común<sup>12</sup>. Por el contrario, los elementos subjetivos varían en cada modalidad<sup>13</sup>.

La ECC I (responsabilidad por un propósito común) exige la intención criminal compartida de todos los miembros de la ECC, en cuyo caso todos son considerados responsables a título de coautores, sin importar la posición que hayan ocupado al ejecutar el plan criminal común<sup>14</sup>.

En cuanto a la ECC II (responsabilidad por la participación en un plan criminal común dentro de un marco institucional), requiere que cada miembro conozca el sistema de maltrato que es implementado en una institución (como un campo de concentración), lo que significa que aquellos que lleven a cabo tareas administrativas que contribuyen a lograr los objetivos institucionales pueden también ser considerados responsables de los delitos materialmente perpetrados por otras personas. Esta construcción jurisprudencial se basa en el entendimiento de que quienes conocen el sistema de maltrato comparten, de manera implícita, la intención criminal de los miembros de la ECC que ejecutan materialmente los delitos<sup>15</sup>.

Algunas sentencias de los tribunales *ad hoc* han exigido una contribución significativa en la ejecución de una ECC institucionalizada para que surja la responsabilidad penal a título de coautor conforme a la ECC II<sup>16</sup>, por lo que, así entendida, la ECC II no sería más que un subtipo de la ECC I. Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Kvočka y Vasiljević ha afirmado que no es necesario que la contribución sea significativa para incurrir en responsabilidad con base en la doctrina de la ECC II<sup>17</sup>. De este modo, sería suficiente con la pertenencia a la ECC y con el carácter previsible de los delitos cometidos en el campo de concentración (sin necesidad de que estos formen parte del objetivo central de la institución). Como ha señalado Ambos, la construcción de la ECC II en esta línea jurisprudencial la situaría más cerca de la ECC III que de la ECC I<sup>18</sup>, lo que la haría compartir los principales problemas que plantea la ECC III para su consideración como una

12 AMBOS, K., "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 160-161.

13 Ibid.; AMBOS, K., "Article 25", cit., margen 9.

14 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 191-192; OHLIN, J.D., "Three Conceptual", cit., p. 75.

15 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 195-196.

16 ICTY, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, *Trial Chamber Judgement, IT-98-30/1-T*, de 2 de noviembre de 2001, para. 308-311 (en adelante, *Decisión del caso Kvočka et al.*).

17 ICTY, *Sentencia del caso Kvočka et al.*, cit., para. 96-97; ICTY, *Sentencia del caso Vasiljević*, cit., para. 100-102.

18 AMBOS, K., "Joint", cit., p. 172; AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Montevideo, 2005, pp. 75-76; POWLES, S., "Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 2, 2004, pp. 609-610.

forma de autoría y dejaría a la ECC I como la única categoría que podría ser considerada, sin dificultad, como expresión de la coautoría<sup>19</sup>.

En lo que se refiere a la ECC III (responsabilidad incidental basada en la previsibilidad y en la asunción voluntaria del riesgo), si cada miembro quiere participar en y promover el propósito criminal del grupo, le serán atribuidos, a título de coautor, los delitos cometidos por los otros miembros de la ECC (incluso aquellos que no formen parte del plan común), siempre que sean consecuencias previsibles y naturales del plan común y la persona de que se trate haya decidido asumir conscientemente tal riesgo<sup>20</sup>.

## **B. Responsabilidad de los miembros de una ECC I por delitos cometidos por individuos que no forman parte de ella**

En el caso Brđanin, se planteó ante el TPIY la posibilidad de establecer la responsabilidad de los miembros de una ECC I aun cuando los crímenes fueran cometidos por individuos que no formaran parte de ella. Mientras la Sala de Primera Instancia rechazó tal posibilidad, la Sala de Apelaciones la admitió, siempre que quedara demostrado que el delito había sido materialmente cometido por una persona utilizada como instrumento por un miembro de la ECC en ejecución del plan común<sup>21</sup>.

Esta redefinición de la doctrina de la ECC, en la manera sugerida por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Brđanin, resulta interesante desde la perspectiva de la distinción entre autoría y participación. Como señala Olásolo, esta nueva concepción resuelve los problemas que presenta la aplicación de la concepción tradicional de la ECC en relación con dirigentes políticos y militares; no obstante, transforma la naturaleza jurídica de la doctrina de la ECC: no existe más una comunidad de intención entre los autores materiales de los crímenes y los dirigentes que los planean y ponen en marcha. Por el contrario, estos últimos se aprovechan de su control sobre las organizaciones que dirigen para instrumentalizar a los primeros<sup>22</sup>. Así, la doctrina de la ECC, que en su concepción tradicional se apoya sobre un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, acaba sustentándose de manera importante sobre la teoría del dominio del hecho<sup>23</sup>.

En este punto, resulta interesante la posición de Kiss, quien, en principio, considera plausible la combinación entre el Artículo 25 (3) (d) y 25 (3) (a) ER, en el sentido

19 AMBOS, K., "Joint", cit., pp. 170-171.

20 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 199-200; OHLIN, J.D., "Three Conceptual", cit., p. 75.

