

## **Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional\***

Direct and indirect perpetrator, superior's responsibility and joint criminal enterprise in international criminal law

Recibido: Septiembre 09 de 2015 - Evaluado: Febrero 09 de 2016 - Aceptado: Abril 15 de 2016

Farid Samir Benavides Vanegas\*\*

### **Para citar este artículo / To cite this article**

Benavides Vanegas, F. S. (2016). Autoría directa y autoría mediata, responsabilidad del superior y empresa criminal conjunta en el derecho penal internacional. *Revista Academia & Derecho*, 7 (13), 237-264.

### **Resumen**

En este texto analizo tres formas de atribución de responsabilidad en el derecho penal internacional. En el texto se comienza estudiando las bases de la cuestión de la autoría y de la participación para luego mostrar cómo la jurisprudencia internacional recoge estas figuras.

---

\* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado de proyecto de investigación en la Universidad de Los Andes. Este artículo se ha escrito gracias a la financiación del Fondo de Ayuda para Profesores Asistentes - Beca FAPA de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. El trabajo de investigación se desarrolló en las Universidades de Ulster en Belfast y en la Ramón Llull - Blanquerna y la Pompeu Fabra de Barcelona.

\*\* Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.  
Correo electrónico: fs.benavides@uniandes.edu.co.

**Palabras clave:** Autoría; participación; empresa criminal conjunta; responsabilidad del superior; autoría mediata por dominio de la voluntad.

## Abstract

In this text I analyze three forms of determination of responsibility in international criminal law. I start by analyzing the question of perpetration and participation and later on I show how the international criminal tribunals deal with this problem.

**Keywords:** Direct Perpetration; participation; joint criminal enterprise; superior's responsibility; indirect perpetration through will's control.

## Resumo:

Nesse texto, fáz-se a análise de atribuição da responsabilidade do direito penal internacional. O estudo se fara em dois tempos, num primeiro sarão estudadas as bases sob à autoria criminosa e num segundo a participação frente às posiões jurisprudenciais internacionais.

**Palavras chave:** autoria direta, participação, responsabilidade do superior hierarjico.

## Résumé:

Dans ce texte j'analyse trois manières d'attribution de responsabilité en droit penal international. Dans le texte l'on commence en étudiant les bases de la question de la perpétration et la participation pour ensuite montrer comment la jurisprudence internationale reprend ces figures.

**Mots Clés:** Perpétration, participation, entreprise criminel conjointe, responsabilité du supérieur, perpétration indirecte par le contrôle de la volonté.

SUMARIO: Introducción. - I. Autoría y participación en el derecho penal doméstico continental. - II. Autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder. - III. La Empresa Criminal Conjunta JCE. - IV. Responsabilidad del Superior. - Conclusiones. - Referencias

## Introducción

El derecho penal internacional es un campo académico y de prácticas de reciente desarrollo dentro del derecho internacional público. El objeto principal de

este campo es la investigación y sanción, por parte de un tribunal internacional, de los individuos responsables de la comisión de crímenes internacionales<sup>1</sup>. Como quiera que se trata de la responsabilidad penal de los individuos, se da aplicación a los principios que la regulan en los sistemas penales domésticos. Sobresalen los principios de legalidad, de responsabilidad por los hechos propios y de prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva.

Esto permite que la responsabilidad individual se fije en individuos concretos y no en entidades abstractas. Como lo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia TPIY, el eje de la responsabilidad penal internacional es el principio de culpabilidad, tal y como se entiende en los sistemas domésticos como es el caso Tadic (Danner & Martinez, 2005). Pese a todo esto, en el derecho penal internacional no existe un desarrollo completo de las formas de participación en el delito. Todos los partícipes reciben el mismo tratamiento en tanto se demuestre que han tomado parte en un acto realizado por varias personas en común y que cuentan con el requisito de subjetividad necesario para poder atribuirles ese acto como suyo.

En la dogmática del derecho penal internacional no hay líneas claras de demarcación como sí existen en el derecho penal doméstico. En aquella no se requiere que se individualice cada acción, si es posible demostrar la participación en esta tarea colectiva, pues se entiende que todas las acciones se complementan entre sí. En la dogmática del derecho penal internacional no encontramos una distinción tajante entre autor y partícipe y, por tanto, no hay una escala de penas. Pese a ello, la práctica de los tribunales sí tiene en cuenta ese factor y por ello distingue entre tipos de participación en la comisión del delito, con los efectos correspondientes en el *quantum* de la pena. De todos modos, el análisis es todavía carente de formalismos y resulta aún rudimentario (Cassese, 2008, pág. 188).

La dogmática del derecho penal doméstico se ha ocupado más a fondo de las formas de atribución de responsabilidad. Son diversas las teorías que se han sostenido, pero hoy existe un cierto consenso alrededor de la teoría roxiniana del dominio del hecho (Roxin, 2000) (Berruezo, 2012). Sin embargo, la teoría del dominio del hecho es insuficiente para dar cuenta de los crímenes de sistema o de la criminalidad organizada. Roxin mismo ha desarrollado una teoría para explicar la responsabilidad de los sujetos en entidades jerarquizadas, pero pese

<sup>1</sup> En el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 (en adelante Estatuto de Roma), se reconocen cuatro crímenes internacionales: el crimen de agresión, el de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra. (Estatuto de Roma, 1998).

a su antigüedad es una teoría que sólo de manera reciente ha comenzado a ser discutida en el derecho penal internacional. Y en todo caso, no es de aplicación generalizada en el derecho penal doméstico.

Los crímenes de los cuales conocen los tribunales internacionales no son crímenes ordinarios, sino que tienen un grado de sistematicidad y de masividad que hace difícil no solo su investigación sino la determinación de quienes son los responsables y en qué grado. Por ello uno de los temas más discutidos en el derecho penal internacional es el de las formas de atribución de la responsabilidad penal. Danner y Martínez han mostrado que el uso que han hecho los tribunales de formas colectivas de atribución de la responsabilidad en muchas ocasiones equivale a la imposición de una culpa por asociación, pues asumen que basta con la membresía en la organización para que se considere que todos los crímenes cometidos por los miembros le puedan ser atribuidos a cualquier persona que forma parte de la organización o a los altos mandos. Para ello en ocasiones se suele acudir a la autoría mediata con autor material responsable o al concepto de participación en una empresa criminal conjunta (Danner & Martínez, 2005)<sup>2</sup>. Estas son dos formas de atribución de responsabilidad que se encuentran en el derecho penal internacional. La segunda ha tenido un mayor desarrollo jurisprudencial, pero la primera ya empieza a ser reconocida en algunas decisiones, aunque carece aún de la aceptación que sí tiene la Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise* JCE). (Cassese, 2008) (Olásolo Alonso, 2013)<sup>3</sup>.

Los crímenes de sistema cometidos por entidades jerarquizadas pueden ser explicados de muchas maneras (Olásolo Alonso, 2013). Sin embargo, en este texto solo quiero ocuparme de dos de ellas: la empresa criminal conjunta y la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder. En primer lugar haré una presentación del desarrollo de la autoría y la participación a nivel doméstico, en especial en la doctrina continental, para luego mostrar las formas en las que la jurisprudencia se ha ocupado de este tema<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> La responsabilidad del superior sí aparece mejor desarrollada y no presenta los problemas de imputación que presenta la Empresa Criminal Conjunta (*Joint Criminal Enterprise* JCE).

<sup>3</sup> Las diferentes formas de atribución de la responsabilidad dentro del derecho penal internacional comprenden a la autoría material o directa, la determinación, la complicidad, la responsabilidad del superior y la participación en un plan común o empresa criminal conjunta.

