

## «JOINT CRIMINAL ENTERPRISE» Y RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR\*

KAI AMBOS\*\*

### Resumen

La teoría de la «Joint criminal enterprise» («empresa criminal conjunta») aparece con frecuencia como un «instrumento mágico» para perseguir y enjuiciar crímenes internacionales. Esta doctrina no sólo alimenta la confusión conceptual y el conflicto con algunos de los principios fundamentales del Derecho penal internacional, sino que también invade el ámbito de la responsabilidad tradicional del mando o del superior. Esto es evidente en aquellos supuestos en los que la jurisprudencia aplica simultáneamente estas formas de responsabilidad en aquellos casos donde el acusado ostenta la posición de «superior». Tras una sucinta introducción sobre el tratamiento jurisprudencial de estas dos formas de responsabilidad penal, la originada por la «Joint criminal enterprise» y la responsabilidad del superior, este trabajo da muestra de su aplicación simultánea e intenta

---

\* Texto actualizado y ampliado de mi ponencia presentada en las II Jornadas de Derecho penal internacional de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 19 y 20 de abril de 2007. La versión original (más breve) fue publicada en *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), pp. 159-183; traducción del inglés realizada por ANA M<sup>a</sup> GARROCHO SALCEDO, Becaria FPU del Ministerio de Educación y Ciencia; Área de Derecho penal de la Universidad Carlos III de Madrid. Revisión del Prof. Dr. JEAN-PIERRE MATUS (Chile) y del autor.

\*\* Catedrático de Derecho penal, procesal penal, Derecho comparado y penal internacional en la Georg August Universität Göttingen, Alemania; jefe del Dept. de Derecho penal extranjero e internacional del Instituto de Ciencias Criminales. Magistrado del Tribunal estatal de Göttingen.

desarrollar criterios diferenciadores de acuerdo con la casuística y el análisis dogmático de ambas formas de responsabilidad. La referencia a la teoría del dominio por organización, «Organisationsherrschaft», pone de manifiesto que existe otra forma de imputar los crímenes internacionales a los máximos responsables situados en la cúspide de la organización criminal.

## 1. «Joint criminal enterprise» y responsabilidad del superior en la jurisprudencia moderna: cuestiones básicas

### A. «Joint criminal enterprise»

La teoría de la «*Joint criminal enterprise*» («empresa criminal conjunta»<sup>1</sup> —JCE, a partir de ahora—) se explicitó por primera vez en la sentencia de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el caso *Tadić*<sup>2</sup>. La Sala trató de idear una teoría de la participación en crímenes internacionales a partir de la jurisprudencia anterior y del propio Estatuto aplicable, que tomase en cuenta suficientemente el *contexto colectivo, generalizado y sistemático* en que se cometían tales crímenes, y con ello, superar las dificultades probatorias de las —raramente visibles— contribuciones al hecho delictivo de los intervinientes en el crimen. A tal efecto, la Sala reconoció con acierto que «la mayoría de estos crímenes (...) constituyen manifestaciones de criminalidad colectiva: son cometidos con frecuencia por grupos o por individuos que actúan en cumplimiento de un designio común criminal («*common criminal design*»)<sup>3</sup>. No obstante, el

<sup>1</sup> De acuerdo con A.M. DANNER y J.S. MARTINEZ, «Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law», en *California Law Review*, 93 (2005) p. 75, p. 107, el 64% de las acusaciones presentadas en el TPIY, entre el 25 de junio de 2001 y el 1 de enero de 2004, han versado sobre esta forma de responsabilidad por JCE. *Vid.* sobre la importancia de la JCE, PIACENTE, «Importance of the JCE Doctrine for the ICTY Prosecutorial Policy», en 2 *Journal of International Criminal Justice* [en adelante «JICJ»] (2004), pp. 446-448; OSIEL, «The Banality of the Good: Aligning Incentives against Mass Atrocity», en 105 *Columbia Law Review* (2005), pp. 1751-1783.

<sup>2</sup> Judgment, *Tadić* (IT-94-1), Appeals Chamber, 15 July 1999, § 185 y ss. (a partir de ahora «*Tadić Appeals Judgment*»).

<sup>3</sup> En la misma línea, *vid* recientemente: Judgment, *Krajisnik* (IT-00-39-T), Trial Chamber, 27 September 2006, § 876 (a partir de ahora: «*Krajisnik Trial Judgment*»): «JCE is well suited to cases such as the present one, in which numerous persons are all said to be concerned with the commission of a large number of crimes». Críticamente sobre la capacidad de la JCE de aprehender las distintas formas de macro-

Tribunal no apreció ninguna base legal *explícita* de intervención delictiva a través de la JCE en el art. 7 (1) del Estatuto del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia (ETPY), aunque sí la encontró *implícita* en el término «cometido» («*committed*»); para ello tuvo en cuenta que «la comisión de los crímenes (...) también podía acontecer a través de la intervención en la realización del propósito o designio común», y afirmó que el art. 7 (1) «no excluía esas formas de intervención delictiva»<sup>4</sup>. Así, la Sala de Apelaciones, basándose principalmente en la jurisprudencia relativa a los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial,<sup>5</sup> distinguió *tres formas o categorías* de criminalidad colectiva a través de una JCE:<sup>6</sup>

- i) La forma *básica*, en la que los intervinientes en el crimen actúan sobre la base de un «designio común» o una «iniciativa común» y con una misma intención (a partir de ahora, JCE I);
- ii) La forma *sistemática*, que abarca los conocidos casos de los campos de concentración donde los crímenes son cometidos por miembros de cuerpos militares o administrativos sobre la base de un plan o propósito común («*common purpose*») (a partir de ahora, JCE II);

---

criminalidad, VAN DER WILT, «Joint criminal enterprise. Possibilities and Limitations», 5 *JICJ* (2007), pp. 91-108, p. 101: «...the doctrine does not tally with the reality of modern bureaucracies that engage in systematic mass crime». De otra opinión, GUSTAFSON, «The requirement of an 'express agreement' for Joint criminal enterprise liability», 5 *JICJ* (2007), pp. 134-158, pp. 139, 149 para quién la JCE «allows for, and even requires, a broader approach in which the contributions of that individual are analysed in the context of criminal conduct carried out jointly by a group of actors...». De la misma opinión CASSESE, «The proper limits of individual responsibility under the doctrine of Joint criminal enterprise», 5 *JICJ* (2007), pp. 109-133, p.110 ss.

<sup>4</sup> *Ibid.*, §§ 188 y 190. Sobre la comisión en el sentido del art. 7 (1), *vid.*, también, Judgment, Krnojelac (IT-97-25), Appeals Chamber, 17 September 2003, § 29 (a partir de ahora: «Krnojelac Appeals Judgment»); Judgment, Vasiljevic (IT-98-32), Appeals Chamber, 24 February 2004, § 95 (a partir de ahora «Vasiljevic Appeals Judgment»); Judgment, Blaškić (IT-95-14), Appeals Chamber, 29 July 2004, §33 (a partir de ahora: «Blaškić Appeals Judgment»); Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction JCE, Ojdanić (IT-99-37), Appeals Chamber, 21 May 2003, § 20 (a partir de ahora: «Ojdanić decision»); Judgment, Stakić (IT-97-24), Trial Chamber, 31 July 2003, §§ 432, 438 (a partir de ahora: «Stakić Trial Judgment»). De acuerdo con esta interpretación extensiva del Art. 7 (1) CASSESE, *supra* nota 3, p. 114; críticamente, OHLIN, «Three conceptual problems with the doctrine of Joint Criminal Enterprise», 5 *JICJ* (2007), pp. 69-90, pp. 71-2.

<sup>5</sup> Esta jurisprudencia, sin embargo, puede considerarse como de «dubious precedential value» (OHLIN, *supra* nota 4, p. 75).

<sup>6</sup> CASSESE, *supra* nota 3, pp. 111 ss. denomina a estas tres formas de la siguiente manera: «liability for a common intentional purpose»; «liability for participation in an institutionalized common criminal plan»; e «incidental criminal liability based on foresight and voluntary assumption of risk».

- iii) Y la llamada «*extended JCE*» o forma extensiva, en la que alguno de los autores materiales toma parte en actos que, en realidad, van más allá o que exceden del plan común, pero que siguen constituyendo una «consecuencia natural y previsible» de la realización del plan común (a partir de ahora, JCE III).

Los elementos *objetivos* comunes de toda JCE son tres: 1) pluralidad de personas; 2) existencia de un plan, designio o propósito común; y 3) participación del acusado en la JCE a través de «cualquier forma de asistencia, contribución o ejecución en el propósito común». Recientemente la Sala de Apelaciones ha concretizado los elementos objetivos de la siguiente manera<sup>7</sup>: con respecto a la pluralidad de personas, la Sala afirma que no es preciso identificar cada involucrado por su nombre; en cuanto al propósito común, el Fiscal debe precisar el objetivo de este propósito y su contenido temporal, geográfico, etc., y comprobar que, en efecto, este propósito es común para todos los miembros de la JCE;<sup>8</sup> finalmente, el Fiscal debe demostrar la existencia de una contribución significativa<sup>9</sup> del acusado en la ejecución del propósito de la JCE. Además, la Sala ha clarificado que los ejecutores materiales no tienen que pertenecer necesariamente a la JCE, es decir, que es posible que los superiores (por ejemplo, la cúpula de un régimen totalitario) formen entre ellos una JCE, y utilicen para la ejecución de sus propósitos a autores materiales que no son parte de esta JCE (aunque eventualmente puedan serlo de otra JCE paralela). En estos casos, para poder imputar los crímenes de los autores materiales «externos» a los miembros de la JCE, es imprescindible probar la existencia de un vínculo entre los autores materiales y sus actos con al menos un miembro de la JCE, y probar que éste actuó sobre la base del acuerdo común de todos los miembros de

<sup>7</sup> Judgment, Brdanin (IT-99-36-A), Appeals Chamber, 3 April 2007, § 430.

<sup>8</sup> Mas allá del propósito común no se requiere un acuerdo explícito *adicional* (entre el superior y el autor material), *vid.* Brdanin App. Judgment, *supra* nota 7, § 418: «In cases where the principal perpetrator shares that common criminal purpose of the JCE or, in other words, is a member of the JCE, and commits a crime in furtherance of the JCE, it is superfluous to require an additional agreement between that person and the accused to commit that particular crime». En este sentido, también GUSTAFSON, *supra* nota 3, pp. 147 ss. criticando la sentencia de la Sala de Primera Instancia. A favor de lo establecido por la Sala de Primera Instancia, CASSESE, *supra* nota 3, pp. 110, 125 s.; VAN SLIEDREGT, «Joint Criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide», 5 *JICJ* (2007), pp. 184-207, p. 201. De todos modos, parece existir consenso en torno a la exigencia de que debe existir un propósito o plan común; lo que no se necesita es un acuerdo *adicional* para cometer crímenes *específicos* (ver también VAN SLIEDREGT, p. 200).

<sup>9</sup> Críticamente sobre este requisito, GUSTAFSON, *supra* nota 3, p. 141; a favor CASSESE, *supra* nota 3, p. 128, 133; HAMDORF, «The concept of a joint criminal enterprise and domestic modes of liability for parties to a crime», 5 *JICJ* (2007), pp. 208-226, p. 225.

la JCE<sup>10</sup>. De esta forma, la Sala construye un tipo de *coautoría mediata de los miembros de la JCE* sobre los autores materiales, quienes, sin embargo, no son meros instrumentos de los superiores<sup>11</sup>.

Mientras que los elementos objetivos son aplicables en principio a las tres categorías mencionadas, el *elemento subjetivo* varía en cada una de ellas<sup>12</sup>. Así, la JCE I requiere la intención («*intent*») de todos los coautores; la JCE II requiere el conocimiento personal de todo el sistema o entramado criminal; y la JCE III requiere la intención del autor de (i) participar en el propósito criminal, y además (ii) la de contribuir a la comisión del crimen por el grupo. En este supuesto, la responsabilidad por un crimen que no forme parte del propósito común puede plantearse si la comisión de este crimen era previsible y el acusado asumió intencionalmente ese riesgo<sup>13</sup>.

La jurisprudencia posterior ha mantenido en lo fundamental el razonamiento del caso *Tadić*<sup>14</sup> (sobre los detalles, *infra* 3 A). Con respecto a la jurisprudencia de los tribunales mixtos (de Camboya, Kosovo,

<sup>10</sup> Brdanin App. Judgment, *supra* nota 7, §§ 410 et seq., 430. En este sentido también GUSTAFSON, *supra* nota 3, pp. 147 ss., 154 ss.

<sup>11</sup> Es confuso que la Fiscalía se refiera a los ejecutores materiales como «tools» utilizados por los miembros de la JCE (cf. Brdanin App. Judgment, *supra* nota 7, § 412).

<sup>12</sup> Cfr. Tadić Appeals Judgment, *supra* nota 2, §§ 196, 202, 220, 228; de acuerdo con Krnojelac Appeals Judgment, *supra* nota 4, § 32; Vasiljević Appeals Judgment, *supra* nota 4, § 101; Judgment, Ntakirutimana & Ntakirutimana (ICTR-96-10; ICTR-96-17), Appeals Chamber, 13 December 2004, § 467 con más referencias (a partir de ahora: «Ntakirutimana Appeals Judgment»); Judgment, Stakić (IT-97-24-A), Appeals Chamber, 22 March 2006, §§ 65, 101 (a partir de ahora: «Stakić Appeals Judgment»).

<sup>13</sup> Ver recientemente Brdanin App. Judgment, *supra* nota 7, § 411: «When the accused, or any other member of the JCE, in order to further the common criminal purpose, uses persons who, in addition to (or instead of) carrying out the actus reus of the crimes forming part of the common purpose, commit crimes going beyond that purpose, the accused may be found responsible for such crimes provided that he participated in the common criminal purpose with the requisite intent and that, in the circumstances of the case, (i) it was foreseeable that such a crime might be perpetrated by one or more of the persons used by him (or by any other member of the JCE) in order to carry out the actus reus of the crimes forming part of the common purpose; and (ii) the accused willingly took that risk - that is the accused, with the awareness that such a crime was a possible consequence of the implementation of that enterprise, decided to participate in that enterprise».

<sup>14</sup> *Vid.*, Judgment, Furundzija (IT-95-17/1), Appeals Chamber, 21 July 2000, § 117 y ss.; Krnojelac Appeals Judgment, *supra* nota 4, § 29 y ss.; Vasiljević Appeals Judgment, *supra* nota 4, § 95 y ss.; Stakić Appeals Judgment, *supra* nota 12, §§ 64, 65; Brdanin App. Judgment, *supra* nota 7, §§ 363-5, 430-1. Del Tribunal penal internacional de Ruanda, *vid.*, Ntakirutimana Appeals Judgment, *supra* nota 12, § 462 y ss.; Judgment and Sentence, Simba (ICTR-01-76), Trial Chamber, 13 December 2005, §§ 386-388; Krajisnik Trial Judgment, *supra* nota 3, §§ 878 y ss.

Timor y Sierra Leona), tan sólo el Panel especial para Timor-Leste, que enjuicia los crímenes más graves<sup>15</sup>, ha aplicado la teoría de la JCE<sup>16</sup>.