21 ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Decision on interlocutory appeal, IT-99-36-A*, de 19 de marzo de 2004, para. 410-414 (en adelante, *Decisión sobre la apelación interlocutora del caso Brđanin*).

22 OLÁSOLO, H., "Reflexiones", cit., pp. 13-14.

23 *Ibid.*

de que la comisión del delito por parte de las personas que integran el grupo pueda ocurrir en cualquiera de las modalidades establecidas en el Artículo 25 (3) (a) ER, por lo que el grupo de personas que actúa con una finalidad común podría cometer el crimen junto con o por conducto de personas que no formen parte de tal grupo<sup>24</sup>.

### **C. Problemas derivados de la consideración de la ECC III como forma de coautoría**

Son varios los problemas que suscita la concepción de la ECC como forma de coautoría, pero cobran especial intensidad respecto a la tercera modalidad de ECC<sup>25</sup>. En cuanto a esta última, Ambos han señalado que en los casos de coautoría tiene lugar una imputación mutua de las aportaciones de cada uno, siempre que estas estén funcionalmente ligadas en razón de una meta común y/o un plan común del hecho o los autores individuales se encuentren vinculados en el marco de un contexto de organización<sup>26</sup>. Por lo tanto, la imputación de una mera “consecuencia previsible” que no había sido acordada con anterioridad y que no era buscada por todos los intervinientes (ECC III) no debería dar lugar a responsabilidad por coautoría. La coautoría, como las demás formas de autoría, requiere que se cumplan todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo y, si falta un elemento y se considera a una persona responsable por los hechos de otros (como en el caso de la ECC III), el que no comete el crimen debería responder solo a título de partícipe<sup>27</sup>.

Una segunda crítica a la concepción de la ECC III como expresión de la coautoría se refiere a la aplicación de esta figura a los delitos que requieren un dolo especial, como el genocidio (el cual exige la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso)<sup>28</sup>. En el caso Brđanin, la Sala de Primera Instancia señaló que el dolo especial requerido por el delito de genocidio no se cumple cuando la forma de responsabilidad imputada es la ECC III<sup>29</sup>. No se puede considerar a alguien responsable a título de autor o coautor de un delito que requiere un dolo especial, a menos que quede probada la existencia de dicho dolo.

Otra cosa es que se le pueda atribuir responsabilidad por complicidad, puesto que esta no requiere que el cómplice comparta la intención del autor principal, sino

24 KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, núm. 2, 2013, pp.12-13. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/964.pdf>> [Consulta: 31.05.13].

25 OHLIN, J. D., “Three Conceptual”, cit., p. 76.

26 AMBOS, K., *La Parte*, cit., p. 75; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Volumen segundo*, Bosch Casa Editorial S. A., 3ª ed., Barcelona, 1981, p. 941. ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 980-988.

27 AMBOS, K., “Joint”, cit., pp. 168-169.

28 CASSESE, A., *Internacional*, cit., pp. 205-206; AMBOS, K., *La parte*, cit., p. 422.

29 ICTY, *Prosecutor v. Brđanin, Decision for Acquittal Pursuant to Rule 98 bis, IT-99-36-T*, de 28 de noviembre de 2003, para. 57; CASSESE, A., *Internacional*, cit., pp. 206-209.

que es suficiente con que la conozca<sup>30</sup>. Por ello, solo si la ECC III es considerada como una forma de complicidad, podría ser aplicada a los delitos de dolo especial<sup>31</sup>. Ahora bien, teniendo en cuenta que el TPIY ha venido rechazando la construcción de la ECC III como una forma de complicidad desde el caso Milutinović, la decisión de la Sala de Primera Instancia en el caso Brđanin parece la correcta. No obstante, la Sala de Apelaciones del TPIY rechazó la interpretación de la Sala de Primera Instancia y afirmó la posibilidad de imputar un delito de genocidio a título de coautoría al interviniente en una ECC III, aun cuando él mismo no tenga el dolo especial requerido por dicho delito. Para la Sala de Apelaciones, siempre que se trate de consecuencias razonablemente previsibles y naturales, el acusado puede ser penalmente responsable a título de coautor por todo delito que vaya más allá del plan común acordado en la ECC<sup>32</sup>.

En consecuencia, vemos que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sobre la ECC como forma de coautoría, tal y como viene interpretándose desde el caso Milutinović, presenta notables problemas, sobre todo en relación con su tercera categoría. Además, los argumentos de política criminal aducidos por sus defensores<sup>33</sup> no justifican, en nuestra opinión, la vulneración que tal interpretación de la ECC supone respecto a principios básicos del Derecho Penal<sup>34</sup>.

### **III. La teoría del dominio del hecho como criterio de distinción entre autores y partícipes en el Artículo 25 (3) del Estatuto de Roma**

La sentencia de la CPI en el caso Lubanga acoge un modelo dualista de formas de intervención punibles en el delito, al confirmar la existencia de una estructura jerárquica entre los modos de intervención del Artículo 25 (3) ER, según la cual las formas de intervención punible del apartado 3 (a), referentes a la responsabilidad a título de autor, prevalecen sobre los otros modos (accesorios) de participación —apartados 3 (b), 3 (c) y 3 (d)—, por lo que la contribución de un autor ha de ser mayor que la de un partícipe<sup>35</sup>.

