

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN LA SENTENCIA *LUBANGA*. COAUTORÍA

Alicia Gil Gil

RESUMEN. La Sala de Primera Instancia de la CPI condenó a Thomas Lubanga Dyilo como coautor directo de los crímenes de reclutamiento y alistamiento de niños y su utilización en las hostilidades. La sentencia recoge la doctrina establecida por la Sala de Cuestiones Preliminares, que se apoyaba para definir al coautor en la teoría del dominio funcional del hecho de Roxin. Según esta teoría, también es coautor quien, sin realizar actos ejecutivos, contribuye a la comisión del hecho con una aportación sin la cual este no se habría cometido. La sentencia analiza uno a uno, aplicándolos al caso concreto, los elementos que la decisión de confirmación de cargos había identificado como constitutivos de la coautoría directa. Sin embargo, la sentencia va desvirtuando cada uno de esos elementos, alejándose paulatinamente de la teoría original. El presente artículo critica esta desvirtuación y denuncia la inadecuación de la propia teoría del dominio funcional para dotar de contenido el artículo 25 del Estatuto de Roma. Se propone en su lugar un criterio de distinción entre autores y partícipes que pone el foco en el carácter principal de la contribución de los primeros y accesorio de la de los segundos, y considera que ambos tipos de aportaciones pueden ser igual de graves y reprochables.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, intervención delictiva, autor, coautor, autor mediato, partícipe, accesoriedad, dominio del hecho, plan común o mutuo acuerdo, contribución esencial, dolo.

ABSTRACT. Trial Chamber I of the ICC convicted Thomas Lubanga Dyilo as a direct co-perpetrator of the crimes of conscripting and enlisting children and using them to participate in the hostilities. The judgment adopts the opinion of the Pre-Trial Chamber which relied on Roxin's theory of functional control over the act to define co-perpetration. According to this theory, co-perpetration also involves the person who, without carrying out overt steps towards the commission of the crime, makes an essential contribution whose absence would have thwarted said

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

commission. The judgment analyzes each of the elements contained in the Decision on the Confirmation of Charges that point to direct co-perpetration. However, the judgment lessens the value of each of these elements and gradually moves away from the original theory. This paper criticizes that line of reasoning and puts forth that the theory of functional control over the act is inadequate for understanding Article 25 of the Rome Statute. We suggest that the distinction between perpetrators and other forms of participation should focus on the essential nature of the contribution made by the former and the accessory nature of that of the latter, and that both types of contributions may be equally serious and blameworthy.

Key words: International Criminal Court, Rome Statute, criminal participation, perpetrator, co-perpetrator, indirect perpetrator, other forms of participation, accessory participation, control over the act, common plan or agreement, essential contribution, intent.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Hauptverfahrenskammer des IStGH hat Thomas Lubanga Dyilo als unmittelbaren Mittäter der Verbrechen der Rekrutierung und Verpflichtung von Kindern und deren Einsatz bei Feindseligkeiten verurteilt. Das Urteil schließt sich der von der Vorverfahrenskammer vertretenen Doktrin an, die sich bei der Feststellung der Mittäterschaft auf die Theorie der funktionellen Tatherrschaft von Roxin gestützt hatte. Nach dieser Theorie ist auch Mittäter, wer, ohne selbst die Tat auszuführen, an einer Straftat derart durch einen Beitrag mitwirkt, ohne den sie nicht hätte begangen werden können. Das Urteil analysiert auf den konkreten Fall bezogen nacheinander alle Elemente, die in der Entscheidung zur Bestätigung der Anklagen als konstitutiv für die unmittelbare Mittäterschaft ermittelt worden waren. Das Urteil selbst entkräftet jedoch jedes einzelne der genannten Elemente und entfernt sich so schrittweise von der ursprünglichen Theorie. Der vorliegende Artikel kritisiert diese Entkräftung und die Ungeeignetheit der Theorie der funktionellen Tatherrschaft, um Artikel 25 des Rom-Statuts inhaltlich auszufüllen. Stattdessen wird als Unterscheidungskriterium zwischen Tätern und Beteiligten vorgeschlagen, das Augenmerk auf die Hauptrolle des Tatbeitrags ersterer und die nachgeordnete Nebenrolle des Beitrags letzterer zu legen, und es wird die Auffassung vertreten, dass der Tatbeitrag von beiden gleich schwerwiegend und tadelnswert sein kann.

Schlagwörter: Internationaler Strafgerichtshof, Rom-Statut, kriminelle Handlung, Täter, Mittäter, mittelbarer Täter, Teilnehmer, Akzessorietät, Tatherrschaft, gemeinsamer Plan oder gegenseitiges Einverständnis, wesentlicher Beitrag, Vorsatz.

1. El concepto de autor seguido por la CPI

Puede decirse que la decisión de confirmación de cargos contra Lubanga de la Sala de Cuestiones Preliminares (en adelante SCP) I¹ marcó las líneas que después seguirá la Corte en este y muchos otros casos a la hora de definir las formas de autoría (principales) y distinguir las de participación (accesorias),² asumiendo ciertos criterios y doctrinas propios de la tradición romano-germánica y rechazando,³ en cambio, la categoría, tan utilizada por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia,⁴

¹ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 29 de enero de 2007, Decision on the Confirmation of Charges, ICC-01/04-01/06-803 (en adelante, *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*).

² La doctrina también ha entendido que el artículo 25 ER distingue entre autores y partícipes. véase Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el derecho penal internacional?", en *Revista Penal*, n.º 28, julio 2011, pp. 198 ss., quienes explican con acierto que la sistematización en cuatro apartados de las formas de intervención punibles, en el artículo 25 ER, no tendría sentido si no se admite que el Estatuto ha optado por un sistema de intervención diferenciado conforme a la aportación de cada cual. En contra de esta distinción y de la jerarquización establecida por la Sala entre las diferentes formas de intervención recogidas en el artículo 25, véanse CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*. Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, de 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), § 6-8 (en adelante, *Lubanga Dyilo - Judgment*, Fulford, Dissent); CPI, Sala de Primera Instancia II, *Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, de 18 de diciembre de 2012 (ICC-01/04-02/12-4), § 22-30 (en adelante, *Ngudjolo Chui - Judgment*, Van den Wyngaert Concurring Opinion). Una respuesta detallada a la posición de Fulford puede verse en Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas", en *In Dret*, 3/2012, pp. 28 ss. Y en la doctrina española también rechaza esta interpretación del artículo 25 ER Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, "En los límites de la inducción", en *In Dret*, 2/2012, p. 13. Sobre esta discusión en detalle, Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt y Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory", *Leiden Journal of International Law*, 26, vol. 3, pp. 725-746, también accessible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276677>, pp. 19-23 (25.6.2013); denuncian estos autores con razón que el criterio propuesto por Fulford —la contribución causal al crimen— es insuficiente para distinguir las diversas figuras recogidas en el artículo 25 ER. La distinción entre autores y partícipes es mayoritaria en el derecho comparado. Véase Ulrich Sieber y Karin Cornils (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, tomo 4, Berlín, Max Plack Institut, 2010.

³ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 328 ss. La distinción ha sido admitida por la Sala de Primera Instancia en la sentencia *Lubanga*, CPI, Sala de Primera Instancia I, *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute*, 14 de marzo de 2012 (ICC-01/04-01/06-2842), § 996 s. (en adelante, *Lubanga Dyilo - Judgment*).

⁴ TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Tadić*, Judgement, 15 de julio de 1999, § 190-192; TPIY, Sala de Apelaciones, *Prosecutor v. Milan Milutinović et al.*, *Decision on Dragoljub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction*, 21 de mayo de 2003, § 20 y 31. Otros tribunales penales internacionales y mixtos, en cambio, siguen aplicando la doctrina de la JCE. Las salas especiales de las Cortes de Camboya (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia [ECCC]), por ejemplo, la han aceptado en sus dos primeras variantes, rechazando sin embargo la JCE III; véase al respecto Katrina Gustafson, "ECCC Tackles JCE", en *JICJ*, n.º 8, 2010, pp. 1323-1332, y Luke Marsh y Michael Ramsden, "Joint Criminal Enterprise: Cambodia's Reply to *Tadić*", en *ICLR*, n.º 11, 2011, pp. 137-154.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

de la empresa criminal conjunta⁵ (*joint criminal enterprise*, en adelante JCE),⁶ que había recibido duras críticas de la doctrina.⁷

⁵ La doctrina de la JCE exige una pluralidad de personas que se pongan de acuerdo para la ejecución de un plan común dirigido a la comisión de delitos o que, al menos, la comisión de dichos delitos sea el medio elegido para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común. A través de la JCE los tribunales ad hoc han establecido la responsabilidad penal en tres supuestos o subcategorías: 1) JCEI o variante básica: aquel en el que se pruebe acuerdo de voluntades (expreso o tácito, anterior o coetáneo), una contribución —de cualquier clase, pero significativa— a la consecución del plan común y dolo directo respecto de la ejecución del hecho, forma parte de la empresa criminal común y responde, con independencia de la importancia objetiva de la contribución, como coautor de cualquier delito cometido por otro miembro dentro de la empresa común; 2) JCE II o variante sistémica: incluye los supuestos en que el sujeto participa en el mantenimiento de campos de concentración u otros sistemas de maltrato a través de los cuales se cometen los delitos, conociendo dicho sistema y con la intención de favorecerlo; 3) JCEIII o variante amplia: todo miembro del acuerdo también será responsable a título de autor de cualquier otro delito cometido por cualquier otro miembro de la empresa, aunque ese otro delito no formara parte del plan (supuestos de exceso respecto del plan común), siempre que su comisión fuera una consecuencia natural y previsible de la ejecución del plan común.

⁶ Sobre esta figura, María Gutiérrez Rodríguez, "Joint criminal enterprise, ¿una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?", en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 413 ss.; Alicia Gil Gil, "Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional. Su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 109, 2013, pp. 121 ss.; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends in the Application of the Modes of Liability by the ICC* (en prensa), Hector Olásolo, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Valencia, 2011, pp. 159 ss.; ídem, "Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional", *In Dret*, n.º 3, 2009, pp. 6 ss.; Verena Haan, "The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 172 ss.; Kai Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 159 ss.; ídem, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich: Beck, 2011, pp. 162 ss.; Gideon Boas, James L. Bischoff y Natalie L. Reid, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. I: "Forms of Responsibility in International Criminal Law", Cambridge University Press, 2008, pp. 7 ss.

⁷ Kai Ambos, *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., p. 164; ídem, "Joint Criminal Enterprise...", o. cit., p. 168 ss.; Jens D. Ohlin, "Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 76 ss. y 83 ss. María Gutiérrez Rodríguez, "La doctrina de la 'empresa criminal conjunta' en las resoluciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia", en Francisco Muñoz Conde (ed.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008 pp. 1089-1110, p. 1103; Hector Olásolo, "Reflexiones...", o. cit., pp. 4-5; Gerhard Werle, *Völkerstrafrecht* 3.ª ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, § 497; ídem, *Principles of International Criminal Law*, 2.ª ed., La Haya: TMC Asser Press, 2009, p. 297; Mohamed E. Badar, "Just Convict Everyone! - Joint perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again", *International Criminal Law Review*, 6(2) 2006, p. 301; Haan, "The Development...", o. cit., pp. 172 ss. A favor de la figura, por el contrario, Mohamed Shahabudden, "Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise", en Shane Darcy y Joseph Powderly, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 190 ss. Contra los argumentos de Shahabudden, Alicia Gil Gil, "Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 14, 2014, p. 3, nota 7. Especialmente criticada fue la variante amplia de esta figura (JCE III) —véase supra la nota 5—. Sobre su evolución, Gideon Boas, James L. Bischoff y Natalie L. Reid, o. cit. pp. 68 ss. Se ha señalado con razón que al prescindirse del acuerdo de voluntades se rompe la base de la imputación recíproca de las aportaciones de cada codelincuente, que es el fundamento de la coautoría, además de que el criterio de lo previsible es sumamente impreciso. Ambos,

Al analizar el concepto de autor en la decisión de confirmación de cargos, la Sala rechazó tanto una concepción objetivo-formal de autor como un criterio meramente subjetivo de distinción.⁸ Para ello se fijó en la definición de la autoría en el Estatuto, de la que destacó que incluye la comisión a través de otro,⁹ en su forma más amplia, es decir, incluso cuando ese otro no es un agente inocente, sino una persona plenamente responsable.¹⁰ Por ello adoptó como base para la definición del autor la teoría del dominio del hecho (*control over the crime*¹¹),¹² que incluye el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad del o los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría).¹³

Este concepto de autor ha sido repetido posteriormente en varias decisiones.¹⁴ En opinión de la Sala de Cuestiones Preliminares I, el concepto de autor basado en el dominio del hecho tiene una amplia aceptación en los sistemas nacionales, aunque lo cierto es que solo consiguió citar doctrina alemana e hispanohablante en su favor.¹⁵

"Joint Criminal Enterprise", o. cit., p. 174. Esta ampliación contradice además la regulación de muchos ordenamientos internos, que no reconocen responsabilidad respecto de los hechos que van más allá del acuerdo común —María Gutiérrez Rodríguez, "La doctrina", o. cit. p. 1107. Como veremos, a pesar del rechazo expreso a la figura de la JCE, la interpretación que la Corte hace de la coautoría va a llevar en ocasiones a resultados muy similares. Sobre ello, con detalle, Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa).