### B) Responsabilidad del superior

La jurisprudencia moderna establece *tres requisitos*<sup>17</sup> para apreciar este tipo de responsabilidad dentro de una organización<sup>18</sup>:

- i) Existencia de una relación superior— subordinado;
- ii) Omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para impedir los crímenes de sus subordinados, o para castigarlos una vez que los han cometido;
- iii) El conocimiento del superior o que éste tuviera razones para saber que los crímenes se iban a cometer o que ya se habían cometido.

<sup>15</sup> *Vid.*, Judgment, Perreira, Special Panel for Serious Crimes, 27 April 2005, pp. 19-20, online: [www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2003.htm](http://www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2003.htm) (visitada el 24 Marzo de 2006). De también con *ibid.*, Separate Opinion of Judge Phillip Rapoza, pp. 4-5, §§ 17-18, 25. *Vid.* también Judgment, Domingos de Deus, Special Panel for Serious Crimes, 12 April 2005, p. 13 [www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2004.htm](http://www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2004.htm) (visitada el 24 Marzo de 2006); Judgment, Cardoso, Special Panel, 5 April 2003. [www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2001.htm](http://www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spscaseinformation2001.htm) (visitada el 24 Marzo de 2006).

<sup>16</sup> Sobre las acusaciones del Tribunal de Sierra Leona sobre la base de la JCE, *vid.* DANNER/MARTINEZ, *supra* nota 1, pp. 155-156.

<sup>17</sup> Orić (IT-03-68-T), Trial Chamber, 30 June 2006, § 294 (a partir de ahora: «Orić Trial Judgment») considera el crimen principal cometido por los subordinados como una cuarto elemento o requisito.

<sup>18</sup> Judgment, Delalić *et al.* (IT-96-21), Trial Chamber, 16 November 1998, § 346. *Vid.* los siguientes procesos ante el TPIY: Aleksovski (IT-95-14/1), Trial Chamber, 25 June 1999, § 69 y ss.; de acuerdo, Appeals Chamber, 24 March 2000, §§ 69-77; Blaskić (IT-95-14), Trial Chamber, 3 March 2000, §§ 289 y ss. (294); Blaskić Appeals Judgment, *supra* nota 4, § 484; Kordić and Cerkez (IT-95-14/2), Trial Chamber, 26 February 2001, § 401 y ss. (401); revocada parcialmente por la Appeals Chamber, 17 December 2004, aunque sin cambios en relación con los requisitos sobre la responsabilidad del superior *vid. ibid.*, § 827; Halilović (IT-01-48), Trial Chamber, 16 November 2005, § 55 y ss.; Limaj *et al.* (IT-03-66), Trial Chamber, 30 November 2005, §§ 520 y ss. (a partir de ahora: 'Limaj Trial Judgment'); Hadzihasanović /Kubura (IT-01-47-T), Trial Chamber, 15 March 2006, §§ 76 y ss. (a partir de ahora: 'Hadzihasanović Trial Judgment'). TPIR: Akayesu (ICTR-96-4), Trial Chamber, 2 September 1998, §§ 486 y ss.; Kayishema and Ruzindana (ICTR-95-1; ICTR-96-10), Trial Chamber II, 21 May 1999, §§ 208-231 (a partir de ahora: 'Kayishema and Ruzindana Trial Judgment'); Rutaganda (ICTR-96-3), Trial Chamber I, 6 December 1999, §§ 31 y ss.; Kajelijeli (ICTR-98-44A), Trial Chamber II, 1 December 2003, §§ 754-782 (772) (a partir de ahora: «Kajelijeli Trial Judgment»); Semanza (ICTR-97-20), Trial Chamber III, 15 May 2003, §§ 375-407.

Posiblemente, el requisito (objetivo) más importante está implícito en el primero de los requisitos mencionados, a saber: la *capacidad* material del superior de controlar efectivamente a sus subordinados y de impedir los crímenes de éstos. En el caso *Kayishema/Ruzindana* esta capacidad fue considerada como la «piedra angular» de la responsabilidad del superior, la cual estaba «íntimamente relacionada con la situación fáctica» de cada caso en concreto<sup>19</sup>.

El tercer requisito referido a la *mens rea* diferencia entre dos *umbrales subjetivos*: el superior, o bien posee *conocimiento* real de la comisión de los crímenes, o bien posee *información* que le indique el riesgo de que éstos se produzcan, y la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar si los crímenes ya han sido cometidos o se van a cometer. Por esta razón, la ignorancia de la comisión de los crímenes de sus subordinados no puede utilizarse en contra del superior, si él ha cumplido adecuadamente sus deberes de supervisión —especialmente, si el superior no ignoró la información que le indicaba la eventual comisión de los crímenes—, pero, sin embargo, no supo que sus subordinados cometieron los crímenes (más detalladamente, *infra* 3 (B) *in fine*).

## 2. La aplicación simultánea de la JCE y la responsabilidad del superior

Si se analiza con detenimiento la jurisprudencia que aplica simultáneamente la teoría de la JCE y la responsabilidad del superior, podrán identificarse algunos problemas de delimitación y los criterios de distinción entre ambas.

En el caso *Krstić* se aplicó la teoría de la JCE a la «limpieza étnica» de Srebrenica<sup>20</sup>. La Sala de Primera Instancia («*Trial Chamber*») determinó que el acusado, un General del ejército serbo-bosnio y Comandante de la Drina Corps, tuvo un papel central en la empresa criminal conjunta genocida («*genocidal JCE*»): primero, trasladando forzosamente a los civiles musulmanes fuera de Srebrenica, y después ejecutando a todos los hombres bosnio-musulmanes en edad militar<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> *Kayishema and Ruzindana Trial Judgment*, *supra* nota 18, § 229 y ss. De la misma opinión DANNER/MARTINEZ, *supra* nota 1, pp. 122, 130.

<sup>20</sup> *Judgment, Krstić (IT-98-33)*, Trial Chamber, 2 August 2001, §§ 610 y ss. (a partir de ahora: «*Krstić Trial Judgment*»).

<sup>21</sup> *Ibid.*, §§ 610, 612, 615 y 619 y ss.

Con respecto a *mens rea*, el tribunal, apoyándose en el fallo del caso *Talić*<sup>22</sup>, distinguió entre crímenes que se encontraban *dentro* del objeto y propósito de la JCE, y aquéllos que se situaban *fuera* de ella<sup>23</sup>. Los primeros requerían que el acusado compartiese la finalidad con los ejecutores, y los segundos debían ser una consecuencia «natural y previsible de la campaña de limpieza étnica», siendo consciente el acusado de su inevitable acontecimiento. A juicio de la Sala de Primera Instancia, Krstić satisfacía estos requisitos con respecto a los crímenes cometidos (violaciones, asesinatos y otros abusos) durante el traslado forzado de la población de mujeres y niños de Srebrenica<sup>24</sup>; e igualmente participó en la «intensificación» de la violencia de la JCE<sup>25</sup>, que se materializó en el asesinato de los hombres en edad militar de Srebrenica, y «compartió el propósito genocida de matar a los hombres»<sup>26</sup> para lograr la «limpieza étnica» de la zona. De esta forma —sigue el tribunal— el acusado incurrió en responsabilidad «como co-partícipe (*co-participant*) en la JCE para cometer genocidio»<sup>27</sup>, teniendo en cuenta que cuando la intervención «tiene una naturaleza de extrema significación y está en un nivel de liderazgo o dirección» da lugar a una responsabilidad a título de coautor («*co-perpetrator*»), y no como un mero cooperador o colaborador («*aider/abettor*»)»<sup>28</sup>.

Igualmente, la Sala invocó la responsabilidad del superior para atribuir las matanzas a Krstić, en tanto que éstas fueron cometidas parcialmente por tropas bajo su control efectivo, con conocimiento de las mismas, y ante las cuales Krstić no adoptó ninguna medida para impedir las o sancionar a los responsables<sup>29</sup>. Sin embargo, la Sala no lo condenó finalmente sobre la base de la responsabilidad del superior (art. 7 (3)), sino que consideró que su responsabilidad se deducía suficientemente del art. 7 (1)<sup>30</sup>.

El Tribunal resolvió aparentemente el conflicto entre JCE y la responsabilidad del superior haciendo una analogía con las reglas so-

<sup>22</sup> Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, Brdanin & Talić (IT-99-36), Trial Chamber, 26 June 2001, § 31 (a partir de ahora: «Brdanin & Talić Decision»).

<sup>23</sup> Krstić Trial Judgment, *supra* nota 20, § 613.

<sup>24</sup> *Ibid.*, § 615-616. Concurring Judgment, Krstić (IT-98-33-A), Appeals Chamber, 19 April 2004, § 145 y ss. (a partir de ahora: «Krstić Appeals Judgment»).

<sup>25</sup> Krstić Trial Judgment, *supra* nota 20, § 620.

<sup>26</sup> *Ibid.*, § 633.

<sup>27</sup> *Ibid.*, §636.

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 642. Ver también § 644: «autor principal». Sin embargo, la Sala de Apelaciones revocó esta parte de la sentencia referente al genocidio, ver *infra* nota 140.

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 624 y ss.; 647 y ss.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 652.

bre el concurso de leyes (*concoirs d'infractions*) aplicando las reglas del concurso «aparente» o «falso» de leyes, por la que el precepto más amplio absorbía al más restringido (principio de *consunción*)<sup>31</sup>. De ese modo, en caso de concurrir la JCE y la responsabilidad del superior, la norma más amplia de atribución de responsabilidad —la del art. 7 (1)— absorbería a la norma más restringida (responsabilidad del superior) del art. 7 (3). Conforme a la opinión del Tribunal «toda responsabilidad del art. 7 (3) queda absorbida por el art. 7 (1)»<sup>32</sup>, lo cual incluye a la JCE, razón por la cual Krstić fue condenado, exclusivamente, sobre la base del art. 7 (1) del ETPIY.

Sin embargo, la afirmación del Tribunal de que «lo mismo es aplicable al superior que incurra en responsabilidad por la JCE»<sup>33</sup>, siembra dudas acerca de la *naturaleza o status de la JCE*. El Tribunal parece diferenciar entre las formas de intervención o participación *explícitas*, contenidas en el art. 7 (1), y la participación *implícita* en la JCE. De lo contrario, a la luz de la (primera) afirmación de que «toda responsabilidad del art. 7 (3) queda absorbida por el art. 7 (1)», la siguiente afirmación de que «lo mismo es aplicable... » resultaría superflua. Esta afirmación parece indicar una naturaleza especial de la JCE, situada entre las formas explícitas de participación del art. 7 (1) y la responsabilidad del superior del art. 7 (3). No obstante, esta *naturaleza especial* de la JCE es contraria a la jurisprudencia asentada, que considera a la JCE como forma de intervención delictiva *implícitamente* contenida en el art. 7 (1) (*vid. supra* 1.A). Por ello, parece que lo que quiere decir la jurisprudencia es que toda vez que concurren la responsabilidad por JCE y la del superior (art. 7 (3)) debe prevalecer la imputación por JCE sobre la responsabilidad del superior, del mismo modo que, cualquier otra conducta subsumible en el art. 7 (1), prevalece sobre cualquiera otra imputación sobre la base de la responsabilidad del superior del art. 7 (3).

A continuación podrá comprobarse que la aplicación de una imputación simultánea sobre la base de una JCE y de la responsabilidad del superior, no está limitada a los niveles jerárquicos superiores. En el caso *Kvočka et. al.* la teoría de la JCE fue aplicada a los crímenes cometidos en el campo de prisioneros de Omarska (Prijeedor, Bosnia-Herzegovina) bajo la modalidad de la JCE II, siguiendo la

<sup>31</sup> Sobre las reglas generales, *vid.* Ambos/Wirth, «Commentary», en KLIP/SLUITER (eds), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. II: The ICTR 1994-1999, Antwerpen, 2001, pp. 701-703.

<sup>32</sup> Krstić Trial Judgment, *supra* nota 20, § 605: «any responsibility under Article 7 (3) is subsumed under Article 7 (1)» (cursiva añadida).

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 605.

tripartición (JCE I, II y III) del caso *Tadić*<sup>34</sup>. La Sala de Primera Instancia, a pesar de interpretar la empresa criminal en sentido amplio<sup>35</sup>, restringió la responsabilidad por JCE, exigiendo que todo interviniente en una JCE realizase alguna contribución relevante y sustancial<sup>36</sup>, apartándose en este punto de la línea jurisprudencial mantenida en *Tadić*. En este caso, los cinco acusados eran los encargados de la seguridad y de cuidar a los detenidos en el campo de prisioneros<sup>37</sup>. Todos fueron condenados como coautores («*co-perpetrators*») de la JCE, y no como meros «*aiders/abettors*» en ella<sup>38</sup>. Cuatro de ellos también fueron acusados sobre la base de la *responsabilidad del superior*<sup>39</sup>, aunque tan sólo en el caso *Radić* el Tribunal apreció la existencia de pruebas convincentes sobre la relación superior-subordinado, y de la comisión de los crímenes por parte de los subordinados<sup>40</sup>. No obstante, la Sala no resolvió la cuestión sobre la responsabilidad del superior, alegando que no había necesidad de ello al quedar cubierta por su responsabilidad por su intervención en la JCE<sup>41</sup>. Asimismo, la Sala de Primera Instancia mantuvo, *obiter*, que la responsabilidad por JCE «duplicaría la responsabilidad en virtud del art. 7 (3) de manera discutible»<sup>42</sup>. De esta manera, la Sala dio prioridad a la responsabilidad por JCE respecto a la responsabilidad del superior, confirmando, así, el fallo de la Sala de Primera Instancia en el caso *Kristić*. Posteriormente, la Sala de Apelaciones rechazó la interpretación restrictiva de la JCE respecto a la contribución necesaria<sup>43</sup>. Tampoco se pronunció sobre la cuestión de la responsabilidad del superior: de nuevo, la Sala de Apelaciones consideró *obiter* que la JCE y la responsabilidad del superior eran «categorías diferentes» de responsabilidad individual, y, que, en caso de concurrir, la condena

<sup>34</sup> Judgment, Kvočka *et al.* (IT-98-30/1), Trial Chamber, 2 November 2001, §§ 265 y ss., 319-320 (a partir de ahora: «Kvočka Trial Judgment»).

<sup>35</sup> *Ibid.*, § 307: «A joint criminal enterprise can exist whenever two or more people participate in a common criminal endeavor. This criminal endeavor can range anywhere along a continuum from two persons conspiring to rob a bank to the systematic slaughter of millions during a vast criminal regime comprising thousands of participants». *Cursiva añadida.*

<sup>36</sup> *Ibid.*, §§ 306, 309, 310 y 312.

<sup>37</sup> *Ibid.*, §§ 289, 325.

<sup>38</sup> *Ibid.*, § 398 y ss. (414) [Kvočka], § 459 y ss. (469) [Prćac]; § 497 y ss. (504) [Kos]; § 562 y ss. (575) [Radić]; § 682 y ss. (682, 688) [Zigić].

<sup>39</sup> Zigić no fue acusado, *ibid.*, § 683.

<sup>40</sup> *Ibid.*, §§568-570. Estas pruebas faltaban en relación con los otros acusados: §§ 410-412 [Kvočka], §§466-467 [Prćac], § 502 [Kos].

<sup>41</sup> *Ibid.*, § 570.

<sup>42</sup> *Ibid.*, § 412.

