



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

LOS CRITERIOS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL SOBRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Un análisis de la aplicación del artículo 25 del Estatuto de Roma en las decisiones de confirmación de cargos y sentencias definitivas

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA CATALINA FERNÁNDEZ CARTER

ANDREA BELÉN JIMÉNEZ LAURENCE

PROFESORA GUÍA: CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA

SANTIAGO DE CHILE

Noviembre, 2016

AGRADECIMIENTOS

Queremos agradecer a todos quienes formaron parte activa de nuestro proceso de titulación, acompañándonos y apoyándonos en este largo camino. A nuestras familias y amigos y a Agustín y Asger. Un agradecimiento especial a la profesora Claudia Cárdenas Aravena por su dedicación y apoyo durante la elaboración de este trabajo.

A Bruno y Florencia, en nombre de todos los demás.

ÍNDICE

RESUMEN	5
I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL	14
1. EL MODELO UNITARIO DE LOS TRIBUNALES DE NÚREMBERG Y TOKIO	14
2. EL MODELO DIFERENCIADOR DE LOS TRIBUNALES AD HOC Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	22
i. Modelo objetivo	24
ii. Modelo subjetivo: El ejemplo de la empresa criminal conjunta	24
iii. Control sobre el crimen: La teoría del dominio del hecho	38
III. APLICACIÓN DE LAS FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE ROMA EN LAS DECISIONES DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS Y SENTENCIAS DEFINITIVAS	42
1. AUTORÍA	45
i. Autoría directa	48
a) <u>Análisis artículo 25.3.a)</u>	48
b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	49
c) <u>Análisis crítico</u>	51
ii. Autoría mediata	53
a) <u>Análisis artículo 25.3.a)</u>	53
b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	54
c) <u>Análisis crítico</u>	59
iii. Coautoría	64
a) <u>Análisis artículo 25.3.a)</u>	64
b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	65
c) <u>Análisis crítico</u>	73
iv. Coautoría mediata	80
a) <u>Análisis artículo 25.3.a)</u>	80
b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	81
c) <u>Análisis crítico</u>	87
2. PARTICIPACIÓN.....	90
i. Artículo 25.3.b)	90
a) <u>Análisis del artículo</u>	90

b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	92
c) <u>Análisis crítico</u>	96
ii. Artículo 25.3.c)	100
a) <u>Análisis del artículo</u>	100
b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	103
c) <u>Análisis crítico</u>	105
iii. Artículo 25.3.d)	109
a) <u>Análisis del artículo</u>	109
b) <u>Criterios formulados por la Corte</u>	112
c) <u>Análisis crítico</u>	121
IV. CONCLUSIONES.....	127
BIBLIOGRAFÍA	134

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar las decisiones de confirmación de cargos y sentencias definitivas pronunciadas por la Corte Penal Internacional, con el objeto de identificar los principales criterios que han sido identificados y aplicados por la Corte al momento de analizar la imputación de un individuo de quien se alega la comisión de un crimen de competencia de la Corte, sea como autor o partícipe.

Para esos efectos, esta memoria comienza con una descripción de los modelos de responsabilidad individual que han sido aplicados en derecho penal internacional a lo largo de los años teniendo en cuenta que los tribunales penales internacionales han tratado las formas de autoría y participación de manera más bien disímil a lo largo del tiempo, especialmente durante los siglos XX y XXI.

A continuación, se describen los criterios identificados que han sido considerados por la Corte Penal Internacional, tanto al momento de confirmar cargos como de condenar o absolver a los imputados de crímenes de su competencia. En esa sección se presenta también un análisis crítico de las decisiones y criterios, a fin de determinar si la Corte se ha atendido a lo dispuesto en su Estatuto, o por el contrario, ha excedido los términos del mismo en su ejercicio interpretativo.

Este trabajo finaliza con las conclusiones, que recogen los principales avances logrados por la Corte Penal Internacional, y los desafíos que ésta enfrenta en lo sucesivo.

“Some it may be are more guilty than others; some played a more direct and active part than others in these frightful crimes. But when those crimes are such as you have to deal with here-slavery, mass murder and world war, [...] what mitigation is it that some took less part than others, that some were principals and others mere accessories. What matters it if some forfeited their lives only a thousand times whilst others deserved a million deaths?”

(Fiscal Hartley Shawcross, día 188, Juicios de Núremberg).¹

I. INTRODUCCIÓN

El 17 de julio de 1998, en un evento histórico, se acordó la celebración del Estatuto de Roma que crearía la Corte Penal Internacional. Mediante este acuerdo, decenas de países pactaban la creación de un tribunal permanente que tendría jurisdicción sobre los crímenes que la comunidad internacional consideraba más graves. El propósito de los países miembros quedó reflejado en el Preámbulo del Estatuto, que refiere expresamente a la intención de poner fin a la impunidad de los autores de crímenes que constituyen una amenaza para la paz, seguridad y bienestar de la sociedad, como asimismo contribuir a la prevención de nuevos crímenes.²

La intención de crear una Corte Penal Internacional llevaba ya varios años en la discusión pública internacional. En efecto, y sin perjuicio de algunos esfuerzos aislados a comienzos del siglo XX, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial varios países impulsaron la idea de crear un tribunal permanente que tuviera jurisdicción al menos sobre el

¹ THE AVALON PROJECT. Nuremberg Trial Proceedings Vol. 19 Day 188. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/07-27-46.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

² Preámbulo Estatuto de Roma: “Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”; “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”.

crimen de genocidio. En efecto, la Asamblea General de Naciones Unidas, al momento de adoptar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, con fecha 9 de diciembre de 1948, invitó a la Comisión de Derecho Internacional a “estudiar el atractivo y posibilidad de establecer un órgano judicial internacional para el enjuiciamiento de personas acusadas de genocidio u otros crímenes sobre los cuales se confiera jurisdicción a tal órgano por convenciones internacionales”.³ No obstante la Comisión comenzó efectivamente sus labores para la elaboración de un borrador, los esfuerzos se vieron retrasados por la dificultad de determinar una definición del crimen de agresión,⁴ así como por el desarrollo de la Guerra Fría. La discusión sólo se reanudó el año 1989 cuando varios países de Latinoamérica y el Caribe, liderados por Trinidad y Tobago, instaron a la Asamblea General a retomar la creación de una Corte Penal Internacional con competencia sobre el tráfico de drogas.⁵ La posición de Trinidad y Tobago quedó reflejada en una Resolución de la Asamblea General que requirió a la Comisión de Derecho Internacional “abordar la cuestión de establecer un tribunal penal internacional u otro mecanismo de justicia penal internacional con jurisdicción sobre personas imputadas por cometer crímenes que puedan quedar cubiertos bajo dicho código de crímenes [el Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad], incluyendo personas involucradas en tráfico ilegal de estupefacientes a través de las fronteras nacionales”.⁶

Con anterioridad a la discusión sobre la Corte Penal Internacional, el juzgamiento de individuos por crímenes internacionales había sido más bien escaso, y los tratados internacionales que se referían a tales crímenes, tales como las Convenciones de La Haya y Ginebra, regulaban las obligaciones de los Estados, no de individuos.⁷ Las excepciones las constituían los juzgamientos en Alemania y Tokio a los vencidos en la Segunda Guerra

³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°260 (III) de 9 de diciembre de 1948. [Traducción Libre].

⁴ MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter y DONELLY, Eric. (Ed.). *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*. Oregon, Hart Publishing, 2004, p. 41. En igual sentido: ELLIS, Mark y GOLDSTONE, Richard. (Ed.). *The International Criminal Court: challenges to achieving justice and accountability in the 21st century*. Nueva York, International Debate Education Association, 2008. pp. 9-10.

⁵ ELLIS, Mark y GOLDSTONE, Richard. *ob. cit.*, pp. 9-10.

⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°44/39 de 4 de diciembre de 1989. [Traducción Libre].

⁷ AINLEY, Kirsten. *Responsibility for Atrocity: Individual Criminal Agency and the International Criminal Court*. En: PARRY, John. *Evil, Law and the State: Perspectives on State Power and Violence*. Amsterdam, Rodopi, 2006. p. 3.

Mundial, y los tribunales ad hoc. En ambos casos, la jurisdicción era creada con posterioridad al conflicto, generando serios cuestionamientos sobre su legitimidad y sobre la violación al principio de *nullum crimen sine lege*.⁸

Ante la solicitud de la Asamblea General, la Comisión de Derecho Internacional elaboró un Proyecto de Estatuto para una Corte Penal Internacional, el que fue presentado en 1994. Ante ello, con fecha 11 de diciembre de 1995, la Asamblea General decidió establecer un Comité preparatorio para discutir los aspectos más relevantes del Proyecto de Estatuto.⁹

La creación de la Corte Penal Internacional supuso una amplia discusión entre los Estados que, por provenir de tradiciones jurídicas muy diversas,¹⁰ dificultó enormemente la posibilidad de acordar los crímenes de jurisdicción de la Corte, los modelos de responsabilidad y las penas. Fue la necesidad de llegar a un modelo de consenso el que obligó a los redactores a utilizar un lenguaje genérico, con el riesgo de que este pudiese resultar impreciso.

Uno de los temas que precisamente causó más controversia fueron las formas de responsabilidad contenidas en el Estatuto de Roma, en particular, en su artículo 25. La intensa negociación diplomática obligó a acordar formas de responsabilidad que podían superponerse entre sí,¹¹ y que generaron, según veremos, dificultad en su interpretación por parte de los jueces de la Corte.

En contraste con las palabras del Fiscal Shawcross que reproducimos más arriba, este trabajo parte de la premisa de que sí importa qué tipo de responsabilidad le cabe a cada individuo en la comisión de un crimen. Por más graves que sean los crímenes y sus consecuencias, por más terribles que sus autores puedan parecer, y, sobre todo, aun cuando el preocuparse de determinar bajo qué calidad actuó una persona pueda parecer un ejercicio infructuoso o puramente teórico, el caracterizar correctamente qué tipo de responsabilidad le corresponde a dicha persona es esencial para cumplir con los principios que constituyen la base del derecho penal.

⁸ AINLEY, Kirsten. *ob. cit.*, p .3.

⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°46 de 11 de diciembre de 1995.

¹⁰ SCHABAS, William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford; Nueva York, Oxford University Press, 2010. p. 422.

¹¹ VAN SLIEDREGT, Elies. *Perpetration and Participation in Article 25(3)*. En: STAHN, Carsten. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Nueva York, Oxford University Press, 2015. p. 500.

Primeramente, saber si la conducta realizada por un acusado está efectivamente penada es un requisito básico de cualquier sistema jurídico penal, lo que se desprende del principio de legalidad.¹² Dicha determinación permite entender también de qué forma se cometió el crimen y, consecuentemente, quienes se vieron involucrados en el mismo, aun cuando no hayan estado físicamente presentes al momento de su comisión. Además, permite diferenciar quién cometió un crimen y quién meramente cooperó con el mismo, y en este último caso, si dicha cooperación tiene relevancia penal o no.

Obtener dicha claridad es fundamental para cumplir también con el principio de culpabilidad,¹³ que se encuentra reconocido en el artículo 25 numerales 2 y 3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, como también en la regla 145 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. Por ello, es relevante que la sentencia refleje la culpabilidad de la persona condenada.¹⁴

Este principio, en palabras de Cassese, implica que “nadie puede ser considerado responsable por un acto que no ha realizado o en la comisión de la que no ha participado de forma alguna, o por una omisión que no puede ser atribuida a él”.¹⁵ De esta forma, y por más que pudiese considerarse que el adoptar un modelo unitario que no distingue entre autores y partícipes simplificaría los procedimientos,¹⁶ lo fundamental es que se condene a los individuos por los actos que efectivamente han realizado, lo que se consigue diferenciando la

¹² El principio de *nullum crimen sine lege* está consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 22 del Estatuto de Roma. Además, ha sido reconocido por la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales: ver: GALLANT, Kenneth. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Nueva York, Cambridge University Press, 2009. p. 303 y ss.

¹³ El principio de culpabilidad es también un principio bien establecido en materia de derecho penal, originándose a finales del siglo XVIII, siendo reconocido, en el ámbito de derecho penal internacional, por el Tribunal de Núremberg en adelante. Ver: RAIMONDO, Fabian. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 81.

¹⁴ En la misma línea, el principio de proporcionalidad está contemplado en el artículo 78.1 del Estatuto que establece la gravedad del crimen como un aspecto crucial al momento de sentenciar. WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. *Principles of International Criminal Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2014. p. 120.

¹⁵ [Traducción libre]. En el original: “*no one may be held accountable for an act he has not performed or in the commission of which he has not in some way participated, or for an omission that cannot be attributed to him*”.: CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. 2ª ed. Nueva York, Oxford University Press, 2014. p. 33.

¹⁶ Al respecto, ver el artículo de Stewart que versa sobre la conveniencia de adoptar un modelo unitario: STEWART, James. *The End of “Modes of Liability” for International Crimes*. *Leiden Journal of International Law*. 25(1): 165-219, febrero, 2012. En respuesta a este artículo, ver: JACKSON, Miles. *The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law*. *Leiden Journal of International Law*. 29(3): 879-895, abril, 2016.

forma de responsabilidad con la que actúan. Dentro de este principio de culpabilidad, un adecuado etiquetamiento,¹⁷ -esto es, una correcta y específica caracterización del delito-, sólo se logra distinguiendo si una persona actuó como autor o partícipe al momento de describir el acto, lo que no sólo es justo para el acusado, sino que también cumple una labor de publicidad.¹⁸ Finalmente, y como el principio de culpabilidad requiere también que la sentencia sea proporcional a la responsabilidad individual de la persona,¹⁹ no basta reconocer un grado diverso de involucramiento al momento de imponer una pena menor o mayor en la fase de sentencia,²⁰ sino que la sentencia debe “reflejar correctamente la culpabilidad moral de un participante, y al hacerlo, reflejar las diferencias moralmente significativas de la culpabilidad entre los participantes”.²¹ Es justamente el modelo diferenciador el que captura dicha distinción moral en la etapa de atribución de responsabilidad. Todo esto, en definitiva, sirve también para asegurar la transparencia en los procedimientos ante la Corte y mejorar la justicia del derecho penal internacional.²²

Por todo lo anterior, y dado que en el ámbito del derecho penal internacional lo normal es la actuación colectiva, al identificar la forma de responsabilidad con la que actuó una persona se da cuenta de quién o quiénes son responsables por los delitos. Esto es relevante pues muchas veces la autoría se ve diluida por la misma forma de comisión de estos delitos, lo

¹⁷ El principio de adecuado etiquetamiento o *fair labelling* en su versión original, fue desarrollado en la década de los 80' por el académico inglés Andrew Ashworth: CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. Fair Labelling in Criminal Law. The Modern Law Review. 71(2): 217-246, febrero, 2008. pp. 218-219 y, si bien, ha tenido creciente reconocimiento entre académicos del derecho penal internacional (Véase, por ejemplo, ZAWATI, Hilmi. Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes at the International Criminal Courts. Nueva York, Oxford University Press, 2014.; GUILFOYLE, Douglas. Responsibility for Collective Atrocities: Fair Labelling and Approaches to Commission in International Criminal Law. Current Legal Problems. 64(1): 255-286, septiembre, 2011.), creemos que no ha tenido un desarrollo autónomo del principio de culpabilidad en materia internacional.

¹⁸ Para más beneficios de un adecuado etiquetamiento ver: CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. *ob. cit.*, pp 224-239.

¹⁹ WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian. *ob. cit.*, p. 120.

²⁰ En respuesta al argumento de Stewart en esta línea, contenido en el artículo en que hacemos referencia en la nota 16, Ohlin se refiere a lo inviable de esta solución, sugiriendo – utilizando el método de *reductio ad absurdum* – abolir todos los crímenes sustantivos y reemplazarlos por un solo “crimen de atrocidad”, expresando cualquier diferencia moral en la sentencia. (JACKSON, Miles. *ob. cit.*, p. 890).

²¹ JACKSON, Miles. *ob. cit.*, p. 890.

²² WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris. Establishing degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute. En: VAN SLIEDREGT, Elies y VASILIEV, Sergey. (Ed.). Pluralism in International Criminal Law. Nueva York, Oxford University Press, 2014. pp. 3-4.

que lleva a la impunidad de los principales criminales, o a subestimar su grado de responsabilidad.²³

Como el principal problema es determinar específicamente en qué tipo de responsabilidad ha incurrido una persona,²⁴ los juzgadores de este tipo de crímenes han atribuido responsabilidad individual por hechos colectivos mediante diversas construcciones: la conspiración, la pertenencia a una organización criminal, la empresa criminal conjunta, la coautoría y la autoría mediata,²⁵ entre otras. Dichas construcciones provienen justamente de entender que una correcta caracterización de la responsabilidad es importante.

La Corte Penal Internacional debe establecer un mensaje claro al respecto: no se permitirá la impunidad ni de autores ni de colaboradores a los crímenes. Pero a la vez, debe ser rigurosa al interpretar y aplicar las formas de responsabilidad de su Estatuto, de una manera tal que se respete la voluntad de los Estados signatarios del mismo Estatuto, y se evite la construcción de teorías que responden a la creatividad judicial y que no encuentran asidero en el derecho consuetudinario o en principios generales del derecho.

Dado que el objeto de este estudio es revisar la aplicación que ha realizado la Corte respecto de las formas de responsabilidad individual, hemos enfocado nuestro análisis en las decisiones de confirmación de cargos de la Corte y en las sentencias definitivas. La razón de esto es, primeramente, que es en ambas sedes donde existe un mayor número de casos analizados. De hecho, al momento de presentación de este trabajo, las Salas de Cuestiones Preliminares han emitido 14 decisiones de confirmación de cargos,²⁶ mientras que las Salas de

²³ Ver más: OLÁSULO, Héctor. Tratado de Autoría y Participación. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. p. 42.

²⁴ OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 41.

²⁵ MATUS, Jean Pierre. Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Chileno conforme a la Ley N° 20.537. Política Criminal. 8(16): 363-385, diciembre, 2013. p. 368-369.

²⁶ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo; The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba; The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda; The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus; The Prosecutor v. Bosco Ntaganda; The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang; The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein; The Prosecutor v. Thomas Laurent Gbagbo; The Prosecutor v. Charles Blé Goudé; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido; The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana; The Prosecutor v. Dominic Ongwen y The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi.

Primera Instancia han emitido 6 sentencias definitivas²⁷ Es así como la revisión de estas decisiones y sentencias dan un análisis mucho más representativo de los criterios adoptados por la Corte.

En segundo lugar, y a diferencia de las órdenes de detención y comparecencia -que requieren sólo la intervención del Fiscal y no de la Defensa, y en dónde la Corte exige un estándar mucho menor para su dictación-,²⁸ para emitir una decisión de confirmación de cargos, las Salas de Cuestiones Preliminares deben celebrar una audiencia para analizar los hechos y las formas de responsabilidad indicadas por la Fiscalía, y así decidir -o no- confirmar los cargos. El estándar que debe cumplir la Sala de Cuestiones Preliminares para confirmar los cargos, según dispone el artículo 61.7 del Estatuto, es determinar si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen. Por tanto, las Salas se ven obligadas a examinar los hechos y subsumirlos, no solo en el crimen específico sino también en la forma de responsabilidad alegada, constituyéndose entonces sus sentencias como una importante fuente de análisis de la aplicación del artículo 25.3 del Estatuto de Roma. Naturalmente, el estándar exigido por las Salas de Primera Instancia para dictar una sentencia condenatoria es aún mayor, debiendo estar la Corte convencida más allá de toda duda razonable de que el acusado es culpable, según establece el artículo 66.3 del Estatuto.

En el curso de esta memoria, comenzaremos, en el capítulo 1, analizando los diversos modelos de responsabilidad que han sido aplicados por los tribunales penales a lo largo del siglo XX. En efecto, como veremos, las formas de responsabilidad que han sido recogidas en el Estatuto de Roma, y la manera en que ellas han sido aplicadas, constituye un modelo novedoso respecto de la aplicación realizada por los tribunales de la posguerra y los tribunales ad hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda.

A continuación, en el capítulo 2, presentaremos los criterios obtenidos del análisis de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Dicho capítulo se centrará, primero, en describir brevemente el alcance del artículo 25.3 del Estatuto, seguidamente, en sistematizar

²⁷ The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo; The Prosecutor v. Germain Katanga; The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba; The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido y The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi.

²⁸ De acuerdo al artículo 58 del Estatuto de Roma, que haya motivo razonable para creer que se ha cometido un crimen de la competencia de la Corte.

los criterios requeridos por la Corte, enumerando los elementos objetivos y subjetivos de cada una de las formas de responsabilidad del artículo 25.3, para luego indicar algunas críticas a los criterios fijados por la Corte.

Finalmente, en la conclusión, se encontrarán los resultados de este trabajo, nuestras opiniones al respecto y lo que esperamos que sea el desarrollo posterior de la Corte.

II. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL

La tipificación de crímenes contra el derecho internacional es un fenómeno relativamente reciente que data de mediados del siglo XX y por lo mismo, el tratamiento de las formas de responsabilidad criminal de los individuos también comprende un lapso breve de tiempo. No obstante, el análisis de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales a partir del siglo XX demuestra que la forma de entender la responsabilidad criminal de los individuos no ha sido unívoca. En efecto, sin perjuicio de que dicha jurisprudencia ha tenido por objeto analizar la responsabilidad por crímenes internacionales desde una perspectiva organizacional,²⁹ la diversidad de tratamiento presente en los sistemas nacionales ha sido reflejada en el tratamiento de los individuos responsables de crímenes contra el derecho internacional.

Respecto a la responsabilidad penal individual se suele distinguir entre dos modelos: unitario y diferenciador. A continuación, y junto con desarrollar ambos modelos, revisaremos el tratamiento que le han dado los tribunales penales internacionales a la responsabilidad individual.

1. EL MODELO UNITARIO DE LOS TRIBUNALES DE NÚREMBERG Y TOKIO

Los tribunales penales internacionales creados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial no corresponden, como puede creerse, al primer caso de juzgamiento por crímenes de guerra o por crímenes en contra de la humanidad.³⁰ Sin embargo, sus decisiones marcaron un punto determinante en el desarrollo del derecho penal internacional, en particular, en lo referente al análisis de las formas de responsabilidad penal individual. De hecho, algunos autores indican que el principio de la responsabilidad penal individual por este tipo de

²⁹ CASSESE, Antonio. *The Oxford Companion to International Criminal Justice*. Nueva York, Oxford University Press, 2009. p. 89.

³⁰ Por ejemplo, algunos autores citan el caso de Peter von Hagenbach de mediados del siglo XV, quien fue gobernador de la ciudad de Breisach donde instauró un régimen de terror y fue condenado por ellos. Asimismo, existieron reconocimientos a la responsabilidad penal de los individuos durante la guerra civil estadounidense, en que se constituyó el Código Lieber que intentaba codificar las leyes de la guerra y establecía castigo para los infractores, o el Tratado de Versalles que autorizaba el enjuiciamiento de responsables por violaciones al derecho humanitario. GREPPI, Edoardo. La evolución de la responsabilidad penal individual. *International Criminal Law Review*. 12(1): 1-20, septiembre, 1999. pp. 2-4.

crímenes fue reconocido a partir de los juicios de Núremberg,³¹ en los cuales se adoptó un modelo de responsabilidad unitario. Igual modelo fue reconocido por el tribunal de Tokio.

El modelo unitario se caracteriza esencialmente por no establecer diferenciación entre autores y partícipes. Así, la responsabilidad criminal de cada individuo es determinada de manera independiente, y a cada responsable de sus propios actos, se le caracteriza como autor.³² Por el contrario, el modelo diferenciador sí distingue entre autores y partícipes, según su intervención en el hecho punible.

En términos de Werle, en el modelo unitario las formas de intervención en un delito sirven para definir los límites de la responsabilidad penal, siendo la distinción entre dichas formas de intervención sólo relevante para excluir la punibilidad de una intervención inocua. En cambio, en el modelo diferenciador, las formas de intervención permiten estructurar y ponderar el grado de responsabilidad de cada individuo, dentro de esos límites.³³

En los sistemas nacionales podemos encontrar al sistema unitario en, por ejemplo, el artículo 23.1 del Código penal de Dinamarca, que dispone la sanción de cualquier persona que contribuya en la ejecución de un acto ilícito.³⁴ Igualmente, el artículo 110 del Código penal italiano reconoce igual sanción para todas las personas que contribuyen en el mismo delito.³⁵ Finalmente, la sección 12 del Código penal de Austria indica que *comete* el delito cualquier persona que contribuye a su ejecución.³⁶ En estos países, la naturaleza de la contribución de

³¹ GALLMETZER, Reinhold y KLAMBERG, Mark. Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court. The Summer School on International Criminal Law: 60-77, 2005. p. 60. En igual sentido: AMBOS, Kai. Nuevo Derecho Penal Internacional. Ciudad de México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002. p. 339. El Tribunal le dio carácter de derecho consuetudinario basándose en el caso estadounidense *Ex Parte Quirin*, ante la Corte Suprema.

³² CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 87.

³³ WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 4.

³⁴ “§23. Den for en lovovertrædelse givne straffebestemmelse omfatter alle, der ved tilskyndelse, råd eller dåd har medvirket til gerningen. Straffen kan nedsættes for den, der kun har villet yde en mindre væsentlig bistand eller styrke et allerede fattet forsæt, samt når forbrydelsen ikke er fuldbyrdet eller en tilsigtet medvirken er mislykkedes.” En: RETSINFORMATION. Straffeloven. [en línea] <<https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=181992>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

³⁵ “Articolo 110: Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salvo le disposizioni degli articoli seguenti”. En: DIRITTO. Codice penale. [en línea] <<http://www.diritto.it/codici/2>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

³⁶ “§12: Nicht nur der unmittelbare Täter begeht die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt”. En: LEGISLATIONLINE. Criminal Code of the Republic of Austria (1974, amended 2015) (German version). [en línea] <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

una persona, y el rol desempeñado por otras personas involucradas en el crimen resulta irrelevante tanto para determinar la calidad de autor,³⁷ como para determinar la pena. Lo único que se exige es un umbral mínimo para fijar la responsabilidad. A partir de eso, la diferenciación entre la intervención de distintos individuos resulta meramente descriptiva, y no penalmente relevante.³⁸

Fue justamente, este tipo de modelo holístico,³⁹ -que no distingue entre autor y partícipe al momento de definir las formas de responsabilidad-⁴⁰ el adoptado por los tribunales militares creados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Primeramente, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue constituido a partir del Acuerdo de Londres el 8 de agosto de 1945, un tratado internacional acordado por los gobiernos de los Estados Unidos de América, de la República Francesa, del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. En dicho tratado, los Estados signatarios acordaron las reglas de funcionamiento y competencia del Tribunal, y en lo relativo a la responsabilidad penal individual, establecieron un modelo unitario.⁴¹ En efecto, el artículo 6, en su letra (a) definía como crimen contra la paz: “planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados”.⁴² Estas formas de responsabilidad, específicas para los crímenes contra la paz, se complementaban con una disposición general contenida en el inciso final del mismo artículo, que señalaba: “Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que

³⁷ OLÁSOLO, Héctor. *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*. Oregon, Hart Publishing, 2009. p. 19.

³⁸ WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 5.

³⁹ ESER, Albin. *Individual Criminal Responsibility. Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law*. En: CASSESE, Antonio. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford; Nueva York, Oxford University Press, 2002. p. 781.

⁴⁰ VEST, Hans. Problems of participation – Unitarian, differentiated approach, or something else? *Journal of International Criminal Justice*. 12(2): 295-309, abril, 2014. p. 306.

⁴¹ *The Trial of the Major War Criminals*. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany p. 448. Citado en: AMBOS, Kai. 2002. *ob. cit.*, p. 345.

⁴² Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, artículo 6 a). Énfasis agregado.

participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan”.⁴³

Como es evidente de su sola lectura, el Estatuto de Tribunal Militar Internacional de Núremberg no diferencia entre autores y partícipes, estableciendo sólo un régimen general de responsabilidad.⁴⁴ En efecto, se ha indicado que el artículo 6 del Estatuto contiene una voluntad clara de extender la responsabilidad penal a cualquier individuo que hubiese cometido una acción en ejecución de un plan para la comisión de un crimen.⁴⁵

El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente,⁴⁶ por otro lado, se originó de forma más controvertida que el del tribunal de Núremberg, en este caso, por una Proclamación Especial del general Douglas MacArthur, comandante supremo de las Fuerzas Aliadas con fecha 19 de enero de 1946.⁴⁷ En lo relativo a la competencia, la diferencia entre ambos Estatutos no es significativa. En efecto, el Estatuto del Tribunal de Tokio también reconoció un modelo unitario, manifestado en su artículo 5 que señala: “Líderes, organizadores, instigadores y cómplices participando en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes precedentes son responsables por todos los actos realizados por cualquier persona en ejecución de dicho plan”.⁴⁸

Como puede verse del examen de ambos Estatutos, cualquiera que participare en un plan común o conspiración para cometer uno de los crímenes de competencia de cada respectivo tribunal (crímenes de guerra, de lesa humanidad y contra la paz) era considerado autor. De hecho, la jurisprudencia de ambos tribunales reconoce como punible cualquier tipo de apoyo material o jurídico a la comisión de un delito,⁴⁹ y no realiza diferenciaciones sobre la naturaleza o extensión de dicho apoyo.

⁴³ Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, artículo 6 inciso final. [Énfasis agregado].

⁴⁴ OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 61.

⁴⁵ HERNÁNDEZ, Francisco. Autoría y participación en el crimen internacional. *Revista Jurídica*. 11: 171-208, 2004. p. 174.

⁴⁶ También llamado Tribunal de Tokio.

⁴⁷ GÓMEZ, Alonso. Los Procesos de Núremberg y Tokio: Precedentes de la Corte Penal Internacional. *Ars Iuris*. 29: 749-774, 2003. p. 765.

⁴⁸ [Traducción libre y énfasis agregado].

⁴⁹ WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005. p. 211. Citado en: OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 61.

Las sentencias condenatorias del Tribunal Militar Internacional de Núremberg demuestran claramente la irrelevancia de la calificación sobre la forma de responsabilidad. Por ejemplo, tanto los acusados Keitel⁵⁰ como Von Neurath⁵¹ fueron considerados culpables de los cuatro cargos por los que acusó la Fiscalía.⁵² Sin embargo, analizando su condena por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, por un lado, Keitel dio órdenes directas para el maltrato de prisioneros de guerra soviéticos y para el exterminio de judíos, mientras que Von Neurath solamente fue considerado como un funcionario de alto nivel que sabía que bajo su autoridad se cometían crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. La diferencia entre la intervención de ambos individuos en la comisión de los crímenes resulta clara, sin embargo cualquier forma de participación actual en el crimen era suficiente para dar lugar a la responsabilidad.⁵³ Por tanto, el tribunal de Núremberg consagró, tanto en su Estatuto como en su jurisprudencia, un modelo de responsabilidad unitario.

En igual sentido, el Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente no consideró necesario realizar alguna distinción sobre las formas de responsabilidad que correspondían a cada imputado. Los mismos cargos por los cuales la Fiscalía acusó a cada imputado son indicativos de este modelo unitario. Para dar solo un ejemplo, en el único juicio llevado a cabo ante este Tribunal, se acusó, bajo el primer cargo, a todos los imputados por desarrollar una conspiración como líderes, organizadores, instigadores o cómplices, con el objeto de llevar adelante guerras de agresión.⁵⁴ Por un lado, Araki fue considerado culpable de dicho cargo, dado su rol relevante en proponer y defender la política de dominación y agresividad militar de Japón, considerando también los discursos que llevó adelante para incitar y preparar a los japoneses a la guerra y finalmente teniendo en cuenta su rol en aprobar y respaldar las políticas del Ejército Japonés.⁵⁵ Por su parte, Dohihara fue igualmente considerado culpable del mismo cargo, considerando que el mismo era general en el ejército

⁵⁰ THE AVALON PROJECT. Judgment Keitel. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judkeite.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵¹ THE AVALON PROJECT. Judgment von Neurath. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judneur.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵² Conspiración, crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

⁵³ AMBOS, Kai. 2002. *ob. cit.*, p. 345

⁵⁴ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgment of 4 November 1948. [en línea] <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>> [consulta: 05 de noviembre de 2016]. {48, 422}.

⁵⁵ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgment of 4 November 1948. [en línea] <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>> [consulta: 05 de noviembre de 2016]. {49, 774}.

japonés, tomando un rol activo en el inicio y desarrollo de la guerra de agresión, y asimismo que éste participó en el desarrollo, preparación y ejecución de dicha guerra.⁵⁶ Por su parte, Hata también fue condenado bajo el primer cargo, considerando su rol como Ministro de Guerra, y la influencia significativa que tenía en la política de gobierno.⁵⁷ Lo mismo ocurrió respecto de Togo, culpable bajo ese cargo, haciendo referencia a su colaboración en el desarrollo de la guerra en China.⁵⁸ Así, y no obstante las evidentes diferencias en los roles desempeñados por los imputados, y el diverso nivel de intervención que tuvieron en la comisión del crimen, la Corte no consideró necesario hacer una diferencia en las formas de intervención puesto que el Estatuto no requería hacer ninguna diferenciación ya que todas las formas de intervención enunciadas formaban parte de la regla general del artículo 5.

Además de los Tribunales Militares de Núremberg y Tokio, la posguerra vio un importante desarrollo del derecho penal internacional en la aplicación de la Ley N°10 del Consejo de Control Aliado. Esta Ley fue promulgada un tiempo después del Acuerdo de Londres, con fecha 20 de diciembre de 1945 y dio lugar al juzgamiento de criminales en diversos tribunales militares creados por los Aliados.

Esta Ley suponía una suerte de evolución del sistema de Núremberg, y contenía una distinción más clara entre formas de intervención, introduciendo así en el derecho penal internacional la distinción entre autores y partícipes.⁵⁹ En efecto, su artículo 2.2 indica que: “Cualquier persona, sin importar su nacionalidad o la calidad bajo la cual actuó, se considera que ha cometido un crimen definido en el párrafo 1 de este artículo, si fue (a) autor o (b) partícipe en la comisión de cualquiera de dichos crímenes u ordenó o asistió al mismo o (c) tomó parte consciente en ella o (d) tenía una conexión con los planes o empresas que envolvían su comisión o (e) era miembro de cualquier organización o grupo conectado con la comisión de cualquiera de dichos crímenes o (f) con referencia al párrafo 1 (a), si poseía una alta posición política, civil o militar (incluyendo el Estado Mayor) en Alemania o cualquiera

⁵⁶ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgment of 4 November 1948. [en línea] <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>> [consulta: 05 de noviembre de 2016]. {49, 777}.

⁵⁷ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgment of 4 November 1948. [en línea] <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>> [consulta: 05 de noviembre de 2016]. {49, 783}.

⁵⁸ INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgment of 4 November 1948. [en línea] <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>> [consulta: 05 de noviembre de 2016]. {49, 840}.

⁵⁹ OLÁSULO, Héctor. 2013. ob. cit., p. 62.

de sus aliado, co-beligerantes o satélites o poseía una alta posición en la vida financiera, industrial o económica de dicho país”.⁶⁰

Así, la Ley N° 10 reconoce diversas formas de intervención en un delito. Sin embargo, como se desprende de su simple lectura, existe una superposición entre varias de las formas de participación descritas.⁶¹ Según indicó el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, ello se debió a que existía un interés más orientado en evitar la impunidad, que en la búsqueda de la exactitud legal.⁶²

Sin embargo, en la práctica las diferencias entre las formas de intervención no conllevaron ninguna consecuencia legal estricta, al menos con respecto a la pena.⁶³ Por el contrario, la jurisprudencia de los tribunales militares que aplicaron la Ley N°10 dio cuenta de un modelo de carácter unitario, que nuevamente no distingue entre autores y partícipes.⁶⁴

A modo ejemplar, puede destacarse el caso de Oskar Schroeder, quien formó parte del caso de los “Médicos” y que fue condenado por su intervención en los experimentos médicos desarrollados por los Nazis principalmente en los campos de concentración. En efecto, luego de reseñar los hechos y la evidencia, el tribunal señaló: “El Tribunal considera que el acusado Schroeder es responsable por ser cómplice, y haber tomado parte consciente en experimentos médicos realizados a ciudadanos no alemanes en contra de su voluntad”.⁶⁵ Así, el tribunal refiere tanto a su participación como autor y como partícipe, sin distinguirlas. Por su parte, en el caso Milch, vinculado a la esclavitud, traslado forzoso, maltrato y otras conductas contra la población judía, el tribunal condenó a Erhard Milch señalando que: “fue un autor en, partícipe

⁶⁰ THE AVALON PROJECT. Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Control Council Law N° 10. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016]. [Traducción libre y énfasis agregado].

⁶¹ FINNIN, Sarah. Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012. p. 16.

⁶² THIAM, Doudou. Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind. Yearbook of the International Law Commission. II(1): 53-86, 1986. Citado en: FINNIN, Sarah. *ob. cit.*, p. 16.

⁶³ CASSESE, Antonio. Cassese's International Criminal Law. 3ª ed. Oxford, Oxford University Press, 2013. p. 162.

⁶⁴ AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática. Montevideo, KonradAdenauer-Stiftung, 2005. p. 75; WERLE, Gerhard. 2005. *ob. cit.*, p. 211. Citados en: OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 62). En el mismo sentido: FINNIN, Sarah. *ob. cit.*, p. 17.

⁶⁵ LIBRARY OF CONGRESS. Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals. Vol. 2. [en línea] <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-II.pdf> [consulta: 05 de noviembre de 2016], p. 217. [Traducción libre y énfasis agregado].

a, ordenó, fue cómplice, tomó parte consciente y estaba conectado con, planes y empresas que involucraban trabajo esclavo y confinamiento a esclavitud a la población civil”.⁶⁶

Otro de los casos emblemáticos fue el Juicio de los Juristas, en el cual fueron condenados quienes estuvieron burocrática o funcionalmente involucrados en crímenes del régimen nazi, pero sin haber cometido directamente crimen alguno.⁶⁷ En este caso, el Tribunal afirmó que “la persona que persuade a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos principales o accesorios al delito”.⁶⁸

Sin perjuicio de que, como veremos, el modelo unitario fue luego reemplazado tanto por los tribunales ad hoc como por la Corte Penal Internacional, ello no obsta a la gran relevancia que tuvieron los juzgamientos tras la Segunda Guerra Mundial. En efecto, dichos tribunales reconocieron la existencia de un derecho consuetudinario que fijaba la responsabilidad individual por la comisión de crímenes.⁶⁹ Además, su jurisprudencia generó conciencia sobre la relevancia de la persecución penal de los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices de los delitos contra el derecho internacional.⁷⁰ Sus decisiones fueron consagradas con posterioridad en lo que se conoció como los Principios de Núremberg, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950. Los mismos reconocen la responsabilidad individual de las personas,⁷¹ en los siguientes términos: Principio I: “Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción”. y Principio VII: “La complicidad en la comisión de un delito contra la paz, de un delito de guerra o de un delito contra la humanidad, de los enunciados en el Principio VI, constituye asimismo delito de derecho internacional”. Como veremos, las decisiones de estos tribunales continúan siendo citadas por la Corte Penal Internacional al

⁶⁶ LIBRARY OF CONGRESS. Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals. Vol. 2. [en línea] <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-II.pdf> [consulta: 05 de noviembre de 2016], p. 790. [Traducción libre y énfasis agregado].

⁶⁷ U.S. vs. Alstötter et al. p. 1063. Citado en AMBOS, Kai. 2002. *ob. cit.*, p. 346.

⁶⁸ Citado en: AMBOS, Kai. 2002. *ob. cit.*, p. 346. [Énfasis agregado].

⁶⁹ BOAS, Gideon. The Difficulty with Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law. En: STAHN Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa. (Ed.). Future perspectives on International Criminal Justice. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2010. p. 508. VAN SLIEDREGT, Elies. Individual Criminal Responsibility in International Law. Nueva York, Oxford University Press, 2012. p. 61.

⁷⁰ GREPPI, Edoardo. *ob. cit.*, p. 5.