En cuanto a la construcción de la coautoría, a diferencia de la de los tribunales *ad hoc*, la jurisprudencia de la CPI no aplica la doctrina de la ECC como forma de coautoría, puesto que configura esta última a partir de la teoría del dominio

30 AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 422-423.

31 OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., p. 18.

32 ICTY, *Decisión del caso Brđanin*, cit., para. 9-10.

33 CASSESE, A., *Internacional*, cit., pp. 201-205.

34 OLÁSULO, H., “Reflexiones”, cit., pp. 13-14; OHLIN, J.D., “Three Conceptual”, cit., pp. 85-88.

35 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 999; AMBOS, K., “El primer fallo”, cit., pp. 25-37.



del hecho. La sentencia en el caso Lubanga no ha hecho sino confirmar esta interpretación<sup>36</sup>, al afirmar que la comisión coordinada o colectiva de un delito por coautores, siempre que se presente de conformidad con un plan o acuerdo común, conlleva una atribución mutua de las respectivas contribuciones esenciales (sin necesidad de estar físicamente presentes en la escena del crimen)<sup>37</sup>.

Según la CPI, la teoría del dominio del hecho tiene tres manifestaciones principales<sup>38</sup>. En primer lugar, la autoría directa o inmediata, entendida como “control de la acción” —Artículo 25 (3) (a) 1ª alternativa—, en relación con el individuo que, con los elementos requeridos por el tipo subjetivo, lleva a cabo personalmente los elementos objetivos del tipo<sup>39</sup>.

En segundo lugar, la coautoría, entendida como “codominio funcional del hecho” —Artículo 25 (3) (a) 2ª alternativa—, es aplicable en aquellas situaciones en las que los elementos objetivos del tipo son fruto de contribuciones esenciales hechas por una pluralidad de personas en ejecución de un plan común y, por ello, son recíprocamente responsables de las contribuciones de los demás y pueden ser consideradas todas y cada una de ellas como autores del delito en su conjunto<sup>40</sup>. Solo tienen el codominio funcional del hecho quienes, debido al carácter esencial de las funciones encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a realizarlas<sup>41</sup>.

En tercer lugar, la autoría mediata, entendida como “control de la voluntad” —Artículo 25 (3) (a) 3ª alternativa—, es aplicable a quienes, sin ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo, controlan la comisión del delito, porque utilizan al autor directo como instrumento sometido al control de su voluntad dominante<sup>42</sup>. En el Artículo 25 (3) (a) ER, la autoría mediata abarca tanto los supuestos en los que el autor directo no es penalmente responsable como en los que sí y es, en este último supuesto, en el que cobra especial relevancia la “autoría mediata a través del dominio de la organización”, la cual resulta ser particularmente aplicable en Derecho Penal Internacional<sup>43</sup>.

36 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 1356-1358; AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, cit., pp. 25-37.

37 ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 980-988.

38 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332; OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., pp. 85-92.

39 AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 174-175.

40 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 520; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 326; AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 179-184.

41 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488, 519-526; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332, 342; OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., pp. 87-88.

42 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488, 495-502; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332.

43 OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., p. 89; AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 196-197; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 496-501.

En los casos en los que no se cumplan los requisitos para aplicar la autoría mediata por medio del dominio de la organización, es decir, cuando no exista un control de la voluntad de los subordinados por parte del dirigente que dicta las órdenes para cometer los delitos, el dirigente solo puede ser considerado como mero partícipe que, conforme al Artículo 25 (3) (b) ER, ordenó, indujo o propuso mediante sus órdenes a sus subordinados (autores directos) la comisión de los delitos<sup>44</sup>. Además, en aquellos casos en los que no fuera posible probar la orden, inducción o proposición del dirigente, cabría analizar su posible responsabilidad por complicidad, conforme a lo dispuesto en los apartados 3 (c) o 3 (d) ER.

## IV. El Artículo 25 (3) (D) del Estatuto de Roma

### A. Naturaleza jurídica

Varios autores coinciden en señalar que el origen del Artículo 25 (3) (d) ER puede encontrarse en el Artículo 2 (3) del Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas de 1997, el cual tiene sus raíces en la controvertida teoría de la conspiración<sup>45</sup>. Según Cassese, si bien el contenido del mencionado Artículo 2 (3) podría justificarse por el considerable aumento de la criminalidad terrorista, su adopción por el ER se hizo de manera poco reflexiva; entendemos que se refiere a la falta de análisis sobre la necesidad de un precepto de estas características en el Derecho Penal Internacional en general<sup>46</sup>.

Para Ambos, el Artículo 25 (3) (d) fue pensado para reconciliar los intereses de los adversarios del tipo tradicional de la conspiración y los partidarios de alguna especie de responsabilidad fundamentada de forma colectiva<sup>47</sup>. Se abandonó así la conspiración tradicional, porque mientras en ella es suficiente la mera planificación del delito, el Artículo 25 (3) (d) ER requiere su comisión o tentativa de comisión<sup>48</sup>. Fletcher y Ohlin afirman que la doctrina de la conspiración ha sido adoptada por la figura de la ECC en el Derecho Penal Internacional moderno, pero que el ER ha sustituido la doctrina de la ECC (y, por tanto, también la de la conspiración) por una previsión específica, recogida en el Artículo 25 (3) (d) ER, que regula la res-

44 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 517; OLÁSOLO, “El desarrollo”, cit., p. 92.