<sup>43</sup> Judgment, Kvočka *et al.* (IT-98-30/1), Appeals Chamber, 28 February 2005, §§ 97, 104 (a partir de ahora: «Kvočka Appeals Judgment»).

debería fundamentarse *exclusivamente* sobre la base de la JCE, pudiéndose tomar en cuenta la posición de «superior» como una circunstancia agravante de la responsabilidad<sup>44</sup>.

En el caso *Obrenović*, la JCE I fue entendida como un supuesto de coautoría, y la responsabilidad del superior fue aplicada de forma simultánea a un superior de nivel intermedio y a un delegado del Comandante superior de una Brigada militar por su participación en la persecución y ejecución de civiles<sup>45</sup>. La Sala no distinguió claramente entre las dos responsabilidades, ni optó de forma explícita por ninguna de ellas. Tan sólo se limitó a declarar que la responsabilidad de *Obrenović* «proviene, en primer lugar, por su responsabilidad como superior» y por «no haber actuado»<sup>46</sup>. De ese modo, parece que, finalmente, la Sala optó por aplicar la responsabilidad del superior del art. 7 (3), más por razones fácticas que jurídicas.

En el caso *Blagojević & Jokić* se acusó a *Blagojević* —un coronel del ejército y comandante de una Brigada— sobre la base de la JCE y la responsabilidad del superior<sup>47</sup>. La Sala de Primera Instancia trató de dilucidar si *Blagojević* era responsable de participar en la JCE «con el objetivo de trasladar por la fuerza a mujeres y niños a Srebrenica»<sup>48</sup>. Finalmente, la Sala concluyó que le faltaban los requisitos necesarios con respecto a la *mens rea*, al no compartir la intención con los otros intervinientes en la JCE por lo que tan sólo fue condenado como colaborador/partícipe («*aiding and abetting*») en el traslado forzoso<sup>49</sup>. La Sala parece haber considerado que la responsabilidad por la JCE requiere coautoría, a diferencia de la responsabilidad de los partícipes —*aider/abettor*— que sólo es posible en relación con crímenes individuales o aislados<sup>50</sup>.

El caso más importante de aplicación simultánea de JCE y responsabilidad del superior a un superior civil es el caso *Milošević*. La

<sup>44</sup> *Ibid.*, § 104.

<sup>45</sup> Sentencing Judgment, *Obrenović* (IT-02-60/2), Trial Chamber, 10 December 2003, §§ 79-80.

85 y ss.

<sup>46</sup> *Ibid.*, § 88; también § 99.

<sup>47</sup> Judgment, *Blagojević & Jokić* (IT-02-60), Trial Chamber, 17 January 2005, §§ 687, 692 (a partir de ahora: «*Blagojević Trial Judgment*»).

<sup>48</sup> *Ibid.*, § 705.

<sup>49</sup> *Ibid.*, §§ 712-714, 729, 760. La Sala de Apelaciones confirmó la sentencia en lo fundamental en cuanto al art. 7 (3), ver Judgement, *Blagojević & Jokić* (IT-02-60-A), Appeals Chamber, 9 April 2007, §§ 277 et seq.

<sup>50</sup> La Sala no necesitó establecer ninguna relación entre la JCE y la responsabilidad del superior, puesto que no apreció la responsabilidad del superior de *Blagojević* (*ibid.*, §§ 794-796).

*Pre-Trial Chamber*, aplicando la regla 98 bis de las *Reglas de procedimiento y prueba*<sup>51</sup>, invocó la teoría de la JCE para imputar a Slobodan Milošević el genocidio cometido por las tropas serbias en Bosnia—Herzegovina<sup>52</sup>. La Sala distinguió —aunque no explícitamente— entre JCE I (forma básica de JCE que consiste en la existencia de un plan común) y la JCE III (forma amplia o extendida, que genera responsabilidad por las consecuencias naturales y previsibles). Asimismo, se planteó la cuestión de si *Milošević* participó en la JCE I con la intención de destruir, total o parcialmente, a los musulmanes bosnios como miembros de un grupo. La Sala apreció la existencia de una JCE «que incluía a los líderes serbo-bosnios cuyo propósito e intención era la de destruir una parte de la población musulmana de Bosnia»<sup>53</sup>, en la que *Milošević* participó «compartiendo el propósito e intención de los intervinientes de destruir a los musulmanes bosnios como miembros del grupo»<sup>54</sup>. Por otro lado, y en relación a la JCE III, la Sala trató de dilucidar si *Milošević* participó en la JCE «para cometer un crimen concreto, y si para él fue previsible la comisión de un crimen diferente, como el genocidio, por parte de otros intervinientes en la JCE»<sup>55</sup>. Esta cuestión fue resuelta por el Tribunal —en la misma línea mantenida por la Sala de Apelaciones en el caso *Brdjanin*— afirmando que para que un miembro de la JCE III responda por un acto específico de genocidio cometido por otros miembros de la JCE, basta con que la comisión del crimen sea «razonablemente previsible» para él<sup>56</sup>, sin necesidad de que en él concorra el elemento subjetivo específico (la intención especial) del delito de genocidio. Así pues, la diferencia entre JCE I y JCE III parece estribar en la concurrencia de una intención específica: mientras que la JCE I requeriría que tal intención sea compartida por parte de todos los participantes en ella, la JCE III sólo requeriría la mera previsibilidad del sujeto de que el crimen particular aconteciese. A pesar de que esta cuestión es muy controvertida<sup>57</sup>, no hubo disidencia entre los magistrados de la Sala al respecto. El magistrado *O-Gon Kwon* disintió exclusivamente

<sup>51</sup> La cuestión es si existen pruebas razonables por las que el tribunal pueda condenar al acusado (Judgment, Jelisić (IT-95-10), Appeals Chamber, 5 July 2001, § 37).

<sup>52</sup> Decision on Motion for Judgment of Acquittal, Milošević (IT-02-54), Trial Chamber, 16 June 2004, §§143 y ss. (a partir de ahora: «Milošević decision»). *Vid.*, AMBOS, «Zwischenbilanz im Milosevic-Verfahren», 59 *Juristenzeitung (JZ)*, 2004, pp. 965-966.

<sup>53</sup> Milošević decision, *supra* nota 52, § 246.

<sup>54</sup> *Ibid.*, § 288.

<sup>55</sup> *Ibid.*, § 289.

<sup>56</sup> Decision on interlocutory Appeals, Brdanin (IT-99-36-A), Appeals Chamber, 19 March 2004, § 6 (a partir de ahora: «Brdanin Appeals decision»); Milošević decision, *supra* nota 52, §§ 291, 292.

<sup>57</sup> *Vid.*, más detalles *infra* nota 137 y 175 y ss. con texto completo.

con respecto a existencia de la intención específica genocida implícita en aplicación de la JCE I, puesto que con respecto a la cuestión de la JCE III y al establecimiento de un criterio menos exigente en estos supuestos (el de la previsibilidad del crimen de intención), el magistrado se mostró de acuerdo<sup>58</sup>. Por otro lado, la Sala consideró que *Milošević* era responsable del genocidio sobre la base de la *responsabilidad del superior* al disponer éste de control efectivo sobre los ejecutores y conocimiento de los crímenes<sup>59</sup>. La Sala no apreció fricción jurídica alguna entre los elementos subjetivos del art. 7 (3) y la intención especial del delito de genocidio, calificando —incluso— la pretensión de la defensa sobre este particular, a la luz de la ya mencionada decisión en el caso *Brdjanin*, como improcedente<sup>60</sup>. En conclusión, la Sala consideró que la JCE I y III eran *simultáneamente* aplicables con la responsabilidad del superior, sin pronunciarse, no obstante, sobre las relaciones entre ellas.

A la vista de la jurisprudencia internacional, se pueden extraer las siguientes *conclusiones*. En primer lugar, la aplicación simultánea de la JCE y la responsabilidad del superior no está limitada a los cargos más altos (*Milošević*, *Krstić*), sino que se extiende también a cargos intermedios e inferiores (*Kvočka*, *Obrenović*, *Blagojević* y *Jokić*). En segundo lugar, debido a razones fácticas en materia probatoria, en algunas situaciones cabe aplicar simultáneamente estas dos formas de responsabilidad. En esos casos (*Krstić*, *Kvočka* et al.) la jurisprudencia llega a la conclusión de que la responsabilidad por JCE prevalece sobre la responsabilidad del superior, invocando al efecto las reglas del concurso de leyes, considerando la responsabilidad por las órdenes —art.7 (1)— como *lex specialis*,<sup>61</sup> a pesar de que, efectivamente, parece ser más bien un caso de alternatividad. No obstante, la jurisprudencia no ha desarrollado criterios específicos de delimitación entre estas dos formas de responsabilidad<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Opinión disidente del magistrado O-Gon Kwon, § 1.

<sup>59</sup> *Milošević* decision, *supra* nota 44, § 300 y ss. (309).

<sup>60</sup> *Ibid.*, § 300.

<sup>61</sup> *Vid.*, Judgment, *Kordić & Cerkez* (IT-95-14/2), Appeals Chamber, 17 December 2004, §§ 33-35; Sobre Timor-Leste, *vid.*, Judgment, Lelan Sufa, Special Panel for Serious Crimes, 25 November 2004, [www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spsc-caseinformation2003.htm](http://www.jsmp.minihub.org/Court%20Monitoring/spsc-caseinformation2003.htm) (visitada el 24 de marzo de 2006), § 18.

<sup>62</sup> Críticamente, también, VAN SLIEDREGT, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violation of International Humanitarian Law*, The Hague: 2003, p. 195; OSIEL, *supra* nota 1, p. 1760.

### 3. Consideraciones dogmáticas sobre la JCE y la responsabilidad del superior

#### A) JCE

La responsabilidad por JCE sirve para imputar actos o resultados lesivos a ciertas personas en virtud de su intervención en una empresa criminal conjunta (colectiva). La «empresa criminal» se define como un acuerdo común, expreso o tácito, para cometer ciertos actos criminales con un objetivo o finalidad criminal trascendente<sup>63</sup>, como por ejemplo, ocurre cuando una empresa u organización criminal pone en marcha un plan genocida para destruir alguno de los grupos humanos protegidos. Normalmente esta clase de empresas criminales de amplio alcance se dividen en varias empresas criminales menores («subsidiarias»)<sup>64</sup>; así, por ejemplo, unas se encargan del mantenimiento de los campos de concentración, otras llevan a cabo persecuciones organizadas, locales o regionales, de miembros de un grupo, etc.<sup>65</sup>. Sin embargo, esto no significa que la teoría de JCE sólo pueda aplicarse a estas empresas menores o subsidiarias, sino que, naturalmente, también puede aplicarse a la empresa criminal mayor o global que las comprende<sup>66</sup>. Los intervinientes en la empresa criminal se encuentran unidos por su deseo o voluntad común de lograr el objetivo final a través de todos los medios necesarios, incluyéndose aquí, a todos los crímenes que deban ser cometidos para la consecución de ese objetivo final a través de su acción conjunta<sup>67</sup>. El elemento principal o característica esencial de la JCE es el propósito criminal común, asociado o combinado<sup>68</sup>. El propósito común es el elemento colectivo de la responsabilidad por JCE y gracias a él todos los agentes que in-

<sup>63</sup> *Vid.*, más recientemente, *Krajisnik Trial Judgment*, *supra* nota 3, §§ 883, 884: «objetivo común».

<sup>64</sup> Cfr. *Kvočka Trial Judgment*, *supra* nota 34, § 307.

<sup>65</sup> Críticos con esta interpretación tan amplia, *DANNER/MARTINEZ*, *supra* nota 1, p. 135 y ss.; también críticamente, *OSIEL*, *supra* nota 1, pp. 1796 y ss., 1802 y ss., y *OSIEL* «Modes of Participation in Mass Atrocity», 39 *Cornell International Law Journal* (2005), p. 793, pp. 799-800.

<sup>66</sup> *Brdanin App. Judgment*, *supra* nota 7, §§ 420 y ss («application of the JCE doctrine to large scale cases»).

<sup>67</sup> *Krajisnik Trial Judgment*, *supra* nota 3, § 884: «...interaction or cooperation among persons their joint action in addition to their common objective, that makes those persons a group. The persons in a criminal enterprise must be shown to act together, or in concert with each other...» (nota al pie omitida).

<sup>68</sup> *VOGEL*, «Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht», en 114 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 2002, pp. 403-421; también *VAN SLIEDREGT*, *supra* nota 8, pp. 200, 203.

tervienen en la empresa criminal quedan vinculados entre sí<sup>69</sup>; de ese modo, la existencia del propósito común convierte a esta teoría de la JCE en un modelo de responsabilidad colectiva que se basa en un modelo de responsabilidad participativa-institucional<sup>70</sup> o sistémica<sup>71</sup> («*institutional-participatory or systemic model of responsibility*»). Esta responsabilidad se asemeja a la «*conspiracy*»<sup>72</sup> y a la responsabilidad por pertenencia u organización aplicada en Nuremberg<sup>73</sup>; semejanza que es más notoria en los supuestos de JCE III, donde los miembros o participantes de la JCE pueden responder por los crímenes cometidos por otros participantes, a pesar de no haber sido expresamente acordados de antemano, siempre que, al menos, éstos fueran previsibles. De este modo, la responsabilidad por JCE se basa fundamentalmente en la pertenencia («*membership*») a la organización a través de la JCE.

A pesar de que la jurisprudencia internacional encuentra el *fundamento legal* implícito de la JCE en el art. 7 (1) del ETPY (*vid. supra* 1. A.), falta todavía por clarificar si las reglas tradicionales sobre intervención delictiva son aplicables a esta forma de responsabilidad, o si, por el contrario, la JCE constituye una nueva forma autónoma de imputación. Como es evidente la dogmática jurídico-penal tradicional sobre autoría y participación no puede trasladarse sin más al ámbito

<sup>69</sup> Cf. VAN DER WILT, *supra* nota 3, pp. 99 ss., 107. Sin embargo, se ha rechazado la necesidad de un acuerdo explícito adicional entre los superiores y los autores materiales para cometer crímenes específicos, ver *supra* nota 8.

<sup>70</sup> Cfr. JUNG, «Begründung, Abbruch und Modifikation der Zurechnung beim Verhalten mehrerer», en ESER/HUBER/CORNILS (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., 1998, p. 175, p. 183 y ss. A favor de una forma de participación («form of criminal participation»), VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 201 s.

<sup>71</sup> Cfr. VOGEL, *supra* nota 68, pp. 420 y ss.; *vid.*, sobre una imputación sistémica («*global approach*») también, PIACENTE, *supra* nota 1, pp. 446 y ss.

<sup>72</sup> Cfr. FLETCHER/OHLIN, «Reclaiming Fundamental Principle of Criminal Law in the Darfur Case», 3 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)* (2005) p. 539, p. 548; VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 355; S. POWLES, «Joint Criminal Enterprise: Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity?», 2 *JICJ* (2004) p. 606, p. 613; PIACENTE, *supra* nota 1, p. 451; DANNER/MARTINEZ, *supra* nota 1, pp. 118-119; OSIEL, *supra* nota 1, pp. 1785, 1791-1792; VAN DER WILT, *supra* nota 3, p. 96. En contra VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 201.

