

Formas de participación en el derecho penal internacional

I. Introducción

Como vimos en el Capítulo 1, la distinción entre autoría y participación, responde a la distinción entre quienes son directamente responsables por la violación de la norma penal (responsables principales o autores) y los que son responsables en forma derivada (responsables accesorios o partícipes)¹. De esta manera, mientras los autores de un delito son aquéllos cuya responsabilidad puede ser establecida independientemente de todos los demás intervinientes en el mismo, partícipes son aquéllos cuya responsabilidad se deriva de la responsabilidad principal de los autores².

Esta distinción ha sido expresamente recogida de la siguiente manera por la SPI I en su sentencia de 14 de marzo de 2012 en el caso Lubanga:

La conclusión de que para incurrir en responsabilidad principal se debe requerir más que para incurrir en responsabilidad accesoria se apoya, según la Mayoría, en la disposición sobre la tentativa recogida en el estatuto (artículo 25 (3)(f) del Estatuto). Sólo aquellos individuos que intentan “cometer” un delito, a diferencia de quienes participan en la comisión de un delito por un tercero, pueden ser responsables según dicha disposición. A la misma conclusión lleva interpretación literal de los artículos 25 (3)(b) y (c), que requieren que el autor intente al menos la comisión del delito para que terceras personas puedan incurrir en responsabilidad accesoria. De esta manera, la responsabilidad accesoria depende de los actos del autor. Por el contrario, la responsabilidad principal, que es más próxima a la violación de los intereses protegidos por la norma, no se encuentra sujeta a esa dependencia. Por lo tanto, la Mayoría concluye que esto confirma el predominio de la responsabilidad principal sobre la accesoria, lo que, a su vez, apoya el concepto de que la responsabilidad principal requiere un mayor grado de contribución que la accesoria. La opinión de la Mayoría es que la contribución del coautor debe ser esencial, tal y como ha sido afirmado de manera constante e invariable por la jurisprudencia de esta Corte. El Estatuto diferencia entre la responsabilidad de aquellos que cometen el delito (artículo 25 (3)(a)) y la de quienes son accesorios al mismo (artículos 25(3)(b) a (d)). Sería posible extender el concepto de responsabilidad principal (o autoría), para así hacerlo más ampliamente aplicable, si se rebajase la exigencia de que la contribución del acusado debe ser esencial. Sin embargo, rebajar dicho estándar privaría al concepto de responsabilidad principal de su capacidad para expresar la reprochabilidad de que son merecedoras aquellas personas que son las más responsables de los delitos más graves para la comunidad internacional. Por el contrario, un concepto de coautoría que requiere una contribución esencial permite reflejar y abordar adecuadamente los distintos grados de responsabilidad³.

II. Ordenar

¹ G.P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (2º ed., Oxford, Oxford University Press, 2000), p. 636 [en adelante: Fletcher].

² J.C. Smith y B. Hogan, *Criminal Law* (11 ed., Londres, Butterworths, 2005), p. 165 [en adelante: Smith y Hogan].

³ Caso Lubanga (Judgment) ICC-01/04-01/06-2842 (14 de febrero de 2012), párrs. 998-999 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Lubanga].

De acuerdo con algunos autores como Ambos, el concepto de “ordenar” previsto en los arts. 25(3)(b) ER, 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL se encuentra más relacionado con la figura de la autoría mediata por EOP (responsabilidad principal) que con el concepto de participación en los delitos cometidos por terceras personas (responsabilidad accesoria), puesto que se fundamenta en el recurso a una estructura jerárquica para asegurar la comisión de los delitos⁴. En el mismo sentido, Van Sliedregt ha sugerido que, en el contexto del art. 25(3) ER, ordenar podría ser considerado como una forma de autoría mediata⁵.

Ahora bien, como los arts. 25(3)(a) y (b) ER, 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL distinguen explícitamente entre los conceptos de “ordenar” y “cometer” un delito, es necesario analizar cuál es la frontera entre la figura de la autoría mediata por EOP, que da lugar a responsabilidad principal, y el concepto de ordenar como forma de responsabilidad accesoria⁶.

A. Elementos Objetivos

De acuerdo con la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CESL, ordenar consiste en utilizar una posición de autoridad para mandar a otra persona que realice los elementos objetivos del delito.⁷ Por esta razón, como ha señalado Del Ponte:

En circunstancias en las cuales unas personas deciden conjuntamente cometer un delito y no se encuentran en una relación jerárquica o no actúan en virtud de una relación jerárquica, ordenar no será la forma de responsabilidad idónea para reflejar correctamente su participación conjunta en el hecho punible⁸.

En tanto en cuanto el dirigente tenga la autoridad necesaria para ordenar a los autores materiales que comentan los delitos, no es necesario probar ninguna relación

⁴ K. Ambos, La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática (traducción de Ezequiel Malarino, Uruguay, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005), p. 196 [en adelante: Ambos, La parte general del derecho penal internacional].

⁵ E. Van Sliedregt, The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law (La Haya, TMC Asser Press, 2003), p. 76 [en adelante: Van Sliedregt].

⁶ “Ordenar” es reconocida en el derecho internacional consuetudinario como una forma de participación en la comisión de delito, según sostienen G. Werle, Tratado de derecho penal internacional (Valencia, Tirant lo Blanch, 2005), p. 219 [en adelante: Werle]; Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 4), p. 274 y A. Eser, “Individual Criminal Responsibility” en A. Cassese, P. Gaeta, y J.R.W.D. Jones (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 796 [en adelante: Eser]. Sin embargo, para A. Cassese, International Criminal Law (Oxford, Oxford University Press 2003), p. 194 [en adelante: Cassese, International Criminal Law], la naturaleza del “ordenar” no es la de una forma de participación en la comisión de delito, sino la de una actividad preparatoria que genera responsabilidad penal por sí misma, con independencia de si la orden ilícita es finalmente realizada. Sin embargo, en nuestra opinión, la jurisprudencia de los TPIR y TPIY no apoya esta interpretación, porque requiere que los delitos ordenados sean cometidos en cumplimiento o promoción de la orden. Vid. Kamuhanda v. Prosecutor (Appeals Chamber Judgement) ICTR-99-54A-A (de 19 de septiembre de 2005), párr. 75 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Kamuhanda]; Prosecutor v. Gacumbitsi (Appeals Chamber Judgement) ICTR-2001-64-A (de 7 de julio de 2006), párr. 185 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi]; Prosecutor v. Semanza (Judgment) ICTR-97-20-T (de 15 Mayo 2003) párr. 61 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Semanza]; Prosecutor v. Blaskic (Judgment) ICTY-95-14-T (de 3 de marzo de 2000) párr. 278 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Blaskic]; Prosecutor v. Stakic (Judgment) ICTY-97-24-T (de 31 de julio de 2003) párr. 445 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Stakic] párr. 445; y Prosecutor v. Naletilic y Martinovic (Judgment) ICTY-98-34-T (31 Marzo 2003) párr. 61 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Tuta y Stela].

⁷ Prosecutor v. Semanza (Appeals Chamber Judgement) ICTR-97-20-A (de 20 de mayo de 2005), párr. 361 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Semanza]; sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n.6), párr. 182; Prosecutor v. Kordic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-14/2-A (de 17 de diciembre de 2004), párr. 28 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Kordic]; y Prosecutor v. Galic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-98-29-A (de 30 de noviembre de 2006) párr. 176 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Galic].

⁸ C. Del Ponte, “Investigation and Prosecution of Large - Scale Crimes at the International Level. The Experience of the ICTY” (2006) 4 Journal of International Criminal Justice, p. 549 [en adelante: Del Ponte].

superior-subordinado⁹. Como ha explicado la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso Gacumbitsi:

La Sala de Apelaciones observa que este elemento de “ordenar” es distinto del requerido para la responsabilidad del superior conforme al artículo 6(3) del Estatuto, la cual requiere una relación superior-subordinado (si bien no tiene por qué ser de naturaleza formal, sino que ha de caracterizarse por la existencia de un control efectivo). Ordenar no requiere una relación tal, sólo requiere la simple autoridad para ordenar, un criterio más subjetivo que depende de las circunstancias y de la percepción del oyente¹⁰.

Se puede afirmar que los dirigentes tienen una posición de autoridad cuando poseen una influencia significativa sobre los autores materiales, que lleva a éstos últimos a obedecer sus órdenes¹¹. Por lo tanto, además de los superiores jerárquicos en unidades del ejército regular, también los comandantes de fuerzas irregulares (tales como grupos paramilitares) y los dirigentes de partidos políticos pueden incurrir en responsabilidad penal por ordenar. Así, la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso Semanza condenó al alcalde de la comuna de Bicumbi por ordenar, puesto que había mandado a las fuerzas atacantes (que incluían soldados de las fuerzas armadas ruandesas y miembros de la milicia Interahamwe) asesinar a los refugiados Tutsis, y los atacantes “lo consideraron una voz de autoridad”¹². Según la Sala de Apelaciones del TPIR, dicha autoridad:

[...] creó una relación superior-subordinado que fue real, a pesar de su naturaleza informal o temporal, y suficiente para considerar al apelante responsable por ordenar según el artículo 6(1) del Estatuto¹³.

Por otra parte, en los casos Kamuhanda¹⁴ y Gacumbitsi¹⁵, la Sala de Apelaciones del TPIR condenó por ordenar, en circunstancias similares, al ministro ruandés de educación superior e investigaciones científicas y al alcalde de la comuna de Rusumo.

En cuanto al grado en que los autores materiales necesitan ser identificados, la Sala de Apelaciones del TPIY ha afirmado lo siguiente en su sentencia de 19 de mayo de 2010 en el caso Boskoski y Tarkulovski:

La Sala de Apelaciones observa que la Sala de Primera Instancia no fue capaz de identificar por su nombre a los autores materiales de los asesinatos o de los otros delitos; si bien en relación con los delitos por los que Tarkulovski fue condenado, la Sala de Primera Instancia concluyó que los autores materiales fueron miembros de la policía que entraron en Ljoboten durante la mañana del 12 de agosto de 2001, y que Tarkulovski fue quien aquel día dirigió las acciones de la policía de dicha localidad. Estos hechos eran lo suficientemente específicos como para

⁹ Sentencia de apelación en el caso Kamuhanda (supra n. 6), párr. 75; sentencia de apelación en el caso Semanza (supra n. 7), párr. 361; sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n. 6), párr. 181; sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 28; y sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 7), párr. 176. La misma opinión sostiene Cassese, *International Criminal Law* (supra n. 6), p. 193. Sin embargo, para Werle (supra n. 6), p. 219, se requiere una relación superior-subordinado en el sentido militar, mientras que para Ambos, *La parte general del derecho penal internacional* (supra n. 4), p. 274, el hecho de que se requiera una relación superior-subordinado es en la actualidad una cuestión controvertida.