45 ESER, A., “Individual”, cit., p. 802; CASSESE, A., *International*, cit., p. 213; AMBOS, K., “Article 25”, cit., margen 24.

46 CASSESE, A., *International*, cit., p. 213.

47 AMBOS, K., *La Parte*, cit., pp. 269-272.

48 Ibid.; Como señala Eser, la conspiración así entendida converge con el contenido de los apartados 3 (b) y 3 (c) del Artículo 25 ER, razón por la cual podemos decir que el ER ha abandonado por completo la doctrina tradicional de la conspiración. ESER, A., “Individual”, cit., p. 802.

ponsabilidad por el hecho de otro de manera más precisa que la doctrina de la ECC creada jurisprudencialmente por el TPIY<sup>49</sup>.

En este sentido, en su decisión de confirmación de cargos del caso Mbarushimana, la SCP I ha afirmado que existen las siguientes diferencias entre la doctrina de la ECC y la forma de responsabilidad del Artículo 25 (3) (d) ER: 1) la responsabilidad a título de coautor (ECC) o de partícipe (Artículo 25 (3) (d) ER); 2) la necesidad de formar parte (ECC) o no (Artículo 25 (3) (d) ER) del plan o propósito criminal común; 3) la contribución al plan o propósito criminal común (ECC) frente a la contribución al delito cometido (Artículo 25 (3) (d) ER) y 4) la necesidad de actuar con dolo directo de primer grado (ECC) frente a la suficiencia del mero conocimiento (Artículo 25 (3) (d) ER)<sup>50</sup>.

## **B. Elementos objetivos y subjetivos del Artículo 25 (3) (d) ER y su distinción de la complicidad del apartado 25 (3) (c) ER**

Numerosos autores señalan que, en vista del amplio ámbito de aplicación de la asistencia al delito (Artículo 25 (3) (c) ER), el apartado (3) (d) es superfluo, innecesario o de muy difícil aplicación práctica<sup>51</sup>. Para estos autores, el Artículo 25 (3) (c) ER cubre el ámbito “clásico” de la complicidad por asistencia, como forma de responsabilidad accesoria respecto al delito principal, que solo sería punible cuando se produce la comisión o tentativa de este último<sup>52</sup>. Sin embargo, las marcadas diferencias, sobre todo objetivas, entre los apartados 3 (c) y 3 (d) nos hacen diferir de lo sugerido por estos autores.

### **1. Elementos objetivos**

Desde el punto de vista objetivo, hay quien defiende que la única diferencia estriba en que el apartado 3 (c) contempla la complicidad en todo crimen individual, mientras el apartado 3 (d) se refiere a la contribución en la comisión de un crimen perpetrado por un grupo<sup>53</sup>.

49 FLETCHER, G. P., OHLIN, J. D., “The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 548-550.

50 ICC, *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of the Charges, ICC-01/04-01/10*, de 16 de diciembre de 2011, para. 282 (en adelante, *Decisión del caso Mbarushimana*); OLÁSULO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 733-734.

51 ESER, A., “Individual”, cit., p. 803; MANTOVANI, F., “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, p. 35.

52 ESER, A., “Individual”, cit., p. 798.

53 Mientras Eser considera suficiente tal distinción basada en el factor “grupo” para justificar una regulación separada, Fletcher y Ohlin la consideran insuficiente; no obstante, defienden su regulación separada con base en la existencia de una notable diferencia en el plano subjetivo. ESER, A., “Individual”, cit., pp. 802-803; FLETCHER, G. P., OHLIN, J. D., “The Commission”, cit., pp. 548-550,

No obstante, en la decisión de confirmación de cargos del caso Mbarushimana<sup>54</sup>, la SCP I hizo referencia a una diferencia adicional en el plano objetivo. Una vez establecida convincentemente la necesidad de la exigencia de que la contribución realizada tenga cierta entidad —en aras de evitar que cualquier miembro de la comunidad que, conociendo la criminalidad del grupo realice una contribución, sea considerado responsable con base en el Artículo 25 (3) (d) ER, en especial cuando tal criminalidad sea conocida<sup>55</sup>— de manera pública, la SCP I partió del sistema de gradación de las distintas aportaciones que se exigen en el Artículo 25 (3) ER para determinar el grado de contribución exigido en su apartado (d): una contribución esencial en el caso de la coautoría (apartado 3 (a)); una aportación sustancial en los supuestos de los apartados 3 (b) y 3 (c); y una significativa en el caso del apartado 3 (d)<sup>56</sup>.

Tras advertir que debe realizarse un análisis caso por caso, la SCP I propuso los siguientes factores, de cara a decidir sobre la calificación de una contribución como “significativa”: 1) el mantenimiento de la colaboración al conocer la naturaleza criminal del propósito común del grupo; 2) el esfuerzo realizado para prevenir la actividad criminal o impedir que la actividad delictiva del grupo se mantenga en el tiempo; 3) el hecho de que la persona cree o simplemente ejecute el plan criminal; 4) la posición del imputado en relación con el grupo y 5) el rol del imputado frente a la gravedad y al alcance de los crímenes imputados<sup>57</sup>.