<sup>73</sup> *Vid.* para un análisis detallado, VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 17 y ss., pp. 20 y ss.; DANNER/MARTINEZ, *supra* nota 1, pp. 113-114; recientemente, RÖMER, *Mitglieder verbrecherischer Organisationen nach 1945*, Frankfurt am Main *et al.*, 2005, p. 28 y ss.; VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 352 y ss. Con respecto a la JCE como «responsabilidad por pertenencia» («*membership responsibility*») distinguiendo entre responsabilidad por pertenencia de miembros institucionalizados y de miembros colaterales, OSIEL, *supra* nota 1, pp. 1799-1800. PIACENTE, *supra* nota 1, p. 452 se muestra a favor del «judicial recognition of the common illegal purpose» de Nuremberg.

del Derecho penal internacional, puesto que ésta se centra fundamentalmente en el rol y en la contribución de los autores dentro un contexto individual, más que en un contexto colectivo o sistémico. No obstante, la dogmática tradicional ayuda a comprender y a sistematizar las diversas formas de imputación y participación del Derecho penal internacional. Igualmente, proporciona criterios de delimitación de la intervención colectiva como se ha mostrado con los ejemplos anteriores referidos a la responsabilidad por «*conspiracy*» o por pertenencia. De hecho, la responsabilidad por JCE puede remontarse a la teoría del propósito común anglosajona («*common purpose*»)<sup>74</sup>.

Partiendo de un modelo diferenciador entre autoría y participación, la delimitación entre ambas es fundamental, transcurriendo, así, entre los diversos grados de participación (objetiva) en el plan criminal (subjetivo). En otras palabras, conforme a un grado de participación decreciente, la coautoría deviene más próxima a la complicidad, y la delimitación entre ellas se vuelve confusa. En cualquier caso la imputación de un crimen calificado como «consecuencia previsible», sin acuerdo previo, y sin intención de los intervinientes, no puede dar lugar en ningún caso a una responsabilidad a título de coautoría o autoría en general. La autoría requiere que el autor satisfaga todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Si falta uno o más elementos, el individuo responde por una suerte de responsabilidad vicarial („*vicarious liability, responsabilité du fait d'autrui*») en la que el «non-actor» responde por los hechos de otro actor, tal y como ocurre en la JCE III; por ello, el «non actor» sólo puede considerarse como un «*aider or abettor*» (aquí hablamos de partícipe en sentido amplio sin distinguir entre las diversas formas de participación). Desde hace tiempo, y de manera interesante, la doctrina tradicional inglesa ha considerado que los que participan en un *propósito criminal común* («*common criminal purpose*») son principales de segundo grado («*principals in the second degree*»), es decir, se sitúan en un grado de intervención inferior —en el sentido de los partícipes— con respecto a los crímenes cometidos por cualquiera de ellos en ejecución del plan o propósito criminal común<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Se remonta al siglo XIV cuando la responsabilidad se basaba en un «*common consent*», ATH SMITH, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford, 1991, p. 209 nota 1. Más tarde, en el siglo XVII, el concepto de Derecho privado de «*acting in concert*» o «*conspiracy*» fue utilizado para castigar los acuerdos específicos para cometer actos ilícitos (*vid.*, Ordinance of Conspirators, 1305, 33 Edw. 1); de modo general, «Developments in the Law. Criminal Conspiracy», en 72 *Harvard Law Review*, 1959, pp. 920, 922-923.

<sup>75</sup> *Vid.*, SMITH/HOGAN/ORMEROD, *Criminal Law*, 11.<sup>a</sup> ed., Oxford, 2005, p. 169, citando textualmente a STEPHEN, Digest, Art. 38. *Vid.* también, pp.190-191 (JCE como supuestos de participación secundaria o accesoria).

La jurisprudencia internacional ha tratado de solventar el problema de determinar las *diversas formas de participación* en los crímenes de los acusados, y con frecuencia ha optado por solucionar la cuestión desde perspectivas subjetivas.

En *Kvočka et al.* la Sala de Primera Instancia —mostrándose muy crítica con la argumentación empleada en el caso *Tadić* al respecto— consideró que la fórmula tradicional de «*aiding and abetting*» también podía aplicarse a los supuestos de JCE, y diferenció la coautoría de la participación sobre la base del aspecto subjetivo. Así, si el sujeto que interviene en la JCE comparte la misma intención con la empresa criminal, éste se erige en coautor, pero si *sólo* posee conocimiento de esa intención, será un partícipe de la JCE<sup>76</sup>. No obstante, en esta misma sentencia, el Tribunal reconoció que la distinción entre partícipes y coautores también obedecía a un criterio objetivo. En ese sentido afirma que un «*aiders/abettor*» puede ser un coautor si su intervención «perdura durante un periodo más extenso, o [él] se implica más (...)»<sup>77</sup>, de tal forma que el grado de responsabilidad dependería de la «posición en la organización jerárquica y del grado de (...) participación»<sup>78</sup>. Así, mientras que el coautor desempeña un papel más activo, bien «cometiendo violaciones de Derechos Humanos por sí mismo, o a través del dominio que ejerce su influencia (...)», el «*aiders/abettor*» desempeña un papel más limitado, realizando su trabajo discretamente, lo cual no supone en sí mismo cometer violaciones de Derechos Humanos<sup>79</sup>. En cualquier caso, la responsabilidad por crímenes que resulten previsibles se puede atribuir tanto a los coautores como a los partícipes de la JCE<sup>80</sup>.

Por otro lado, la Sala de Apelaciones no apreció ninguna diferencia objetiva entre la participación en un crimen aislado, o la participación en un crimen fruto de un plan de una organización criminal o JCE. En ambos casos, se alude a una contribución sustancial<sup>81</sup>, y la diferencia entre autoría y participación se determina sobre la base de criterios subjetivos: si el acusado sabe que está auxiliando o cooperando en la comisión de un crimen individual o aislado, será responsable como cómplice de ese crimen con independencia de que el autor principal pertenezca a una JCE; pero si el acusado sabe que está colaborando en un crimen colectivo (del gru-

<sup>76</sup> Kvočka Trial Judgment, *supra* nota 34, § 273.

<sup>77</sup> *Ibid.*, § 284.

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 306.

<sup>79</sup> *Ibid.*, § 328.

<sup>80</sup> *Ibid.*, § 327.

<sup>81</sup> Kvočka Appeals Judgment, *supra* nota 43, § 90.

po), que forma parte de una JCE, y comparte su misma intención, éste respondería por fomentar o promover la JCE a título de coautor<sup>82</sup>. En cualquier caso, a juicio de la Sala de Apelaciones «*aiding and abetting a JCE*» no es posible<sup>83</sup>. En *Ojdanić*, la Sala de Apelaciones declaró que la JCE es una forma de comisión «en la medida que el sujeto que interviene comparte la intención con la JCE (...)»<sup>84</sup>. Sin embargo, de la anterior afirmación sólo se deduce que quien sólo *conozca* la intención criminal de la JCE sólo podrá responder a título de partícipe; si también comparte su intención responderá como coautor.

La correcta comprensión de las distintas formas de participación criminal está relacionada con la cuestión de si es posible o no apreciar formas de participación en las JCE. Mientras que la Sala de Primera Instancia en el caso *Kvočka* sí apreció formas de participación criminal dentro de una JCE, la Sala de Apelaciones sólo estimó posible diferenciar entre autoría y participación respecto a crímenes aislados o individuales. A pesar de que esta interpretación restrictiva de la Sala de Apelaciones pueda deducirse del tenor literal del art. 7 (1) del ETPY (que distingue entre JCE, incluida en el término «cometido», y otras formas de colaboración —«*otherwise aided and abetted*»), ella no es necesaria desde una perspectiva dogmática. Más bien al contrario, al igual que se desprende del fallo de la Sala de Primera Instancia en el caso *Kvočka* y de la doctrina penal inglesa del «*common purpose*», la delimitación de las distintas formas de participación en una JCE es perfectamente posible. El partícipe de un crimen individual enmarcado dentro de la estructura de una JCE, sigue siendo un partícipe de la JCE, a menos que este crimen no tenga ninguna relación con la JCE.

Con respecto a la delimitación entre coautoría y participación, el criterio más convincente es el del dominio funcional del hecho («*funktionelle Tatherrschaftslehre*») según el cual la coautoría presupone una cooperación funcional de varias personas (elemento objetivo) sobre la base de un acuerdo común (elemento subjetivo)<sup>85</sup>. Lamentablemente, esta fundamentación dogmática de la coautoría —reconocida en los sistemas continentales de Derecho penal y tam-

---

<sup>82</sup> *Ibid.*; de la misma opinión *Limaj Trial Judgment*, *supra* nota 18, § 510. En favor de una diferenciación subjetiva se pronuncia también *CASSESE*, *supra* nota 3, p. 116.

<sup>83</sup> *Kvočka Appeals Judgment*, *supra* nota 43, § 91; de la misma opinión que *Krajsnik Trial Judgment*, *supra* nota 3, § 886.

<sup>84</sup> *Ojdanić decision*, *supra* nota 4, § 20; *Stakić Trial Judgment*, *supra* nota 4, § 432.

<sup>85</sup> *Vid.*, análisis detallado, *ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, (AT)*, Vol. II, München, 2003, p. 77 y ss.

bién por la propia CPI<sup>86</sup>— es ignorada con frecuencia por autores de procedencia angloamericana, quienes consideran que el superior que organiza una JCE es, sin mayores precisiones, un coautor.<sup>87</sup>

Sea como fuere, los requisitos de la coautoría tan sólo se cumplen en el supuesto de una JCE I. De hecho, la Sala de Apelaciones en el caso *Tadić* ha reconocido la identidad entre la coautoría y JCE I, al menos, desde un punto de vista terminológico, denominando a la JCE I como «*co-perpetratorship*»<sup>88</sup>, y comparándola con la coautoría («*co-perpetration*») que se invocó en los juicios seguidos en Alemania e Italia tras la Segunda Guerra Mundial<sup>89</sup>. Por lo tanto, la JCE I requiere que el sujeto «realice o lleve a cabo actos (objetivos) que, de algún modo, estén dirigidos o encaminados hacia el propósito o plan común»<sup>90</sup>, tal y como la jurisprudencia lo ha reconocido de forma unánime en varias resoluciones. La JCE I es una forma de responsabilidad por coautoría según la tradición jurídico-penal de la Europa continental o *civil law*<sup>91</sup>, y una modalidad del designio común («*com-*

<sup>86</sup> Pre-Trial Chamber I, Situation in the Democratic Rep. of Congo in the case of the *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, § 322 ss. donde la coautoría, sobre la base del Art. 25 (3) (a) ECPI, se caracteriza por el «joint control over the crime as a result of the essential contribution» (§ 322), «coordinated individual contributions of a plurality of persons» (§ 326), y se basa en la teoría del dominio del hecho (§ 338: «concept of control over the crime»), «division of the essential tasks for the purpose of committing a crime between two or more persons acting in a concerted manner» (§ 342).

<sup>87</sup> Ver recientemente GUSTAFSON, pp. 137 s., *supra* nota 3, que no distingue entre diferentes formas de la JCE, ni explica su concepción de la coautoría e ignora la autoría mediata. Como ejemplo en contrario, ver la sistematización de HAMDORF, *supra* nota 9, p. 225, quien, sobre la base del Derecho alemán e inglés, propone ciertos principios para diferenciar la responsabilidad del coautor, autor mediato, y „accomplice» por participación en una JCE.

<sup>88</sup> *Tadić Appeals Judgment*, *supra* nota 2, § 198. Esta terminología está consolidada, *vid.*, recientemente, *Judgment on Sentencing Appeals, Babić (IT-03-72)*, Appeals Chamber, 18 July 2005, § 38 (a partir de ahora: «*Babić Appeals Judgment*»).

<sup>89</sup> *Tadić Appeals Judgment*, *supra* nota 2, § 201.

<sup>90</sup> *Ibid.*, § 229; *Krnojelac Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 33; *Vasiljević Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 102; *Kvočka Appeals Judgment*, *supra* nota 43, § 89; *Babić Appeals Judgment*, *supra* nota 88, § 38.

<sup>91</sup> Cfr. VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, pp. 198 s. Ver también *Stakić Trial Judgment*, *supra* nota 4 § 439. En contra de esto y del reconocimiento general de la coautoría como forma de participación véase Art. 25 (3) (a) ECPI. Es más que sorprendente que la Sala de Apelación afirme que, de un lado, «esta forma de responsabilidad no está reconocida por el Derecho internacional consuetudinario», y, por otro, que la responsabilidad por JCE «está completamente asentada» (*Stakić Appeals Judgment*, *supra* nota 12, § 62). Esto demuestra un desconocimiento palmario de los principios generales del Derecho penal, que también obliga a los defensores del Derecho penal internacional, como el autor de estas líneas, a reconsiderar su posición (crit. también

mon design») de la tradición jurídica anglosajona o *common law*<sup>92</sup>. En cualquier caso, la JCE I es un concepto *sui generis* del Derecho Penal Internacional basado en las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*<sup>93</sup>, y que, *de lege lata*, viene a significar una auténtica «comisión» en los términos del art. 7 (1) del ETPY<sup>94</sup>, y una figura de «coautoría» según el tenor del art. 25 (3) (a) del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)<sup>95</sup>.

Otra cuestión más compleja es la de determinar qué *actos (objetivos)* se requieren para fundamentar una responsabilidad penal sobre la base de una JCE I. La Sala de Primera Instancia en el caso *Kvočka* ha reconocido acertadamente que «el umbral preciso de la intervención en una JCE no ha sido determinado»<sup>96</sup>. El (conocido) razonamiento del caso *Tadić* —adoptado sin modificación en los casos subsiguientes— mantiene que la «participación» en el designio común (léase JCE) «debe ser una forma de asistencia o colaboración en la ejecución del plan o propósito común»<sup>97</sup>. Recientemente, la Sala de Apelaciones confirmó que el acusado tiene que hacer una contribución al plan común y ésta tiene que ser significativa<sup>98</sup>. Este razonamiento de la jurisprudencia desdibuja los contornos de la JCE I (en-

---

OLÁSULO, «Reflections on the treatment of the notion of control of the crime and jce in the Stakic Appeals Judgement», *ICLR* 7 (2007), pp. 143, 157-58). En cualquier caso, la coautoría está reconocida explícitamente en el Art. 25 (3) (a) ECPI como correctamente afirma la decisión de la Sala Preliminar en *Prosecutor v. Lubanga*, supra nota 86.

<sup>92</sup> Mientras en el Derecho angloamericano la complicidad («*complicity*») requiere una contribución (causal) del *accomplice*, la doctrina de la JCE renuncia a este requisito y así compensa esta «deficiencia» del Derecho angloamericano común, ver VAN SLIEDREGT, supra nota 8, pp. 196 y ss.

<sup>93</sup> VAN SLIEDREGT, supra nota 8, p. 202.

<sup>94</sup> Cfr. POWLES, supra nota 72, pp. 610-611; V. HAAN, «The Development of the Concept of JCE at the ICTY», 5 *International Criminal Law Review (ICLR)*, 2005, pp. 167-201. Vid. también, aunque más radical, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Lindholm, Trial Judgment, Simić (IT-95-9/2), Trial Chamber, 17 October 2003, § 2 y ss, separándose de la JCE.

<sup>95</sup> Sin embargo, en *Prosecutor v. Lubanga*, supra nota 86, § 323 la Sala de Cuestiones Preliminares dice que «the concept of co-perpetration pursuant to article 25 (3) (a) of the Statute differs from that of co-perpetration based on the existence of a joint criminal enterprise ...». La Sala entiende la JCE como coautoría en sentido subjetivo enfatizando el estado mental con el cual el sujeto hace su contribución (§ 329).