¹⁰ Sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n.6), párr. 182. Vid. también *Prosecutor v. Dragomir Milosevic* (Appeals Chamber Judgement) IT-98-29-1 (de 12 de noviembre de 2009), párr 290 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Dragomir Milosevic]. Vid. también Del Ponte (supra n. 8), p. 548.

¹¹ Sentencia de apelación en el caso Semanza (supra n. 7), párr. 361. Vase también V.L. Hamilton y H. Kelman, *Crimes of Obedience: Toward a Social Psychology of Authority and Responsibility* (Binghamton, Yale University Press, 1989), p. 77.

¹² Sentencia de apelación en el caso Semanza (supra n. 7), párr. 363.

¹³ Ídem.

¹⁴ Sentencia de apelación en el caso Kamuhanda (supra n. 6), párr. 76.

¹⁵ Sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n. 6), párr. 187.

identificar a los autores materiales como personas dirigidas por Tarkulovski a los efectos de establecer su responsabilidad penal¹⁶.

Por su parte, en el caso Renzaho ante el TPIR, la Sala de Apelaciones anuló la condena al acusado por ordenar el asesinato de Tutsis en los controles realizados en la carretera, debido, entre otras cosas, a que la Sala de Primera Instancia no determinó: (i) a quien, o a qué categoría de autores materiales, el acusado dio la orden de asesinar; (ii) si Renzaho tenía una posición de autoridad con respecto a los mismos¹⁷. Cuando ni tan siquiera es posible determinar la categoría de autores materiales a la que el dirigente dio la orden de asesinar, resulta imposible evaluar si éste disponía de un grado de influencia suficiente como para que su relación con los destinatarios de la orden pueda calificarse como “posición de autoridad”.

La responsabilidad por ordenar requiere que los dirigentes instruyan a los autores materiales a que cometan un delito. Esto requiere en todo caso una acción positiva¹⁸. La Sala de Apelaciones del TPIY en caso Galic ha afirmado expresamente que “no se puede concebir una situación en la que se imparta una orden a través de una omisión, en ausencia de un acto positivo previo”¹⁹. Así mismo, en el caso Dragomir Milosevic, la propia Sala de Apelaciones del TPIY ha añadido que “el mismo concepto de “instruir”, esencial para el entendimiento de la responsabilidad por “ordenar”, requiere una acción positiva por una persona en posición de autoridad”²⁰.

En consecuencia, una omisión no puede nunca dar lugar a responsabilidad por ordenar²¹, siendo siempre necesario que el dirigente imparta una orden. Sin embargo, la orden no tiene por qué tener una forma en particular, puesto que puede ser oral o escrita, expresa o tácita²². Además, una orden expresa de llevar a cabo un operativo militar lícito puede ir acompañada de una orden tácita de cometer el delito.

Como sostuvo la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Galic, la existencia de una orden no necesita probarse por medio de prueba directa, pudiendo por tanto probarse también a través de la prueba circunstancial²³. Esto es coherente con la jurisprudencia posterior a la segunda guerra mundial, donde, por ejemplo, en el caso Abbaye Ardenne, un tribunal militar de EEUU sostuvo:

No hay pruebas de que alguien escuchara alguna palabra, en particular pronunciada por el acusado [...] pero no es esencial que tales pruebas sean aducidas. La impartición de la orden puede probarse circunstancialmente, es decir, usted puede considerar los hechos que han sido declarados probados con respecto a si la supuesta orden fue impartida, y determinar si la única

¹⁶ Prosecutor v. Boskoski (Appeals Chamber Judgment) IT-04-82 (de 19 de mayo de 2010), párr. 75 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Boskoski].

¹⁷ Prosecutor v. Renzaho (Judgment) ICTR-97-31-A (de 1 de abril de 2011), párr. 320.

¹⁸ Prosecutor v. Blaskic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-14-A (de 29 de julio de 2004) párr.660 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Blaskic]; y sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 6), párr. 176.

¹⁹ Sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 6), párr. 176.

²⁰ Sentencia de apelación en el caso Dragomir Milosevic (supra n. 10), párr. 267. Ver también, Prosecutor v. Nahimana et al. (Appeals Chamber Judgment) ICTR-99-52-A (de 28 Noviembre de 2007), párr. 481 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Nahimana] Haciendo referencia a la sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n. 6), párr. 182; sentencia de apelación en el caso Kamuhanda (supra n. 6), p. 75; sentencia de apelación en el caso Semanza (supra n. 7), párr. 361; Prosecutor v. Ntagerura (Appeals Chamber Judgment) ICTR-99-46-A (de 7 de julio de 2006) párr. 365 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Ntagerura]; y sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párrs.28-30.

²¹ Idem.

²² Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 281; y Prosecutor v. Brdanin (Judgment) ICTY-99-36-T (de 15 de septiembre de 2004) párr. 270 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Brdanin].

²³ Sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 7), párr. 178. Vid. también, sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 281; sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n. 22), párr. 270; Prosecutor v. Limaj et al. (Judgment) ICTY-03-66-T (de 30 Noviembre de 2005) párr. 515 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Limaj]; y Prosecutor v. Martić (Judgment) ICTY-95-11-T (de 12 de junio de 2007) párr. 442 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Martić]

deducción razonable es que las víctimas fueron asesinadas en ejecución de la orden de asesinar a los prisioneros en el momento y en el lugar alegados²⁴.

En este sentido, si bien la presencia aprobatoria del dirigente en la escena del crimen puede ser un factor relevante para deducir que el superior ordenó su comisión²⁵, no es menos cierto que dicha presencia no constituye un requisito indispensable para que se incurra en responsabilidad por ordenar²⁶. Así, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kupreskic dio las siguientes razones para condenar al acusado Santic por ordenar la comisión de los delitos cometidos durante el asalto inicial al pueblo de Ahmici en la región de Bosnia-Central el 16 de abril de 1993:

La Sala de Apelaciones considera que la Sala de Primera Instancia tenía abundante prueba creíble para concluir que el 16 de abril de 1993 Santic fue el comandante tanto de la compañía I del batallón IV de la Policía Militar, como de la unidad de los Jokers. También contó la Sala de Primera Instancia con el testimonio del testigo EE, que declaró que Santic estuvo presente junto con las fuerzas atacantes en Ahmici el 16 de abril de 1993. De ahí que fuera razonable que la Sala de Primera Instancia concluyera que el 16 de abril 1993 Santic estuvo en Ahmici y que, dada su posición jerárquica en las unidades que intervinieron en el ataque, debió haber desempeñado una función de mando durante el mismo [...] ²⁷.

Así mismo, cuando para probar la existencia de una orden se recurre a la prueba circunstancial, es posible tener en cuenta a estos efectos tanto las acciones como las omisiones del acusado, lo que significa que, si bien las omisiones del acusado no pueden por sí mismas constituir una orden, sí pueden ser tenidas en cuenta como prueba circunstancial para probar la existencia de una orden²⁸.

Ahora bien, como la Sala de Apelaciones del TPIR ha señalado en el caso Kalimanzira, cuando se recurre a la prueba circunstancial para probar la existencia de la orden ésta tiene que ser la única conclusión razonable del conjunto de hechos probados. Por ello, aunque la Sala de Primera Instancia consideró probada la posición de autoridad de Kalimanzira, la Sala de Apelaciones concluyó que no era posible afirmar que el acusado hubiera ordenado el ataque contra la colina Kabuye teniendo como único fundamento, y sin mayor explicación de la Sala de Primera Instancia, la función de proveer refuerzos armados desarrollada por Kalimanzira durante dicho ataque²⁹.

Los dirigentes no necesitan transmitir sus órdenes directamente a los autores materiales³⁰, porque la orden de cometer el delito puede transmitirse a los autores materiales a través de varios niveles en la cadena de mando³¹. Cada superior intermedio que transmite la orden es considerado un nuevo emisor, y puede por tanto ser declarado responsable de ordenar la comisión del delito³². Además, en los casos en los que se

²⁴ Canada v. Brigadeführer Kurt Meyer (1950) en United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Criminals, vol. IV, p. 108.

²⁵ De acuerdo con el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, “Final Report of the Commission of Experts established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)” (de 27 de mayo de 1994) UN Doc. S/1994/674, párr. 17, otros factores relevantes para inferir la existencia de una orden de cometer los delitos son: (i) la cantidad de actos ilegales; (ii) la cantidad, la identidad y el tipo de tropas implicadas; (iii) la logística implicada; (iv) la ocurrencia generalizada de los actos; (v) el tiempo estratégico de las operaciones; (vi) el modus operandi de actos ilegales similares; (vii) los funcionarios y personal involucrados; y (viii) la ubicación de los superiores en ese momento.

²⁶ Sentencia de apelación en el caso Boskoski (supra n. 16), párr. 132; y sentencia de apelación en el caso Dragomir Milosevic (supra n. 10), párr. 290.

²⁷ Prosecutor v. Kupreskic (Appeals Chamber Judgement) ICTY-95-16 (23 de octubre de 2001), párr. 365.

²⁸ Sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 7), párrs. 177, 178.

²⁹ Prosecutor v. Kalimanzira (Judgement) ICTR-05-88-A (de 20 de octubre de 2010), párr. 213.

³⁰ Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 282; y sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n.22), párr. 270.

³¹ Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 282. La misma opinión expresó la Comisión de Derecho Internacional en “Report of the International Law Commission on the Work of its 48th Session” (de 6 de mayo a 26 de julio de 1996) UN Doc. A/51/10, Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind, art. 2, comentario párr.14 [en adelante: CDI, Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind].

³² Prosecutor v. Kupreskic (Judgement) ICTY-95-16 (de 14 de enero de 2000), párrs. 827, 862.

transmite una orden ilícita a través de la cadena de mando, los superiores intermedios que la consienten tácitamente (sin llevar a cabo acción alguna para oponerse a las misma), pueden incurrir también en responsabilidad por cooperación³³.

Finalmente, para considerar a un dirigente responsable por ordenar es necesario que los autores materiales cometan el delito en ejecución o desarrollo de sus órdenes³⁴, de manera que, como la Sala de Apelaciones del TPIR ha señalado en los casos Kamuhanda y Gacumbitsi, la orden del dirigente tenga un “efecto directo y sustancial sobre la comisión de los delitos”³⁵.