<sup>4</sup> Para un análisis más completo de todas las formas de intervención ver, (Cassese, 2008) (Olásolo Alonso, 2013).

## I. Autoría y participación en el derecho penal doméstico continental

La atribución a un sujeto de un acto como suyo puede hacerse de tres maneras: como determinador, porque indujo a otro sujeto a que cometiera un delito; como autor, porque es la persona que ha cometido materialmente el delito; o como cómplice, porque ha prestado algún tipo de ayuda al autor de la conducta. En el derecho penal doméstico se mostró rápidamente la necesidad de poder distinguir entre autor y partícipe, pues su relación con el delito era diferente en cada caso y por tanto la pena debía serlo también.

Son diversas las aproximaciones al tema: por una parte las perspectivas ontológicas, ya superadas, en las que se asume una visión del derecho como regulando una realidad ontológicamente pre-constituida, pasando por alto el carácter normativo del derecho y el carácter construido de la realidad social. Esta perspectiva, seguida por Welzel, presenta muchos problemas al momento de dar cuenta de casos en los cuales se cometen delitos dentro de una organización jerarquizada o para explicar los crímenes de sistema. También encuentra dificultades serias al momento de explicar los delitos de deber, en donde el fundamento es puramente normativo pero no ontológico<sup>5</sup>.

Como lo señala Aboso, “fruto de las limitaciones exhibidas por una teoría formal objetiva, en especial respecto de la admisión de la autoría mediata, y de los excesos producidos por una teoría subjetiva orientada hacia la voluntad (y su vinculación consciente o inconsciente con la doctrina de la voluntad del nacionalsocialismo), condujo a la doctrina penal a buscar nuevos horizontes” Gustavo Aboso en (Berruezo, 2012, pág. 17). No es este el lugar para discutir el regreso a una teoría unitaria en las concepciones normativistas, pero sí debe señalarse que los avances en la teoría del delito continental han conducido a un reconocimiento casi generalizado de una teoría objetiva basada en la idea del dominio del hecho para distinguir entre autor y partícipe y, por tanto, de la importancia de señalar esa distinción. Sobre este desarrollo ver (Berruezo, 2012) (Roxín, 1998)

Superada la teoría unitaria de autor, que no hace distinción alguna entre autor y partícipe, se desarrollaron algunas teorías para tratar la autoría y la participación. Dentro de ellas están las siguientes:

<sup>5</sup> Sorprende, de manera negativa, que todavía haya seguidores de Welzel en la academia latinoamericana, pues se trata de una teoría de más de sesenta años, ajustada para otro tipo de fundamentos de la sociedad y para otro tipo de comprensión del sistema social.

- a. Concepto extensivo de autor: Esta concepción parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones que afirma que todo aporte a la realización del delito constituye un aporte causal. En esta medida, toda persona que realice cualquier aporte, al ser causa del delito debe también ser considerada autora del mismo. Por tanto, para efectos de realizar la distinción debe acudirse a una fundamentación subjetiva, esto es, a establecer quién actúa con ánimo de autor y quién lo hace con ánimo de partícipe.
- b. Concepto restrictivo de autor: Los problemas del concepto extensivo de autor llevaron a que la doctrina se planteara diversas fórmulas para poder sostener la diferencia entre autor y partícipe. El concepto restrictivo de autor sostiene que solo es autor quien reúne los requisitos para poder afirmar que realiza el tipo. Para esta teoría “la distinción entre autoría y participación se realiza a partir de una interpretación de los tipos que atiende a la clase de contribución al hecho, pero que solo permite considerar autores a los que realizan la conducta descrita en el mismo” (Bolea Bardon, 2000, pág. 51). Para fundamentar la distinción se han desarrollado diversas teorías:
  - i. Teorías objetivo-formales: Para esta teoría es autor quien ejecuta por sí mismo todas o algunas de las acciones descritas en el tipo penal. Para otros autores es autor quien ejecute todos o algunos de los actos ejecutivos. Sin embargo, esta teoría precisamente carece de la capacidad para explicar la autoría mediata, pues en esta la persona de atrás no realiza ninguno de los actos del tipo, y sí lo hace el instrumento.
  - ii. Teorías objetivo-materiales: Estas teorías surgen para superar las deficiencias de las teorías objetivo-formales. Para efectos de establecer la distinción entre autoría y participación atienden al valor objetivo de la contribución realizada. Por tanto, será autor quien realice la contribución objetivamente más importante. A las teorías originales se les criticaba la ausencia de criterios subjetivos. Por ello, la teoría del dominio del hecho es la teoría objetivo material que cuenta con mayor aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia.

La teoría del dominio del hecho se presenta como una teoría objetivo-subjetiva. “El elemento subjetivo del dominio del hecho se relaciona con el control final, con el dolo entendido como voluntad de realizar concretamente aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho. Autor es, así, el que domina el hecho delictivo, el que con su actuación decide el sí y el cómo de la producción del delito, dirige el proceso que desemboca en dicha producción. Partícipe, en cambio, es quien, sin dominar el proceso, contribuye al hecho” (Bolea Bardon, 2000, pág. 63). Por tal razón, en el caso de la autoría mediata puede imputarse el hecho al

sujeto de atrás como autor, en tanto él tiene el control del sí y del cómo se realiza el delito, esto es, tiene el dominio del hecho. En el caso de la autoría mediata con autor material responsable tenemos un dominio compartido del hecho, pues de otra manera tendríamos una autoría mediata clásica.

En la autoría mediata clásica el sujeto de atrás pone en marcha un proceso lesivo del bien jurídico cuya realización material depende de un sujeto no responsable, por lo que el sujeto de atrás es el único que realiza un tipo doloso.

En la autoría mediata con sujeto responsable, también conocida como autor detrás del autor, se pone en marcha un proceso lesivo del bien jurídico cuya materialización queda en manos de un sujeto que sí es responsable, por lo que tanto el sujeto de atrás como el autor material son autores dolosos del hecho delictivo.

Se diferencia de la inducción –o determinación conforme al Código Penal colombiano– por el hecho que el inductor no realiza un ataque directo al bien jurídico, sino que depende de la conducta del autor material, de la cual es accesoria. En tanto partícipe no crea un riesgo directo de lesión al bien jurídico, pues la realización del hecho delictivo “depende todavía de la decisión autónoma de otra persona (ataque indirecto al bien jurídico)”. Aunque el inductor pueda crear el riesgo en sentido naturalístico, este no podrá ser calificado jurídicamente como riesgo típico de autor si todavía tiene que intervenir otra persona que va a decidir sobre el mismo de manera autónoma. Según la valoración jurídica, la conducta del partícipe posee el sentido de aumentar el riesgo típico (de autor) a través de un ataque indirecto al bien jurídico: ya sea provocando la resolución en el autor de cometer el hecho (inducción), ya sea eliminando obstáculos físicos o psíquicos que pudiesen impedir la ejecución del mismo (complicidad)” (Bolea, 2000: 169).

En todo caso, es preciso distinguir entre “la creación de riesgos en un sentido naturalístico de la atribución de responsabilidad por el peligro “imputación jurídica del riesgo a uno o varios sujetos” (Bolea Bardon, 2000, pág. 138)

En Roxin observamos la distinción en tres formas de tener el dominio del hecho: El dominio de la acción, en donde se ubica el autor directo; el dominio de la voluntad, en donde se ubica la autoría mediata; y el dominio funcional, en donde se ubica la coautoría.