⁷¹ GREPPI, Edoardo. *ob. cit.*, pp. 5-6.

momento de dictar sus sentencias, e incluso a veces como criterio para la interpretación de su Estatuto.

2. EL MODELO DIFERENCIADOR DE LOS TRIBUNALES AD HOC Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Alejándose del modelo unitario desarrollado en los Juicios de Núremberg y Tokio, primero los tribunales ad hoc y luego la Corte Penal Internacional adoptaron un modelo diferenciador de responsabilidad.⁷² Este modelo se caracteriza, fundamentalmente, por distinguir entre autores y partícipes, existiendo diversas corrientes que postulan un criterio diferenciador entre ellos.

Según arguyen sus defensores, el modelo diferenciador permite reflejar con mayor claridad la culpabilidad de una determinada persona que tuvo intervención en la comisión de un delito en el que también participaron otros. Lo anterior es relevante, toda vez que los casos perfectos de contribución igualitaria a un crimen internacional son escasos. Efectivamente, cuando varias personas cometen un crimen, su contribución varía no sólo en magnitud, sino en su ocurrencia temporal y en otros factores de relevancia. Tratar a todos como autores, tal como lo hace el modelo unitario, podría significar una infracción al principio de culpabilidad, en tanto se generaría el mismo reproche para individuos que no solo contribuyeron de distinta manera sino que incluso tuvieron una colaboración posterior a la comisión del crimen.

Ante ello, se ha indicado que el modelo diferenciador cumpliría también con el denominado principio del *fair labelling* o adecuado etiquetamiento, que es propio del sistema anglosajón.⁷³ El principio del adecuado etiquetamiento, que, a nuestro juicio, está contenido en el principio de culpabilidad del derecho penal internacional, exige que tanto los delitos como las contribuciones al mismo sean correctamente categorizados de manera que se reflejen adecuadamente los diversos grados de responsabilidad de cada individuo. Lo anterior sería posible distinguiendo entre autores y partícipes. Además, se indica que al *etiquetar* correctamente la intervención de una persona y su contribución al delito, e identificarlo como

⁷² Ahora bien, y como señala correctamente Cassese, tanto el modelo de la Corte como de los tribunales ad hoc tiene algunos aspectos que no son propios del modelo diferenciador, tales como la falta de diferenciación entre las sanciones de autores y partícipes, un aspecto que es propio del modelo unitario. Ver: CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, pp. 87-88.

⁷³ ZAWATI, Hilmi. *ob. cit.*, p. 26.

autor, se manifiesta la justicia especialmente considerando la función denunciatoria y educacional del castigo, y asimismo cobra relevancia en la recepción por parte de las víctimas y de la comunidad internacional en su conjunto.⁷⁴

El modelo diferenciador está presente en países como Francia, Alemania, España y Suiza,⁷⁵ y en general en los países de tradición romano-germánica.⁷⁶ Así -y aunque dependiendo del estatuto en particular, la línea divisoria entre autores y partícipes puede variar- la caracterización de autor (o *Täter*, en doctrina alemana) está restringida a aquellos que estén a cargo o en el centro de la comisión del delito, mientras que los demás serán meros partícipes (o *Teilnehmer* en alemán).

Bajo el modelo diferenciador, entonces, la distinción entre las diversas contribuciones a un delito tiene un contenido normativo y no meramente descriptivo, como ocurría en el modelo unitario. Ese contenido normativo se manifiesta, entre otras, en las siguientes características: (i) la diferenciación entre las sanciones de autores y partícipes,⁷⁷ pues se determinan los niveles de responsabilidad frente al delito⁷⁸, y (ii) el carácter derivativo o accesorio de la responsabilidad de los partícipes.⁷⁹

En términos generales, se han reconocido tres criterios para distinguir entre autores y partícipes:⁸⁰

- a. Modelo objetivo: Este modelo se enfoca en los elementos objetivos de un crimen, sindicando como autores a aquellos que realicen físicamente dichos elementos.

⁷⁴ VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 511.

⁷⁵ ESER, Albin. *ob. cit.*, p. 782.

⁷⁶ STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.). *The emerging practice of the International Criminal Court*. Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009. p. 341; OLÁSOLO, Héctor. *Current trends on modes of liability for genocide, crimes against humanity and war crimes*. En: STAHN Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa. (Ed.). *Future perspectives on International Criminal Justice*. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2010. p. 522.

⁷⁷ ESER, Albin. *ob. cit.*, p. 782.

⁷⁸ WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 5.

⁷⁹ CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 87. ESER, Albin. *ob. cit.*, p. 783.

⁸⁰ STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.). *ob. cit.*, p. 347. Ver también: BANTEKAS, Ilias. *International Criminal Law*. 4ª ed. Oregon, Hart Publishing, 2010. p. 61. Estas tres alternativas también fueron reconocidas por la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional en su: CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2007. Sala de Cuestiones Preliminares I. Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. ICC-01/04-01/06-803. Decisión de confirmación de cargos. (29 de enero de 2007). [De ahora en adelante: Lubanga (2007, DCC)]. para 328 y ss.

b. Modelo subjetivo: Este modelo, por otro lado, se enfoca en el fuero interno del autor, caracterizando como autores a aquellos contribuyentes que hayan tenido la intención de cometer el delito.

c. Control sobre el crimen: Este modelo reconoce como autores a quienes tienen control sobre la comisión del crimen.

A continuación, revisaremos los tres modelos y la forma en que ellos han sido reconocidos en los tribunales internacionales.

i. Modelo objetivo

Según pudimos ver, el modelo objetivo considera que son autores aquellos que lleven a cabo físicamente uno o más de los elementos objetivos del crimen.⁸¹ Quienes no llevan a cabo los elementos objetivos del crimen, son entonces partícipes.⁸²

Este modelo fue descartado por la Corte Penal Internacional, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga. En esencia, la Corte señaló que el reconocimiento en el Estatuto de Roma del concepto de autoría mediata era incompatible con la existencia de un modelo objetivo.⁸³ Ello, pues la autoría mediata por definición supone que existe un autor mediato que controla a otro individuo que, como instrumento, lleva a cabo físicamente los elementos objetivos del crimen.

El criterio objetivo tampoco ha tenido reconocimiento en otros tribunales penales internacionales.

ii. Modelo subjetivo: El ejemplo de la empresa criminal conjunta

Si bien no se puede afirmar que el criterio propuesto por el modelo subjetivo haya sido aplicado estrictamente a partir de la doctrina de la empresa criminal conjunta, sí se ha reconocido ésta como la teoría en la que el fuero interno del autor ha sido preponderante al

⁸¹ INTERNATIONAL Criminal Law: Cases and Commentary por Antonio Cassese "et al". Nueva York, Oxford University Press, 2011. p. 354.

⁸² JAIN, Neha. The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law. Chicago Journal of International Law. 12(1): 159-200, enero, 2011. p. 174.

⁸³ Lubanga (2007, DCC), para. 333.

momento de atribuir responsabilidad.⁸⁴ La empresa criminal conjunta, así, ha sido aplicada principalmente por los tribunales ad hoc, esto es, el Tribunal Penal Internacional para el Ex-Yugoslavia (“TPIY”) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (“TPIR”). Ambos tribunales fueron constituidos por Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y a sus artículos 29 y 41.

El TPIY fue creado mediante la Resolución 827 de 25 de mayo de 1993 “con la finalidad exclusiva de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia”⁸⁵, estando el Consejo de Seguridad convencido que la creación de tal Tribunal contribuiría a la restauración y mantenimiento de la paz.

El TPIR, por otro lado, fue creado mediante la Resolución 955 de 8 de noviembre de 1994 con el “propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos”.⁸⁶

Como fue mencionado, estos tribunales se alejaron del modelo unitario que antes prevalecía respecto a la responsabilidad penal individual, instaurando entonces, un modelo diferenciador. Ahora bien, sus Estatutos no contenían una clara diferenciación entre los modos de responsabilidad. Así, el artículo 7.1 del Estatuto del TPIY establece: “Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”.⁸⁷ Por su parte, el Estatuto del TPIR en su artículo 6.1 indica: “La persona que haya planeado, instigado, u ordenado la

⁸⁴ Ello, sin perjuicio de que la doctrina de la empresa criminal conjunta igualmente contiene un requisito objetivo, constituido por la contribución del partícipe de la empresa criminal. Así, no puede afirmarse que éste sea un modelo totalmente subjetivo.

⁸⁵ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°827 de 25 de mayo de 1993.

⁸⁶ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°955 de 8 de noviembre de 1994.

⁸⁷ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. [en línea] <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen”.⁸⁸ Cabe destacar que, si bien las traducciones al español de ambos Estatutos contienen algunas diferencias, las versiones originales en inglés son idénticas.⁸⁹

Según podemos ver, y a diferencia de lo desarrollado por los Tribunales de Núremberg y de Tokio, los estatutos de los tribunales ad hoc no hacen referencia alguna a la responsabilidad por conspiración, y describen las formas de responsabilidad de una manera bastante simple, refiriéndose a quien comete el crimen. Sin embargo, los estatutos dejan sin responder la pregunta fundamental de en qué casos se considerará que alguien “comete” un delito,⁹⁰ especialmente considerando que la naturaleza de los crímenes investigados generalmente supone la intervención de varias personas.⁹¹

Para responder esta pregunta, los tribunales ad hoc, comenzando por el TPIY en el paradigmático caso Tadić,⁹² desarrollaron la doctrina de la empresa criminal conjunta (“ECC”) como un mecanismo para distinguir autores de partícipes, siendo coautores los que participan en la empresa criminal conjunta.⁹³ Esto fue seguido, como veremos, por la jurisprudencia del TPIR⁹⁴ y de otros tribunales especiales.

⁸⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda. [en línea] <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁸⁹ “A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime”.

⁹⁰ AN INTRODUCTION to International Criminal Law and Procedure por Robert Cryer "et al". Nueva York, Cambridge University Press, 2010. p. 362.

⁹¹ AN INTRODUCTION to International Criminal Law and Procedure. *ob. cit.*, p. 368.

⁹² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 1999. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Duško Tadić. IT-94-1-A. Apelación. (15 de julio de 1999). [De ahora en adelante: Tadić (1999, Apelación)].

⁹³ Tadić (1999, Apelación), para. 190, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2004. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Mitar Vasiljević. IT-98-32-A. Apelación. (25 de febrero de 2004). [De ahora en adelante: Vasiljević (2004, Apelación)]., para 95. Ver también: BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 54; CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 84; WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. Tratado de Derecho Penal Internacional. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. p 293.

⁹⁴ Por ejemplo, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A. Apelación. (13 de diciembre de 2004). [De ahora en adelante: Ntakirutimana (2004, Apelación)]., para. 468.

La doctrina de la empresa criminal conjunta pone su énfasis en la intención con la que el individuo actúa, y por eso se ha indicado que sería un caso de aplicación del modelo diferenciador basado en un criterio subjetivo.

a) Autoría en la empresa criminal conjunta

El concepto de la empresa criminal conjunta fue analizado por primera vez a propósito de la apelación del caso Tadić.⁹⁵ En esa oportunidad, la Cámara de Apelación debió referirse a su responsabilidad en dos situaciones: la primera, recogida directamente en el artículo 7.1, correspondiendo a los delitos que el acusado cometió directamente y la segunda, respecto a aquellos crímenes que no había cometido directamente, pero en cuya comisión estuvo presente o de algún modo involucrado.⁹⁶ Así, analizó el caso en 3 etapas: (1) si los actos de una persona podían dar lugar a la responsabilidad de otra; (2) si ese modo de participación cabría en el artículo 7 del Estatuto; y (3) si ello formaba parte del derecho consuetudinario.⁹⁷

Es en este contexto que la Cámara desarrolló una forma de responsabilidad de coautoría⁹⁸ fundamentando la imputación recíproca de los distintos aportes de los intervinientes en la figura jurídica de la empresa criminal conjunta -también denominada

⁹⁵ Cabe destacar que, si bien el Tribunal había mencionado la doctrina de la ECC en casos previos a Tadić, como TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 1998. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo. IT-96-21-T. Sentencia. (16 de noviembre de 1998). TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 1998. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo. IT-96-21-T. Sentencia. (16 de noviembre de 1998)., para 322 y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 1998. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Anto Furundžija. IT-95-17/1-T. Sentencia. (10 de diciembre de 1998). [De ahora en adelante: Furundžija (1998, Sentencia).], para. 216, fue en Tadić donde la desarrolló.

⁹⁶ AMBOS, Kai. 2002. *ob. cit.*, p. 367.

⁹⁷ La cámara de Apelaciones citó, entre otras, a la Convención para la supresión del bombardeo terrorista y el Estatuto de Roma y concluyó que la ECC era derecho consuetudinario. BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 53; WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 293. También ver: Casos Essen Lynching, Borkum Island y Jepsen and Others; OHLIN, Jens. Co-Perpetration: German Dogmatik or German Invasion? En: STAHN, Carsten. The Law and Practice of the International Criminal Court. Nueva York, Oxford University Press, 2015. p. 518.

⁹⁸ En opinión de Ambos, la ECC no es igual a la coautoría, salvo en un sentido funcional. Este análisis no aplicaría para la forma extendida. (AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law: Vol.1. Oxford, Oxford University Press, 2013. pp. 13 y 24).

doctrina del designio o propósito común-. Para dicha teoría resulta clave el acuerdo de los intervinientes, dirigido a la comisión de uno o varios crímenes de derecho internacional.⁹⁹

Así, la ECC surge por la necesidad de atribuir responsabilidad a una multiplicidad de personas involucradas en un plan criminal que incluye una serie de delitos.¹⁰⁰ Su fundamento es que, si aquellos que toman parte de este plan criminal común son conscientes de su propósito y comparten la intención requerida por el delito, deben compartir la responsabilidad penal, cualquiera haya sido el papel que hayan jugado en la comisión del crimen.¹⁰¹

Respecto a los requisitos objetivos (*actus reus*) de esta forma de comisión, se han identificado los siguientes:¹⁰²

- Una pluralidad de personas;¹⁰³
- La existencia de un plan común, diseño o propósito que equivale o implica la comisión de un delito;¹⁰⁴
- Participación del acusado en el plan. No se requiere que el acusado haya cometido un crimen específico, basta que haya contribuido a la ejecución del propósito común.¹⁰⁵

⁹⁹ STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.). *ob. cit.*, pp. 348-349; VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 505: “*agreeing to a common criminal purpose or plan is JCE’s distinctive feature and raison d’etre*”. Ver también: Tadić (1999, Apelación), para. 188; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2000. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić. IT-95-16-T. Sentencia (14 de enero de 2000), para. 772.

¹⁰⁰ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 53.

¹⁰¹ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 163.

¹⁰² AN INTRODUCTION to International Criminal Law and Procedure. *ob. cit.*, p. 369; CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 163; CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 84.

¹⁰³ Tadić (1999, Apelación), para. 227: No debe estar organizada necesariamente en una estructura militar, política o administrativa. Se ha dicho que, sin embargo, la membresía a un grupo no es suficiente per se para fundar responsabilidad: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2004. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Radoslav Brđanin. IT-99-36-T. Sentencia. (1 de septiembre de 2004). [De ahora en adelante: Brđanin (2004, Sentencia)]., para. 263.

¹⁰⁴ Tadić (1999, Apelación), para. 227: No debe necesariamente haberse acordado previamente, puede materializarse extemporáneamente y ser desprendido del hecho que una pluralidad de personas actúa al unísono para poner en efecto una empresa criminal conjunta.

¹⁰⁵ Tadić (1999, Apelación), para. 227: Puede ser asistencia o contribución a la ejecución del plan o propósito común. Pero, en Brđanin (2004, Sentencia), para. 263 se afirmó que debe haber algún tipo de acción por parte del acusado para contribuir a la implementación del plan.

Cabe destacar que, cumplidos estos requisitos, la causalidad no es relevante para la atribución de responsabilidad.¹⁰⁶

Estos requisitos se fueron sofisticando en las resoluciones posteriores, afirmando, por ejemplo, en el caso Brđanin,¹⁰⁷ que si bien no se exige una contribución necesaria o sustancial por parte del acusado, esta debe ser significativa.¹⁰⁸ En el mismo caso, el Tribunal afirmó que una persona no-miembro de la ECC podía acarrear responsabilidad a los miembros de la ECC si cometía un crimen que se le podía imputar a un miembro actuando de acuerdo al plan común.¹⁰⁹ Esto también se afirmó en el caso Krajišnik,¹¹⁰ en donde además se agregó que el plan no es necesariamente estático, puede evolucionar con el tiempo y la responsabilidad puede ampliarse a crímenes adicionales que antes sólo eran previsibles.¹¹¹

Con respecto al *mens rea*, el TPIY desarrolló tres formas de empresa criminal conjunta con requisitos subjetivos distintos:¹¹²

¹⁰⁶ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 54.

¹⁰⁷ INTERNATIONAL Criminal Law: Cases and Commentary. *ob. cit.*, p. 334; VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 506.

¹⁰⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2007. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Radoslav Brđanin. IT-99-36-A. Apelación. (3 de abril de 2007). [De ahora en adelante: Brđanin (2007, Apelación).], para. 430. Ver también: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2005. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać. IT-98-30/1-A. Apelación. (28 de febrero de 2005). [De ahora en adelante: Kvočka (2005, Apelación).] paras. 97, 104 y 187.

¹⁰⁹ Brđanin (2007, Apelación), paras. 407 y ss.; en especial para. 410. Ver también: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2008. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Milan Martić. IT-95-11-A. Apelación. (8 de octubre de 2008), paras. 171-172. Cassese se explaya diciendo que, en este caso serán responsables los miembros de la ECC si (i) había un acuerdo de cometer los crímenes a través de alguien no miembro (ECC I); (ii) anticiparon el riesgo de que un miembro pudiese ordenar o instigar a personas fuera de la ECC a cometer crímenes e intencionalmente lo asumieron (ECC III): CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 173-175.

¹¹⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2009. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Momčilo Krajišnik. IT-00-39-A. Apelación. (17 de marzo de 2009). [De ahora en adelante: Krajišnik (2009, Apelación).], paras. 225-226.

¹¹¹ Krajišnik (2009, Apelación), para. 163; CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 172. Aunque en TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2005. Cámara de Primera Instancia I. Sección A. Prosecutor v. Vidoje Blagojević, Dragan Jokić. IT-02-60-T. Sentencia. (17 de enero de 2005), para. 700, se dijo que si el plan es fundamentalmente alterado y, por tanto, hay un nuevo plan, lo que hay es una nueva ECC a la que un miembro de la antigua puede no necesariamente pertenecer, y por tanto, no ser culpable de los crímenes que bajo este nuevo plan se cometan.

¹¹² WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, pp. 294-295; CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 84; STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.). *ob. cit.*, pp. 332-334; BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, pp.54-56.

- La primera forma, forma básica o ECC I,¹¹³ tiene su origen en el caso Ponzano¹¹⁴ y se basa en casos en que se actuó sobre la base de un plan y dolo común, aun cuando cada coautor haya tenido un rol distinto¹¹⁵. Por tanto, el *mens rea* es la intención de realizar el o los crímenes que eran parte del plan, intención compartida por todos los participantes de la ECC. Asimismo, se estableció que el plan no necesita estar manifestado en un acuerdo formal y puede surgir extemporáneamente. Igualmente, se indicó que la contribución significativa podía no ser criminal,¹¹⁶ o incluso producirse por omisión.¹¹⁷

- La segunda forma, forma sistémica o ECC II,¹¹⁸ es también conocida como la forma de “campos de concentración”, está basada en la jurisprudencia post Segunda Guerra Mundial y está caracterizada por la existencia de un sistema organizado de maltrato y la comisión de crímenes internacionales bajo este.¹¹⁹ El *mens rea* exigido a los miembros de unidades administrativas o militares es que deben conocer la naturaleza del sistema y deben actuar con la intención de mantenerlo.¹²⁰ Cada uno de los intervinientes será entonces responsable de los delitos que se cometan en un campo de concentración según lo acordado, pues son conscientes de los crímenes que la institución o sus miembros realizan y se entiende que deben, implícita o expresamente, compartir la intención criminal de cometer dichos crímenes.¹²¹

¹¹³ Desarrollada en Tadić (1999, Apelación), paras. 196-201.

¹¹⁴ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 165. La Corte se basó en los Juicios de Almeno y el caso Hoelzer y otros: Tadić (1999, Apelación), para. 197.

¹¹⁵ AMBOS, Kai. 2002. *ob. cit.*, p. 369.

¹¹⁶ Por ejemplo, en Krajišnik, el apoyar, alentar, facilitar o participar en la difusión de información a serbobosnios con el objeto de engendrar miedo y odio dirigido a bosníacos y bosniocroatas, o con el objeto de lograr apoyo y/o participación de éstos para lograr el objetivo de la empresa criminal conjunta: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2006. Cámara de Primera Instancia I. Prosecutor v. Momčilo Krajišnik. IT-00-39-T. Sentencia. (27 de septiembre de 2006), para. 1121.c).

¹¹⁷ Por ejemplo, Kvočka (2005, Apelación), para. 187. Ver también: CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 165.

¹¹⁸ Tadić (1999, Apelación), para. 202.

¹¹⁹ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 166. Ver también: Belsen case, Campo de Concentración de Dachua mencionados en Tadić (1999, Apelación), para. 202.

¹²⁰ El conocimiento puede ser inferido, por ejemplo, Kvočka (2005, Apelación), para. 201. Ver también: CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 166.

¹²¹ Tadić (1999, Apelación), para. 202.

- La tercera forma, forma extendida o ECC III,¹²² es ciertamente la más controvertida y criticada. Surge cuando, en el contexto de una ECC, un miembro comete un delito que, si bien escapa al propósito común, era una consecuencia natural y previsible de llevar a efecto ese propósito común.¹²³ Dicho escenario no puede ser remoto, sino que el riesgo debe ser suficientemente esencial para permitirle al acusado prever el delito.¹²⁴ Si bien, esta forma requiere la existencia de un plan en las modalidades de ECC I o ECC II, no es necesario que dicho plan se cumpla para poder condenar por ECC III. El *mens rea* de esta forma de responsabilidad es la intención de participar y llevar adelante el propósito criminal común y contribuir a la empresa criminal conjunta,¹²⁵ asumiendo el riesgo de la comisión de otros crímenes que, aún a pesar de estar fuera del propósito común, eran una consecuencia natural y previsible a la ejecución de la ECC.¹²⁶

Aun cuando algunos afirman que la doctrina de la empresa criminal conjunta no fue más que la “creación de algunos jueces ingeniosos”¹²⁷, esta fue aplicada consistentemente por el TPIY¹²⁸ y el TPIR.¹²⁹ Asimismo, la doctrina de la ECC fue reconocida también en la Corte

¹²² Tadić (1999, Apelación), para. 204. El Tribunal se basó en casos como Essen Lynching y la Isla de Borkum: Tadić (1999, Apelación), para. 209.

¹²³ MATUS, Jean Pierre. *ob. cit.*, p. 370.

¹²⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2016. Cámara de Primera Instancia. *Prosecutor v. Radovan Karadžić*. IT-95-5/18-T. Sentencia. (24 de marzo de 2016), para. 570.

¹²⁵ CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 84.

¹²⁶ Tadić (1999, Apelación), para. 228

¹²⁷ CHOULIARAS, Athanasios. From ‘Conspiracy’ to ‘Joint Criminal Enterprise’: in search of the organizational parameter. *En*: STAHN Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa. (Ed.). *Future perspectives on International Criminal Justice*. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2010. p. 561.

¹²⁸ Kvočka (2005, Apelación), paras. 79-83; Tadić (1999, Apelación), paras. 195-226; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2003. Cámara de Apelaciones. *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*. IT-97-25-A. Apelación. (17 de septiembre de 2003), paras. 83-84; Vasiljević (2004, Apelación), para. 96; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2006. Cámara de Apelaciones. *Prosecutor v. Milomir Stakić*. IT-97-24-A. Apelación. (22 de marzo de 2006). [De ahora en adelante: Stakić (2006, Apelación).], para. 64; Brđanin (2007, Apelación), para. 364; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2007. Cámara de Primera Instancia I. *Prosecutor v. Milan Martić*. IT-95-11-T. Sentencia. (12 de junio de 2007), paras. 125-126.

¹²⁹ Así, por ejemplo, el Tribunal sostuvo que el derecho internacional reconoce a la empresa criminal conjunta como forma de responsabilidad para el crimen de genocidio, y, por tanto, tiene jurisdicción para juzgar a Rwamakuba bajo la ECC. (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. André Rwamakuba*. ICTR-98-44-AR72.4. Decisión sobre la apelación interlocutoria en relación a la aplicación de la empresa criminal conjunta al crimen de genocidio. (22 de octubre de 2004), para. 31); en el caso Ntakirutimana, el Tribunal examinó (en términos idénticos al caso Vasiljević (2004, Apelación) TPIY) si aplicaba la ECC en relación al artículo 6.1 del Estatuto: Ntakirutimana (2004, Apelación), para. 468; mientras que en el caso *Simba* se condenó por empresa criminal conjunta para cometer genocidio y exterminio (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Primera

Especial para Sierra Leona,¹³⁰ la cual estableció que el propósito de la empresa criminal conjunta podía ser no criminal.¹³¹ Este último aspecto ha sido criticado, en tanto permitiría que conductas no criminales bajo el derecho internacional -como planear una operación militar-, con propósitos no criminales, podrían generar la punibilidad de individuos inocentes que participaron en dicho propósito.¹³²

Esta doctrina también fue reconocida por la Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya,¹³³ aunque esta señaló que la ECC III no tendría un carácter consuetudinario -al menos no durante los años 1975 a 1979, que es la época de los crímenes que se encontraban siendo juzgados por dicho tribunal- ni se basaría en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg o en la Ley N°10 del Consejo de Control Aliado.¹³⁴

Por su parte, el Tribunal Especial para el Líbano también ha reconocido las tres formas de ECC,¹³⁵ aunque ha criticado la condena bajo esta forma de responsabilidad en delitos que

Instancia I. The Prosecutor v. Aloys Simba. ICTR-01-76-T. Fallo. (13 de diciembre de 2005), paras. 419 y 426. Por su parte, en el caso *Karemera*, el Tribunal afirmó la aplicación de la ECC tanto para conflictos internacionales e internos y concluyó que su aplicación no violaba el principio de legalidad (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Primera Instancia III. The Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ndirumpatse, Joseph Nzirorera, André Rwamakuba. ICTR-98-44-T. Decisión sobre las mociones preliminares de la Defensa impugnando la jurisdicción en relación a la empresa criminal conjunta. (13 de diciembre de 2005), paras. 33 y 45.

¹³⁰ Este Tribunal siguió a grandes rasgos la jurisprudencia del TPIY. Ver: CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. 2008. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu ("caso AFRC"). SCSL-2004-16-A. Apelación. (22 de febrero de 2008). [De ahora en adelante: AFRC (2008. Apelación).], paras. 72-76; CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. 2009. Sala de Primera Instancia I. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. ("caso RUF"). SCSL-04-15-T. Fallo. (2 de marzo de 2009), para. 255 y CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. 2009. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. ("caso RUF"). SCSL-04-15-A. Apelación. (26 de octubre de 2009), paras. 305, 480-495.

¹³¹ AFRC (2008. Apelación), para. 80. También aceptado en TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2009. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić. IT-05-87-T. Sentencia (volumen 3). (26 de febrero de 2009), para. 95. Ver también: JALLOH, Charles. *ob. cit.*, p. 84.

¹³² JALLOH, Charles. *The Sierra Leone Special Court and its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law*. Nueva York, Cambridge University Press, 2014. p. 91. Ver también: caso RUF de la misma Corte.

¹³³ CÁMARA EXTRAORDINARIA EN LAS CORTES DE CAMBOYA. 2010. Cámara de Primera Instancia. Caso 001. 001/18-07-2007/ECCC/TC. (26 de julio de 2010), paras. 511-513; CÁMARA EXTRAORDINARIA EN LAS CORTES DE CAMBOYA. 2010. Oficina de Jueces Co-Investigadores. Caso 002. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ. (15 de septiembre de 2010). [De ahora en adelante: Caso 002 (2010, Acusación).], para. 1318.

¹³⁴ Caso 002 (2010, Acusación), para. 1318.

¹³⁵ TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO. 2011. Sala de Apelaciones. Decisión Interlocutoria sobre el Derecho Aplicable. STL-11-01/I. (16 de febrero de 2011)., paras. 246-249.

requieren un dolo especial, afirmando que un acusado no puede ser considerado culpable bajo la ECC III por crímenes como el genocidio y el terrorismo.¹³⁶

Finalmente, cabe destacar que la doctrina de la empresa criminal conjunta ha sido incluso reconocida en tribunales nacionales, como las Cámaras de Crímenes de Guerra de la Corte de Bosnia y Herzegovina y la Sala Especial de Delitos Graves en Timor Oriental.¹³⁷

b) Participación en la empresa criminal conjunta

Dado que, como hemos podido ver, la doctrina de la empresa criminal conjunta supone que quienes participan en la empresa criminal son coautores, los tribunales han podido analizar también las hipótesis de participación.

En relación a planificar, el TPIY ha afirmado que se incurre en esta forma de participación si la persona diseña por sí o con otros, “la conducta criminal que constituye uno o más de los crímenes que se cometen con posterioridad”¹³⁸ y quien planea es consciente de la probabilidad sustancial de que un delito será cometido en ejecución de dicho plan.¹³⁹

Respecto a ordenar, ha sido definido como “utilizar una posición de autoridad para instruir a otra persona a llevar a cabo los elementos objetivos de un crimen”.¹⁴⁰ Algunos autores consideran que esta, más que ser una mera forma de participación, correspondería a una forma de autoría mediata.¹⁴¹ Se ha afirmado por el TPIY que la orden debe darse mediante una acción positiva, y no mediante una omisión.¹⁴² El TPIR también ha adoptado esta última

¹³⁶ *Ibíd.* Ver más: OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, pp. 101 y 348.

¹³⁷ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 164.

¹³⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2004. Cámara de Apelaciones. *Prosecutor v. Dario Kordić y Mario Čerkez*. IT-95-14/2-A. Apelación. (17 de diciembre de 2004). [De ahora en adelante: *Kordić (2004, Apelación)*], para. 26.

¹³⁹ *Kordić (2004, Apelación)*, para. 31.

¹⁴⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Laurent Semanza*. ICTR-97-20-A. Apelación. (20 de mayo de 2005), para. 361; *Kordić (2004, Apelación)*, para. 28; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2006. Cámara de Apelaciones. *Prosecutor v. Stanislav Galić*. IT-98-29-A. Apelación. (30 de noviembre de 2006). [De ahora en adelante: *Galić (2006, Apelación)*], para. 176. Ver más: OLÁSULO, Héctor. 2010. *ob. cit.*, p. 533.

¹⁴¹ OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 620.

¹⁴² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2004. Cámara de Apelaciones. *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*. IT-95-14-A. Apelación. (29 de julio de 2004). [De ahora en adelante: *Blaškić (2004, Apelación)*], para. 660; *Galić (2006, Apelación)*, para. 176; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2009. Cámara de Apelaciones. *Prosecutor v. Dragomir Milošević*. IT-98-29/1-A. Apelación. (12 de noviembre de 2009), para. 267.

posición.¹⁴³ La orden, además, debe tener un efecto “directo y sustancial sobre la comisión de los delitos”.¹⁴⁴

Respecto a incitar a cometer o instigar, el TPIR la definió en el caso Akayesu, afirmando que consiste en motivar a otra persona a cometer un delito.¹⁴⁵ Esta definición ha sido seguida en otros casos por el mismo tribunal¹⁴⁶ y por el TPIY.¹⁴⁷ Esta forma de participación se diferencia de ordenar -y de la autoría mediata- porque no hay una relación de subordinación o autoridad alguna.¹⁴⁸

Finalmente, ayudar, también llamado cooperar o ser cómplice, consiste en contribuir -ya sea prestando ayuda o apoyo físico, psicológico, verbal o instrumental- con el objeto de asistir, fomentar o prestar apoyo moral a la comisión de un crimen,¹⁴⁹ como ha sido afirmado tanto por el TPIR,¹⁵⁰ como por el TPIY.¹⁵¹ Dicha contribución puede ser realizada antes,

¹⁴³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2007. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze. ICTR-99-52-A. Apelación. (28 de noviembre de 2007), para. 481. (Al contrario de lo que afirma respecto a ayudar (*aiding* y *abetting*) en el párrafo siguiente (para. 482) que sí puede ser realizado mediante acción u omisión).

¹⁴⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda. ICTR-99-54A-A. Apelación. (19 de septiembre de 2005), para. 75 y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2006. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi. ICTR-2001-64-A. Apelación. (7 de julio de 2006), para. 185. Ver más: OLÁSOLO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 626.

¹⁴⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 1998. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. ICTR-96-4-T. Fallo. (2 de septiembre de 1998), para. 482.

¹⁴⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2003. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli. ICTR-98-4A-T. Fallo. (1 de diciembre de 2003), para. 762; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda. ICTR-99-54A-T. Fallo. (22 de enero de 2004), para. 593; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Primera Instancia III. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi. ICTR-2001-64-T. Fallo. (17 de junio de 2004), para. 279.

¹⁴⁷ Kordić (2004, Apelación), para. 27; Blaškić (2004, Apelación), para. 280; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2001. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Radislav Krstić. IT-98-33-T. Sentencia. (2 de agosto de 2001), para. 601; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2001. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milošević, Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać. IT-98-30/1-T. Sentencia. (2 de noviembre de 2001), paras. 243 y 252.

¹⁴⁸ OLÁSOLO, Héctor. 2013. *ob. cit.*, p. 640. Ver también, TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2006. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Naser Orić. IT-03-68-T. Sentencia. (30 de junio de 2006). [De ahora en adelante: Orić (2006, Sentencia).], para. 272.

¹⁴⁹ OLÁSOLO, Héctor. 2010. *ob. cit.*, p. 536

¹⁵⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2006. Sala de Apelación. The Prosecutor v. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki, Samuel Imanishimwe. ICTR-99-46-A. Apelación. (7 de julio de 2006). [De ahora en adelante: Ntagerura (2006, Apelación).], para. 370.

¹⁵¹ Blaškić (2004, Apelación), paras. 45-46; Vasiljević (2004, Apelación), para. 102; TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2006. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Blagoje Simić. IT-95-9-A. Apelación. (28 de noviembre de 2006). [De ahora en adelante: Simić (2006, Apelación).], para. 85;

después o durante la comisión de un crimen,¹⁵² puede ocurrir en tiempo y lugar distintos a la escena del crimen,¹⁵³ y no requiere un plan o acuerdo previo entre quienes asisten y los autores directos.¹⁵⁴ Ahora bien, la contribución prestada por el partícipe, según ha sido sostenido tanto por el TPIY como por el TPIR, debe tener un efecto sustancial en la comisión del crimen.¹⁵⁵ Por otro lado, se requiere el conocimiento, por parte del cómplice, de que su contribución asiste o ayuda a la comisión del crimen.¹⁵⁶

Así, la complicidad, en términos generales, se diferencia de la ECC pues exige un elemento mental menor. En efecto, como vimos, en la ECC se exige que el acusado comparta el propósito criminal común.¹⁵⁷ Por ello, en el caso Krstić, por ejemplo, el acusado fue condenado como cómplice de genocidio y no como autor, ya que carecía del dolo requerido.¹⁵⁸ Lo anterior reafirma el carácter subjetivo de este modelo diferenciador.

Finalmente, cabe destacar que si bien los estatutos no establecen una pena diferenciada para los partícipes, las Salas de Apelaciones de tanto el TPIY como del TPIR han afirmado que toda persona debe ser castigada de acuerdo a la gravedad de sus actos.¹⁵⁹

c) Críticas a la empresa criminal conjunta

Como hemos visto, la doctrina de la ECC ha sido una doctrina utilizada por casi la totalidad de los tribunales penales internacionales -con exclusión de la Corte Penal Internacional, como veremos más adelante- al lidiar con la responsabilidad de los individuos que cometieron crímenes de su competencia. Sin embargo, la aplicación de la doctrina de la

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2007. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić. IT-02-60-A. Apelación. (9 de mayo de 2007). [De ahora en adelante: Blagojević (2007, Apelación)], para. 127.

¹⁵² Ntagerura (2006, Apelación), para. 372; Blaškić (2004, Apelación), para. 48; Simić (2006, Apelación), para. 85; Blagojević (2007, Apelación), para. 127. Ver más: OLÁSULO, Héctor. 2010. *ob. cit.*, p. 536.

¹⁵³ Orić (2006, Sentencia), para. 285 y TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2005. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Pavle Strugar. IT-01-42-T. Sentencia. (31 de enero de 2005), para. 349. Ver más: OLÁSULO, Héctor. 2010. *ob. cit.*, p. 536.

¹⁵⁴ OLÁSULO, Héctor. 2010. *ob. cit.*, p. 537, Nota 113.

¹⁵⁵ OLÁSULO, Héctor. 2010. *ob. cit.*, p. 537, Nota 114.

¹⁵⁶ Furundžija (1998, Sentencia), para. 249; Tadić (1999, Apelación), para. 229.

¹⁵⁷ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 163.

¹⁵⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2004. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Radislav Krstić. IT-98-33-A. Apelación. (19 de abril de 2004), para. 134.

¹⁵⁹ OLÁSULO, Héctor. 2013. *ob. cit.* p. 70.

ECC por dichos órganos judiciales ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina especializada.

En primer lugar, se ha criticado que dicha doctrina no constituiría costumbre internacional y por tanto no formaría parte de las fuentes del derecho.¹⁶⁰ En ese sentido, se ha criticado que los tribunales penales internacionales hayan utilizado una construcción legal que no tenía reconocimiento expreso en su estatuto y que era perjudicial para los acusados, en vez de usar otras formas de responsabilidad que sí tenían reconocimiento en el derecho internacional, como la coautoría.¹⁶¹ De hecho se indica que incluso actualmente, es discutible que exista suficiente práctica estatal para afirmar la existencia de costumbre respecto a la ECC.¹⁶²

También, se ha dicho que la ECC contravendría el principio de culpabilidad, en tanto impondría igual culpabilidad para todos los miembros de la empresa conjunta, a pesar de que sus contribuciones serían diversas.¹⁶³ Ante ello, el Tribunal Especial para el Líbano ha señalado que las diferencias entre los grados de culpabilidad deberían quedar reflejadas en la sentencia.¹⁶⁴ Sin embargo, se ha indicado que dicha diferenciación no sería suficiente, pues ello ignora la estructura interna del grupo que debe reflejarse en su categorización.¹⁶⁵

Asimismo, se ha indicado que existiría una contravención al principio de culpabilidad, pues se permitiría la culpa por asociación, y así generando el riesgo de condenar a una persona que sólo se asoció con criminales pero nunca contribuyó en los crímenes o lo hizo de forma

¹⁶⁰ BOGDAN, Attila. Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia. International Criminal Law Review. 6(1): 63-120, marzo, 2006. p. 109.

¹⁶¹ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 58.

¹⁶² BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 58.

¹⁶³ OHLIN, Jens. Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. Cornell Law Faculty Publications. 5(1): 69-90, marzo, 2007. p. 85.

¹⁶⁴ Appeals Chamber Interlocutory Decision on the Applicable Law. Citado en: CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 169.