Si bien la SCP II ha tenido en cuenta estos factores en los casos Muthaura et al. y Ruto et al<sup>58</sup>, a diferencia de la SCP I, no ha exigido que la aportación al delito sea “significativa” para que sea aplicable tal Artículo. Por el contrario, ha concluido que toda contribución menor a una “sustancial” satisface el umbral del Artículo 25 (3) (d)<sup>59</sup> si resulta en la comisión de los crímenes imputados. Por su parte, al analizar

54 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 276-279 y 283-285.

55 Id., para. 277; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 681-682; OHLIN, J.D., “Three Conceptual”, cit., p. 89.

56 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 279 y 283; ICC, *Sentencia del caso Lubanga*, cit., para. 999; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 682-683 y 728-730.

57 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 284; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 685-686.

58 ICC, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s Application for Summonses to Appear*, ICC-01/09-02/11, de 8 de marzo de 2011, para. 49 (en adelante, *Orden de comparecencia del caso Muthaura, Kenyatta y Ali*); ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s Application for Summons to Appear*, ICC-01/09-01/11, de 8 de marzo de 2011, para. 53 (en adelante, *Orden de comparecencia del caso Ruto, Kosgey y Sang*).

59 ICC, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, ICC-01/09-02/11, de 23 de enero de 2012, para. 421; ICC, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, ICC-01/09-01/11, de 23 de enero de 2012, para. 354, puesto que si tanto el apartado (c) como el (d) exigieran una contribución “sustancial”, la estructura jerárquica de los distintos modos de intervención previstos en el Artículo 25 (3) carecería de sentido. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 683-686, 717 y 722.

los elementos objetivos del Artículo 25 (3) (d) (ii) en el caso Katanga y Ngudjolo Chui, la Sala de Primera Instancia II de la CPI ha acogido la posición de la SCP I, tras afirmar la necesidad de que la contribución tenga cierta entidad, refiriéndose de manera expresa al umbral de lo “significativo”<sup>60</sup>.

Con independencia de que la futura jurisprudencia de la CPI se incline por una u otra posición, conviene señalar que ambas posturas confirman la existencia de un sistema de gradación en las distintas contribuciones previstas en el Artículo 25 (3) ER; por tanto, en lo que aquí nos interesa, no cabe duda de que, en el plano objetivo, los apartados 3 (c) y 3 (d) se diferencian en la mayor entidad exigida para las contribuciones del apartado 3 (c) en comparación con las del 3 (d)<sup>61</sup>. En el mismo sentido, aunque defienda que no es necesario que la aportación al delito sea “significativa” para poder aplicar el Artículo 25 (3) (d) ER, Kiss está a favor de la lectura jerárquica del Artículo 25 (3) ER y señala que tal orden “no se conmueve por faltarle, al último eslabón, un estándar mínimo”<sup>62</sup>.

Antonio Cassese ha afirmado la existencia de una distinción adicional entre los apartados (c) y (d). Según este autor, el Artículo 25 (3) (d) ER se limita a definir la responsabilidad de quienes, desde fuera de un grupo criminal, contribuyen a la comisión del crimen acordado por los miembros del grupo al que no pertenecen<sup>63</sup>. Sin embargo, no podemos compartir la posición de este autor porque, además de que la posibilidad de la complicidad en una ECC es negada por numerosos autores (entre ellos el propio Cassese)<sup>64</sup>, debemos tener presente que, en el caso Mbarushimana, la SCP I ha señalado que el ámbito de aplicación del Artículo 25 (3) (d) ER no está limitado a los individuos que no forman parte del plan o propósito común, sino que puede ser de aplicación también a los miembros del grupo<sup>65</sup>. Si se estableciera tal limitación, quienes participan en el plan común realizando aportaciones significativas no esenciales quedarían exentos de responsabilidad —solo si la con-

60 ICC, *Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Chambre de Première Instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés*, ICC-01/04-01/07, de 21 de noviembre de 2012, para. 6-7, 23, 28-29 y 33 (en adelante, *Decisión de la Sala de Primera Instancia II del caso Katanga y Ngudjolo Chui*).

61 Estos apartados se distinguen también en que la contribución sea a un crimen individual o a uno perpetrado por un grupo. Asimismo, según ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 286-287, las conductas de encubrimiento están dentro del ámbito del Artículo 25 (3) (d) ER, siempre que estas hayan sido acordadas con el grupo antes de la comisión del delito. OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 686-687.

62 Según Kiss, no es cuestión del grado de la contribución, sino de su naturaleza, en el sentido de que debería exigirse la existencia de un vínculo normativo entre la conducta y el resultado, que permitiera verificar la tipicidad de la contribución y dejar fuera las “contribuciones neutrales”. KISS, A., “La contribución”, cit., p. 18.