## **II. Autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder**

Como lo mencionaba anteriormente, tal vez una de las cuestiones más difíciles de demostrar en el derecho penal es la responsabilidad concreta de los

individuos que toman parte en estructuras complejas, como son los ejércitos o las organizaciones criminales. En organizaciones jerarquizadas las órdenes se dan de manera general y abstracta y, debido a la naturaleza de la organización, estas se cumplen sin que haya mediado un acuerdo de voluntades entre quien da la orden y el ejecutor material de la misma. Para los operadores judiciales resulta de suma dificultad determinar quién ha dado la orden y si la ejecución de un acto, como una masacre, es el resultado de un acuerdo de voluntades, de una orden recibida por el autor material, o un acto libre del mismo, que podía haber sido o no previsible por la persona que dio la orden en primer lugar.

Son estas dificultades las que llevaron a Roxin a escribir un artículo sobre el tema en 1963, sobre la base de un análisis de la responsabilidad de Adolph Eichmann en los crímenes cometidos durante el régimen nazi en Alemania, teniendo en cuenta que se trataba de un autor de escritorio que no ejecutó materialmente ninguno de los actos cometidos y sobre quien no se puede probar que realizó un acuerdo de voluntades con los autores materiales de todos los crímenes cometidos en contra de los judíos en los campos de concentración. (Roxin, 1998)

La teoría de Roxin constituía una subversión de la comprensión tradicional de la autoría mediata. Es preciso recordar que en el derecho penal tradicional los sujetos toman parte como autores o partícipes de un delito. Y para uno y otro caso se requiere que haya conocimiento y voluntad de tomar parte en el acto. Si se toma parte en un acto cuyo dominio recae en otro sujeto, se es partícipe; por el contrario, si se tiene el dominio del hecho se es autor. Cuando otro sujeto es utilizado por un tercero como su instrumento, tradicionalmente se ha dado respuesta de la siguiente manera: si se tiene conciencia de participar se es cómplice; si se carece de esa conciencia se es instrumento de otro, quien es considerado como su autor. De esta manera la autoría mediata se ha definido de manera tradicional como el acto realizado por un sujeto que actúa como instrumento del sujeto de atrás, esto es, un acto realizado por un sujeto no responsable, por lo que toda la responsabilidad recae en el sujeto de atrás. Pero Roxin apunta a algo diferente. En las organizaciones jerarquizadas hay sujetos de atrás y sujetos materiales. Entre ellos no se dan acuerdos de voluntades y muchas veces ni siquiera se conocen entre sí. Tanto el sujeto de atrás como el autor material se consideran responsables. Pero la pregunta que surge de manera inmediata es ¿A qué título?

Para Roxin, el dominio del hecho se puede dar de tres maneras: dominio del hecho por acción; por voluntad; y funcional. En el segundo, que es el que nos interesa, se puede dar en tres modalidades:

...“se puede coaccionar a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal* ciego; o, si el sujeto que

actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente*". De modo muy sintético, se alude así al dominio de voluntad por coacción, por error, o "en virtud de aparatos organizados de poder". Esta última modalidad de dominio por voluntad, que Roxin también denomina *dominio por organización*, consiste en su opinión en "el modo de funcionamiento específico del aparato (...) que está a disposición del hombre de atrás". De acuerdo con este punto de vista, ese aparato funciona "sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente 'automático' ". Roxin citado en (Ambos, 1998, pág. 14)

Se trata de una estructura piramidal en cuya cúspide están los órganos o mandos directivos, que toman las decisiones, imparten las órdenes y tienen una visión global del plan. Los ejecutores materiales no toman parte en la decisión original ni en su planificación, pero su aporte a la realización del delito es la realización de los actos ejecutivos (Fernandez Ibañez, 2006) (Faraldo Cabana, 2004)

Son tres los elementos originales propuesto por Roxin y posteriormente, como consecuencia de las críticas recibidas, añadió un cuarto elemento:

1. Que se trate de una organización jerarquizada, en la cual los sujetos que dan las órdenes tengan bases reales para suponer que ellas serán cumplidas. Existe discusión acerca de cuál es el fundamento de la atribución de responsabilidad y si este se halla en el carácter de la organización o en el hecho de la fungibilidad de los sujetos que ejecutan materialmente el acto. Lo cierto es que el sujeto que tiene el dominio lo tiene de un aparato organizado de poder y no de otro sujeto. Su instrumento es el aparato, y por ello en este dominio se basa la atribución de responsabilidad. El fundamento esta dado no por el injusto individual, sino por el injusto por organización (Ambos, 1998, págs. 20-32). Por ello, como señala Ambos, es importante establecer cómo han de estructurarse y cuál debe ser la organización de estos sistemas de injusto para poder hablar de la existencia de un dominio del hombre de atrás. (Ambos, 1998)

Para Roxin, todos los mandos intermedios son autores mediatos dentro de su ámbito de actuación. Para distinguir esta forma de autoría de la participación propone lo siguiente:

"Toda actividad que no ponga en movimiento el aparato de forma independiente solo puede constituir participación. La participación queda así relegada a aquellas actividades no relacionadas de por sí con el poder o la capacidad de dictar órdenes como, por ejemplo, proporcionar los medios para cometer homicidios o desarrollar planes de exterminio" (Bolea Bardon, 2000, pág. 348)

2. Que el aparato esté por completo fuera del derecho, pues ello asegura la alta disponibilidad de los sujetos a cumplir las órdenes.
3. La fungibilidad del autor material, que pese a ser un sujeto responsable puede ser reemplazado por otro si el primero se sustrae. De esta manera el autor de escritorio se asegura que sus órdenes serán efectivamente cumplidas.
4. La alta disponibilidad del autor material para dar cumplimiento a la orden.

En la decisión de primera instancia del caso *Stakic*, el TIPY efectuó un análisis de autoría mediata. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones modificó el fallo y realizó la atribución usando la JCE.

En *Gacumbitsi y Seromba* el TIPR también realiza un análisis de autoría mediata (*indirect perpetration*). En todo caso, la discusión sobre esta forma de participación se da cuando se está en presencia del control de una organización jerarquizada por parte de una persona. En aquellos casos la atribución al máximo responsable se da porque ha usado a la organización como su instrumento para la comisión de los crímenes.

La Corte Penal Internacional ha venido reconociendo esta forma de participación en la comisión del delito. En la decisión de confirmación de cargos del caso *Katanga*, la CPI sostuvo que el perpetrador es capaz de alcanzar sus objetivos criminales al usar a sus subordinados como una pieza más de una maquinaria gigante. Para la CPI esta es una forma adecuada de tratar los casos de los máximos responsables, pues ellos obviamente no se involucran en la realización material de la conducta (Roxín, 1998) (Roxín, 2006) (Roxin, 2011). En su análisis de la sentencia de *Thomas Lubanga*, Alicia Gil muestra cómo la CPI se ocupa de la autoría mediata en el caso *Katanga* pero no en la sentencia del caso *Lubanga*. Afirma Gil:

Según la Sala, la organización actúa como un mecanismo que permite a sus más altas autoridades garantizar el cumplimiento automático de sus órdenes. Para ello la organización debe basarse en las relaciones jerárquicas entre superiores y subordinados, debe estar compuesta por un número suficiente de subordinados para garantizar que las órdenes superiores se llevarán a cabo, si no por uno, por otro. Los subordinados se utilizan como “un mero engranaje en una máquina gigante”. El autor directo del delito sigue siendo un agente libre y responsable, pero esta circunstancia es irrelevante en relación con el control ejercido por el autor intelectual, ya que desde su punto de vista el autor no representa un individuo libre y responsable, sino una figura anónima e intercambiable. Estos criterios aseguran, según la Sala, que las órdenes dadas por los líderes serán cumplidas por sus subordinados. El líder debe usar su control sobre el aparato para ejecutar crímenes, lo que significa que el líder, como autor detrás del

autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes. Esta traslación resumida, pero bastante fiel de la doctrina de Roxin, se verá sin embargo también traicionada en la práctica, ya que las salas por lo general acaban prescindiendo de la exigencia de que el líder haya dado la orden de cometer el crimen que luego se le imputa, y se conforman en cambio con afirmar que era una consecuencia previsible de la ejecución de un plan.