¹⁶⁵ Por ejemplo, Ohlin indica que el rol del principio de culpabilidad no puede limitarse exclusivamente a la imposición de pena, puesto que en tal caso no tendría sentido hacer muchas de las distinciones sustantivas de los crímenes internacionales. Todo el punto de distinguir entre diversos delitos –y no utilizar una sola hipótesis omnicompreensiva de todos los delitos, es poder determinar en el caso concreto el cumplimiento de los elementos de cada delito y reflejar así el grado de culpabilidad. OHLIN, Jens. 2007. *ob. cit.*, pp. 87-88.

muy remota.¹⁶⁶ Ante ello, en el caso Brđanin, el TPIY señaló que la ECC provee de garantías para evitar caer en culpa por asociación, en tanto se diferencian las circunstancias particulares de cada caso¹⁶⁷ y en tanto la Fiscalía igualmente debe probar más allá de toda duda razonable la contribución intencional del individuo.¹⁶⁸

Respecto a la aplicación de la empresa criminal conjunta como tal, se ha considerado, en casos como Krajišnik, que su aplicación para condenar a los mayores líderes políticos no sería adecuada,¹⁶⁹ y que la figura se ha flexibilizado con el sólo objetivo de condenar a un líder como autor, aun cuando su responsabilidad se corresponde más como la de un partícipe, por ejemplo.¹⁷⁰ Esto tiene como consecuencia que los tribunales sean poco rigurosos y permitan que no se satisfagan todos los elementos legales en estos juicios, para favorecer la aplicación de la ECC.¹⁷¹

Ahora, cabe señalar que la forma extendida de la ECC ha sido la más cuestionada de las variantes. Así, se ha señalado que esta forma de responsabilidad violaría principios básicos de derecho internacional, como el principio de culpabilidad, y que supondría una forma de responsabilidad estricta. De esta forma, la ECC III pone a la misma altura a un individuo que deliberadamente ocasionó la muerte de una víctima con otro individuo que no tenía la intención de matar.¹⁷²

Uno de sus principales defensores, Antonio Cassese, considera que la ECC III formaría parte del derecho internacional consuetudinario, y que no es posible argumentar una forma de responsabilidad estricta en tanto la ECC III exige siempre la existencia previa de una empresa criminal conjunta bajo las formas I o II. Así, la ECC III supone una pluralidad de personas que acuerdan cometer uno o más crímenes, y que adicionalmente uno de ellos comete un crimen

¹⁶⁶ INTERNATIONAL Criminal Law: Cases and Commentary. *ob. cit.*, p. 334. Ver también: MARSTON, Allison y MARTÍNEZ, Jenny. Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. California Law Review. 93(1): 75-170, enero, 2005. p. 137.

¹⁶⁷ Brđanin (2007, Apelación), paras. 426 y ss.

¹⁶⁸ HARTLE, Chelsea. The Application of the Joint Criminal Enterprise doctrine in International Criminal Law for the Prosecution of Sexual Offences. Tesis. (Magíster en Derecho). Stellenbosch, Sudáfrica. Universidad de Stellenbosch, 2015. pp. 118-121.

¹⁶⁹ Ver análisis crítico de la decisión en: BOAS, Gideon. *ob. cit.*, pp. 514-515.

¹⁷⁰ BOAS, Gideon. *ob. cit.*, p. 518.

¹⁷¹ BOAS, Gideon. *ob. cit.*, p. 518.

¹⁷² CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 169.

que resulta previsible.¹⁷³ Sin embargo, incluso Cassese reconoce que la ECC III no es admisible respecto de crímenes que requieren un dolo especial.¹⁷⁴ Ello, considerando que aquel que simplemente prevé el crimen o asume un riesgo no tiene la misma intención que el autor directo de esta última ofensa.¹⁷⁵

Asimismo, se ha criticado el concepto de previsibilidad que se exige para los partícipes de la ECC III, señalando que la forma de responsabilidad de quien previó que los demás miembros podían apartarse del plan común se asemeja más a una forma de negligencia -al no tomar las medidas para evitar que los demás se apartaran del plan, pero sin tener la intención de cometer ese delito extendido-, y que por tanto merece una penalidad reducida.¹⁷⁶ En cambio, los defensores de la ECC III indican que en el aspecto subjetivo, los miembros de la ECC III no actúan negligentemente sino con dolo eventual. Sin embargo, el mismo Cassese ha señalado que el dolo eventual como título de imputación no tendría reconocimiento amplio, y sería incompatible con el principio de culpa individual.¹⁷⁷

iii. Control sobre el crimen: La teoría del dominio del hecho

Finalmente, y dentro del modelo diferenciador, surgió otra alternativa para distinguir entre autores y partícipes: la teoría del dominio del hecho. De acuerdo a ella, son autores quienes tengan dominio sobre la comisión de un crimen, sin perjuicio de que estén o no presentes al momento de la realización de dicho crimen.¹⁷⁸

Esta teoría fue desarrollada principalmente a partir de 1963 por el jurista alemán Claus Roxin como una respuesta y crítica a las otras aproximaciones -objetiva y subjetiva- que buscaban distinguir entre autores y partícipes. Revisando la condena del agente de la KGB Bogdan Stashynsky,¹⁷⁹ Roxin señaló que la persona que cumple los requisitos del *actus reus* y

¹⁷³ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 170.

¹⁷⁴ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, pp. 172-173.

¹⁷⁵ JALLOH, Charles. *ob. cit.*, p. 71, Nota 13.

¹⁷⁶ OHLIN, Jens. 2007. *ob. cit.*, p. 83.

¹⁷⁷ CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 90.

¹⁷⁸ KUCHER, Olena y PETRENKO, Aleksey. International Criminal Responsibility after Katanga: Old Challenges, New Solutions. *Russian Law Journal*. 3(1): 143-168, 2015. p. 150.

¹⁷⁹ Stashynsky asesinó a dos nacionalistas ucranianos, pero fue condenado como cómplice, en tanto el Tribunal Supremo Federal alemán consideró que él no tenía interés en la comisión de los crímenes y solo había cumplido órdenes.

mens rea de un crimen siempre debe ser considerado autor,¹⁸⁰ y que asimismo tendrá ese carácter quien controle el crimen. En palabras de Roxin, “una persona es autor si controla el curso de los eventos; uno que, en contraste, meramente estimula en otro la decisión de actuar o le ayuda a hacerlo, pero deja la ejecución a un acto atribuible de la otra persona, es un instigador o cómplice”.¹⁸¹

Entonces, bajo la teoría del dominio del hecho, el elemento distintivo entre autores y partícipes, no es un elemento físico,¹⁸² sino el poder para determinar si cierto acto será realizado.¹⁸³ Para Roxin, quien no tiene dicho dominio funcional, es partícipe.¹⁸⁴

En el caso que dos o más autores tengan control conjunto sobre el crimen, entonces estaremos bajo la figura de la coautoría. Dicho control implica que cada uno de los coautores debe tener asignadas tareas esenciales y, por tanto, tener la capacidad de frustrar la comisión del crimen al no cumplir con su tarea. Estas tareas pueden no solamente ser las que se realizan en la ejecución misma del crimen, sino que también pueden ser llevadas a cabo en las fases preparatorias.¹⁸⁵

Por su parte, en el caso que exista un autor mediato que utilice a otro para llevar a cabo un delito, Roxin no sólo analiza las dos formas reconocidas de autoría mediata en las cuales el autor material carece de responsabilidad o tiene una responsabilidad menor, y que son el error y la coerción,¹⁸⁶ sino que también incorpora una tercera alternativa: el control sobre estructuras organizadas de poder. Al respecto, describe la posibilidad de que exista una organización, que actúa fuera del orden legal,¹⁸⁷ y en la cual quién da una orden sabe que el cumplimiento de ella es automático, puesto que cuenta con autores materiales de carácter fungible.¹⁸⁸ En este caso, a diferencia de las otras hipótesis de autoría mediata mencionadas

¹⁸⁰ ROXIN, Claus. Crimes as a Part of Organized Power. *Journal of International Criminal Justice*. 9(1): 191-205, marzo, 2011. p. 195. También, VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, pp. 81-82.

¹⁸¹ ROXIN, Claus. 2011. *ob. cit.*, p. 196.

¹⁸² VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 507.

¹⁸³ VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, p. 82.

¹⁸⁴ OLÁSULO, Héctor. El impacto de la primera jurisprudencia de la CPI en la distinción entre autoría y participación. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*. 132: 83-119, 2008. p. 97.

¹⁸⁵ CASSESE, Antonio. 2013. *ob. cit.*, p. 176.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. 2011. *ob. cit.*, pp. 196-197.

¹⁸⁷ ROXIN, Claus. 2011. *ob. cit.*, pp. 202-203.

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. 2011. *ob. cit.*, pp. 198-199.

por Roxin, el autor material tendrá igualmente responsabilidad, pues la lejanía entre el autor mediato y el autor material se compensa por el control organizacional.¹⁸⁹ El control tendrá a su vez dos elementos: uno objetivo, que son las circunstancias fácticas que permiten el control sobre el delito, y uno subjetivo que es el conocimiento de dichas circunstancias.¹⁹⁰

La teoría de Roxin fue aplicada en los años '80 en los juicios a las Juntas en Argentina, y en los años '90 comenzó a ser aplicada también en Alemania por parte del Tribunal Supremo Federal para condenar a quienes fueron responsables por el asesinato de las personas que intentaban cruzar el muro divisorio entre Alemania del Este y del Oeste.¹⁹¹

Dentro de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, cabe mencionar la sentencia de primera instancia del caso Stakić. Dicha sentencia, como veremos más adelante, constituyó uno de los antecedentes que utilizó la Corte Penal Internacional para afirmar que la doctrina del dominio del hecho tiene aplicación dentro de su Estatuto. En esta decisión, el TPIY decidió, en vez de aplicar la doctrina de la empresa criminal conjunta, aplicar una “referencia más directa a la comisión”, siendo esta la coautoría.¹⁹² De esta forma, el Tribunal se basó en Roxin para afirmar que era el control conjunto de los coautores lo que permitía que el crimen fuera realizado, teniendo cada uno de ellos la posibilidad de frustrarlo si no llevaba a cabo su parte en el plan.¹⁹³

Sin embargo, la decisión de la Cámara de Primera Instancia fue revocada en segunda instancia, en donde la Cámara de Apelaciones afirmó que la doctrina del dominio del hecho no tenía asidero ni en el derecho consuetudinario, ni en la jurisprudencia del TPIY.¹⁹⁴

Por otro lado, en el caso Gacumbitsi, del TPIR, el juez alemán Wolfgang Schomburg, también levantó la teoría del dominio del hecho en su voto separado, basándose, además de en

¹⁸⁹ VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, p. 83.

¹⁹⁰ STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.). *ob. cit.*, p. 354.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. Revista de Estudios de la Justicia. 7: 11-22, enero, 2006. pp. 11-12.

¹⁹² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2003. Cámara de Primera Instancia II. *Prosecutor v. Milomir Stakić*. IT-97-24-T. Sentencia. (31 de julio de 2003). [De ahora en adelante: *Stakić (2003, Sentencia)*], para. 438.

¹⁹³ *Stakić (2003, Sentencia)*, para. 440.

¹⁹⁴ *Stakić (2006, Apelación)*, paras. 62-63.

Roxin, en Códigos penales nacionales.¹⁹⁵ El juez diferenció además, entre coautoría -que requiere un control conjunto sobre el crimen-¹⁹⁶ y autoría mediata -en el que el autor mediato es responsable porque ejerce control sobre el acto y voluntad del autor físico y directo-,¹⁹⁷ afirmando que en este último caso, debe acudirse a la noción del control sobre estructuras organizadas de poder si es necesario.¹⁹⁸ También sostuvo que esta teoría estaba reconocida en el artículo 25.3.a) de la Corte Penal Internacional.¹⁹⁹

Como veremos en más detalle en la siguiente sección, la teoría del dominio del hecho ha sido ampliamente aplicada por la Corte Penal Internacional en sus decisiones, tanto al confirmar cargos por coautoría como por autoría mediata.²⁰⁰ De esta manera, la Corte ha señalado que busca distinguirse del análisis subjetivo desarrollado por los tribunales ad hoc.²⁰¹ En el fallo en contra de Thomas Lubanga Dyilo, la Corte incluso señaló que la teoría del dominio del hecho estaba incorporada en el artículo 25.²⁰² Ello ha sido objeto de bastantes críticas, desarrolladas en la siguiente sección. En términos generales, se ha indicado que la Corte intentó darle aplicación general a una doctrina que sólo tiene aplicación en Alemania y otros países de tradición germánica, y que incluso en ellos está lejos de ser una posición unánime.²⁰³ El análisis del Estatuto estaría así excediendo sus términos, y aplicando una institución que ni siquiera formaría parte del derecho consuetudinario.²⁰⁴ Sin embargo, se le ha reconocido su utilidad para analizar y juzgar la criminalidad sistemática que es competencia de la Corte.²⁰⁵

¹⁹⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2006. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi. ICTR-2001-64-A. Opinión separada Juez Wolfgang Schomburg. (7 de julio de 2006). [De ahora en adelante: Schomberg (2006, opinión separada Gacumbitsi).], paras. 16 y 17.

¹⁹⁶ Schomberg (2006, opinión separada Gacumbitsi), para. 17.

¹⁹⁷ Schomberg (2006, opinión separada Gacumbitsi), para. 18.

¹⁹⁸ Schomberg (2006, opinión separada Gacumbitsi), para. 20.

¹⁹⁹ Schomberg (2006, opinión separada Gacumbitsi), para. 21.

²⁰⁰ MATUS, Jean Pierre. *ob. cit.*, pp. 371, 372.

²⁰¹ VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, pp. 83-84.

²⁰² VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, p. 87.

²⁰³ VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, p. 87.

²⁰⁴ VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 507.

²⁰⁵ VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, p. 87.

III. APLICACIÓN DE LAS FORMAS DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN PREVISTAS EN EL ESTATUTO DE ROMA EN LAS DECISIONES DE CONFIRMACIÓN DE CARGOS Y SENTENCIAS DEFINITIVAS

Uno de los dilemas principales que enfrenta el derecho penal internacional es el tratamiento de crímenes que fueron cometidos de manera colectiva. A lo largo de los años, la responsabilidad individual por dichos crímenes se ha tratado por medio de diferentes figuras.²⁰⁶ En el caso de la Corte Penal Internacional, fueron la coautoría y la autoría mediata las privilegiadas por los redactores del Estatuto, y como veremos, también por la interpretación que han realizado los jueces de la misma Corte.

Las formas de responsabilidad penal individual del Estatuto de Roma se encuentran contenidas en el artículo 25 del mismo cuerpo normativo.²⁰⁷ La redacción de ambos artículos fue objeto de abundante discusión entre los representantes de los Estados a cargo de la aprobación de dicho tratado internacional. Esto porque los países miembros del Estatuto de Roma y sus representantes provenían de diversas tradiciones jurídicas, y tenían posiciones disímiles sobre el contenido que debía tener dicho artículo. Algunos de los principales focos de discusión fueron las formas de responsabilidad a ser tipificadas,²⁰⁸ o la conveniencia de incorporar el elemento intencional en la definición de la responsabilidad.²⁰⁹

Finalmente, el artículo acordado fue del siguiente tenor:

²⁰⁶ MATUS, Jean Pierre. *ob. cit.*, pp. 368-369.

²⁰⁷ También podemos encontrar una forma de responsabilidad del superior en el artículo 28 del Estatuto de Roma, pero su análisis escapa al contenido de este trabajo.

²⁰⁸ La incorporación de la conspiración fue objeto también de bastante discusión. LEE, Roy. (Ed.). *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute*. La Haya, Kluwer Law International, 1999. pp. 198-200.

²⁰⁹ En ese sentido, BASSIOUNI, Marco. *The Legislative History of the International Criminal Court*. Vol. 2. Nueva York, Transnational Publishers, 2005. pp. 191-203.

“Artículo 25 Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional”.

Si se analiza el artículo detalladamente, se evidencia que es sólo el párrafo 3, en sus letras a) a d), el que regula las formas de intervención en un hecho punible.

El párrafo primero del artículo 25 establece la regla general, que es la jurisdicción sobre personas naturales. Dicho párrafo descarta así la competencia de la Corte sobre crímenes cometidos por personas jurídicas, cuestión que había sido propuesta por Francia.²¹⁰ Como es sabido, dicha regla general relativa a la jurisdicción de la Corte conoce dos excepciones: los menores de edad, en virtud del artículo 26 del mismo Estatuto de Roma, y los jefes de Estado de países no miembros de la Corte, pues a ellos no es aplicable la renuncia a inmunidad del artículo 27.2.²¹¹

Luego, el párrafo segundo del artículo 25 vuelve a reconocer la competencia de la Corte y la responsabilidad individual de los autores de crímenes, reiterando el principio que ya se había reconocido desde Núremberg en adelante.²¹² En su jurisprudencia, la Corte ha indicado que dicho párrafo exige que la responsabilidad imputada sea consistente con el Estatuto, esto es, que no existe responsabilidad criminal a menos que la conducta atribuida sea un crimen bajo el mismo Estatuto.²¹³

Es así como es el párrafo tercero el que cobra mayor relevancia para los fines de este trabajo, puesto que establece las distintas hipótesis de responsabilidad penal individual que cobrarán importancia para el ejercicio de la jurisdicción de la Corte.

²¹⁰ Francia argumentaba que la ventaja de dar jurisdicción sobre personas jurídicas era facilitar la compensación a las víctimas. Sin embargo, se rechazó en general porque se consideraba que la jurisdicción de la Corte sobre personas jurídicas no era compatible con la jurisdicción entrada en individuos, porque no existían criterios comunes para determinar la responsabilidad, falta de reconocimiento en el derecho interno (y consecuente dificultad para la aplicar el principio de complementariedad) y porque presentaba problemas evidenciarios. Hacen referencia a dicha discusión: AMBOS, Kai. *La Corte Penal Internacional*. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007. pp. 84-85. Ver también BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 76; SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 425; AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 144; FAUCHALD, Olek y STIGEN, Jo. *Corporate Responsibility before International Institutions*. *The George Washington International Law Review*. 40(4): 1025-1100, 2009. pp. 1038 y ss.; AMBOS, Kai. *Article 25: Individual Criminal Responsibility*. En: Triffterer, Otto. (Ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*. Munchen, Nomos, 2014. pp. 477-478.

²¹¹ En efecto, la inmunidad de jefes de Estado ha sido reconocida como costumbre internacional, y por tanto, el artículo 27.2 constituye la regla especial, que no es vinculante para países que no forman parte del Estatuto de Roma. Ver: SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 425 y capítulo sobre artículo 27.2.

²¹² ESER, Albin. *ob. cit.*, p. 770.

²¹³ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2008. Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui*. ICC-01/04-01/07-717. Decisión de confirmación de cargos. (30 de septiembre de 2008). [De ahora en adelante: *Katanga y Ngudjolo (2008, DCC)*], para. 164.

Cabe señalar que la Corte ha indicado que la distinción entre formas de responsabilidad contenida en el párrafo tercero del artículo 25 del Estatuto no es aplicable exclusivamente a los crímenes de lesa humanidad, de guerra, genocidio y el crimen de agresión, sino también resulta aplicable a los delitos contenidos en el artículo 70 del Estatuto de Roma, esto es, los delitos contra la administración de la justicia.²¹⁴

Como veremos con más detalle, si bien el Estatuto no reconoce ninguna jerarquía respecto de las formas de responsabilidad enunciadas ni tampoco expresa que las distintas formas de responsabilidad contempladas en el artículo 25 deban ser tomadas en cuenta en la determinación de la sentencia, el artículo 78.1 del Estatuto de Roma, para efectos de determinar la pena, hace referencia a la gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado, mientras que la Regla 145.1 ordena a la Corte tener en cuenta “el grado de participación del condenado” en la imposición de la pena.

Ahora bien, en sus sentencias, la Corte sí ha diferenciado las formas de responsabilidad en dos categorías: autoría, en el caso de la letra a) del artículo 25.3, y participación, en el caso de las letras b) a d) del mismo artículo. El elemento diferenciador, como veremos, ha sido la aplicación de la teoría del dominio del hecho.²¹⁵

1. AUTORÍA

La autoría se encuentra consagrada en la letra a) del artículo 25.3. Tradicionalmente, la doctrina ha reconocido tres hipótesis de autoría: autoría directa, coautoría (directa) y autoría mediata. Como veremos más adelante, la Corte ha interpretado el Estatuto de Roma, indicando que éste contempla una cuarta hipótesis de autoría, correspondiente a la coautoría mediata. El artículo regula la responsabilidad en los siguientes términos:

²¹⁴ En este sentido, la Corte ha invocado lo dispuesto en la Regla 163 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido. ICC-01/05-01/13-749. Decisión de confirmación de cargos. (11 de noviembre de 2014). [De ahora en adelante: Bemba et al (2014, DCC).], para. 32. Ver también CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Primera Instancia VII. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido. ICC-01/05-01/13-1989-Red. Fallo. (19 de octubre de 2016). [DE AHORA EN ADELANTE: Bemba et al (2016, Fallo).], para. 54.

²¹⁵ Por primera vez en: Lubanga (2007, DCC), para. 338.

Artículo 25

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.

La Corte, en el caso en contra de Lubanga, y refiriéndose a la coautoría, afirmó que el Estatuto contempla un concepto de autoría basado en la noción de dominio del hecho. Esto, en el sentido que una persona puede ser un coautor de un crimen sólo si tiene control conjunto sobre el crimen como resultado de la contribución esencial atribuida a él.²¹⁶ Así, la Corte se distanció expresamente de la aplicación de la empresa criminal conjunta de los tribunales ad hoc.²¹⁷

Para afirmar lo anterior, la Corte realizó una revisión respecto a los criterios diferenciadores entre autoría y participación, señalando primero la existencia de dos tipos de criterios, un criterio objetivo²¹⁸ y otro subjetivo.²¹⁹ Respecto al criterio objetivo, y como ya adelantamos en la sección anterior, la Corte lo descartó, en tanto la autoría mediata - reconocida en el Estatuto de Roma- no podía ser conciliada con la idea de limitar la responsabilidad solamente a los autores que físicamente llevan a cabo uno o más de los elementos del crimen.²²⁰ En relación al criterio subjetivo, la Corte también lo descartó puesto que, de la lectura de las letras a) y d) del artículo 25.3 se desprende que si los redactores del Estatuto hubiesen tenido la intención de que se utilizara un criterio subjetivo, la figura del

²¹⁶ Lubanga (2007, DCC), para 322.

²¹⁷ Esto es consistente con la decisión de la Sala de Apelaciones en la apelación del caso Lubanga que, consideró no sentirse obligada a seguir la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, sobre todo porque el 25.3.a) tiene una estructura diferente a las provisiones relevantes del TPIY e TPIR. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3121-Red. Sentencia apelación Fallo. (01 de diciembre de 2014). [De ahora en adelante: Lubanga (2014, Apelación).], para. 472.

²¹⁸ Basado en el cumplimiento de uno o más elementos objetivos del crimen (por tanto, sólo aquellos que físicamente lleven a cabo uno o más de los elementos objetivos del crimen puede ser considerado autor del mismo): Lubanga (2007, DCC), para. 328.

²¹⁹ Que considera el estado mental en el cual la contribución fue realizada (entonces, sólo aquellos que realizan una contribución con la intención compartida de realizar el crimen, pueden ser considerados autores, no importando el nivel de su contribución a la comisión): Lubanga (2007, DCC), para. 329.

²²⁰ Lubanga (2007, DCC), para. 333.

artículo 25.3.d) hubiese sido la base del concepto de coautoría, sin incluir el concepto en la letra a).²²¹

Por lo mismo, la Corte decantó por el enfoque del dominio del hecho como una tercera aproximación a la distinción entre autores y partícipes, aplicada en numerosos sistemas legales.²²² La noción que sustenta este enfoque es que los autores no están limitados sólo a aquellos que físicamente llevan a cabo uno de los elementos objetivos del crimen, sino que también a aquellos, que, a pesar de no estar presentes en la escena del crimen, controlan o dirigen su comisión, puesto que deciden si y como el crimen será cometido.²²³ De esta forma, este enfoque considera un elemento objetivo -consistente en las circunstancias fácticas apropiadas para ejercer el control sobre el crimen-, y un elemento subjetivo -consistente en el conocimiento de dichas circunstancias-.²²⁴ De acuerdo a este criterio, sólo aquellos que tienen control sobre la comisión del delito -y son conscientes de tener dicho control- pueden ser autores. Ello, pues los mismos físicamente llevan a cabo los elementos objetivos del crimen (autoría directa), controlan la voluntad de aquellos llevando a cabo los elementos objetivos del crimen (autoría mediata), o tienen, junto a otros, control sobre el crimen por el hecho de tener asignadas tareas esenciales (coautoría).²²⁵

Este razonamiento fue seguido en la sentencia definitiva contra Lubanga, en donde la Sala de Primera Instancia volvió a analizar la teoría aplicable para distinguir autores y partícipes.²²⁶ Por su parte, la Sala de Apelaciones en el mismo caso, afirmó que un individuo puede ser penalmente responsable por cometer un crimen (25.3.a)) o por contribuir a la comisión de un crimen (25.3. letras b) a la d)), lo que demuestra que el Estatuto diferencia entre autoría y participación.²²⁷ Esto, en opinión de la Corte, es importante, porque una persona que es condenada por cometer un crimen por sí mismo tiene más culpabilidad que una

²²¹ Lubanga (2007, DCC), para. 335.

²²² Lubanga (2007, DCC), para. 338.

²²³ Lubanga (2007, DCC), para. 330.

²²⁴ Lubanga (2007, DCC), para. 331.

²²⁵ Lubanga (2007, DCC), para. 332.

²²⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842. Fallo. (14 de marzo de 2012). [De ahora en adelante: Lubanga (2012, Fallo).], para. 976. La Corte señaló que el artículo 25.3.a) debe interpretarse de la forma en que permita expresar de la manera más adecuada la responsabilidad por incurrir en los crímenes de jurisdicción de la Corte, debiendo, para lograr establecer el alcance del, seguirse el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Lubanga (2012, Fallo), para. 979.

²²⁷ Lubanga (2014, Apelación), para. 462.

persona que contribuye al crimen de otro,²²⁸ logrando una adecuada caracterización de la responsabilidad penal de una persona.²²⁹

Respondiendo a las críticas recibidas por la adopción de este enfoque, la Sala de Apelaciones señaló que no estaba proponiendo aplicar una doctrina legal particular como fuente de derecho, sino, interpretando el artículo 25.3.a), buscando guía en otros enfoques adoptados en otras jurisdicciones para interpretar de forma coherente y persuasiva el Estatuto,²³⁰ no resultando en una infracción del artículo 22 (*nullum crimen sine lege*) o al principio *pro reo*.²³¹

En conclusión, la Sala de Apelaciones afirmó que lo más adecuado para distinguir entre autores y partícipes, era evaluar si el acusado tenía o no dominio del hecho, debido a su contribución esencial a él y en el poder resultante de frustrar la comisión, incluso si su contribución esencial no fue realizada al momento de ejecución del crimen.²³²

Esto, como veremos, ha seguido siendo aplicado en las decisiones posteriores. A continuación, revisaremos cuáles son los elementos que ha exigido la Corte para dar lugar a las distintas formas de responsabilidad, precisamente en aplicación de esta doctrina.

i. Autoría directa

a) Análisis artículo 25.3.a)

La autoría directa corresponde a la primera hipótesis del artículo 25.3.a), y abarca a quien comete un crimen “por sí solo”. Se ha señalado que la versión española del Estatuto resulta ser especialmente clara para definir esta forma de responsabilidad, a diferencia de la versión inglesa que refiere a quien comete un crimen “*as an individual*”, sin por tanto aclarar si quien actúa lo hace independientemente.²³³ Según se ha entendido, esta primera forma de

²²⁸ Lubanga (2014, Apelación), para. 462, Nota 862.

²²⁹ La Sala de Apelaciones señaló que la coautoría no sería la única forma de responsabilidad que involucra una pluralidad de personas. Así, es necesario distinguirla de las contenidas en los subpárrafos a), b), c) y d), considerando adecuada la aplicabilidad de la teoría del dominio del hecho, pues considera que ella evalúa el rol de la persona en cuestión *vis-a-vis*, el crimen. Lubanga (2014, Apelación), paras. 467 y 469.

²³⁰ Lubanga (2014, Apelación), para. 470.

²³¹ Lubanga (2014, Apelación), para. 471.

²³² Lubanga (2014, Apelación), para. 473.

²³³ AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 148; AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 479.

responsabilidad sólo será aplicable respecto de individuos que cumplan tanto con los elementos objetivos como con los elementos subjetivos del crimen en cuestión.²³⁴

Ahora bien, esta forma de responsabilidad no tiene un desarrollo muy amplio en la jurisprudencia de la Corte. Dada la intención de la Corte, contenida en el preámbulo del Estatuto de Roma, de conocer los crímenes “más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”,²³⁵ y atendiendo a que los líderes rara vez cometen los delitos de propia mano o de manera autónoma, la Corte no ha tenido la oportunidad de analizar con mucho detalle la autoría directa, ni en sus sentencias definitivas, ni en las decisiones de confirmación de cargos.

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

Las decisiones de confirmación de cargos que han referido esta forma de responsabilidad, cronológicamente, son (a) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (“caso Lubanga”); (b) *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui* (“caso Katanga y Ngudjolo”); (c) *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda* (“caso Abu Garda”); (d) *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (“caso Ntaganda”); (e) *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* (“caso Ongwen”); y (f) *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (“caso Al Mahdi”). Cabe destacar que, en estos últimos dos casos, la Corte confirmó los cargos por esta forma de responsabilidad,²³⁶ sin desarrollar sus requisitos.

Por su parte, la única sentencia definitiva que ha analizado esta forma de responsabilidad es el caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido* (“caso Bemba et al”).

²³⁴ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, pp. 290-291.

²³⁵ Preámbulo Estatuto de Roma.

²³⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*. ICC-02/04-01/15-422-Red. Decisión de confirmación de cargos. (23 de marzo de 2016). [De ahora en adelante: Ongwen (2016, DCC).], pp. 97-99; CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Ahmed Al Faqi Al Mahdi*. ICC-01/12-01/15-84-Red. Decisión de confirmación de cargos. (24 de marzo de 2016). [De ahora en adelante: Al Mahdi (2016, DCC).], pp. 22 (para. 3) y 27 (para. 24).

Del examen de las sentencias relevantes podemos concluir que, para la configuración de una hipótesis de autoría directa, los requisitos son:

B. Elemento objetivo

a. *El autor debe llevar a cabo físicamente los elementos objetivos del crimen*

La forma en que la Corte ha analizado este requisito ha tenido diversos matices. Así, en el caso Lubanga, la Corte señaló que aquellos que incurren en autoría directa son los que “*llevan a cabo físicamente los elementos objetivos del delito*”.²³⁷ Igual lenguaje se utilizó en los casos Abu Garda,²³⁸ Ntaganda,²³⁹ y en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.²⁴⁰ Por su parte, en la decisión de confirmación de cargos de Katanga y Ngudjolo, la Corte indicó que era autor directo quien “*lleva a cabo físicamente todos los elementos del delito*”.²⁴¹

C. Elementos subjetivos

a. *El autor debe actuar con conocimiento e intención*

Este requisito fue solamente enunciado en el caso Ntaganda,²⁴² aunque éste deriva de las reglas generales del artículo 30 del Estatuto de Roma. En la sentencia definitiva del caso Bemba et al, la Corte simplemente indicó que quien era imputado como autor directo debía cumplir con el requisito del *mens rea*.²⁴³

b. *El autor debe cumplir cualquier elemento subjetivo especial que corresponda*

²³⁷ Lubanga (2007, DCC), para. 332.

²³⁸ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2010. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda. ICC-02/05-02/09-243-Red. Decisión de confirmación de cargos. (8 de febrero de 2010). [De ahora en adelante: Abu Garda (2010, DCC)], para. 153.

²³⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-309. Decisión de confirmación de cargos. (9 de junio de 2014). [De ahora en adelante: Ntaganda (2014, DCC).], para. 136.

²⁴⁰ Bemba et al (2016, Fallo), para. 58

²⁴¹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 488.

²⁴² Ntaganda (2014, DCC), para. 136.

²⁴³ Bemba et al (2016, Fallo), para. 58

Este requisito fue solamente mencionado en el caso Ntaganda,²⁴⁴ aunque también deriva de las reglas generales.

c) Análisis crítico

De la revisión de las sentencias relevantes, podemos concluir que no sólo la jurisprudencia respecto a esta forma de responsabilidad es escasa, sino que la Corte tampoco ha desarrollado mayormente sus requisitos cuando se ha visto frente a ella.

Lo primero se debe a que, como vimos, los crímenes internacionales suelen tener un carácter colectivo. Por tanto, la Fiscalía sólo en contadas ocasiones ha imputado cargos bajo esta forma de responsabilidad, no dando a la Corte muchas oportunidades de pronunciarse sobre la autoría directa propiamente tal.

Ahora bien, en los casos en que la Corte sí se ha referido a esta forma de responsabilidad, no ha ahondado en los elementos de la misma. Esto se debe, creemos, a que el lenguaje del Estatuto respecto a ella es más claro, y asimismo a que ella constituye la forma más tradicional de cometer un delito, entendiendo que no conlleva los problemas que las otras formas de autoría podrían tener. Sin embargo, del hecho que los elementos de una forma de responsabilidad no susciten controversia no se sigue que la Corte, al emitir una decisión de confirmación de cargos, pueda sustraerse de determinar cuáles serían dichos elementos y señalar cómo los hechos del caso permiten su subsunción en cada uno de dichos elementos.

Ello cobra relevancia, toda vez que incluso respecto del requisito objetivo, el lenguaje utilizado por la Corte en las diversas decisiones de confirmación de cargos no es unívoco. Así por ejemplo, en el caso Lubanga, la Corte señaló que se debían llevar a cabo físicamente los elementos objetivos del crimen;²⁴⁵ luego, en Katanga, especificó que debían llevarse a cabo físicamente todos los elementos del delito;²⁴⁶ con posterioridad en Abu Garda, repitió en idénticos términos lo que había afirmado en Lubanga;²⁴⁷ para finalmente, en Ntaganda decir que autor directo era quien llevaba a cabo físicamente un elemento objetivo del crimen.²⁴⁸ En

²⁴⁴ Ntaganda (2014, DCC), para. 136.

²⁴⁵ Lubanga (2007, DCC), para. 332: "they physically carry out the objective elements of the offence".

²⁴⁶ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 488: "physically carries out all elements of the offence".

²⁴⁷ Abu Garda (2010, DCC), para. 153: "physically carries out the objective elements of the offence".

²⁴⁸ Ntaganda (2014, DCC), para. 136: "physically carried out an objective element of the offence".

el caso Ongwen, la Corte no se refirió expresamente a los requisitos, cosa que tampoco hizo en el caso Al Mahdi.

El problema lógico de esta diferencia entre decisiones es la falta de certeza respecto a un elemento esencial en esta forma de responsabilidad, cuestión que puede llevar a confundir los límites entre autoría y coautoría, por ejemplo.²⁴⁹ En ese sentido, la referencia realizada en el caso Ntaganda, por ejemplo, sobre la verificación de un elemento objetivo del crimen no resulta suficientemente clara, de manera de determinar si los otros elementos objetivos podrían ser llevados a cabo por otros individuos -caso en el cual la forma de responsabilidad apropiada será la coautoría-, o si la Corte simplemente hace referencia a los elementos objetivos del delito que se encuentran bajo el control del autor. Así, el autor directo puede haber desarrollado la acción que llevó a la muerte de la víctima -disparando el arma-, pero pueden existir otros elementos objetivos que se encuentran fuera de su rango de control -como la existencia de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, elemento objetivo general de todos los crímenes de lesa humanidad-.

La incertidumbre se ve agravada porque, en los casos más recientes, la Corte ni siquiera enunció los requisitos que está considerando para confirmar cargos por autoría directa, y, por tanto, no dio cuenta de si está exigiendo que se cumplieran todos o sólo un elemento objetivo del delito. De hecho, al confirmar cargos en los casos Ongwen y Al Mahdi, la Corte hizo una referencia general a todos los hechos para luego enumerar una serie de formas de responsabilidad que serían aplicables, confundiendo así cuáles hechos serían fundantes de cada imputación.

Por su parte, respecto a los requisitos subjetivos, la Corte tampoco se ha referido a estos con mucho detalle. En el caso Ntaganda señaló que éste cumplía con el requisito de la intención y en el conocimiento,²⁵⁰ mientras que en el caso Ongwen sólo hizo una pequeña referencia a que, respecto a los crímenes que se le imputaban como autor directo, éste “tuvo la intención de llevar a cabo la conducta y tuvo la intención de causar las consecuencias o estaba

²⁴⁹ En el caso que sólo llevar a cabo físicamente uno de los elementos de crimen pudiera dar lugar a autoría directa.

²⁵⁰ Ntaganda (2014, DCC), para. 138.

consciente que ellas ocurrirían en el curso ordinario de los hechos”²⁵¹. Así, pareciera que la Corte simplemente busca remitirse al tenor de lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Ahora bien, el análisis del elemento subjetivo puede cobrar mayor relevancia respecto de ciertos delitos que la Corte no ha tenido la oportunidad de conocer *v.gr.* la utilización de armas de alcance amplio -bombas u otros-. Esto puede generar cuestionamientos sobre la procedencia de la imputación por dolo eventual respecto de la muerte de ciertas víctimas, tema que ya ha sido objeto de análisis y diferencias entre ambas Salas de Cuestiones Preliminares. Esta discusión puede generarse, sin duda, respecto de todas las formas de responsabilidad contenidas en el artículo 25 del Estatuto. Por lo mismo creemos relevante que, incluso en formas de responsabilidad que pueden resultar más simples, la Corte no deje de analizar en detalle los requisitos y su verificación en los hechos.

En virtud de todo lo anterior, si bien consideramos que la Corte ha reconocido adecuadamente los requisitos y elementos de esta forma de responsabilidad, creemos que resultaría más preciso que la Corte enunciara los tres requisitos de esta forma de responsabilidad -objetivo, subjetivo genérico y subjetivo especial-, tal como lo hizo en el caso de Ntaganda, pero explicitara que el primer requisito se configura cuando el individuo lleva a cabo físicamente todos los elementos objetivos del crimen que se encuentran bajo su control, y no sólo uno de ellos.

ii. Autoría mediata

a) Análisis artículo 25.3.a)

La autoría mediata se encuentra reconocida al final de la letra a) del artículo 25.3, que regula la responsabilidad penal de quien comete un crimen “*por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable*”. Así, el Estatuto reconoce dos formas de responsabilidad: una, que se realiza por medio de un tercero que también puede ser imputado por el crimen, y otra, que se realiza por medio de quien carece de responsabilidad penal, sea por alguna condición mental, por su corta edad, por coacción, error u otras hipótesis.

²⁵¹ Ongwen (2016, DCC), paras. 71, 80, 89, 98, 106, 112 y 117.

En este sentido, el Estatuto de Roma fue innovador. En efecto, las hipótesis típicas de autoría mediata conocidas en la doctrina y jurisprudencia de la mayoría de los países se referían a la existencia de un ejecutor material que no era penalmente responsable.²⁵² Sin embargo, era dudosa la existencia de una costumbre internacional o una práctica generalizada en el derecho interno, más allá del sistema alemán, para la imputación de un autor mediato cuando existía un autor directo que sí era penalmente responsable.²⁵³ Lo anterior, toda vez que se consideraba controversial que un autor directo totalmente responsable pudiera ser, a la vez, considerado un instrumento que es controlado por el “hombre de atrás”.²⁵⁴ Dichas críticas eran refrendadas por la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, en particular por el TPIY. En efecto, la autoría mediata por instrumento penalmente responsable intentó ser desarrollada por el TPIY en el caso Stakić, pero fue luego revocada por la Cámara de Apelaciones.²⁵⁵ No obstante toda esa discusión, el Estatuto fue claro en reconocer ambas hipótesis de autoría mediata, zanjando así la discusión doctrinaria.

Como vemos, la lectura del artículo 25.3.a) regula la hipótesis de autoría que se ejerce en el control de un individuo sobre otro. La versión inglesa del Estatuto es más precisa en determinar quién es ese “otro”, al indicar que esta forma de responsabilidad comprende a quien comete un crimen “*through another person*”, esto es, por medio, o por conducto de otra persona.

Tal y como será desarrollado más adelante, una parte importante de la discusión que se ha desarrollado en la Corte se vincula a entender si esta forma de comisión incluye también la autoría mediata por medio de una organización, en aplicación de la teoría de Roxin de la *Organisationsherrschaft*, o si exige que exista una relación directa entre el autor material y el autor mediato.

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

²⁵² AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 22.

²⁵³ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 60.

²⁵⁴ AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 157.

²⁵⁵ STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.). *ob. cit.*, p. 335.