⁸ § 338. No entró por el contrario siquiera a analizar la posibilidad de encaje en el artículo 25 ER, de conceptos normativos de autor.

⁹ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 333.

¹⁰ *Ibidem*, § 339.

¹¹ Juan Luis Modolell, "Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)", en Kai Ambos y Montserrat Hoyos (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada, 2008, p. 94.

¹² Como es sabido, el concepto de dominio del hecho procede de la doctrina de la acción finalista de Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín: De Gruyter, 1969, p. 99. Posteriormente fue desarrollado en un sentido diferente por Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín: De Gruyter, 2000, pp. 60 ss. (Existe traducción al español de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000). La Sala dice partir del desarrollo de esta doctrina realizado por Claus Roxin, aunque como veremos también se aparta de la construcción de este autor.

¹³ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 332.

¹⁴ CPI, SCP I, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir ("Omar Al Bashir")*, "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir", ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009, § 210 ss. CPI, SCP I, *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui*, *Decision on the confirmation of the charges*, 30 de septiembre de 2008, ICC-01/04-01/07-717, § 480 ss., 514 (en adelante *Katanga and Ngudjolo Chui, Confirmation of the Charges*).

¹⁵ El único anglosajón que se menciona es George Fletcher, en su obra *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000, p. 639, donde el autor estadounidense afirma que prácticamente todos los sistemas legales reconocen la autoría de quien comete el crimen utilizando a otro como medio o instrumento ("*perpetration by means*"), pero se refiere exclusivamente a los casos de utilización de un inocente o irresponsable. Así viene regulado en el *Model Penal Code*, § 2.06.2.a.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

El concepto de coautoría por dominio funcional del hecho (*co-perpetration based on joint control over the crime*) se fundamenta, según la Sala de Cuestiones Preliminares I, y acudiendo de nuevo a la doctrina clásica continental, en el principio de división de las tareas esenciales con el propósito de cometer un crimen entre dos o más personas actuando de manera coordinada. De manera que, a pesar de que ninguno de los intervinientes tiene un dominio total del hecho porque todos dependen de otro para su comisión, todos ellos comparten dicho dominio, ya que cada uno de ellos puede frustrar la comisión no realizando su contribución.¹⁶ El primer requisito para la coautoría por dominio funcional es, por tanto, la existencia de un plan común o mutuo acuerdo entre dos o más personas. Como segundo elemento la Sala exige una contribución esencial y coordinada de cada coautor que resulte en la realización de los elementos típicos.¹⁷

Hasta aquí la SCP I recogió de manera bastante fiel la doctrina de Roxin, pero, como veremos, estas definiciones se irían desvirtuando paulatinamente, al definirse de una manera muy amplia el plan común y conformarse las Salas a menudo con una aportación al plan común definido de esta manera amplia y no al crimen concretamente imputado, y relajarse con frecuencia también la prueba del carácter esencial de la contribución para la comisión del crimen.¹⁸ Como tercer elemento se exige que el coautor actúe con el elemento subjetivo del crimen por el que se le acusa, y, si bien la SCP I admitió en la confirmación de cargos de Lubanga cualquier clase de dolo, incluso el dolo eventual,¹⁹ ello fue negado posteriormente en el caso *Bemba*,²⁰ a partir del cual se rechaza²¹ el *dolus eventualis*.²²

Sobre este precepto, George Fletcher, o. cit., p. 666. Sobre el reconocimiento de la autoría mediata con agente inocente en el derecho estadounidense, también Cherif Bassiouni, *Diritto Penale degli Stati Uniti d'America*, Milán, 1985, p. 178. Es dudoso por tanto que esta referencia sirva por sí misma para sustentar que el concepto amplio de dominio del hecho manejado por la Sala, que incluye la utilización de una persona responsable, tenga acogida en el derecho anglosajón.

¹⁶ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 342. Esta concepción del dominio del hecho como un dominio negativo ha sido especialmente criticada por la doctrina como insuficiente. Véase con detalle la nota 57.

¹⁷ *Ibidem*, § 343.

¹⁸ Sobre ello con detalle Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa), y Alicia Gil Gil, "Mens Rea..." (en prensa), en especial nota 62.

¹⁹ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 359 ss. La Sala distingue con acierto en esta decisión el *dolus eventualis* de la *recklessness* (nota 438).

²⁰ CPI, SCP II, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, de 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08-424 (en adelante, *Bemba - Confirmation of Charges*).

²¹ CPI, SCP II, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura and Uhuru Muigai Kenyatta*, *Decision on the confirmation of charges*, ICC-01/09-02/11, de 23 de enero de 2012, § 411 (en adelante, *Muthaura y Kenyatta-Confirmation of Charges*).

²² Sobre este tema, con detalle, véase Alicia Gil Gil, "Mens Rea...", o. cit., en especial la nota 62.

En la construcción de Roxin, el dominio funcional del hecho se limita a quien, sin realizar actos ejecutivos, al menos realiza su aportación esencial en la fase ejecutiva.²³ En cambio, la Sala admite que se puede tener el dominio del hecho cuando se actúa solo en fase preparatoria.²⁴

La Corte ha admitido también la figura de la autoría mediata a través de la utilización de una persona penalmente responsable. Esta posibilidad viene impuesta por el propio artículo 25.3.a. Para desarrollarla, la Corte acude a la teoría del dominio del hecho a través de un aparato de poder organizado de Roxin.²⁵ Pero no es en el caso *Lubanga*, sino en la decisión de confirmación de cargos contra Katanga y Ngudjolo, donde la Sala explica claramente cómo funciona esta clase de dominio del hecho.²⁶

²³ Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín y Nueva York: De Gruyter, 2000, § 28, pp. 29 ss.; ídem, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7.ª ed. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pp. 323 ss. En sentido similar la propuesta de Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt y Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory", o. cit., p. 11, pero con un criterio más impreciso. En contra, Francisco Muñoz Conde, "¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?", en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001, p. 512 ss., quien, en contra de la opinión mayoritaria y a favor de la interpretación más amplia que están haciendo los tribunales, considera que en determinados casos de delincuencia organizada puede considerarse autor al dirigente organizador que actúa exclusivamente en fase preparatoria. De esta opinión son también otros autores españoles que defienden igualmente que el que actúa solamente en fase preparatoria puede tener el codominio del hecho, como Juan Carlos Ferré Olivé, "Blanqueo de capitales y criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 96-97, o Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002, pp. 140-141, aunque puede decirse que esta opinión es en la doctrina española todavía minoritaria. Así lo constata Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006, p. 283. La mayoría de la doctrina española, defensora de un concepto de autor basado en la idea del dominio del hecho, exige que el coautor actúe en la fase ejecutiva con una contribución que, aun no siendo típica, se considere esencial según el plan común para la realización del delito. Véase sobre todo ello María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, 2001, pp. 392 ss., con abundantes citas doctrinales; José Cerezo Mir, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española", en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 176-177; José Manuel Gómez Benítez, "El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)", en *Estudios Penales*, 2000, pp. 120, 135-136; Patricia Faraldo Cabana, "Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 43 ss. La propia Sala cita autores a favor y en contra sin explicar por qué entiende preferible una solución a otra y en qué se basa.

²⁴ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 348.

²⁵ Claus Roxin, "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 193-207; ídem, *Täterschaft...*, o. cit., pp. 242 ss.

²⁶ *Katanga and Ngudjolo Chui, Confirmation of the Charges* § 511 ss. La Corte ha apelado a esta construcción también en CPI, SCP II, *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute*, de 23 de enero de 2012, ICC-01/09-01/11-373 (en adelante *Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*) y en *Muthaura y Kenyatta - Confirmation of Charges*.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

Según la Sala, la organización actúa como un mecanismo que permite a sus más altas autoridades garantizar el cumplimiento automático de sus órdenes. Para ello la organización debe basarse en las relaciones jerárquicas entre superiores y subordinados, debe estar compuesta por un número suficiente de subordinados para garantizar que las órdenes superiores se llevarán a cabo, si no por uno, por otro. Los subordinados se utilizan como “un mero engranaje en una máquina gigante”. El autor directo del delito sigue siendo un agente libre y responsable, pero esta circunstancia es irrelevante en relación con el control ejercido por el autor intelectual, ya que desde su punto de vista el autor no representa un individuo libre y responsable, sino una figura anónima e intercambiable. Estos criterios aseguran, según la Sala, que las órdenes dadas por los líderes serán cumplidas por sus subordinados. El líder debe usar su control sobre el aparato para ejecutar crímenes, lo que significa que el líder, como autor detrás del autor, moviliza su autoridad y poder dentro de la organización para asegurar el cumplimiento de sus órdenes. Esta traslación resumida, pero bastante fiel de la doctrina de Roxin, se verá sin embargo también traicionada en la práctica, ya que las salas por lo general acaban prescindiendo de la exigencia de que el líder haya dado la orden de cometer el crimen que luego se le imputa, y se conforman en cambio con afirmar que era una consecuencia previsible de la ejecución de un plan.²⁷

No menciona la Sala el requisito de la desvinculación o apartamiento de la organización del derecho, requisito discutido por una parte de la doctrina,²⁸ pero que ha sido mantenido por algunas de las sentencias nacionales más relevantes que han aplicado la construcción de Roxin.²⁹

²⁷ Con detalle, Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa), y Alicia Gil Gil, “Mens Rea...” (en prensa). La teoría se ha desvirtuado especialmente en los casos a los que ha dado lugar la situación en Kenia. Al respecto, con detalle, Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes...”, o. cit., p. 536.

²⁸ A favor de prescindir del requisito de la desvinculación al derecho en la doctrina española, véase Carolina Bolea Bardón, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 337 ss.; Elena Núñez Castaño, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 18 2 ss.; Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa*, o. cit., p. 89; Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata*, o. cit., p. 235. A favor de mantener el requisito de la desvinculación al derecho en su sentido originario, en cambio, Patricia Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, 2004, p. 100.

²⁹ Así por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Sala Penal Especial, de 7 de abril de 2009, y la sentencia confirmatoria de la Primera Sala Transitoria, de 30 de diciembre de 2009. También a favor del requisito la Audiencia Nacional española: Id Cendoj, 28079220022008200024, Audiencia Nacional. Sala de lo Penal, Sección 2, recurso n.º 12/2007 AUTO n.º 8/2008, de 28/04/2008, FJ 7.º: “La aplicación de la teoría de la autoría mediata construida por la dogmática alemana exige que la organización funcione como una totalidad al margen del Ordenamiento jurídico, ya que si actúa ligada a los principios propios de un Estado de Derecho, sometido a la ley, la

Aquellos coautores que ejercen su dominio del hecho realizando sus contribuciones esenciales para la comisión del crimen a través de otras personas son, según las salas de cuestiones preliminares, coautores mediatos.³⁰

Puede decirse que, en principio, la Corte ha seguido la doctrina más extendida sobre autoría en la doctrina y la jurisprudencia romano-germánicas, pero extendiéndola, o tomando las versiones más expansivas de la doctrina del dominio del hecho, aunque son minoritarias, al admitir que puede tener el dominio funcional del hecho también quien actúa solo en la fase preparatoria, y adoptar en relación con la autoría mediata la muy discutida teoría del dominio por aparatos de poder organizados. La expansión aumenta al unir ambas posibilidades en la figura de la coautoría mediata.

2. La coautoría según la sentencia en el caso *Lubanga*

2.1. Descripción y elementos de la coautoría

El 14 de marzo de 2012, en sentencia de primera instancia de la CPI, Thomas Lubanga Dyilo fue considerado culpable de los crímenes de reclutamiento de niños y su utilización en las hostilidades, a título de coautor directo.³¹ El título de imputación fue el mismo que había señalado la decisión de confirmación de cargos.³² La sentencia en el caso *Lubanga* recoge la doctrina establecida por la SCP y analiza los elementos que aquella había identificado como constitutivos de la coautoría directa, título de imputación al que se limita. Así, la sentencia desgrana los elementos objetivos y subjetivos.

orden de ejecutar acciones punibles no sirve para fundamentar el dominio porque las leyes tienen el rango mayor y por norma excluyen la ejecución de órdenes antijurídicas y, con ello, el poder de la voluntad del inspirador".

³⁰ *Katanga and Ngudjolo Chui, Confirmation of the charges*, § 525. Sobre esta figura, Héctor Olásolo y Ana Pérez Cepeda, "The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case", *International Criminal Law Review*, 4, 2004, p. 477 ss.; Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht", en Bloyd et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, 2010, pp. 854 ss.; Kai Ambos, "Zur 'Organisation' bei der Organisationsherrschaft", en Heinrich, Jäger, Achenbach, Amelung, Bottke, Haffke, Schünemann, Wolter (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* am 15. Mai, 2011, pp. 837-852; idem, "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", en *In Dret* 3/2011.

³¹ *Lubanga Dyilo - Judgment*, § 978 ss.