<sup>96</sup> *Kvočka* Trial Judgment, supra nota 34, § 289.

<sup>97</sup> *Tadić* Appeals Judgment, supra nota 2, § 227; igualmente, *Krnojelac* Appeals Judgment, supra nota 4, § 31; *Vasiljević* Appeals Judgment, supra nota 4, § 100; *Babić* Appeals Judgment, supra nota 88, § 38; *Ntakirutimana* Appeals Judgment, supra nota 12, § 467

<sup>98</sup> *Brdanin* App. Judgment, supra nota 7, §§ 427, 430, 431.

tendida como coautoría) y las otras formas de JCE, especialmente la JCE III, que constituye —sólo— una forma de participación («aiding and abetting») en la JCE. De hecho, el intento de la Sala de Apelaciones en *Tadić* de distinguir coautoría y «aiding and abetting» ha fracasado debido a que el criterio utilizado atiende de manera exclusiva a la relación entre el autor principal y los partícipes, y a la importancia del elemento subjetivo en relación con el acuerdo común. Este criterio no toma en cuenta la diferencia entre la contribución objetiva de una persona que actúa sobre la base del propósito común (léase, «coautor») y los partícipes<sup>99</sup>. De hecho, si seguimos literalmente la distinción objetiva que realiza la Sala de Apelaciones, el partícipe haría una contribución más importante que el coautor, llevando a cabo actos sustanciales «específicamente dirigidos» a la asistencia en la realización del crimen principal, mientras que el coautor llevaría a cabo actos (de cualquier naturaleza) que «de algún modo» se dirigirían a la promoción o favorecimiento del plan o propósito común<sup>100</sup>. Esta interpretación modifica por completo la distinción tradicional entre coautores y partícipes que se basa fundamentalmente en la importancia de la contribución al hecho, que es más «sustancial» en los coautores. La única forma de darle sentido a la interpretación anterior es considerar que toda contribución de los partícipes, miembros de la JCE, es más significativa que la de cualquier otro autor (de un crimen aislado), pues su contribución aumenta el riesgo que representa en sí misma la propia existencia de cualquier JCE. Es decir, la importancia de la contribución al hecho varía en función del tipo de hecho: un crimen individual-aislado o macrocriminal-sistemático.

Resulta interesante que la Sala de Apelaciones en *Vasiljević*, a pesar de mantener la distinción del caso *Tadić*, considerase que todo interviniente en una JCE es responsable a título de coautor, al incurrir en un mayor grado de responsabilidad que los partícipes, quienes, en todo caso, son considerados accesorios respecto a los coautores de la JCE<sup>101</sup>. A pesar de que esta afirmación describe correctamente la distinción entre coautoría y participación, ella resulta algo imprecisa al no distinguir entre las diversas categorías de JCE, pues, como es sabido, sólo la JCE I comporta, en principio, una responsabilidad en coautoría. Además, esta postura contradice en buena medida la sentencia de la Sala de Apelación en *Tadić* que recordemos establecía la

<sup>99</sup> Cfr. *Tadić Appeals Judgment*, *supra* nota 2, § 229.

<sup>100</sup> *Ibid.*, § 229; de la misma opinión, *Krnjelac Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 33; *Vasiljević Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 102; *Kvočka Appeals Judgment*, *supra* nota 43, § 89.

<sup>101</sup> *Vasiljević Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 102.

diferenciación entre coautoría y participación sobre la base de la contribución al hecho, que, en muchos casos, era mayor en los partícipes que en los propios autores. Ambas posturas jurisprudenciales no pueden mantenerse. La jurisprudencia deberá, por tanto, bien asumir las reglas que delimitan la (co)autoría y la participación —solución que me parece mas acertada—, o deberá resolver esta cuestión caso a caso, tomando en cuenta en el momento de determinación judicial de la pena las distintas formas de intervención en el hecho<sup>102</sup>.

En el supuesto de la JCE II la atribución de responsabilidad a título de autoría o participación no está clara, y depende de cómo se entienda esta categoría. De un lado, si se caracteriza la JCE II como una variante de la JCE I<sup>103</sup>, con los mismos elementos, podrá tratarse de manera semejante a la JCE I, esto es: como coautoría. Si por el contrario la JCE II recibe el tratamiento que postula la Sala de Apelaciones en el caso *Kvočka*, y ya no es necesaria la «contribución esencial» a la JCE, bastando para generar responsabilidad penal la mera pertenencia y la previsibilidad de los crímenes, la JCE se aproxima en mayor medida a la JCE III<sup>104</sup>. Si se adopta esta última solución, la JCE II no podría considerarse «comisión», ni coautoría según el tenor de los arts. 7 (1) del ETPY, y 25 (3) (a) del ECPI. La JCE II (en sentido amplio) y la JCE III podrían ser clasificadas *estructuralmente* como formas de participación en una empresa criminal conjunta, comprendidas entre las otras formas de asistencia o colaboración («*otherwise aided and abetted*»), enunciadas en los arts. 7 (1) del EPY y 25 (3) (c) del ECPI, siempre que estas «otras formas»<sup>105</sup> se entiendan como formas de participación en la comisión colectiva y macrocriminal de la JCE. Sin embargo, con respecto al aspecto subjetivo, hay que advertir que la *mens rea* prevista en los arts. 7 (1) ETPY y 25 (3) (c) del ECPI en relación a los «*aider/abettor*» difiere del aspecto subjetivo de la JCE II y III. La *mens rea* de los partícipes requiere conocimiento<sup>106</sup> e intención (art. 30 ECPI) y, además, que el acto se realice «con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen» («*for the purpose of facilitating the commission of such a crime*»).

<sup>102</sup> *Vid.*, *infra* nota 120 y texto. Críticamente, DANNER/MARTINEZ, *supra* nota 1, pp. 141-142.

<sup>103</sup> Tadić Appeals Judgment, *supra* nota 2, § 203, 228.

<sup>104</sup> Consecuentemente, POWLES, *supra* nota 72, p. 610, considera que muchos de los casos del campo de concentración son supuestos de JCE III, en vez de JCE II.

<sup>105</sup> En contra de la «Ojdanić Decision», *supra* nota 4, § 19, la frase «de cualquier otra forma» no significa que las formas de responsabilidad del art. 7 (1) sean taxativas; correctamente, POWLES, *supra* nota 72, p. 611.

<sup>106</sup> *Vid.*, también POWLES, *supra* nota 72, p. 612-613 observa la incompatibilidad entre la fórmula de *aiding/abetting* y la JCE III.

Por otro lado, si se intenta buscar una *estructura de imputación* similar a la JCE II y III en el Estatuto de Roma (ECPI), parece que ésta podría hallarse en el art.25 (3) (d) del ECPI. De hecho, la Sala de Apelaciones en *Tadić* afirmó que el art 25 (3) (d) contiene una noción sustancialmente similar a la JCE<sup>107</sup>. Sin embargo, el tenor del art. 25 (3) (d) del ECPI no permite diferenciar las tres categorías de JCE que la sentencia *Tadić* establecía<sup>108</sup>. Mientras que la JCE I —como se indicó *supra*— da lugar a una responsabilidad por coautoría prevista en el art. 25 (3) (a) del ECPI, la JCE II y III no pueden incluirse dentro del art. 25 (3) (d) por, al menos, dos razones<sup>109</sup>. Por un lado, el art. 25 (3) (d) (ii) requiere el «conocimiento» de la intención del grupo de cometer el crimen, es decir, algo más que la mera previsibilidad de éste propia de la JCE II y III<sup>110</sup>; a pesar de que la JCE II y JCE III son compatibles con el elemento volitivo del tenor literal del art. 25 (3) (d) (i) («*Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo...*»), éste es incompatible con el elemento de la previsibilidad<sup>111</sup>, y, además, es necesario conforme al art. 25 (d) primer inciso una contribución *intencional* a la comisión del crimen, lo cual requiere ciertamente algo más que la mera previsibilidad<sup>112</sup> de que el crimen tenga lugar. Por otro lado, si se tiene en cuenta la similitud exis-

<sup>107</sup> *Tadić Appeals Judgment, supra* nota 2, § 222. De modo similar, también ARCHBOLD, *International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence*, 2.<sup>a</sup> ed., London, 2005, §§ 10-25; KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, Oxford, 2002, p. 236 y ss.; SCHABAS, *An Introduction to the ICC*, 2.<sup>a</sup>ed. Cambridge, 2004, pp. 103-104; OHLIN, *supra* nota 4, p. 85; GUSTAFSON, *supra* nota 3, p. 158 (sin mas explicación); CASSESE, *supra* nota 3, p. 132.

<sup>108</sup> En este sentido sorprende que OHLIN (*supra* nota 4, p. 77) relacione sin más el art. 25 con la JCE; así pues parece que Ohlin considera (pp. 78 y ss.) que la JCE se encuentra en el § 3 (d).

<sup>109</sup> También críticamente, POWLES, *supra* nota 72, pp. 617-618. Una visión diferente, VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, pp.107-108.

<sup>110</sup> Cfr. VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 108.

<sup>111</sup> En este sentido OHLIN, *supra* nota 4, p. 85. VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 108 discute, en los supuestos de JCE II, que éstos se puedan trasladar al art. 25 (d) (ii) con respecto a los intervinientes en un nivel intermedio de la organización, si ellos conocían el sistema de malos tratos de ésta; *vid.* su posición en *infra* nota 115 con texto principal.

<sup>112</sup> CASSESE, *supra* nota 3, p. 132, propone una interpretación extensiva del termino «*intentional*» («requiring that the intent be referred to the common criminal plan, and, as such, may also embrace acts performed by one of the participants outside that criminal plan ...») que choca con el principio de legalidad, en particular, con la prohibición de analogía prevista en el art. 22 (2) ECPI. Aún más atentatoria contra este principio resulta su interpretación del término «*knowledge*» del art. 25 (3) (d) (ii) si lo extiende a «*foresight and voluntary taking of a risk*». La aparente contradicción entre «*intención*» y «*previsibilidad*» sólo puede resolverse si se distingue entre el objeto de referencia de la intencionalidad exigida en el art. 25 (3) (d): mientras la contribución concreta del partícipe al hecho colectivo puede bien ser intencional, en cuanto a los excesos no actuaría intencionalmente, sino que éstos sólo le serían „previsibles».

tente entre JCE y la «*conspiracy*»<sup>113</sup> y la voluntad de los codificadores del estatuto de Roma de excluir expresamente esta forma de responsabilidad, no podemos sino afirmar que cualquier intento de subsunción de las JCE II y III en el art. 25 del ECPI supone ciertamente introducir por la *puerta de atrás* esta estructura de imputación, y vulnerar con ello el principio de legalidad. Así, el art. 25 (3) (d) aparece como un «sucedáneo estatutario de JCE»<sup>114</sup> del que la jurisprudencia de la CPI no podrá deducir las categorías II y III de JCE<sup>115</sup>. Ante esta situación, la única solución es codificar expresa y taxativamente las categorías II y III de la JCE (art. 22.2 del ECPI)<sup>116</sup>. Mientras esto no suceda, las JCE II y III seguirán siendo conceptos o estructuras sistemáticas de imputación novedosas y autónomas, sin plasmación jurídica alguna en una norma escrita y vigente de Derecho penal internacional.

*Last but not least*, la responsabilidad por JCE plantea un conflicto con el *principio de culpabilidad*. A pesar de que una parte de la jurisprudencia (*vid. supra* 2) trata de tener en cuenta el *rol* y la *función* de los intervinientes en la empresa criminal, todavía existe una tendencia jurisprudencial que considera a todos los intervinientes en un mismo nivel de atribución de responsabilidad<sup>117</sup>. Esta tendencia, que entronca con el *concepto unitario de autor*, no diferencia convenientemente las distintas contribuciones de los intervinientes en el hecho tal y como la propia Sala de Apelaciones reconoce<sup>118</sup>; esta concepción no viola *per se* el principio de culpabilidad si, en la fase judicial de determinación de la pena, el juez tiene en cuenta las diferentes contribuciones de cada uno de los intervinientes en la JCE<sup>119</sup>. Así, si la contribución al hecho es de menor envergadura podrá atenuarse la pena,

<sup>113</sup> *Supra* nota 72 y texto principal.

<sup>114</sup> FLETCHER /OHLIN, *supra* nota 72, pp. 546, 549.

<sup>115</sup> Igualmente, VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 354; otra opinión OHLIN, *supra* nota 4, pp. 78 ss., quien, sin embargo, propone una interpretación restrictiva de los requisitos de intencionalidad, previsibilidad y culpabilidad. De otra opinión, también los autores citados *supra* nota 107.

<sup>116</sup> *Vid.* también, *Stakić Trial Judgment*, *supra* nota 4, § 433.

<sup>117</sup> Cfr. *Judgement, Vasiljević (IT-98-32)*, Trial Chamber, 29 November 2002, § 67; igualmente, *Vasiljević Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 111; *Blagojević Trial Judgment*, *supra* nota 47, § 702. Ver también GUSTAFSON, *supra* nota 3, p. 146 («Each member ... equally guilty ...»). Críticamente, FLETCHER/OHLIN, *supra* nota 72, p. 550; OSIEL, *supra* nota 65, p. 798.

<sup>118</sup> *Brdanin App. Judgment*, *supra* nota 7, § 432 reconociendo «some disparities in that it [la concepción de la jurisprudencia] offers no formal distinction between JCE members who make overwhelmingly large contributions and JCE members whose contributions, though significant, are not as great».

<sup>119</sup> Sin embargo, OHLIN, *supra* nota 4, p. 87 s. considera certeramente que la cuestión de la culpabilidad no puede ser resuelta exclusivamente en el nivel de la determinación de la pena.

teniéndose en cuenta que, por regla general, las conductas de los partícipes merecen menor reproche y pena que los (co)autores<sup>120</sup>.

Por otro lado, tampoco resulta correcto justificar la falta de distinción entre formas de intervención en el delito conforme al desarrollo sistemático del Derecho penal internacional<sup>121</sup>; en primer lugar, el art. 25 (3) ECPI sí distingue, al menos terminológicamente, entre las diferentes formas de intervención<sup>122</sup>, y, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que el art. 21.1 c) del ECPI faculta a la CPI a aplicar el Derecho penal comparado, y con ello, puede perfeccionarse el desarrollo dogmático del mismo<sup>123</sup>.

En todo caso, y volviendo al principio de culpabilidad, la cuestión importante no es *en qué* fase o estadio se toman en cuenta los factores que determinan la culpabilidad, sino si éstos se toman en cuenta en absoluto. A este respecto, la cuestión clave es la conducta personal más que el rol, función o posición del sujeto en la organización. La culpabilidad implica una conducta personal que se refleja en la contribución individual a la empresa criminal, y que no ha de corresponderse necesariamente con la función asignada dentro de la JCE. Teniendo en cuenta estas consideraciones, hay que lamentar que el criterio de la contribución al hecho, utilizado por la Sala de Primera Instancia en el caso *Kvočka* para distinguir la responsabilidad de los intervinientes, haya sido rechazado por la Sala de Apelaciones<sup>124</sup>. A pesar de ello, hay que aplaudir que la reciente sentencia de la Sala de Apelaciones en *Brdanin* haya vuelto a aplicar este criterio.<sup>125</sup>

<sup>120</sup> *Kajelijeli Trial Judgment*, *supra* nota 18, § 963; *Vasiljević Appeals Judgment*, *supra* nota 4, § 182; *Krstić Trial Judgment*, *supra* nota 20, § 268; *Babić Appeals Judgment*, *supra* nota 88, § 40; *Brdanin App. Judgment*, *supra* nota 7, § 432 («... the Appeals Chamber recalls that any such disparity is adequately dealt with at the sentencing stage»). De la misma opinión CASSESE, *supra* nota 3, pp.110, 112, 122; sin embargo, parece sólo una visión excesivamente naturalista afirmar que el autor material siempre debe recibir una pena más grave que aquel que no ejecuta materialmente el delito (p. 122: «... the one that did not materially perpetrate the crime the further crime must get a less heavy sentence... »). Críticamente DANNER AND MARTINEZ, *supra* nota 1, p. 141-142. Para un análisis comparativo AMBOS, «Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections», *12 Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2005), p 173, pp. 182 y ss.