La Fiscalía ha solicitado la confirmación de cargos por autoría mediata sólo en el caso Ongwen, sin embargo, en el mismo, la Corte no desarrolló mayormente sus requisitos. Ahora bien, y dado el tratamiento que ha existido en la jurisprudencia de la Corte de la coautoría mediata, la Corte sí ha tenido la oportunidad de analizar en mayor detalle esta forma de responsabilidad al analizar, precisamente, los requisitos de la coautoría mediata.

Con el objeto de analizar de mejor manera esta forma de responsabilidad, consideramos en nuestro análisis la totalidad de sentencias en que la Corte ha hecho referencia al concepto de autoría mediata, sea de forma independiente o junto con la coautoría mediata, sin perjuicio de que también volveremos a analizar esta última forma de responsabilidad más adelante.

Es así como las decisiones de confirmación de cargos que se refieren a esta forma de responsabilidad, cronológicamente son: (a) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; (b) *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*; (c) *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*; (d) *The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang* (“caso Ruto, Kosgey y Sang”); (e) *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali* (“caso Muthaura, Kenyatta y Ali”); (f) *The Prosecutor v. Thomas Laurent Gbagbo* (“caso Gbagbo”); (g) *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé* (“caso Blé Goudé”); y (h) *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*.

Por su parte, la Corte también trató esta forma de responsabilidad en las sentencias definitivas de los siguientes casos: (a) *The Prosecutor v. Germain Katanga* y (b) *The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui*.

En términos generales, la Corte ha señalado que cometer un crimen “por conducto de otro” implica que el autor, quien tiene el control exclusivo sobre el crimen, lo comete utilizando a otra persona que lleva físicamente a cabo todos los elementos materiales del delito.²⁵⁶ En el caso Lubanga, la Corte consideró que son autores mediatos aquellos que

²⁵⁶ Ongwen (2016, DCC), para. 40.

“controlan la voluntad de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos del crimen”,²⁵⁷ pudiendo el agente que lleva a cabo el crimen, ser también penalmente responsable.²⁵⁸

La Corte solamente ha analizado la autoría mediata en aplicación de la doctrina del control sobre la organización. En esos casos, ha identificado los siguientes requisitos:

B. Elementos objetivos

a. Existencia de control sobre la organización

A partir del caso Katanga y Ngudjolo, la Corte hizo expresa referencia al concepto de control sobre la organización, señalando que éste no sólo se encuentra incorporado en la estructura del Estatuto, sino que está siendo usado de manera incremental en las jurisdicciones nacionales, y por la jurisprudencia de tribunales internacionales.²⁵⁹ Igualmente señaló que la doctrina legal ha admitido la posibilidad de que el autor mediato sea responsable con independencia de si el ejecutor material es igualmente responsable, citando a estos efectos la teoría de Claus Roxin del autor detrás del autor (“*Täter hinter dem Täter*”),²⁶⁰ y la posibilidad de que el autor mediato controle la voluntad del autor directo.²⁶¹ La Corte indicó que la doctrina del control sobre la organización (“*Organisationsherrschaft*”) es uno de los casos en que tanto el autor mediato como el directo son responsables.²⁶²

En la sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte reafirmó lo dicho por la Sala de Cuestiones Preliminares, indicando que el control sobre el crimen puede tomar distintas formas, tal como el ejercicio de control sobre la voluntad de los autores materiales, o la existencia un aparato organizado de poder cuyas autoridades pueden asegurarse que sus

²⁵⁷ Lubanga (2007, DCC), para. 332. También lo afirmó en: Abu Garda (2010, DCC), para. 153. En el caso Blé Goudé, y refiriéndose a la coautoría mediata, la Corte afirmó que, para ejecutar materialmente los elementos de un crimen a través de otra persona, el autor debe controlar la acción de la otra persona a tal nivel que la voluntad de este tercero se vuelve irrelevante y su acción debe ser imputada a los coautores como si fueran de ellos mismos: CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. ICC-02/11-02/11-186. Decisión de confirmación de cargos. (11 de diciembre de 2014). [De ahora en adelante: Blé Goudé (2014, DCC).], para. 136.

²⁵⁸ Lubanga (2007, DCC), para. 339.

²⁵⁹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 500.

²⁶⁰ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 496.

²⁶¹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 497.

²⁶² Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 498.

miembros realizarán los elementos materiales del crimen.²⁶³ La Corte indicó que la naturaleza colectiva de los crímenes aparece en diversas disposiciones del Estatuto, por lo que no existe ninguna razón para excluir dicha comisión múltiple en las hipótesis de autoría mediata.²⁶⁴ En ese sentido, la Corte también hizo referencia al concepto del *Organisationsherrschaft*, o control sobre la organización, el cual señala sería consistente con los elementos de la autoría mediata.²⁶⁵

Este requisito también fue expresado en el caso Ruto, Kosgey y Sang,²⁶⁶ y en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali,²⁶⁷ pero sin mayor desarrollo.

b. Existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico

En el caso Katanga y Ngudjolo, la Corte consideró necesario que exista una relación jerárquica entre superiores y subordinados, y que existan suficientes subordinados para garantizar que las órdenes serán ejecutadas. Es fundamental también que el jefe ejerza autoridad y control sobre el aparato, y que su autoridad y control se manifiesten en el cumplimiento de las órdenes por sus subordinados.²⁶⁸ Así, el líder debe usar su control sobre el aparato para ejecutar los crímenes.²⁶⁹

Este requisito también fue reconocido, aunque no desarrollado por la Corte, en los casos Ruto, Kosgey y Sang,²⁷⁰ y Muthaura, Kenyatta y Ali.²⁷¹

²⁶³ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3436. Fallo. (07 de marzo de 2014). [De ahora en adelante: Katanga (2014, Fallo).], paras. 1401-1403.

²⁶⁴ Katanga (2014, Fallo), para. 1403.

²⁶⁵ Katanga (2014, Fallo), para. 1404.

²⁶⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. ICC-01/09-01/11-373. Decisión de confirmación de cargos. (23 de enero de 2012). [De ahora en adelante: Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC).], para. 313.

²⁶⁷ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-02/11-382-Red. Decisión de confirmación de cargos. (23 de enero de 2012). [De ahora en adelante: Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC)], para. 297.

²⁶⁸ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 512-513.

²⁶⁹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 514. También fue señalado en Katanga (2014, Fallo), paras. 1411-1412.

²⁷⁰ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 313.

²⁷¹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 297.

En el caso Ongwen, si bien no explicitó este requisito, al confirmar los cargos en su contra, afirmó que éste cometió los crímenes a través de un aparato jerárquico.²⁷²

c. La ejecución de los crímenes se encuentra asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes

En el caso Katanga y Ngudjolo la Corte señaló que esta mecanización debe asegurar que la ejecución del plan no se encuentre comprometida por la falla de algún subordinado, pues éste puede ser simplemente reemplazado por otro, siendo entonces fungible.²⁷³ Para ello, se requiere que la organización sea suficientemente grande.²⁷⁴ En este supuesto, la persona que emite la orden en la organización tiene una forma de responsabilidad diversa a la que se imputa usualmente por ordenar,²⁷⁵ pues efectivamente tiene control sobre el crimen que le permite no sólo ordenar la comisión del crimen, sino que, decidir esencialmente si y cómo será cometido el mismo.²⁷⁶

Este requisito también fue expresado en el caso Ruto, Kosgey y Sang,²⁷⁷ en donde se consideró relevante analizar la posición del imputado en la organización y la existencia de mecanismos de pago y/o castigo que permitan asegurar el cumplimiento de las órdenes.²⁷⁸ También fue expresado en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali,²⁷⁹ pero sin mayor desarrollo.

C. Elementos subjetivos

a. Conocimiento e intención, en los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma y cualquier elemento subjetivo especial que corresponda

En la sentencia del caso Katanga, la Corte afirmó que deben cumplirse los requisitos del artículo 30 del Estatuto de Roma y asimismo cualquier elemento mental que sea propio del

²⁷² Ongwen (2016, DCC), para. 42.

²⁷³ Esto también fue señalado en Katanga (2014, Fallo), para. 1408.

²⁷⁴ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 174.

²⁷⁵ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 517.

²⁷⁶ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 518.

²⁷⁷ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 313.

²⁷⁸ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), paras. 313, 316, 327 y 328.

²⁷⁹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 297.

crimen.²⁸⁰ Lo mismo afirmó en los casos Ruto, Kosgey y Sang,²⁸¹ y Muthaura, Kenyatta y Ali.²⁸²

En el caso Ongwen, la Corte no analizó este requisito en abstracto, pero afirmó que Ongwen tenía la intención de realizar las conductas y tenía la intención de que se cumplieran los elementos objetivos de los crímenes que se le imputan o estaba consciente de que ocurrirían bajo el curso normal de los hechos,²⁸³ y asimismo que era consciente del estatus de civiles de las víctimas.²⁸⁴

b. Conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen

En la sentencia del caso Katanga, la Corte señaló que el autor mediato debe estar consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control,²⁸⁵ pudiendo esa conciencia adoptar diversas formas, que en el caso se manifiesta en el conocimiento del autor material sobre la posición que tenía en la organización y las características esenciales de dicha organización.²⁸⁶ Dicha conciencia también fue exigida en los casos Abu Garda,²⁸⁷ Ruto, Kosgey y Sang,²⁸⁸ Muthaura, Kenyatta y Ali²⁸⁹ y Ongwen.²⁹⁰

c) Análisis crítico

Al igual que en la autoría directa, del análisis de la jurisprudencia, podemos ver que la Corte no ha ahondado mayormente en el concepto de autoría mediata de manera independiente. La Fiscalía sólo ha imputado cargos bajo esta forma de responsabilidad en una ocasión, e incluso en aquel caso, el de Ongwen, esta forma de responsabilidad fue imputada de forma alternativa junto a otras, lo que llevó a que la Corte analizara todas ellas conjuntamente, sin diferenciar mayormente los requisitos de una u otra. Dado que era la primera vez que la

²⁸⁰ Katanga (2014, Fallo), para. 1413.

²⁸¹ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 333.

²⁸² Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 411.

²⁸³ Ongwen (2016, DCC), paras. 73, 77, 82, 86, 90, 92, 93, 94, 96, 97, 99 y 102.

²⁸⁴ Ongwen (2016, DCC), para. 41.

²⁸⁵ Katanga (2014, Fallo), para. 1413.

²⁸⁶ Katanga (2014, Fallo), para. 1415.

²⁸⁷ Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161.

²⁸⁸ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 292.

²⁸⁹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 297.

²⁹⁰ Ongwen (2016, DCC), para. 42.

Corte podría referirse a esta forma de responsabilidad sin tener que hacer referencia a la coautoría mediata, consideramos que desaprovechó la ocasión al no enunciar los elementos de la autoría mediata.

Ahora bien, y como adelantamos, la Corte sí ha tenido la oportunidad de analizar la autoría mediata al momento de estudiar otra forma de responsabilidad, que corresponde a la coautoría mediata y que también supone el cumplimiento de requisitos de esta forma de responsabilidad.

Tras el análisis de las sentencias pertinentes, creemos que lo que resulta relevante para analizar la comisión del crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”, es determinar el nivel de control que se requerirá para dar lugar a esta forma de responsabilidad.

Primero, y respecto al agente que lleva a cabo los elementos materiales del crimen, el artículo es claro en señalar que éste puede ser -o no- penalmente responsable. Lo anterior fue reafirmado por la Corte en el caso Lubanga.²⁹¹ Así entonces, nos encontramos ante dos hipótesis de autoría mediata: una en que el control será absoluto y, por tanto, el perpetrador físico no tendrá voluntad, y otro en que el control no será absoluto. Este último es el caso problemático, y que ha generado más duda entre los autores y la doctrina. Es en este supuesto que debe explicarse en qué casos la dominación será suficiente para hacer responsable al autor mediato por los actos del perpetrador físico.²⁹² Como es evidente, si el control es absoluto, entonces el autor directo no es más que un instrumento que carece de responsabilidad. En cambio, si el control es muy bajo, es posible que sea más adecuado imputar al “hombre de atrás” por figuras accesorias como la inducción, la emisión de órdenes o la responsabilidad del superior.

Asimismo, la figura de la autoría mediata genera dudas en tanto supone que el autor directo es un individuo responsable y capaz, pero que, a la vez, puede ser controlado por otro.²⁹³ Bajo ese escenario, la Corte ha aplicado la doctrina del dominio sobre la organización, considerando que el autor mediato es capaz de controlar la voluntad del autor directo por

²⁹¹ AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 157.

²⁹² BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 60.

²⁹³ AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 23.

medio de la organización, aun cuando no exista relación directa entre ambos. Sin embargo, la interpretación de la Corte no ha estado exenta de críticas.

En primer lugar, esta forma de responsabilidad ha sido criticada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto de Roma, que prohíbe interpretar de manera extensiva o por analogía los crímenes. Así, se ha indicado que las formas de responsabilidad también se verían limitadas por dicho artículo, y que la aplicación de la doctrina del dominio sobre la organización supondría un caso de creatividad judicial. Se ha señalado que esta teoría no tendría alcance más allá del derecho alemán,²⁹⁴ y que los criterios reseñados por la Corte para dar lugar a esta forma de responsabilidad no tendrían asidero en el Estatuto. Esto último incluso ha sido compartido por jueces de la misma Corte.²⁹⁵

El problema de dichas críticas es que vuelven a traer a vigencia la pregunta sobre cómo un individuo penalmente responsable es también un instrumento del autor mediato. La ventaja de la teoría del control sobre la organización, es que regula un escenario bajo el cual se puede identificar la existencia de un control suficientemente estrecho sobre el autor directo -que se logra mediante la estructura jerárquica y donde se asegura el cumplimiento de las órdenes-, pero en el cual el mismo aún mantiene su voluntad y puede decidir no cometer el delito -caso en el cual será reemplazado por otro.

Sin embargo, esta teoría ha continuado siendo objeto de críticas, en particular entre quienes arguyen que no sería correcto deshumanizar la relación entre el autor mediato y el autor directo, pues ello diluye el nivel de influencia que debe ejercer el autor mediato, y asimismo que el Estatuto de Roma regula la comisión a través de otra persona, no a través de una organización.²⁹⁶ Así, la jueza Christine Van den Wyngaert ha señalado que la relación jerárquica o las características de la organización puede servir de antecedentes para acreditar el control sobre el individuo, pero constituirían entonces elementos de prueba y no criterios legales.²⁹⁷

²⁹⁴ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 60.

²⁹⁵ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo. ICC-01/04-02/12-4. Opinión separada Jueza Christine Van den Wyngaert. (18 de diciembre de 2012). [De ahora en adelante: Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo)], para. 52.

²⁹⁶ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 52.

²⁹⁷ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 55.

Sin embargo, las críticas de la jueza Van den Wyngaert parecen no dirigirse al fondo de la teoría sobre el dominio de la organización. Ello, ya que la jueza reconoce que las características de la organización pueden ser indicativas de control, pero parece exigir una suerte de relación directa entre el autor mediato y el autor directo. No vemos que existan razones de peso para exigir dicha relación, aún a pesar de que el Estatuto utilice el concepto de comisión por medio de otra persona. En efecto, como la misma jueza reconoce, las organizaciones están formadas de personas, y es perfectamente posible que exista control sobre un individuo sin que el autor directo y el mediato se conozcan directamente.²⁹⁸

Asimismo, no vemos que exista una diferencia relevante entre considerar los elementos del dominio sobre la organización como criterios legales o como elementos de prueba. Los criterios enunciados por la Corte sirven para facilitar el ejercicio a ser realizado tanto por la Fiscalía como por la Defensa al momento de aplicar la doctrina de la *Organisationsherrschaft*. Ello no significa, claro está, que éstos sean los únicos criterios relevantes para analizar una hipótesis de autoría mediata, puesto que no puede descartarse *a priori* la existencia de otra alternativa de control sobre el individuo que no suponga la existencia de una organización jerárquica. Así, tanto los criterios identificados en la doctrina del control sobre la organización, como otros criterios que pudieran surgir más adelante, son todos elementos que permiten acreditar la existencia de un control sobre la voluntad de un individuo, que en definitiva es lo exigido por el artículo 25.3.a).

Ahora bien, además de las razones doctrinarias que llevarían a rechazar la aplicación de esta forma de responsabilidad, existen razones prácticas que también podrían inclinar la balanza en el sentido de no aplicar dicha teoría. Se ha indicado que la doctrina del dominio sobre la organización podría resultar poco apropiada para el contexto de los crímenes que son conocidos por la Corte, en particular los conflictos étnicos en África, y en los cuales no es posible identificar un control del nivel exigido por la referida teoría.²⁹⁹ Ello, pues en muchas oportunidades los grupos en conflicto no tienen una organización jerárquica tal, o un número suficiente de individuos, como para garantizar el cumplimiento “automático” de las órdenes.

²⁹⁸ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), paras. 53-54.

²⁹⁹ VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 514.

La crítica anterior debe ser analizada con precaución. Como puede verse, las críticas no se orientan tanto a los elementos de la doctrina del dominio sobre la organización como a su relación con los conflictos que actualmente está viendo la Corte. Ante ello, dos comentarios: el primero, es que el hecho de que la doctrina de la *Organisationsherrschaft* no haya sido la más apropiada para ciertos casos en los cuales resultaría más adecuado utilizar formas de responsabilidad accesoria no resta validez a la teoría. La misma Corte en el caso Katanga decidió “recharacterizar” los cargos contra Katanga, indicando precisamente que otra forma de responsabilidad resultaba más adecuada.³⁰⁰ Sin embargo, el hecho de que una teoría no sea aplicable en un caso concreto -o incluso, en varios de los casos conocidos por la Corte-, no obsta a que ella se conforme con el Estatuto de Roma, y pueda tener aplicabilidad en el futuro.

Reconocemos que en algunos casos, los hechos probados por la Fiscalía dan cuenta de una forma de responsabilidad distinta a la autoría mediata, y que se asemeja más a la figura de “ordenar” contenida en el artículo 25.3.b), sirviendo en este caso la estructura jerárquica de la organización como un antecedente para acreditar la existencia de una posición de autoridad, pero no como una forma de responsabilidad separada. Esa ha sido la postura adoptada, por ejemplo, por la jueza Christine Van den Wyngaert en su voto separado en la sentencia definitiva contra Ngudjolo.³⁰¹ Sin embargo, dado que la Corte ha decidido confirmar cargos por varias formas de responsabilidad, incluyendo en general todas las figuras del artículo 25.3 letras a) a la d), será al momento de dictarse las sentencias definitivas cuando podrá evaluarse si efectivamente los hechos acreditados por la Fiscalía eran suficientes para dar lugar a responsabilidad como autor -o coautor- mediato.

Como segunda respuesta a las críticas sobre el carácter desconectado de la doctrina con los conflictos desarrollados en África, cabe recordar que la Corte no busca ser un tribunal que conozca sólo casos ocurridos en dicho continente, y por lo mismo las características propias de los conflictos en África no pueden servir de criterio interpretador del Estatuto de Roma. Si bien es efectivo que la mayoría de los casos actualmente conocidos por la Corte refieren a situaciones ocurridas en África, también es cierto que la Corte cuenta con una investigación

³⁰⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-3319. Decisión sobre la implementación de la norma 55 del Reglamento de la Corte. (21 de noviembre de 2012).

³⁰¹ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), paras. 54-56.

abierta en Georgia, y además con exámenes preliminares en países diversos como Afganistán, Colombia o Ucrania, casos que, eventualmente, podrían ser llevados a juicio.

Ahora bien, todo lo anterior no obsta a que la aplicación de la Corte de esta forma de responsabilidad pueda ser objeto de algunas críticas. A modo de ejemplo, y como pudimos revisar en el caso Katanga, la Corte mencionó una serie de requisitos que, con posterioridad, no fueron totalmente aplicados en el caso Ongwen para confirmar los cargos. Entre estos, no ahondó en el requisito respecto al cumplimiento casi automático de las órdenes, ni tampoco proporcionó, en nuestra opinión, una subsunción adecuada de la conducta para confirmar los cargos bajo esta forma de responsabilidad.³⁰² Atendiendo precisamente a las críticas que han sido formuladas, creemos necesario que la Corte caracterice adecuadamente la organización e indique, por ejemplo, qué elementos serían aquellos que permitirían determinar que existiría un cumplimiento casi automático de las órdenes. No debe perderse de vista que el objeto de las decisiones de confirmación de cargos es que sirvan como una suerte de filtro previo al desarrollo del juicio, siendo para ello necesario que la Fiscalía acompañe pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió el crimen imputado.³⁰³ No creemos que sea posible argumentar que existirían pruebas suficientes cuando la Corte no se detiene a analizar el cumplimiento de los requisitos, o cuando afirma que los mismos hechos servirían para imputar diversas formas de responsabilidad.

iii. Coautoría

a) Análisis artículo 25.3.a)

La coautoría es la segunda hipótesis del párrafo tercero del artículo 25, que se refiere a quien comete un crimen “*con otro*” (“*jointly with another*” en inglés, o “*conjointement avec une autre personne*” en francés). Esta forma de responsabilidad, dada la naturaleza de los crímenes de competencia de la Corte, tiene mucha mayor aplicación. Como indica Ambos, la

³⁰² De hecho, la caracterización fue tan amplia, que permitió confirmar, con los mismos hechos, las formas de responsabilidad de “ordenar” del artículo 25.3.b), “contribución de algún otro modo” del artículo 25.3.d), y la responsabilidad del artículo 28.a). Ongwen (2016, DCC), para. 52.

³⁰³ Artículo 61.5 del Estatuto de Roma.

coautoría, que antes se encontraba regulada como una forma de complicidad, encuentra así un reconocimiento expreso en el Estatuto de Roma.³⁰⁴

La interpretación literal del Estatuto permite extraer dos conclusiones respecto de esta forma de responsabilidad: que deben existir a lo menos dos personas; y que el crimen debe cometerse por ambas conjuntamente. Ahora bien, la Corte Penal Internacional ha exigido una serie de requisitos adicionales para su configuración.

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

Las decisiones de confirmación de cargos que han tratado esta forma de responsabilidad, cronológicamente, son: (a) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; (b) *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (“caso Bemba”); (c) *The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*; (d) *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus* (“caso Banda y Jerbo”); (e) *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*; y (f) *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

Por su parte, las sentencias definitivas que analizaron esta forma de responsabilidad son (a) *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*; (b) *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* y (c) *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*.

Si bien, como se verá en la siguiente sección, los requisitos de la coautoría también han sido desarrollados en relación a la coautoría mediata, en este apartado nos referimos sólo a los casos en que la coautoría ha sido tratada de forma autónoma.

En primer lugar, cabe destacar que la forma de responsabilidad de la coautoría cobra especial relevancia cuando se vincula con las teorías que la doctrina ha desarrollado respecto de la responsabilidad penal individual. Como veíamos más arriba, existen diversos modelos -

³⁰⁴ AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 149.

unitario y diferenciador- y distintas teorías que explican la forma de aplicar la responsabilidad de autores y/o partícipes.

En la confirmación de cargos del caso Lubanga, y adoptando el modelo de dominio del hecho, según fue explicado en el apartado general sobre autoría, la Corte consideró que el concepto de coautoría tiene sus raíces en la idea que, “cuando la suma de contribuciones individuales coordinadas de una pluralidad de personas resulta en el cumplimiento de todos los elementos objetivos de un crimen, cualquier persona haciendo una contribución puede ser indirectamente responsable por las contribuciones de otros, y, como resultado, puede ser considerado como un autor a todo el crimen”.³⁰⁵ En ese sentido, el criterio de definición del concepto de coautoría está ligado al criterio diferenciador entre autores y partícipes a un crimen que es cometido por una pluralidad de personas.³⁰⁶ Así, la Corte concluyó que el concepto de coautoría contenido en el artículo 25.3.a) con la referencia a la comisión de un crimen "con otro"³⁰⁷ debía ser coherente con la elección del concepto del dominio del hecho como criterio para distinguir entre autores y partícipes.³⁰⁸

Según vemos, en general es posible concluir que la Corte ha aplicado sistemáticamente la teoría del dominio del hecho, determinando que es coautor quien tiene control sobre el crimen. Ante ello, los requisitos para la configuración de la coautoría son:

B. Elementos objetivos

a. Existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas

En la decisión de confirmación de cargos del caso Lubanga, la Corte señaló que dicho plan debe incluir un elemento de criminalidad, sin ser necesario que el mismo esté dirigido específicamente a la comisión de un crimen. Así también se señaló en el caso Banda y Jerbo.³⁰⁹ Así, bastaría con que los coautores hayan acordado la implementación de un plan

³⁰⁵ Lubanga (2007, DCC), para. 326. [Traducción libre].

³⁰⁶ Lubanga (2007, DCC), para. 327.

³⁰⁷ En inglés “jointly with (...) another person”.

³⁰⁸ Lubanga (2007, DCC), para. 340.

³⁰⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2011. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Abdallah Banda, Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus. ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red. Decisión de confirmación de cargos. (7 de marzo de 2011). [De ahora en adelante: Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC)], para. 129 y ss.

común para lograr una meta no criminal y sólo cometer delitos si ciertas condiciones están dadas; o que los coautores fueran conscientes del riesgo de que la implementación del plan común (que está específicamente dirigido al logro de una meta no criminal) resulte en la comisión de un crimen, y acepten dicho resultado.³¹⁰

Lo anterior fue reforzado en la sentencia definitiva del caso Lubanga, en donde la Corte señaló que el plan común debe contener un elemento crítico de criminalidad, esto es, que su implementación materialice un riesgo suficiente de que, si los eventos seguían su curso ordinario, un crimen sería cometido.³¹¹ Por su parte, en la sentencia definitiva del caso Bemba et al, la Corte indicó que el mecanismo para determinar la verificación de este requisito era considerar si los imputados sabían que la implementación del plan común llevaría a la comisión de delitos.³¹²

Por su parte, la Sala de Apelaciones en Lubanga consideró que, para establecer la coautoría, debe probarse que dos o más individuos trabajaron juntos para la comisión de un crimen. Esto requiere un acuerdo -expreso o tácito, previamente dispuesto o materializado extemporáneamente- que liga a los coautores y que justifica la imputación recíproca de sus actos respectivos.³¹³

Según la Sala de Apelaciones, este acuerdo puede tomar la forma de un plan común³¹⁴ y no se requiere que este plan esté específicamente dirigido a la comisión de un crimen,³¹⁵ por lo que está de acuerdo con el enfoque adoptado por la Sala de Primera Instancia de que es suficiente que este plan contenga un elemento crítico de criminalidad (definido por la Sala de Primera Instancia en relación al artículo 30 Estatuto de Roma).³¹⁶ Así, la Corte es de la opinión que esta frase conlleva certeza sobre la ocurrencia futura, pero como jamás puede existir certeza absoluta acerca de un evento futuro, el estándar de previsibilidad de eventos es

³¹⁰ Lubanga (2007, DCC), para. 344.

³¹¹ Lubanga (2012, Fallo), para. 984.

³¹² Bemba et al (2016, Fallo), para. 67.

³¹³ Lubanga (2014, Apelación), para. 445.

³¹⁴ Lubanga (2014, Apelación), para. 445.

³¹⁵ Lubanga (2014, Apelación), para. 446.

³¹⁶ Lubanga (2014, Apelación), para. 446.

de una certeza práctica.³¹⁷ La misma idea fue reconocida en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.³¹⁸

La exigencia del plan común también fue reconocida en los casos Bemba, Abu Garda y en la sentencia definitiva del caso Al Mahdi,³¹⁹ aunque no se analizó con detalle.³²⁰

Por su parte, en el caso Bemba et al, la Corte señaló que la coautoría en esencia requiere que dos o más personas acuerden a contribuir a la comisión de un crimen y actúen de esta forma.³²¹

En los casos Lubanga, Banda y Jerbo y Al Mahdi, las Salas de Cuestiones Preliminares consideraron además que el acuerdo puede no ser explícito y que su existencia puede ser inferida de las acciones subsecuentes concertadas de los coautores.³²² Lo mismo fue reconocido en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.³²³ Asimismo, en el caso Abu Garda, la Corte señaló que el plan común podía inferirse de la emisión de órdenes a las fuerzas atacantes, o de su participación en el ataque.³²⁴

b. *Existencia de contribuciones esenciales coordinadas realizadas por cada coautor que resulten en el cumplimiento de los elementos objetivos del crimen*

En la decisión de confirmación de cargos del caso Lubanga, la Corte señaló que cuando los elementos objetivos de un crimen son llevados a cabo por una pluralidad de personas actuando dentro del marco de un plan común, sólo de aquellos a quienes se les ha

³¹⁷ Lubanga (2014, Apelación), para. 447.

³¹⁸ Bemba et al (2016, Fallo), para. 67.

³¹⁹ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Primera Instancia VIII. The Prosecutor v. Ahmed Al Faqi Al Mahdi. ICC-01/12-01/15-171. Fallo y fallo condenatorio. (27 de septiembre de 2016). [De ahora en adelante: Al Mahdi (2016, Fallo y fallo condenatorio).], para. 19.

³²⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2009. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08-424. Decisión de confirmación de cargos. (15 de junio de 2009). [De ahora en adelante: Bemba (2009, DCC)], para 441. Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161.

³²¹ Bemba et al (2014, DCC), para 33.

³²² Lubanga (2007, DCC), para. 345; Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC), para. 129 y ss. En el caso, una reunión se había llevado a cabo entre Banda y Jerbo con los comandantes de las tropas de JEM Splinter y SLA Unity, reunión en la cual se formó el plan para atacar MGS Haskanita. Así, la Corte confirmó los cargos en que Banda y Jerbo fueron las mentes maestras detrás del ataque; Al Mahdi (2016, DCC), para. 24.

³²³ Bemba et al (2016, Fallo), para. 66

³²⁴ Abu Garda (2010, DCC), para. 184.

asignado una tarea esencial -y que, por tanto, tienen el poder de frustrar la comisión del hecho al no realizar la tarea asignada- puede decirse que tienen el control conjunto sobre el crimen.³²⁵ Lo mismo fue reconocido en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.³²⁶

Asimismo, y aun cuando la Corte reconoció en la doctrina posturas que han ligado el carácter esencial de una tarea a la realización de dicha tarea en la fase de ejecución del crimen,³²⁷ ésta indicó que el Estatuto no contiene dichas restricciones.³²⁸

En la sentencia definitiva de Lubanga, la Sala de Primera Instancia señaló que cuando el artículo 25.3.a) se refiere a quien "*cometa ese crimen (...) con otro*", requiere que el crimen sea el resultado de contribuciones coordinadas de aquellos envueltos en su comisión, o de al menos, dos de ellos. Así, ninguno de los participantes ejercería individualmente control sobre *todo* el crimen, sino que el control sobre el crimen cae en manos de un colectivo como tal. Por tanto, la Fiscalía no debe probar que la contribución sola del acusado causó el crimen, sino que la responsabilidad de los coautores de los crímenes resultantes de la ejecución de un plan común surge por atribución mutua, basada en dicho acuerdo conjunto o plan común.³²⁹

Ahora bien, la Sala de Primera Instancia agregó que la contribución de cada coautor debe ser esencial.³³⁰ Esto porque, de la lectura sistemática de las letras a) y d) del artículo 25.3, se puede llegar a la conclusión que la contribución de un coautor que comete un crimen es necesariamente de mayor significancia que la del art. 25.3.d).³³¹ Lo mismo puede decirse del 25.3.c) que establece la responsabilidad de los partícipes. Por tanto, y dado que la autoría requiere mayor contribución que la de un partícipe, si a los partícipes se les exige que su contribución haya tenido un efecto sustancial, entonces la contribución de los coautores debe tener más que un efecto sustancial.³³²

Finalmente, la Corte concuerda con la Sala de Cuestiones Preliminares en que la responsabilidad abarca tanto a quienes realizan físicamente los elementos objetivos de un

³²⁵ Lubanga (2007, DCC), paras. 346-347.

³²⁶ Bemba et al (2016, Fallo), para. 68-69.

³²⁷ Ver: Lubanga (2007, DCC), nota 425: La Corte menciona a Roxin, Mir Puig, Herzeberg y Köhler.

³²⁸ Lubanga (2007, DCC), para. 348.

³²⁹ Lubanga (2012, Fallo), para. 994.

³³⁰ Lubanga (2012, Fallo), para. 989.

³³¹ Lubanga (2012, Fallo), para. 996.

³³² Lubanga (2012, Fallo), para. 997.

crimen, como a aquellos que lo controlan o planean porque ellos deciden si y como el crimen será cometido.³³³ No se exige, por tanto, que los coautores deban estar presentes en la escena del crimen.³³⁴ Igual reconocimiento fue realizado por la Corte en la sentencia definitiva del caso Bemba et al, donde la Corte indicó que la contribución esencial puede realizarse en etapas tempranas como la planificación, o tardías como la ejecución.³³⁵

El requisito de las contribuciones esenciales también fue reconocido en los casos Bemba y Abu Garda, aunque no se analizó con detalle.³³⁶ Por su parte, en el caso Banda y Jerbo, la Corte señaló que sólo aquellos que tienen asignadas actividades esenciales tienen co-dominio del hecho, esto porque, de no llevar a cabo dicha tarea, tienen el poder de frustrar la comisión de un crimen.³³⁷ Así, de una persona que sólo lleva a cabo tareas no-esenciales, no puede decirse que cometió el crimen.³³⁸

Finalmente, en el caso Al Mahdi, al analizar la coautoría, la Corte indicó que ella describe la situación en que dos o más personas actúan juntas en la comisión de un crimen, de tal forma que la suma de sus contribuciones individuales coordinadas resulta en la realización de los elementos objetivos del crimen.³³⁹ Este requisito fue también mencionado en la sentencia definitiva del caso Al Mahdi,³⁴⁰ pero sin mayor detalle.

C. Elementos subjetivos

a. El coautor debe cumplir con los elementos subjetivos del crimen en cuestión, en los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma

³³³ Lubanga (2012, Fallo), para. 1003.

³³⁴ Lubanga (2012, Fallo), para. 1005.

³³⁵ Bemba et al (2016, Fallo), para. 69.

³³⁶ Bemba (2009, DCC), para. 441. Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161.

³³⁷ Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC), para 136. En el caso, la contribución que se le imputaba a ambos imputados era la de (i) haber tomado parte en la reunión para crear el plan y haber acordado realizarlo, (ii) haber ordenado a sus respectivas tropas directamente y a través de sus comandantes subordinados el ataque a MGS Haskanita, (iii) haber proporcionado las tropas necesarias, el equipo y materiales para llevar a cabo los ataques, (iv) haber liderado personalmente y haber participado en el ataque y posterior saqueo de MGS Haskanita junto a los comandantes y tropas, (v) haber participado personalmente en la distribución y/o disposición de parte de la propiedad saqueada en MGS Haskanita y (vi) no haber castigado cualquiera de los autores de sus respectivos grupos envueltos en el ataque. Ver también: Lubanga (2007, DCC), para. 346; Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 524.

³³⁸ Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC), para. 136; Lubanga (2007, DCC), para. 347; Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 525.

³³⁹ Al Mahdi (2016, DCC), para. 24.

³⁴⁰ Al Mahdi (2016, Fallo y fallo condenatorio), para 19.

Este requisito fue reconocido en los casos Bemba,³⁴¹ Abu Garda,³⁴² Banda y Jerbo³⁴³ y en las sentencias definitivas del caso Al Mahdi³⁴⁴ y del caso Bemba et al.³⁴⁵

b. Los coautores deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen

En el caso Lubanga, la Corte consideró que es justamente la consciencia mutua del riesgo y subsecuente aceptación, lo que justifica que las contribuciones hechas por otros puedan ser atribuidas a cada uno de los coautores y que, por tanto, deban estos ser considerados penalmente responsables como autores.³⁴⁶

De esta forma, en el caso Lubanga, la Sala de Cuestiones Preliminares reconoció dos escenarios: (1) si hay un riesgo sustancial de que los elementos objetivos de un crimen ocurran en curso ordinario de los eventos, la aceptación mutua puede ser inferida del conocimiento de la probabilidad que la implementación del plan común, resulte un crimen o de la decisión de implementar el plan a pesar de este conocimiento;³⁴⁷ y el otro, (2) si el riesgo de que ocurran los elementos objetivos de un crimen es bajo, los coautores deben haber expresado de forma clara o expresamente haber aceptado la idea que dicho plan podría tener ese resultado.³⁴⁸

Es por esto que, en el presente caso, la Corte elevó el requisito subjetivo de que el imputado sólo "debía saber" que las víctimas tenían menos de quince años, a que todos los coautores debieron haber estado mutuamente en conocimiento y haber aceptado mutuamente la probabilidad de que implementar el plan común resultaría en el cumplimiento de los elementos objetivos de este crimen.

³⁴¹Bemba (2009, DCC), para. 351.

³⁴² Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161.

³⁴³ Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC), para. 150. Ver también: Bemba (2009, DCC), para. 351; Lubanga (2007, DCC), paras. 349-367; Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 527-539; Abu Garda (2010, DCC), para. 161.

³⁴⁴ Al Mahdi (2016, Fallo y fallo condenatorio), para. 19.

³⁴⁵ Bemba et al (2016, Fallo), para. 70.

³⁴⁶ Lubanga (2007, DCC), para. 362.

³⁴⁷ Lubanga (2007, DCC), para. 363.

³⁴⁸ Lubanga (2007, DCC), para. 364.

En la sentencia definitiva del caso Lubanga, la Corte se remitió a lo ya explicado por la Sala de Cuestiones Preliminares, sólo precisando que cometer el crimen no necesita ser el objetivo general de los coautores, según puede extraerse de tanto el artículo 25.3.a) como del artículo 30,³⁴⁹ bastando el conocimiento de que, en el curso ordinario de los hechos, la implementación del plan llevaría al resultado de la comisión de un crimen.

Este conocimiento fue definido como “la conciencia de los coautores de que una consecuencia ocurrirá (en el futuro), necesariamente significa que los coautores son conscientes del riesgo de que la consecuencia ocurrirá prospectivamente”.³⁵⁰ Por tanto, esto implica que el acuerdo en un plan común puede dar lugar a una forma de coautoría si su implementación conlleva un riesgo suficiente de que, en el curso ordinario de los eventos, un crimen será cometido.³⁵¹

Por su parte, en el caso Bemba, la Corte señaló que este requisito, exige conciencia mutua entre los coautores de que, de implementar el plan, el resultado será el cumplimiento de los elementos materiales de los crímenes. En efecto, lo relevante es que, aun así, los coautores decidan llevar a cabo sus acciones con la intención de producir los elementos objetivos del crimen o con la conciencia de que, en el curso ordinario de los hechos, el cumplimiento de los elementos materiales será una consecuencia prácticamente segura de sus acciones.³⁵²

Este requisito fue también mencionado en los casos Abu Garda³⁵³ y Banda y Jerbo,³⁵⁴ y en la sentencia definitiva del caso Bemba et al,³⁵⁵ aunque sin mayor detalle.

c. El coautor debe estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen

En los casos Lubanga y Bemba, la Corte señaló que el imputado debe estar al tanto de que su rol es esencial en la implementación del plan y, por tanto, de la comisión del crimen y

³⁴⁹ Lubanga (2012, Fallo), para. 985.

³⁵⁰ Lubanga (2012, Fallo), para. 986.

³⁵¹ Lubanga (2012, Fallo), para. 987.

³⁵² Bemba (2009, DCC), para. 370.

³⁵³ Abu Garda (2010, DCC), paras.160-161.

³⁵⁴ Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC), para. 150. Ver también: Bemba (2009, DCC), para. 351, Lubanga (2007, DCC), paras. 349-367; Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 527-539; Abu Garda (2010, DCC), para. 161.

³⁵⁵ Bemba et al (2016, Fallo), para. 70.

de que puede frustrar la implementación del plan -y del crimen- al negarse a realizar la tarea asignada.³⁵⁶

Cabe destacar que requisito fue igualmente mencionado en los casos Abu Garda y Banda y Jerbo, aunque sin detallarse mayormente.³⁵⁷

c) Análisis crítico

Como vemos, la coautoría como forma de intervención en un delito ha sido objeto de bastante análisis por parte de la Corte, tanto de manera independiente como a propósito de la coautoría mediata.