³² *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 332, 346 ss.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

2.1.1. El plan común o mutuo acuerdo

Entre los elementos objetivos la Sala sitúa, curiosamente,³³ el mutuo acuerdo entre los coautores, que deben ser al menos dos.³⁴ Pero para definir ese mutuo acuerdo, que no necesita ser expreso,³⁵ y siguiendo de nuevo lo dicho por la SCP I en la decisión de confirmación de cargos, la sentencia establece que no es necesario que el plan esté dirigido

³³ Sobre el error de considerar al acuerdo común como un elemento objetivo e independiente, en lugar de como la configuración conjunta de la intención criminal, ha advertido con gran acierto la juez Christine Van den Wyngaert, en *Ngudjolo Chui - Judgment, Van den Wyngaert Concurring*, § 31 ss.: "The crucial element in the Pre-Trial Chamber's interpretation of 'joint perpetration' in Article 25(3)(a) is the notion of a 'common plan', which is considered as an objective element of joint perpetration. However, the term 'common plan' nowhere appears in either the text of the Statute or the travaux préparatoires of Article 25(3)(a). The only place where mention is made of a collective criminal purpose existing independently of the individual will of an accused person is in Article 25(3)(d). In my view, the common plan pertains to the subjective rather than to the objective element of joint perpetration. I see no reason for treating a common plan in the context of Article 25(3)(a) as anything other than a particular form in which a shared intent may manifest itself. In fact, a combined reading of Articles 25(3)(a) and 30 clearly suggests that the mental element of joint perpetration is the existence among the joint perpetrators of a shared intent – in whatever form – to commit a crime [...] What troubles me in the Pre-Trial Chamber's interpretation is that by turning the 'common plan' into an objective element, the focus of attention has shifted away from how the conduct of the accused is related to the commission of a crime to what role he/she played in the execution of the common plan. Indeed, under the Pre-Trial Chamber's interpretation, it suffices for an accused to make a contribution to the realisation of the common plan, even if this contribution has no direct impact on the coming into being of the material elements of a crime. By focusing on the realisation of a common plan, the mens rea and actus reus requirements are now linked to the common plan instead of to the conduct of the actual physical perpetrators of the crime [...] In short, my reading of the Statute leads me to the conclusion (a) that there is no requirement for an 'objective' common plan (although this may be an element of proof of shared criminal intent) and (b) that the Statute does not contain a form of criminal responsibility that is based on the mere acceptance of a risk that a crime might occur as the consequence of personal or collective conduct". El acuerdo previo, elemento de toda la codelinuencia (tanto de la coautoría como de la participación) no es sino la construcción conjunta del dolo de los codelincuentes, y por lo tanto un elemento subjetivo —sobre tal consideración en la doctrina y jurisprudencia española, Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 28, párrafo 1", en *idem* (dir.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 242 s.; José Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español*, t. III, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 2004, p. 233. También se refiere al mutuo acuerdo como la decisión común al hecho Günter Stratenwerth, *PG*, p. 335 y como el acuerdo de voluntades de los coautores Claus Roxin, *Strafrecht*, AT, vol. 2, p. 78, § 25, n. 190. Como señala esta autor, la jurisprudencia alemana exige para la existencia de coautoría algo más que la aprobación de un hecho ajeno; exige que se actúe en una interacción conocida y querida. También entienden, con razón, el mutuo acuerdo como un elemento de la *mes rea*, tanto del autor como del partícipe, Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory", o. cit., p. 10. Como mucho podría adjudicarse al plan común un carácter objetivo-subjetivo, como hace Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional", o. cit., pp. 26-27. Sobre los errores en los que esta concepción del mutuo acuerdo ha derivado, con detalle, véase Alicia Gil Gil, "Mens Rea...", o. cit. (en prensa); *idem*, "Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución", en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013, pp. 546 ss. y Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa).

³⁴ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 980-981.

³⁵ *Ibidem*, § 988.

específicamente a la comisión de un crimen,³⁶ sino que basta con que contenga un “elemento de criminalidad”. Sería suficiente que los coautores hubieran acordado llevar a cabo un plan con un propósito no criminal y solo cometer el crimen si se dan ciertas circunstancias. Pero también bastaría que los coautores fueran conscientes de que la realización del plan común (no dirigido a un propósito criminal) resultará en la comisión de un crimen y aceptan tal resultado,³⁷ o, en otras palabras, que la realización del plan común comporta un riesgo suficiente³⁸ de que, si los acontecimientos siguen un curso ordinario, se cometerá un crimen.³⁹ Según argumenta la Sala,⁴⁰ la comisión del delito no tiene que ser el propósito general de los coautores, por cuanto la definición del elemento subjetivo en el artículo 30 del Estatuto de Roma (en adelante, ER) se conforma con que “en relación con una consecuencia” el autor sea consciente de que esta se producirá en el curso normal de los acontecimientos.⁴¹

³⁶ Muy crítico con esta afirmación, Kai Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, o. cit., p. 27: “Ni siquiera estoy convencido de que un mero ‘elemento crítico de criminalidad’ sea suficiente para un plan de coautores. Al fin y al cabo, no estamos hablando aquí de cualquier plan (como por ejemplo de ir de visita a Londres el próximo fin de semana) sino de un plan que forma la base de la comisión conjunta de un crimen y, por tanto como consecuencia, de la atribución mutua de las respectivas contribuciones de los coautores. Un plan como este no puede ser predominantemente no-criminal sino que al menos debe —eso sería mi aporte ‘mínimo’— comprender más o menos los crímenes concretos que serán cometidos; si no no habría nada (en que se hayan puesto de acuerdo) que podría ser atribuido mutuamente”. También en contra de la relevancia de tal tipo de acuerdo y señalando las consecuencias erróneas de esta caracterización, Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales...”, o. cit., p. 546 ss., Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa)

³⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 983.

³⁸ *Ibidem*, § 987.

³⁹ Sobre la introducción subrepticia del dolo eventual a través de esta fórmula a pesar de su aparente categórica exclusión en decisiones anteriores, véase Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit.

⁴⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 985 ss.

⁴¹ Sin embargo, en el párrafo anterior el artículo 30 exige que, en relación con una conducta, el sujeto se proponga incurrir en ella. Respecto de las conductas el Estatuto no se conforma, como sí lo hace en relación con las consecuencias, con la mera previsibilidad de estas. La Corte, sin embargo, ha obviado con frecuencia tal distinción, extendiendo de esta manera la coautoría sobre conductas de terceros que no habían sido acordadas con el acusado pero que la Corte afirma que eran previsibles en el curso normal de los acontecimientos. Con ello se viola la definición del elemento subjetivo del artículo 30 —Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit. en prensa— y se infringen los principios de responsabilidad por el hecho propio y de culpabilidad, al castigarse conductas que suponen un exceso respecto del plan común. Sobre este tema, con detalle, Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales...”, o. cit., p. 555 ss.; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa). Esta imputación de los excesos nos acerca de nuevo a la denostada figura de la *joint criminal enterprise*, como advierte la doctrina. Jens D. Ohlin, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper 169, 2011, <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169>>, 26 de junio de 2013, p. 747; Jens D. Ohlin, Elies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 17.

2.1.2. La contribución esencial

Como segundo requisito objetivo, la sentencia establece la necesidad de una contribución esencial al plan común.⁴² Este requisito deriva de la definición de coautoría por dominio funcional (*joint control over the crime*) que había hecho la SCP I en la decisión de confirmación de cargos.⁴³ En realidad la SCP I, como ya se explicó, había definido distintas posibilidades de ser autor por dominio del hecho: el dominio de quien directamente ejecuta los actos típicos (autoría inmediata o directa), el dominio de la voluntad de los ejecutores (autoría mediata) y el dominio funcional (coautoría).⁴⁴ Sin embargo, en esta sentencia la Sala parece olvidar que la “contribución esencial” es una teoría que permite expandir la autoría a sujetos que no han realizado actos típicos, mientras que para estos no sería necesaria la utilización de tal concepto.

Como se ha visto, en opinión de la SCP I la coautoría por dominio funcional exigía la realización coordinada de una contribución esencial que resultara en la realización de los elementos objetivos del tipo.⁴⁵ Una contribución era esencial cuando quien la realiza puede frustrar la comisión del delito sin aportar su contribución, por ello tiene el dominio del hecho.⁴⁶ En la sentencia, la Sala de Primera Instancia (SPI) se plantea dos cuestiones: en primer lugar, si debe establecerse una conexión entre la contribución del acusado, contemplada aisladamente, y los crímenes cometidos, y, en segundo lugar, si tal contribución debe ser “más que *de minimis*” “sustancial” o “esencial”.⁴⁷ A la primera cuestión responde negativamente, citando a Roxin⁴⁸ e ignorando la opinión contraria.⁴⁹ En opinión de la Sala, el delito debe ser la combinación de las contribuciones

⁴² *Lubanga Dyilo Judgment*, § 989.

⁴³ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 346.

⁴⁴ *Ibidem*, § 332.

⁴⁵ *Ibidem*, § 346.

⁴⁶ *Ibidem*, § 347. En el mismo sentido, *Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*, § 308. Crítico, con razón, con tal fundamentación del dominio del hecho en la capacidad de frustrar la comisión del delito, afirmada esta además de una contribución en fase preparatoria, Juan Luis Modolell, “Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I...”, o. cit., p. 100 ss. Sobre la ideterminación del carácter esencial también Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 8.

⁴⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 993.

⁴⁸ Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, 2003, 25/213.

⁴⁹ Gran parte de la doctrina entiende que todo interviniente, autor o partícipe, debe realizar una aportación causal a la comisión del delito. Véase Gunter Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2005, 12/1, Cerezo, *Curso...*, o. cit., t. III, p. 231, Kai Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, o. cit., p. 33. En mi opinión no puede decirse que ha realizado el delito —ni siquiera conjuntamente con otro— quien no ha realizado ninguna aportación causal

coordinadas y combinadas de los distintos (al menos dos) intervinientes, de manera que ninguno de ellos tiene por sí mismo el dominio del hecho, sino que este recae en las manos del colectivo. De ahí deduce la innecesidad de probar que la conducta del acusado tomada aisladamente causó el delito; por el contrario, la responsabilidad de los coautores surge de la mutua atribución basada en el acuerdo o plan común.⁵⁰

A la segunda cuestión responde partiendo, como ya había hecho la SCP I, de la constatación de que el ER distingue autores (principales) de partícipes (accesorios⁵¹), y además define algunas de las contribuciones de estos últimos como “sustanciales” (artículo 25.3.c),⁵² lo que la lleva a concluir que la contribución del autor debe necesariamente ser más relevante que la del partícipe, y por tanto la califica de “esencial”.⁵³

Como vemos, aquí el carácter esencial de la contribución del coautor se ha desligado de la teoría del dominio funcional del hecho, desde la que fue tomada por la SCP I,⁵⁴ para convertirse simplemente en un grado o magnitud de la importancia de la contribución que distingue a responsables principales de accesorios. En opinión de la SPI, la calificación como autor debe reservarse para quien hace este tipo de aportaciones “esenciales”, con el fin de que aquella conserve su capacidad de expresar la mayor reprochabilidad de su conducta. Se aparta con ello de la decisión de confirmación de cargos⁵⁵ y la doctrina mayoritaria,⁵⁶ defensora de la doctrina del dominio funcional de

a este. Más irreconciliable todavía es la no exigencia de causalidad con la definición de contribución esencial, según la cual el coautor tiene el dominio del hecho porque puede frustrar la comisión de este retirando su aportación.

⁵⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 994.

⁵¹ La Sala, con gran acierto en mi opinión, apoya la idea de la accesoriadad del partícipe, además de en las definiciones de las distintas formas de intervención, en la propia definición de la tentativa del artículo 25.3.f ER —*Lubanga Dyilo Judgment*, § 998—.

⁵² *Lubanga Dyilo Judgment*, § 996 y s.

⁵³ *Ibidem*, § 997 ss. Contra esta argumentación, con razón; Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 17.

⁵⁴ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 346 y 347.

⁵⁵ *Ibidem*, § 347, y en el mismo sentido, entendiendo por esencial aquella contribución cuya ausencia puede frustrar la comisión del delito —precisamente por ello quien la aporta tiene, junto con los demás, el dominio funcional del hecho—, *Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*, § 308.