A este respecto, conviene subrayar que en el marco del art. 25(3)(b) ER, el dirigente incurre en responsabilidad por ordenar desde el mismo momento en que los autores materiales alcanzan la fase de ejecución del delito en cumplimiento de sus órdenes.

B. Elementos Subjetivos

En cuanto a los elementos subjetivos, un dirigente sólo será considerado responsable por ordenar la comisión del delito si al menos es consciente de la probabilidad sustancial de que (i) los elementos objetivos del delito tengan lugar como resultado de la ejecución de su orden; (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por todo dolo especial exigido por la definición del delito³⁶.

En este sentido, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Blaskic ha afirmado:

El conocimiento de cualquier tipo de riesgo, incluso menor, no es suficiente para imponer responsabilidad penal por violaciones graves del derecho internacional humanitario. La Sala de Primera Instancia no especifica qué grado de riesgo debe probarse. De hecho, parece que según el estándar de la Sala de Primera Instancia cualquier comandante militar que emite una orden será penalmente responsable, porque siempre existirá una posibilidad de que puedan producirse violaciones de estas características. La Sala de Apelaciones considera que el conocimiento de una probabilidad más alta de riesgo, así como un elemento volitivo, deben incorporarse al estándar jurídico exigido. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones considera que una persona que ordena un acto o una omisión siendo consciente de la probabilidad sustancial de que un delito será cometido en ejecución de dicha orden, posee el requisito subjetivo para ser

³³ Prosecutor v. Akayesu (Judgment) ICTR-96-4-T (de 2 Septiembre 1998) párr. 693, 694 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Akayesu]

³⁴ La sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 278, emplea la expresión “en promoción de”, mientras que la sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 6), párr. 445, emplea la expresión “cumpliendo o de otra manera promoviendo la ejecución de la orden”. La sentencia de primera instancia en el caso Semanza (supra n. 6), párr. 382, y la sentencia de primera instancia Tuta y Stela (supra n. 6), párr. 61, también emplean la expresión “para cumplir”, pero no en el contexto de exigir una relación de causalidad entre la orden de cometer el delito y la comisión de este último.

³⁵ Sentencia de apelación en el caso Kamuhanda (supra n. 6), párr. 75; y sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n. 6), párr. 185. La importancia de esta relación de causalidad se refleja en que un dirigente puede ser considerado responsable por ordenar la comisión de un delito, en la medida en que es cometido en ejecución de su orden, incluso si no dispone de autoridad para ordenar al autor material. Éste sería el caso, por ejemplo, cuando (i) el comandante de una brigada ordena que se tomen las medidas necesarias para que los civiles cercanos al enemigo de habitan en la ciudad X la abandonen para siempre, (ii) la orden desciende a través de la cadena de mando hasta un comandante de batallón que decide encomendar la tarea a un grupo paramilitar que opera en el área y está dirigido por una persona con quien trabaja estrechamente de manera regular, (iii) el comandante del grupo paramilitar da instrucciones a los miembros de su grupo para expulsar a los civiles enemigos de la ciudad X e incendiar sus residencias, y (iv) los miembros del grupo paramilitar, al ejecutar las instrucciones recibidas de su comandante, cometen materialmente el delito. En este escenario, si bien el comandante de brigada no tenía autoridad para ordenar a los autores materiales, podría ser considerado responsable por ordenar la comisión de los delitos.

³⁶ Sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 42; sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 30; y Prosecutor v. Martić (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-11-A (de 8 de Octubre de 2008), párrs. 222, 223 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Martić]. Como se observó previamente en el capítulo 3, este estándar podría ser suficiente para deducir la existencia de un *dolo eventual*, y por tanto para cumplir con el requisito de “intención y conocimiento” del art. 30 ER.

responsable por ordenar según el artículo 7(1). Ordenar con ese conocimiento debe considerarse como la aceptación del delito³⁷.

Por lo tanto, si un dirigente ordena que, tras la toma de una localidad, se prenda fuego a las viviendas de los civiles que tenga una preferencia por el enemigo y se obligue a sus propietarios a cruzar a territorio enemigo, será responsable por los asesinatos que se produzcan en ejecución de su orden, siempre y cuando, en el momento de impartir la misma, el dirigente haya sido consciente de la probabilidad sustancial de que sus subordinados asesinaran a civiles en su ejecución.

Ahora bien, conviene recordar que en el marco del Estatuto de Roma, el elemento subjetivo general de la “intención” y el “conocimiento” previsto en el art. 30 ER es también aplicable a la responsabilidad por ordenar recogida en el art. 25(3)(b) ER, en cuanto que esta última disposición no recoge ningún elemento subjetivo en su definición.

Esto significa que, si se sigue la línea jurisprudencial de la SCP I y de la SPI I que afirma la inclusión de una de las manifestaciones del dolo eventual dentro del ámbito de aplicación del art. 30 ER³⁸, el elemento subjetivo de la responsabilidad por ordenar en el Estatuto de Roma sería similar al recogido en la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CESL, porque la aceptación por el dirigente de la comisión del delito al ejecutarse la orden impartida a sus subordinados se deduciría de su emisión a pesar del conocimiento de la probabilidad sustancial de que así termine ocurriendo. Sin embargo, si se sigue la línea jurisprudencial de la SCP II, que no admite la inclusión de ninguna de las manifestaciones del dolo eventual dentro del ámbito de aplicación del art. 30 ER, sería necesario que el dirigente dictase su orden con el conocimiento de la certeza virtual de que en ejecución de la misma sus subordinados cometerán el delito.

Con base en estas consideraciones, y a la luz de que el delito debe llevarse a cabo en cumplimiento o desarrollo de una orden, la Fiscalía ha argumentado que, de conformidad con los arts. 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6(1) ECESL, ordenar da lugar a responsabilidad principal y no a responsabilidad accesoria³⁹. En este mismo sentido ha de entenderse la observación de Ambos respecto a que, según los art. 25(3)(b) ER, 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL, el concepto de ordenar se relaciona más con la figura de la autoría mediata a través de EOP (responsabilidad principal) que con el concepto de participación en los delitos cometidos por terceras personas (responsabilidad accesoria)⁴⁰.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Blaskic y Kordic no ha exigido que los dirigentes que emiten las órdenes deban ellos mismos poseer los elementos subjetivos del delito, incluyendo cualquier dolo especial exigido por su definición. Por el contrario, según la Sala de Apelaciones del TPIY, es suficiente si los dirigentes imparten su orden siendo conscientes de la probabilidad sustancial de que los autores materiales actúen con el elemento subjetivo requerido por el delito.

De la misma manera, ni los arts. 25 y 30 ER, ni la jurisprudencia de la CPI que ha interpretado estas disposiciones hasta el momento, exigen que los dirigentes que dictan las órdenes deban actuar con el dolo especial requerido por la definición del delito cometido por los autores materiales en ejecución de sus órdenes.

Por lo tanto, si no se requiere que los dirigentes que impartieron las órdenes posean los elementos subjetivos requeridos por la definición del delito:

- (i) Tales dirigentes no podrán ser responsables del delito a título de autores;

³⁷ Sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 42.

³⁸ Vid. capítulo 3.

³⁹ Sentencia de apelación en el caso Semanza (supra n. 7), párr. 352, haciendo referencia a párrs. 3.53-3.69 del escrito de apelación de la Fiscalía.

⁴⁰ Ambos, La parte general del derecho penal internacional (supra n. 4), p. 196.

- (ii) El cumplimiento por los autores materiales con los elementos subjetivos del delito resulta relevante para determinar la propia existencia de delito, y por tanto para establecer la posible responsabilidad penal a título de partícipes de los dirigentes que impartieron las órdenes).

En este sentido, es importante destacar que la figura de la autoría mediata por EOP; (i) siempre requiere que el autor mediato cumpla personalmente con todos los elementos subjetivos del delito, incluyendo todo dolo especial recogido en su definición; y (ii) considera innecesario analizar el estado subjetivo de los autores materiales⁴¹.

Sobre la base de esas consideraciones, se pueden entender mejor los problemas planteados por las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Blaskic y Stakic (que afirman que “[l]a persona que “ordena” debe poseer los elementos subjetivos necesarios del delito que se le imputa”⁴²), y el por qué la Sala de Apelaciones del TPIY ha adoptado revocado esa posición en los casos Blaskic y Kordic⁴³.

En otras palabras, de acuerdo con las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos Blaskic y Stakic, en aquellas situaciones en las que un comandante militar ordene el bombardeo de una escuela primaria bajo el falso pretexto de que está siendo utilizada por el enemigo como un almacén de armas, y el pelotón de artillería ejecuta esa orden en la creencia de que la explicación del superior es correcta y que la orden es por tanto legítima, el comandante militar puede ser considerado responsable por ordenar según lo dispuesto en el art. 7(1) ETPIY.⁴⁴

Ahora bien, esta interpretación sólo sería aceptable si se entiende que la responsabilidad por ordenar tiene, según el art. 7(1) ETPIY, una naturaleza principal (y no accesoria). El problema es que si adopta esta posición, la responsabilidad por “ordenar” (i) se convertiría de hecho en una forma de autoría mediata, conforme a la cual el dirigente es autor, porque, debido a su nivel superior de conocimiento, controla la voluntad de los autores materiales; (ii) perdería su función como una forma de responsabilidad autónoma al convertirse en parte del concepto de “cometer” previsto en el art. 7 (1) ETPIY.

De ahí que se pueda afirmar, que la adopción de esta posición se basa en una interpretación de los arts. 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR, 6 (1) ECESL y 25(3)(a) y (b) ER, conforme a la cual el concepto de responsabilidad por “ordenar” pierde su autonomía y se convierte en parte del concepto más amplio de responsabilidad por “cometer”.

Es por esta razón que la Sala de Apelaciones del TPIY ha revocado esta posición en los casos Blaskic y Kordic⁴⁵. Así según la Sala de Apelaciones, cuando los autores materiales actúan bajo error, y teniendo en cuenta que como regla general la mera imprudencia es insuficiente para cumplir con el elemento subjetivo general de los delitos recogidos en el ETPIY, el concepto de responsabilidad por “ordenar” no sería aplicable al tratarse de una forma accesoria de intervención en los mismos.