Para aplicar esta forma de responsabilidad, la Corte ha acudido a la doctrina del dominio del hecho. Sin embargo, ello ha sido objeto de diversas críticas al interior de la misma Corte. Por un lado, el juez Adrian Fulford, en la sentencia definitiva del caso Lubanga consideró que la interpretación de la coautoría por la Sala de Cuestiones Preliminares en la decisión de confirmación de cargos no tendría sustento en el Estatuto y que impone una carga innecesaria e injusta a la Fiscalía.³⁵⁸ El juez señaló que esta teoría tiene su origen en el sistema legal alemán de la posguerra en donde, sólo por peculiaridades internas no existentes en la Corte Penal Internacional, se hacía apropiada su aplicación.³⁵⁹

Nuevamente las críticas a la interpretación del Estatuto parecen orientarse más a la relación entre dicha forma de responsabilidad con los conflictos que están siendo analizados por la Corte, más que a su corrección dogmática. Sin embargo, como ya vimos, no creemos que resulte adecuado interpretar el Estatuto a la luz de los conflictos que están siendo conocidos por la Corte. Sin duda, ese no es un criterio que deba orientar la interpretación de acuerdo con las reglas de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados.

³⁵⁶ Lubanga (2007, DCC), para. 367; Bemba (2009, DCC), para. 371.

³⁵⁷ Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161. Banda, Nourain y Jerbo (2011, DCC), para. 150. Ver también: Bemba (2009, DCC), para. 351; Lubanga (2007, DCC), paras. 349-367; Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 527-539.

³⁵⁸ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842. Opinión separada Juez Adrian Fulford. (14 de marzo de 2012). [De ahora en adelante: Fulford (2012, opinión separada Lubanga).], para. 3.

³⁵⁹ Fulford (2012, opinión separada Lubanga), paras. 10-11. Asimismo, Fulford es de la opinión que aun cuando el artículo 21.1.c) del Estatuto permite recurrir a principios generales del derecho de sistemas nacionales, la Corte debe cuidadosamente investigar la compatibilidad de esta doctrina con el marco del Estatuto de Roma, no quedándose sólo en similitudes lingüísticas, como lo fue en este caso.

Ahora bien, como Fulford identifica correctamente, un aspecto fundamental para determinar los criterios que darán lugar a una forma de coautoría, es determinar si las formas de responsabilidad del Estatuto son o no mutuamente excluyentes, y si existe una jerarquía al interior del Estatuto. Fulford se inclina por la negativa.³⁶⁰

Para determinar la respuesta adecuada, es necesario acudir a los criterios de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados. La misma comienza indicando, en su artículo 31, que “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Pues, bien, aplicando esa regla al artículo 25.3, creemos que es posible identificar una jerarquía entre las diversas formas de responsabilidad, al menos en lo que respecta a un carácter principal de la hipótesis recogida bajo la letra a), y una figura accesoria en las figuras de las letras b) a la d). Así, bajo la letra a) se regula la situación de quien comete un crimen, mientras que bajo las letras b), c) y d), las formas verbales se regulan de manera accesoria respecto de la misma comisión. Así, la letra b) se refiere a quien “ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen”, mientras que la letra c) se refiere a “facilitar la comisión de ese crimen”, y la letra d) regula la situación de quien “contribuya de algún otro modo en la comisión”.³⁶¹ En otras palabras, las letras b), c) y d) suponen que se cometió un crimen, y que quienes actúan realizan un aporte que es accesorio a esa comisión. Lo anterior demuestra una jerarquía al interior del Estatuto, en tanto las formas de responsabilidad de las letras b), c) y d) son dependientes de la existencia de una comisión bajo la letra a).

Lo anterior no implica, por cierto, que exista necesariamente una jerarquía en el reproche que pueda realizarse a cada individuo. Ello dependerá mucho de las circunstancias del caso. Quien ordena la comisión de múltiples crímenes puede tener mayor reproche moral que quien solo comete un crimen.³⁶² Incluso enfrentados a un solo crimen, quien se encuentra en una posición de autoridad puede merecer mayor reproche que quien tiene un cargo inferior, aunque el primero solo colabore y el segundo cometa el crimen.

³⁶⁰ Fulford (2012, opinión separada Lubanga), paras. 7-8.

³⁶¹ Todos los énfasis son agregados.

³⁶² En ese sentido, compartimos lo señalado por la jueza Christine van den Wyngaert, quien indica que no comparte la premisa de que el artículo 25.3 establezca una jerarquía de culpabilidad, y que, de hecho, cree que dar órdenes o inducir puede ser igualmente reprobable que cometer el crimen, dependiendo de las circunstancias fácticas, antes que de categorías legales abstractas. Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), paras. 22-24.

Teniendo por sentada dicha jerarquía entre autores y partícipes, debemos tener presente que la principal diferencia que existe entre la interpretación realizada por la Corte respecto de la coautoría, y la sostenida por sus detractores, es la exigencia de una contribución esencial. Así, Fulford comparte que la coautoría exige la intervención de dos o más personas, la coordinación por medio de un acuerdo o plan común que puede ser expreso o implícito, y el cumplimiento del requisito subjetivo.³⁶³ La diferencia esencial es que, para Fulford, la contribución será suficiente en la medida en que tenga una conexión causal con el crimen.

Este mismo requisito de la causalidad genera dudas en su aplicación. ¿Se refiere el juez a una causalidad en términos de una *conditio sine qua non*? En tal caso, la postura del juez sería en la práctica, idéntica a la de la Corte, pues la conducta del coautor debería haber sido esencial para la comisión del crimen, tanto que sin ella el crimen no se habría cometido. ¿Supone acaso otra forma de comprender la causalidad, tal como que tenga un efecto relevante en la comisión del crimen? En tal hipótesis, no se explica claramente la diferencia con las formas de participación contenidas en el mismo artículo 25.3 bajo las letras c) y d).

Por su parte, la jueza Van den Wyngaert ha indicado que lo relevante sería, más que la contribución fuera esencial, que ella tuviera efecto inmediato en la comisión del crimen, no debiendo ser esencial.³⁶⁴

Sin embargo, y considerando precisamente que el artículo 25 establece una jerarquía, no creemos que sea posible establecer un umbral tan bajo para dar lugar a la coautoría. Ello, pues entender de esa forma la coautoría supondría dos posibles consecuencias: uno, que las formas de responsabilidad contenida en las letras c) y d) del Estatuto de Roma no tendrían aplicación, en tanto cualquier contribución que tuviera efectos sobre el crimen ya estaría recogida bajo la letra a); o dos, que el estándar de las formas de responsabilidad de las letras c) y d) no sería el de una contribución que ha tenido efecto sobre la comisión del crimen, y por tanto se ampliaría la punibilidad a contribuciones que fueron -en los hechos- irrelevantes para la comisión del crimen. Ninguna de las alternativas nos parece apropiada.

³⁶³ Fulford (2012, opinión separada Lubanga), para. 16.

³⁶⁴ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), paras. 44-46.

Por tanto, creemos que es correcta la aproximación realizada por la Corte respecto de que la contribución realizada por el coautor debe ser esencial, esto es, que sin ella se frustraría la comisión del crimen. En este aspecto, y como bien ha señalado la Corte, consideramos tanto la aproximación objetiva como la subjetiva traen como consecuencia que ciertas disposiciones del Estatuto carezcan de sentido, y por lo mismo, esas interpretaciones deben ser rechazadas. Es por ello que la doctrina del control sobre el crimen parece tener plena aplicabilidad en el Estatuto.

Lo anterior no se debe a que la noción de control sobre el crimen desarrollada por Roxin forme parte del derecho internacional consuetudinario o corresponda a un principio general del derecho. En efecto, como varios autores destacan, no parece existir suficiente práctica estatal más allá de los países de influencia germana. Sin embargo, esto no significa, como indica Fulford, que la Corte “importó” esta forma de responsabilidad y que la esté aplicando como fuente de derecho,³⁶⁵ sino que, la Corte interpreta el artículo 25.3.a), utilizando la doctrina más apropiada para dotar de coherencia al Estatuto, cuestión que no era posible aplicando las teorías objetivas y subjetivas. Y así, la teoría del dominio del hecho no sólo provee un criterio normativo adecuado al Estatuto para diferenciar entre los supuestos de autoría y participación presentes en el artículo 25.3, sino también, se hace cargo de la forma en qué efectivamente ocurren los crímenes internacionales, esto es, mediante varios autores que llevan a cabo distintas tareas que constituyen un delito.

Entendemos que la utilización de esta teoría puede generar algunos problemas, en especial, pues requiere de la Fiscalía una alta carga probatoria que ha llevado a que, en ocasiones, no se confirmen cargos por esta forma de responsabilidad, como pudimos ver en los casos de Bemba y de Abu Garda. Sin embargo, no creemos que ello sea necesariamente algo negativo. Como ya hemos visto, es perfectamente posible que en ciertos casos existan otras formas de responsabilidad que sean más apropiadas respecto de un individuo. Ello no debe llevar a desestimar la forma de responsabilidad que fue descartada.

La coautoría también ha recibido otras críticas al interior de la Corte, en este caso, de manos de la jueza Christine Van den Wyngaert. Así, en primer lugar, la jueza ha criticado el

³⁶⁵ Fulford (2012, opinión separada Lubanga), para. 10.

requisito de un plan común, señalando que lo relevante de la coautoría es que exista una coordinación voluntaria de las acciones de varios coautores, como consecuencia de una intención común, y por tanto que el plan común puede ser una evidencia de esa intención común, pero que no es un elemento objetivo independiente.³⁶⁶ No compartimos dicha crítica. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido suficientemente clara en determinar que el plan común no debe tener una configuración formal, ni estar previamente acordado o siquiera ser explícito. Lo esencial es entonces, como la misma jueza lo reconoce, que exista una conducta coordinada, por tanto su opinión en lo sustantivo, no se aparta de la jurisprudencia mayoritaria.

Asimismo, la jueza ha señalado que la Corte ha puesto el énfasis más en la contribución del individuo al plan común, que en su efectiva contribución a la realización del crimen,³⁶⁷ lo que puede llevar a considerar que la forma de responsabilidad sea entendida como un crimen en sí mismo.³⁶⁸ En este aspecto, compartimos las críticas de la jueza Van den Wyngaert, especialmente considerando que la Corte ha admitido que el plan común puede no ser intrínsecamente criminal sino que basta con que tenga un elemento de criminalidad.

La relevancia de lo anterior es que permitiría que contribuciones que no tienen efecto sobre la comisión del crimen, y que solo tienen efectos sobre el plan común, puedan ser punibles. Si bien dicho problema se resuelve parcialmente con el elemento subjetivo del delito -esto es, solo será punible la conducta de quien cumplía con los elementos de intención y conocimiento respecto del delito cometido-, nos parece que igual puede resultar problemática la imputación de dicho individuo como autor de un delito en cuya realización no intervino. En ese escenario, parecería más apropiado imputarlo como partícipe. Por lo mismo, no obstante la relevancia del plan común en la coautoría, creemos que es importante que la Corte oriente la mirada a la contribución que el imputado hizo al crimen en cuestión, y como su intervención así fue esencial o no para la verificación del crimen.

De operar así, se enfrentaría también otra de las críticas realizadas la Corte. En efecto, en lo relativo al plan común, se ha criticado que sólo se exija que éste tenga un elemento de

³⁶⁶ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 33.

³⁶⁷ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 34.

³⁶⁸ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 35.

criminalidad. En efecto, se ha argumentado que ello podría llevar a conflicto con el principio de culpabilidad, pues en muchos casos, un plan común que no es intrínsecamente criminal será categorizado como tal por sus consecuencias criminales, estableciéndose entonces la responsabilidad de un individuo por una consecuencia *ex post*.³⁶⁹ Igualmente, se ha indicado que este entendimiento del plan común llevaría a ambigüedades e incertidumbre legal sobre el *actus reus* de esta forma de responsabilidad.³⁷⁰

Todo lo anterior podría resolverse en el supuesto que se exigiera, en cualquier caso, una contribución esencial al desarrollo del crimen, y no sólo al plan común. Creemos que en tal escenario, aunque el plan común no fuera intrínsecamente criminal, el imputado sería adecuadamente categorizado como coautor pues, en cualquier caso, habría prestado una contribución esencial al delito que se le imputa.

Finalmente, creemos que también es posible realizar algunas críticas sobre los dos elementos subjetivos finales identificados por la Corte para dar lugar a esta forma de responsabilidad, esto es, que el imputado y los coautores están mutuamente conscientes y acepten que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen; y que el imputado esté en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen.

Sobre el primero de esos requisitos, la forma en que la Corte lo ha analizado parece evidenciar que el mismo es superfluo, y se encontraría contenido en los demás requisitos ya enunciados. Por ejemplo, en el caso de Muthaura y Kenyatta, imputados como coautores mediatos, la Corte realizó un examen deficiente del cumplimiento de los requisitos subjetivos de la coautoría. De hecho, tras considerar que existían suficientes antecedentes para creer que ambos formaban parte del plan común y cumplían los requisitos subjetivos de los crímenes, la Corte señaló que era innecesario analizar si ellos sabían que el plan común resultaría en la comisión de crímenes.³⁷¹ En un sentido semejante, en el caso de Ruto, Kosgey y Sang, la Corte igualmente consideró que habiéndose acreditado el cumplimiento de la existencia de un

³⁶⁹ MOYO, Unesu. The development of indirect co-perpetration by the International Criminal Court and the extent. Tesis. (Magíster en Derecho Internacional y Europeo). Tilburg, Países Bajos. Universidad de Tilburg, 2013. p. 39.

³⁷⁰ Closing Submissions for the Defense in Prosecutor v Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, 15 July 2011 para 79. Citado en: MOYO, Unesu. *ob. cit.*, p. 40.

³⁷¹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 419.

plan común y los requisitos subjetivos, no es necesario analizar si el imputado sabía que la implementación del plan común resultaría en realización de los elementos del crimen.³⁷² Por su parte, en la sentencia definitiva del caso Al Mahdi, la Corte ni siquiera mencionó estos dos últimos requisitos subjetivos.³⁷³

Ello nos parece cuestionable. En efecto, si la Corte estima que la existencia de un plan común y el cumplimiento del elemento subjetivos son requisitos independientes y adicionales al requisito de que los imputados están mutuamente conscientes y acepten que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen, entonces no corresponde que la Corte considere que el cumplimiento de los dos primeros requisitos da por sentado el cumplimiento del tercero. En efecto, creemos que lo adecuado es que la Corte analice todos los requisitos de manera separada. En cambio, si la Corte efectivamente considera que el requisito en cuestión se encuentra contenido en los demás, entonces no es necesario que el mismo sea analizado separadamente, y por tanto debería ser eliminado de la enumeración de requisitos realizada por la Corte.

Creemos que hay buenos argumentos para inclinarse por la segunda hipótesis. En efecto, si analizamos el artículo 30 del Estatuto de Roma, que contiene la regla general sobre el elemento subjetivo de los crímenes, creemos que éste se ve subsumido bajo el requisito general del conocimiento, que es definido como “la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos”. Por tanto, creemos que, si la Corte ha podido acreditar que el individuo formó parte de un plan común, y asimismo, que éste cumple con el elemento subjetivo general, ello ya significa que el mismo conoce que la realización del plan común -del cual su intervención es al menos un elemento- se producirá el crimen -la consecuencia- en el curso normal de los eventos. Ello será así incluso en los casos en que el plan común sólo tenga un elemento de criminalidad, pues en cualquier caso el coautor, para cumplir con el requisito subjetivo del artículo 30 del Estatuto de Roma, deberá a lo menos estar al tanto de dicho elemento de criminalidad. Por eso, creemos que efectivamente este requisito sería redundante.

³⁷² Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 348.

³⁷³ Al Mahdi (2016, Fallo y fallo condenatorio), para. 19. En este caso la Corte solo señaló que debía cumplirse “el elemento subjetivo del crimen”.

Sobre el segundo requisito subjetivo que revisábamos, esto es, el conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten al coautor ejercer control conjunto sobre el crimen, creemos que la Corte no ha desarrollado suficientemente bien cuál sería la justificación de dicho requisito. En efecto, en la medida que exista un plan común y que un coautor realice una contribución esencial al delito cumpliendo con el requisito subjetivo, no nos parece relevante que se exija que además conozca su capacidad de controlar el crimen. Tampoco creemos que la imposición de dicho requisito tenga justificación legal.³⁷⁴ De hecho, cabe señalar que la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso de Katanga y Ngudjolo indicó que dicho requisito subjetivo era propio de la autoría mediata, pero no de la coautoría.³⁷⁵ Por su parte, este requisito ni siquiera fue mencionado en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.³⁷⁶

La innecesaridad de este requisito ha sido también reconocida por la doctrina, señalándose que no sería adecuado exigir dicho conocimiento en un caso de coautoría, donde, a diferencia de la autoría mediata en que existe una relación vertical, donde el autor efectivamente puede tomar conocimiento de su situación de control, en este caso se ejerce control conjunto sobre el crimen con otros individuos, operando todos en un plano horizontal.³⁷⁷ Por lo mismo, creemos que este requisito subjetivo no tiene justificación en el Estatuto, y por tanto no debe ser considerado por la Corte.

iv. Coautoría mediata

a) Análisis artículo 25.3.a)

Como ya fue adelantado, esta forma de responsabilidad no se corresponde con las categorías clásicas del derecho penal internacional, sino que la misma surge a propósito de la interpretación del Estatuto de Roma que han hecho las salas de la Corte. La posición de la Corte hasta la fecha, como veremos, es que la coautoría mediata sí encuentra reconocimiento en el artículo 25.3.a) del Estatuto de Roma. Lo anterior se ha hecho teniendo presente que el artículo 25.3.a) recoge la comisión “con otro o por conducto de otro” (en inglés, “*jointly with*

³⁷⁴ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 62. En el mismo sentido: AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 154.

³⁷⁵ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 533-535. La Corte señaló textualmente que este último requisito subjetivo no aplicaba respecto de las imputaciones por coautoría.

³⁷⁶ Bemba et al (2016, Fallo), paras. 70-71.

³⁷⁷ AMBOS, Kai. Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision. *Leiden Journal of International Law*. 22: 715-726, diciembre, 2009. p. 720.

another or through another person”), y que el conector “o” (“en inglés, “*or*”) puede tener dos variantes, una inclusiva (una u otra, o posiblemente ambas) y otra exclusiva (una u otra, pero no ambas). Dado que no existen razones para preferir una interpretación, la Corte considera que el Estatuto reconocería que la autoría podría ser conjunta y mediata, al mismo tiempo.³⁷⁸

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

La Corte analizó por primera vez la hipótesis de la coautoría mediata en el caso Katanga y Ngudjolo y, citando al caso Lubanga, señaló que, en caso de que se impute coautoría, es necesario analizarla a través de la doctrina del control sobre el crimen que permite distinguir entre autores y partícipes.³⁷⁹ La Corte indicó que dicha teoría es la única que permite realizar una interpretación del Estatuto que no devenga en la existencia de un *corpus iuris* de normas sin relación.³⁸⁰ Ello es lo que ocurriría si se analizara la coautoría desde un criterio objetivo,³⁸¹ o subjetivo.³⁸² En cambio, la teoría del control sobre el crimen sintetizaría ambas teorías,³⁸³ y tendría un amplio reconocimiento en sistemas jurídicos y en la doctrina legal.³⁸⁴

Así, en el mismo caso, la Corte pasó a analizar el concepto de coautoría mediata, indicando que el Estatuto reconoce las formas de responsabilidad de coautoría y autoría mediata, unidas por el conector “o” (“*or*” en inglés), el cual puede tener un sentido débil, llamado también inclusivo, o fuerte, llamado exclusivo. Así, interpretar el sentido inclusivo del conector permite concluir que esta forma de responsabilidad si se encontraría contenida en el Estatuto.³⁸⁵ En el caso Ruto, Kosgey y Sang, la Corte, además señaló que, mediante la aplicación de un método de interpretación dinámico o efectivo del artículo 25.3.a), que sería

³⁷⁸ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 490-491.

³⁷⁹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 480. Lo mismo fue afirmado en: Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 291; Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 296; Ongwen (2016, DCC), para. 38.

³⁸⁰ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 481.

³⁸¹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 482.

³⁸² Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 483.

³⁸³ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 484.

³⁸⁴ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 485.

³⁸⁵ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 491. Dicho análisis también está presente en: Abu Garda (2010, DCC), paras. 154-156; Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), paras. 286-287.

compatible con la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, lo adecuado era concluir que la coautoría mediata tiene reconocimiento en dicho artículo.³⁸⁶

Asimismo, en el caso Katanga y Ngudjolo, la Corte indicó que esta forma de responsabilidad permitiría evaluar adecuadamente la forma de responsabilidad de los máximos líderes.³⁸⁷

Las decisiones de confirmación de cargos que se han referido a esta forma de responsabilidad, cronológicamente son: (a) The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui; (b) The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda; (c) The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kogsey y Joshua Arap Sang; (d) The Prosecutor v. Francis Kiriimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali; (e) The Prosecutor v. Thomas Laurent Gbagbo; (f) The Prosecutor v. Charles Blé Goudé; (g) The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Por su parte, esta forma de responsabilidad fue analizada en los votos de minoría y separados de las sentencias definitivas de los casos: (a) The Prosecutor v. Germain Katanga y (b) The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui.

Según el tratamiento dado por la Corte a esta forma de responsabilidad y dado que la coautoría mediata supone la fusión de dos formas de responsabilidad (la coautoría y la autoría mediata), los requisitos a verificarse deben ser los de ambas formas de responsabilidad, esto es:

B. Elementos objetivos

a. Existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas

La Corte señaló en el caso Katanga y Ngudjolo que este plan debe involucrar la comisión de un crimen, y no es necesario que sea explícito. Asimismo, el plan puede inferirse a través de la acción subsecuente coordinada de los coautores.³⁸⁸ Este requisito también fue expresado en el caso Abu Garda.³⁸⁹

³⁸⁶ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 289.

³⁸⁷ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 492.

³⁸⁸ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 522-523.

³⁸⁹ Abu Garda (2010, DCC), para. 160.

En el caso Blé Goudé, la Corte afirmó que el aspecto central de la coautoría es la existencia de un acuerdo entre una pluralidad de personas para cometer un crimen³⁹⁰ que puede tomar la forma de un “plan común”. Es la existencia de este acuerdo lo que justifica la atribución recíproca de las contribuciones de cada uno de los coautores. En el caso Ruto, Kosgey y Sang, la Corte se refirió a que el plan común debe tener un elemento de criminalidad, esto es, que debe involucrar la comisión del crimen por el cual una persona está siendo imputada. Por otro lado, señaló que no es necesario que el plan sea explícito, y su existencia puede inferirse de la acción concertada de los coautores mediatos.³⁹¹ En el caso Muthaura, Kenyatta y Ali, la Corte señaló esto en iguales términos.³⁹²

Si bien no fue expresado en el caso Gbagbo, la Corte exigió este requisito para confirmar los cargos en contra de éste, siguiendo su jurisprudencia anterior.³⁹³

b. Existencia de contribuciones esenciales coordinadas realizadas por cada coautor que resulten en el cumplimiento de los elementos objetivos del crimen

La Corte, en el caso Katanga y Ngudjolo, refirió que solo los que tengan tareas esenciales, y, por tanto, puedan frustrar la comisión del crimen, tienen control sobre éste. De la misma forma, la Corte señaló que la contribución esencial puede ser el activar los mecanismos que lleven al cumplimiento automático de las órdenes.³⁹⁴ La Corte también indicó que no es necesario que la tarea esencial se desarrolle en la etapa de ejecución.³⁹⁵

Por su parte, en el caso Blé Goudé, la Corte señaló que no se requiere que cada coautor participe personalmente en la ejecución de cada elemento material del crimen, sino que lo decisivo es si la contribución individual es tal que el crimen no hubiese sido cometido o habría sido cometido de manera distinta, y de esta forma, la Corte definió coautor como “una persona

³⁹⁰ Blé Goudé (2014, DCC), para. 134.

³⁹¹ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 301.

³⁹² Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 399.

³⁹³ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Laurent Gbagbo. ICC-02/11-01/11-656-Red. Decisión de confirmación de cargos. (12 de junio de 2014). [De ahora en adelante: Gbagbo (2014, DCC).], para. 230.

³⁹⁴ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 525. También lo afirmó en: Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), paras. 305-306; Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 402.

³⁹⁵ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 526. También lo señaló: en Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 402.

que hace, dentro del marco de un plan común, una contribución esencial con el poder resultante de frustrar la comisión del crimen”.³⁹⁶

Este requisito también fue expresado en el caso Abu Garda³⁹⁷ y si bien no fue expresado en el caso Gbagbo, la Corte exigió este requisito para confirmar los cargos en contra de éste, siguiendo su jurisprudencia anterior.³⁹⁸

c. El coautor mediato debe tener un control sobre la organización

Como fue explicado en el apartado sobre autoría mediata, la Corte desarrolló dicho requisito en los casos Katanga y Ngudjolo,³⁹⁹ Ruto, Kosgey y Sang,⁴⁰⁰ y Muthaura, Kenyatta y Ali.⁴⁰¹ En el caso Gbagbo, aunque no lo explicitó, la Corte exigió este requisito para confirmar los cargos en contra de éste, siguiendo su jurisprudencia anterior.⁴⁰²

d. Existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico

Como fue explicado en el apartado sobre autoría mediata, la Corte desarrolló dicho requisito en los casos Katanga y Ngudjolo,⁴⁰³ Ruto, Kosgey y Sang,⁴⁰⁴ y Muthaura, Kenyatta y Ali.⁴⁰⁵ La Corte también exigió este requisito para confirmar los cargos en contra de Gbagbo, siguiendo su jurisprudencia anterior, aun cuando no lo expresó.⁴⁰⁶

e. La ejecución de los crímenes se encuentra asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes

³⁹⁶ Blé Goudé (2014, DCC), para. 135. Ver también: Lubanga (2014, Apelación), para. 473. Cabe destacar la opinión parcialmente disidente de la jueza Van den Wyngaert que, pese a no estar de acuerdo con la existencia de esta forma de autoría, no consideró que hubiese evidencia suficiente para afirmar que existiese un plan común o que Blé Goudé fuera parte de él o que, en cualquier caso, la contribución de Blé Goudé haya sido esencial. Ver: CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. ICC-02/11-02/11-186-Anx. Opinión parcialmente disidente Jueza Christine Van den Wyngaert. (11 de diciembre de 2014), paras. 5-9.

³⁹⁷ Abu Garda (2010, DCC), para. 160.

³⁹⁸ Gbagbo (2014, DCC), para. 230.

³⁹⁹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 500. También expresado en Katanga (2014, Fallo), paras. 1401-1403.

⁴⁰⁰ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 313.

⁴⁰¹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), paras. 297 y 407.

⁴⁰² Gbagbo (2014, DCC), para. 230.

⁴⁰³ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), paras. 512-513.

⁴⁰⁴ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 313.

⁴⁰⁵ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), paras. 297 y 407.

⁴⁰⁶ Gbagbo (2014, DCC), para. 230.

Como fue explicado en el apartado sobre autoría mediata, la Corte desarrolló dicho requisito en los casos Katanga y Ngudjolo,⁴⁰⁷ Ruto, Kosgey y Sang -en donde señaló que era relevante analizar la posición del imputado dentro de la organización y la existencia de mecanismos de pago y/o castigo para asegurar el cumplimiento de órdenes-⁴⁰⁸ y Muthaura, Kenyatta y Ali.⁴⁰⁹ La Corte también exigió este requisito para confirmar los cargos en contra de Gbagbo, siguiendo su jurisprudencia anterior, aun cuando no lo expresó.⁴¹⁰

C. Elementos subjetivos

a. El coautor mediato debe cumplir con los elementos subjetivos del crimen en cuestión, en los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma. En esto, se incluye también cualquier dolo especial que sea aplicable respecto del crimen en particular

Como afirmó la Corte en el caso Katanga y Ngudjolo, se requiere intención y conocimiento según el artículo 30 del Estatuto de Roma,⁴¹¹ incluyendo cualquier dolo especial.⁴¹²

En el caso Abu Garda, la Corte afirmó que el coautor debe cumplir con los elementos subjetivos del crimen en cuestión.⁴¹³ En el caso Muthaura y Kenyatta, la Corte también exigió cumplimiento con el artículo 30 del Estatuto de Roma.⁴¹⁴ En el caso Gbagbo, la Corte, siguiendo su jurisprudencia anterior, también exigió este requisito para confirmar los cargos en su contra, aun cuando no lo expresó.⁴¹⁵

En el caso Ruto, Kosgey y Sang, la Corte afirmó, sobre la intención, que deben cumplirse los elementos subjetivos del crimen en cuestión, esto es, conocimiento e intención en los términos del artículo 30 del Estatuto de Roma, y asimismo cualquier intención especial

⁴⁰⁷ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 174. También expresado en Katanga (2014, Fallo), para. 1409.

⁴⁰⁸ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), paras. 313, 316, 327 y 328.

⁴⁰⁹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), paras. 297 y 407.

⁴¹⁰ Gbagbo (2014, DCC), para. 230.

⁴¹¹ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 531.

⁴¹² Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 527. También expresado en Katanga (2014, Fallo), para. 1413.

⁴¹³ Abu Garda (2010, DCC), para. 161.

⁴¹⁴ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), paras. 415.

⁴¹⁵ Gbagbo (2014, DCC), para. 232.

que exija el crimen.⁴¹⁶ En relación con lo anterior, la Corte analizó el artículo 30 del Estatuto y, citando la confirmación de cargos en el caso Bemba, descartó la procedencia de una imputación por dolo eventual.⁴¹⁷

b. Los coautores mediatos deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen

En este punto, en el caso Katanga y Ngudjolo la Corte exigió que los sospechosos desarrollen las actividades con la intención de producir los elementos objetivos del crimen, o siendo conscientes de que ello ocurrirá en el curso normal de los eventos.⁴¹⁸

La Corte afirmó, en el caso Ruto, Kosgey y Sang, que la consciencia y aceptación de que la ejecución del plan común resultará en el cumplimiento de los elementos materiales del crimen, se ve acreditado por la existencia de un plan común que incluía la comisión de crímenes.⁴¹⁹

Este requisito también fue expresado en los casos Abu Garda⁴²⁰ y Muthaura, Kenyatta y Ali.⁴²¹

c. El coautor mediato debe estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen

En el caso Katanga y Ngudjolo, la Corte señaló que el coautor mediato debe estar en conocimiento tanto de su rol esencial en la implementación del plan común, como de su capacidad -debido a la naturaleza esencial de su tarea- de frustrar la implementación del plan común, y, por tanto, la comisión del crimen, al negarse a activar los mecanismos que llevarían casi automáticamente a la comisión de los crímenes.⁴²²

⁴¹⁶ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 333.

⁴¹⁷ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), paras. 335-336.

⁴¹⁸ Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 533.

⁴¹⁹ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 348.

⁴²⁰ Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161.

⁴²¹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 418.

⁴²² Katanga y Ngudjolo (2008, DCC), para. 539. También expresado en Katanga (2014, Fallo), para. 1409.

Este requisito también fue expresado en el caso Abu Garda,⁴²³ Ruto, Kosgey y Sang,⁴²⁴ Muthaura, Kenyatta y Ali.⁴²⁵ En el caso Gbagbo, la Corte, siguiendo su jurisprudencia anterior, también exigió este requisito para confirmar los cargos en su contra, aun cuando no lo expresó.⁴²⁶

c) Análisis crítico

Sin perjuicio de las críticas que ya realizamos respecto de los conceptos de coautoría y autoría mediata -que son igualmente aplicables respecto de la coautoría mediata-, existen una serie de críticas que son propias de esta forma de responsabilidad. La principal de ellas es que esta forma de responsabilidad no tendría reconocimiento en el Estatuto de Roma, y que sería una creación de los jueces.

Esa fue la posición sostenida por la jueza Christine Van den Wyngaert en la sentencia absolutoria del caso Ngudjolo. En tal oportunidad, señaló que la interpretación del artículo 25 debía realizarse en conformidad con las reglas del Estatuto y de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, debiendo por tanto preferirse el sentido ordinario de las palabras.⁴²⁷ Asimismo, indica que la “lucha contra la impunidad” no puede ser la base para dar lugar a una interpretación teleológica del Estatuto,⁴²⁸ y tampoco para acudir a fuentes subsidiarias del derecho, como la teoría del dominio del hecho que no tiene el carácter de principio general del derecho penal, y que incluso de tenerlo, no puede permitir ampliar el alcance de las formas de responsabilidad reconocidas.⁴²⁹

Así, si bien reconoce que la Corte busca concentrarse en los autores intelectuales de los crímenes, indica que el Estatuto no contiene formas de responsabilidad criminal que estén

⁴²³ Abu Garda (2010, DCC), paras. 160-161.

⁴²⁴ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 348.

⁴²⁵ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 297.

⁴²⁶ Gbagbo (2014, DCC), para. 232.

⁴²⁷ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), paras. 10-11.

⁴²⁸ De hecho indica que la prohibición de extensión por analogía rechaza el método teleológico de interpretación. Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 18.

⁴²⁹ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), paras. 16-17.

orientadas a este tipo de personas, y por lo mismo, los actos y conductas en que incurran dichas personas no se corresponden con la forma de responsabilidad de un autor.⁴³⁰

Por ello, la jueza indica que la coautoría mediata es una expansión radical del artículo 25.3.a).⁴³¹ Al respecto, cabe destacar que la jueza no niega la posibilidad de que se puedan combinar las formas de responsabilidad previstas en el Estatuto, pero siempre que se cumplan los requisitos de cada forma de responsabilidad. Sin embargo, indica que la interpretación de la Sala de Cuestiones Preliminares va más allá del sentido común, y permite confirmar cargos por coautoría mediata sin probar los elementos ni de la coautoría ni de la autoría mediata.⁴³² Lo mismo fue señalado en su voto de minoría en la sentencia condenatoria del caso Katanga.⁴³³

No compartimos dicha apreciación. En efecto, creemos que la forma en que están construidas las formas de responsabilidad permite que dos de ellas se manifiesten conjuntamente. Un caso obvio sería si dos o más personas controlaran ambos la voluntad de un mismo individuo, en el denominado modelo de la “Junta”. Este modelo de responsabilidad no resulta problemático *a priori*, ha sido admitido por la doctrina e incluso ha sido considerado admisible por la misma jueza Van den Wyngaert.⁴³⁴ No castigar esa forma de responsabilidad sería admitir la existencia de una laguna de punibilidad.

Sin embargo, existe otro modelo de coautoría mediata que ha generado la mayor cantidad cuestionamientos. En este caso, dos o más individuos controlan organizaciones distintas o la voluntad de diversos individuos, y la actuación conjunta de ambos es la que permite la comisión del crimen. Este modelo fue el adoptado en la confirmación de cargos del caso Katanga y Ngudjolo. En tal oportunidad, la Sala de Cuestiones Preliminares confirmó los cargos por esta forma de responsabilidad, considerando que Katanga y Ngudjolo eran líderes de diversas organizaciones, y que éstas conjuntamente eran las que habían dado lugar a la comisión de los crímenes. Así, a Katanga y Ngudjolo se les imputaron, de forma cruzada, los

⁴³⁰ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 29.

⁴³¹ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 61.

⁴³² Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 62-63.

⁴³³ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3436-AnxI. Opinión de minoría Jueza Christine Van den Wyngaert. (07 de marzo de 2014). [De ahora en adelante: Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga).], para. 278.

⁴³⁴ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 62-63.

crímenes cometidos por los subordinados de la otra organización. El problema que tenía la Corte era que los subordinados eran de diferente origen étnico y solo seguían las órdenes del comandante de su origen, y por tanto sólo podía generarse atribución mutua sobre la base de un plan común y cooperación coordinada.⁴³⁵

Esta forma igualmente ha sido defendida por la doctrina. En efecto, se ha señalado que no sería una creación jurídica, sino, una coincidencia fáctica de dos tipos de responsabilidad reconocidos,⁴³⁶ por lo que no existiría vulneración del principio de legalidad. En términos generales, compartimos esa opinión.⁴³⁷ De hecho, nos parece que las críticas a la coautoría mediata son, más bien, críticas a la noción de autoría mediata en caso que el autor mediato sea penalmente responsable.

No obstante lo anterior, y considerando que es posible admitir la coautoría mediata dentro del esquema del Estatuto de Roma, esta forma de responsabilidad debe ser tratada con cautela, sin pasar por alto que, para configurar una hipótesis de coautoría mediata, es necesario que se verifiquen tanto los requisitos de la autoría mediata como de la coautoría,⁴³⁸ pues sólo así no se genera una transgresión al principio de legalidad. Así por lo demás lo hizo la Corte en la confirmación de cargos de los casos Katanga y Ngudjolo. Por lo mismo, no creemos que la imputación por coautoría mediata supondría una violación del principio *pro reo*, pues no se estaría interpretando de una forma que perjudique al acusado, sino al contrario, al combinar ambos tipos de responsabilidad, y, por tanto, sus requisitos, la Corte estaría exigiendo un estándar más alto de prueba a la Fiscalía antes de confirmar los cargos o condenar por ellos.

⁴³⁵ VAN SLIEDREGT, Elies. 2012. *ob. cit.*, p. 166.

⁴³⁶ WEIGEND, Thomas. Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept. *Journal of International Criminal Justice*. 9(1): 91-111, marzo, 2011. p. 110.

⁴³⁷ La posibilidad de fusionar dos formas de responsabilidad en ese caso se hace más evidente con un ejemplo: Consideremos que A y B tienen un plan para matar a Z. A controla la voluntad de X, y le ordena poner veneno en una copa de vino. Luego, B controla la voluntad de Y, y le ordena entregar esa copa de vino a Z. Bajo tal escenario, no puede existir duda que tanto X como Y son coautores del asesinato de Z, pues ambos desarrollaron una conducta esencial para la comisión del crimen. ¿Pero qué pasa por A y B? Vemos que ambos controlaron la voluntad de los autores mediatos, y así, la comisión del crimen. Si X e Y fueran ambos inimputables, seguramente no habría mucha controversia en declarar a A y B responsables. El problema y la duda se genera cuando X y Z son también responsables penalmente. Como es obvio, el cuestionamiento ahí no es propiamente a la fusión de dos formas de responsabilidad, sino al hecho de que se admita una forma de autoría mediata cuando el autor directo también es responsable. Sin embargo, esa crítica no puede tener mayor relevancia, considerando que el Estatuto de Roma admite expresamente la responsabilidad del autor mediato cuando el autor directo tiene responsabilidad penal.

⁴³⁸ VAN SLIEDREGT, Elies. 2015. *ob. cit.*, p. 510.

Sin embargo, atendiendo precisamente a los problemas generados en ese caso, en que uno de los imputados fue absuelto mientras que respecto del otro se realizó una recategorización de los cargos, creemos relevante que la Corte sea cuidadosa al momento de confirmar los cargos, de manera de determinar si efectivamente los hechos acreditados dan cuenta de una imputación por coautoría mediata, o si en efecto, otras formas de responsabilidad accesorias pueden ser más apropiadas.

Asimismo, creemos que la figura de la coautoría mediata pueda ser objeto de algunas críticas, en particular por una posible afectación del principio de culpabilidad, en particular si se considera admisible una imputación por dolo eventual -lo que la Corte ha reconocido en algunos casos-⁴³⁹. En efecto, si se permite que el coautor mediato responda bajo una hipótesis de dolo eventual por un crimen cometido en una desviación del plan común, por la organización que no controla, se estaría dando lugar a una forma de responsabilidad vicaria.

En términos generales entonces, creemos que la Corte, al aplicar la figura de la coautoría mediata, no ha trasplantado una teoría foránea al modelo del Estatuto de Roma, sino que ha realizado un ejercicio interpretativo fundado, y que permite dar valor a todas sus disposiciones, sin perjuicio de la necesidad de adoptar ciertas precauciones para mantener el respeto a los principios de legalidad y *pro reo*.

2. PARTICIPACIÓN

Al contrario del artículo 25.3.a) del Estatuto de Roma, que establece una forma de autoría, las letras b) a d), consagran otro modo de responsabilidad accesoria a esta, esto es, de participación. Cada subpárrafo establece una forma distinta de participación, las que serán analizadas individualmente.

i. Artículo 25.3.b)

a) Análisis del artículo

El artículo 25.3.b) establece, tres formas de intervención en el delito. Así, indica:

⁴³⁹ La Sala de Cuestiones Preliminares lo aceptó en Lubanga (2007, DCC), paras. 344, 352 y 353. La Sala de Primera Instancia, si bien lo descartó en Lubanga (2012, Fallo), para. 1011, aceptó la noción de éste en el párrafo siguiente (1012).