⁵⁶ La indefinición de lo que es una aportación esencial ha sido caballo de batalla tradicional en el concepto de coautoría por dominio funcional. Como además la Corte ha eliminado el requisito de la actuación en fase ejecutiva, defendido por la doctrina mayoritaria —véase supra la nota 23—, las posibilidades se amplían notablemente. Sobre la multitud de criterios diseñados para definir la esencialidad véase la acertada crítica de María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 340 ss., pp. 362 ss.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

hecho,⁵⁷ pues lo decisivo es si el sujeto cumplió un rol esencial, de acuerdo con el plan común.⁵⁸

2.1.3. El elemento subjetivo

Para analizar el elemento subjetivo o *mental element* del coautor —elemento que, como ya hemos anunciado, la Corte establece como algo diferente del mutuo acuerdo—, la SPI comienza por repasar la definición contenida en el artículo 30. Así, recuerda que el ER define de manera diferente la intención requerida según esta se refiera a la conducta, una circunstancia o una consecuencia.⁵⁹ A continuación repasa la definición que la SCP I había dado de dolo del coautor: “[...] el sospechoso y los otros co-autores [...] deben ser todos ellos mutuamente conscientes del riesgo de que la realización de su plan común pueda dar lugar a la realización de los elementos objetivos del delito, y [...] todos deben aceptar mutuamente tal resultado por reconciliarse con él o consintiendo-lo”, y además debe concurrir “el conocimiento por el sospechoso de las circunstancias del hecho que le permiten el dominio conjunto del crimen”.⁶⁰

⁵⁷ Esta doctrina también cuenta con numerosos detractores, especialmente en España, donde la figura de la cooperación necesaria —tipo de partícipe castigado con la misma pena que el autor y definido en el Código Penal como “los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”— deja escaso espacio a la coautoría por dominio funcional. Contra la idea del dominio funcional del hecho y en concreto contra la idea de la esencialidad de la contribución tal y como la define Roxin, Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 669 ss.; Enríque Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 135 ss.; Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales...”, o. cit. pp. 539 ss.; Mariano Melendo Pardos, en Gil Gil, Lacruz, Melendo, Núñez, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2011, pp. 369 ss.; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad*, o. cit., pp. 442 ss.; Diego Manuel Luzón Peña, *Estudios penales*, Barcelona: PPU, 1991, p. 197 ss. Como con razón se ha señalado profusamente por la doctrina española, el dominio negativo del hecho, la capacidad de desbaratar la comisión del delito dejando de prestar la contribución propia, no puede ser un criterio que convierta a cualquier interviniente en autor. Debe darse también un dominio positivo, es decir, la no dependencia de la decisión autónoma de otra persona para llevar a cabo el hecho. Y puesto que en la coautoría este dominio positivo es compartido, la única forma de distinguir al coautor del cooperador es exigir del primero la realización de actos ejecutivos — así también Patricia Faraldo Cabana, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005, p. 43 ss.—.

⁵⁸ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1000.

⁵⁹ Actúa intencionalmente quien, en relación con una conducta, se propone incurrir en ella. En relación con una consecuencia, es necesario que el sujeto se proponga causarla o sea consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. “Conocimiento” significa la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1007.

⁶⁰ *Lubanga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 361, 366.

En contra de lo que había afirmado la SCP I,⁶¹ y en línea de lo que ha sido la posición del resto de salas a partir del caso *Bemba*,⁶² la SPI rechaza que el artículo 30 comprenda en su definición al dolo eventual.⁶³ Pero tras su rechazo formal al dolo eventual afirma que “la conciencia de que una consecuencia sucederá en el curso normal de los acontecimientos” implica un pronóstico que encierra cierto grado de probabilidad que no puede ser mínimo. Con ello no cabe duda de que, pese a lo que afirme, la Sala está admitiendo el dolo eventual.⁶⁴

El rechazo formal al dolo eventual se matiza sin embargo para aquellos delitos en cuya definición se exija un elemento subjetivo diferente al definido en el artículo 30,⁶⁵ tema que es objeto de otro estudio pormenorizado en este volumen.⁶⁶

Además, la SPI olvida la distinción legal entre consecuencia y conducta,⁶⁷ para conformarse finalmente con que el acusado y al menos otro autor tengan la intención de reclutar o utilizar niños menores de 15 años en las hostilidades o, alternativamente, que sean conscientes de que en la aplicación de su plan común esta consecuencia “se producirá en el curso normal de los acontecimientos”, y, como segundo requisito, que el acusado sea consciente de que aportó una contribución esencial a la ejecución del plan común.

⁶¹ *Ibidem*, § 352.

⁶² *Bemba - Confirmation of Charges*, § 360, *Muthaura y Kenyatta - Confirmation of Charges*, § 411.

⁶³ En mi opinión la exclusión del dolo eventual sería errónea y daría lugar a incomprensibles lagunas de punibilidad. Sobre la discusión en detalle véase Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit., nota 72. En la doctrina admiten que el artículo 30 puede comprender el dolo eventual, por ejemplo, Héctor Olásolo, “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho penal internacional”, en *In Dret*, 3/2009, p. 15; Donald Piragoff y Darryl Robinson, “Article 30”, en Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Múnich: Beck-Hartpublishing, 2008, p. 860 y nota 67, admiten que el artículo 30 comprende algunos supuestos de dolo eventual. Muy crítico con toda la definición del dolo que hizo la SCP II en la decisión de confirmación de cargos en el caso *Bemba* y con su interpretación del artículo 30, Kai Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision”, o. cit., pp. 715 ss., aunque este autor está de acuerdo con la exclusión del dolo eventual.

⁶⁴ En realidad, como ha puesto de manifiesto la juez Van den Wyngaert, la exclusión del dolo eventual en las decisiones de la Corte es solo aparente, pues lo cierto es que la aceptación de la mera conciencia de una cierta —aunque sea alta— probabilidad del resultado supone la admisión de este tipo de dolo —*Ngudjolo Chui - Judgment, Van den Wyngaert Concurring Opinion*, § 38—.

⁶⁵ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1014 ss.

⁶⁶ Véase el artículo de Carlos Caro en este mismo libro.

⁶⁷ Sobre las nefastas consecuencias de esta confusión, que conlleva obviar el elemento “voluntad de actuar”, constitutivo de toda clase de dolo, véase Alicia Gil Gil, “Mens Rea...”, o. cit.

2.2. Subsunción de los hechos en los elementos descritos

2.2.1. El plan común

El plan común que resultaría en la comisión del delito debería haber sido identificado por la Sala como el plan de formar y entrenar a un ejército de gente joven, sin importar su edad, lo que incluía el plan de reclutar y alistar niños menores de 15 años y utilizarlos para participar activamente en hostilidades.⁶⁸ Sin embargo, la cuestión problemática en este punto radica en si Lubanga tenía la intención de reclutar a niños o si esta fue solo una consecuencia (quizás no pretendida) de un plan dirigido exclusivamente a la formación de un ejército con el fin de garantizar el control de un territorio. Como con razón esgrime la defensa,⁶⁹ tal plan concertado carecería de un carácter criminal, e incluso sería insuficiente para revelar el elemento de criminalidad exigido por la Corte.⁷⁰ La Sala solventa el asunto afirmando que no es necesario que el plan se hubiera dirigido específicamente a la comisión del delito en cuestión, apoyándose en su anterior definición del plan común, y que lo relevante es que el reclutamiento de niños menores de 15 años y su utilización en las hostilidades fue el resultado, que sucedió en el curso normal de los acontecimientos, de la ejecución del plan común.⁷¹ Esto supone, como explicaremos a continuación, una desvirtuación del elemento del acuerdo común de la coautoría, que no es, ni puede ser, otra cosa que el acuerdo de cometer un delito. En realidad la solución era mucho más fácil, pues, si el cargo se hubiera concretado desde el principio aludiendo al plan de formar un ejército que incluyera gente joven, sin importar su edad, ello claramente incluiría el plan de reclutar menores. Como el fiscal no lo hizo así desde el principio, sino que describió el reclutamiento de niños solo como una consecuencia del plan común, surge la discusión y una solución desacertada, porque abre la puerta a posibles decisiones erróneas futuras.

⁶⁸ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1019.

⁶⁹ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1127.

⁷⁰ Sobre la tendencia de las salas de cuestiones preliminares a identificar el plan común de un manera excesivamente amplia, definiendo incluso un plan no criminal en sí mismo, véase Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa), y Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 546 ss.

⁷¹ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1136.

2.2.2. La contribución esencial

En cuando a la contribución esencial del acusado, la SPI la analiza en relación con el plan común que acaba de definir. A pesar de que en algún momento la Sala afirma que va a examinar la totalidad de la contribución que el acusado ha realizado al reclutamiento, el alistamiento y la utilización de los menores de 15 años en las hostilidades,⁷² finalmente se conforma con examinar si él dirigía la UPC / FPLC (Union des Patriotes Congolais / Patriotic Force for the Liberation of the Congo) y tenía conocimiento de la comisión de los crímenes.⁷³

La Sala afirma su convicción de que Lubanga estaba involucrado activamente en la búsqueda de reclutas, aunque no puede determinar si estuvo personal y directamente involucrado en el reclutamiento de menores de 15 años. Al respecto, afirma, solo es seguro que estaba informado de esas actividades, no las condenaba, sino que jugó un papel activo en su implementación y aprobó el reclutamiento de menores de 15 años.⁷⁴ Lubanga no solo planeaba las operaciones militares y les daba apoyo logístico;⁷⁵ también visitaba los campos de entrenamiento donde se encontraban menores de 15 años (el más joven tenía nueve años) y los arengaba,⁷⁶ lo que demuestra, según la Sala, que tomaba decisiones y apoyaba la política de reclutamientos.⁷⁷

Sobre el carácter esencial de esta contribución, discutido por la defensa, que argumenta que las operaciones no habrían cesado sin esos discursos,⁷⁸ la Sala afirma que ese discurso, junto con otras evidencias, demuestra el control y la autoridad de Lubanga sobre sus coautores, algunos de los cuales se encontraban presentes, y que el carácter esencial de su contribución al plan común no radica en la visita concreta al campo de entrenamiento, sino que está basado en el conjunto de la prueba acerca de su contribución como oficial del más alto cargo en la UPC. Es decir, la Sala parece prescindir de la argumentación del control sobre el crimen a través de la contribución

⁷² *Ibidem*, § 1140.

⁷³ *Ibidem*, § 1221.

⁷⁴ *Ibidem*, § 1234.

⁷⁵ *Ibidem*, § 1222, 1356.

⁷⁶ *Ibidem*, § 1242 y 1266. El discurso que Lubanga dio en el campo de Rwampara fue presentado en vídeo como prueba y aparece transcrito en la sentencia. En él el acusado habla a los reclutas de la tarea bendecida que supone ser alistado y entrenado, y los anima a tomar las armas en cuanto terminase su entrenamiento para defender a la población.

⁷⁷ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1356.

⁷⁸ *Ibidem*, § 1267.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

esencial a este, y la sustituye por una afirmación del control de los coautores —lo que nos llevaría a otras figuras que no son la coautoría—,⁷⁹ a la vez que sustituye la prueba de la esencialidad de la aportación al crimen del que se acusa por la afirmación de una contribución esencial al plan en abstracto, deducida a su vez de la posición jerárquica.

En otro pasaje parece en cambio centrar la contribución de Lubanga en que apoyó o respaldó el continuo reclutamiento, entrenamiento y utilización de menores y en su autoridad sobre el resto de los líderes militares,⁸⁰ para concluir que su posición le posibilitaba diseñar las políticas de la UPC/FPLC y dirigir las actividades de sus coautores, que era informado permanentemente y que emitía instrucciones relativas a la ejecución del plan común, además de planear las operaciones militares, proveer de material logístico y armas, etcétera.⁸¹

La Sala también considera probado que Lubanga tenía a su servicio como guardaespaldas a niños menores de 15 años, lo que integraría la conducta delictiva del artículo 8.2.e.vii, por cuanto constituye un uso de niños para participar activamente en las hostilidades.⁸² A pesar de ello, no imputa a Lubanga como autor o coautor directo de este crimen, sino que utiliza este dato como uno más para argumentar la esencialidad de la contribución de Lubanga al plan común,⁸³ que resultó en el alistamiento, el reclutamiento y la utilización de menores en las hostilidades.⁸⁴

2.2.3. *El elemento subjetivo*

Al llegar a la prueba del elemento subjetivo, la Sala cambia la intención de incurrir en la conducta típica a la que se refiere el artículo 30 ER por la intención de participar en la realización del plan común, siendo consciente de que el alistamiento, reclutamiento y utilización de menores de 15 años en las hostilidades se producirá en el curso normal de los acontecimientos como consecuencia de la realización del plan.⁸⁵ En mi opinión,

⁷⁹ Juan Luis Modolell, "Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I...", o. cit., p. 103 ss., opina que, si la Corte se empeña en seguir la doctrina del dominio del hecho —que él no comparte—, habría sido más adecuada la calificación de Lubanga como autor mediato.

⁸⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1269.

⁸¹ *Ibidem*, § 1270.

⁸² *Ibidem*, § 1262.

⁸³ *Ibidem*, § 1270.

⁸⁴ *Ibidem*, § 1271, 1356.

⁸⁵ *Ibidem*, § 1274.

en cambio, la Sala debía haber argumentado que Lubanga tenía la intención de reclutar, alistar o utilizar a menores, o sabía de la intención de sus coautores en tal sentido, y que realizaba con una contribución esencial a la ejecución de dichas conductas. Lógicamente, la defensa argumentaba que el reclutamiento y alistamiento de menores no era una consecuencia prácticamente segura de la formación de un ejército o de la aportación de Lubanga a tal fin.⁸⁶ La Sala, sin embargo, recoge numerosas pruebas de que Lubanga conocía la presencia de menores de 15 años en su ejército e incluso los tenía como guardaespaldas,⁸⁷ y que ello resultó una consecuencia, en el curso normal de los acontecimientos, de la realización del plan común: conseguir que la UPC/FPLC tuviese un ejército lo suficientemente fuerte para lograr sus objetivos políticos y militares (el control sobre la región de Ituri),⁸⁸ de donde deduce que Lubanga tenía la intención y el conocimiento requeridos por el crimen del que se lo acusa.⁸⁹

3. Crítica

3.1. Crítica general a la doctrina sobre la coautoría de la CPI

La primera crítica que merece la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la identificación de las distintas formas de intervención delictiva es haber optado por una determinada dogmática, en este caso la romano-germánica, en lugar de haber realizado un verdadero estudio de derecho comparado y, cuando no fuera posible encontrar principios comunes que den una respuesta uniforme y coherente con la regulación del Estatuto, haber buscado dentro de las soluciones existentes aquella que sistemática y teleológicamente fuera más acorde con la redacción legal.⁹⁰ Pero no nos detendremos en este tema, pues es objeto de análisis pormenorizado en el artículo anterior.⁹¹ Aquí vamos a estudiar solamente las versiones elegidas por la Corte para definir al coautor, dentro de la

⁸⁶ *Ibidem*, § 1276.