<sup>121</sup> Así el argumento de CASSESE, *supra* nota 3, p. 120 («rudimentary body of law»).

<sup>122</sup> Ver *Prosecutor v. Lubanga*, *supra* nota 86, para. 317 ss.

<sup>123</sup> Un buen ejemplo de ello, en HAMDORF, *supra* nota 9, pp. 224 ss. que desarrolla los requisitos de la JCE sobre la base del Derecho alemán y inglés.

<sup>124</sup> Vid. *supra* nota 34 y ss. y texto principal. Críticamente también VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, pp. 353-354; DANNER AND MARTINEZ, *supra* nota 1, pp. 134, 150.

<sup>125</sup> Ver *supra* nota 9 con texto principal y mas referencias.

Sea como fuere, el conflicto que plantea la JCE III con el principio de culpabilidad es de mayor envergadura. Si *todos* los miembros del grupo son considerados responsables por los actos de *algunos* miembros —incluso a pesar de que esos actos no hubiesen sido acordados con anterioridad, aunque sí fuesen previsibles— la teoría del acuerdo previo, que vertebra la atribución recíproca de responsabilidad en la coautoría, queda abolida<sup>126</sup>. La existencia de una causalidad natural entre el acuerdo inicial y el exceso criminal —que en todo caso no es suficiente para fundamentar la imputación objetiva— no resuelve el déficit de culpabilidad<sup>127</sup>.

Por otro lado, el criterio de la *previsibilidad* del crimen no es ni preciso, ni fiable<sup>128</sup>. Irónicamente hablando alguien podría afirmar que la referencia a la previsibilidad del crimen convierte a la pena del acusado en algo *imprevisible* (por cierto, este mismo argumento puede dirigirse a la teoría de la imprudencia). La inseguridad de este criterio dificulta el reproche penal a los miembros de la organización que no abandonan la empresa criminal por el mero hecho de no haber previsto el posible resultado lesivo<sup>129</sup>. En última instancia, la aplicación de este criterio convierte a esta forma de responsabilidad en una suerte de responsabilidad objetiva<sup>130</sup>. Las ventajas probatorias que ofrece la aplicación de la categoría JCE III parecen ser la razón de que la Fiscalía del TPIY recurra con frecuencia a la JCE III como criterio de imputación, sobre todo en aquellos supuestos en los que faltan pruebas directas de intervención en el delito<sup>131</sup>. La aplicación de esta categoría dificulta en buena medida la defensa de los acusa-

<sup>126</sup> Vid. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, (AT), Berlin, reimpr. 2004, pp. 557 y ss.; idem, *La Parte General del Derecho Penal Internacional*, Bogotá (Temis), reimpr. 2006, pp. 185 y ss.

<sup>127</sup> Esto es ignorado por CASSESE, *supra* nota 3, p. 119 cuando alega que existe un «causal link between the concerted crime and the 'incidental' crime...».

<sup>128</sup> Cfr. FLETCHER/OHLIN, *supra* nota 72, p. 550. Vid. los ejemplos de HAAN, *supra* nota 94, pp. 191-192.

<sup>129</sup> Por lo tanto, el argumento de CASSESE, *supra* nota 3, p. 120 de que la culpabilidad del miembro de la JCE reside en el hecho que no «has prevented the further crime, or disassociated himself from its likely commission» no es convincente, pues da por supuesto el conocimiento posible del crimen que, sin embargo, todavía debe ser probado, y, por lo tanto, su postura se convierte es una *petitio principii*.

<sup>130</sup> Vid. VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 106 y ss, p. 357 y ss.; SCHABAS, *supra* nota 107, pp. 104-105; METTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, pp. 292-293; HAAN, *supra* nota 94, p. 200; FLETCHER/OHLIN, *supra* nota 72, p. 550. Si esto es cierto, no es posible construir una responsabilidad por imprudencia como lo quiere hacer OHLIN, *supra* nota 4, p. 83.

<sup>131</sup> Cfr. VOGEL, *supra* nota 68, p. 421; HAAN, *supra* nota 94, pp. 172 y ss.; DANNER/MARTINEZ, *supra* nota 1, p. 134; VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 187.

dos; no obstante, parece que la jurisprudencia también ha tenido problemas para aplicar este criterio de la previsibilidad, y por ello, en ocasiones, ha reconducido la JCE III a una especie de complicidad<sup>132</sup>, o ha incrementado el umbral o aspecto subjetivo del mismo, requiriendo, al efecto, la prueba de que en el caso en concreto el acusado dispuso de información, o conocía datos que le permitían concluir que los crímenes eran previsibles<sup>133</sup>. La prueba del conocimiento requiere algo más que el dolo eventual o *recklessness*, tal y como se estableció en el caso *Tadić*<sup>134</sup>, pero el vínculo entre conocimiento y previsibilidad no está claro en absoluto. Si concedemos a ambas cuestiones un significado subjetivo, referidas por tanto a la *mens rea* del sujeto concreto, la combinación de los dos estándares subjetivos resulta algo similar a la «cuadratura del círculo». El acusado, o bien conoce que un determinado resultado lesivo va a acontecer, o bien ese resultado resulta previsible para él; las dos cosas a la vez son, lógicamente, imposibles. De hecho, el conocimiento es un elemento de la comisión dolosa (art. 30 del ECPI), mientras que el criterio de la previsibilidad pertenece a las teorías de la *recklessness* o de la imprudencia. Una posible solución alternativa a este *impasse* es interpretar la previsibilidad como criterio objetivo (en el sentido del criterio del «hombre medio»), dejando, así, el conocimiento como único elemento subjetivo de la responsabilidad<sup>135</sup>. Naturalmente, esto dificulta la situación para la defensa pues mientras que para el fiscal y/o el tribunal es fácil alegar que el «hombre medio» habría previsto el resultado lesivo, para la defensa probar lo contrario resulta difícil, cuando no imposible.

<sup>132</sup> Vid. ej. *Blagojević Trial Judgment*, *supra* nota 47 y texto principal; *Kvočka Trial Judgment*, *supra* nota 34 y texto principal.

<sup>133</sup> *Kvočka Appeals Judgment*, *supra* nota 43, § 86, «A participant may be responsible for such crimes only if the Prosecution proves that the accused had sufficient knowledge such that the additional crimes were a natural and foreseeable consequence to him»; igualmente, *Limaj Trial Judgment*, *supra* nota 18, § 512; *Krajišnik Trial Judgment*, *supra* nota 3, § 882.

<sup>134</sup> Vid. *supra* después de nota 12 en texto: «el acusado asumió, intencionalmente, ese riesgo».

<sup>135</sup> Este punto de vista fue tomado —después de haberse entregado al editor la versión original de este artículo— en el *Krajišnik Trial Judgment*, *supra* nota 3, § 882. La misma posición defiende CASSESE, *supra* nota 3, p. 123 pero con el argumento (entre otros) de que los crímenes internacionales son cometidos normalmente en escenarios de conflictos armados y tan graves que se debe bajar el «threshold» de previsibilidad OHLIN, *supra* nota 4, p. 81, entremezcla el nivel objetivo y subjetivo si requiere previsibilidad «to the defendant» (*subjetivo*) y, en la próxima frase, alega que «if it is *objectively* foreseeable that other members of the enterprise might extend their actions beyond their agreement, then all members... can be charged with the crime.» (cursiva añadida).

En suma, la responsabilidad por JCE III presupone, en primer lugar, la previsibilidad objetiva de los crímenes que acontecieron más allá del objeto o finalidad de la empresa criminal (teniendo en cuenta que, normalmente, estos crímenes ocurren en el desarrollo normal de los acontecimientos en el seno de la empresa criminal) y, en segundo lugar, el conocimiento de la misma por parte del sujeto actuante en función de las circunstancias<sup>136</sup>. En otras palabras: el sujeto debe conocer que los crímenes en cuestión pueden acontecer en el curso normal de la empresa criminal respectiva. A pesar de que esta interpretación puede integrar la ilógica combinación conocimiento («knowledge»)/previsibilidad («foreseeability») y así respetar el principio de culpabilidad, la misma puede generar problemas en aquellos casos en los que el acusado alegue falta de conocimiento de la previsibilidad del crimen. Por ejemplo, el acusado puede aducir el argumento de que desconocía la previsibilidad de que aconteciese un crimen que excedía de la empresa criminal, a pesar de que el «hombre medio» («reasonable person»), en la posición del acusado, hubiera conocido el riesgo de la comisión del crimen. En estos casos, el acusado puede alegar la concurrencia de un error (de hecho o de derecho), y así adentrarnos en la complejidad que la teoría del error conlleva, que por razones de espacio no puede ser objeto de este trabajo. Estas dificultades podrían obviarse si se partiese de la percepción individual *ex ante* del acusado concreto, y nos apartásemos, pues, del criterio del «hombre medio».

Por otro lado, debe mencionarse la tendencia jurisprudencial de expandir el criterio de la previsibilidad a los llamados crímenes de intención. Como se dijo anteriormente<sup>137</sup>, la Sala de Apelaciones en el caso *Brdjanin* redujo el elemento subjetivo específico del crimen de genocidio en los supuestos de JCE III, y lo limitó a la cuestión de la mera previsibilidad, dejando, así, al margen el elemento subjetivo del injusto, y superando con ello los conocidos problemas probatorios. El tribunal en el caso *Milošević* mantuvo este mismo enfoque<sup>138</sup>. Sin embargo, este enfoque no puede considerarse unívocamente asentado por la jurisprudencia. Por ejemplo, la Sala de Primera Instancia en el caso *Stakić y Brdjanin* estableció que el elemento subjetivo específico del injusto también debía estar presente en los su-

<sup>136</sup> Si bien la jurisprudencia no es clara, tal interpretación objetiva-subjetiva puede considerarse de diversas formas, requiriendo la consciencia respecto a «*unintended crimes*». Vid., por ejemplo, *Brdanin & Talić decision, supra* nota 22, § 31; *Blaškić Appeals Judgment, supra* nota 4, § 33. También POWLES, *supra* nota 72, p. 609.

<sup>137</sup> Vid. *supra* nota 56 y texto principal.

<sup>138</sup> Vid. *supra* nota 60 y texto.

puestos de JCE III<sup>139</sup>. Con posterioridad, la Sala de Apelaciones en *Krstić* rechazó la responsabilidad del acusado por las matanzas de Srebrenica sobre la base de la JCE a falta de prueba del propósito genocida<sup>140</sup>; en este caso, la categoría de JCE III ni siquiera fue invocada, evitándose, así, los problemas que ésta planteaba en torno a la *mens rea*.

## B) Responsabilidad del superior

El art. 28 del ECPI es la norma más desarrollada y concreta sobre la responsabilidad del superior jerárquico, y consagra un delito propio de omisión („*echtes Unterlassungsdelikt*«)<sup>141</sup>. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido la existencia de esta forma de responsabilidad y, a partir de la entrada en vigor del art 28 del ECPI, también se regula en un Tratado internacional de alcance universal. En términos estructurales, el superior es responsable por no supervisar adecuadamente a sus tropas, y además, por la comisión de los crímenes cometidos por sus subordinados<sup>142</sup>. De ese modo, esta forma de responsabilidad crea, de un lado, una responsabilidad *directa* por la falta de supervisión o control de los subordinados, y de otro, una responsabilidad *indirecta* por los actos de terceros (subordinados) a modo de una responsabilidad vicarial («*vicarious liability*«)<sup>143</sup>. La responsabilidad por no intervenir *se pone en pie de igualdad* con la responsabilidad por no supervisar adecuadamente a sus subordina-

<sup>139</sup> *Stakić Trial Judgment*, *supra* nota 4, § 530; «Decision on Motion for Acquittal pursuant to Rule 98 bis», *Brdanin* (IT-99-36), Trial Chamber, 28 November 2003, § 30. En este sentido también CASSESE, *supra* nota 3, p. 121, 133. *Vid.*, la diferente opinión del Magistrado Shahabudden respecto a *Brdanin Appeals Judgment*, *supra* nota 7, requiriendo, por un lado, la existencia «siempre» de una intención específica (§ 4) y, por otro, manteniendo que ésta se encuentra en JCE III (§ 5). Sobre la intención específica, *vid.* la doctrina, por ejemplo, METTRAUX, *supra* nota 130, p. 215, 264-265, 289; HAAN, *supra* nota 94, p. 198-199, 200; DANNER AND MARTINEZ, *supra* nota 1, p. 151; VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, 191 ss.

<sup>140</sup> *Krstić Appeals Judgment*, *supra* nota 24, § 134, 135 y ss.; por tanto, la Cámara condenó a Krstić «exclusivamente» por promover y por complicidad en el genocidio.

<sup>141</sup> Ver con más referencias, AMBOS, «Superior responsibility», en *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, Vol. I, Oxford, 2002, p. 828, pp. 850-851; *el mismo*, La Parte General, *supra* nota 126, p. 295 ss.

<sup>142</sup> Recientemente, *Orić Trial Judgment*, *supra* nota 17, § 293: «incumplimiento del deber».

<sup>143</sup> Sobre la semejanza de esta responsabilidad con la responsabilidad empresario, *vid.* AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, *supra* nota 126, pp. 844 y ss.; también VAN SLIEDREGT, *supra* nota 62, p. 352. Sobre el objeto de la responsabilidad de un superior, *vid.* recientemente, *Hadzihasanović Trial Judgment*, *supra* nota 18, § 67 y ss.

dos y no denunciar la comisión de sus crímenes. Este es uno de los problemas que genera esta forma de responsabilidad con el principio de culpabilidad<sup>144</sup>.