No menciona la Sala el requisito de la desvinculación o apartamiento de la organización del derecho, requisito discutido por una parte de la doctrina, pero que ha sido mantenido por algunas de las sentencias nacionales más relevantes que han aplicado la construcción de Roxin. (Gil Gil, 2014)

La CPI no ha analizado directamente la cuestión de la autoría mediata por dominio de un aparato organizado de poder sino alrededor de otras figuras. En la orden de arresto contra el líder libio Muammar Gaddafi, la CPI analizó la existencia del aparato, su carácter jerárquico y el control ejercido por Gaddafi sobre el mismo. En la decisión se analiza la fungibilidad de los ejecutores, y se atribuyó responsabilidad a uno de los subalternos de Gaddafi (Abdullah Al-Senussi) como autor mediato por dominio de un aparato organizado de poder, a pesar de ser un mando medio, aplicando la doctrina de Roxin en el sentido de destacar que el sujeto de atrás responde por la extensión del aparato que está bajo su control. En el caso de Gaddafi y de Saif Al-Islam Gaddafi se ordena su arresto en calidad de coautores mediatos. Lo propio se hizo en el caso de Omar Al Bashir a quien se le dictó orden de captura el 4 de marzo de 2009 como coautor mediato, a pesar de que no tuvo en cuenta todos los elementos de la teoría de Roxin (Olásolo Alonso, 2013) (Avocats sans frontières Canada;, 2015).

### **III. La Empresa Criminal Conjunta JCE**

La JCE es una creación doctrinaria del TIPY en el caso Tadic. En este caso el Tribunal se ocupó de establecer la responsabilidad de Dusko Tadic en las muertes de varias personas en la localidad de Jaskici. El Tribunal mostró que cinco personas fueron encontradas muertas después de la presencia del grupo de Tadic en esa localidad. La JCE se desarrolla con el fin de poder atribuir responsabilidad a un sujeto por los crímenes cometidos por el grupo al cual pertenece, cuando hay prueba de un propósito común y del conocimiento por parte del agente de los actos de los otros miembros del grupo.

La JCE tiene en cuenta el plan criminal común de los participantes. La idea detrás de esa atribución de responsabilidad apunta a que quienes comparten un plan

común deban también compartir la responsabilidad penal, con independencia del papel en la estructura criminal. Banteka sostiene que no está explícitamente en el estatuto de Roma, pero otros autores lo ven en el artículo 25-3.<sup>6</sup> (Cassese & Gaeta, 2013) (Bantekas, 2010). Por ello, la acusación debe probar los siguientes elementos:

- La existencia de un grupo de personas en la comisión de un delito.
- La existencia de un plan criminal común orientado a la comisión de un crimen internacional. Este plan no es estático sino que puede variar en el tiempo. Si ha habido cambios en el plan y la persona sin embargo continua tomando parte en el mismo, se entiende que ha aceptado los nuevos términos del plan. (Caso Karadzic, 2009)

<sup>6</sup> El artículo 25 señala lo siguiente:

**Artículo 25. Responsabilidad penal individual.**

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la Comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
  - a) Cometa ese crimen por sí solo con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
  - b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
  - c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrado los medios para su comisión;
  - d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.  
La contribución deberá ser internacional y se hará:
    - i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
    - ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
  - e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
  - f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.
4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional. (Estatuto de Roma, 1998).

- La participación de la persona acusada en la JCE con una contribución significativa para la comisión del delito (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 163). El elemento de contribución significativa es importante pues nos permite distinguir la JCE de la conspiración y de la simple membresía en una organización criminal. Esto es, no basta con pertenecer a la organización –como en el caso de las SS en el juicio de Nuremberg–, sino que debe existir el plan común y debe haberse cometido un crimen internacional en realización de ese plan. A diferencia del concierto para delinquir –o conspiracy en el derecho anglosajón– en la JCE se requiere de la comisión de un delito y de la contribución significativa a la realización del plan por parte de la persona acusada. Igualmente, como se reconoce en la jurisprudencia, no es posible hablar de complicidad con una JCE, pues ella misma es una forma de participación en la comisión del delito. (Caso Krnojelac, 2003)

El Tribunal del caso Karadzic recuerda la doctrina sentada en Milutinovic, Sainovic y Ojdanic en donde se distingue claramente la JCE de la conspiración. Para el Tribunal “mientras la conspiración requiere mostrar que varios individuos se han puesto de acuerdo para cometer un crimen o grupo de crímenes, una empresa criminal conjunta requiere, además que las partes en ese acuerdo realicen una acción en cumplimiento de tal acuerdo; en otras palabras, mientras el simple acuerdo es suficiente en el caso de la conspiración, la responsabilidad de un miembro de la empresa criminal conjunta dependerá de la comisión de actos criminales en cumplimiento de tal empresa” (Caso Karadzic, 2009)<sup>7</sup>.

Esta contribución también puede darse cuando uno de los miembros de la JCE se vale de un tercero para la comisión de la conducta. Esto es, no se requiere que los miembros realicen físicamente la conducta, en tanto sea imputable a uno de ellos como determinador, cómplice, etc., del autor material de la conducta. Este tema fue objeto de discusión en el caso Brdanin, en donde el acusado no realizó directamente ninguno de los actos. La cuestión de si el autor material del delito debe también ser miembro de la JCE fue discutida por la Cámara de Apelaciones y resaltó que era un tema inédito en la jurisprudencia del tribunal. Para la Cámara la cuestión no es si el sujeto es miembro o no de la JCE, como erróneamente lo sostuvo la primera instancia en este juicio, sino si el delito cometido forma parte del propósito común de la JCE. Por tanto, si el delito cae dentro del alcance del

<sup>7</sup> También se discute la doctrina en los casos de (Caso Kvočka, 2005); (Caso Krnojelac, 2003); y Vasiljevic.

plan común no es necesario demostrar que el autor material era miembro de ella; aún más, se le puede atribuir la conducta al miembro de la JCE que actúa de acuerdo con el autor material si el hecho delictivo formaba parte del plan común de la JCE. (Sentencia Caso Brdanin, 2007) (Fiori, 2007)

Para Cassese es importante tener en cuenta que debe existir un acuerdo previo por parte de los miembros de la JCE de usar extraños en la comisión del delito; o que ellos han anticipado ese riesgo y sin embargo decidan seguir con el plan común (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 174). La discusión busca evitar que terceros que no son miembros de la JCE puedan realizar actos para ésta. Pero debe tenerse en cuenta que si el sujeto tiene un acuerdo con un miembro de la JCE y esta es su contribución significativa estamos ante un caso de JCE; o si el miembro de la JCE lo usa como un instrumento, en ese caso estamos en uno de autoría mediata clásica dentro de una JCE.