63 CASSESE, A., *International*, cit., pp. 212-213.

64 Id., p. 211.

65 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 272-275; OLÁSOLO, H., *Tratado*, cit., pp. 680-681; OHLIN, J. D., “Three Conceptual”, cit., pp. 80-81.

tribución es esencial podrían ser considerados coautores—, puesto que los apartados 3 (b) y 3 (c) no cubren aquellos supuestos en los que miembros del grupo cooperan de modo significativo a la ejecución del plan común con el conocimiento de que los otros miembros del grupo pretenden cometerlo<sup>66</sup>.

## 2. Elementos subjetivos

La SCP I y SCP II coinciden en identificar los elementos subjetivos del Artículo 25 (3) (d) ER con los siguientes: 1) una contribución intencional (en el sentido de voluntaria, pero no en relación con el impacto de tal conducta en la comisión del delito imputado por el grupo, sino con su propia conducta) y 2) que sea llevada a cabo con la finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo —apartado 3 (d) (i)— o, al menos, con el conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito —apartado 3 (d) (ii)<sup>67</sup>—.

Por lo tanto, como señala Olásolo, el Artículo 25 (3) (d) ER no exige que el partícipe comparta el propósito criminal del grupo, que este satisfaga los elementos subjetivos del delito cometido por el grupo y tampoco que los miembros del grupo sean conscientes de la aportación del partícipe<sup>68</sup>. Basta con que actúe con conocimiento de que los miembros del grupo pretenden cometerlo (aunque no tenga la intención de facilitar su comisión). De esta manera, el conocimiento de la intención del grupo se erige como exigencia mínima<sup>69</sup>, ya que nadie puede tener el objetivo de ayudar al grupo a conseguir un fin si no conoce, al menos, la intención de tal grupo<sup>70</sup>. Lógicamente, este umbral subjetivo poco exigente reafirma la necesidad de que las contribuciones tengan cierta entidad desde el punto de vista objetivo para poder ser sancionadas conforme al Artículo 25 (3) (d) ER, lo que refuerza la posición de la SCP I y la Sala de Primera Instancia II de requerir que las contribuciones sean, al menos, “significativas”<sup>71</sup>.

66 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 273-274; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 681; Aunque parte de un razonamiento distinto, Kiss también defiende que la limitación propuesta por Cassese no encuentra justificación. KISS, A., “La contribución”, cit., pp. 27-31.

67 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 288; ICC, *Orden de comparecencia del caso Muthaura, Kenyatta y Ali*, cit., para. 47; ICC, *Orden de comparecencia del caso Ruto, Kosgey y Sang*, cit., para. 51; ICC, *Decisión de la Sala de Primera Instancia II del caso Katanga y Ngudjolo Chui*, cit., para. 26 y 33; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., p. 687 y 731.

68 OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 731-732.

69 AMBOS, K., “Article 25”, cit., márgenes 26 y 29-30, entiende que el conocimiento de la intención del grupo de cometer el crimen debe ser positivo, por lo que no es suficiente con que el partícipe sepa que probablemente se cometerá un crimen (estándar este último establecido por el TPIY para la complicidad).

70 FLETCHER, G. P. y OHLIN, J. D., “The Commission”, cit., pp. 548-550; ICC, *Decisión de la Sala de Primera Instancia II del caso Katanga y Ngudjolo Chui*, cit., para. 30.

71 A lo que cabe añadir que, como señala Olásolo, la lectura de la SCP II es, además de menos exigente, menos definida. OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 717, 722 y 730.

El apartado 3 (c) exige que la persona que asiste en la comisión del delito actúe “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”. En tanto el apartado 3 (d) (ii) afirma que son suficientes las acciones de favorecimiento del delito llevadas a cabo sin la intención de facilitar su comisión, pero con el conocimiento de que la facilitan<sup>72</sup>, la diferencia de este último con el apartado 3 (c) es evidente.

Numerosos autores, así como la jurisprudencia relativa a esta cuestión<sup>73</sup>, han hecho referencia a esta distinción. De tal manera, según Olásolo, el Artículo 25 (3) (d) ER constituye una forma de participación de carácter residual que incluye todas aquellas contribuciones de carácter no sustancial que son desarrolladas con el conocimiento de estar favoreciendo la realización del propósito criminal común de un grupo de personas<sup>74</sup>. En el mismo sentido, según Ambos, la exigencia más intensa de dolo de la complicidad —Artículo 25 (3) (c) ER— proporciona a la participación “de algún otro modo” en el hecho colectivo —Artículo 25 (3) (d) ER—, un ámbito de aplicación en los casos en los cuales el cómplice actúa solo con conocimiento de la intención criminal del grupo<sup>75</sup>.

Mas la distinción entre los elementos subjetivos de los apartados 3 (c) ER y 3 (d) (i) ER no resulta tan obvia<sup>76</sup>, por lo que en este caso será conveniente tener en consideración las mencionadas diferencias en sus elementos objetivos. No obstante, la distinción en cuanto a los elementos subjetivos de ambos apartados propuesta por Kiss parece convincente: mientras el apartado 3 (c) ER se refiere al propósito de facilitar la comisión de un crimen, lo que requeriría la existencia de una relación causal directa entre la contribución y el crimen en cuestión, el subapartado 3 (d) (i) ER considera suficiente el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo, cuando una u otro entrañen un crimen de la competencia de la Corte<sup>77</sup>. En

72 OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., p. 84.

73 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 289.