Esto significa que, o se considera que el dirigente que dio la orden de bombardear la escuela primaria “cometió” el delito porque es un autor que usó su conocimiento superior para asegurar su comisión, o la ausencia de un autor material que cumpla con los elementos objetivos y subjetivos del delito lleva a la conclusión de que no hay delito, y que por tanto ninguna forma de responsabilidad accesoria (incluyendo la responsabilidad por “ordenar”) es aplicable.

⁴¹ Vid. capítulo 3.

⁴² Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párrs. 278, 282; y sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 6), párr. 445.

⁴³ Sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 42.

⁴⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 282; y sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 6), párr. 445.

⁴⁵ Sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 42.

C. Aplicación de la responsabilidad por ordenar en el caso contra Dragomir Milosevic por delitos cometidos durante el Sitio de Sarajevo en 1994 y 1995

En presente caso tiene como contexto el sitio de Sarajevo (capital de Bosnia y Herzegovina) desde septiembre de 1992 hasta noviembre de 1995 por la división Sarajevo Romanija (“la SRK”) del ejército de la auto-proclamada Republica Serbia de Bosnia (VRS). El acusado, Dragomir Milosevic, fue quien sucedió a Stanislav Galic como comandante en jefe de la SRK desde 1994 hasta la finalización del sitio de Sarajevo en noviembre de 1995 a raíz de la conclusión de los acuerdos de Dayton.

Según la Sala de Primera Instancia⁴⁶, durante el tiempo que Dragomir Milosevic estuvo al mando de la SRK ejerció un control estricto sobre su cadena de mando. Para ello, adoptó las medidas necesarias para mejorar el sistema de información que existía dentro de la SRK con el fin de mantenerse al tanto de todas las actividades de sus subordinados. Así mismo, visitó personalmente y de manera regular las distintas unidades de la SRK desplegadas en el frente de combate⁴⁷.

La Sala de Primera Instancia consideró que el acusado fue quien recurrió por primera vez a bombas aéreas alteradas para bombardear Sarajevo, las cuales fueron utilizadas regularmente durante los últimos meses de sitio. Según la Sala de Primera Instancia, se trataba de un armamento altamente impreciso, con gran fuerza expansiva, cuyo efecto indiscriminado era bien conocido por la SRK, puesto que sólo podían dirigirse contra una cierta superficie de terreno, lo que hacía imposible predecir con exactitud donde impactarían. En consecuencia, para la Sala de Primera Instancia, cada vez que se lanzaba una bomba de estas características, el acusado estaba jugando con la vida de miles de civiles en Sarajevo⁴⁸.

Según la Sala de Primera Instancia, Dragomir Milosevic ejerció el control sobre la ubicación de los morteros, el entrenamiento de los francotiradores, y el abastecimiento de las municiones. En particular, varias órdenes de Dragomir Milosevic mostraban que era el acusado quien decidía sobre los lugares en los que los artilleros que lanzaban las bombas habían de desplegarse. Además, existían suficientes elementos de prueba que mostraban que Dragomir Milosevic ordenó bombardear con bombas aéreas alteradas, como en el caso de la orden dictada el 7 de abril de 1995 a la Brigada Ilidza “para que preparase inmediatamente una bomba aérea y la transportase para su lanzamiento [...]”. Al día siguiente, una bomba aérea alterada impactó en la zona de Hrnsica, provocando la muerte de un civil, hiriendo a tres más, y causando amplios daños en el barrio residencial en el que explotó⁴⁹.

La Sala de Primera Instancia subrayó que la posición del acusado como comandante de la SRK, le obligaba a adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir la comisión de los delitos, y garantizar que las fuerzas bajo su mando actuaban conforme al derecho internacional humanitario. Sin embargo, el acusado abusó de su posición al ordenar operaciones que violaban grave y sistemáticamente el derecho internacional humanitario. Por todo ello, la Sala de Primera Instancia condenó a Dragomir Milosevic como partícipe (responsable accesorio) por ordenar el bombardeo y el fuego de francotiradores al que fue continuamente sometida la ciudad de Sarajevo, provocando la muerte y las lesiones graves de numerosos civiles⁵⁰.

⁴⁶ Prosecutor v Milosevic (Judgement) IT-98-29/1-T (de 12 de diciembre de 2007) [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Dragomir Milosevic].

⁴⁷ Ibid, párr. 809

⁴⁸ Ibid, párr. 924.

⁴⁹ Ibid, párr. 491

⁵⁰ Ibid, párrs. 983 y 985.

Además, la Sala de Primera Instancia condenó también a Dragomir Milosevic por planear dicha campaña contra la población civil de Sarajevo, una vez que reemplazó a Stanislav Galic como comandante de la SRK. Para la Sala, si bien el imputado no diseñó por sí mismo la estrategia a desarrollar durante el sitio de Sarajevo, y actuó en ejecución de las órdenes del estado mayor del VRS, sí tuvo la capacidad de poner en marcha aspectos adicionales de dicha estrategia (como, por ejemplo, la introducción de las bombas aéreas alteradas)⁵¹.

En su duodécimo motivo de apelación, Dragomir Milosevic apeló su condena por planear y ordenar el bombardeo y el fuego de francotiradores al que fue sometida de manera continua la ciudad de Sarajevo. Al analizar sus alegaciones, la Sala de Apelaciones⁵² subrayó que la Sala de Primera Instancia no había analizado si el imputado había ordenado cada uno de los bombardeos y disparos de francotiradores, sino que se limitó a concluir que todos ellos, en su conjunto, sólo habrían podido tener lugar si Dragomir Milosevic los hubiera ordenado en el contexto de la campaña de terror contra la población civil que estaba desarrollando (la Sala de Apelaciones explicó que las referencias a la expresión “campaña” debían de ser entendidas como un término meramente descriptivo de que los ataques contra la población civil de Sarajevo mediante bombardeos y disparos de francotiradores fueron parte de un patrón de conducta que a su vez hacía parte de la estrategia militar adoptada por la SRK⁵³).

La Sala de Apelaciones observó que la Sala de Primera Instancia no se había referido a ningún elemento de prueba que mostrase que el acusado había impartido órdenes específicas para desarrollar la campaña bombardeos y disparos de francotiradores contra la población civil como tal. Por el contrario, las conclusiones de la Sala de Primera Instancia se habían basado en la naturaleza de la campaña y en el hecho de que la misma se llevó a cabo por los miembros de una unidad militar organizada conforme a una estricta cadena de mando, de donde dedujo que dicha campaña sólo pudo haberse llevado a cabo bajo las instrucciones y órdenes del comandante de su comandante, Dragomir Milosevic⁵⁴.

La Sala de Apelaciones consideró, sin embargo, que para cualquier juzgador razonable estos dos elementos hubieran resultado insuficientes para dar por probado más allá de toda duda razonable la existencia (tal y como requiere el concepto de responsabilidad por ordenar) de un acto positivo a través del cual el acusado hubiera instruido a sus tropas para llevar a cabo la mencionada campaña contra la población civil de Sarajevo⁵⁵.

Por su parte, en lo que se refiere a la responsabilidad accesoria por planear, la Sala de Apelaciones concluyó que no quedaba claro si la Sala de Primera Instancia había considerado que Dragomir Milosevic había participado en el diseño de la estrategia militar en relación con la campaña en su conjunto, o si había planeado cada uno de los incidentes de los que fue considerado responsable. Además, según la Sala de Apelaciones, tampoco se indicaban cuales eran los elementos de prueba en los que la Sala de Primera Instancia había fundamentado la responsabilidad del imputado por planear dicha campaña contra la población civil de Sarajevo⁵⁶.

Por todo ello, la Sala de Apelaciones decidió revocar también la condena de Dragomir Milosevic por su responsabilidad accesoria por planear, y sustituirla en última instancia por su condena conforme al concepto de responsabilidad del superior previsto en el art. 7 (3) ETPIY. Según la Sala de Apelaciones esto se justificaba porque la Sala de

⁵¹ Ibid., párrs. 810, 960, 961, 964 y 966.

⁵² Prosecutor v Milosevic (Appeals Chamber Judgement) IT-98-29/1-A (de 12 de diciembre de 2009) [en adelante: sentencia de segunda instancia en el caso Dragomir Milosevic].

⁵³ Ibid, párr. 266.

⁵⁴ Ibid, párr. 267.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Ibid, párrs. 275 y 276.

Primera Instancia había recogido en su sentencia fundamentos de hecho suficientes para mostrar más allá de toda duda razonable el incumplimiento de Dragomir Milosevic con sus deberes de prevenir y castigar a sus subordinados en la SRK por los delitos cometidos durante el último año y medio del sitio de Sarajevo⁵⁷.

El presente caso, que se da en el marco de una relación jerárquica superior-subordinado tanto de jure como de facto, contiene varios elementos importantes. En primer lugar, revela la necesidad de identificar con la precisión necesaria los delitos por los que se alega la responsabilidad por ordenar de un dirigente. Como hemos visto, uno de los principales problemas de este caso es la ambigüedad en la que la Sala de Primera Instancia incurrió al determinar el alcance de la responsabilidad de Dragomir Milosevic. Así, según la Sala de Apelaciones, no estaba clara si la Sala de Primera Instancia había condenado a Dragomir Milosevic exclusivamente por los bombardeos y disparos de francotiradores que la Fiscalía había presentado durante el proceso como ejemplo de la existencia de un patrón de conducta, o si por el contrario le había responsable por el conjunto de actos ilícitos cometidos durante el sitio de Sarajevo entre agosto de 1994 y noviembre de 1995 como parte de dicho patrón de conducta.

Una segunda cuestión es la relativa a la utilización de la prueba circunstancial, y en particular a la afirmación de la Sala de Apelaciones que la mera existencia de los delitos junto con el control efectivo ejercido sobre los autores materiales por parte de su superior (en nuestro caso el comandante de la SRK), no puede ser suficiente para concluir, más allá de toda duda razonable, que la única explicación posible para que se hayan producido los delitos es la existencia de un acto positivo de ordenar por parte del superior.

La conclusión de la Sala de Apelaciones parece adecuada, porque si se aceptan este tipo de construcciones probatorias, además de asumir el riesgo de declarar probados actos positivos de ordenar que es posible que no se hayan producido, quedaría limitado notablemente el campo de aplicación del concepto de responsabilidad del superior, puesto que sólo sería aplicable en aquellos casos en los que no exista una relación formal superior-subordinado (o cuando ésta no venga acompañada de un control efectivo).