⁸⁷ *Ibidem*, § 1277 s.

⁸⁸ *Ibidem*, § 1347, 1351, 1355.

⁸⁹ *Ibidem*, § 1278, 1357.

⁹⁰ Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 542 ss.; Gerhard Werle y Boris Burghardt, "Coautoría mediata...", o. cit., p. 201.

⁹¹ Véase José Luis Guzmán Dalbora, "El concepto de autor en el Estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: un dilema metodológico", en las pp. 231-261 de este mismo libro.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

doctrina del dominio del hecho de la que dice partir, la interpretación concreta que hace de esas versiones elegidas y su aplicación final a los casos que está juzgando.

3.1.1. *La elección de las versiones más expansivas de la categoría de la autoría*

Lo primero que llama la atención es el empeño de la Corte en utilizar la calificación de autor por acción, es decir, en acudir a las figuras contenidas en el artículo 25.3.a. Lo segundo es que dentro de la teoría del dominio del hecho, de la que dice partir para definir al autor, la Corte adopta las teorías más expansivas, aunque sean minoritarias en la doctrina y, algunas de ellas, como por ejemplo la del dominio de la organización, muy discutidas también por las jurisprudencias nacionales.⁹² El optar por posturas tan minoritarias habría merecido una argumentación mayor por parte de la Corte, que parece haberse limitado a elegir una teoría que le permitía el castigo a título de autor, sin siquiera explicar por qué se desvía en aspectos esenciales de la construcción tal y como la idearon sus creadores.

Por otra parte, es preciso destacar que la doctrina que defiende la coautoría por dominio funcional del dirigente y afirma que contribuciones como la planificación, organización y dirección en la fase preparatoria pueden proporcionar tal dominio, suele oponerse a la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder. Es precisamente esa oposición la que suele llevar a ampliar la coautoría afirmando el dominio de quien actúa en fase preparatoria.⁹³ La Corte sin embargo admite ambas formas de dominio del hecho que amplían la autoría notablemente más allá del concepto objetivo formal, de la autoría mediata tradicional, limitada al instrumento irresponsable,⁹⁴ e incluso a la

⁹² Véase con detalle Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit., en especial notas 70 a 73.

⁹³ En España algunos de los autores que rechazan la construcción de Roxin de la autoría mediata por aparatos de poder organizados proponen castigar al hombre de atrás como coautor. Por ejemplo: Cándido Conde Pumpido, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1997, p. 21; Juan Carlos Ferré Olivé, "Blanqueo de capitales", o. cit., pp. 96-97, Elena Marín de Espinosa, *Criminalidad de empresa*, o. cit., pp. 134, 137 ss.; Francisco Muñoz Conde, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999, pp. 155 ss., Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte General*, 6.ª ed., Valencia, 2004, p. 456, para las organizaciones criminales no estatales ni paraestatales. En cambio, para las estatales y paraestatales este autor acepta la autoría mediata por aparatos de Roxin —véase Muñoz Conde y García Arán, o. cit., p. 454—.

⁹⁴ La jurisprudencia española nunca ha condenado a nadie en aplicación de la teoría de la autoría mediata por aparatos de poder; por el contrario, ha imperado la tesis de la coautoría para imputar a los dirigentes los delitos cometidos por los subordinados, unas veces exigiendo la actualización de la dirección en la fase ejecutiva, otras presuponiendo que el dirigente organizador tiene el dominio del hecho aun cuando solo actúe en la fase preparatoria,

coautoría funcional mayoritariamente aceptada, limitada a quien sin realizar actos ejecutivos al menos actúa o actualiza su aportación en la fase ejecutiva.⁹⁵ Admitiendo pues ambas posibilidades, la opción por una u otra debería radicar en si el superior actúa *junto con* sus subordinados o en cambio actúa *a través de* sus subordinados.⁹⁶ No obstante, la Corte parece entender la coautoría mediata como una posibilidad subsidiaria de la coautoría directa, que entiende prevalente.⁹⁷

La combinación de ambas teorías en la figura de la coautoría mediata —que se da, según la Corte, cuando cada uno de los acusados realiza una parte del delito, habiéndose dividido las tareas de común acuerdo, y cada uno realiza su parte (que puede ser

y otras muchas por la vía de considerar verdaderos autores a los inductores y a los cooperadores necesarios. Véase sobre ello Alicia Gil Gil, “El caso español”, en Kai Ambos (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, 2008, pp. 89 ss. Sobre la tendencia de nuestra jurisprudencia a considerar erróneamente a los inductores y cooperadores necesarios como verdaderos autores y sus causas, véase Enrique Bacigalupo, “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, n.º 6962, sección “Doctrina”, 6 de junio de 2008, pp. 3 ss.

⁹⁵ Véase supra la nota 23.

⁹⁶ Una parte de la doctrina ve otra diferencia en la ausencia de acuerdo mutuo entre el dirigente y el ejecutor material en estos casos; rechaza por ello la solución de la coautoría y opta por la autoría mediata por aparatos de poder. Entre otros, sostienen este argumento contra la solución de la coautoría Patricia Faraldo Cabana, *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, Valencia, 2004, p. 129; Eva Fernández Ibáñez, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006, p. 260; José Cerezo Mir, *Curso...*, t. III, o. cit., 2001, p. 218, nota 52; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, o. cit., p. 375; Ana Isabel Pérez Cepeda, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *RP La Ley*, n.º 9, 2002, p. 117. Sin embargo, hay que decir que el TS español ha interpretado el elemento del mutuo acuerdo de manera muy amplia, aceptando el acuerdo tácito y coetáneo a la realización de los hechos, y además se conforma en ocasiones con el mero conocimiento o incluso el no oponerse para imputar en coautoría. El TS aprecia el acuerdo de voluntades, por tanto, sin necesidad de contacto entre todos los coautores; basta que la información haya llegado a todos ellos a través de los eslabones que hacen de intermediarios. Podría en consecuencia afirmarse que el TS acepta que el cumplimiento de una orden o encargo es sumarse a un acuerdo de forma tácita, como lo es también el aprobar o consentir la operación diseñada por unos subordinados para ser ejecutada por otros que aceptan el encargo. Sobre la aceptación del acuerdo tácito y coetáneo en la doctrina española véase María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal del coautor*, o. cit., pp. 160 ss. con ulteriores citas en nota 135, y pp. 164 ss., con citas de doctrina y jurisprudencia del TS en nota 142, y Victoria García del Blanco, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006, pp. 557 ss., que destaca la escasa prueba que exige el TS para afirmar la existencia de un acuerdo coetáneo y tácito —basta con estar presente y no oponerse, o se deduce de la acción conjunta realizada—.

⁹⁷ Véase, por ejemplo, CPI, SCP I, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus. Decision on the Confirmation of Charges*, de 7 de marzo de 2011 (ICC-02/05-03/09). La Sala confirma los cargos por coautoría directa; aquí además la Sala especifica que la coautoría es entre los superiores y los subordinados. El fiscal los había acusado como coautores o como coautores mediatos alternativamente (§ 124). La Sala opta por la coautoría directa, y previamente había decidido que solo si no encontrara fundamento a la coautoría directa examinaría la mediata (§ 125), como si esta última fuese una forma de responsabilidad subsidiaria.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

ejecutiva o no) a través de otro u otros—⁹⁸ permitiría atribuir a un acusado que solo intervino en la fase preparatoria los crímenes cometidos por sujetos que no eran sus subordinados ni obedecían sus órdenes, con el argumento de la mutua atribución de las aportaciones de cada coautor.⁹⁹

Como la propia SPI afirma,¹⁰⁰ lo que debería distinguir al autor del partícipe es que la actuación del primero no es accesoria (como la del segundo) sino principal.¹⁰¹

En mi opinión, en este dato (el carácter accesorio o no de la responsabilidad) debería centrarse la decisión acerca de si determinada contribución puede calificarse como autoría —lo que implica que supone por tanto ya un comienzo de la tentativa— o como participación —lo que indica que debe esperar a la realización de un hecho constitutivo de tentativa por parte de otro para ser castigada—. Ello conlleva, por supuesto, la necesidad de una construcción sobre el comienzo de la tentativa que sea coherente con la definición de autor escogida.¹⁰² Un castigo como coautor que pretenda únicamente dar el mensaje de la elevada responsabilidad del acusado, pero sin tener en cuenta las mencionadas consecuencias de esta calificación, puede llevar a contradicciones.¹⁰³

Sin embargo, la Corte no suele hacer la prueba, que sería interesante, de analizar si la contribución del acusado puede calificarse ya de una tentativa del delito del que se le acusa, de manera que no sea necesario para su castigo que otro codeficiente haya avanzado hasta dicho estadio (lo que demostraría la accesoriidad de la responsabilidad del primero y por lo tanto que no es autor). En definitiva, la Corte no se ha detenido a

⁹⁸ *Katanga and Ngudjolo Chui - Confirmation of the Charges*, § 519 ss.

⁹⁹ Así lo destaca también Kai Ambos, "Sobre la 'organización' en el dominio de la organización", o. cit., p. 12: "No obstante, la Sala de Asuntos Preliminares de la CPI imputó a los procesados —mediante una curiosa combinación de autoría mediata (dominio de la organización) y coautoría como *coautoría mediata* [*"mittelbare Mittäterschaft"*] ("*indirect co-perpetration*")— no solo los hechos de los propios subalternos, sino también los de cada uno de los otros, ya que habían intervenido en virtud de un plan común, siempre habían efectuado una contribución fundamental y habían controlado conjuntamente la totalidad del asalto", en relación con el caso *Katanga y Ngudjolo Chui*.

¹⁰⁰ *Lubanga Dyilo Judgment*, § 998.

¹⁰¹ En efecto, la accesoriidad cuantitativa exige, según todas las posibles interpretaciones de la accesoriidad de la participación, que el autor haya comenzado la tentativa para que los partícipes respondan —véase por todos José Cerezo Mir, *Curso...*, t. III, o. cit., pp. 228 ss.—.

¹⁰² Sobre todo ello, Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 577 ss.

¹⁰³ Como señaló por ejemplo Marcelo Sancinetti, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988, p. 30 ss., en relación con el juicio a los excomandantes —sentencia de la CNCC de la Capital Federal, causa n.º 13/84, 9.12.1985—, en el que, a pesar de la calificación como autores mediatos, en realidad la Cámara Nacional los trató como partícipes accesorios; por ejemplo, cuando no se los castigó por la tentativa de todas las muertes que implicaban sus órdenes (pp. 44-45). En el mismo sentido, Ezequiel Malarino, "El caso argentino", en K. Ambos (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2008, pp. 60 ss.

desarrollar una dogmática que compatibilice de manera coherente ese adelantamiento o ampliación de las contribuciones consideradas de autoría con la definición del comienzo de la tentativa.

Y es que pareciera que el empeño de la Corte en forzar una calificación como autor pretende más bien un efecto simbólico y comunicativo: transmitir a la sociedad un mensaje estigmatizador acerca de la responsabilidad de los dirigentes políticos y militares.¹⁰⁴ Si embargo, entiendo que dicho mensaje puede lograrse por otros medios, sin necesidad de forzar la calificación como autor, más cuando el artículo 25.3 ER contiene una descripción muy pormenorizada de las posibles formas de contribuir a la comisión del crimen.¹⁰⁵

3.1.2. La traición a las teorías de las que la Corte dice partir

Pero una vez elegidas esas teorías, lo primero sobre lo que hay que advertir es la peligrosa tendencia a la tergiversación de los elementos que definen al autor según ellas, al desvincularlos de su fundamento y función y prescindir de su prueba respecto del crimen concreto. Con ello la Corte tiende realmente a una nueva categoría de coautor o coautor mediato, en la que el dominio del hecho deja de ser un dato fáctico referido a la dirección del curso causal hacia la producción del delito (en la versión de Welzel) o el poder de decidir el *si* y el *cómo* de su ejecución (en la de Roxin), para convertirse en una mera etiqueta que califica como autor y que se *atribuye* (si fuera un dato fáctico se probaría) a partir del estatus del acusado en la jerarquía política o militar, lo que difícilmente encaja con las definiciones del artículo 25.3.a del Estatuto de Roma.¹⁰⁶

La SCP I había realizado una definición de los elementos de la coautoría según la teoría del dominio funcional del hecho precisa y bastante¹⁰⁷ fiel a la doctrina continental. Sin embargo, en las decisiones posteriores se ha producido un paulatino distanciamiento

¹⁰⁴ Ellies van Sliedregt, "The Curious Case of International Criminal Liability", *JICJ*, vol. 10, 2012, pp. 1172-1188, 1184-1185; ídem, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends...*, o. cit. (en prensa).

¹⁰⁵ Alicia Gil Gil, "Imputación de crímenes internacionales...", o. cit., pp. 577 ss.