Artículo 25

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa

Según se ha indicado en términos generales, la acción de ordenar se refiere a la transmisión de una orden ilegal por una persona, a uno o más subordinados, con conocimiento del carácter ilegal de la orden y la intención de que se cumpla su contenido.⁴⁴⁰ En el aspecto subjetivo, se ha exigido que quien la emite deba pretender que se cometa el crimen, o estar en conocimiento de la alta probabilidad de que un crimen será cometido como consecuencia de esta orden.⁴⁴¹

Proponer, por otro lado, se ha entendido como equivalente a instigar y se configura cuando la conducta de una persona es un claro factor que contribuye a la conducta de quien efectivamente comete un crimen.⁴⁴² Significa, entre otras, mandar, alentar, solicitar o incitar a otra persona a cometer una conducta específica.⁴⁴³ En este caso no se requiere la existencia de una relación de superior-subordinado,⁴⁴⁴ y, si bien debe existir una relación causal entre la proposición y la comisión, no es necesario demostrar que, sin el involucramiento del partícipe, el crimen no hubiese sido cometido.⁴⁴⁵ Por su parte, en el aspecto subjetivo, se ha requerido que la persona que propone tuviera la intención de provocar o inducir la comisión del crimen, o en conocimiento de la alta probabilidad de que la comisión será una consecuencia probable de sus actos.⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, pp. 70-71. Se considerará ilegal aún si viola el derecho humanitario o el derecho penal internacional, aunque esté permitida en derecho interno.

⁴⁴¹ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 305. SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 433.

⁴⁴² SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 433.

⁴⁴³ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 481.

⁴⁴⁴ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 75. AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 481.

⁴⁴⁵ SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 431; BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 74.

⁴⁴⁶ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 75.

Finalmente, respecto a inducir, se ha señalado que se refiere a quien incita a otro, por medio de acción u omisión, a la comisión de un crimen internacional, existiendo una relación causal y con la intención de provocar el crimen o en conocimiento de la alta probabilidad que éste ocurra.⁴⁴⁷ Según puede verse, este concepto es semejante al de proponer, que también se vincularía con influenciar a otra persona a cometer un crimen. Otros han indicado que sería un concepto genérico que abarca el concepto de “proponer”, que tiene un significado más específico y fuerte.⁴⁴⁸

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

Las decisiones de confirmación de cargos que han tratado esta forma de participación, cronológicamente, son: (a) *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana* (“caso Mbarushimana”),⁴⁴⁹ (b) *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, (c) *The Prosecutor v. Thomas Laurent Gbagbo*; (d) *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*, (e) *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, (f) *The Prosecutor v. Dominic Ongwen*⁴⁵⁰ y (g) *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.⁴⁵¹

Por su parte, esta forma de responsabilidad también fue analizada en la sentencia definitiva del caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*.

⁴⁴⁷ WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 304.

⁴⁴⁸ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 481.

⁴⁴⁹ Si bien el caso contra Mbarushimana no contenía una imputación por esta forma de responsabilidad, cabe destacar que la Corte se refirió brevemente a las formas de responsabilidad de las letras b) y c), solo para indicar que, en ellas, se exigía una contribución sustancial a la comisión del crimen. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2011. Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*. ICC-01/04-01/10-465-Red. Decisión de confirmación de cargos. (16 de diciembre de 2011). [De ahora en adelante: Mbarushimana (2011, DCC).]

⁴⁵⁰ La Corte también analizó esta forma de responsabilidad respecto de Ongwen, señalando que ella está diseñada para capturar la conducta de instar a otro a cometer un crimen de competencia de la Corte Ongwen (2016, DCC), para. 42. Cabe señalar que la Corte confirmó los cargos en contra Ongwen por esta forma de responsabilidad, sin especificar a cuál de las tres hipótesis se referiría (Ongwen (2016, DCC), para. 36).

⁴⁵¹ En este caso, la Corte indicó que el artículo 25.3.b) recoge la conducta de quien insta a otro a cometer un crimen de competencia de la Corte. Al Mahdi (2016, DCC), para. 25.

Del examen de las decisiones de confirmación de cargos que han tratado esta forma de participación, puede concluirse que la Corte ha diferenciado los diversos verbos rectores que se encuentran contenidos en el artículo 25.3.b).

B. Ordenar

En lo relativo a la hipótesis de “ordenar”, la Corte ha identificado los siguientes requisitos:

a. Elementos objetivos

- (i) El partícipe debe estar en una posición de autoridad

Este elemento fue reconocido en la en la decisión de confirmación de cargos en contra de Bosco Ntaganda,⁴⁵² y posteriormente, dicho criterio fue reafirmado en los casos Gbagbo⁴⁵³ y Blé Goudé.⁴⁵⁴

- (ii) El partícipe debe instruir a otra persona, de cualquier forma, a cometer un crimen que ocurre o es tentado, o a desarrollar un acto u omisión en la ejecución del cual se comete un crimen

Este requisito fue expresado en la decisión de confirmación de cargos en contra de Bosco Ntaganda,⁴⁵⁵ y posteriormente reiterado en los casos Gbagbo⁴⁵⁶ y Blé Goudé.⁴⁵⁷

- (iii) La orden debe haber tenido un efecto directo en la comisión o tentativa del crimen

Este elemento aparece en la decisión de confirmación de cargos en contra de Bosco Ntaganda,⁴⁵⁸ y asimismo en los casos Gbagbo⁴⁵⁹ y Blé Goudé.⁴⁶⁰

⁴⁵² Ntaganda (2014, DCC), para. 145.

⁴⁵³ Gbagbo (2014, DCC), para. 244.

⁴⁵⁴ Blé Goudé (2014, DCC), para. 159.

⁴⁵⁵ Ntaganda (2014, DCC), para. 145.

⁴⁵⁶ Gbagbo (2014, DCC), para. 244.

⁴⁵⁷ Blé Goudé (2014, DCC), para. 159.

⁴⁵⁸ Ntaganda (2014, DCC), para. 145.

b. Elemento subjetivo

- (i) El partícipe debe estar al menos consciente de que el crimen será cometido en el curso ordinario de los eventos, como consecuencia de la ejecución o implementación de la orden

Este criterio fue reconocido en la decisión de confirmación de cargos en contra de Bosco Ntaganda,⁴⁶¹ y posteriormente fue reafirmado en los Gbagbo⁴⁶² y Blé Goudé.⁴⁶³

C. Proponer

En ninguna sentencia de confirmación de cargos la Corte ha analizado la hipótesis de “proponer” de manera separada. Aun así, y como ya adelantamos, la Corte ha indicado que los requisitos son los mismos de la forma de “ordenar”, salvo la exigencia de la posición de autoridad.⁴⁶⁴ Por su parte, en el caso Bemba et al., la Corte afirmó que los requisitos eran iguales a los de la inducción.⁴⁶⁵ Sin embargo, esto último no fue aceptado por la Sala de Primera Instancia en la sentencia definitiva del mismo caso. En efecto, en tal oportunidad señaló que si bien existen semejanzas entre ambas formas de responsabilidad, no era correcto considerarlas idénticas, pues si los redactores hubieran querido hacer sinónimos ambos conceptos, hubieran utilizado solo uno de ellos.⁴⁶⁶ Asimismo, la Corte interpretó el Estatuto y afirmó que lo esencial de esta forma de responsabilidad es que alguien proponga, pida o impulse al autor a cometer el crimen, sin que sea necesario que exista una relación especial entre ellos.⁴⁶⁷

D. Inducir

En términos generales, podemos destacar que en la decisión de confirmación de cargos contra Gbagbo, la Corte afirmó que ordenar, proponer o inducir, caen dentro de la categoría

⁴⁵⁹ Gbagbo (2014, DCC), para. 244.

⁴⁶⁰ Blé Goudé (2014, DCC), para. 159.

⁴⁶¹ Ntaganda (2014, DCC), para. 145.

⁴⁶² Gbagbo (2014, DCC), para. 244.

⁴⁶³ Blé Goudé (2014, DCC), para. 159.

⁴⁶⁴ Gbagbo (2014, DCC), para. 409; Blé Goudé (2014, DCC), para. 159.

⁴⁶⁵ Bemba et al (2014, DCC), para. 34.

⁴⁶⁶ Bemba et al (2016, Fallo), para. 74.

⁴⁶⁷ Bemba et al (2016, Fallo), para. 75.

mayor de “instigar a otra persona a cometer un crimen”, en el sentido que se refieren a una conducta por la cual una persona se ve influenciada por otra a cometer un crimen. Por tanto, la Corte consideró que los elementos de ordenar serían igualmente aplicables a proponer e inducir, con la sola excepción del requisito referido a la existencia de una posición de posición de autoridad, que es particular a la primera forma de responsabilidad, esto es, ordenar.⁴⁶⁸ Esto fue reiterado en los casos Bemba et al⁴⁶⁹ y Blé Goudé.⁴⁷⁰ Ello también fue reconocido en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.⁴⁷¹ En tal caso, la Corte también señaló que la inducción correspondería a una forma de instigación “más fuerte” que la mera proposición, pues en la inducción se requeriría ejercer influencia sobre el autor material.⁴⁷²

Por tanto, los requisitos son los siguientes:

a. Elementos objetivos:

(i) Que el partícipe ejerza influencia sobre otra persona para que cometa un crimen que ocurre o es tentado, o para desarrollar un acto u omisión en la ejecución del cual se comete un crimen

Al igual que en “ordenar”, este requisito fue expresado en la decisión de confirmación de cargos del caso Ntaganda.⁴⁷³ En la sentencia definitiva del caso Bemba et al, la Corte señaló que la influencia podía ejercerse de cualquier forma, sea expresa o implícita.⁴⁷⁴

(ii) Que la inducción tenga un efecto directo en la comisión o tentativa del crimen

Este elemento fue expresado en la decisión de confirmación de cargos del caso Ntaganda,⁴⁷⁵ y en la sentencia definitiva del caso Bemba et al. En esta última, la Corte señaló

⁴⁶⁸ Gbagbo (2014, DCC), para. 409.

⁴⁶⁹ Bemba et al (2014, DCC), para. 34.

⁴⁷⁰ Blé Goudé (2014, DCC), para. 159.

⁴⁷¹ Bemba et al (2016, Fallo), paras. 73, 77.

⁴⁷² Bemba et al (2016, Fallo), para. 76.

⁴⁷³ Ntaganda (2014, DCC), para. 153.

⁴⁷⁴ Bemba et al (2016, Fallo), para. 78.

⁴⁷⁵ Ntaganda (2014, DCC), para. 153.

que si el autor ya estaba determinado a cometer el crimen, la conducta del partícipe cabría mejor bajo la figura del apoyo moral, recogida en el artículo 25.3.c).⁴⁷⁶

b. *Elemento subjetivo:*

- (i) Que el partícipe esté al menos consciente que el crimen será cometido en el curso ordinario de los eventos, como consecuencia de la acción u omisión

Este requisito fue reconocido en la decisión de confirmación de cargos del caso Ntaganda,⁴⁷⁷ y en la sentencia definitiva del caso Bemba et al.⁴⁷⁸

c) Análisis crítico

En términos generales, compartimos los criterios establecidos por la Corte respecto de esta forma de responsabilidad. En efecto, y sin perjuicio de que existe cierta superposición entre las formas de responsabilidad previstas en el artículo 25.3.b), tanto entre ellas como respecto de las contenidas en el artículo 25.3.c), la Corte ha sido capaz de establecer criterios claros y que se conforman con el sentido natural de las palabras.

Consideramos que la Corte ha actuado en conformidad al criterio normativo⁴⁷⁹ de la teoría del dominio del hecho para diferenciar los supuestos del artículo 25.3 del Estatuto, reconociendo hipótesis de autoría y participación en él. A la vez, creemos que las Salas han realizado correctamente la distinción entre responsabilidad principal y accesoria al exigir, para la primera, un elemento de control que no está presente en las formas de participación. De hecho, en los criterios fijados para ordenar, (que, se argumenta, podría superponerse con una hipótesis de autoría mediata),⁴⁸⁰ sólo se contempla un requisito de posición de autoridad, no exigiéndose un elemento de control ni un cumplimiento automático de la orden.

⁴⁷⁶ Bemba et al (2016, Fallo), para. 81.

⁴⁷⁷ Ntaganda (2014, DCC), para. 153.

⁴⁷⁸ Bemba et al (2016, Fallo), para. 82.

⁴⁷⁹ OHLIN, Jens, VAN SLIEDREGT, Elies y WEIGEND, Thomas. Assessing the Control-Theory. Leiden Journal of International Law. 26: 725-746, septiembre, 2016. pp. 740 y ss.

⁴⁸⁰ En la visión empírica de los Jueces Fulford y Van den Wyengart que sostienen que las formas de responsabilidad no son mutuamente exclusivas. VEST, Hans. *ob. cit.*, pp. 298-301.

Lo anterior no implica necesariamente que la actuación de un individuo bajo el artículo 25.3.b)⁴⁸¹ sea menos reprochable que bajo el subpárrafo a). Esto debido a que la responsabilidad accesoria no implica un menor grado de reproche *per se*, sino que la consecuencia es que se deriva -o depende- de la principal.⁴⁸² Así se entiende que, aunque efectivamente de la lectura del artículo 25.3 del Estatuto se aprecia la existencia de un enfoque normativo que diferencia entre autoría y participación, esto no conlleva la existencia de una jerarquía de culpabilidad entre estas figuras, ni al interior de las formas de participación.

Ahora bien, y respecto a las acciones concretas que describe este subpárrafo, creemos que en lo relativo a la hipótesis de ordenar, y sin perjuicio de que la formulación entregada por la Corte ha sido suficientemente genérica (“instruya de cualquier forma”), sería ventajoso que la Corte diera cuenta que dicha orden puede ser explícita o implícita.⁴⁸³ Asimismo, también creemos que, la Corte debería expresar que la orden no requiere ser dada directamente del partícipe al autor material, y que la misma puede traspasar varias cadenas de mando.⁴⁸⁴ Esto último está presente de forma implícita, por ejemplo, en el caso Gbagbo, en el cual el acusado dio la orden de cometer ciertos crímenes a las “fuerzas pro-Gbagbo”⁴⁸⁵ -organización compuesta tanto de fuerzas de defensa y seguridad y milicias, como de mercenarios y organizaciones juveniles-⁴⁸⁶ en el contexto de manifestaciones masivas, lo que da cuenta, ciertamente, de que Gbagbo no se dirigió a cada uno de los miembros de las fuerzas pro-Gbagbo, ordenando los crímenes.

Respecto a los supuestos de inducir y proponer, creemos necesario hacer algunos comentarios relativos a la igualación que la Corte ha realizado respecto de ambas hipótesis en algunos casos. Al respecto, y dado que no encontramos en el Estatuto una definición propia de cada una, cabe recurrir a las reglas de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, en particular a la regla del artículo 31 de dicha convención que ordena interpretar el tratado conforme al sentido corriente de sus términos.

⁴⁸¹ O 25.3.c) y d).

⁴⁸² OHLIN, Jens, VAN SLIEDREGT, Elies y WEIGEND, Thomas. *ob. cit.*, p. 743.

⁴⁸³ OLÁSULO, Héctor. Forms of accessorial responsibility. *En*: STAHN, Carsten. The Law and Practice of the International Criminal Court. Nueva York, Oxford University Press, 2015. p. 563.

⁴⁸⁴ OLÁSULO, Héctor. 2015. *ob. cit.*, pp. 563-564.

⁴⁸⁵ Gbagbo (2014, DCC), para. 242.

⁴⁸⁶ Gbagbo (2014, DCC), para. 87.

Así, si acudimos al sentido corriente de los términos, veremos que proponer se define por la Real Academia Española como “manifestar con razones algo para conocimiento de alguien, o para inducirle a adoptarlo”,⁴⁸⁷ mientras que inducir es definido como “mover a alguien a algo o darle motivo para ello”.⁴⁸⁸ Por su parte, en el caso de la versión inglesa del Estatuto, la misma se refiere a los conceptos de *orders*, *solicits* o *induces*. En el Oxford Dictionary, *solicits* es definido como: “ask for or try to obtain (something) from someone”,⁴⁸⁹ mientras que *induces* se define como: “succeed in persuading or leading (someone) to do something”.⁴⁹⁰ Por otro lado, Ambos, basándose en el *Black’s Law Dictionary*, define proponer un crimen como, entre otros, ordenar, alentar, solicitar o incitar a otra persona a participar en una conducta específica para cometerlo e inducir como influenciar a otra persona a cometer un delito.⁴⁹¹

Las definiciones referidas sin duda demuestran una similitud entre ambos conceptos. Sin embargo, y como señaló recientemente la Corte en la sentencia definitiva del caso Bemba et al,⁴⁹² no creemos que ellos sean idénticos. En efecto, nos parece la figura de la proposición o el *solicit* requiere una manifestación de voluntad más clara por parte del partícipe, pues en efecto debe solicitarse o manifestarse que se cometa el crimen o que se omita la conducta que tiene como consecuencia la comisión del crimen. Por tanto, creemos que la figura de la proposición o *solicit* pareciera ser más semejante a la hipótesis de ordenar, aunque sin exigirse la posición de autoridad. En cambio, la figura del inducir o *induce* podría abarcar conductas más genéricas.

Así, por ejemplo, la Corte analizó esta última forma de responsabilidad en el caso Ntaganda, y señaló que la hipótesis de inducir puede incluir circunstancias tales como la creación de un ambiente de incentivar y aprobar crímenes contra un determinado grupo de

⁴⁸⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://www.rae.es/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁴⁸⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://www.rae.es/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁴⁸⁹ OXFORD DICTIONARY. [en línea] <<https://en.oxforddictionaries.com/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁴⁹⁰ OXFORD DICTIONARY. [en línea] <<https://en.oxforddictionaries.com/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁴⁹¹ AMBOS, Kai. General Principles of Criminal Law in the Rome Statute. *Criminal Law Forum*. 10(1): 1-32, marzo, 1999. p. 10.

⁴⁹² Bemba et al (2016, Fallo), para. 74.

víctimas, la comisión de crímenes de manera ejemplar por el líder, la utilización de lenguaje despectivo o la falla en tomar medidas para prevenir o reprimir dichos crímenes.⁴⁹³ Si bien creemos que algunas de las circunstancias identificadas por la Corte son más propias de otros modelos de responsabilidad –en particular, la falta por parte de un líder en tomar medidas para prevenir o reprimir un crimen puede quedar mejor recogida bajo una hipótesis de responsabilidad del superior contenida en el artículo 28 del Estatuto de Roma–, el entendimiento de la Corte respecto de las otras conductas de Ntaganda da cuenta de una conducta más bien pasiva por parte de éste, lo que daría cuenta que la forma de inducir no requeriría la existencia de una manifestación de voluntad expresa en el sentido de promover la comisión de un crimen. No creemos en cambio que las conductas descritas caigan bajo la hipótesis de proponer o *solicit*, que requerirían una manifestación de la voluntad más específica.

Respecto a la confirmación de cargos del caso Bemba et al, en lo relativo al artículo 25.3.b), al acusado Kilolo se le confirmaron cargos por proponer e/o inducir falso testimonio a los testigos del caso Bemba,⁴⁹⁴ mientras que a Bemba se le confirmaron cargos sólo por proponer falso testimonio a los testigos.⁴⁹⁵ Por un lado, las acciones realizadas por Kilolo fueron las de instruir a los testigos sobre el contenido de sus respuestas y sobre la información que no debían mencionar en sus testimonios, y realizar transferencias de dinero a los mismos⁴⁹⁶ mientras que las realizadas por Bemba al respecto, como beneficiario último de dichos testimonios,⁴⁹⁷ fueron comunicarse directamente con tres testigos,⁴⁹⁸ y, aun cuando, no los instruyó personalmente, dar las instrucciones específicas respecto al contenido de los testimonios a Kilolo.⁴⁹⁹ En la sentencia definitiva, sin embargo, la Corte condenó por los mismos hechos a Kilolo sólo bajo la figura de inducir⁵⁰⁰ y a Bemba por la de proponer.⁵⁰¹

⁴⁹³ Ntaganda (2014, DCC), para. 155.

⁴⁹⁴ Bemba et al (2014, DCC), para. 72.

⁴⁹⁵ Bemba et al (2014, DCC), para. 106.

⁴⁹⁶ Bemba et al (2014, DCC), para. 53.

⁴⁹⁷ Bemba et al (2014, DCC), para. 97.

⁴⁹⁸ Bemba et al (2014, DCC), para. 98.

⁴⁹⁹ Bemba et al (2014, DCC), para. 102.

⁵⁰⁰ Bemba et al (2016, Fallo), para. 908.

⁵⁰¹ Bemba et al (2016, Fallo), para. 933.

Al respecto, creemos que la Corte, en vez de igualar ambos conceptos de inducir o *induce* y proponer o *solicit*, debería reconocer, *a priori*, una relación de género-especie entre los mismos. Sin embargo, contrariamente a lo que hizo la Sala de Primera Instancia en este caso, que consideró que la forma de inducir sería una forma más “fuerte” de instigación,⁵⁰² creemos que es la forma de proponer o *solicit* la más específica. Así también lo ha afirmado la doctrina.⁵⁰³

Finalmente, y si bien entendemos las razones porque las Salas de Cuestiones Preliminares dejan abierta la posibilidad de caracterizar la forma de responsabilidad a la Sala de Primera Instancia correspondiente, creemos que, en pos del principio de culpabilidad, y en especial, del adecuado etiquetamiento, la Corte debe identificar en cada caso cuál de las tres hipótesis (o si considera que confluyen dos o más, revisar los requisitos particularizados de cada una) es por la que está confirmando el cargo en contra de un individuo y no meramente afirmar que será responsable bajo la letra b) del artículo 25.3 del Estatuto. Ello también es relevante para garantizar el derecho a la defensa de los acusados.

ii. Artículo 25.3.c)

a) Análisis del artículo

La tercera forma de responsabilidad contenida en el artículo 25.3 del Estatuto de Roma es la complicidad, encubrimiento o colaboración de algún modo en un crimen, que se encuentra recogida en los siguientes términos:

Artículo 25

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo

⁵⁰² Bemba et al (2016, Fallo), para. 76.

⁵⁰³ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 481.

en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

Antes de proceder a explicar el alcance de este artículo, debemos hacer referencia a la diferencia terminológica que notamos entre las diversas traducciones del Estatuto, en particular, respecto de sus versiones en inglés, español y francés.

En la versión en inglés del Estatuto, el artículo se refiere la conducta de una persona que “*aids, abets or otherwise assists*” en la comisión de un crimen, mientras que, en francés, el Estatuto hace referencia a que la persona entrega “*son aide, son concours ou toute autre forme d’assistance*”. En cambio, en la versión en español, el Estatuto caracteriza al sujeto como “cómplice o encubridor” y suma la acción “o colabore de algún modo”.

Como podemos ver, en su versión en inglés, el Estatuto utiliza verbos rectores, mientras que en francés dota de contenido un aporte y en español hace una caracterización directa del partícipe. Asimismo, vemos que los conceptos incorporados en el Estatuto de Roma en sus diversos idiomas no son sinónimos, lo que cobra especial relevancia si se considera que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 128 del Estatuto de Roma, las versiones en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son todas igualmente autoritativas.

Sin embargo, y dado que la Corte en general redacta sus sentencias en inglés, y los autores revisados, en su mayoría, utilizan los términos de “*aiding*” y “*abetting*”, en lo sucesivo, aunque utilicemos las palabras que utiliza el Estatuto en su versión en español, nos estaremos refiriendo a los conceptos de “*aiding*” y “*abetting*”, a menos que explicitemos lo contrario.

Cabe señalar que esta forma de responsabilidad comprende todos los actos dirigidos a asistir, alentar o prestar apoyo moral a la perpetración de un crimen, teniendo estos actos un efecto sustancial en la realización del mismo.⁵⁰⁴ Se ha dicho que es una forma más débil de complicidad, en referencia a la letra precedente del artículo,⁵⁰⁵ y que ella que cubre cualquier

⁵⁰⁴ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 67. WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *ob. cit.*, p. 307.

⁵⁰⁵ AMBOS, Kai. 2007. *ob. cit.*, p. 88.

acto que ayude de alguna forma la comisión del delito,⁵⁰⁶ no exigiéndose que el responsable haya estado presente al momento de cometerse el crimen, pudiendo actuar antes o después de la perpetración.⁵⁰⁷

Se ha señalado, además, que las formas de responsabilidad contenidas en las letras b) y c) del artículo 25.3 buscaban proporcionar conceptos familiares a los juristas de diversas tradiciones legales, de forma que los términos la letra b) serían propios del derecho continental, mientras que los de la letra c) serían más propios del *common law*, y que por lo anterior existe una superposición a lo menos parcial entre ambos.⁵⁰⁸

La primera hipótesis, *aids*, se ha definido como una forma de asistencia física, mientras que la segunda, *abets*, supone alentar o incitar, demostrando entonces una clara una superposición con algunas de las hipótesis de la letra b) del mismo artículo 25.3.⁵⁰⁹ Asimismo, y si bien no se encuentra expresamente previsto en el Estatuto, se ha entendido que la colaboración no tiene que haber sido acordada con el autor necesariamente.⁵¹⁰

En relación al elemento subjetivo, el artículo exige que se actúe “con el propósito de facilitar”, lo que requiere algo más que el mero conocimiento,⁵¹¹ y que por tanto iría más allá de lo regulado en el artículo 30 del Estatuto de Roma.⁵¹² El cómplice o encubridor debe saber que el autor pretende cometer el crimen y debe tener la intención de prestarle asistencia para ese crimen en particular, por tanto, también deben cumplirse con los requisitos subjetivos del crimen mismo.⁵¹³

⁵⁰⁶ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 481.

⁵⁰⁷ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 68.

⁵⁰⁸ SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 431.

⁵⁰⁹ SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 434.

⁵¹⁰ CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 86.

⁵¹¹ AMBOS, Kai. 2007. *ob. cit.*, p. 88.

⁵¹² AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 483. En igual sentido, SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 435, quien da cuenta que sería una intencionalidad específica.

⁵¹³ CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 86; BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 69 también se refiere al *mens rea*, indicando que debe existir dolo directo de primer o segundo grado. Ver también: AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 25.

Finalmente, y si bien esta forma de intervención puede ser realizado por omisión, se ha indicado que para imputar responsabilidad por una omisión de un partícipe, debe existir un deber de actuar, y una capacidad material de hacerlo.⁵¹⁴

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

Las decisiones de confirmación de cargos que han tratado esta forma de participación, cronológicamente, son: (a) *The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*; (b) *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*, (c) *The Prosecutor v. Charles Blé Goudé*, (d) *The Prosecutor v. Dominic Ongwen* y (e) *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

Por su parte, esta forma de responsabilidad también fue analizada en la sentencia definitiva del caso *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido*.

Sobre esta forma de responsabilidad, no obstante, el poco desarrollo que ha tenido la Corte, podemos destacar la referencia a los siguientes criterios:

B. Elemento objetivo

a. El partícipe debe proveer ayuda o asistencia para la comisión de un crimen

Si bien en todos los casos la Corte ha hecho referencia a la prestación de asistencia para la comisión de un crimen, la calificación de dicha asistencia merece mayor detención. En efecto, en el caso de *Mbarushimana*, la Corte señaló que se exigía que existiera una contribución sustancial a la comisión del crimen.⁵¹⁵ Sin embargo, en los demás casos, no se ha calificado dicha contribución. Así por ejemplo en el caso de *Blé Goudé*, sólo se indicó que debía proveerse ayuda a la comisión de un crimen.⁵¹⁶ Por su parte, en los casos *Ongwen* y *Al*

⁵¹⁴ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 68.

⁵¹⁵ *Mbarushimana* (2011, DCC), para. 279.

⁵¹⁶ *Blé Goudé* (2014, DCC), para. 167.

Mahdi, la Corte señaló que no es necesario que dicha asistencia sea sustancial o se calificare de cualquier forma.⁵¹⁷

Por su parte, en el caso Bemba et al la Corte no calificó la contribución, sino que señaló que lo relevante era que ella tuviera un efecto sobre la comisión del crimen.⁵¹⁸ Lo mismo fue señalado en la sentencia definitiva del mismo caso, donde la Corte indicó que no habían elementos en el Estatuto que permitieran sugerir la existencia de un estándar mínimo para dar lugar a esta forma de responsabilidad,⁵¹⁹ y que por tanto lo relevante solo era que la contribución tuviera una relación de causalidad con la comisión del crimen, no en términos de la *conditio sine qua non*, pero si en la medida que facilitare o promoviere la comisión del crimen.⁵²⁰

Asimismo, en la sentencia definitiva del caso Bemba et al, la Corte señaló que la asistencia podía prestarse antes, durante o después de la comisión del crimen.⁵²¹

En términos generales, en la misma sentencia definitiva del caso Bemba et al, la Corte intentó distinguir las formas de responsabilidad previstas en el artículo 25.3.c), señalando que la figura del “*aiding*” refería a quien presta ayuda material o práctica para la comisión de un crimen, y que se superpondría con el concepto de “*otherwise assists*”.⁵²² Por su parte, la figura del “*abetting*” englobaría el apoyo moral o psicológico prestado al autor.⁵²³

C. Elemento subjetivo

a. *La contribución debe ser realizada con el propósito de facilitar la comisión del crimen*

Este requisito fue reconocido en los casos Bemba et al,⁵²⁴ Ble Goudé,⁵²⁵ Ongwen,⁵²⁶ y Al Mahdi.⁵²⁷ En la sentencia definitiva del caso Bemba et al, la Corte señaló que este requisito

⁵¹⁷ Ongwen (2016, DCC), para. 43. Al Mahdi (2016, DCC), para. 26.

⁵¹⁸ Bemba et al (2014, DCC), para. 35.

⁵¹⁹ Bemba et al (2016, Fallo), para. 93.

⁵²⁰ Bemba et al (2016, Fallo), para. 94.

⁵²¹ Bemba et al (2016, Fallo), para. 96.

⁵²² Bemba et al (2016, Fallo), para. 88.

⁵²³ Bemba et al (2016, Fallo), para. 89.

⁵²⁴ Bemba et al (2014, DCC), para. 35.

⁵²⁵ Blé Goudé (2014, DCC), para. 167.

subjetivo era más estricto que el requisito general del artículo 30 del Estatuto de Roma, y que de esta forma, también servía como filtro respecto de otras formas de intervención en un crimen que no resultarían punibles.⁵²⁸

Asimismo, la Corte indicó que el partícipe debe estar al menos consciente de que el crimen ocurrirá en el curso normal de los eventos, pero que no es necesario que conozca el crimen específico ni las circunstancias en que se cometió, bastando conocimiento sobre sus elementos esenciales.⁵²⁹

c) Análisis crítico

Como resulta evidente, el análisis más bien general y somero que ha hecho la Corte de esta forma de responsabilidad impide, hasta cierto punto, la realización de comentarios, observaciones o críticas a los criterios establecidos por la Corte.

La redacción de esta hipótesis de responsabilidad, tomada del Código penal Modelo estadounidense, es considerada la forma más débil de complicidad,⁵³⁰ de lo que puede seguirse que sea la figura con menor cantidad de elementos requeridos por la Corte. Esto, sin embargo, no implica que deba ser tratada con menos rigurosidad, sino que, por el mismo bajo estándar que requiere, es necesario determinar con mayor precisión su alcance y elementos.

En principio, y como mencionamos previamente, consideramos un problema que el Estatuto, en sus distintas versiones, utilice términos tan distintos para referirse a la misma forma de responsabilidad. Así, y acudiendo nuevamente al sentido ordinario de los conceptos definidos en el Estatuto de Roma, podemos ver que, en inglés, el Estatuto utiliza los conceptos de *aids*, *abets* o *otherwise assists*. En virtud de lo señalado en el Oxford Dictionary, el verbo *aid* es definido como “*help or support (someone or something) in the achievement of something*”,⁵³¹ *abet* es definido como “*encourage or assist (someone) to do something wrong*,

⁵²⁶ Ongwen (2016, DCC), para. 43.

⁵²⁷ Al Mahdi (2016, DCC), para. 26.

⁵²⁸ Bemba et al (2016, Fallo), paras. 95, 97.

⁵²⁹ Bemba et al (2016, Fallo), paras. 98.

⁵³⁰ AMBOS, Kai. 1999. *ob. cit.*, p. 10.

⁵³¹ OXFORD DICTIONARY. [en línea] <<https://en.oxforddictionaries.com/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

in particular to commit a crime”,⁵³² y *assist* se define como “*help (someone), typically by doing a share of the work*”.⁵³³

Por su parte, la versión española utiliza los conceptos de ser cómplice, encubridor o colaborar de algún modo. La Real Academia Española define cómplice, en su tercera acepción, como “persona que, sin ser autora de un delito o una falta, coopera a su ejecución con actos anteriores o simultáneos”,⁵³⁴ luego encubridor es definido como “que encubre”,⁵³⁵ y encubrimiento se define como: “conducta delictiva consistente en participar en un delito con posterioridad a su ejecución, evitando el descubrimiento de sus autores o auxiliándolos para que obtengan los beneficios de su acción”.⁵³⁶ Finalmente, colaborar se define como “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra”.⁵³⁷

Como se desprende de este análisis, no existe una real equivalencia entre las formas de responsabilidad contenidas en las diversas traducciones del Estatuto. Por lo mismo, y considerando que en virtud del artículo 50 del Estatuto de Roma, todas las versiones del Estatuto de Roma, en árabe, chino, inglés, francés, ruso y español son igualmente autoritativas, creemos que es importante que la Corte tome en consideración las diversas versiones del Estatuto en su interpretación del mismo. Es así como encontramos, por ejemplo, que el requisito respecto a que la contribución tenga un efecto sobre la comisión del crimen, tiene sentido si se toma en cuenta la versión en inglés del Estatuto (esto es, las acciones *aids*, *abets* y *otherwise assists*), pues acota la persecución penal a quienes efectivamente tuvieron una participación que marcó una diferencia en la comisión del delito. Ahora bien, lo anterior no es tan claro en el caso de la figura del encubridor, consagrada en la versión en español. Quien encubre un delito no tiene incidencia en la comisión del mismo, sólo permite facilitar su impunidad. Por lo mismo, reiterando que todas las versiones del Estatuto son igualmente

⁵³² OXFORD DICTIONARY. [en línea] <<https://en.oxforddictionaries.com/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵³³ OXFORD DICTIONARY. [en línea] <<https://en.oxforddictionaries.com/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://www.rae.es/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://www.rae.es/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵³⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://www.rae.es/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

⁵³⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. [en línea] <<http://www.rae.es/>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

autoritativas, y haciendo hincapié en la aplicación práctica del Estatuto en países de habla hispana, creemos que no es apropiado que la Corte exija este requisito respecto del encubridor, pues de hecho, exigirlo supondría que dicha figura nunca tendría aplicación.

En un mismo sentido, la diferencia entre las figuras de *abets* y el encubridor también cobra relevancia respecto de la discusión existente en la doctrina de si contribuciones o asistencias realizadas con posterioridad a la comisión del crimen serán igualmente punibles. Según destaca Olásolo, un sector de la doctrina indica que se requeriría una provisión expresa -que no existe- para admitir dicha forma de responsabilidad.⁵³⁸ En general creemos que ese criterio es adecuado respecto de la versión inglesa del Estatuto, pues las figuras de *aids*, *abets* y *assists* no parecen identificarse claramente con conductas posteriores al delito. Sin embargo, ello es absolutamente diverso en la versión española del Estatuto, que tipifica una forma de intervención que es, por naturaleza, posterior al delito: la del encubridor. Nuevamente, exigir que la intervención se realizara antes o durante la comisión del crimen dejaría sin aplicación esta forma de responsabilidad.⁵³⁹ Por lo mismo, creemos que la Corte debería reconocer que el Estatuto admite la intervención con posterioridad a la comisión del delito, a lo menos en lo relativo a la figura del encubridor.

En un segundo orden de ideas, consideramos que es importante que la Corte se pronuncie respecto a la relación entre las letras c) y d) del artículo 25.3. En efecto, la Corte debe determinar si la forma de responsabilidad del artículo 25.3.d) es de naturaleza residual⁵⁴⁰ -lo que llevaría a entender que el estándar fijado en ella sea más bajo que en las formas anteriores, y especialmente en la hipótesis de la letra c)-, o si se considera en cambio, que la forma de responsabilidad de la letra c) busca recoger la participación en crímenes cometidos por un individuo, y la letra d) recoge la participación en crímenes cometidos por un grupo. En este último supuesto, igualmente no parece justificado que en un caso se exija un estándar

⁵³⁸ OLÁSULO, Héctor. 2015. *ob. cit.*, p. 582.

⁵³⁹ Otro argumento para defender la procedencia de la imputación por contribuciones posteriores a la comisión del delito es el análisis que hizo la Corte en el caso Mbarushimana, en la cual –según veremos en detalle en el siguiente capítulo- se señaló que bajo la letra d) sí se incorporarían conductas posteriores a la comisión del delito. (Mbarushimana (2011, DCC), para. 287). En virtud de esto, y considerando que la letra d) regularía solamente la contribución a crímenes de un grupo de personas, no creemos que existan razones para castigar la conducta de quien contribuye *ex post* a la comisión de un crimen de un grupo, y no hacerlo respecto de quien contribuye *ex post* al crimen de un individuo, bajo la letra c).

⁵⁴⁰ Como se afirmó en: Lubanga (2007, DCC), para. 337; Katanga sentencia definitiva parr. 1618, Mbarushimana (2011, DCC), para. 279; Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 354.

mínimo, y en el otro no, lo que podría llevar a concluir que existirían conductas que serían impunes en caso de ser cometidas respecto del crimen de un grupo, pero serían punibles respecto de un crimen individual.

Al respecto, y dado que, como explicaremos más adelante, no consideramos que la forma de responsabilidad del artículo 25.3.d) sea de naturaleza residual, creemos necesario que la Corte zanje de manera definitiva el estándar que se exigirá respecto de la asistencia que se entrega bajo esta forma de responsabilidad, y si ella debe cumplir un determinado nivel. Reconocemos que, con la única excepción del caso Mbarushimana, la Corte en general ha señalado que no se requeriría un estándar o calificación mínima para el aporte. Sin embargo, dada la calidad de los crímenes que conoce la Corte, esto es “los más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”,⁵⁴¹ se le debe exigir a la contribución un cierto grado de relevancia para caer dentro del ámbito de la Corte.⁵⁴² Lo anterior es congruente con la jurisprudencia respecto al artículo 25.3.d), en que la Corte ha requerido la existencia de una contribución “significativa”, como veremos.

Para establecer el estándar mínimo de contribución, entonces, y siguiendo a Ambos,⁵⁴³ creemos que lo más adecuado es que la Corte acuda a teorías modernas de la imputación, como la teoría del riesgo. En efecto, algunos de los criterios que la Corte puede considerar son: (i) si la contribución crea o incrementa el riesgo de que el crimen sea cometido; (ii) que el riesgo se manifieste en la comisión del crimen, o, en otras palabras, que la creación o aumento del riesgo se vincule causalmente con la comisión del crimen; y (iii) que el riesgo creado o aumentado sea uno prohibido. La consideración de dichos criterios permite descartar las llamadas “contribuciones neutrales”, como las realizadas por quienes proveen alimentación o gasolina a grupos criminales.

Finalmente, si pasamos a analizar la forma en que la Corte ha aplicado los criterios individualizados a los hechos de la causa, veremos que en general la Corte no ha subsumido concretamente los hechos a los criterios, pues en general ha confirmado cargos por esta forma de responsabilidad en subsidio de una forma de autoría, como un mecanismo para poder

⁵⁴¹ Preámbulo Estatuto de Roma.

⁵⁴² Para un mayor desarrollo respecto a la intención de los redactores del Estatuto ver: Mbarushimana (2011, DCC), para, 276.