En el año 2006 el TIPY establece en el caso Krajišnik la doctrina para casos en los que se persigue a los líderes de una organización (Zahar & Sluiter, 2008, pág. 221). Este caso es el primero que se ocupa de estudiar la cuestión de los altos mandos en una JCE, pues aquellos no son los autores materiales de los delitos. Al analizar la responsabilidad del acusado, que era presidente de la Asamblea y de jure y de facto una de las personas más importantes del régimen, el Tribunal sostuvo que era no solo participe en la implementación del objetivo común sino una de las fuerzas detrás de este. El elemento decisivo para demostrar su responsabilidad y su participación en una JCE fue su conexión con personas que cometieron crímenes que apuntaban al logro del objetivo de la JCE o que aportó personas que lo hicieran. El tribunal caracterizó la JCE de la siguiente manera:

Es el objetivo común el que comienza a transformar una pluralidad de personas en un grupo o empresa, en tanto esta pluralidad tiene en común el objetivo particular. Es evidente, sin embargo, que el objetivo común no siempre es suficiente para determinar un grupo, pues diferentes grupos que son independientes entre sí pueden coincidir en compartir objetivos idénticos. Más bien, es la interacción o la cooperación entre las personas – su acción conjunta– en adición al objetivo común, lo que hace de esas personas un grupo. Las personas en una empresa criminal conjunta deben mostrarse que actúan juntas, o en concierto entre sí, en la implementación de un objetivo común, si van a compartir la responsabilidad por los crímenes cometidos por medio de una JCE. (Caso Krajišnik, 2006)<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Zahar es crítico de esta decisión, pues considera que la doctrina de la JCE no es adecuada para explicar la responsabilidad en crímenes de sistema. Ver (Zahar & Sluiter, 2008, pág. 175) (Bigi Giulia, 2010)

Después de analizar la jurisprudencia, el Tribunal desarrolla tres formas de JCE:

- En la categoría Uno, los participantes comparten un diseño o un plan y la misma intención criminal. Para ser encontrado responsable por esta forma de JCE el Tribunal debe probar que existía un plan común de cometer un delito, que el acusado participó de manera voluntaria en al menos un aspecto del diseño, y que tuvo la intención de tomar parte en el acto criminal, incluso si no cometió el delito de manera directa.

La intención debe ser realizar un plan común y deben realizarse todos los actos con el fin de hacer efectivo ese plan común. No puede afirmarse que hay JCE cuando todos los sujetos llegan de manera independiente a la realización de los hechos sin que haya existido previamente el plan común. Por eso se critica la idea de una JCE extendida, como la sostenida por TIPR en el caso Karemera. (Caso Karemera, 2012)<sup>9</sup>.

En esta forma de responsabilidad no es necesario que la contribución sea con respecto a los elementos constitutivos del delito, sino que se requiere simplemente que haya una contribución significativa para la realización del plan. Por ello no se requiere que la contribución se dé en forma de la comisión de un delito, pues puede tratarse de un acto en principio legal pero que se quiere que forme parte de un plan criminal común. En este caso no se está sancionando la conducta como un delito, sino el hecho que esa conducta legal es una contribución significativa para la realización del plan criminal<sup>10</sup>.

En la decisión de la Cámara de Apelaciones en el caso Brdanin del 3 de abril de 2007, la Cámara hace una revisión exhaustiva de la jurisprudencia post Segunda Guerra Mundial y de la propia del TPIY. En esta decisión el TPIY afirmó que lo que importa en la JCE no es si la persona llevó a cabo directamente el *actus reus* del delito, sino si el delito en cuestión forma parte del plan común. En esos casos, para poder imputar la responsabilidad a título de partícipe de una JCE se debe determinar si el acusado o cualquier otro miembro de la JCE cooperaron de manera estrecha con el autor material. Si la persona sabe de la existencia de la

<sup>9</sup> Karemera era el Ministro del Interior del gobierno ruandés al momento de cometerse el genocidio. El acusado es encontrado responsable de la forma extendida de JCE por las violaciones cometidas en el conflicto, sin que hayan tenido una contribución material a los hechos.

<sup>10</sup> Esta cuestión es tratada en los casos: (Caso Gotovina, 2015) (Caso Krajišnik, 2006); (Caso Kvočka, 2005); (Caso Milutinovic, 2009) (Sentencia Caso Brdanin, 2007)

JCE puede ser un factor a tener en cuenta para la atribución de la responsabilidad a los miembros de la JCE (Sentencia Caso Brdanin, 2007)

El origen de esta categoría de responsabilidad se encuentra en el caso Ponzano, en el que se sanciona por el asesinato de prisioneros de guerra británicos y en donde el juez del caso afirmó que para poder atribuir la responsabilidad no es necesario que la persona haya cometido directamente la conducta, sino que debe ser parte de la cadena de eventos que llevó al resultado (Feurstein and Others (Ponzano Case), 2007).

La Categoría Dos se ocupa de los denominados *sistemas de maltrato*, como los campos de concentración. En esta no se requiere demostrar un acuerdo entre los miembros, pero sí una adhesión a un sistema de represión. Para demostrar la responsabilidad de una persona se debe probar la existencia de un sistema organizado de represión, de la participación activa del procesado en su protección, el conocimiento de su naturaleza, y la intención de avanzar.

En esta no se requiere prueba de que la persona toma parte de un plan criminal común, pues la participación en el sistema de maltrato sirve como evidencia de que la persona acepta el plan y de que contribuye de manera significativa al mismo. La contribución no debe ser necesaria o substancial, sino basta con que sea meramente significativa.

La conducta es dolosa, pero la prueba del dolo se puede obtener de manera inductiva, teniendo en cuenta el rango de la persona dentro del sistema, su duración dentro del mismo, el tipo de contacto con los detenidos, la oportunidad que haya tenido para ser consciente de lo que sucedía, etc.

Como en la anterior, la contribución debe ser significativa para la consecución del plan común y, por ello, tareas secundarias como el lavado de la ropa de los detenidos no pueden afirmarse como parte del plan (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 166). Pero, de la misma manera, quienes desarrollan tareas administrativas no pueden alegar que no han realizado la conducta de manera directa para liberarse de responsabilidad, pues tales actividades –como el manejo de los trenes con prisioneros hacia Auschwitz– son significativas para la consecución del plan criminal<sup>11</sup>.

En el caso Kvočka, la Cámara de Apelaciones del TIPY sostuvo que los roles ejecutivos, administrativos o de protección dentro de un campo de concentración

<sup>11</sup> En los juicios de las zonas ocupadas se analizaron los sistemas de represión. Así se dio en los casos sobre los campos de concentración de Dachau, Nadler, Mathausen, y Auschwitz.

constituyen participación en un sentido general en los crímenes allí cometidos. La participación en la JCE puede ser inferida del conocimiento de los crímenes cometidos en el campo y de la continua participación en las actividades del mismo. (Bantekas, 2010, pág. 55).

El origen de esta forma de atribución de responsabilidad se encuentra en la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial. En el caso *Alfons Klein y otros* también conocido como el *caso Hadamar*, el fiscal afirmó que todas las personas que participaron en el plan común son igualmente responsables como coautores del delito, con independencia del rol que tuvieron en la organización. En su alegato inicial reconoce que cada uno de los actos por separado no podría ser considerado suficiente para la realización del delito, pero que sí constituyen una contribución significativa para su logro. “Cada uno de los acusados ha participado abiertamente en toda la red que produjo el resultado ilegal” Caso Hadamar en (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 167).

Por su parte, en el caso *Tadic*, el TIPY señaló que los requisitos para que se diera esta forma de participación criminal eran los siguientes:

- ✓ Conocimiento de la naturaleza del sistema
- ✓ La intención de llevar a cabo el plan común de maltrato de los prisioneros.
- La categoría Tres comprende actos que no están dentro del plan común. Una persona que tiene la intención de tomar parte en un plan común puede ser encontrada responsable de actos que caen por fuera del plan si ellos eran una consecuencia previsible y natural de la realización del plan. No se reconoce esta forma de JCE para los crímenes que requieren un dolo especial como el genocidio. Esto parece una conclusión obvia, pues la realización de un genocidio no es algo que sea simplemente previsible sino que la intención específica requiere a su vez un acuerdo especial por parte de los sujetos que cometen el delito. Sin embargo en *Brdanin*, la Cámara de Apelaciones del TIPY sostiene, erradamente en mi opinión, que sí es posible esta forma de participación<sup>12</sup>.