¹⁰⁶ Sobre la deriva hacia un concepto normativo de autor, incompatible con la redacción del artículo 25 ER, véase Alicia Gil Gil, "Imputación...", o. cit., p. 533 ss. A favor de una normativización del dominio del hecho, en cambio, Kai Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, Montevideo: KAS, 2005, pp. 225-226.

¹⁰⁷ A excepción de la admisión del dominio del hecho para quien actúa solo en fase preparatoria, que en todo caso es discutible.

en la definición de estos elementos, que se van desdibujando. Un claro ejemplo es la sentencia que nos ocupa. Vamos a ver, uno por uno, cómo finalmente los tres elementos analizados tienen poco o nada que ver con la construcción original.

3.1.2.1. *El acuerdo mutuo o plan común*

El plan común se entendió siempre en la doctrina continental como el acuerdo de voluntades entre los distintos coautores para realizar conjuntamente el delito repartiéndose las tareas para ello.¹⁰⁸ Este acuerdo, que no es otra cosa que el dolo común,¹⁰⁹ permite la atribución del crimen en su conjunto a todos ellos aun cuando su aportación haya sido parcial.¹¹⁰ La resolución común a cometer el delito constituye el fundamento y también el límite de la imputación recíproca en la coautoría. Solo lo que los coautores realizan dentro del acuerdo común puede imputarse recíprocamente.¹¹¹ Lo que quedaba siempre claro era que tenía que tratarse del acuerdo de cometer el delito y no cualquier otra cosa.¹¹² Sin embargo, curiosamente, la doctrina de la CPI ha independizado este elemento transformándolo en un requisito objetivo autónomo,¹¹³ lo que permitirá, como veremos a continuación, expandir notablemente la coautoría. Si bien la definición de la SCP I sobre el acuerdo común¹¹⁴ era todavía interpretable conforme a la doctrina clásica sobre la coautoría, lo cierto es que con posterioridad, en mi opinión, se ha ido desvirtuando y son numerosas las decisiones de confirmación de cargos en las que la definición del acuerdo mutuo no ha sido correcta.¹¹⁵

¹⁰⁸ Günter Stratenwerth, *PG*, o. cit., p. 335.

¹⁰⁹ Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 28, párrafo 1", o. cit., p. 234.

¹¹⁰ Gunter Stratenwerth, *PG*, o. cit., 12/80 ss.

¹¹¹ Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín: Duncker & Humblot, 1996, p. 677; Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, § 25, p. 194; Günter Stratenwerth, *PG*, o. cit., p. 336; José Cerezo Mir, *Curso...*, t. III, o. cit., p. 234; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad penal*, o. cit., p. 263; Kai Ambos, *La Parte general...*, o. cit., p. 186.

¹¹² La doctrina alemana se refiere a él incluso como el *Tatplan*, es decir, referido al hecho delictivo —véase por ejemplo Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 2, § 25, pp. 190 ss.— o como la decisión común al hecho delictivo —Günter Stratenwerth, *PG*, o. cit., p. 335—. Pero también la doctrina anglosajona lo refiere a la comisión del delito; véase por ejemplo Richard Card, Rupert Cross y Phillip Asterley Jones, *Criminal Law*, 19.ª ed., 2010, p. 783: "A joint criminal venture exists where two (or more) people engage together with the common purpose that an offence be committed".

¹¹³ Véase la crítica a este aspecto que ya expusimos en la nota 33.

¹¹⁴ *Lubaganga Dyilo - Confirmation of Charges*, § 342 ss.

¹¹⁵ Alicia Gil Gil, "Imputación", o. cit., pp. 546 ss.; Alicia Gil Gil y Elena Maculan, *Current Trends* (en prensa).

¿Cómo se ha llegado a que el plan común de los coautores no tenga que ser necesariamente el plan de cometer el delito por el que se los acusa?

Las salas de cuestiones preliminares, igual que la Sala de Primera Instancia en la sentencia que venimos comentando, han insistido en que el acuerdo o plan común no tiene por qué ser delictivo en sí mismo. Según ellas, es suficiente que incorpore un *elemento delictivo*, es decir, que basta con que su realización encierre un riesgo suficiente de que si los sucesos siguen el curso ordinario se cometerá un crimen.¹¹⁶ Pero además esta afirmación se ha interpretado de manera tal que ni siquiera se exige que el plan común incluya el acuerdo de *realizar determinados actos* calificables como elementos objetivos del crimen y que puedan dar lugar al resultado delictivo en el curso ordinario de los acontecimientos, es decir, exigiendo el acuerdo sobre la conducta y aceptando el riesgo del resultado —posición que sería perfectamente coherente con la definición del artículo 30, en mi opinión—.¹¹⁷ Por el contrario, basta que la realización del plan conlleve el riesgo de que alguno de los intervinientes cometa un crimen, en el curso normal de los acontecimientos.

Esta interpretación del plan común resulta inadmisibles, en primer lugar porque la única parte relevante penalmente de ese plan sería precisamente ese “elemento delictivo”. Como ha señalado Kai Ambos:

[...] no estamos hablando aquí de cualquier plan [...] sino de un plan que forma la base de la comisión conjunta de un crimen y, por tanto como consecuencia, de la atribución mutua de las respectivas contribuciones de los coautores [...]. Un plan como este no puede ser predominantemente no-criminal sino que al menos debe comprender más o menos los crímenes concretos que serán cometidos, si no, no habría nada [en que se hayan puesto de acuerdo] que podría ser atribuido mutuamente.¹¹⁸

Pero, además, ella tiene repercusiones muy relevantes en dos sentidos: por una parte, conduce a la imputación de responsabilidad por los excesos (declarados previsibles)

¹¹⁶ *Lubanga Dyilo*, § 984. ICC, PTC I, *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, “Decision on the confirmation of charges”, de 7 de marzo de 2011, § 155, *Muthaura y Kenyatta-Confirmation of Charges*, § 413 ss.

¹¹⁷ Véase Alicia Gil Gil, “Mental Element”, o. cit., nota 72.

¹¹⁸ Kai Ambos, “Sobre la ‘organización’ en el dominio de la organización”, o. cit., p. 27.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

de uno de los intervinientes en el plan común.¹¹⁹ Por otra parte, desplaza, como veremos a continuación, el requisito de una aportación objetiva, que debería exigirse que se realice al crimen concreto del que se acusa, pero se convierte en una aportación al plan común incluso no delictivo en sí mismo.

3.1.2.2. *La contribución esencial*

De la misma manera que el elemento anterior, el de la contribución esencial ha vivido una transformación en la jurisprudencia de la Corte que lo hace irreconocible, y ello en tres sentidos:

En primer lugar porque, en lugar de exigirse una contribución esencial al delito del que se imputa al sujeto, que sería lo lógico, basta una contribución al plan común diseñado de aquella manera amplia, dirigido a un fin incluso no delictivo, y que fuera previsible la comisión de un crimen como consecuencia natural de la implementación del plan, donde tampoco se especifica cómo se determina que cierto evento ha sido una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

En segundo lugar porque, gracias a lo anterior, la Corte prescinde de la prueba del carácter esencial de la aportación para la comisión del crimen. Ya de por sí el carácter esencial de la contribución es un elemento normativo cuya definición ha generado una larga controversia en la doctrina, sin que se haya llegado a criterios convincentes para su identificación,¹²⁰ lo que aconsejaría en mi opinión prescindir de esta teoría. Pero, una vez que la Corte la ha asumido y ha optado por una concreta fórmula para su definición,¹²¹ resulta inadmisibles que prescinda de la prueba conforme a tal fórmula.

Y en último lugar porque en realidad, con todo ello, como hemos visto, el elemento de la contribución esencial se ha desligado por completo de la doctrina del dominio del hecho para pasar a convertirse en la etiqueta con la que se califica la actuación de un alto

¹¹⁹ Sobre la inadmisibles imputación a un sujeto a título de autor por acción de los excesos de un interviniente que no han sido ni ordenados ni acordados por el primero, véase Alicia Gil Gil, "Mental Element", o. cit.

¹²⁰ Manuel Gómez Tomillo, "Artículo 28, párrafo 1", o. cit., p. 242; Miguel Díaz y García Conlledo, "Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real", en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0, Junio 2012, pp. 36 ss.; idem, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 669 ss.; Enrique Gimbernat, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 135 ss.; Mariano Melendo Pardos, en Gil Gil, Lacruz, Melendo, Núñez, *Curso...*, o. cit., pp. 369 ss.; María Gutiérrez Rodríguez, *La responsabilidad*, o. cit., pp. 442 ss.; Alicia Gil Gil, "Imputación..." o. cit. p. 539 ss.

¹²¹ Véase supra, nota 46.

responsable civil o militar de acuerdo con el máximo reproche penal que en opinión de la Corte merece.

3.1.2.3. *El elemento subjetivo*

La definición amplia del acuerdo o plan común como elemento central para la imputación a título de autor ha llevado también a una traición del elemento subjetivo de la coautoría, que infringe incluso la dicción literal del artículo 30 ER.

Y es que, según la doctrina de la coautoría, cada coautor, para serlo, debería realizar su parte en la ejecución del delito o, si se acepta, su aportación esencial pero no ejecutiva, conociendo —porque así se ha pactado en el acuerdo común— que el resto de los coautores realizarán la suya y que entre todos al menos crearán el riesgo relevante de la producción del resultado.

El artículo 30 ER distingue correctamente respecto del dolo entre conductas (que deben quererse) y consecuencias (que pueden preverse).¹²² Tanto en la doctrina continental¹²³ como en el *common law*¹²⁴ se reconoce que el dolo contiene a su vez diferentes elementos referidos a un actuar, a una circunstancia o una consecuencia. O, dicho desde la terminología del *common law*, que los diferentes elementos objetivos de un delito pueden requerir diferente elemento subjetivo (*different mental state*).¹²⁵ Mientras que para actuar con dolo en relación con el resultado basta, según el artículo 30, preverlo con cierto grado de probabilidad (que se producirá en el curso normal de los acontecimientos)

¹²² También Kai Ambos, "El primer fallo de la Corte Penal Internacional", o. cit., pp. 34 ss., nos recuerda que el artículo 30 distingue entre diferentes objetos de referencia (conducta, consecuencia y circunstancia) y define el elemento subjetivo de acuerdo a estos, y el estándar previsto en el apartado 3 del artículo 30 solo es aplicable a circunstancias y consecuencias, pero no a la conducta. En cambio, la contribución del coautor al plan común pertenece a la descripción de la conducta de la coautoría; no es ni una consecuencia (un resultado) ni una circunstancia.

¹²³ Véase al respecto en especial la interesante obra de Klaus Gehrig, *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Berlín, 1986, pp. 34 ss., 45 ss., 79 ss.; Alicia Gil Gil, Juan Manuel Lacruz, Mariano Melendo, José Núñez, *Curso...*, o. cit., pp. 232 ss.; Alicia Gil Gil, "Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto", en *RDPC*, n.º 15, 2005, pp. 119 ss.; Alicia Gil Gil, "El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000, pp. 125 ss.

¹²⁴ Es probable que esta distinción haya entrado en el Estatuto de Roma por la influencia los negociadores estadounidenses, como señaló Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013, p. 50.

¹²⁵ VV. AA., *Model Penal Code and Commentaries*, Washington: American Law Institute, 1985, parte I, § 2.02, pp. 229 ss.; Paul H. Robinson y Markus D. Dubber, "An Introduction to the Model Penal Code", p. 12, accessible en <www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf>, (25.06.2013); Mohamed E. Badar, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, Oxford: Hart, 2013, p. 101.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

—lo que en mi opinión incluye ciertos casos de dolo eventual¹²⁶—, en relación con la conducta hay que actuar con la necesaria “voluntad de actuar”,¹²⁷ elemento de toda clase de dolo. A esa voluntad de actuar se refiere en mi opinión¹²⁸ el artículo 30.2.a cuando establece:

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella [...].

En el artículo 30 ER se regula, sin duda alguna, el elemento subjetivo del crimen concreto imputado, y no el de un plan diferente, incluso no delictivo en sí mismo. Sin embargo, la sustitución de uno por otro hace que, donde el Estatuto exige voluntad de realizar la conducta típica (*means to engage in the conduct*), lo que en caso de coautoría debe entenderse como voluntad de realizar la parte correspondiente de la conducta típica¹²⁹ —o la aportación esencial a esta, aunque no constitutiva de actos ejecutivos, si esa doctrina se admite—, esta exigencia se sustituya por la voluntad de realizar otra cosa que no es la conducta típica, un plan diferente, siempre que exista la probabilidad “en el curso normal de los acontecimientos” de que algún otro interviniente en la realización de ese plan cometa el crimen.¹³⁰ Mediante este juego la Corte sustituye por tanto la exigencia de voluntad de realizar (una parte de o una contribución esencial a) la conducta típica por la voluntad de realizar la contribución a un plan diferente, junto con la mera previsibilidad de la conducta típica, y ello en contradicción con la disposición legal.

¹²⁶ Alicia Gil Gil, “Mens Rea” (en prensa), nota 72.

¹²⁷ Sobre el concepto de voluntad de actuar, que forma parte de todas las clases de dolo, véase Jescheck y Weigend, *Lehrbuch*, o. cit., pp. 303-304; Claus Roxin, “Über den Tatentschluß”, en Horst Schröder y Walter Stree, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Múnich: Beck, 1978, pp. 152-153; Alicia Gil Gil, *Derecho penal internacional. Especial consideración del delito de genocidio*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 247-248; idem et al., *Curso...*, o. cit., p. 232 ss.