La responsabilidad por omisión presupone un *deber de actuar* por parte de una persona que se encuentra en una posición específica de «garante» (posición y deber de garante). Este deber justifica la equivalencia moral («*moral equivalence*») entre la omisión de prevenir un resultado lesivo y la causación activa del mismo. La posición de «jefe o superior» como garante transcurre por su responsabilidad sobre un ámbito determinado de competencia y sobre sus subordinados (art. 1 de la Convención de la Haya de 1907 y art. 4 (A) (2) de la III Convención de Ginebra de 1949). El superior posee una posición de garante de supervisión con deberes de observación y control frente a sus subordinados, quienes constituyen a su vez una fuente potencial de peligro o riesgo<sup>145</sup>. Estos deberes se definen en el art. 87 en relación con el art. 43 (1) del Protocolo adicional I de las Convenciones de Ginebra de 1977 (PA I). De acuerdo con ello, el jefe o superior militar está obligado a prevenir, reprimir y denunciar las violaciones de las Convenciones de Ginebra y del PA I de los miembros de las fuerzas armadas, y de otras personas bajo su control (art. 87 (1) PA I). De algún modo, se puede hablar de un deber legal de actuar ya que este deber se fundamenta en una norma positiva de Derecho internacional convencional, superándose, así, la fase del Derecho internacional consuetudinario. Este deber general de actuar está complementado por las reglas específicas sobre conductas positivas (activas) establecidas en el PA I<sup>146</sup>. A pesar de que en un principio los destinatarios de estas normas fueron los Estados, en la actualidad, estas normas son consideradas reglas básicas sobre responsabilidad

---

<sup>144</sup> Por esta razón el Código Penal Internacional Alemán (*Völkerstrafgesetzbuch, Bundesgesetzblatt 2002 I 2254*) distingue entre responsabilidad a título de autor por omitir impedir la comisión de los crímenes (§ 4), y la responsabilidad por no supervisar o controlar a sus subordinados, (§13) o no denunciar los delitos de éstos (§ 14). Vid versión en español, trad. de *Gil Gil*, en línea: [http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene\\_Projekte\\_Translation.html](http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte_Translation.html). Igualmente, CASSESE, *International Criminal Law* (Oxford: 2003), pp. 206-207.

<sup>145</sup> Cfr. WEIGEND, «Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht», 116 *ZStW* (2004) p. 999, p. 1004, p. 1013. De la misma opinión, TRIFFTERER, «Command responsibility' - crimen sui generis or participation 'as otherwise provided' in Art. 28 Rome Statute», en ARNOLD *et al.* (eds), *Festschrift für Albin Eser*, München, 2005, p. 910, para este autor el deber (de actuar) se fundamenta por el ejercicio del control efectivo.

<sup>146</sup> DE PREUX, «Commentary on Articles 86 and 87 of Protocol Additional I», en SANDOZ/SWINARSKI/ ZIMMERMANN (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1988 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Geneva, 1986, nota marginal 3536.

individual por omisión, dado que la responsabilidad del superior y la mayor parte de los crímenes recogidos en las Convenciones de Ginebra, han sido plasmados por el ECPI y por las normas de Derecho penal interno que lo han armonizado.

El presupuesto mínimo de la responsabilidad del superior es que éste ostente el mando («*command*»)<sup>147</sup>. Normalmente un superior con mando y autoridad *controla* a sus subordinados y tiene la capacidad de impartir órdenes. El control (mando, autoridad) debe ser efectivo;<sup>148</sup> un mero control *de iure* es insuficiente.<sup>149</sup> Este no es un requisito mecánico o natural, sino en gran parte normativo<sup>150</sup>. De hecho, la responsabilidad del superior por omisión redundaba —en un nivel objetivo— en su autoridad y control efectivo; la posibilidad de ejercer el control conforma el fundamento legal y legítimo de su responsabilidad, y justifica su deber de intervenir a pesar de que la forma de ese control pueda variar según sea la posición que el superior ostente<sup>151</sup>. Otras cuestiones importantes atienden, por ejemplo, a la necesidad de establecer la existencia de ese control efectivo sobre los subordinados, a la comprobación de la existencia de terceras personas en esas funciones de control, o a la necesidad y medida de que el superior identifique a sus subordinados; sobre este último aspecto la Sala de Apelaciones ha afirmado, recientemente, que el superior «no tiene que conocer necesariamente la identidad exacta de los subordinados que cometen crímenes...»<sup>152</sup>. En todo caso, el art. 28 del ECPI exige que los crímenes de los subordinados sean «resultado» de «no haber ejercido un control adecuado», es decir, que —a diferencia de la jurisprudencia del TPIY<sup>153</sup>— se requiere que exista una

<sup>147</sup> Sobre las fuentes del mando *de iure*, vid. BANTEKAS, «The Contemporary Law of Superior Responsibility», 93 *American Journal of International Law* (1999), pp. 573, 578-579.

<sup>148</sup> Vid. BANTEKAS, *supra* nota 147, p. 580; OSIEL, *supra* nota 65, pp. 795-796; *ibid.*, pp. 1774 y ss.

<sup>149</sup> *Blagojevic & Jokic App. Judgement*, *supra* nota 49, § 302.

<sup>150</sup> Vid. OSIEL, *supra* nota 1, p. 1779. De alguna forma, esto es consecuencia de que el requisito del control es un elemento de la imputación objetiva de los crímenes al superior, siendo esta imputación interpretada por la doctrina penal normativamente (Vid. desarrollo desde *imputatio facti* a imputación normativa, AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, *supra* nota 126, pp. 518 y ss.; EL MISMO, *La Parte General*, *supra* nota 126, pp. 143 y ss.).

<sup>151</sup> Vid. OSIEL, *supra* nota 65, p. 796.

<sup>152</sup> *Blagojevic & Jokic App. Judgement*, *supra* nota 49, § 287: «...a superior need not necessarily know the exact identity of his or her subordinates who perpetrate crimes ...». En el mismo sentido, *Orić Trial Judgment*, *supra* nota 17, § 311; en contra la Defensa requería la identificación de la/s persona (s) que cometieron los delitos (*ibid.*, § 315).

<sup>153</sup> Recientemente, más referencias en *Orić Trial Judgment*, *supra* nota 17, § 338.

relación de causalidad entre la falta de control del superior y la comisión de los crímenes por los subordinados. El requisito de la causalidad se deduce también del hecho de que los crímenes mencionados estén «causados» por la falta de supervisión<sup>154</sup>.

La naturaleza y el ámbito o alcance de los *crímenes de los subordinados* es una cuestión controvertida. La Sala de Primera Instancia en el caso *Orić*, basándose en una decisión anterior<sup>155</sup>, defendió una responsabilidad del superior amplia en relación con *todos* los comportamientos de los subordinados, incluyéndose, así, comportamientos activos, omisivos<sup>156</sup>, diversas formas de participación (instigación, auxilio, cooperación), en grado de tentativa o ya consumados<sup>157</sup>. La Sala justifica esta responsabilidad tan amplia aduciendo que el fundamento de la responsabilidad del superior es el de «asegurar que los subordinados no violen el Derecho internacional humanitario, a través de actos de lesión, o de omisiones (infracciones) de los deberes de protección»<sup>158</sup>. Recientemente, en la misma línea de argumentación, la Sala de Apelaciones afirmó que el término «cometer» del art. 7 (3) incluía todas las modalidades de responsabilidad previstas en el art. 7 (1).<sup>159</sup> Sin embargo, una interpretación tan amplia parece entrar en conflicto con el principio de legalidad, sobre todo en la vertiente del *nullum crimen sine lege stricta* (prohibición de la analogía). Si se parte del término «cometer» del art. 7 (1), parece que éste alude exclusivamente a la autoría directa («*direct perpetration*») o indirecta (autoría mediata),<sup>160</sup> pues, de otro modo, no tendría mucho sentido que el art. 7 (1) mencionara aparte las otras formas de participación de manera expresa («la persona que haya planificado, instigado u ordenado la comisión (...), o haya ayudado (...) a ejecutarlo»). Por esta razón, resulta especialmente difícil considerar que el término «cometer» se extiende también a las conductas de participación. En esta misma línea de diferenciación se sitúa el art. 25 (3) del ECPI. Esta norma establece que son penalmente responsables los autores directos, los coautores y los autores mediatos (letra a), los cuales deben distinguirse de otras formas de participación, entre otros, los que «ordenen, propongan o induzcan (letra b)», o los que «con propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sean cóm-

<sup>154</sup> OSIEL, *supra* nota 65, p. 796.

<sup>155</sup> Decisión de la Fiscalía para modificar el acta de acusación, BOSKOSKI y TARCULOVSKI (IT-04-82-PT), 26 May 2006, §§ 18 y ss.

<sup>156</sup> *Orić Trial Judgment*, *supra* nota 17, § 298 y ss.

<sup>157</sup> *Ibid.*, §§ 328, 334 con mas referencias sobre la inconsistencia de la jurisprudencia.

<sup>158</sup> *Ibid.*, § 300.

<sup>159</sup> *Blagojevic & Jokic App. Judgement*, *supra* nota 49, §§ 280 et seq. (280, 282).

<sup>160</sup> Ver *infra* nota 186 y texto principal.

plices (...) o colaboren en la comisión...» (letra c). Asimismo, la jurisprudencia del TPIY ha interpretado el significado del término «cometiendo» («*committing*») como «perpetración o ejecución física de un crimen, o constitutiva de una omisión punible...»<sup>161</sup>. Esta interpretación literal no puede desplazarse invocando una interpretación teleológica, en función de una (amplia) finalidad que se le otorgue a la responsabilidad del superior. Incluso admitiendo el argumento de la Sala de Primera Instancia en *Orić* —a pesar de no resultar concluyente—, es más que discutible que la finalidad de la responsabilidad del superior vaya tan lejos. Si se sigue esta amplia interpretación, el superior militar podría convertirse en una suerte de «cuasi-policía» con una responsabilidad general de imponer la *ley y el orden* en su área de competencia. Esta interpretación no es usual en la práctica estatal, y, en última instancia, podría resultar contraproducente, pues muchos Estados —especialmente aquellos en los que se desarrollan conflictos armados— se abstendrían de aplicar esta forma de responsabilidad en su práctica judicial y en su Derecho militar. De todos modos, todavía hay que esperar para conocer cómo resuelve estas cuestiones la Sala de Apelaciones en el caso *Orić*<sup>162</sup>.

El art. 28 del ECPI tiene una estructura peculiar, donde la *mens rea* del superior se extiende más allá de la falta de vigilancia o supervisión (omisión), abarcando también los crímenes de los subordinados<sup>163</sup>. El grado requerido de la *mens rea* va desde la *consciencia del control efectivo*<sup>164</sup> y el *conocimiento* de los crímenes —como lo dispone de forma explícita los arts. 7 (3) de ETPY, 6 (3) ETPR, 28 (1) (a) y 28 (2) (a) del ECPI—, hasta una especie de *imprudencia consciente* o «*recklessness*». Este último estándar subjetivo proviene del art. 86 (2) PA I (el superior que «teniendo información que le permita concluir...»), y puede interpretarse como una ignorancia consciente en el sentido de la ceguera intencional (*wilful blindness*)<sup>165</sup>. De forma similar, los estándares de «haber debido saber» y el de «deliberadamente haber hecho caso omiso» de los arts. 28 (1) (a) y 28 (2) (a) del ECPI respectivamente no requieren ni consciencia ni presunción de conocimiento sobre la base de hechos objetivos. Es decir, los supe-

<sup>161</sup> *Tadić Appeals Judgment*, *supra* nota 2, § 188; Judgment, *Kunarac/Kovac* (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), Trial Chamber, 22 February 2001, § 390; *Krstić Trial Judgment*, *supra* nota 20, § 601; *Kvočka Trial Judgment*, *supra* nota 34, § 243.

<sup>162</sup> Sobre la crítica de la parte defensora, *Vid. the Appeals Brief* de VIDOVIC y JONES, depositado el 16 de octubre 2006, § 340 y ss.

<sup>163</sup> Sobre la comisión de delitos de intención por imprudencia, *vid. AMBOS, Der Allgemeine Teil*, *supra* nota 126, pp. 852-853.

<sup>164</sup> Sobre este requisito, *Orić Trial Judgment*, *supra* nota 17, § 316.

<sup>165</sup> DE PREUX, *supra* nota 146, nota marginal 3545-3546.

riores deben poseer *información* que les permita concluir que los subordinados están cometiendo crímenes<sup>166</sup>. Por otro lado, se debe advertir que los requisitos con respecto a la *mens rea* varían en función de si se trata de superiores militares o superiores civiles, lo cual es, en cualquier caso, una cuestión de grado. Así, mientras que el superior militar debe tener en cuenta la «información» de la que dispone, el superior civil sólo debe actuar cuando la información le indique «claramente» la comisión de los crímenes; este último se refiere a la mencionada imprudencia consciente o *recklessness*<sup>167</sup>, que, a diferencia del primero, requiere algo menos, semejante a cualquier forma de imprudencia (incluyendo la inconsciente), a pesar de que la jurisprudencia internacional lo interprete de otro modo<sup>168</sup>.

#### 4. Consideraciones finales: JCE, responsabilidad del superior y la teoría del dominio por organización

El análisis de la JCE y de la responsabilidad del superior demuestra que las dos formas de responsabilidad difieren fundamentalmente en su estructura conceptual («*conceptual structure*»).

La diferencia más notable entre ellas estriba en que la JCE presupone un comportamiento o una contribución activa, a diferencia de la responsabilidad del superior que se fundamenta sobre la base de un comportamiento omisivo. Desde esta perspectiva, estas formas de responsabilidad son excluyentes: o bien una persona contribuye a la consecución de un crimen a través de comportamientos activos, o bien omite prevenir un resultado. Que aparezcan simultáneamente las dos formas de responsabilidad parece ser, *a primera vista*, lógicamente imposible. No obstante, si se ahonda con profundidad en el contexto en el que se desarrollan estos crímenes, donde las conductas se desarrollan en tiempos y lugares distintos, pueden concebirse casos en que el mismo superior participe activamente en una JCE y simultáneamente omita intervenir en la ejecución de los crímenes cometidos en el marco de esta JCE. Otra diferencia importante entre ambas formas de responsabilidad es que la responsabilidad del superior presupone, *per definitionem*, la existencia de una relación superior-su-

<sup>166</sup> AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, *supra* nota 126, pp. 868-867, 870 con referencias.

<sup>167</sup> Para un análisis detallado, AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, *supra* nota 126, pp. 863 y ss.

<sup>168</sup> Judgement (Reasons), *Bagilishema*, Appels Chamber, 3 Julio 2002, § 35; igualmente, *Blaskić Appeals Judgement*, *supra* nota 18, § 63.

bordinado, es decir, una *relación jerárquica, vertical* entre aquél que tiene el deber de supervisar, y un tercero que ejecuta directamente los crímenes que deben ser prevenidos por aquél que supervisa. Sin embargo, en la JCE, al menos JCE I entendida como coautoría, las personas que actúan normalmente pertenecen a un mismo nivel jerárquico y operan de *modo coordinado y horizontal*<sup>169</sup>, por lo que no es necesario demostrar «la responsabilidad del superior»<sup>170</sup>, ni la «posición de *leader político*»<sup>171</sup>. En general, la JCE requiere un «mínimo de coordinación» que se representa «por la expresión de la voluntad horizontal» que une a los intervinientes<sup>172</sup>. La amplitud y flexibilidad de la teoría de la JCE permite apreciar la existencia de responsabilidad también en supuestos de redes informales y relaciones más laxas, a diferencia de la teoría de la responsabilidad del superior<sup>173</sup>. La tercera diferencia entre JCE y la responsabilidad del superior estriba en el aspecto subjetivo o *mens rea*. En la JCE I, los participantes comparten la intención o propósito de otros participantes, es decir, la *mens rea* es común a todos ellos, abarcando la comisión de crímenes específicos y el objetivo final de la empresa criminal conjunta. En las otras categorías de JCE, especialmente la JCE III, el interviniente debe ser consciente, al menos, del objetivo o propósito común y de la previsibilidad (objetiva) de la comisión de ciertos crímenes. A *sensu contrario*, en la responsabilidad del superior el objeto principal del injusto radica en la falta (omisión) de control del superior, y, en consecuencia, la *mens rea* abarca la mera omisión y solamente de manera indirecta, los crímenes de los subordinados<sup>174</sup>.