No se trata de cualquier tipo de acto, sino solo aquellos que pudieran haber sido previstos por la persona que forma parte de la JCE. Se requiere que la persona haya estado en una posición de prever la comisión del acto y pese a ello toma parte voluntariamente en la realización del plan criminal común. Si bien se han hecho críticas respecto a que esta forma de JCE viola el principio de culpabilidad, lo

<sup>12</sup> Ver Karadzic, 25 de junio de 2009 (Caso Karadzic, 2009) y (Caso Brdanin, 2004).

cierto es que se reconoce que la conducta ha sido realizada con un dolo eventual, en la medida en que el acto era previsible pero la persona lo dejó librado al azar. De esta manera también se busca, como lo sostuvo Lord Steyn en el juicio *Regina v Powell and English*, que se sancione a quien, previendo que la JCE va a escalar en actos criminales no acordados, no haga nada para evitarlo (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 169). Cassese afirma que no se trata de la atribución de cualquier conducta, pues se parte de la base de la realización de un plan criminal común y en su realización uno de los miembros comete un delito sobre el cual no había un acuerdo explícito pero sí existía la previsibilidad de que ello ocurriera.

Su antecedente en la jurisprudencia internacional se encuentra en el caso Essen, en donde los homicidios de dos prisioneros de guerra en un linchamiento fueron atribuidos a dos civiles y a tres soldados. El capitán de los soldados había dado la instrucción de no actuar en caso que la multitud molestara a los prisioneros. En el caso las pruebas muestran que algunos de los soldados compartían la intención de matar en tanto otros solo la de dar malos tratos<sup>13</sup>.

En todo caso el Tribunal ha rechazado los intentos de las defensas de equiparar la JCE a la conspiración como delito (el concierto para delinquir en Colombia) o a la responsabilidad de las organizaciones.

La conspiración para cometer delitos contra la paz exigía que la persona probara que no se unió a la organización de manera voluntaria y que carecía de conocimiento del propósito criminal de la organización. Para los jueces del Tribunal de Nuremberg dentro del proceso se debe demostrar que la organización tiene una existencia como grupo, que sus miembros entienden que están tomando parte en un objetivo colectivo y que los objetivos deben ser generales y compartidos entre sus miembros. La conspiración funciona a la vez como un delito y como una forma de atribución de responsabilidad.

Como se mencionó atrás, la naturaleza de los crímenes internacionales hace imposible que puedan ser cometidos por una sola persona, por lo que la atribución de estas conductas siempre debe tener en cuenta su carácter masivo o sistemático. Como se señala en el caso Tadic:

La mayor parte de las veces estos crímenes no son el resultado de la tendencia criminal de un solo individuo sino que constituyen la manifestación de una criminalidad colectiva: los crímenes son llevados a cabo por grupos de

<sup>13</sup> El TIPY solamente ha reconocido al JCE III en pocos casos. Tadic, Stakic, Martić y Krstić son algunos de ellos. En estos casos no se requiere un dolo directo, sino que basta con un dolo eventual, en la medida en que los actos eran previsibles y se dejó el resultado librado al azar.

individuos que actúan siguiendo un plan criminal común. Aunque algunos de los miembros del grupo pueden realizar el acto directamente (asesinato, exterminio, destrucción voluntaria de ciudades, pueblos o villorios, etc), la participación y la contribución de los otros miembros del grupo es con frecuencia vital para facilitar la comisión de la ofensa en cuestión. De ello se sigue que la gravedad moral de tal participación es con frecuencia no inferior – o incluso ni siquiera diferente– de aquella de quienes llevan a cabo materialmente los actos en cuestión. Caso Tadic 1999 en (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 161).

El primer fallo de la CPI ha confirmado que el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma se basa en la teoría del dominio del hecho, al contrario de la práctica de los tribunales ad-hoc que se orienta más hacia la JCE y con un criterio subjetivo de autor (Odriozola-Gurrutxaga, 2013). El contenido del artículo 25 (D) recoge los elementos que permitirían hablar de una JCE en el Estatuto de Roma. Aunque hasta el momento la CPI no se ha ocupado de esta forma de imputación, seguramente teniendo en cuenta la opinión del TPIY en el sentido que es una figura inadecuada para el tratamiento de los delitos complejos como lo son los de competencia de la CPI. (Estatuto de Roma, 1998)

#### **IV. Responsabilidad del Superior**

La jurisprudencia reconoce dos tipos: la directa, cuando el superior toma decisiones directas para la comisión del delito, como por ejemplo cuando se lo ordena a sus subordinados. La indirecta es cuando el superior conoció o tuvo razones para hacerlo que el subordinado estaba cometiendo delitos o cuando no tomó las medidas necesarias para prevenir el delito o sancionar al perpetrador.

La doctrina de la responsabilidad del superior surge con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial como una forma de sancionar la omisión del superior en el cumplimiento de sus deberes de salvaguarda. La responsabilidad por la omisión no se establece de manera explícita en el estatuto de Roma, pero la CPI sí la reconoce en su jurisprudencia. Para que la persona esté en omisión se requiere que tenga un deber reconocido en el derecho internacional y que esté en capacidad de actuar. El TIPY en Tadic no reconoce una posición de garante fundada sobre reglas nacionales, pero ello se explica por el hecho de tratarse de crímenes internacionales y con el fin de evitar lo contrario, esto es, que se afirme la ausencia de responsabilidad por la inexistencia de un deber de actuar contenido en el derecho doméstico. Los requisitos se establecen en el caso Ntagerura:

- Que el acusado tenga un deber de actuar mandado por una regla del derecho penal

- Que el acusado tenga la capacidad de actuar
- Que el acusado haya fallado en actuar con la intención de producir un resultado criminal y consciente de ello
- Que la ausencia de acción resultó en la comisión de un delito (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 181)<sup>14</sup>.

Pese a que la doctrina de la responsabilidad del superior se discutió con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, fue solo como consecuencia de la II Guerra Mundial que tuvo un desarrollo mayor. Pero es el caso Yamashita el que sienta las bases de esta doctrina. En esta decisión la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que no se trataba de un mero acto de complicidad, sino que la responsabilidad de Yamashita como autor era el resultado de la violación de sus deberes como comandante. La Comisión Militar de los Estados Unidos lo presenta claramente cuando afirma que no todos los actos de los subordinados son responsabilidad del comandante, pero cuando se trata de actos que son tan sistemáticos y no hay un control efectivo por parte del comandante, entonces sí podemos hablar de una responsabilidad del superior.