Finalmente, surge una tercera cuestión relativa a la distinción entre la responsabilidad accesoria por ordenar y la autoría mediata. Así, si la Sala de Primera Instancia hubiera podido referirse en su sentencia a suficientes elementos de prueba para mostrar la existencia de actos positivos a través de los cuales Dragomir Milosevic planeó y ordenó la ejecución de la campaña de bombardeos y disparos de francotiradores contra la población civil de Sarajevo, entonces hubiera surgido la pregunta de si no sería más adecuado condenar al acusado como autor mediato, que como partícipe por ordenar o planear.

En nuestra opinión, dicha preguntar hubiera tenido que responderse en la afirmativa puesto que el concepto de autoría mediata a través de EOP es perfectamente aplicable al presente caso por las siguientes razones:

- (i) La división SRK, en cuanto que una de las divisiones más importantes del ejército de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia, cumple con todas las características necesarias para su consideración como una estructura organizada de poder, que actúa conforme al principio de automatismo en el cumplimiento de las órdenes de superior (organización jerárquica, fungibilidad de sus miembros y cultura de ilegalidad); y
- (ii) Dragomir Milosevic era consciente de que, dada su posición de comandante de la SRK y su control efectivo sobre sus subordinados, sus órdenes serían automáticamente ejecutadas por aquellos.

⁵⁷ Ibid, párr. 281.

Además, como vimos en el capítulo 4, la aplicación por el TPIY en este tipo de casos de la autoría mediata a través de EOP (en lugar de la participación por ordenar), se encuentra aun más justificada después de que la propia Sala de Apelaciones del TPIY haya aceptado expresamente su aplicación en las sentencias de 3 de julio de 2007 y 17 de marzo de 2009 en los casos Brdanin⁵⁸ y Krajisnik⁵⁹.

D. La distinción entre la autoría mediata a través de EOP y el ordenar como forma de participación

Especialmente relevante es la distinción entre el concepto de autoría mediata a través de EOP (que da lugar a responsabilidad principal), y el “ordenar” como forma de participación en los delitos cometidos por terceros (que da lugar a responsabilidad accesoria).

Existen dos categorías principales de casos en los que los dirigentes no pueden ser considerados como autores mediatos, y por tanto sólo puede afirmarse su responsabilidad por ordenar. Una primera categoría incluye aquellos casos en los que, a pesar de que los autores materiales no pertenecen a la organización del dirigente imputado, se considera que este último tiene la necesaria autoridad para ordenar a aquellos. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el concepto de autoría mediata por EOP siempre requiere que los autores materiales sean miembros de la estructura organizada de poder controlada por el dirigente imputado, quien además debe utilizarla para que se cometa el delito.

Una segunda categoría de casos recoge aquellos en los que, a pesar de que el dirigente y los autores materiales pertenecen a una misma organización, dicha organización tiene un número limitado de miembros, lo que, según el criterio de la “fungibilidad negativa simultánea”, no los haría intercambiables. En este escenario, no sería posible afirmar el cumplimiento automático de las órdenes del dirigente, si dicho automatismo se hace depender del carácter intercambiable de los miembros de la organización.

Esta situación se presenta cuando los delitos son cometidos por grupos estatales clandestinos, paraestatales o paramilitares. También tiene lugar cuando los delitos son cometidos por organizaciones terroristas, que se estructuran en pequeñas células con un alto grado de autonomía en sus operaciones (se trata de organizaciones con una estructura “flexible” para evitar la presión de las fuerzas de seguridad del estado). Debido al alto nivel de autonomía con que operan las distintas células de la organización, éstas se encuentran entre sí en una relación de coordinación (en lugar de una relación jerárquica y vertical), lo que hace que sus miembros no sean reemplazables. Los máximos dirigentes de las organizaciones articuladas de esta manera se encuentran geográficamente alejados de las áreas en las que operan las células del grupo, y poseen, en el mejor de los casos, la autoridad necesaria para emitir órdenes a quienes se encuentran al frente de cada una de ellas.

A esta segunda categoría pertenecen también aquellos casos relativos a guerrillas, milicias u otros grupos armados organizados que actúan a través de un secretariado central o comité ejecutivo, y de numerosas unidades operativas desplegadas en distintas áreas geográficas, las cuales dependen directamente del primero, y tienen un grado de coordinación entre las mismas ciertamente limitado.

Según la SCP I de la CPI, los obstáculos presentados por esta segunda categoría de casos para la aplicación de la autoría mediata a través de EOP no son siempre insuperables. Así cuando, para la SCP I, aun número de miembros de la organización o grupo es

⁵⁸ Prosecutor v Brdanin (Appeals Chamber Judgment) ICTY-99-36-A (de 3 de abril de 2007) párr. 364 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Brdanin].

⁵⁹ Prosecutor v Krajisnik (Appeals Chamber Judgment) ICTY-00-39-A (de 17 de marzo de 2009), párrs.167-169 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Krajisnik].

limitado, sería todavía posible aplicar la autoría mediata por EOP si el dirigente en cuestión ha asegurado el cumplimiento automático de sus órdenes a través de medios alternativos a la fungibilidad de los miembros de la organización. Eso según la SCP I se podría conseguir mediante el sometimiento de los nuevos miembros del grupo (en particular, si son menores de edad) a prácticas de formación intensivas, estrictas y violentas⁶⁰.

A juicio de la SCP I, bajo estas condiciones sería posible la aplicación de la autoría mediata por EOP aun en aquellos casos en que los miembros del grupo u organización no sean intercambiables, porque el fundamento de la responsabilidad principal (en lugar de accesoria) del dirigente que emite la orden es su capacidad para garantizar el cumplimiento automático de la misma. Si el cumplimiento automático se encuentra asegurado, el dirigente al emitir la orden, no está simplemente ordenando la comisión de un delito, sino que está en última instancia decidiendo sobre si se comete o no, así como sobre la manera en que, en su caso, será realizado⁶¹.

Como vimos en el capítulo 3, algunas jurisdicciones nacionales han recurrido también a otros criterios para afirmar el automatismo con el cumplimiento de las órdenes dentro de una organización, y así superar los problemas que la segunda categoría de casos arriba descritos presenta para la aplicación de la autoría mediata por EOP. Así por ejemplo, en el marco de los procesos contra Abimael Guzmán y Alberto Fujimori en Perú, se ha adoptado una interpretación laxa del criterio de la fungibilidad, para así introducir diversas variantes del mismo, como el criterio de la “fungibilidad negativa sucesiva”⁶², o el criterio de la “fungibilidad positiva”⁶³. Según estas variantes, el fundamento del automatismo en el cumplimiento de las órdenes del dirigente se encontraría en la actitud favorable de sus subordinados a dicho cumplimiento (lo que puede deberse a su fuerte motivación ideológica o política⁶⁴, o al hecho de que hayan sido sometidos a un proceso de entrenamiento particularmente violento⁶⁵).

Por su parte, la jurisdicción alemana ha recurrido al criterio del control normativo de los altos cargo del aparato del estado como consecuencia de la omisión de su deber de proteger a los ciudadanos contra violaciones graves de los derechos humanos⁶⁶.

Una tercera categoría de casos en los que la autoría mediata a través de EOP tampoco sería aplicable incluiría aquellos en los que los delitos son cometidos por miembros de organizaciones que no tienen una cultura de actuar al margen de la ley. Este tipo de casos se presenta cuando los dirigentes a cargo de ciertas estructuras estatales que suelen actuar conforme a la ley, ordenan a un determinado subordinado que cometa un delito (por ejemplo, el jefe de una unidad regular de policía ordena a un subordinado en el que tiene particular confianza torturar a un terrorista sospechoso que acaba de ser detenido, para así obtener información sobre los próximos atentados del grupo terrorista).

Ahora bien, es importante subrayar que esta tercera categoría de casos sólo sería aplicable si se acoge la posición de Roxin⁶⁷, según la cual solo se puede afirmar el carácter intercambiable de los miembros de una organización como fundamento del automatismo

⁶⁰ Caso Katanga y Ngudjolo (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-01/04-01/07-717 (1 de octubre de 2008) párrs. 518 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo].

⁶¹ Ídem

⁶² Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200.

⁶³ Sentencia de la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009, Exp. No. AV 19-2001.

⁶⁴ Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13 de octubre de 2006, Caso núm. 560-03.

⁶⁵ Sentencia de la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009, Exp. No. AV 19-2001.

⁶⁶ Ambos, K., “The Fujimori Judgement. A President’s Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus” in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), pp. 137-158, p. 153 [en adelante: Ambos, “The Fujimori Judgement”].

⁶⁷ C. Roxin, *Rotsch und Tatherrschaft* (7ª ed., Berlín, Gruyter, 2000) p. 249, [en adelante: Roxin], requiere un “rechtsgeloste Apparat”. Vid. también Rotsch, *Die Rechtsfigur* (supra n. 326 ¿?), p. 495. En contra de la posición de Roxin sobre esta cuestión, vid. entre otros, Ambos, *La parte general del derecho penal internacional* (supra n. 4), pp. 234-239.

en el cumplimiento de las órdenes de su dirigente, si los miembros de dicha organización actúan con cierta frecuencia al margen de la ley. De lo contrario, afirma Roxin, el dirigente tendría que emitir la orden a un subordinado de su confianza, puesto que el resto de subordinados rechazarían su ejecución dado su carácter ilícito. Sin embargo, como señalamos en el capítulo 3, ninguna de las Salas de la CPI ha acogido hasta el momento esta posición, de manera que, a día de hoy, la tercera categoría de casos arriba descritos no impide la aplicación por la CPI de la autoría mediata a través de EOP.

Por último, y antes de finalizar esta sección, es importante destacar que ni el ordenar como forma de participación accesorio, ni la autoría mediata como forma de responsabilidad principal, reflejan adecuadamente la responsabilidad penal de un grupo de dirigentes que trabajan conjuntamente para alcanzar un propósito criminal común. Esta situación ha sido expuesta por Del Ponte de la siguiente manera:

Ordenar, como una forma de responsabilidad, puede capturar los delitos directamente cometidos como resultado de órdenes, pero fracasa en reflejar completamente la responsabilidad cuando el superior que actúa conjuntamente con otros intenta cometer un delito más amplio y su contribución consiste en ordenar a sus subordinados realizar parte del mismo. Si el dirigente que dicta la orden tiene la intención compartida de cometer un delito más amplio, da pasos para alcanzar ese fin y su contribución es ordenar a quienes se encuentran bajo su autoridad para que desarrollen distintos aspectos del delito, la limitación de su responsabilidad a los delitos que ordena no haría sino compartimentalizar aquélla⁶⁸.