¹²⁸ Véase con detalle Alicia Gil Gil, “Mens Rea” (en prensa). Una interpretación diferente ofrece en cambio Roberto Wenin, *La mens rea nello Statuto di Roma*, Turin: Giappichelli, 2012, pp. 29 ss.

¹²⁹ Kai Ambos, “El primer fallo de la Corte Penal Internacional”, o. cit., pp. 35.

¹³⁰ Sobre la incompatibilidad de esta interpretación con la dicción literal del artículo 30 y sus inaceptables consecuencias, con detalle, Alicia Gil Gil, “Mental Element” (en prensa).

3.2. ¿Es posible calificar a Lubanga como coautor de los crímenes que se le imputan?

Como se ha ido apuntando a lo largo de la exposición de la sentencia, en mi opinión Lubanga debería responder como autor directo por ejecución de actos típicos (y no por dominio funcional) en relación con la conducta de utilización de menores de 15 años en las hostilidades,¹³¹ dado que la Corte considera que el empleo de los menores en labores de seguridad, como guardaespaldas, es subsumible directamente en dicha conducta típica.¹³² Bastaría por tanto argumentar en este caso la realización de la conducta típica, volviendo innecesaria la apelación a una contribución esencial, elemento que ha perdido su sentido y función original en esta sentencia.

También resulta convincente la interpretación del tipo de los delitos de reclutamiento y alistamiento que hace Guzmán Dalbora en este mismo volumen, según la cual los actos ejecutivos de estos delitos incluirían otras actividades realizadas por Lubanga. Pero si no se admitiera esa interpretación y por tanto se considerase que la autoría o coautoría directa por ejecución de actos típicos no resulta aplicable en estos delitos, habría que analizar al menos si el acusado efectivamente puede ser calificado como coautor aplicando la doctrina del dominio funcional del hecho. Para ello la Sala tendría que demostrar, siguiendo la doctrina de Roxin, que aceptó la SCP I en la confirmación de cargos, que Lubanga acordó con sus coautores la comisión de estos crímenes y que, en la división de las tareas dirigidas a su ejecución, él realizó al menos una contribución que, si bien no era ejecutiva, al menos era esencial, en el sentido de que, si no la hubiera prestado, el crimen no se habría cometido.

La primera parte no era, en mi opinión, difícil de argumentar, si la acusación hubiera estado bien formulada desde el principio. Bastaba con probar que Lubanga había acordado con sus coautores la formación de un ejército de jóvenes, lo que incluía a menores de 15 años. La prueba de la esencialidad de la contribución de Lubanga a dicho fin puede resultar más compleja, pero no imposible. Lo importante es que la Sala

¹³¹ En el mismo sentido Juan Luis Modolell, "Problemas de autoría...", o. cit., p. 102. La única explicación que se me ocurre de por qué la Sala no acusa respecto de este crimen a Lubanga como autor directo es que no quiere condenarlo solo por el uso de los niños que personalmente lleva como guardaespaldas, sino por todos los que la organización ha utilizado de un modo u otro en el conflicto. En opinión de José Luis Guzmán Dalbora, Lubanga podría responder como autor directo de todos los delitos que se le imputaban ("El concepto de autor...", pp. 231-261 de este mismo libro).

¹³² *Lubanga Dyilo Judgment*, § 1270.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

demuestre que sin la aportación de Lubanga (planeamiento, dirección, soporte logístico) no se habría podido reclutar o alistar a esos menores. Si tal extremo no pudiera probarse, Lubanga solo podría responder como autor en comisión por omisión a través del artículo 28 ER, pues evidentemente era consciente de la comisión de estos crímenes por sus subordinados y no lo impidió. Lo que no es de recibo es referir los elementos de la coautoría a un plan diferente del de la realización concreta del delito imputado, pues con ello la Corte acaba en un concepto normativo de autor¹³³ que se basa más en el estatus del acusado que en su concreta contribución al hecho imputado, con lo que infringe el artículo 25 ER.

4. Conclusiones y propuesta para la identificación del autor en el artículo 25.3.a ER

La interpretación que la Corte Penal Internacional viene haciendo del artículo 25.3.a ER, solo aparentemente conforme con la doctrina romano-germánica, plantea tensiones con los principios de legalidad, responsabilidad por el hecho propio y culpabilidad.¹³⁴ En primer lugar porque ha optado por las doctrinas más expansivas y controvertidas, mostrando una clara tendencia a la ampliación de la figura del autor,¹³⁵ que

¹³³ Defiende que se utilice este tipo de concepto para castigar a Lubanga Juan Luis Modolell, "Problemas de autoría...", o. cit., p. 105. Pero en mi opinión su argumento de que el "guionista" sea considerado autor no es compatible con la dicción literal del artículo 25, que distingue entre quien comete, quien ordena, quien propone, quien induce, etc., y que además impone la accesoriedad cuantitativa de los partícipes frente a la responsabilidad principal y autónoma del autor.

¹³⁴ Sobre ello, con detalle, Alicia Gil Gil y Elena Maculan, "Current Trends", o. cit. (en prensa) y Alicia Gil Gil, "Imputación", o. cit., pp. 533 ss.

¹³⁵ Las acusaciones a título de autor son mayoritarias en las decisiones y órdenes de arresto de la Corte, aunque en algunos casos las salas empiezan a hacer uso de otros modelos de imputación previstos por el ER: además del caso *Bemba Bemba Gombo - Confirmation of Charges*, cit., en el que el cargo como coautor tuvo que ser cambiado por el de responsabilidad del superior jerárquico al rechazar la Sala el dolo eventual —véase sobre ello Alicia Gil Gil, "Imputación...", pp. 552 ss.—, en el caso *Ruto y Sang* la Sala califica al segundo acusado como partícipe con base en el artículo 25.3.d (*Ruto, Kosgey and Sang - Confirmation of Charges*, § 350 ss.). Esta misma figura es propuesta en las órdenes de arresto contra Ahmad Harun (CPI, SCP I, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Au Kushayb"), "Warrant of Arrest for Ahmad Harun", de 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07-2), y Ali Kushayb (CPI, SCP I, *Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* ("Ahmad Harun") and Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman ("Au Kushayb"), "Warrant of Arrest for Au Kushayb", de 27 de abril de 2007 (ICC-02/05-01/07-3), junto con una responsabilidad accesoria de acuerdo con el artículo 25.3.b, en el primer caso, y con una responsabilidad como autor en el segundo.

responde al deseo de transmitir el elevado reproche que merecen en su opinión determinados sujetos. Es decir, la calificación como autor pretende tener un valor simbólico y comunicativo.¹³⁶

A la hora de definir la autoría, es aconsejable hacer un uso limitado de las figuras o teorías que, a raíz de un estudio comparado, no encuentran suficiente respaldo para ser consideradas “principios generales del derecho”.

En segundo lugar porque ni tan siquiera es fiel a las teorías a las que dice adherirse. En la sentencia contra Lubanga la Corte culmina un proceso de desvirtuación de los elementos de la coautoría según la doctrina del dominio funcional del hecho de la que la decisión de confirmación de cargos había partido.

La desvirtuación de los elementos para una ampliación de la categoría se hace en contradicción con la dicción literal de los artículos 25 y 30 ER, pues se acaba en una especie de concepto normativo que se basa más en el estatus del acusado y el incumplimiento de las obligaciones derivadas de tal estatus que en los requisitos legales. Para ello, requisitos como el de la realización conjunta del crimen, que exige una aportación objetiva a la comisión del crimen concreto y la voluntad de realizar la conducta típica —o una aportación esencial a esta—, con conciencia del riesgo elevado de producción del resultado delictivo, se sustituyen por referencias a planes más genéricos de los que resulta previsible la comisión del delito. Con ello la Corte termina acercándose a la denostada figura de la JCE III y a una responsabilidad por el hecho ajeno.¹³⁷

La Corte debería replantearse su doctrina sobre la autoría y, si decide seguir la doctrina continental del dominio del hecho —lo que personalmente no considero convincente en relación con la construcción del dominio funcional del hecho—, ser fiel y precisa en el análisis de sus elementos. Cuando estos no puedan ser probados, la Corte cuenta con la figura de la responsabilidad por omisión del artículo 28 y con las otras formas de participación recogidas en el artículo 25.3.b-d. El hecho de calificar al acusado como autor por omisión, como inductor o como cooperador necesario no rebaja, ni a

¹³⁶ Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends”, o. cit. (en prensa).

¹³⁷ Con detalle Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends...”, o. cit. (en prensa). En sentido similar, Kai Ambos, *La Parte general...*, o. cit., p. 186; Marjolein Cupido, “Pluralism in Modes of Liability. Joint Criminal Enterprise versus (Indirect) Joint Perpetration” (inédito); Jens D. Ohlin, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, Cornell Law Faculty Publications, Paper 169, 2011, <<http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169>>, (25.06.2013), p. 747; Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 17.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO *LUBANGA*

efectos de la pena ni a efectos del mensaje de la condena,¹³⁸ la gravedad y reprochabilidad de la conducta del acusado, pero, al mismo tiempo, ello impedirá crear figuras que infringen el principio de legalidad.

En este sentido, el verdadero criterio para distinguir entre autores y partícipes en un crimen internacional debería ser —como la propia Corte ha reconocido, pero luego no examina en el caso concreto— el carácter principal o accesorio de la contribución del sujeto imputado. El autor es principal y su castigo no depende de la intervención de otro, mientras que el partícipe es accesorio y su conducta es impune hasta que un autor principal realice una conducta al menos calificable como tentativa. Si para considerar punible el tipo de intervención activa que ha realizado un acusado es necesario esperar a la intervención de otra persona, ello quiere decir que la conducta del primero tiene carácter accesorio y puede llevar a su imputación a título de participación solamente.¹³⁹

Sin embargo, como ya se ha comentado, la Corte elige la calificación como autor pretendiendo con ella comunicar cierta valoración, es decir, con un carácter simbólico,¹⁴⁰ pero la forma de poner en práctica esta idea parte de un error conceptual importante. La Corte parece olvidar la correlación entre autor-principal y partícipe-accesorio al sustituirla erróneamente por autor-más responsable partícipe-menos responsable, lo que la conduce finalmente a traicionar la primera correlación al dejarse llevar por la falsa, la segunda.¹⁴¹ El partícipe no es necesariamente menos responsable que el autor, ni su contribución al hecho es por definición menos reprochable. La prueba es que en muchos ordenamientos internos el inductor y el cooperador necesario tienen la misma pena que el autor. Especialmente esta última figura parte de la idea de que puede haber contribuciones accesorias (propias de un partícipe, no ejecutivas) pero de importancia equivalente a los actos ejecutivos y que merecen por tanto el mismo castigo.¹⁴² El partícipe

¹³⁸ Incluso el mensaje de máximo responsable puede trasladarse calificando al inductor de “autor intelectual” del delito —Alicia Gil Gil, “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización?”, o. cit.—.

¹³⁹ Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends”, o. cit. (en prensa); Alicia Gil Gil, “Imputación”, o. cit., p. 576 ss. No me parecen convincentes, en cambio, propuestas que ponen todo el peso en el elemento subjetivo o *mens rea*, y que nos acercan a conceptos subjetivos de autor ya superados en la doctrina romano-germánica, como por ejemplo la propuesta de Jens Ohlin, “Joint Intentions to Commit International Crimes”, o. cit., también publicado en *Chicago JIL*, 11, 2011, p. 721.

¹⁴⁰ Alicia Gil Gil y Elena Maculan, “Current Trends”, o. cit. (en prensa).

¹⁴¹ En el mismo sentido Jens D. Ohlin, Ellies Van Sliedregt y Thomas Weigend, “Assessing the Control-Theory”, o. cit., p. 23 ss.

¹⁴² José Cerezo, *Curso III*, p. 247; Mariano Melendo Pardos, “Teoría de la codelinuencia, II: Participación”, en Alicia Gil, Juan Manuel Lacruz, Mariano Melendo, José Núñez, *Derecho penal, Parte general*, p. 399.

simplemente deriva su responsabilidad de la del autor principal y responde en función de lo hecho por aquel.

En mi opinión, existe una contradicción entre afirmar que el autor, recogido en el artículo 25.3.a, es principal y su responsabilidad no depende de la conducta de otro, como reconoce la Corte, y a la vez afirmar que es coautor quien realiza una contribución que, considerada aisladamente, solo podría calificarse de acto preparatorio impune. También el coautor debe ser principal y no accesorio, aun cuando la ejecución completa del hecho no descansa solo en sus manos. Para que la aportación del sujeto sea considerada coautoría, y a la vez pueda mantenerse su carácter no accesorio (que su responsabilidad no depende de que otro sujeto comience la tentativa, lo que significa en el Estatuto de Roma realizar actos ejecutivos¹⁴³), debe exigirse, lógicamente, que la aportación del sujeto pueda calificarse, por sí sola, de tentativa punible. Esto viene apoyado además por la redacción del artículo 25.3 ER, que destaca la naturaleza accesorio de la participación,¹⁴⁴ ya que, mientras en el apartado a —que regula la autoría directa, la coautoría y la autoría mediata— habla de cometer el delito, en los restantes apartados, en cambio, hace mención expresa de distintas formas de intervenir “en la comisión o en la tentativa”.