La jurisprudencia exige que se den tres condiciones:

- La existencia de una relación de subordinación y un control efectivo por parte del superior (Caso Blagojevic y Jokic, 2007). El control puede ser *de jure* o *de facto*, pero debe ser en todo caso un control efectivo. Aquí no se trata simplemente de la capacidad de persuadir a los subordinados, sino del control efectivo sobre sus actos. Para que el control sea efectivo debe permitir que el superior evite la comisión de los actos mediante su intervención, pues si esa intervención es inane no tiene entonces sentido la exigencia al superior de que actúe para evitar la comisión de los delitos (Caso Nahimana & Otros, 2007) En el (Caso Bemba, 2009) la CPI establece los indicadores de un control efectivo:
  - La posición oficial del sospechoso
  - El poder de dar órdenes
  - La capacidad de hacer que sus órdenes sean obedecidas
  - Su posición dentro de la estructura militar y las tareas efectivamente llevadas a cabo

<sup>14</sup> Ver los casos Mrksic y Slivancanin. En Delalic se estudia su carácter de regla de derecho internacional. Ver (Caso Delalic, 2001)

- La capacidad de dar órdenes a fuerzas o unidades bajo su comando inmediato o a niveles aún más bajos
  - La capacidad de retomar bajo su mando unidades o de hacer cambios en la estructura de mando
  - El poder de promover, reemplazar, remover o disciplinar cualquier miembro de las fuerzas
  - La autoridad para enviar fuerzas en donde las hostilidades tienen lugar y sacarlas de allá en cualquier momento<sup>15</sup>.
- La existencia del grado de conocimiento necesario, esto es, que el superior sabía o tenía razones para saber que su subordinado cometió esos delitos. En estos casos se requiere que se dé el dolo requerido por el tipo penal e incluso la jurisprudencia lo ha extendido a casos en los cuales el superior es un civil y no un comandante militar. En el caso von Leeb se sostuvo que la responsabilidad del comandante es personal y que la decisión de no actuar debe ser personal y criminal. Para el tribunal en este caso “debe haber una negligencia personal. Eso puede ocurrir cuando el acto es directamente atribuible al comandante o donde su fallo en supervisar apropiadamente a sus subordinados constituye una negligencia criminal de su parte. En este último caso debe ser una negligencia personal que equivalga a una indiferencia inmoral y voluntaria de lo que hacen sus subordinados, de tal manera que constituye aquiescencia. El comandante de las fuerzas ocupantes debe tener conocimiento de estas ofensas (de sus tropas) y acepta o participa o criminalmente se abstiene de intervenir en su comisión y las ofensas son evidentemente criminales” (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 185)<sup>16</sup>.

En (Caso Delalic, 2001) se establece el requisito que el superior tenga información general que haga razonable tomar medidas. Esta información no

<sup>15</sup> En (Caso Brima, Kamara & Kanu, 2007) del Tribunal Especial de Sierra Leona se ofrecen criterios para cuando se trata de una fuerza irregular. Estos pueden ser que el superior se beneficia primero de los productos de la guerra; ejerce control sobre personas como niños y mujeres; acceso independiente a los medios de la guerra; el superior se premia con posiciones de poder e influencia; el superior tiene capacidad de intimidación; el superior tiene su propia guardia pretoriana para su protección; el superior representa la ideología a la que adhieren sus subordinados; el superior representa al grupo.

<sup>16</sup> En otros casos también se reconoce la responsabilidad del superior. Así en el caso Araki del Tribunal de Tokio; Soemu Toyeda de una Corte Australiano – estadounidense; y Takashi Sakai de una Corte china. En este último se requiere que el conocimiento sea real – que ve su comisión- o construido – que lo infiere a partir de los hechos conocidos. (Cassese & Gaeta, 2013, pág. 186)

requiere que señale la posible comisión de un delito, pero sí cosas como que el subordinado ha tomado licor para prepararse para la misión. También debe tenerse en cuenta el carácter violento del subordinado o su pasado criminal. Sin embargo no es necesario que conozca la identidad de las personas, pero sí su categoría y la naturaleza de actos que deben provocar su posterior investigación. Esto es, no es necesario que sepa el nombre del subordinado, pero sí que hay soldados con un pasado de acusaciones de violencia sexual o de tortura, por ejemplo.

- Que el superior falló en tomar las medidas necesarias para prevenir o sancionar esos delitos. En todo caso, si el superior falló en tomar medidas preventivas, la sanción de los actos cometidos no lo libera de responsabilidad<sup>17</sup>. En (Caso Bemba, 2009) la CPI establece una serie de medidas que pueden ser tomadas con el fin de prevenir la comisión de delitos. Estas medidas pueden ser: el entrenamiento en DIH; asegurarse que las operaciones se lleven a cabo conforme al derecho internacional; dar las órdenes necesarias para que las prácticas se acomoden a los estándares internacionales; tomar las medidas disciplinarias para sancionar a quienes incumplen estas normas todo ello con el fin de prevenir la comisión de atrocidades por parte de las tropas bajo el control del comandante<sup>18</sup>.

El Estatuto de la CPI lo regula en su artículo 28 que dice:

#### Artículo 28

##### Responsabilidad de los jefes y otros superiores

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

<sup>17</sup> También se analiza en los casos (Caso Blaskic, 2009), (Sentencia Caso Krajišnik, 2009); (Caso Kayishema & Ruizindana, 2001)

<sup>18</sup> El *actus reus* en los delitos de omisión está construido de manera diferente en el derecho anglosajón y en el derecho continental. En el derecho anglosajón se establece la responsabilidad por omisión cuando una persona quebranta un deber de actuar consagrado en la ley y cuando quien infringiendo sus deberes no interviene, siendo necesaria y posible su intervención, para prevenir un daño como la muerte o la destrucción de la propiedad. En este último caso se debe determinar la existencia y la fuente del deber de actuar. En general se han reconocido como fuente de deberes las siguientes: la ley; el contrato; la creación de un riesgo; los principios morales; una obligación de control (Piña Rochefort, 2002). Por su parte el artículo 73 (3) del Estatuto del TIPY –que es en substancia idéntico al del TIPR– establece la responsabilidad del superior cuando este sabía o tenía razones para saber que su subordinado estaba a punto de cometer un delito o lo había hecho y el superior falló en tomar las medidas necesarias para prevenirlo o para sancionarlo.

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. (Estatuto de Roma, 1998)

Uno de los elementos centrales en la regulación de la CPI, que difiere de los tribunales de Ruanda y Yugoslavia, es la exigencia de causación, esto es, los crímenes deben ser el resultado de la ausencia de control por parte del superior. Esto supone que frente a los primeros delitos estamos hablando de ausencia de control, pero en cuanto a los siguientes al primer acto sí se puede hablar de la ausencia de sanción (Bantekas, 2010). Es decir, no podemos afirmar que la ausencia de sanción es la causa de los crímenes de los subordinados, si estos aún no han cometido ningún delito; pero sí podemos decir que es la ausencia de un control efectivo la causa y por ello los actos de los subordinados le son imputables al superior.

El nexa no tiene que ser directo, pero sí debe haber aumentado la probabilidad de comisión de los delitos. Sin embargo, como lo sostiene Cassese, el texto del artículo 28 parece exigir que los delitos se estén cometiendo o estén por cometerse, pero no si ya ellos se han cometido (Cassese & Gaeta, 2013, pág.

187), lo que es comprensible solamente si entendemos los delitos como el acto masivo o sistemático en general, pero no los actos individuales.

En la doctrina se discute si el superior que no sanciona actos cometidos bajo el comando de su antecesor es también responsable, o lo que se denomina la responsabilidad por sucesión del superior. En este caso debe sostenerse que si la persona conoce los hechos, no los sanciona y gracias a ello se da una ausencia de control, los nuevos actos sí le pueden ser imputables. Para ello debe tenerse en cuenta cuándo surge el deber del superior y qué tipos de actos le son imputables.

## Conclusiones

En la dogmática penal se han analizado las diferentes formas de atribución de responsabilidad a título de autoría o de participación. Hoy existe consenso alrededor de un concepto restrictivo de autor y de una teoría objetivo material como la del dominio del hecho, sostenida entre otros autores por Claus Roxin. Pero este autor también introdujo otra categoría que ha tomado mucha fuerza en los últimos años en la jurisprudencia de los tribunales domésticos: la autoría mediata por aparato organizado de poder. Por el contrario, la teoría de la empresa criminal conjunta –creación de la jurisprudencia del TPIY–, ha tenido poca aceptación en los tribunales nacionales y ha recibido críticas por su uso en los tribunales internacionales, especialmente en la tercera modalidad que se acerca más a la responsabilidad objetiva. En el medio se encuentra la figura de la responsabilidad del superior que ha tenido un desarrollo más estable y con una mayor aceptación.