III. Instigar

A. Elementos objetivos

Los arts. 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL se refieren expresamente a “instigar” como una forma autónoma de participación, que se distingue de la autoría (“cometer”) y de la participación por “ordenar”. A su vez, el art. 25(3)(b) ER se refiere a la persona que “proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa”. En relación con esta última disposición, Eser⁶⁹ y Van Sliedregt⁷⁰ han afirmado que resulta conveniente utilizar el término “instigación” para describir la responsabilidad penal en que se incurre por motivar a otro a cometer un delito.

La jurisprudencia de los TPIY y TPIR ha aceptado la definición de instigación propuesta por la sentencia de primera instancia del TPIR en el caso Akayesu⁷¹. De acuerdo con esta definición, instigación consiste en “motivar a otra persona a cometer un delito”⁷².

Al igual que en los casos de autoría mediata y participación por ordenar, en los casos de instigación el imputado no realiza por sí mismo ninguno de los elementos objetivos del delito⁷³. De hecho, en el supuesto en que realice personalmente alguno de los

⁶⁸ Del Ponte (supra n. 8), p. 149.

⁶⁹ Eser (supra n. 6), p. 795. Vid. también Ambos, *La parte general del derecho penal internacional* (supra n. 4), p. 275.

⁷⁰ Van Sliedregt (supra n. 5), p. 77.

⁷¹ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 27; sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 137), párr. 280; *Prosecutor v. Krstic* (Judgment) ICTY-98-33-T (de 2 de agosto de 2001) párr. 601 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Krstic]; *Prosecutor v. Kvocka et al* (Judgment) ICTY-98-30/1-T (de 2 de noviembre de 2001) párrs. 243-252 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kvocka]; sentencia de primera instancia en el caso Tuta y Stela (supra n. 6), párr. 60; sentencia de primera instancia en el caso Limaj (supra n. 23), párr. 514; *Prosecutor v. Kajelijeli* (Judgment) ICTR-98-44A-T (de 1 de diciembre de 2003) párr. 762 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli]; *Prosecutor v. Kamuhanda* (Judgment) ICTR-95-54A-T (de 22 de enero de 2004) párr. 593 [sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda]; y *Prosecutor v. Gacumbitsi* (Judgment) ICTR-2001-64-T (de 17 de junio de 2004), párr. 279 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Gacumbitsi].

⁷² Sentencia de primera instancia en el caso Akayesu (supra n. 33), párr. 482.

⁷³ Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 282; y *Prosecutor v. Kordic* (Judgment) ICTY-95-14/2-T (de 26 de febrero de 2001) párr. 388 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kordic].

elementos objetivos del delito, y motive al mismo tiempo a otros para que lleven a cabo el resto de elementos objetivos, el imputado será considerado coautor⁷⁴. Sin embargo, la instigación puede distinguirse de la autoría mediata y de la participación por ordenar, porque en la instigación la influencia ejercida por el imputado sobre el autor material se debe a factores que no tienen nada que ver ni con la existencia de una relación superior-subordinado, ni con poseer la autoridad necesaria para ordenar⁷⁵.

Estos factores incluyen, entre otros, vínculos familiares, amistad, confianza profesional, afinidad ideológica o vínculos religiosos. Como ha afirmado expresamente la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Oric:

Por otra parte, a pesar de que el ejercicio de influencia difícilmente sería efectivo sin una cierta capacidad de impresionar a otros, la instigación, a diferencia del “ordenar” que implica al menos una relación fáctica de superior-subordinado, no presupone ningún tipo de superioridad⁷⁶.

La instigación incluye, por tanto, supuestos como el caso del ideólogo de un movimiento político que actualmente se encuentra en el poder en el Estado X induce al presidente del movimiento (que se desempeña también como presidente del Estado X) a llevar a cabo una campaña de persecución contra los miembros de un grupo político de oposición a través de la acción conjunta de los servicios de inteligencia y de ciertas unidades de élite de la policía civil. Asimismo, también incluye aquellos supuestos en los que los dirigentes, sin valerse de su posición de autoridad, influyen en personas de su confianza para motivarlos a cometer el delito.

La instigación puede presentarse de muchas formas distintas, incluso por omisión⁷⁷. Puede consistir en amenazas, sobornos o promesas económicas, así como en apelar a vínculos familiares, amistad, ideología de grupo o incluso patriotismo⁷⁸.

Además, el acto de instigación puede ser tácito o explícito⁷⁹, lo que provoca algunos problemas para distinguir las situaciones de instigación de las situaciones de participación por ordenar, tal y como se observa en el siguiente ejemplo. Supongamos que un superior militar ordena a una de sus unidades (que en el pasado ha saqueado y destruido las viviendas de los civiles asociados con el enemigo) capturar un pueblo defendido por las fuerzas enemigas. Al emitir la orden, el superior (i) enfatiza que la unidad ha sido seleccionada para este operativo debido a la “escrupulosa” manera en que en el pasado ha llevado a cabo similares operativos militares; y (ii) manifiesta su confianza en que la unidad llevará a cabo el nuevo operativo con la “escrupulosidad” que requiere la situación. En estas circunstancias, se podría argumentar que una orden expresa de llevar a cabo un operativo militar lícito (la captura de una localidad defendida por unidades enemigas) puede

⁷⁴ Prosecutor v. Stakic (DECISION ON THE DEFENCE RULE 98 BIS MOTION FOR JUDGMENT OF ACQUITTAL) ICTY-97-24-T (de 31 de octubre de 2002) párr. 107 [en adelante: decisión sobre la Regla 98 bis en el caso Stakic]

⁷⁵ Cassese, *International Criminal Law* (supra n. 6), p. 189.

⁷⁶ Prosecutor v. Oric (Judgement) ICTY-03-68-T (de 30 de junio de 2006) párr. 272 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Oric]

⁷⁷ Sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71), párr. 593; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71), párr. 762; sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párrs. 270, 280; sentencia de primera instancia en el caso Kordic (supra n. 71), párr. 387; sentencia de primera instancia en el caso Tuta y Stela (supra n. 6), párr. 60; sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n. 22), párr. 269; sentencia de primera instancia en el caso Limaj (supra n. 23), párr. 514; sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 273.

⁷⁸ Como se afirma en la sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 273 “[l]a instigación puede llevarse a cabo por cualquier medio”. Vid. también sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párrs. 270, 277, 280; sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n. 22), párr. 269; sentencia de primera instancia en el caso Limaj (supra n. 23), párr. 514. De acuerdo con A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (3ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1999), p. 481, amenazas o cualquier otra forma de presión pueden también constituir un acto de incitación.

⁷⁹ Sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n.6), párrs. 270, 277, 280; sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n.22), párr. 269; sentencia de primera instancia en el caso Limaj (supra n. 23), párr. 514; y sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 273.

ir acompañada de una orden tácita de cometer un delito. Sin embargo, aun si, en atención al contexto en que se da y al lenguaje específico que utiliza el superior, su discurso no puede ser considerado como una orden tácita ilícita, todavía sería necesario analizar si puede ser calificado como un acto de instigación, que sin tener un carácter vinculante haya motivado a sus subordinados a cometer durante la ejecución de la operación los crímenes de guerra de saqueo y destrucción de bienes.

Según los arts. 25(3) (e) ER, 4(3)(c) ETPIY y 2(3)(c) ETPIR, la instigación y “la incitación directa y pública a cometer genocidio” tienen una naturaleza diferente, porque esta última da lugar a responsabilidad desde el momento en que se lleva a cabo el acto de incitación directa y pública, independientemente de si el genocidio llega finalmente a intentarse o a cometerse⁸⁰.

Como ha señalado la Sala de Apelaciones del TPIR en el caso Nahimana:

La Sala de Apelaciones considera que se debe hacer una distinción entre la instigación conforme al artículo 6 (1) del Estatuto, y la incitación pública y directa para cometer genocidio conforme al artículo 2 (3)(c) del Estatuto. En el primer caso, la instigación del artículo 6 (1) del Estatuto es una forma del responsabilidad; un acusado sólo incurrirá en responsabilidad penal por instigación si la instigación contribuye sustancialmente a la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 2 a 4 del Estatuto. Por el contrario, la incitación pública y directa para cometer genocidio conforme al artículo 2(3)(c) del Estatuto, es un delito en sí mismo, y no es necesario demostrar que de hecho contribuyó sustancialmente a la comisión de actos de genocidio. En otras palabras, el delito de incitación pública y directa para cometer genocidio es un delito, castigable incluso si ningún acto de genocidio se ha producido a raíz del mismo. Esto es confirmado por los travaux préparatoires de la Convención contra el Genocidio, de los que se puede concluir que los redactores de la Convención pretendieron castigar la incitación directa y pública para cometer genocidio, incluso si ningún acto de genocidio era finalmente cometido, con el objetivo de evitar que se produjeran tales actos⁸¹.

Además, la jurisprudencia constante del TPIR ha sostenido que el acto de instigación no necesita ser “público”⁸² o directo⁸³. Así mismo, tampoco es necesario que el instigador se encuentre en la escena del crimen⁸⁴. En consecuencia, la instigación:

[...] puede generarse cara a cara o a través de intermediarios, así como puede ser ejercida sobre una pequeña o una gran audiencia, siempre que el instigador tenga la intención correspondiente⁸⁵.

⁸⁰ Cassese, *International Criminal Law* (supra n. 6), p. 189, señaló que la instigación (también mencionada por el autor como “incitación”) “no es punible por sí misma, sino únicamente si conduce a la comisión de un delito. Como veremos, el derecho penal internacional proporciona una excepción a esta regla, en el caso de genocidio”. Sobre la distinción entre los conceptos de incitación pública y directa a cometer genocidio e instigación, vid. Ambos, *La parte general del derecho penal internacional* (supra n. 4), pp. 279-282. Sobre el contenido del concepto de “incitación pública y directa a cometer genocidio”, vid. Cassese, *International Criminal Law* (supra n. 6), pp. 196-198; W.A. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001), pp. 266-280 [en adelante: Schabas, *Genocide*]. En relación con el desarrollo de ese concepto en el caso Nahimana ante el TPIR, vid. G. Della Morte, “De-Mediatizing the Media Case: Elements of a Critical Approach” (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice*, pp. 1019-1033; y A. Zahar, “The ICTR’s Media Judgement and the Reinvention of Direct and Public Incitement to Commit Genocide” (2005) 16 *Criminal Law Forum*, pp. 33-48.