⁵⁴³ AMBOS, Kai. 2013, *ob. cit.*, p. 165.

imputar responsabilidad en caso de no verificarse alguno de los elementos de la autoría. Por ello, la Corte se ha referido de manera genérica a los hechos y la intervención del imputado en los mismos, sin especificar qué hechos podrían subsumirse bajo qué criterios. La única excepción la constituye el caso Blé Goudé, en que la Corte señaló de forma expresa qué tipo de conductas se verían recogidas bajo esta hipótesis. En efecto, en el referido caso, la Corte consideró el rol del imputado en la concepción y participación en el esfuerzo común para mantener a Gbagbo en el poder, sus actividades en el reclutamiento y entrenamiento de las fuerzas y la provisión de milicias y mercenarios, el establecimiento de vínculos entre las diversas fuerzas pro-Gbagbo, entre otros.⁵⁴⁴ Luego, sobre el efecto que dicha conducta tuvo en la comisión del crimen, la Corte consideró que las actividades reseñadas tuvieron el efecto de fortalecer la capacidad de las fuerzas pro-Gbagbo de cometer los crímenes.⁵⁴⁵ Creemos relevante mantener la mirada atenta al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, para así identificar la forma en que la Corte continúa aplicando los criterios identificados a los hechos concretos.

iii. Artículo 25.3.d)

a) Análisis del artículo

La última forma de intervención en un delito se encuentra contenida en la letra d) del artículo 25.3, el cual establece:

Artículo 25

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

⁵⁴⁴ Blé Goudé (2014, DCC), para. 168.

⁵⁴⁵ Blé Goudé (2014, DCC), para. 169.

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

La redacción de la letra d) del artículo 25.3 fue extraída del artículo 2.3.c) del Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas,⁵⁴⁶ artículo que a su vez fue copiado del artículo 3.4 del Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea.⁵⁴⁷

Ahora bien, la inclusión de esta forma de responsabilidad en el Estatuto ha sido objeto de bastante discusión, en tanto existen dudas sobre la intención de los redactores al incorporar esta disposición. Para algunos, se trataría de un compromiso para incluir la conspiración dentro del Estatuto,⁵⁴⁸ pero en términos más aceptables para países de derecho continental.⁵⁴⁹

Sin embargo, el artículo 25.3.d) presenta varias diferencias con la conspiración, entre ellas, que no está regulado como un crimen incipiente como lo es la conspiración, sino que requiere comisión o tentativa de un crimen de competencia de la Corte.⁵⁵⁰ Además, la

⁵⁴⁶ Artículo 2.3 “También comete delito quien: c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 o 2 por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate”.

⁵⁴⁷ “Artículo 3.4. “Los Estados miembros que hayan formulado una reserva con arreglo al apartado 3 harán extraditable, con arreglo a las condiciones del apartado 1 del artículo 2, la conducta de cualquier persona que contribuya a la comisión, por parte de un grupo de personas que actúen con un objetivo común, de uno o más delitos en el ámbito del terrorismo, tal como se definen en los artículos 1 y 2 del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, del tráfico de estupefacientes y otras formas de delincuencia organizada u otros actos de violencia contra la vida, la integridad física o la libertad de una persona, o que representen un peligro colectivo para las personas, castigadas con una pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de doce meses por lo menos, incluso si dicha persona no ha tomado parte en la ejecución material del delito o delitos de que se trate; dicha contribución deberá haber sido intencional y con pleno conocimiento, bien del objetivo y de la actividad delictiva general del grupo, bien de la intención del grupo de cometer el delito o delitos de que se trate”. Ver también: CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 86; AMBOS, Kai. 2007. *ob. cit.*, p. 90.

⁵⁴⁸ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 483.

⁵⁴⁹ KIM, Young Sok. *The Law of the International Criminal Court*. Nueva York, William S. Hein & Co., 2007. p. 160.

⁵⁵⁰ BANTEKAS, Ilias. *ob. cit.*, p. 66.

responsabilidad se ve restringida en el Estatuto respecto de lo que se admitía en la conspiración, puesto que se exige una contribución directa.⁵⁵¹

Asimismo, se ha argumentado que esta forma de responsabilidad recogería una figura semejante a la de la empresa criminal conjunta, en particular en relación con el propósito común.⁵⁵² Sin embargo, se ha indicado que, a diferencia del modelo de la ECC, la figura del artículo 25.3.d) recogería más bien una forma residual de responsabilidad y no de coautoría, como la ECC.⁵⁵³ Asimismo, la figura del artículo 25.3.d), a diferencia de la ECC, no requiere que la contribución se preste con el deseo de que se consumen los delitos que forman parte del propósito criminal del grupo, sino que basta que se conozca dicho propósito criminal.⁵⁵⁴

Según señala Kai Ambos, es difícil imaginar situaciones en que conductas de la letra d) no estén ya contempladas en la letra c), lo que haría superflua esta disposición.⁵⁵⁵ Ello, salvo que se considerase que, mientras la letra c) se referiría a colaboración en crímenes individuales, la letra d) se referiría a colaboraciones a un crimen colectivo.⁵⁵⁶

Respecto a la conducta en sí, el artículo se refiere a la contribución intencional “de algún otro modo” en la comisión o tentativa de un crimen por un grupo de personas actuando con un propósito común.⁵⁵⁷ Así, primero, establece un estándar objetivo de participación residual respecto a las formas de responsabilidad recogidas en las letras precedentes.⁵⁵⁸ Además, señala una limitación objetiva, respecto a la comisión o tentativa de comisión del delito -por un grupo, y otra subjetiva, que estos actúen con una finalidad común.⁵⁵⁹

⁵⁵¹ AMBOS, Kai. 2007. *ob. cit.*, pp. 90-91. AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, pp. 483-484.

⁵⁵² AMBOS, Kai. The ICC and Common Purpose - What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? En: STAHN, Carsten. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Nueva York, Oxford University Press, 2015. p. 594.

⁵⁵³ CASSESE, Antonio. 2009. *ob. cit.*, p. 86. SCHABAS, William. *ob. cit.*, p. 436.

⁵⁵⁴ OLÁSULO, Héctor. 2008. *ob. cit.*, p. 101.

⁵⁵⁵ AMBOS, Kai. 2007. *ob. cit.*, p. 91.

⁵⁵⁶ AMBOS, Kai. 2015. *ob. cit.*, p. 596.

⁵⁵⁷ GÓMEZ, Francisco. La responsabilidad Penal Residual del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma en la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. En: CÁRDENAS, Claudia y FERNÁNDEZ, Karinna. (Ed.) *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*. Santiago, LegalPublishing. pp. 94-95.

⁵⁵⁸ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 484. Ambos reconoce que en otras oportunidades dijo que el estándar de la letra d) era menor que el de la letra c), pero indica que ya no cree eso, y que es difícil hacer una distinción entre las formas de asistencia de los párrafos c) y d): AMBOS, Kai. 2015. *ob. cit.*, p. 3; KUCHER, Olena y PETRENKO, Aleksey. *ob. cit.*, p. 157.

⁵⁵⁹ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 484.

Luego, en lo relativo a la contribución, igual como vimos respecto de la letra c), se ha discutido si ella debería calificarse de algún modo, a falta de disposición expresa en el Estatuto. En ese sentido, existe duda de si bastaría cualquier tipo de contribución, o si ella debería ser significativa o sustancial.⁵⁶⁰ Lo único que estaría claro es que las contribuciones mínimas deberían excluirse de responsabilidad penal, incluso cuando puedan caer dentro de lo regulado en las letras c) o d) del artículo 25.3.⁵⁶¹

Respecto al aspecto subjetivo, el artículo indica que la contribución debe ser intencional. Sin embargo, existe duda de si dicha forma de responsabilidad admitiría contribución por dolo eventual o solo dolo directo.⁵⁶² La duda se genera por las diversas traducciones del Estatuto de Roma. En efecto, en español se utiliza el concepto intencional, que es propio de una hipótesis de dolo directo. Sin embargo, en francés se utiliza el concepto de *intentionnelle*, que abarca una versión general de dolo. Asimismo, una traducción oficial preliminar del Estatuto al alemán utilizaba el concepto de *vorsätzlich*, que también se refiere al dolo en general y no solo al dolo directo.⁵⁶³ Todo lo anterior refuerza la idea de que se podría realizar una imputación por dolo eventual.

En segundo lugar, y respecto a los elementos subjetivos adicionales, el artículo exige que se actúe con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de competencia de la Corte o con conocimiento de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen. En opinión de algunos autores, y dado el lenguaje utilizado en el artículo, bajo esta segunda hipótesis el partícipe debe saber el crimen específico que se desea cometer.⁵⁶⁴

b) Criterios formulados por la Corte

A. Consideraciones previas

Las decisiones de confirmación de cargos que han tratado esta forma de participación, cronológicamente, son: (a) *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*;

⁵⁶⁰ AMBOS, Kai. 2015. *ob. cit.*, 599.

⁵⁶¹ AMBOS, Kai. 2015. *ob. cit.*, p. 600.

⁵⁶² AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, pp. 484, 485.

⁵⁶³ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 485.

⁵⁶⁴ AMBOS, Kai. 2014. *ob. cit.*, p. 486.

(b) The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana; (c) The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang; (d) The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali; (e) The Prosecutor v. Bosco Ntaganda; (f) The Prosecutor v. Thomas Laurent Gbagbo; (g) The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido; (h) The Prosecutor v. Charles Blé Goudé; (i) The Prosecutor v. Dominic Ongwen y (j) The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi

Por su parte, esta forma de responsabilidad también fue analizado en la sentencia definitiva del caso The Prosecutor v. Germain Katanga.

En términos generales, cabe destacar que la Corte ha indicado que esta forma de responsabilidad corresponde a una forma residual,⁵⁶⁵ y que la misma se diferencia del concepto de la empresa criminal conjunta en tanto el acusado no será responsable de todos los crímenes que formen parte del propósito común, sino solamente aquellos respecto de cuya comisión contribuyó.⁵⁶⁶

B. Elementos objetivos

a. Que un crimen de jurisdicción de la Corte se haya cometido o tentado

Este requisito fue mencionado en las decisiones de confirmación de cargos de los casos Mbarushimana,⁵⁶⁷ Ruto, Kosgey y Sang,⁵⁶⁸ Muthaura, Kenyatta y Ali,⁵⁶⁹ Ntaganda,⁵⁷⁰ Gbagbo,⁵⁷¹ Blé Goudé,⁵⁷² aunque sin detallarse.

Por su parte, en la sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte indicó que debe probarse, más allá de toda duda razonable que los crímenes fueron cometidos, y que es

⁵⁶⁵ Katanga (2014, Fallo), para. 1618. Ver también: Bemba et al (2014, DCC), paras. 36 y 51.

⁵⁶⁶ Katanga (2014, Fallo), para. 1619.

⁵⁶⁷ Mbarushimana (2011, DCC), para. 270.

⁵⁶⁸ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 351.

⁵⁶⁹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 421.

⁵⁷⁰ Ntaganda (2014, DCC), para. 158.

⁵⁷¹ Gbagbo (2014, DCC), para. 252.

⁵⁷² Blé Goudé (2014, DCC), para. 172.

necesario que se establezca la responsabilidad como autor de personas naturales, y no del grupo como tal.⁵⁷³

b. *Que la comisión o tentativa de dicho crimen haya sido llevada a cabo por un grupo de personas actuando con un propósito común*

En la sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte señaló que es necesario que se especifique el propósito criminal del grupo, su alcance desde un punto de vista geográfico y temporal, el tipo, origen y características de las víctimas, y la identidad de los miembros del grupo, aunque sin ser necesario identificar a cada persona por nombre.

Respecto del propósito común, en la sentencia definitiva del caso Katanga, se señaló que no es necesario probar que el propósito común fue acordado antes o expresamente formulado,⁵⁷⁴ y que el mismo debe incorporar la comisión de un crimen, sin perjuicio de que el propósito del grupo puede ser más amplio que su comisión.⁵⁷⁵ Ahora bien, la Corte exigió que el crimen en cuestión forme parte del plan común, excluyéndose por tanto los actos oportunistas de miembros del grupo y que no pueden ser atribuidos a la acción concertada de los miembros del grupo.⁵⁷⁶

En un sentido similar, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana, la Corte comenzó señalando no ver razón alguna para alejarse de la definición pasada de “un acuerdo o plan común entre dos o más personas”⁵⁷⁷ adoptado por la Corte al tratar el artículo 25.3.a) del Estatuto en el caso Lubanga.⁵⁷⁸ Así afirma que el propósito común debe tener un elemento de criminalidad, pero no necesita estar específicamente dirigido a la comisión de un crimen.⁵⁷⁹ Asimismo, señala que el acuerdo no debe ser necesariamente explícito y su existencia puede ser inferida desde actos concertados y subsecuentes de un grupo de personas⁵⁸⁰

⁵⁷³ Katanga (2014, Fallo), para. 1623.

⁵⁷⁴ Katanga (2014, Fallo), para. 1626.

⁵⁷⁵ Katanga (2014, Fallo), para. 1627.

⁵⁷⁶ Katanga (2014, Fallo), para. 1630.

⁵⁷⁷ Mbarushimana (2011, DCC), para. 271.

⁵⁷⁸ Lubanga (2007, DCC), paras. 343-345.

⁵⁷⁹ Mbarushimana (2011, DCC), para. 271. Lubanga (2007, DCC), para. 344.

⁵⁸⁰ Mbarushimana (2011, DCC), para. 271. Lubanga (2007, DCC), para. 345.

Asimismo, en sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte indicó que no es necesario que la persona que contribuye sea también parte del grupo.⁵⁸¹ Este punto fue profundizado en la decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana, donde la Sala de Cuestiones Preliminares indicó que Estatuto sólo se refiere a la contribución a un crimen cometido por un grupo de personas, sin especificar si dicha contribución debería ser realizada por un miembro de ese grupo o por un tercero.⁵⁸² En efecto, la Corte señala que, de afirmar que sólo no miembros del grupo pueden ser responsables bajo este subpárrafo, como lo indica la Defensa, se estaría dejando en impunidad a los miembros del grupo que hacen contribuciones no esenciales, ya que no podrían ser responsables como autores -por la falta de esencialidad de su contribución-, ni como partícipes bajo el 25.3.d), por formar parte del grupo.⁵⁸³

Asimismo, la Corte señaló que aceptar esto también llevaría a que personas que carecen de la intención de cometer crímenes por sí mismos, contribuirían a los crímenes del grupo con conocimiento de la intención de éste de cometer los crímenes. Al respecto, la Corte destaca que a diferencia de lo establecido en los tribunales ad hoc, el artículo 25.3.c) requiere que la persona actúe con el propósito de facilitar el crimen y, por tanto, el mero conocimiento no es suficiente para imputar responsabilidad bajo este artículo, sino que en principio sólo es posible bajo la letra d). Por ello, si el artículo 25.3.d) estuviese limitado a aquellos individuos que no forman parte del grupo, todas las personas que, con conocimiento, realizaron contribuciones no esenciales a los crímenes, serían condenados si estuviesen fuera del grupo, pero quedarían impunes si estuviesen al interior de un grupo. Esto conllevaría resultados contrarios a cualquier interpretación literal, sistemática o teleológica de los principios establecidos en el Estatuto por responsabilidad criminal individual.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Katanga (2014, Fallo), para. 1631.

⁵⁸² Mbarushimana (2011, DCC), paras. 272 y 275.

⁵⁸³ Mbarushimana (2011, DCC), para. 273.

⁵⁸⁴ Mbarushimana (2011, DCC), para. 274.

Cabe destacar que este requisito también fue reconocido en términos generales en las decisiones de confirmación de cargos de los casos Ruto, Kosgey y Sang,⁵⁸⁵ Muthaura, Kenyatta y Ali,⁵⁸⁶ Ntaganda,⁵⁸⁷ Gbagbo,⁵⁸⁸ Blé Goudé,⁵⁸⁹ Ongwen,⁵⁹⁰ y Al Mahdi.⁵⁹¹

c. *El partícipe debe haber realizado una contribución a la comisión del crimen*

En este requisito es donde se ha generado más discrepancia en la jurisprudencia de la Corte. Así, por ejemplo, en la sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte señaló que la contribución debía ser significativa. La Corte indicó que el concepto de contribución significativa se vincula a una contribución que inflencie la comisión del crimen, sin que sea necesario que el crimen sea contingente o esté determinado a dicha contribución.⁵⁹²

Por su parte, en la confirmación de cargos del caso Mbarushimana, respecto del nivel de la contribución, la Corte considera que no cualquier contribución puede dar lugar a esta forma de responsabilidad. En este punto, la Corte consideró que, en el proceso de creación del Estatuto se requería que los crímenes fueran de suficiente gravedad, lo que quedó también ratificado en los criterios de admisibilidad de un caso. Esto clarifica que la intención del redactor era que no sólo los crímenes, sino también, la contribución, alcanzaran un cierto grado de importancia para caer dentro del ámbito de la Corte.⁵⁹³ Así, este estándar es necesario para excluir contribuciones que, por su nivel o naturaleza, claramente caen fuera de la intención de los redactores para otorgar responsabilidad. Ello, pues hay muchos miembros de una comunidad que pueden proporcionar contribución a organizaciones criminales con el

⁵⁸⁵ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), paras. 351 y 352. La Corte solo indicó que habiéndose acreditado la intención de Ruto, ella es suficiente para indicar la intención del grupo como un todo, dado el rol protagónico de Ruto en la organización.

⁵⁸⁶ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 421.

⁵⁸⁷ Ntaganda (2014, DCC), para. 158.

⁵⁸⁸ Gbagbo (2014, DCC), para. 252.

⁵⁸⁹ Blé Goudé (2014, DCC), para. 172. Cabe señalar que la Jueza Van den Wyngaert, en su opinión parcialmente disidente, estuvo por no confirmar los cargos a Blé Goudé bajo esta forma de responsabilidad por no considerar que se hubiese presentado suficiente evidencia para reconocer a un grupo actuando con un propósito común. Ver: CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. ICC-02/11-02/11-186-Anx. Opinión parcialmente disidente Jueza Christine Van den Wyngaert. (11 de diciembre de 2014), paras. 10-11.

⁵⁹⁰ Ongwen (2016, DCC), para. 44.

⁵⁹¹ Al Mahdi (2016, DCC), para. 27.

⁵⁹² Katanga (2014, Fallo), paras. 1632-1633.

⁵⁹³ Mbarushimana (2011, DCC), para. 276.

conocimiento de la criminalidad del grupo, especialmente si dicha criminalidad es de conocimiento público, como quienes proveen de servicios básicos a estos grupos.⁵⁹⁴

Otro factor a tomar en cuenta según la Corte, es que esta es una forma residual de responsabilidad que encapsula contribuciones que no pueden ser englobadas dentro de las letras a), b) y c) del artículo 25.3, denotando también el nivel de contribución que se exige. Además, el 25.3.d) busca combatir la criminalidad grupal que usualmente trae consigo la comisión de crímenes más graves. Por lo anterior, y considerando que el artículo 25.3 establecería una jerarquía entre los distintos modos de responsabilidad, y por tanto, el control sobre el crimen iría decreciendo mientras se baja en los subpárrafos,⁵⁹⁵ la Corte afirma que esta interpretación apoyaría el argumento que la contribución exigida en el 25.3.d) debe ser menor a las requeridas en las letras anteriores.⁵⁹⁶ La Corte también se apoya en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc,⁵⁹⁷ donde se ha afirmado que la contribución requerida para la responsabilidad en la empresa criminal conjunta requiere sólo una contribución significativa, no sustancial.⁵⁹⁸ Si bien ambos tipos de responsabilidad no son análogos, ambos se enfocan en la criminalidad grupal y las acciones cometidas de acuerdo a un plan común.⁵⁹⁹

Es por lo anterior que la Corte establece que la contribución no puede ser de cualquier índole y que hay un estándar de significancia bajo la cual no cabe la responsabilidad bajo este artículo. Por otro lado, dado el carácter residual del presente artículo y su foco en la criminalidad grupal, la Corte considera que la contribución debe ser, al menos, significativa.⁶⁰⁰

Por tanto, el análisis de si dicha contribución cae bajo el supuesto de este artículo debe hacerse caso a caso, considerando el contexto de la contribución.⁶⁰¹ Algunos factores a considerar en este análisis serían: (a) la naturaleza sostenida de la participación con posterioridad a adquirir conocimiento sobre la criminalidad del propósito del grupo; (b) los esfuerzos realizados para prevenir la actividad criminal o impedir el funcionamiento eficiente

⁵⁹⁴ Mbarushimana (2011, DCC), para. 277, ver Nota 656.

⁵⁹⁵ Mbarushimana (2011, DCC), para. 279.

⁵⁹⁶ Mbarushimana (2011, DCC), para. 279.

⁵⁹⁷ Mbarushimana (2011, DCC), para. 280.

⁵⁹⁸ Mbarushimana (2011, DCC), para. 280.

⁵⁹⁹ Mbarushimana (2011, DCC), para. 282.

⁶⁰⁰ Mbarushimana (2011, DCC), para. 283.

⁶⁰¹ Mbarushimana (2011, DCC), para. 284.

de los crímenes grupales; (c) si la persona crea o simplemente ejecuta el plan criminal; (d) la posición del sospechoso en el grupo o relativa al grupo; y, quizá lo más importante, (e) el rol que el sospechoso juega vis-à-vis la seriedad y alcance de los crímenes cometidos.⁶⁰²

Es así, como el criterio finalmente aceptado por la Corte es que, para ser criminalmente responsable de acuerdo al artículo 25.3.d) del Estatuto de Roma, una persona debe realizar una contribución significativa a los crímenes cometidos o tentados. La extensión de la contribución se determina considerando la conducta relevante de la persona y el contexto en el cual dicha contribución fue realizada.⁶⁰³

Por su parte, en la apelación de la decisión sobre la confirmación de cargos del caso Mbarushimana, la Fiscalía basó su recurso, entre otros aspectos, en que hubo una errada interpretación del artículo 25.3.d) por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares, ya que le había dado la característica de “significativa” a la contribución, cuando el artículo se refiere sólo a quien contribuye “de algún otro modo”.⁶⁰⁴ Sin embargo, la Sala de Apelaciones declinó referirse a esta materia, por cuánto no existirían motivos fundados para probar la existencia de un grupo con un plan común, y por tanto, aun cuando se considerara la contribución como suficiente, igual no se aplicaría el artículo por faltar uno de sus elementos objetivos.⁶⁰⁵

Sin embargo, en otras oportunidades, la Corte no ha calificado mayormente la contribución. Por ejemplo, en el caso de Ruto, Kosgey y Sang la Corte señaló que se exigía cualquier contribución diversa de las del artículo 25.3.a) a la c).⁶⁰⁶ Así, la Corte indicó que no se exige ningún estándar especial, pues esta corresponde a una forma residual de responsabilidad, y solo bastaría con que dicha contribución resulte en la comisión del crimen imputado.⁶⁰⁷ Por su parte, en los casos Ongwen y Al Mahdi, la Corte indicó que no se exige

⁶⁰² Mbarushimana (2011, DCC), para. 284.

⁶⁰³ Mbarushimana (2011, DCC), para. 285.

⁶⁰⁴ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-514. Sentencia apelación Decisión de confirmación de cargos. (30 de mayo de 2012). [De ahora en adelante: Mbarushimana (2012, Apelación DCC).], paras. 59-60. La fiscalía da 3 argumentos, a saber: una interpretación literal del artículo, que en las versiones anteriores del Estatuto no se hacía ninguna diferencia respecto a la palabra “any” y que la Sala de Cuestiones Preliminares consideró factores inapropiados que no son suficientes para dejar de lado el lenguaje del artículo y la intención de los redactores.

⁶⁰⁵ Mbarushimana (2012, Apelación DCC), para. 65.

⁶⁰⁶ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 351

⁶⁰⁷ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 354.

que dicha contribución sea significativa o alcance ningún grado mínimo.⁶⁰⁸ La misma idea fue reiterada en los casos Muthaura y Ntaganda, aunque sin mayor desarrollo.⁶⁰⁹ En los casos Gbagbo y Blé Goudé se mencionó este requisito, pero sin explicarse cuál era el nivel de contribución requerido.⁶¹⁰

En otro aspecto de la contribución, en la sentencia definitiva del caso Katanga, la Sala de Primera Instancia señaló que la contribución puede ser realizada por medio de los autores materiales u otros miembros del grupo. Así, no es necesario que exista un nexo directo entre la conducta del partícipe y la del autor material, sino que lo relevante es el efecto de dicha conducta en la realización del crimen, y ella puede estar vinculada tanto a los elementos objetivos como subjetivos del crimen.⁶¹¹ Tampoco es relevante que exista algún grado de proximidad entre el crimen y la conducta del imputado.⁶¹²

Finalmente, en la decisión de confirmación de cargos del caso Mbarushimana, la Corte analizó si esta forma de responsabilidad abarcaría contribuciones realizadas con posterioridad a la comisión del crimen. Al respecto, la Corte diferenció el lenguaje utilizado en el borrador del artículo 25.3.c) que excluía la responsabilidad respecto de actos posteriores al crimen y consideró que ambos eran modelos de responsabilidad distintos. Asimismo, la Corte consideró el hecho de que justamente el 25.3.d) abarca las contribuciones “de algún otro modo” y por esto, admitiendo que dichas contribuciones puedan hacerse con posterioridad.⁶¹³ Asimismo, la Corte tuvo especial consideración al hecho que la responsabilidad *ex facto* ha sido reconocida por la Comisión de Derecho Internacional, y jurisprudencia de los tribunales de Núremberg y los tribunales ad hoc.⁶¹⁴ Por esto es que la Corte consideró que la responsabilidad de 25.3.d) puede incluir el contribuir a la comisión de un crimen después de que haya ocurrido, siempre y cuando esta contribución ha sido acordada por los grupos relevantes actuando con un propósito común y el sospechoso antes de la comisión del crimen.⁶¹⁵

⁶⁰⁸ Ongwen (2016, DCC), para. 44. Al Mahdi (2016, DCC), para. 27.

⁶⁰⁹ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 421. Ntaganda (2014, DCC), para. 158.

⁶¹⁰ Gbagbo (2014, DCC), para. 255; Blé Goudé (2014, DCC), para. 172; Al Mahdi (2016, DCC), para. 27.

⁶¹¹ Katanga (2014, Fallo), para. 1635.

⁶¹² Katanga (2014, Fallo), para. 1636.

⁶¹³ Mbarushimana (2011, DCC), para. 286.

⁶¹⁴ Mbarushimana (2011, DCC), para. 286.

⁶¹⁵ Mbarushimana (2011, DCC), para. 287.

C. Elementos subjetivos

a. *La contribución debe haber sido intencional*

En la sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte señaló que el elemento mental en esta forma de responsabilidad es distinto del establecido en la regla general del artículo 30, en tanto se exige que la contribución sea intencional -y, por tanto, no bastaría con una imputación por dolo directo de segundo grado-. La Corte consideró que dicha intencionalidad debe aplicar solamente a la conducta que constituye la contribución, y no a la actividad, propósito o intención criminal del grupo.⁶¹⁶ Asimismo, la Corte consideró crucial que el acusado tuviera conocimiento de que su conducta contribuía a las actividades del grupo.⁶¹⁷

Por su parte, en el caso de Mbarushimana, la Corte consideró que este requisito se cumplía cuando el individuo pretendía participar en la conducta relevante que supuestamente contribuye al crimen y que éste debía estar, a lo menos, al tanto que su conducta contribuía a las actividades del grupo de personas por cuyos crímenes esta persona debe enfrentar responsabilidad.⁶¹⁸

Este requisito también se mencionó en los casos Ruto, Kosgey y Sang,⁶¹⁹ Muthaura, Kenyatta y Ali,⁶²⁰ Ntaganda,⁶²¹ Gbagbo,⁶²² y Blé Goudé,⁶²³ aunque sin mayor desarrollo.

b. *La contribución debe haberse hecho:*

- (i) Con el objeto de llevar a cabo la actividad o propósito criminal del grupo, o,

Este requisito se mencionó en los casos Ruto, Kosgey y Sang,⁶²⁴ Muthaura, Kenyatta y Ali,⁶²⁵ Ntaganda.⁶²⁶ Gbagbo,⁶²⁷ Blé Goudé,⁶²⁸ Ongwen,⁶²⁹ y Al Mahdi.⁶³⁰ Sin embargo, en

⁶¹⁶ Katanga (2014, Fallo), para. 1638.

⁶¹⁷ Katanga (2014, Fallo), para. 1639.

⁶¹⁸ Mbarushimana (2011, DCC), para. 288.

⁶¹⁹ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 351.

⁶²⁰ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 421.

⁶²¹ Ntaganda (2014, DCC), para. 158.

⁶²² Gbagbo (2014, DCC), para. 256.

⁶²³ Blé Goudé (2014, DCC), para. 172.

⁶²⁴ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 351.

⁶²⁵ Muthaura, Kenyatta y Ali (2012, DCC), para. 421.

ninguno de dichos casos la Corte analizó con mayor detalle dicho elemento, sino que se remitió a lo dispuesto en el artículo.

- (ii) Con conocimiento de la intención del grupo de cometer el crimen

En la sentencia definitiva del caso Katanga, la Corte señaló que era necesario probar ese conocimiento respecto de cada crimen, y que, por tanto, el conocimiento de una intención criminal general no sería suficiente.⁶³¹ En cambio, en el caso Mbarushimana, la Corte señaló exactamente lo contrario, indicando que el conocimiento de la intención criminal del grupo sería suficiente para incurrir en este tipo de responsabilidad y por tanto no sería necesario que el imputado tuviera la intención de cometer un delito o que satisfaga los elementos mentales de los crímenes imputados.⁶³²

Este requisito se mencionó en los casos Ruto, Kosgey y Sang,⁶³³ Ntaganda,⁶³⁴ Blé Goudé,⁶³⁵ Ongwen,⁶³⁶ y Al Faqi,⁶³⁷ aunque sin mayor desarrollo.

c) Análisis crítico

Esta forma de responsabilidad ha sido analizada en varias oportunidades por la Corte, constituyéndose como una de las formas más frecuentes de imputación junto con la coautoría mediata. Esto porque, dada la naturaleza eminentemente colectiva de los crímenes que son competencia de la Corte, es natural que las formas de responsabilidad que precisamente recogen ese carácter colectivo sean las más utilizadas.

⁶²⁶ Ntaganda (2014, DCC), para. 158.

⁶²⁷ Gbagbo (2014, DCC), para. 258.

⁶²⁸ Blé Goudé (2014, DCC), para. 172.

⁶²⁹ Ongwen (2016, DCC), para. 44.

⁶³⁰ Al Mahdi (2016, DCC), para. 27.

⁶³¹ Katanga (2014, Fallo), para. 1642.

⁶³² Mbarushimana (2011, DCC), para. 289.

⁶³³ Ruto, Kosgey y Sang (2012, DCC), para. 351.

⁶³⁴ Ntaganda (2014, DCC), para. 158.

⁶³⁵ Blé Goudé (2014, DCC), para. 172.

⁶³⁶ Ongwen (2016, DCC), para. 44.

⁶³⁷ Al Mahdi (2016, DCC), para. 27.

Como vimos en el análisis crítico de la sección anterior, ha habido controversia respecto a la naturaleza de esta forma de responsabilidad. En nuestra opinión, la Corte debe delimitar la forma de responsabilidad de la letra d) en comparación con la de la letra c). En efecto, como vimos en el caso Blé Goudé, a fin de configurar la forma de responsabilidad de la letra c), la Corte consideró el rol del imputado en la concepción y participación en el esfuerzo común para mantener a Gbagbo en el poder, sus actividades en el reclutamiento y entrenamiento de las fuerzas y la provisión de milicias y mercenarios, el establecimiento de vínculos entre las diversas fuerzas pro-Gbagbo, entre otros.⁶³⁸ Los mismos hechos fueron considerados por la Corte para analizar la forma de responsabilidad de la letra d).⁶³⁹ De la misma forma, intervenciones semejantes o iguales han sido consideradas por la Corte al momento de confirmar cargos por esta forma de responsabilidad. En efecto, en el caso Katanga, la Corte hizo referencia a la intervención de Katanga en el montaje de la operación, el establecimiento de vínculos y alianzas entre los grupos, la provisión de armas y municiones, entre otros.⁶⁴⁰ Por su parte, en el caso Gbagbo, la Corte hizo referencia a su apoyo a la milicia y los grupos jóvenes, el apoyo en entrenamiento, provisión de armas y financiamiento, provisión de mercenarios, entre otros.⁶⁴¹

Así, resulta evidente que la Corte no ha realizado el ejercicio de diferenciar entre las formas de intervención del artículo 25.3.c) y el artículo 25.3.d), al menos al momento de decidir confirmar los cargos. La política de la Corte parece ser confirmar varias alternativas de responsabilidad, probablemente bajo la esperanza de que alguna de ellas podrá ser acreditada en juicio, y sin molestarse en diferenciarlas. El problema, a nuestro juicio, no es que confirme cargos por diferentes formas de responsabilidad, pues de hecho reconocemos que puede existir superposición parcial entre las hipótesis, y ello no debe restringir la posibilidad de que la Sala de Primera Instancia analice diversas formas de responsabilidad antes de condenar.⁶⁴² Sin embargo, esto no implica que las salas deban restarse de diferenciar las formas por las que confirma cargos, sobre todo puesto todas consideran diferentes elementos. En particular, la Corte deberá determinar si la diferencia entre las letras c) y d) es el estándar de la

⁶³⁸ Blé Goudé (2014, DCC), para. 168.

⁶³⁹ Blé Goudé (2014, DCC), paras. 177-178.

⁶⁴⁰ Katanga (2014, Fallo), paras. 648-650.

⁶⁴¹ Gbagbo (2014, DCC), para. 255.

⁶⁴² Esto evita, además, lo ocurrido en el caso Katanga, en que se debieron caracterizar nuevamente los cargos.

contribución, el carácter singular o plural del autor,⁶⁴³ o una combinación entre ambos criterios.

Nos inclinamos por la solución que se refiere a la singularidad o pluralidad del autor, esto porque, considerar que el artículo 25.3.d) tiene un carácter residual -y que, por tanto, abarca todas las conductas punibles que no caben dentro de los demás supuestos- implica desconocer los elementos propios de esta forma de responsabilidad, que, como vimos, han sido vastamente desarrollados por la Corte. Asimismo, darle el carácter residual, exigiendo entonces una contribución menor que la regulada en la letra c), significaría que el Estatuto reconocería que ciertas contribuciones serían impunes en caso de ser realizadas respecto del crimen en que operó solo un individuo, pero serían punibles en caso de prestarse a propósito de un crimen cometido por un grupo.

Así, creemos, debe exigirse, por un lado, al partícipe bajo el subpárrafo c), una contribución al autor que comete el crimen de forma individual, y por otro, en la letra d), una contribución a un grupo de autores. Ambas contribuciones deberían crear o aumentar el riesgo de la comisión del crimen, sumado a los requisitos propios de cada forma de responsabilidad.

En la jurisprudencia de la Corte podemos encontrar que dos juezas, Christine Van den Wyngaert y Silvia Fernández de Gurmendi, se han referido a esta forma de responsabilidad en sus votos disidente y separado respectivamente.

Así, en la sentencia definitiva del caso Katanga, la jueza Van den Wyngaert, en su voto disidente,⁶⁴⁴ afirmó que, el grupo al que se refiere este artículo, debe estar dentro de la hipótesis de coautoría del 25.3.a),⁶⁴⁵ no pudiendo estar compuesto dicho por los denominados “coautores mediatos”,⁶⁴⁶ ya que, como vimos, ella no considera que la coautoría mediata esté contemplada en el Estatuto.

Estamos en desacuerdo con este argumento, considerando que la contribución hecha por una persona en concordancia con esta forma de participación puede ser tanto para un

⁶⁴³ AMBOS, Kai. 2015. *ob. cit.*, pp. 595-596.

⁶⁴⁴ Desde un punto de vista conceptual, cabe señalar que la jueza indicó que compartía, en general, el enfoque de la mayoría. Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga), para. 283.

⁶⁴⁵ Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga), para. 284.

⁶⁴⁶ Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga), para. 285.

grupo de coautores directos como un grupo de coautores mediatos. Esto, porque consideramos que la Corte ha interpretado correctamente el Estatuto al contemplar la coautoría mediata, como fue explicado en el apartado correspondiente, y porque, en segundo lugar, el artículo 25.3.d) se refiere a esta forma de colaboración a grupos, sin distinguir la forma de responsabilidad en la que los autores principales actúen.

En segundo lugar, la jueza Van den Wyngaert postuló que el propósito común del grupo debe ser inherentemente criminal, y que la persona que contribuye debe estar al tanto que está contribuyendo a las actividades criminales del grupo.⁶⁴⁷

Nuevamente discrepamos con este requisito, pues entendemos que es necesario que el plan común del grupo requiera tener un elemento de criminalidad, como fue señalado por la Corte en los casos de Katanga y Mbarushimana. Sin embargo, no creemos necesario, como lo exige la jueza Van den Wyngaert, que el plan sea esencialmente criminal. Esto, siguiendo el requisito que ha sido exigido a la comisión de crímenes por dos o más personas, y en particular, al plan común que estas deben compartir, lo que se sigue de que la forma de participación del 25.3.d) sea una forma accesoria de responsabilidad a las principales.

En tercer lugar, la jueza, en lo relativo a la evaluación de la contribución, indicó que es relevante considerar si la asistencia estuvo específicamente dirigida a la parte criminal o no criminal de la actividad del grupo, especialmente considerando que esta es una forma de responsabilidad que tienen umbrales de *mens rea* y *actus reus* muy bajos.⁶⁴⁸

A este respecto, consideramos que, si la contribución debe ser al menos capaz de crear o aumentar el riesgo de que se cometa un crimen, se subentiende que la asistencia debe estar dirigida a la parte criminal de la actividad del grupo, lo que se condice con el requisito de que el plan tenga un elemento de criminalidad. Así, aquellos que incurran en conductas no penadas -asistencia respecto a actividades no criminales- no deben considerárseles partícipes bajo este artículo por el sólo hecho de estar colaborando con un grupo. Por tanto, estamos de acuerdo con esta observación, aun cuando consideramos innecesario incluirla como un elemento autónomo.

⁶⁴⁷ Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga), para. 286.

⁶⁴⁸ Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga), para. 287.

Finalmente, la jueza Van den Wyngaert indicó que, respecto del elemento subjetivo, la letra i) se configuraría con que el individuo tenga un conocimiento general del propósito criminal del grupo (por ello se indica que la actividad “*involves the comisision of a crime*”), mientras que la letra ii) exigiría que el acusado conociera el crimen específico que el grupo pretende cometer (“*to commit the crime*”).⁶⁴⁹ Estamos de acuerdo con esta distinción, y creemos que la versión española del Estatuto también ratifica el entendimiento del diverso conocimiento que debe tenerse en ambas hipótesis del tipo subjetivo (en efecto, se distingue entre “la comisión de un crimen” y “la intención de cometer el crimen”). En ese sentido, y respecto de la contradicción que se ha presentado al interior de la Corte en los casos de Katanga y Mbarushimana, compartimos lo señalado por la Corte en la primera de estas sentencias, esto es, que para dar lugar a esta forma de responsabilidad bajo el segundo modelo subjetivo, es necesario probar ese conocimiento respecto de cada crimen, y por tanto, el conocimiento de una intención criminal general no sería suficiente, siendo la primera hipótesis la que satisfará el requisito del artículo 25.3.d) ii). Además, dicha interpretación es armónica con la naturaleza accesoria de esta forma de responsabilidad, en la que se busca castigar aquellas conductas que efectivamente digan relación con la comisión de un crimen por parte de un grupo, y no la mera contribución a un grupo con un propósito criminal, en la que podrían, por ejemplo, caber contribuciones neutrales.

Respecto al voto separado de la jueza Silvia Fernández de Gurmendi emitido con ocasión de la apelación de la confirmación de cargos en el caso Mbarushimana, apelación que se relacionaba con el estándar requerido para la contribución regulada en el artículo 25.3.d), la jueza afirmó que la contribución está sólo calificada por la frase “de algún otro modo” en contraposición a los subpárrafos anteriores, llevando a que este artículo sea considerado como una forma residual de responsabilidad del partícipe.⁶⁵⁰ Es por esto que no está de acuerdo en caracterizar a la contribución como significativa.⁶⁵¹

⁶⁴⁹ Van den Wyngaert (2014, opinión de minoría Katanga), para. 288.