A pesar de estas diferencias, estas dos formas de responsabilidad son aplicadas con frecuencia de manera simultánea (*supra* 2). Para poder ser aplicadas simultáneamente es necesario que el acusado ostente un determinado rango en la jerarquía del aparato criminal. En otras palabras: la aplicación simultánea de estas modalidades de responsabilidad presupone la existencia de diferencias jerárquicas entre los diversos miembros de la organización. De esta manera, la diferencia estructural entre una y otra forma de responsabilidad (jerarquía *vs.* coordinación) va perdiendo importancia. De hecho, esta diferencia sólo adquiere importancia en los supuestos de JCE I como modalidad de coautoría en las que existen relaciones horizontales en-

<sup>169</sup> Sobre esta diferencia estructural también OSIEL, *supra* nota 65, p 797; *ibidem*, *supra* nota 1, p. 1769 y ss.

<sup>170</sup> *Kvočka Appeals Judgment*, *supra* nota 43, § 104.

<sup>171</sup> *Judgment, Babić* (IT-03-72), Trial Chamber, 29 June 2004, § 60.

<sup>172</sup> *Judgment Perreira*, *supra* nota 15, pp. 19-20.

<sup>173</sup> OSIEL, *supra* nota 1, pp. 1786 y ss.

<sup>174</sup> Ver *supra* nota 163 referente al art. 28 ECPI.

tre los coautores. A diferencia de esto, en los supuestos de JCE II y III, los superiores de rango medio o alto pueden respaldar una empresa criminal, y al mismo tiempo pueden omitir el control de sus subordinados. Esto muestra que el antagonismo mencionado entre acción y omisión que arriba se mencionó, sólo es aplicable en sentido estricto cuando se trata de crímenes aislados, y no en los supuestos de macrocriminalidad, propios del Derecho penal internacional.

La JCE (II y III) se caracteriza por la interacción de varias personas de los distintos niveles jerárquicos<sup>175</sup>. La Fiscalía se suele beneficiar de las *ventajas probatorias* que una y otra teoría conllevan: en lugar de probar la comisión directa del superior, basta con probar el acontecimiento de un crimen y vincular su comisión al superior<sup>176</sup>. La similitud estructural entre JCE III y la responsabilidad del superior se hace patente con respecto al aspecto subjetivo necesario para fundamentar la condena del acusado: las dos formas de responsabilidad permiten al Fiscal graduar o rebajar el elemento subjetivo del injusto (genocidio) hasta el criterio de la mera previsibilidad o incluso a la imprudencia (responsabilidad del superior). La Sala de Primera Instancia en el caso *Milošević* aplicó esta solución —ya apuntada por la Sala de Apelaciones en el caso *Brdanin*— a la responsabilidad del superior<sup>177</sup>. Igualmente, la Sala de Primera Instancia en el caso *Krstić* determinó con respecto a la responsabilidad del superior que tan sólo era necesario que el superior «estuviera al corriente de los propósitos genocidas» de los autores principales<sup>178</sup>. Esto significa que tanto los intervinientes en una JCE, y los superiores en el sentido del art. 7 (3) del ETPY, pueden ser responsables de un genocidio sin concurrir en ellos mismos el elemento subjetivo específico del delito; el mero conocimiento del *dolus specialis* de los genocidas puede ser suficiente. De nuevo, esto demuestra que el «trasfondo común» de la responsabilidad por JCE o la del superior es la necesidad y la aspiración de superar los conocidos problemas probatorios<sup>179</sup> que se plantean, especialmente, en el delito de genocidio, con respecto al ele-

<sup>175</sup> De modo similar, HAAN, *supra* nota 94, p. 196 considerando que la mayoría de los casos ante la ICTY son de esta naturaleza.

<sup>176</sup> Sobre estas ventajas probatorias también GUSTAFSON, *supra* nota 3, p. 137: «... ability to connect a defendant, who did not physically perpetrate certain crimes, to these crimes by encompassing the defendant and the perpetrators within a single common criminal group». Toda la argumentación de este autor parece estar orientada a la consecución de una condena de los procesados, p. 158 («If the Trial Chamber's conclusions ... are upheld, the prosecution is unlikely to be successful ...»).

<sup>177</sup> *Supra* notas 56, 60, 137 y texto.

<sup>178</sup> *Krstić Trial Judgment*, *supra* nota 20, § 648, contrario a la Appeals Chamber, *supra* nota 24, §§ 134, 135 y ss. (140) condenó a Krstić por complicidad en el genocidio.

<sup>179</sup> De forma similar, DANNER /MARTINEZ, *supra* nota 1, p. 152.

mento subjetivo específico. Al final, de todas estas consideraciones se deduce que, en estos supuestos, el superior no es responsable a título de coautor, sino como partícipe, dado que tan sólo con respecto a este último el conocimiento —en los delitos de intención— puede ser considerado suficiente<sup>180</sup>; a diferencia de los partícipes, el autor —para ser considerado como tal— debe contar con el elemento subjetivo específico del injusto<sup>181</sup>.

En todo caso, al igual que la teoría de la JCE y de la responsabilidad del superior, la *teoría del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder* —también conocida como teoría del dominio por organización<sup>182</sup>— persigue el mismo objetivo, esto es: tratar de vincular a los superiores, al «hombre de atrás», con los crímenes que han sido cometido los subordinados.<sup>183</sup> La teoría del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder contempla un tipo de autoría —también reconocida en el art. 25 (3) (a) ECPI («cometer un crimen por conducto de otro»)<sup>184</sup>— de acuerdo con la cual el «hombre de atrás» domina a los ejecutores directos a través de un aparato organizado de poder. Esta teoría ha sido aplicada por algunos tribunales penales nacionales [caso Eichmann (Israel), el caso de los Gene-

<sup>180</sup> AMBOS, «Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes» en VOHRAH *et al.* (eds), *Man's Inhumanity to Man. Essays in Honour of Antonio Cassese*, La Haya, 2003, p. 11, pp. 23-24. De la misma opinión CASSESE, *supra* nota 3, p. 121 s., 133; sobre la jurisprudencia al respecto que parece seguir esta línea, ver VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, pp. 193 ss.

<sup>181</sup> Al mismo resultado llega VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, pp. 203 s., que considera la JCE como una forma de participación, concretamente, como complicidad.

<sup>182</sup> *Vid.* el trabajo fundamental de ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.ª ed, Berlin, 2006, pp. 242-252, pp. 704-717; también AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, *supra* nota 126, pp. 590 y ss.; EL MISMO, *La Parte General*, *supra* nota 126, pp. 216 y ss.; con referencias sobre la discusión (crítica) más reciente, KREß/RADTKE, 153 *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)* (2006) pp. 304 y ss., pp. 350 y ss. *In extenso*, en idioma inglés, OSIEL, *supra* nota 1, pp. 1829 y ss.

<sup>183</sup> Ver también VAN SLIEDREGT, *supra* nota 8, p. 207 reconociendo que «indirect perpetration would offer an escape from the restraints that a purpose-based approach to genocidal intent and principles of derivative liability would impose on prosecution the mastermind». Sobre «*functional perpetration*» como forma alternativa de imputación del Derecho holandés, ver VAN DER WILT, *supra* nota 3, 102 ss.

<sup>184</sup> De la misma opinión, WERLE, *Principles of International Criminal Law*, The Hague, 2005, p. 124 con nota 196. Ver también *Prosecutor v. Lubanga*, *supra* nota 86, § 332 donde se reconoce que quien tiene dominio del hecho («control over the commission of the offence») es autor porque, *inter alia*, «control the will of those who carry out the objective elements of the offence (commission of the crime through another person, or indirect perpetration)». Además, la Sala de Cuestiones Preliminares reconoce que la manifestación más típica del dominio del hecho es «the commission of a crime through another person» como explícitamente está previsto en el Art. 25 (3) (a) ECPI.

rales (Argentina) y en el caso de los disparos del muro (Alemania)]<sup>185</sup>, e incluso también por los tribunales menores de ocupación en Nuremberg, como por ejemplo, en el «Justice case»<sup>186</sup>. La teoría del dominio del hecho puede encontrar su engarce legal en el término «cometido» del art. 7 (1) del ETPY, dado que, en este contexto, puede haber «comisión» toda vez que una persona haya «participado, físicamente o de otra forma, directa o indirectamente en los crímenes a través de actos positivos o de omisiones, de forma individual o conjuntamente con otros»<sup>187</sup>. Por esta razón, dentro del significado mencionado cabe incluir a la autoría indirecta o mediata por ejercerse un dominio de la organización<sup>188</sup>. En cualquier caso, deberá comprobarse que el «cerebro de la operación» o el «hombre de atrás» ejerce un control efectivo sobre los autores directos, en virtud del aparato (organizado) creado y dominado por él.

No obstante, en algunos supuestos será difícil comprobar la existencia de ese control efectivo por parte del «hombre de atrás» sobre los autores directos; esa dificultad puede compensarse si se prueba que el «hombre de atrás» domina el «aparato» disponiendo de un número ilimitado de ejecutores potenciales. Es decir, a pesar de que los autores directos —plenamente responsables— no pueden considerarse como meros «instrumentos intercambiables o fungibles» («*fungible Tatmittler*»), el «sistema» provee un número ilimitado de sujetos reemplazantes, proporcionando, así, un alto nivel de flexibilidad en cuanto al personal necesario para cometer los crímenes. De ese modo, este concepto de control se apoya en el entendimiento de que el aparato funciona de manera jerárquica desde *la cúspide hacia la base* del aparato organizado. Llegados a este punto, cabe preguntarse si este modelo de imputación es aplicable a cualquier clase de organización criminal<sup>189</sup>; en todo caso, hay que advertir que si se aplica

<sup>185</sup> Vid., para más referencias, AMBOS, en TRIFFTERER (ed.), *Commentary of the Rome Statute of the ICC 1999*, Art. 25 nota marginal 10. Críticamente, KREß, *supra* nota 182, p. 306.

<sup>186</sup> Judgment, U.S. v. Altstoetter *et al.* (Justice Trial), US Military Tribunal con sede en Nuremberg, 4 December 1947, en: *Trials of War Criminals* (US-GPO, 1947), p. 954, p. 985: «conscious participation in a nation wide government-organized system of cruelty and injustice». 153 Stakić Trial Judgment, *supra* nota 4, § 439.

<sup>187</sup> Stakić Trial Judgment, *supra* nota 4, § 439.

<sup>188</sup> *Ibid.*, § 439 con nota 942, §741. Vid., en Stakić, HAAN, *supra* nota 94, p. 197; OLÁSOLO/PÉREZ, «The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case», 4 *ICLR* (2004), pp. 475 y ss. (pp. 478-479).

<sup>189</sup> Críticamente, OSIEL, *supra* nota 1, pp. 1833 y ss. p. 1861; este autor defiende la aplicación de la teoría del dominio por organización para hacer más flexible el requisito del control efectivo en relación a la responsabilidad del superior.

esta teoría desde una perspectiva demasiado naturalista o mecánica, se distorsiona su fundamento normativo<sup>190</sup>.

En realidad muy pocas personas ejercen el control necesario del aparato para sustituir a un ejecutor por otro; en efecto, sólo aquellos que dirijan, total o parcialmente, la organización criminal pueden dominar el desarrollo del plan criminal sin que otros miembros del aparato lo distorsionen o alteren. A pesar de que estas personas se encuentran generalmente alejadas de los ejecutores directos de los crímenes —y por ello se les considera autores indirectos o mediatos, incluso accesorios<sup>191</sup>—, ellos son, de hecho, y desde una perspectiva normativa, los autores principales, a diferencia de los ejecutores que son «*merely accessories or accomplices*» en la implementación del plan de la organización o empresa criminal<sup>192</sup>.

De esta manera, y en última instancia, la *teoría del dominio por organización* confirma el fundamento de la responsabilidad por JCE y la responsabilidad del superior. El sistema tradicional de imputación utilizado para la criminalidad común (caracterizada por la comisión individual de los crímenes) debe adaptarse a las necesidades del Derecho penal internacional, apostando por el desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectiva, en el que la empresa u organización criminal sirvan como objetos de referencia de la imputación. La doctrina penal lo ha denominado como un «principio de imputación al hecho conjunto» («*Zurechnungsprinzip*

---

<sup>190</sup> Debido a las limitaciones de espacio, esta cuestión no se puede desarrollar aquí con mayor detenimiento, y sólo cabe afirmar que se trata fundamentalmente de la libertad del autor directo que opera en una organización jerárquica *vis a vis* con el alto mando de la organización, *vid. AMBOS supra* nota 126, p. 594 y ss, p. 220 y ss.

<sup>191</sup> *Vid.*, por ejemplo, OSIEL, *supra* nota 65, p. 807 quien, sin embargo, parece no entender las diferentes formas de participación sobre la base de un concepto restrictivo de autor, de acuerdo con el cual el dominio por organización (*Organisationsherrschaft*) es algo más que la mera accesoriedad. Por otro lado, resulta engañoso decir que la Fiscalía en Latinoamérica (*ibid.*, p. 808) «rely heavily on... superior responsibility». La realidad es que la mayoría de los Fiscales invocan la teoría de Roxin, especialmente la del dominio por organización, dado que ésta puede fundamentarse en los principios generales tradicionales en materia de autoría (autoría mediata), que están ampliamente reconocidos en el sistema del *civil law* (y también en Latinoamérica), a diferencia, pues, de la responsabilidad del superior. Finalmente, no es cierto, como dice OSIEL *supra* nota 1, p. 1753, que los sistemas legales del *civil law* hayan optado por modelos no diferenciadores, o unitarios de autor, sino más bien al contrario; los ordenamientos jurídico-penales de Alemania o España distinguen las diversas formas de participación a partir de un concepto restrictivo de autor.

<sup>192</sup> Cfr. VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, Baden-Baden, 2002, pp. 220, 249.

*Gesamttat*») <sup>193</sup>, esto es: un principio o una teoría de atribución de responsabilidad a través de la cual el hecho total o global de la empresa criminal constituye el objeto central de la imputación. De algún modo esta *teoría de imputación al hecho* agrupa las demás teorías que se han analizado en este trabajo, y confirma el punto central de la teoría de la JCE al tomar como punto de referencia de atribución de la responsabilidad a la organización o empresa criminal. Asimismo, todas las teorías que se han mencionado en este trabajo son formas de atribución o imputación de responsabilidad a los mandos directivos de las organizaciones o empresas criminales en el Derecho penal internacional, dejándose así el enjuiciamiento de los ejecutores (inferiores) a los tribunales penales nacionales. *Last but not least*, la responsabilidad de los altos mandos, para salvaguardar el *principio de culpabilidad*, presupone la existencia de algún tipo de control (normativo) de los actos que se les imputan, al igual que un aspecto subjetivo que les una o vincule con los crímenes.

---

<sup>193</sup> Sobre este nuevo concepto de imputación en la criminalidad colectiva, *vid.* el trabajo fundamental de DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996, p.125 y ss. p. 152 y ss., pp. 229, 253 y ss. *passim*. Este concepto ha sido desarrollado, con posterioridad, por VEST, *supra* nota 192, p. 214 y ss., p. 236 y ss., pp. 303, 304 y ss., p. 359 y ss.