⁸¹ Sentencia de apelación en el caso Nahimana (supra n. 20), párr. 678.

⁸² Vid. *Prosecutor v. Akayesu* (Appeals Chamber Judgement) ICTR-96-4 (de 1 de junio de 2001), párrs. 474-483, que revoca la conclusión de la Sala de Primera Instancia que exige que todo acto de instigación sea público y directo. Vid. también, sentencia de primera instancia en el caso Akayesu (supra n. 33), párrs. 481, 482; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71), párr. 762; sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71), párr. 593; y sentencia de primera instancia en el caso Gacumbitsi (supra n. 71), párr. 279. Todas estas sentencias siguen la posición adoptada por la Sala de Apelaciones en la sentencia de apelación en el caso Akayesu.

⁸³ Sentencia de la apelación en el caso Nahimana (supra n. 20), párr. 679; *Prosecutor v. Kayishema y Ruzindana* (Judgment) ICTR-95-1-T (de 21 Mayo de 1999) párr. 200 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kayishema]; sentencia de primera instancia en el caso Semanza (supra n.6), párr. 381; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71), párr. 762; sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71), párr. 593; y sentencia de primera instancia en el caso Gacumbitsi (supra n. 71), párr. 279.

⁸⁴ Sentencia de apelación en el caso Boskoski (supra n. 16), párr. 132.

En este sentido hay que subrayar que algunos sistemas nacionales, como el español,⁸⁶ exigen que el acto de instigación sea directo. Por ello, si a diferencia de la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, la jurisprudencia de la CPI adopta esta posición, el requisito de un acto de instigación directa sería una característica importante para distinguir la instigación de la autoría mediata a través de EOP del art. 25(3)(a) ER y de la participación por ordenar del art. 25(3)(b) ER. Según estas dos últimas figuras, se incurre también en responsabilidad penal, cuando las órdenes de los dirigentes son nuevamente impartidas por los superiores intermedios antes de llegar a los autores materiales.

Ahora bien, entendemos que la exigencia de una instigación directa reduciría sustancialmente el ámbito de aplicación de esta forma de participación respecto a aquellos dirigentes que se encuentran geográfica y estructuralmente lejos de los autores materiales⁸⁷. Así, por ejemplo, no podría ser aplicada al dirigente de un grupo religioso que utiliza su influencia sobre el principal asesor político del Presidente de la República (que pertenece al mismo grupo religioso) para motivarle a que convenza al Presidente de la conveniencia de la lanzar una campaña de limpieza étnica contra los miembros de un grupo religioso opositor a través de fuerzas especiales de policía.

La instigación, al igual que la participación por ordenar, requiere una relación entre el acto de provocación del imputado y la comisión del delito por el autor material⁸⁸. Sin embargo, la naturaleza de esta relación es diferente en ambas figuras. Así, mientras que la participación por ordenar exige que el delito sea cometido en cumplimiento o desarrollo de una orden del imputado, el contenido de la relación entre el acto de instigación del imputado y la comisión del delito parece haber cambiado con el tiempo en la jurisprudencia de los TPIY y TPIR.

Inicialmente, algunas Salas de Primera Instancia del TPIY utilizaron el estándar del “factor claro y contribuyente” (clear and contributing factor), conforme al cual el acto de instigación no necesita generar en el autor material la intención de cometer el delito, siendo suficiente con que se fortalezca su voluntad de llevarlo a cabo al proporcionarle un motivo o propósito adicional⁸⁹.

Este estándar creó una cierta superposición entre la instigación y la cooperación en aquellos casos en que se motiva al autor material antes de que este comience a realizar los elementos objetivos del delito. Esta superposición no se produce, sin embargo, cuando el estímulo se da en la propia escena del crimen mientras el delito se está cometiendo (éstos han sido siempre casos de cooperación, debido a que si la motivación se produce al mismo tiempo que la comisión del delito, es difícil considerarlo como un fortalecimiento de la voluntad del autor material de cometer un delito que ya está realizando).

⁸⁵ Sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 273. Vid. también Eser (supra n. 6), p. 796.

⁸⁶ Por ejemplo, el art. 28(a) del Código Penal español requiere explícitamente la instigación directa de los autores materiales para que lleven a cabo los delitos.

⁸⁷ Van Sliedregt (supra n. 5), p. 83, también es partidaria de la posibilidad de “instigación indirecta”, aunque para ella estos casos se acercan a la forma de participación de “planear”. La instigación indirecta también es admitida por Eser (supra n. 6), p. 796; y Werle (supra n. 6), p. 220.

⁸⁸ Véanse también, sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 280; sentencia de primera instancia en el caso Kordic (supra n. 71), párr. 387; sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n. 22), párr. 269; sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 274. Todas ellas se refieren a una “relación causal”. Por su parte, la expresión “conexión causal” es utilizada en Prosecutor v. Bagilishema (Judgment) ICTR-95-01A-T (7 de junio de 2001) párr. 30 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Bagilishema]; sentencia de primera instancia en el caso Semanza (supra n. 6), párr. 381; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71), párr. 762; sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71), párr. 593; sentencia de primera instancia en el caso Gacumbitsi (supra n. 71), párr. 279.

⁸⁹ Este estándar ha sido denominado comunmente como “clear and contributing factor”. Véanse, sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párrs. 270, 277; sentencia de primera instancia en el caso Kvocka (supra n. 71), párr. 252; sentencia de primera instancia en el caso Tuta y Stela (supra n. 6), párr. 60; y sentencia de primera instancia en el caso Brdanin (supra n. 22), párr. 269.

Posteriormente, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kordic definió la relación entre el acto de instigación y la comisión del delito de la siguiente manera:

[...] si bien no es necesario probar que el delito no habría sido cometido sin la participación del acusado, es suficiente demostrar que la instigación fue un factor que contribuyó sustancialmente a que otra persona lo cometiera⁹⁰.

De esta manera, la Sala de Apelaciones introdujo el nuevo estándar del “factor que contribuye sustancialmente” (substantially contributing factor),⁹¹ el cual ha sido definido de la siguiente manera por la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Oric:

Esto no presupone necesariamente que el instigador haya generado la idea inicial o el plan de cometer el delito. Incluso si el autor material ya estaba pensando en cometer el delito, la determinación final todavía puede ser provocada por la persuasión o intensa motivación del instigador. Sin embargo, si el autor principal es un “omnimodo facturur”, lo que significa que ha decidido definitivamente cometer el delito, un apoyo moral o motivación posterior puede simplemente calificarse como cooperación⁹².

En otras palabras, el nuevo estándar del “factor que contribuye sustancialmente” requiere que la “persona o grupo de personas motivadas no se hayan formado, al margen del instigador, la intención de cometer el delito en cuestión”⁹³. Esto reduce, en gran medida, la superposición arriba mencionada entre la instigación y la cooperación⁹⁴.

B. Elementos subjetivos

Con respecto a los elementos subjetivos, un individuo sólo será responsable por instigación si es, al menos, consciente de la probabilidad sustancial de que (i) los elementos objetivos del delito objeto del acto de instigación sean realizados (siendo el actor de instigación un factor que va a contribuir sustancialmente a su comisión); (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por cualquier dolo especial exigido por definición del delito⁹⁵.

Como ha explicado la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kordic:

Con respecto a “instigar”, una persona que instiga a otra a cometer un acto u omisión siendo consciente de la probabilidad sustancial de que un delito sea cometido a resultas de ese acto de instigación tiene el elemento subjetivo necesario para ser responsable por instigar según el

⁹⁰ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 27; sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 278; sentencia de primera instancia en el caso Kvočka (supra n. 71), párr. 252; sentencia de primera instancia en el caso Tuta y Stela (supra n. 6), párr. 60; sentencia de primera instancia en el caso Limaj (supra n. 23), párr. 514; sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 274; sentencia de primera instancia en el caso Bagilishema (supra n. 87), párr. 30; y sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71), párr. 590.

⁹¹ El test del “factor que contribuye sustancialmente” también ha sido aplicado por la sentencia de primera instancia en el caso Bagilishema (supra n. 87), párr. 30, sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (ibid), párr. 590, sentencia de primera instancia en el caso Limaj (supra n. 23), párr. 514; y sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párrs. 271, 274.

⁹² Sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 271.

⁹³ Esta posición se adelantó por primera vez en la decisión sobre la Regla 98 bis en el caso Stakić (supra n. 74), párr. 107.

⁹⁴ La sentencia de apelación en el caso Kamuhanda (supra n. 6), párrs. 58-66, aplicó implícitamente el test del “factor que contribuye sustancialmente”, al admitir la Fiscalía que las acciones del acusado “deben contribuir sustancialmente” a la comisión del delito. Al aplicar este test, la Sala de Apelaciones del TPIR afirmó que el hecho de que el ex Ministro de educación superior e investigación científica de Ruanda, Jean de Dieu Kamuhanda, gozara de “una cierta influencia” en la comunidad de Gikomero, no era suficiente para considerarlo responsable por instigar los delitos ocurridos durante la masacre de los Tutsis en la Parroquia de la Comuna de Gikomero.

⁹⁵ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 32. Vid. también Werle (supra n. 6), p. 220. Como se observó previamente en el capítulo 3, este estándar podría ser suficiente para deducir la existencia del *dolo eventual* y, por lo tanto, para cumplir con el requisito de “intención y conocimiento” del art. 30 ER.

artículo 7(1) del Estatuto. Instigar con dicho conocimiento debe entenderse como la aceptación de ese delito⁹⁶.

Por lo tanto, cuando un dirigente religioso estimula al principal asesor político del Presidente de la República para que genere en éste último la intención de llevar a cabo una campaña de detenciones ilegales contra los miembros de un grupo religioso opositor, y al ejecutar la misma, algunos miembros de dicho grupo que se resisten a su detención son agredidos físicamente por las fuerzas de élite de la policía, el dirigente religioso y el asesor político del presidente serán penalmente responsables por instigar dichas agresiones físicas, siempre y cuando hayan sido conscientes de la probabilidad sustancial de que tuvieran lugar al desarrollarse la campaña de detenciones ilegales.

En el marco del Estatuto de Roma, el elemento subjetivo general de la “intención” y el “conocimiento” previsto en el art. 30 ER sería también aplicable a la instigación recogida en el art. 25(3)(b) ER, en cuanto que esta última disposición no prevé ningún elemento subjetivo en su definición.