74 OLÁSULO, H., “El desarrollo”, cit., pp. 82-83; ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 483; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 337; ICC, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun (“Ahmad Harun”) and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman (“Ali Kushayb”), Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor’s Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07*, de 27 de abril de 2007, para. 88-89 y 106-107.

75 AMBOS, K., *La parte*, cit., pp. 269-272; AMBOS, K., “Article 25”, cit., margen 45. Teniendo en cuenta su visión sobre el elemento subjetivo y el hecho de que, según él, la diferencia entre los apartados 3 (c) y 3 (d) estriba en que la contribución se realice en favor de un grupo o de una persona, no sorprende que considere cuestionable, en términos prácticos, que el apartado 3 (d) sea indispensable, habida cuenta del amplio alcance del apartado 3 (c). En el mismo sentido, OHLIN, J. D., “Three Conceptual”, cit., p. 78.

76 La diferencia podría derivar de la interpretación del “plan o propósito común” hecha por la SCPI, en el sentido de que, en el marco del Artículo 25 (3) (d) ER, tal elemento no tiene por qué estar específicamente dirigido a la comisión de un crimen, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad, es decir, es suficiente con que el crimen sea una consecuencia probable del plan acordado y los partícipes lo acepten como tal. vid. ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 271; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 344; OLÁSULO, H., *Tratado*, cit., pp. 679-680, 709 y 731-732.

77 KISS, A., “La contribución”, cit., pp. 14-17.

consecuencia, el Artículo 25 (3) (d) ER permite criminalizar contribuciones que no ostenten una relación causal directa con respecto al crimen<sup>78</sup>.

## V. Exclusión de las tres categorías de ECC del ámbito de aplicación del Artículo 25 (3) (d) ER

La decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana define de modo general las diferencias existentes entre la doctrina de la ECC y la forma de participación recogida en el Artículo 25 (3) (d) ER<sup>79</sup>. En lo que se refiere a la ECC I, como ya hemos explicado, esta es la única modalidad de ECC que, en principio, puede considerarse sin mayor dificultad como expresión de la coautoría. Esto significa que, de ser aceptada en el Estatuto de Roma, debería haber sido incluida en el contenido del concepto de coautoría recogido en el Artículo 25 (3) (a) 2ª alternativa.

Sin embargo, la jurisprudencia de la CPI ha acogido un concepto de coautoría disímil del representado por la doctrina de la ECC I y que consiste en el codominio funcional del hecho de quienes, debido a la importancia de las funciones encomendadas, pueden arruinar la comisión del delito si se niegan a llevarlas a cabo<sup>80</sup>. Esto significa que el desarrollo de funciones no esenciales para la realización de los elementos objetivos del tipo (incluso si se ejecutan de manera coordinada con los coautores) solo podría dar lugar a la responsabilidad penal como partícipe<sup>81</sup>, mas, según la ECC I, estas mismas contribuciones no esenciales podrían dar lugar a responsabilidad a título de coautor. De ahí que la doctrina de la ECC I no esté incluida dentro del ámbito de aplicación del Artículo 25 (3) (a) ER.

Además, en cuanto forma de coautoría, la ECC I tampoco puede formar parte del ámbito de la forma de responsabilidad accesoria prevista en el Artículo 25 (3) (d) ER. Kiss añade que la ECC I requiere que la finalidad común esté dirigida a la comisión de un delito determinado, mientras el Artículo 25 (3) (d) (i) ER considera suficiente que el propósito del grupo “entrañe” la comisión de un crimen competencia de la Corte<sup>82</sup>. Por tanto, el ER no exige tan alto grado de especificidad entre la finalidad común y el delito, e incluye los casos en que la implementación de la finalidad común vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en una consecuencia disvaliosa<sup>83</sup>.

78 Ibid.

79 ICC, *Decisión del caso Mbarushimana*, cit., para. 282; según Kiss, aunque ambas figuras compartan el elemento de la “finalidad común”, la doctrina de la ECC no ha sido recibida en el Artículo 25 (3) (d) ER. KISS, A., “La contribución”, cit., pp. 5, 9 y 18.

80 ICC, *Decisión del caso Katanga*, cit., para. 488 y 519-526; ICC, *Decisión del caso Lubanga*, cit., para. 332 y 342; OLÁSOLO, “El desarrollo”, cit., pp. 87-88; ESER, A., “Individual”, cit., pp. 789-793.

81 OLÁSOLO, “El desarrollo”, cit., pp. 87-88.

82 KISS, A., “La contribución”, cit., p.9.

83 Ibid.



Con respecto a la ECC III, también se puede afirmar que la misma no encuentra acomodo ni en el apartado (a) ni en el apartado (d). Así, como vimos en secciones anteriores, a pesar de la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, la ECC III no puede construirse como una forma de coautoría, por lo que no puede encontrar acomodo en el Artículo 25 (3) (a) ER.