En el texto me he ocupado de mostrar la recepción de estas figuras en el derecho penal internacional y las críticas a cada una de ellas. La Corte Penal Internacional ha comenzado a considerar la autoría mediata por aparato organizado de poder, pero aún es pronto para determinar si será la teoría dominante en el campo internacional.

## Referencias

- AMBOS, K. (1998). *Dominio de hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Avocats sans frontières Canada. (2015). *Una mirada al desplazamiento forzado: Persecución penal, aparatos organizados de poder y restitución de tierras en el contexto colombiano*. (A. s. Colombia, Editor) Obtenido de [http://www.asfquebec.com/documents/file/informe-asfc-desplazamiento-forzado\\_2015-09-17\(1\).pdf](http://www.asfquebec.com/documents/file/informe-asfc-desplazamiento-forzado_2015-09-17(1).pdf)

- BANTEKAS, L. (2010). *International Criminal Law* (4 ed.). Oxford and Portland: Hart Publishing.
- BERRUEZO, R. (2012). *Autoría y participación desde una visión normativa* (1ª ed., Vol. 1). Montevideo, Uruguay: Editorial BdeF.
- BIGI GIULIA. (2010). Joint Criminal Enterprise in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prosecution of Political and Military Leaders: the Krajišnik case. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14, 51-83.
- BOLEA BARDON, C. (2000). *Autoría inmediata en derecho penal* (1ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Caso Bemba. (15 de Junio de 2009). International Criminal Court. Caso No.: ICC-01/05-01/08. Obtenido de [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009\\_04528.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2009_04528.PDF)
- Caso Blagojevic y Jokic. (9 de Mayo de 2007). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-02-60-A. Obtenido de [http://www.icty.org/x/cases/blagojevic\\_jokic/acjug/en/blajok-jud070509.pdf](http://www.icty.org/x/cases/blagojevic_jokic/acjug/en/blajok-jud070509.pdf)
- Caso Blaskic. (29 de Julio de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-95-14. Obtenido de [http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/040730\\_Blaki\\_summary\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/040730_Blaki_summary_en.pdf)
- Caso Brdanin. (19 de Marzo de 2004). United Nations. Caso No.: IT-99-36-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acdec/en/040319.htm>
- Caso Brima, Kamara & Kanu. (19 de Julio de 2007). Special Court of Sierra Leona. Caso No.: SCSL-04-16-T. Obtenido de <http://www.rscsl.org/Documents/Decisions/AFRC/624/SCSL-04-16-T-624.pdf>
- Caso Delalic. (9 de Octubre de 2001). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-96-21-Tbis-R117. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tsj011009e.pdf>
- Caso Gotovina. (2015). United Nations. *International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*. Caso No.: IT-06-90. Obtenido de <http://www.icty.org/case/gotovina/4>
- Caso Karadzic . (12 de Mayo de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. No.: IT-95-5118-PT. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/tdec/en/090512a.pdf>

- Caso Karadzic. (25 de Junio de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-95-5/18-AR72.4. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/karadzic/acdec/en/090625a.pdf>
- Caso Karemera. (2 de Febrero de 2012). United Nations. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. Caso No.: ICTR-98-44-T . Obtenido de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-98-44/trial-judgements/en/120202.pdf>
- Caso Kayishema & Ruizindana. (1 de Junio de 2001). United Nations. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. Caso No.: ICTR-95-1. Obtenido de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-95-1/appeals-chamber-judgements/en/010601.pdf>
- Caso Krajišnik . (27 de Septiembre de 2006). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-00-39-T. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/krajsnik/tjug/en/kra-jud060927e.pdf>
- Caso Krnojelac. (17 de Septiembre de 2003). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-97-25-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/krnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf>
- Caso Kvocka. (25 de Febrero de 2005). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-98-30/1-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/kvocka/acjug/en/kvo-aj050228e.pdf>
- Caso Milutinovic. (26 de Febrero de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-05-87-T. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-elof4.pdf>
- Caso Nahimana & Otros. (28 de Noviembre de 2007). United Nations. *International Criminal Tribunal for Rwanda*. Caso No.: ICTR-99-52-A. Obtenido de <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ictr-99-52/appeals-chamber-judgements/en/071128.pdf>
- CASSESE, A. (Enero de 1998). Reflections on International Criminal Justice. *Modern Law Review*, 61, 1-10.
- CASSESE, A. (2008). *International Criminal Law*. Oxford, Inglaterra: Oxford University.

- CASSESE, A., & GAETA, P. (2013). *Cassese's International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- DANNER, A. M., & MARTINEZ, J. (2005). Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. *California Law Review*, 93.
- Estatuto de Roma. (17 de Julio de 1998). Corte Penal Internacional. Roma, Italia.
- FARALDO CABANA, P. (2004). *Responsabilidad Penal del dirigente en estructuras jerárquicas* (1ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch .
- FERNANDEZ IBAÑEZ, E. (2006). *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*. Granada: Comares.
- Feurstein and Others (Ponzano Case). (Marzo de 2007). British Military Court sitting at Hamburg, Germany Judgment of 24 August 1948. *Journal of International Criminal Justice*, 5, 238-240. Obtenido de <https://academic.oup.com/jicj/article-abstract/5/1/238/879695/Feurstein-and-Others-Ponzano-Case-British-Military?redirectedFrom=PDF>
- FIORI, M. (31 de Julio de 2007). A Further Step in the Development of the Joint Criminal Enterprise Doctrine. *The Hague Justice Portal*, 2(2), 60-68. Obtenida de <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=7984>
- GIL GIL, A. (2014). Responsabilidad penal individual en la sentencia “Lubanga”. Coautoría. En K. Ambos, E. Malarino, & C. Steiner, *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubang*. (págs. 263-301). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.
- JALLOH, C., & OSEEI-TUTU, J. (20 de Mayo de 2008). Prosecutor v. Brima, Kamara, and Kanu: First Judgment from the Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone. *American Society of International Law*, 12. Obtenido de <https://www.asil.org/insights/volume/12/issue/10/prosecutor-v-brima-kamara-and-kanu-first-judgment-appeals-chamber>
- ODRIOZOLA-GURRUTXAGA, M. (Marzo de 2013). La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma. *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal*, 1, 86-104.
- OLÁSOLO ALONSO, H. (2013). *Tratado de autoría y participación en derecho penal internacional*. Tirant lo Blanch.
- PIÑA ROCHEFORT, J. (2002). *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del «common Law»* (1ª ed.). Granada: Editorial Comares.
- Regina v. English. (s.f). *Judgments - Regina v. Powell and Another*. Obtenido de <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldjudgmt/jd971030/powell01.htm>
- ROXÍN, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

- ROXÍN, C. (2000). *Autoría y dominio en el derecho penal* (Vol. 7ª). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- ROXÍN, C. (2006). El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata. *Revista Penal*(18), 242-248.
- ROXIN, C. (2011). Sobre la mas reciente discusión acerca del dominio de la organización. *Revista Derecho penal y criminología*(3), 3-18.
- Sentencia Caso Brdanin. (3 de Abril de 2007). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.: IT-99-36-A. Obtenido de <http://www.icty.org/x/cases/brdanin/acjug/en/brd-aj070403-e.pdf>
- Sentencia Caso Krajišnik. (17 de Marzo de 2009). United Nations. *International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991*. Caso No.:IT-00-39-A . Obtenido de [http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/acjug/en/090317\\_summary.pdf](http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/acjug/en/090317_summary.pdf)
- ZAHAR, A., & SLUITER, G. (2008). *International Criminal Law: A Critical Introduction*. Oxford: Oxford University Press.