⁶⁵⁰ CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-514. Opinión separada Jueza Silvia Fernández de Gurmendi. (30 de mayo de 2012). [De ahora en adelante: Fernández (2012, opinión separada Mbarushimana).], para. 8.

⁶⁵¹ Fernández (2012, opinión separada Mbarushimana), para. 12. La jueza tampoco cree que el concepto de “sustancial”, tomado prestado de la teoría de la empresa criminal conjunta, sea aplicable en este caso. En efecto, señala que existen diferencias significativas entre ambas teorías que rechazan que se “importe” el estándar desde la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. (Fernández (2012, opinión separada Mbarushimana), para. 14).

En este caso, no compartimos los estándares fijados por la jueza Fernández de Gurmendi. En efecto, creemos que la Sala de Cuestiones Preliminares consideró adecuadamente que la contribución bajo la letra d) del artículo 25.3 debe tener algún estándar mínimo. Ahora bien, creemos que más relevante que determinar el adjetivo que calificará dicha participación (si es sustancial, significativo, u otro), es crucial que la Corte vincule de alguna manera la contribución con la comisión del delito. Ahora bien, y considerando que la Corte determinó que contribuciones posteriores a la comisión del delito podían recogerse también en esta forma de responsabilidad, no es posible exigir la concurrencia de un requisito de causalidad, por las mismas razones señaladas en el capítulo anterior respecto del encubridor. Por tanto, puede volver a ser útil orientar el análisis a la teoría del riesgo, como lo plantea Ambos, y así determinar si la conducta creó o incrementó un riesgo.⁶⁵²

Consideramos, por otro lado, correcto el criterio adoptado por la Corte respecto a quiénes pueden incurrir en esta forma de responsabilidad, aceptando que no sólo aquellos fuera de un grupo puedan realizar este tipo de contribuciones, sino también, aquellos al interior del mismo.

⁶⁵² AMBOS, Kai. 2015. *ob. cit.*, p. 603.

IV. CONCLUSIONES

Como pudimos ver en este trabajo, la forma de entender los modos de responsabilidad por parte de los tribunales penales internacionales se ha ido sofisticando a lo largo del tiempo. Primeramente, y siguiendo un modelo unitario, las Cortes no diferenciaban qué tipo de responsabilidad le cabía a cada individuo envuelto en la comisión de un crimen, imputando a todos igualmente y solo realizando diferencias al momento de establecer la pena.

Luego, con el establecimiento de los tribunales ad hoc, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales evolucionó hacia un modelo diferenciador. Estos, tomando como base un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, optaron por la doctrina de la empresa criminal conjunta. Sin embargo, esta última ha sido objeto de variadas críticas, no sólo por su origen, sino también por la aplicación e instrumentalización que hicieron de ella los tribunales penales internacionales para hacer responder como autores a personas cuya conducta muchas veces no satisfacía los criterios determinados. En efecto, una de las principales desventajas de la doctrina de la empresa criminal conjunta es que agrupaba e imputaba la misma forma de responsabilidad a un conjunto de individuos que habían hecho aportes sustancialmente diversos para la comisión del crimen, y que sólo se encontraban unidos por la existencia de un propósito común. Así, en la práctica, se repetían los mismos vicios que se criticaban respecto del modelo unitario que tampoco distingue entre las diversas conductas al momento de atribuir responsabilidad, afectándose entonces, el principio de culpabilidad.

El establecimiento de la Corte Penal Internacional marcó un nuevo hito en la evolución de las formas de autoría y participación bajo el derecho penal internacional. Esta Corte, a diferencia de los tribunales anteriores, creada sin afiliación a un conflicto determinado, y que se encuentra llamada a no dejar sin castigo a los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”,⁶⁵³ optó por utilizar un nuevo criterio diferenciador entre autores y partícipes: la doctrina del dominio del hecho.

⁶⁵³ Preámbulo Estatuto de Roma: “Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”. [Énfasis en el original]

Al hacerlo, la Corte no innovó completamente. Como vimos, la doctrina del dominio del hecho tenía reconocimiento en diversos sistemas jurídicos nacionales, y asimismo había tenido una manifestación temprana en la sentencia de primera instancia del caso *Stakić* del Tribunal Penal para la Ex-Yugoslavia.

Así, la Corte ha interpretado el artículo 25.3. de su Estatuto siguiendo la teoría del dominio del hecho, e indicando que la letra a) del Estatuto contendría las formas de autoría, mientras que las letras b), c) y d), se referirían a las diversas formas de participación. La elección de esta teoría, desarrollada principalmente por el jurista alemán Claus Roxin, ha permitido a la Corte interpretar su Estatuto de tal manera que el mismo pueda ser leído como un cuerpo armónico de normas, y permitiendo así, dar efecto a todas sus disposiciones. En efecto, tal y como hemos visto a lo largo de este trabajo, una interpretación diversa del Estatuto de Roma, tal como la sugerida por el modelo de la empresa criminal conjunta, no permitiría adecuadamente distinguir las hipótesis contenidas en el artículo 25.3.a) del Estatuto, de aquella prevista en el artículo 25.3.d) del mismo.

Sin embargo, la elección de la doctrina del dominio del hecho ha sido también objeto de críticas, tanto por parte de la doctrina especializada como también por los jueces de la misma Corte, como pudimos ver en los votos separados o disidentes de los jueces Fulford y Van den Wyngaert. En conformidad con dichas críticas, la Corte se habría apartado de una interpretación textual del Estatuto de Roma, prefiriendo una teoría de origen alemán que no tendría reconocimiento internacional, y que no es siquiera apropiada para los conflictos que se encuentran siendo conocidos por la Corte. Como expresamos en el apartado de críticas de cada forma de responsabilidad, en nuestra opinión algunos de esos cuestionamientos tienen sustento, por ejemplo, el que en la coautoría y coautoría mediata, la Corte se enfoque más en la contribución del individuo al plan común que en su contribución a la comisión del crimen en sí mismo,⁶⁵⁴ y por lo mismo esperamos que ellas lleven a la Corte a desarrollar su trabajo con mayor precisión, tanto al momento de determinar en abstracto los requisitos que deben verificarse para dar por acreditada una forma de responsabilidad, como también al momento

⁶⁵⁴ Van den Wyngaert (2012, opinión separada Ngudjolo), para. 34.

de determinar en concreto si los hechos probados se subsumen bajo alguna de las formas de responsabilidad recogidas.

Tras el análisis de las decisiones de confirmación de cargos y sentencias definitivas de la Corte Penal Internacional, cabe destacar las siguientes conclusiones:

La **autoría directa**, primer supuesto del artículo 25.3.a), constituye el modelo clásico de intervención en crímenes, pero sin embargo ha tenido una aplicación muy baja en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional. Esto se explica pues una característica típica de los crímenes internacionales es que ellos se cometen de manera colectiva, además del hecho que los mayores responsables de los crímenes -aquellos sobre los cuales la Corte ejerce su jurisdicción- muy pocas veces cometen estos delitos de propia mano. No obstante esta escasa aplicación, la Corte sí la ha reconocido como tal y ha explicitado sus elementos. Sin embargo, como vimos con más detalle, la Corte no ha mantenido una completa uniformidad respecto a sus criterios, y en muchos casos ni siquiera los ha enumerado. Sin que las diferencias identificadas al interior de la jurisprudencia de la Corte tengan un carácter sustantivo, igualmente creemos que un mejor entendimiento de las formas de responsabilidad podría llevar a la Corte a ser más clara al momento de confirmar los cargos por esta forma de responsabilidad, eliminando la incertidumbre que pueda existir respecto de ciertos requisitos.

La segunda forma de responsabilidad expresada en el Estatuto, la **autoría mediata**, introdujo una forma novedosa de entender la comisión de un crimen a través de otra persona. Así, como vimos, el Estatuto no reguló solamente la conducta de un perpetrador directo que es un mero instrumento del autor mediato -como había sido entendida tradicionalmente-, sino también, incluyó una forma en la que la persona que realiza los elementos físicos de un crimen también puede resultar penalmente responsable.

En cuanto a la jurisprudencia, como vimos en el capítulo III.1.ii), la autoría mediata no ha tenido un desarrollo muy significativo por parte de la Corte y en la oportunidad en que se confirmaron cargos basados en ella, la Corte no enunció sus requisitos ni tampoco caracterizó especialmente la conducta del imputado en base a estos. Pero, como se desprende de los casos analizados, la Corte sí ha realizado un análisis de esta forma de responsabilidad con ocasión de las imputaciones por coautoría mediata. Como vimos, en la elección de los elementos de la

autoría mediata, la Corte se ha basado no sólo en la teoría del dominio del hecho, sino, especialmente, en la teoría del dominio de la organización. Esta decisión ha conllevado críticas al tenor de un posible incumplimiento del artículo 22 del Estatuto de Roma al realizarse una interpretación extensiva de esta forma de responsabilidad, especialmente desarrolladas por la jueza Van den Wyngaert en sus votos separado y de minoría en los casos Ngudjolo Chui y Katanga. Sin perjuicio de que creemos que la Corte ha enunciado adecuadamente los requisitos que serían necesarios para la configuración de esta forma de responsabilidad, reconocemos que en algunos casos la Corte y la Fiscalía han realizado una equivocada interpretación de los hechos probados, pareciendo obstinarse en reclamar esta forma de responsabilidad en ocasiones en que otras formas, como la emisión de órdenes o a colaboración en general, pueden ser más apropiadas.

Luego, al analizar las decisiones de confirmación de cargos y sentencias definitivas por **coautoría**, podemos ver que la Corte también optó por la aplicación de la doctrina del dominio del hecho. Dicha decisión fue ampliamente criticada por los jueces Fulford y Van den Wyngaert. Como fue revisado en detalle, creemos que la Corte interpretó correctamente el Estatuto al identificar que existiría una jerarquía entre sus diversas disposiciones, aunque no creemos que dicha jerarquía sea necesariamente indicativa de un distinto nivel de reproche. Dado que existe una jerarquía, creemos que la exigencia de que las contribuciones realizadas en el marco de la coautoría sean esenciales para la comisión del crimen corresponde a un correcto entendimiento de esta forma de responsabilidad.

No obstante lo anterior, compartimos algunas de las críticas realizadas por la jueza Van den Wyngaert, por ejemplo consideramos que la Corte efectivamente ha desnaturalizado el concepto del plan común, poniendo un énfasis excesivo en el mismo en desmedro de la contribución realizada a la comisión del delito. Creemos que ello es especialmente problemático cuando la Corte ha admitido que un plan común al amparo de una forma de coautoría no debe ser intrínsecamente criminal. Así, creemos que la postura adoptada por la Corte podría suponer la condena como autor de un individuo que no tuvo prácticamente incidencia alguna en la comisión del crimen, y que si bien cumple con el elemento subjetivo, sería mejor categorizado como partícipe. Por lo mismo, creemos crucial que la Corte

mantenga el requisito del plan común, pero oriente su análisis a la contribución prestada por el individuo y su efecto en la comisión del crimen.

Por otra parte, y como ha sido sostenido por varios autores, creemos que la Corte ha impuesto requisitos subjetivos que no se desprenden de una correcta interpretación del Estatuto y que solo dificultan la labor de la Fiscalía, tales como el requisito de que los coautores estén mutuamente conscientes y acepten que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen, o que el imputado esté en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen. En efecto, creemos que dichos requisitos no tienen reconocimiento en el Estatuto de Roma, y su incorporación no tiene así justificación normativa. Por esto, creemos que es fundamental que la Corte oriente su labor por lo dispuesto en el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Respecto de la **coautoría mediata**, esta es una forma de responsabilidad que no tiene reconocimiento expreso en el Estatuto. Sin embargo, y como vimos en detalle, lo anterior no ha impedido a la Corte afirmar que sí se encuentra contenida en él. Sin perjuicio de la razonabilidad de la argumentación de la Corte, y si bien estamos convencidas que esta forma de responsabilidad es admisible pues corresponde a una simple coincidencia fáctica entre dos formas de responsabilidad, creemos que es necesario que la Corte la trate con cautela. En particular, y como vimos, nos parece fundamental que la Corte considere los requisitos tanto de la coautoría como de la autoría mediata, a fin de determinar la verificación de esta forma de responsabilidad. De tal manera, no existe una afectación al principio *pro reo*, pues, por el contrario, se impone una alta carga a la Fiscalía para acreditar todos los elementos de ambas formas de responsabilidad.

En lo relativo a participación, nos parece que la Corte, siguiendo la doctrina del dominio del hecho, ha sido capaz de desarrollar esta forma accesoria de responsabilidad con mayor profundidad que los tribunales penales internacionales anteriores, diferenciándola correctamente de la autoría y dándole pleno reconocimiento a todas las formas de participación enunciadas en las letras b) a d) del artículo 25.3.

Acerca de **ordenar, proponer e inducir**, consideramos que la Corte ha logrado identificar adecuadamente los elementos objetivos y subjetivos de esta forma de

responsabilidad, distinguiendo, al interior de este subpárrafo, la figura de *ordenar* que, necesariamente y al contrario de las otras dos, requiere una posición de autoridad del partícipe. Sin embargo la Corte ha sido poco precisa respecto de los otros dos conceptos -proponer e inducir-. En nuestra opinión, una interpretación del Estatuto debe llevar a concluir que los conceptos de inducir y proponer tienen una relación de género-especie.

Respecto a quien sea **cómplice, encubridor o colabore de algún modo**, pudimos ver que existe una diferencia relevante entre las diversas versiones del Estatuto de Roma en sus idiomas oficiales, pero que aquello no ha sido analizado por la Corte al momento de confirmar cargos por esta forma de responsabilidad. Si bien lo anterior puede explicarse por el poco desarrollo que ha tenido esta forma de participación, consideramos importante que la Corte se pronuncie al respecto, sobre todo, en lo que concierne a la figura del encubridor. Asimismo, consideramos importante que la Corte establezca la relación de esta forma de participación con la contenida en el artículo 25.3.d), y a su vez, determine el nivel de contribución que será necesario para configurar esta forma de responsabilidad. Dicho estándar debe fijarse, en nuestra opinión, teniendo a la vista la calidad de los crímenes que competen a la Corte y las teorías modernas de imputación, como lo es la teoría del riesgo.

Finalmente, y respecto a la última forma de participación, de **contribución al crimen grupal**, consideramos que su inclusión dentro del Estatuto muestra un adecuado entendimiento de la criminalidad internacional, que como hemos dicho ya varias veces, suele desarrollarse por medio de la actuación de grupos de personas. Esto explica por qué ha sido una de las formas de responsabilidad más utilizadas por la Corte al momento de la confirmación de cargos. Ahora bien, y no obstante el amplio desarrollo de esta forma de responsabilidad, creemos que la Corte no ha sido capaz de establecer un criterio diferenciador entre esta forma de intervención y la de la letra c) del artículo 25.3 del Estatuto de Roma, como tampoco ha sido capaz de establecer con claridad el nivel de intervención que sería necesario para configurar la responsabilidad. A nuestro juicio, la Corte debería pronunciarse negando reconocer en esta hipótesis un carácter residual respecto a las otras formas de responsabilidad, y por tanto, afirmando que las formas de participación de las letras c) y d) se diferencian en cuanto a la naturaleza del autor principal al cual se le presta la contribución, siendo, en el caso de la letra d), un grupo. Esto permitiría mantener el estándar mínimo de

contribución exigido para que la conducta sea punible, lo que creemos se manifiesta en la teoría del riesgo, y diferenciar claramente el subpárrafo d) del c).

En suma, consideramos que la Corte estuvo en lo correcto al interpretar el artículo 25.3 bajo la luz de la teoría del dominio del hecho, diferenciando entre autores y partícipes. Sin embargo, esperamos que, en lo sucesivo, la Corte realice un análisis más sistemático de las formas de responsabilidad y los hechos acreditados, para facilitar el entendimiento de todos los actores involucrados en el juicio, lo que en definitiva facilitará el cumplimiento del rol preventivo del derecho penal internacional y el rol educativo que debe desempeñar la Corte.

No obstante lo anterior, miramos con recelo la reciente costumbre de las Salas de Cuestiones Preliminares respecto a confirmar los cargos bajo un abanico importante de formas de responsabilidad, sin ahondar en cada una de ellas ni explicar cómo ellas se relacionan con los hechos de la causa. Si bien no hay duda que esta es una respuesta tras la controversia generada a propósito de los casos Katanga y Ngudjolo, creemos que esta práctica conlleva una posible afectación al debido proceso ya que genera una incertidumbre para la Defensa, respecto de qué cargos finalmente se hará cargo la Fiscalía en el juicio. Asimismo, creemos que supone que las Salas de Cuestiones Preliminares no están cumpliendo adecuadamente su rol de filtrar o delimitar los asuntos que llegarán a ser conocidos por la Corte en primera instancia, en tanto realiza confirmaciones excesivamente amplias que dificultan y prologan los juicios a ser desarrollados. Por lo mismo, creemos que exigir a las Salas de Cuestiones Preliminares una mayor precisión al momento de confirmar cargos, permitirá administrar más adecuadamente los recursos.

En definitiva, creemos que una Corte penal que sirve de modelo tanto para los demás tribunales penales internacionales presentes y futuros, como también para los sistemas nacionales de cada uno de los Estados miembros, debe ser clara y rigurosa respecto a la forma en que interpreta su Estatuto y lo aplica a los hechos que son acreditados. De esta forma, la Corte no sólo está cumpliendo con los principios del derecho penal internacional, sino, y al tratar los crímenes más graves para la humanidad, está verdaderamente impartiendo justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y otras publicaciones

1. AINLEY, Kirsten. Responsibility for Atrocity: Individual Criminal Agency and the International Criminal Court. En: PARRY, John. Evil, Law and the State: Perspectives on State Power and Violence. Amsterdam, Rodopi, 2006. pp. 143-158.
2. AMBOS, Kai. General Principles of Criminal Law in the Rome Statute. Criminal Law Forum. 10(1): 1-32, marzo, 1999.
3. AMBOS, Kai. Nuevo Derecho Penal Internacional. Ciudad de México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2002. 902p.
4. AMBOS, Kai. La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática. Montevideo, KonradAdenauer-Stiftung, 2005. 594p.
5. AMBOS, Kai. La Corte Penal Internacional. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2007. 544p.
6. AMBOS, Kai. Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision. Leiden Journal of International Law. 22: 715-726, diciembre, 2009.
7. AMBOS, Kai. Treatise on International Criminal Law: Vol.1. Oxford, Oxford University Press, 2013. 520p.
8. AMBOS, Kai. Article 25: Individual Criminal Responsibility. En: Triffterer, Otto. (Ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Munchen, Nomos, 2014. pp. 743-770.
9. AMBOS, Kai. The ICC and Common Purpose - What Contribution is Required under Article 25(3)(d)? En: STAHN, Carsten. The Law and Practice of the International Criminal Court. Nueva York, Oxford University Press, 2015. pp. 592-607.

10. AN INTRODUCTION to International Criminal Law and Procedure por Robert Cryer "et al". Nueva York, Cambridge University Press, 2010. 618p.

11. BANTEKAS, Ilias. International Criminal Law. 4^a ed. Oregon, Hart Publishing, 2010. 666p.

12. BASSIOUNI, Marco. The Legislative History of the International Criminal Court. Vol. 2. Nueva York, Transnational Publishers, 2005. 773p.

13. BOAS, Gideon. The Difficulty with Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law. En: STAHN Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa. (Ed.). Future perspectives on International Criminal Justice. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2010. pp. 510-519.

14. BOGDAN, Attila. Individual Criminal Responsibility in the Execution of a "Joint Criminal Enterprise" in the Jurisprudence of the ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia. International Criminal Law Review. 6(1): 63-120, marzo, 2006.

15. CASSESE, Antonio. International Criminal Law. 2^a ed. Nueva York, Oxford University Press, 2008. 508p.

16. CASSESE, Antonio. The Oxford Companion to International Criminal Justice. Nueva York, Oxford University Press, 2009. 1008p.

17. CASSESE, Antonio. Cassese's International Criminal Law. 3^a ed. Oxford, Oxford University Press, 2013. 414p.

18. CHALMERS, James y LEVERICK, Fiona. Fair Labelling in Criminal Law. The Modern Law Review. 71(2): 217-246, febrero, 2008.

19. CHOULIARAS, Athanasios. From 'Conspiracy' to 'Joint Criminal Enterprise': in search of the organizational parameter. En: STAHN Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa. (Ed.). Future perspectives on International Criminal Justice. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2010. pp. 545-582.

20. ELLIS, Mark y GOLDSTONE, Richard. (Ed.). *The International Criminal Court: challenges to achieving justice and accountability in the 21st century*. Nueva York, International Debate Education Association, 2008. 420p.

21. ESER, Albin. *Individual Criminal Responsibility. Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law*. En: CASSESE, Antonio. *The Rome Statute of the International Criminal Court: a commentary*. Oxford; Nueva York, Oxford University Press, 2002. pp. 767-948.

22. FAUCHALD, Olek y STIGEN, Jo. *Corporate Responsibility before International Institutions*. *The George Washington International Law Review*. 40(4): 1025-1100, 2009.

23. FINNIN, Sarah. *Elements of Accessorial Modes of Liability: Article 25 (3)(b) and (c) of the Rome Statute of the International Criminal Court*. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012. 234p.

24. GALLANT, Kenneth. *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. Nueva York, Cambridge University Press, 2009. 632p.

25. GALLMETZER, Reinhold y KLAMBERG, Mark. *Individual Responsibility for Crimes Under International Law: The Un Ad Hoc Tribunals and the International Criminal Court*. *The Summer School on International Criminal Law*: 60-77, 2005.

26. GÓMEZ, Alonso. *Los Procesos de Nüremberg y Tokio: Precedentes de la Corte Penal Internacional*. *Ars Iuris*. 29: 749-774, 2003.

27. GÓMEZ, Francisco. *La responsabilidad Penal Residual del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma en la Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. En: Cárdenas, Claudia y Fernández, Karinna. (Ed.) *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*. Santiago, LegalPublishing. pp. 91-103.

28. GREPPI, Edoardo. *La evolución de la responsabilidad penal individual*. *International Criminal Law Review*. 12(1): 1-20, septiembre, 1999.

29. GUILFOYLE, Douglas. Responsibility for Collective Atrocities: Fair Labelling and Approaches to Commission in International Criminal Law. Current Legal Problems. 64(1): 255-286, septiembre, 2011.

30. HARTLE, Chelsea. The Application of the Joint Criminal Enterprise doctrine in International Criminal Law for the Prosecution of Sexual Offences. Tesis. (Magíster en Derecho). Stellenbosch, Sudáfrica. Universidad de Stellenbosch, 2015. 187p.

31. HERNÁNDEZ, Francisco. Autoría y participación en el crimen internacional. Revista Jurídica. 11: 171-208, 2004.

32. INTERNATIONAL Criminal Law: Cases and Commentary por Antonio Cassese "et al". Nueva York, Oxford University Press, 2011. 592p.

33. JACKSON, Miles. The Attribution of Responsibility and Modes of Liability in International Criminal Law. Leiden Journal of International Law. 29(3): 879-895, abril, 2016.

34. JAIN, Neha. The Control Theory of Perpetration in International Criminal Law. Chicago Journal of International Law. 12(1): 159-200, enero, 2011.

35. JALLOH, Charles. The Sierra Leone Special Court and its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law. Nueva York, Cambridge University Press, 2014. 824p.

36. KIM, Young Sok. The Law of the International Criminal Court. Nueva York, William S. Hein & Co., 2007. 571p.

37. KUCHER, Olena y PETRENKO, Aleksey. International Criminal Responsibility after Katanga: Old Challenges, New Solutions. Russian Law Journal. 3(1): 143-168, 2015.

38. LEE, Roy. (Ed.). The International Criminal Court: the making of the Rome Statute. La Haya, Kluwer Law International, 1999. 657p.

39. MARSTON, Allison y MARTÍNEZ, Jenny. Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law. California Law Review. 93(1): 75-170, enero, 2005.

40. MATUS, Jean Pierre. Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno Chileno conforme a la Ley N° 20.537. Política Criminal. 8(16): 363-385, diciembre, 2013.

41. MCGOLDRICK, Dominic; ROWE, Peter y DONELLY, Eric. (Ed.). The permanent International Criminal Court: legal and policy issues. Oregon, Hart Publishing, 2004. 498p.

42. MOYO, Unesu. The development of indirect co-perpetration by the International Criminal Court and the extent. Tesis. (Magíster en Derecho Internacional y Europeo). Tilburg, Países Bajos. Universidad de Tilburg, 2013. 53p.

43. OHLIN, Jens. Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise. Cornell Law Faculty Publications. 5(1): 69-90, marzo, 2007.

44. OHLIN, Jens. Co-Perpetration: German Dogmatik or German Invasion? En: STAHN, Carsten. The Law and Practice of the International Criminal Court. Nueva York, Oxford University Press, 2015. pp. 517-537.

45. OHLIN, Jens, VAN SLIEDREGT, Elies y WEIGEND, Thomas. Assesing the Control-Theory. Leiden Journal of International Law. 26: 725-746, septiembre, 2016.

46. OLÁSULO, Héctor. El impacto de la primera jurisprudencia de la CPI en la distinción entre autoría y participación. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. 132: 83-119, 2008.

47. OLÁSULO, Héctor. The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes. Oregon, Hart Publishing, 2009. 354p.

48. OLÁSULO, Héctor. Current trends on modes of liability for genocide, crimes against humanity and war crimes. En: STAHN Carsten y VAN DEN HERIK, Larissa. (Ed.). Future perspectives on International Criminal Justice. La Haya, T.M.C. Asser Press, 2010. pp. 545-582.

49. OLÁSULO, Héctor. Tratado de Autoría y Participación. Valencia, Tirant lo Blanch, 2013. 998p.

50. OLÁSULO, Héctor. Forms of accesorial responsibility. En: STAHN, Carsten. The Law and Practice of the International Criminal Court. Nueva York, Oxford University Press, 2015. pp. 557-590.

51. RAIMONDO, Fabian. General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals. Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. 237p.

52. ROXIN, Claus. El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. Revista de Estudios de la Justicia. 7: 11-22, enero, 2006.

53. ROXIN, Claus. Crimes as a Part of Organized Power. Journal of International Criminal Justice. 9(1): 191-205, marzo, 2011.

54. SCHABAS, William. The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute. Oxford; Nueva York, Oxford University Press, 2010. 1259p.

55. STAHN, Carsten y SLUITER, Göran. (Ed.) The emerging practice of the International Criminal Court. Leiden; Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009. 772p.

56. STEWART, James. The End of “Modes of Liability” for International Crimes. Leiden Journal of International Law. 25(1): 165-219, febrero, 2012.

57. THIAM, Doudou. Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind. Yearbook of the International Law Commission. II(1): 53-86, 1986.

58. VAN SLIEDREGT, Elies. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2012. 376p.

59. VAN SLIEDREGT, Elies. *Perpetration and Participation in Article 25(3)*. En: Stahn, Carsten. *The Law and Practice of the International Criminal Court*. Nueva York, Oxford University Press, 2015. pp. 499-516.

60. VEST, Hans. *Problems of participation - Unitarian, differentiated approach, or something else?* *Journal of International Criminal Justice*. 12(2): 295-309, abril, 2014.

61. WEIGEND, Thomas. *Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept*. *Journal of International Criminal Justice*. 9(1): 91-111, marzo, 2011.

62. WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005. 739p.

63. WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian y BURGHARDT, Boris. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011. 999p.

64. WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris *Establishing degrees of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute*. En: Van Sliedregt, Elies y Vasiliev, Sergey. (Ed.). *Pluralism in International Criminal Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2014. pp. 1-29.

65. WERLE, Gerhard, JESSBERGER, Florian. *Principles of International Criminal Law*. Nueva York, Oxford University Press, 2014. 676p.

66. ZAWATI, Hilmi. *Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes at the International Criminal Courts*. Nueva York, Oxford University Press, 2014. 228p.

Documentos Naciones Unidas

1. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°260 (III) de 9 de diciembre de 1948.
2. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°44/39 de 4 de diciembre de 1989.
3. ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°46 de 11 de diciembre de 1995.
4. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°827 de 25 de mayo de 1993.
5. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución N°955 de 8 de noviembre de 1994.

Sitios Web

1. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991. [en línea] <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1993-statute-tribunal-former-yugoslavia-5tdm74.htm>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].
2. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda. [en línea] <<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].
3. DIRITTO. Codice penale. [en línea] <<http://www.diritto.it/codici/2>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

4. INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST. Judgment of 4 November 1948. [en línea] <<http://werle.rewi.hu-berlin.de/tokio.pdf>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

5. LEGISLATIONLINE. Criminal Code of the Republic of Austria (1974, amended 2015) (German version). [en línea] <<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

6. LIBRARY OF CONGRESS. Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals. Vol. 2. [en línea] <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-II.pdf> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

7. RETSINFORMATION. Straffeloven. [en línea] <<https://www.retsinformation.dk/Forms/r0710.aspx?id=181992>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

8. THE AVALON PROJECT. Judgment Keitel. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judkeite.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

9. THE AVALON PROJECT. Judgment von Neurath. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/judneur.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

10. THE AVALON PROJECT. Nuremberg Trial Proceedings Vol. 19 Day 188. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/07-27-46.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

11. THE AVALON PROJECT. Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Control Council Law N° 10. [en línea] <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>> [consulta: 05 de noviembre de 2016].

Casos

Corte Penal Internacional

- Decisiones de confirmación de cargos

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2007. Sala de Cuestiones Preliminares I. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-803. Decisión de confirmación de cargos. (29 de enero de 2007).

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2008. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-717. Decisión de confirmación de cargos. (30 de septiembre de 2008).

3. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2009. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. ICC-01/05-01/08-424. Decisión de confirmación de cargos. (15 de junio de 2009).

4. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2010. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda. ICC-02/05-02/09-243-Red. Decisión de confirmación de cargos. (8 de febrero de 2010).

5. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2011. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Abdallah Banda, Abakaer Nourain y Saleh Mohammed Jerbo Jamus. ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red. Decisión de confirmación de cargos. (7 de marzo de 2011).

6. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2011. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-465-Red. Decisión de confirmación de cargos. (16 de diciembre de 2011).

7. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali. ICC-01/09-02/11-382-Red. Decisión de confirmación de cargos. (23 de enero de 2012).

8. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang. ICC-01/09-01/11-373. Decisión de confirmación de cargos. (23 de enero de 2012).

9. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda. ICC-01/04-02/06-309. Decisión de confirmación de cargos. (9 de junio de 2014).

10. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Laurent Gbagbo. ICC-02/11-01/11-656-Red. Decisión de confirmación de cargos. (12 de junio de 2014).

11. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido. ICC-01/05-01/13-749. Decisión de confirmación de cargos. (11 de noviembre de 2014).

12. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. ICC-02/11-02/11-186. Decisión de confirmación de cargos. (11 de diciembre de 2014).

13. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Cuestiones Preliminares I. The Prosecutor v. Ahmed Al Faqi Al Mahdi. ICC-01/12-01/15-84-Red. Decisión de confirmación de cargos. (24 de marzo de 2016).

14. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Cuestiones Preliminares II. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. ICC-02/04-01/15-422-Red. Decisión de confirmación de cargos. (23 de marzo de 2016).

- **Sentencias definitivas**

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842. Fallo. (14 de marzo de 2012).

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo. ICC-01/04-02/12-3. Fallo. (18 de diciembre de 2012).

3. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3436. Fallo. (07 de marzo de 2014).

4. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Primera Instancia VIII. The Prosecutor v. Ahmed Al Faqi Al Mahdi. ICC-01/12-01/15-171. Fallo y fallo condenatorio. (27 de septiembre de 2016).

5. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2016. Sala de Primera Instancia VII. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu y Narcisse Arido. ICC-01/05-01/13-1989-Red. Fallo. (19 de octubre de 2016).

- **Apelaciones**

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-514. Sentencia apelación Decisión de confirmación de cargos. (30 de mayo de 2012).

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-3121-Red. Sentencia apelación Fallo. (01 de diciembre de 2014).

- **Votos separados o disidentes**

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06-2842. Opinión separada Juez Adrian Fulford. (14 de marzo de 2012).

2. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana. ICC-01/04-01/10-514. Opinión separada Jueza Silvia Fernández de Gurmendi. (30 de mayo de 2012).

3. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo. ICC-01/04-02/12-4. Opinión separada Jueza Christine Van den Wyngaert. (18 de diciembre de 2012).

4. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga. ICC-01/04-01/07-3436-AnxI. Opinión de minoría Jueza Christine Van den Wyngaert. (07 de marzo de 2014).

5. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2014. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Charles Blé Goudé. ICC-02/11-02/11-186-Anx. Opinión parcialmente disidente Jueza Christine Van den Wyngaert. (11 de diciembre de 2014).

- **Otros**

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL. 2012. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-01/07-3319. Decisión sobre la implementación de la norma 55 del Reglamento de la Corte. (21 de noviembre de 2012).

Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia

1. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 1998. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić, Hazim Delić, Esad Landžo. IT-96-21-T. Sentencia. (16 de noviembre de 1998).

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
1998. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Anto Furundžija. IT-95-17/1-T.
Sentencia. (10 de diciembre de 1998).

3. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
1999. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Duško Tadić. IT-94-1-A. Apelación. (15
de julio de 1999).

4. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2000. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić,
Vlatko Kupreškić, Drago Josipović, Dragan Papić, Vladimir Šantić. IT-95-16-T.
Sentencia (14 de enero de 2000).

5. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2001. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Radislav Krstić. IT-98-33-T.
Sentencia. (2 de agosto de 2001).

6. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2001. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos,
Mlado Radić, Zoran Žigić, Dragoljub Prcać. IT-98-30/1-T. Sentencia. (2 de noviembre
de 2001).

7. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2003. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Milomir Stakić. IT-97-24-T.
Sentencia. (31 de julio de 2003).

8. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2003. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Milorad Krnojelac. IT-97-25-A.
Apelación. (17 de septiembre de 2003).

9. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2004. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Mitar Vasiljević. IT-98-32-A. Apelación.
(25 de febrero de 2004).

10. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2004. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Radislav Krstić. IT-98-33-A. Apelación.
(19 de abril de 2004).

11. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2004. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Tihomir Blaškić. IT-95-14-A. Apelación.
(29 de julio de 2004).

12. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2004. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Radoslav Brđanin. IT-99-36-T.
Sentencia. (1 de septiembre de 2004).

13. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2004. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Dario Kordić y Mario Čerkez. IT-95-
14/2-A. Apelación. (17 de diciembre de 2004).

14. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2005. Cámara de Primera Instancia I. Sección A. Prosecutor v. Vidoje Blagojević,
Dragan Jokić. IT-02-60-T. Sentencia. (17 de enero de 2005).

15. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2005. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Mlado Radić, Zoran
Žigić, Dragoljub Prcać. IT-98-30/1-A. Apelación. (28 de febrero de 2005).

16. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2005. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Pavle Strugar. IT-01-42-T.
Sentencia. (31 de enero de 2005).

17. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2006. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Milomir Stakić. IT-97-24-A. Apelación.
(22 de marzo de 2006).

18. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2006. Cámara de Primera Instancia II. Prosecutor v. Naser Orić. IT-03-68-T.
Sentencia. (30 de junio de 2006).

19. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2006. Cámara de Primera Instancia I. Prosecutor v. Momčilo Krajišnik. IT-00-39-T.
Sentencia. (27 de septiembre de 2006).

20. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2006. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Blagoje Simić. IT-95-9-A. Apelación. (28
de noviembre de 2006).

21. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2006. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Stanislav Galić. IT-98-29-A. Apelación.
(30 de noviembre de 2006).

22. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2007. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Radoslav Brđanin. IT-99-36-A.
Apelación. (3 de abril de 2007).

23. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2007. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Vidoje Blagojević y Dragan Jokić. IT-02-
60-A. Apelación. (9 de mayo de 2007).

24. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2007. Cámara de Primera Instancia I. Prosecutor v. Milan Martić. IT-95-11-T.
Sentencia. (12 de junio de 2007).

25. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2008. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Milan Martić. IT-95-11-A. Apelación. (8
de octubre de 2008).

26. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA.
2009. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović,
Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić. IT-05-87-T.
Sentencia (volumen 3). (26 de febrero de 2009).

27. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2009. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Momčilo Krajišnik. IT-00-39-A. Apelación. (17 de marzo de 2009).

28. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2009. Cámara de Apelaciones. Prosecutor v. Dragomir Milošević. IT-98-29/1-A. Apelación. (12 de noviembre de 2009).

29. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX-YUGOSLAVIA. 2016. Cámara de Primera Instancia. Prosecutor v. Radovan Karadžić. IT-95-5/18-T. Sentencia. (24 de marzo de 2016).

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

1. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 1998. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. ICTR-96-4-T. Fallo. (2 de septiembre de 1998).

2. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2003. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli. ICTR-98-4A-T. Fallo. (1 de diciembre de 2003).

3. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Primera Instancia II. The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda. ICTR-99-54A-T. Fallo. (22 de enero de 2004).

4. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Primera Instancia III. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi. ICTR-2001-64-T. Fallo. (17 de junio de 2004).

5. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. André Rwamakuba. ICTR-98-44-AR72.4. Decisión sobre la apelación interlocutoria en relación a la aplicación de la empresa criminal conjunta al crimen de genocidio. (22 de octubre de 2004).

6. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2004. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Elizaphan Ntakirutimana and Gérard Ntakirutimana. ICTR-96-10-A y ICTR-96-17-A. Apelación. (13 de diciembre de 2004).

7. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Laurent Semanza. ICTR-97-20-A. Apelación. (20 de mayo de 2005).

8. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda. ICTR-99-54A-A. Apelación. (19 de septiembre de 2005).

9. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Primera Instancia III. The Prosecutor v. Édouard Karemera, Mathieu Ngirumpatse, Joseph Nzirorera, André Rwamakuba. ICTR-98-44-T. Decisión sobre las mociones preliminares de la Defensa impugnando la jurisdicción en relación a la empresa criminal conjunta. (13 de diciembre de 2005).

10. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2005. Sala de Primera Instancia I. The Prosecutor v. Aloys Simba. ICTR-01-76-T. Fallo. (13 de diciembre de 2005).

11. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2006. Sala de Apelación. The Prosecutor v. André Ntagerura, Emmanuel Bagambiki, Samuel Imanishimwe. ICTR-99-46-A. Apelación. (7 de julio de 2006).

12. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2006. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi. ICTR-2001-64-A. Apelación. (7 de julio de 2006).

13. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2006. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi. ICTR-2001-64-A. Opinión separada Juez Wolfgang Schomburg. (7 de julio de 2006).

14. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. 2007. Sala de Apelaciones. The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze. ICTR-99-52-A. Apelación. (28 de noviembre de 2007).

Tribunal Especial para El Líbano

1. TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO. 2011. Sala de Apelaciones. Decisión Interlocutoria sobre el Derecho Aplicable. STL-11-01/I. (16 de febrero de 2011).

Corte Especial para Sierra Leona

1. CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. 2008. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu ("caso AFRC"). SCSL-2004-16-A. Apelación. (22 de febrero de 2008).

2. CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. 2009. Sala de Primera Instancia I. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. ("caso RUF"). SCSL-04-15-T. Fallo. (2 de marzo de 2009)

3. CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA. 2009. Sala de Apelaciones. Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao. ("caso RUF"). SCSL-04-15-A. Apelación. (26 de octubre de 2009).

Cámara Extraordinaria en las Cortes de Camboya

1. CÁMARA EXTRAORDINARIA EN LAS CORTES DE CAMBOYA. 2010. Cámara de Primera Instancia. Caso 001. 001/18-07-2007/ECCC/TC. (26 de julio de 2010).

2. CÁMARA EXTRAORDINARIA EN LAS CORTES DE CAMBOYA. 2010. Oficina de Jueces Co-Investigadores. Caso 002. 002/19-09-2007-ECCC-OCIJ. (15 de septiembre de 2010).