En cuanto a su posible inclusión en el Artículo 25 (3) (d) ER, es necesario subrayar que este exige actuar “con el propósito de llevar a cabo *la actividad o propósito delictivo del grupo*” o, como mínimo, “a sabiendas de que *el grupo tiene la intención de cometer el crimen*” (cursivas propias). Por tanto, excluye la responsabilidad penal en aquellos delitos que el grupo no tiene intención de cometer, por tratarse solo de una posible consecuencia de la ejecución del plan común<sup>84</sup>. Distinta es la situación con la ECC III, ya que atribuye responsabilidad por los delitos no acordados por el grupo, pero cometidos por uno de sus miembros, si tales delitos incidentales son una consecuencia natural y previsible del plan y si los miembros del grupo que no cometieron materialmente los delitos han decidido conscientemente correr tal riesgo<sup>85</sup>. Es por ello que la ECC III tampoco puede ser incluida en el ámbito del Artículo 25 (3) (d) ER.

Por último, en lo referente a la ECC II, hemos visto que, según la interpretación que se adopte, puede incluirse como subtipo de la ECC I (si se considera necesario que la contribución realizada sea significativa)<sup>86</sup> o asemejarse en mayor medida a la ECC III (si una contribución no significativa es considerada suficiente)<sup>87</sup>. Sin embargo, en ninguno de los casos sería aplicable el Artículo 25 (3) (d) ER. Por un lado, si se adopta una construcción de la ECC II como un subtipo de la ECC I, nos encontramos con los mismos problemas que acabamos de mencionar para su inclusión tanto en el apartado (a) como en el apartado (d). Por otro lado, si entendemos la ECC II como una especie de variante de la ECC III, entonces tampoco es posible su aplicación en los apartados (a) y (d), por las mismas razones por las que la ECC III se encuentra excluida del ámbito de aplicación de ambos apartados.

## VI. Conclusión

La CPI acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación, y se aleja de la doctrina de la ECC desarrollada por los tribunales *ad hoc* basada en un criterio subjetivo de autor. En consecuencia, interpreta el Artículo 25 (3) (d) ER —el Artículo que más se asemeja a la doctrina

84 OLÁSOLO, H., “Reflexiones”, cit., p. 20.

85 AMBOS, K., “Joint”, cit., p. 168.

86 ICTY, *Decisión del caso Kvočka et al.*, cit., para. 308-311.

87 ICTY, *Sentencia del caso Kvočka et al.*, cit., para. 96-97; ICTY, *Sentencia del caso Vasiljević*, cit., para. 100-102; POWLES, S., “Joint”, cit., p. 609-610; AMBOS, K., “Joint”, cit., p. 172.

de la ECC— como una forma residual de participación y no como expresión de la coautoría.

No obstante, el Artículo 25 (3) (d) ER no está exento de problemas de interpretación, entre los que destacan su similitud con respecto al apartado 3 (c) del mismo Artículo y la posibilidad de que abarque alguna de las tres categorías de la ECC. Frente a la primera cuestión, pese a las críticas que señalan su carácter superfluo e innecesario por considerar que se refiere a conductas ya sancionadas por el apartado 3 (c), la jurisprudencia de la CPI pone de manifiesto que existen diferencias significativas, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo, que avalan una regulación separada de las conductas previstas en el apartado 3 (d). En lo que respecta a la segunda cuestión, parece claro que ninguna de las tres modalidades de ECC tiene cabida en el apartado 3 (d) ni tampoco en el apartado 3 (a) del Artículo 25 ER.

## VII. Referencias bibliográficas

- AMBOS, K., “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, [En línea], *InDret*, núm. 3, 2012, p. 33. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/903a.pdf>> [Consulta: 12.11.2012].
- AMBOS, K., “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 159-183.
- AMBOS, K., *La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática*, Konrad-Adenauer-Stiftung E. V., 2ª ed., Montevideo, 2005.
- AMBOS, K., “Article 25/Special Print (update of the pages 743-770)”, en O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article*, Beck, 2ª ed., Múnich, 2008.
- CASSESE, A., *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2ª ed., Nueva York, 2008.
- ESER, A., “Individual Criminal Responsibility”, en A. CASSESE, P. GAETA, y J. R. W. D. JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, Nueva York, 2002, pp. 767-822.

- FLETCHER, G. y OHLIN, J. D., “The Commission of Inquiry on Darfur and its follow-up: A Critical View (Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case)”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, núm. 3, 2005, pp. 539-561.
- JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general. Volumen segundo*, Bosch Casa Editorial S. A., 3ª ed., Barcelona, 1981.
- KISS, A., “La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional”, [En línea], *InDret*, núm. 2, 2013, pp. 1-34. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/964.pdf>> [Consulta: 31.05.13].
- MANTOVANI, F., “The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 1, 2003, pp. 26-38.
- OHLIN, J., “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, núm. 1, 2007, pp. 69-90.
- OLÁSOLO, H., “El desarrollo en Derecho Penal Internacional de la coautoría mediata”, *Derecho Penal Contemporáneo-Revista Internacional*, núm. 40, julio-septiembre de 2012, pp. 71-95.
- OLÁSOLO, H., “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal Internacional”, *InDret*, núm. 3, 2009, pp. 1-24.
- OLÁSOLO, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- POWLES, S., “Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, núm. 2, 2004, p. 606-619.