En conclusión y siguiendo la explicación tradicional de la accesoriedad cuantitativa: quien comete el delito o al menos comienza la tentativa (realiza los actos ejecutivos) es autor; en cambio, quien interviene de alguna otra forma en la comisión o tentativa de otro es partícipe. Por ello, en mi opinión, la doctrina de la contribución esencial pero no ejecutiva que confiere el dominio del hecho —y máxime cuando solo se actúa en fase preparatoria— no es compatible con el ER, que caracteriza al partícipe como accesorio (y por contraposición al autor como principal) y a la vez define la tentativa como la realización de actos ejecutivos.¹⁴⁵

¹⁴³ Véase el artículo 25.3.f, más claro si cabe en la versión inglesa: “Attempts to commit such a crime by taking action that commences its execution by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person’s intentions” (énfasis añadido). Por supuesto, luego se plantea el problema de la definición de los actos ejecutivos; personalmente considero que la teoría más convincente es la de la unidad natural de Frank, que pretende completar la teoría objetivo-formal de Beling con un criterio material pero restrictivo —Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.ª ed., 1931, p. 87; Alicia Gil, Juan Manuel Lacruz, Mariano Melendo, José Núñez, *Curso...*, o. cit., pp. 325-327.

¹⁴⁴ Así también José Luis Guzmán Dalbora, “El concepto de autor...”, pp. 231-261 de este mismo libro.

¹⁴⁵ Entiendo que la posición de la jueza Van den Wyngaert es similar a la aquí propuesta cuando rechaza que el artículo 25.3.a exija una contribución esencial y afirma que los coautores deben realizar directamente los elementos materiales del crimen —*Ngdjolo Chui - Judgment, Van den Wyngaert Concurring Opinion*, § 44—. Si la planificación

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

En principio cualquier concepto de autor puede servirnos para integrar el artículo 25 ER, pero siempre que 1) sea compatible con su dicción literal y coherente con una interpretación teleológica y sistemática del Estatuto¹⁴⁶ y 2) lleve a resultados universalmente compartibles. Ya hemos visto los problemas que la doctrina del dominio funcional del hecho mediante una “aportación esencial” presenta respecto del primer aspecto. En relación con el segundo, cabe recordar que el único criterio universalmente reconocido de autor es el objetivo formal; a partir de ahí se puede afirmar un consenso amplio en la consideración como autor de quien actúa utilizando lo que los anglosajones denominan “agente inocente” (casos tradicionales de autoría mediata). A ello podemos añadir la autoría mediata con agente responsable por ser una imposición del ER, acordada por tanto por los Estados parte, pero aquí acaba el acuerdo.¹⁴⁷

Por todo lo dicho, en mi opinión, la doctrina del dominio funcional del hecho mediante la aportación de una “contribución esencial”, ni tal y como la diseñó Roxin, ni mucho menos con su expansión a la actuación en fase preparatoria, ni, por supuesto, en absoluto, tal y como ha acabado desvirtuándola la CPI, cumple estos dos requisitos.

u organización del crimen puede ser considerada un acto ejecutivo de este, tal y como la jueza defiende —o. cit., § 47—, debe ser examinado en mi opinión caso por caso, pues se trata de una cuestión de interpretación del tipo penal. Al respecto resulta convincente la argumentación de Guzmán Dalbora respecto del crimen de reclutamiento y alistamiento de niños soldados (“El concepto de autor...”, en este mismo volumen, pp. 231-261). En su opinión la conducta de Lubanga es directamente subsumible en el tipo, por lo que sería coautor directo aplicando sin más una teoría objetivo-formal. Cuando el tipo concreto no permita tal interpretación será necesario acudir a la figura de la inducción u otras recogidas en el artículo 25.

¹⁴⁶ Véase José Luis Guzmán Dalbora, “El concepto de autor...”, pp. 231-261 de este libro.

¹⁴⁷ Un estudio sobre la responsabilidad de dirigentes de organizaciones en diversos países puede verse en Ulrich Sieber y Karin Cornils (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. 4, Berlín: Max Plack Institut, 2010. Lo cierto es que hay muchos países con diferentes conceptos de autor, no basados en el dominio del hecho, que no reconocen la autoría mediata o que castigan al organizador o director de diversas maneras. Por ejemplo, lo califica directamente como autor el Código Penal chino (p. 7) y recoge un concepto objetivo-formal de autor el CP francés (p. 77), donde el autor mediato se castiga como inductor (p. 79). Existen legislaciones en las que se admite solo la autoría mediata con instrumento irresponsable, como la legislación de Costa de Marfil (pp. 35, 362) o el Model Penal Code de los Estados Unidos, § 2.06.2.a. También admiten la autoría mediata con agente inocente Inglaterra y Gales (p. 55), donde en cambio se conoce además la figura de la *joint criminal enterprise*. Extraer principios comunes del derecho comparado es una tarea harto complicada, por no decir imposible.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision”, en *Leiden Journal of International Law*, vol. 22, n.º 4, diciembre de 2009.
- *Internationales Strafrecht*, 3.ª ed., Múnich: Beck, 2011.
- “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 159 ss.
- *La parte general del Derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- “El primer fallo de la Corte Penal Internacional (Prosecutor v. Lubanga): un análisis integral de las cuestiones jurídicas”, en *InDret 3/2012*.
- “Sobre la ‘organización’ en el dominio de la organización”, en *InDret 3/2011*
- “Zur ‘Organisation’ bei der Organisationsherrschaft”, en HEINRICH, JÄGER, ACHENBACH, AMELUNG, BOTTKÉ, HAPFKE, SCHÜNEMANN, WOLTER (eds.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag* am 15. Mai, 2011, pp. 837-852.
- BACIGALUPO, Enrique, “La teoría del dominio del hecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Diario La Ley*, n.º 6962, sección “Doctrina”, 6 de junio de 2008.
- BADAR, Mohamed E., *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law*, Oxford: Hart 2013.
- “‘Just Convict Everyone!’ - Joint perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again”, *International Criminal Law Review*, 6(2), 2006.
- BASSIOUNI, Cherif, *Diritto Penale degli Stati Uniti d’America*, Milán, 1985.
- BOAS, Gideon, James L. BISCHOFF y Natalie L. REID, *International Criminal Law Practitioner Library*, vol. I: “Forms of Responsibility in International Criminal Law”, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- BOLEA BARDÓN, Carolina, *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- CARD, Richard, Rupert CROSS y Phillip Asterley JONES, *Criminal Law*, 19.ª ed., 2010.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*, t. III, 6.ª ed., Madrid: Tecnos, 2004.
- “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982.
- CONDE PUMPIDO, Cándido, *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1997.
- CUPIDO, Marjolein, “Pluralism in Modes of Liability. Joint Criminal Enterprise versus (Indirect) Joint Perpetration”, inédito.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.
- “Límite entre la coautoría y la participación. A propósito de un caso real”, en *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 0, junio de 2012.
- FARALDO CABANA, Patricia, “Formas de autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 16, 2005.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

- *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas: la autoría mediata con aparatos organizados de poder*, 2004.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, 2006.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, “Blanqueo de capitales y criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- FLETCHER, George, *Rethinking Criminal Law*, Oxford, 2000.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a ed., 1931.
- GARCÍA DEL BLANCO, Victoria, *La coautoría en Derecho penal*, Valencia, 2006.
- GEHRIG, Klaus, *Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teil des StGB*, Berlín: Duncker & Humblot, 1986.
- GIL GIL, Alicia, “El caso español”, en K. AMBOS (ed.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, Bogotá, 2008.
- “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 6, 2000.
- “Imputación de crímenes internacionales, ¿expansión o universalización? Problemas y vías de solución”, en Alicia GIL GIL y Elena MACULAN (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013.
- “Mens Rea in Co-perpetration and Indirect Perpetration According to Article 30 of the Rome Statute”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 14, 2014.
- “Principales figuras de imputación a título de autor en Derecho penal internacional. Su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 109, 2013.
- “Lo subjetivo en la fundamentación y en la exclusión de lo injusto”, en *RDPC*, n.º 15, 2005.
- GIL GIL, Alicia, Juan Manuel LACRÚZ LÓPEZ, Mariano MELENDO PARDOS y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2010.
- GIL GIL, Alicia, y Elena MACULAN, *Current Trends in the Application of the Modes of Liability by the ICC* (en prensa).
- GIMBERNAT, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “El dominio del hecho en la autoría (validez y límites)”, en *Estudios Penales*, 2000.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Artículo 28, párrafo 1”, en ídem (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Valladolid: Lex Nova, 2010.
- GUSTAFSON, Katrina, “ECCC Tackles JCE”, en *JICJ*, n.º 8, 2010.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, “Joint Criminal Enterprise, ¿una especie jurídica en vías de extinción en el derecho penal internacional?”, en Alicia Gil Gil y Elena Maculan (eds.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional: Reglas de atribución de responsabilidad en crímenes internacionales*, Madrid: Dykinson, 2013.

- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, “La doctrina de la ‘empresa criminal conjunta’ en las resoluciones del Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia”, en Francisco Muñoz Conde (ed.), *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología: estudios penales en memoria de la Prof. Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, *La responsabilidad penal del coautor*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- HAAN, Verena, “The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlín: Duncker & Humblot, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Estudios penales*, Barcelona: PPU, 1991.
- MALARINO, Ezequiel, “El caso argentino”, en K. AMBOS (coord.), *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*, 2008.
- MARÍN DE ESPINOSA, Elena, *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002.
- MARSH, Luke, y Michael RAMSDEN, “Joint Criminal Enterprise: Cambodia’s Reply to *Tadić*”, en *ICLR*, n.º 11, 2011.
- MELENDO PARDOS, Mariano, “Teoría de la codelinuencia”, en Alicia GIL GIL, Juan Manuel LACRÚZ LÓPEZ, Mariano MELENDO PARDOS y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Dykinson, 2010.
- MODELELL, Juan Luis, “Problemas de autoría en la sentencia de 29 de enero de 2007 de la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)”, en Kai AMBOS y Montserrat HOYOS (coords.), *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*, Granada, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, “¿Cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?”, en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, Madrid: UNED, 2001.
- “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, y Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 6.^a ed., Valencia, 2004.
- NÚÑEZ CASTAÑO, María Elena, *Responsabilidad penal en la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- OHLIN, Jens D., “Joint Intentions to Commit International Crimes”, Cornell Law Faculty Publications, paper 169, 2011, accessible en <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/169> (29.1.2014); también publicado en *Chicago JIL*, vol. 11, 2011.

ANÁLISIS DE LA PRIMERA SENTENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: EL CASO LUBANGA

- “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007.
- OHLIN, Jens D., Ellies VAN SLIEDREGT y Thomas WEIGEND, “Assessing the Control-Theory”, *Leiden Journal of International Law*, 26, n.º 3 (en prensa), también accesible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276677> (29.1.2014).
- OLÁSOLO, Hector, *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Valencia, 2011.
- “Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal Internacional”, *In Dret*, n.º 3, 2009.
- OLÁSOLO, Héctor, y Ana PÉREZ CEPEDA, “The Notion of Control of the Crime and its Application by the ICTY in the Stakić Case”, *International Criminal Law Review*, 4, 2004.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, “Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación”, en *RP La Ley*, n.º 9, 2002.
- PIRAGOFF, Donald, y Darryl ROBINSON, “Article 30”, en Otto TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Múnich: Beck, 2008.
- ROBINSON, Paul H., y Markus D. DUBBER, “An Introduction to the Model Penal Code”, accesible en <www.law.upenn.edu/fac/phrobins/intromodpencode.pdf> (25.9.2013).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, Múnich: Beck, 2003.
- *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín: De Gruyter, 2000 (existe traducción al español de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2000).
- “Über den Tatentschluß”, en Horst SCHRÖDER y Walter STREE, *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Múnich: Beck, 1978.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “En los límites de la inducción”, *In Dret*, 2, 2012.
- SANCINETTI, Marcelo, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires: Lerner, 1988.
- SHAHABUDDEN, Mohamed, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, en Shane DARCY y Joseph POWDERLY, *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- SIEBER, Ulrich, y Karin CORNILS (eds.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, vol. 4, Berlín: Max Plack Institut, 2010.
- STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal. Parte general*, t. I, 2005.
- VAN SLIEDREGT, Ellies, “The Curious Case of International Criminal Liability”, *JICJ*, vol. 10, 2012.
- *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- VV. AA., *Model Penal Code and Commentaries*, Washington: American Law Institute, 1985.
- WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín: de Gruyter, 1969.
- WERLE, Gerhard, *Principles of International Criminal Law*, 2.ª ed., La Haya: TMC Asser Press, 2009.

— *Völkerstrafrecht*, 3.^a ed., Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

WERLE, Gerhard, y Boris BURGHARDT, “Coautoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico-penal alemana en el Derecho penal internacional?”, en *Revista penal*, n.º 28, julio de 2011.

— “Die mittelbare Mittäterschaft - Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht”, en BLOYD et al. (eds.), *Festschrift für Manfred Maiwald zum. 75 Geburtstag*, 2010.