Esto significa que, si se sigue la línea jurisprudencial de la SCP I y de la SPI I que afirma la inclusión de una de las manifestaciones del *dolo eventual* dentro del ámbito de aplicación del art. 30 ER⁹⁷, el elemento subjetivo de la instigación en el Estatuto de Roma sería similar al recogido en la jurisprudencia del TPIY, el TPIR y la CESL, porque la aceptación por el imputado de la comisión del delito al llevarse a cabo el acto de instigación se deduciría de seguir adelante con la motivación de los autores materiales a pesar del conocimiento de la probabilidad sustancial de que se acabe cometiendo el delito. Sin embargo, si se sigue la línea jurisprudencial de la SCP II, que no admite la inclusión de ninguna de las manifestaciones del *dolo eventual* dentro del ámbito de aplicación del art. 30 ER, sería necesario que el imputado realizase su acto de instigación con el conocimiento de la certeza virtual de que el mismo provocará la comisión del delito.

Por otra parte, es importante señalar que quienes llevan a cabo actos de instigación no necesitan actuar motivados por el *dolo especial* exigido por la definición del delito⁹⁸. Por el contrario, como expresamente ha afirmado la Sala de Primera Instancia del TPIY en el caso Martić, el elemento subjetivo de la instigación:

[...] no significa que el instigador también tendría que compartir el *dolo especial* que puede requerirse para la comisión de ciertos delitos, como el genocidio con respecto a “destruir en todo o en parte un grupo étnico” (artículo 4(1) del Estatuto)⁹⁹.

De la misma manera, ni los arts. 25 y 30 ER, ni la jurisprudencia de la CPI que ha interpretado estas disposiciones hasta el momento, exigen que quienes realizan actos de instigación actúen con el *dolo especial* requerido por la definición del delito finalmente cometido por los autores materiales.

Por lo tanto, si quienes realizan los actos de instigación no necesitan cumplir con los elementos subjetivos recogidos en la definición del delito:

- (i) No podrán ser responsables del delito a título de autores;
- (iii) El cumplimiento por los autores materiales con los elementos subjetivos del delito resulta relevante para determinar la propia existencia del delito, y por tanto para establecer la posible responsabilidad como partícipes de quienes realizaron los actos de instigación.

⁹⁶ Sentencia de apelación en el caso Kordić (supra n. 7), párr. 32

⁹⁷ Vid. capítulo 3.

⁹⁸ Vid. Prosecutor v. Ntakirutimana (Appeals Chamber Judgment) ICTR-96-10-A (de 13 de diciembre de 2004) párr. 494 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana]; y sentencia de primera instancia en el caso Semanza (supra n. 6), párr. 388.

⁹⁹ Sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 279, n. 772.

En este sentido, tanto la instigación como el ordenar, como formas de participación, se diferencian de la autoría mediata a través de EOP, puesto que esta última requiere que cumplan personalmente con todos los elementos subjetivos del delito, y por tanto que se actúe motivado por cualquier *dolo especial* exigido por su definición¹⁰⁰.

C. La aplicación del concepto de instigación por la CPI en el caso contra Ahmad Harun, Vice-Ministro Federal del Interior de Sudán.

El caso contra Ahmad Harun tiene por objeto delitos cometidos en el marco del conflicto armado desarrollado a partir de principios de 2003 en Darfur (Sudán) entre las Fuerzas Armadas sudanesas y sus aliados de las milicias Janjaweed, y varios grupos armados organizados de oposición (incluidos el SLA y el JEM)¹⁰¹. La SCP I consideró que las Fuerzas Armadas sudanesas y/o sus aliados de las milicias Janjaweed atacaron aquella parte de la población civil percibida como asociada al SLA y al JEM (perteneciente principalmente a los grupos Fur, Massalit y Zaghawa), ocasionando asesinatos, violaciones, tratos crueles y saqueos en las localidades de: (i) Koodom y sus alrededores el 15 y el 31 de agosto de 2003; (ii) Bindisi y sus alrededores el 15 de agosto de 2003; (iii) Mukjar en agosto de 2003 y marzo de 2004; y (iv) Arawala y sus alrededores en diciembre de 2003¹⁰². Según la SCP I, estos ataques se enmarcaron en la campaña anti-insurgente del gobierno de Sudán¹⁰³.

Ahmad Harun fue el vice-ministro federal de interior (oficialmente denominado “ministro estatal de interior”) entre abril de 2003 y septiembre de 2005¹⁰⁴. Según la SCP I, el Ministerio del Interior trabajó conjuntamente con el Ministerio de Defensa y con las fuerzas de seguridad sudanesas para poner fin a la crisis en Darfur¹⁰⁵. Durante su mandato, Harun fue responsable del Departamento de Seguridad de Darfur del Ministerio del Interior, y en cuanto tal coordinó los esfuerzos de varias instituciones del Gobierno en la campaña de contra-insurgencia, incluidas las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, el Servicio de Inteligencia y Seguridad Nacional, la Comisión de Asuntos Humanitarios y las milicias Janjaweed. Así mismo, monitoreó las actividades de contra-insurgencia de los Comités de Seguridad locales y regionales (para lo cual recibía informes de todos los Comités de Seguridad regionales, los cuales a su vez recibían informes de los Comités de Seguridad locales)¹⁰⁶.

La SCP I subrayó que, debido a su posición en el Departamento de Seguridad de Darfur, Ahmad Harun participó en las principales actividades de los Comités de Seguridad, como el reclutamiento, el abastecimiento de armas y la provisión de fondos a las milicias Janjaweed¹⁰⁷. De esta manera, Harun pudo potenciar (incluso participando personalmente) el reclutamiento de miembros de las milicias Janjaweed para incrementar los recursos humanos disponibles para su nueva estrategia en la campaña contrainsurgente¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Vid. capítulo 3.

¹⁰¹ Caso A. Harun (DECISION ON THE PROSECUTION'S APPLICATION FOR A WARRANT OF ARREST AGAINST AHMAD MUHAMMAD HARUN ("AHMAD HARUN"), PRE-TRIAL CHAMBER I), ICC-02/05-01/07, (de 27 abril de 2007), párrs. 46 y 47 [en adelante: orden de arresto en el caso Harun]

¹⁰² Ibid, párrs.48-59.

¹⁰³ Ibid, párr. 67.

¹⁰⁴ Ibid, párr. 80.

¹⁰⁵ Idem.

¹⁰⁶ Ibid, párr. 82.

¹⁰⁷ Ibid, párr. 83.

¹⁰⁸ Ibid, párr. 84.

A estos efectos, Harun financió a las milicias Janjaweed y les prometió y entregó armamento y municiones. Según la SCP I, gobernadores, Comités de Seguridad locales y Comités de Seguridad regionales (que directa o indirectamente presentaban informes a Harun) eran los responsables de entregar los salarios de las milicias Janjaweed a sus líderes tribales una vez que los integrantes de las milicias Janjaweed habían sido adecuadamente registrados¹⁰⁹. Así mismo, en ocasiones Harun procedió personalmente a financiar a las milicias Janjaweed (como ocurrió en Mukjar entre el 3 y el 10 de agosto de 2003), a las que prometió durante su estancia en dicha localidad una gran suma de dinero y el continuo apoyo del gobierno¹¹⁰. Harun también estuvo presente en varias de las ocasiones en las que se entregaron armas a las milicias Janjaweed para asegurarse de que se proporcionaba la cuota acordada¹¹¹.

Según la SCP I, en varios de sus discursos públicos, Harun demostró que conocía los métodos que eran utilizados por las milicias Janjaweed. Además, dadas sus funciones de dirección del Departamento de Seguridad de Darfur y su participación directa en las actividades de los Comités de Seguridad, Harun tenía una visión general de la campaña de contra-insurgencia, y por tanto era consciente de que sus actividades facilitarían la ejecución del plan común de atacar a aquella parte de la población civil de Darfur que era percibida como asociada con los rebeldes¹¹².

La SCP I también subrayó que, en sus discursos públicos, Harun justificó, o al menos, excusó los métodos que eran utilizados por las milicias Janjaweed, consistentes en el ataque a civiles y el saqueo de sus poblaciones¹¹³. Además, según la propia SCP I, existían motivos razonables para creer que Harun había provocado en varios de estos discursos a las milicias Janjaweed para atacar a la población civil¹¹⁴. En particular, en agosto de 2003, antes del ataque a Mukjar, Harun pronunció un discurso público ante las milicias Janjaweed que habían venido a la ciudad en el que afirmó que “desde que los hijos de los Fur se han convertido en rebeldes, todos los Fur y todo lo que tenían se había convertido en botín para los Mujahidín”, prometiendo además una gran suma de dinero y el continuo apoyo del gobierno sudanés¹¹⁵. Inmediatamente después de que Harun partió de Mukjar, las milicias Janjaweed saquearon la ciudad y su mercado¹¹⁶.

En consecuencia, la SCP I concluyó que existían motivos razonables para creer que, conforme al art. 25(3)(b) y (d) ER, Ahmad Harun era responsable accesorio a título de instigador (o alternatively a título de cooperador de un grupo de personas actuando conforme a un propósito común), por los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos por los miembros de las milicias Janjaweed en los ataques arriba mencionados¹¹⁷.

El presente caso despierta notables interrogantes sobre las razones por las que ni la Fiscalía, ni la SCP I, decidieron imputar a Ahmad Harun como autor, en vista de la función esencial que Ahmad Harun parece haber jugado tanto en el desarrollo de la campaña contra-insurgente del gobierno de Sudán, como en la ejecución de la política de atacar a la población civil de Darfur percibida como asociada con los grupos rebeldes.

Ambos aspectos aparecen como las dos caras de una misma moneda, y Harun (en cuanto director del departamento de Seguridad de Darfur y principal vínculo entre los Comités de Seguridad locales y regionales y el gobierno de Khartum), cumplió con la función de coordinar y supervisar ambos aspectos. Además, uno de los elementos que

¹⁰⁹ Ibid, párr. 87.

¹¹⁰ Ibid, párr. 86.

¹¹¹ Ibid, párr. 85.

¹¹² Ibid, párr. 88.

¹¹³ Ibid, párr. 93.

¹¹⁴ Ibid, párr. 90.

¹¹⁵ Ibid, párr. 90.

¹¹⁶ Ibid, párr. 91.

¹¹⁷ Ibid, párr. 94.

caracterizó la estrategia contra-insurgente de Harun, fue precisamente el de potenciar la participación activa de las milicias Janjaweed mediante su reclutamiento, financiación, armamento, y motivación a través de sus discursos públicos.

En estas circunstancias, la aplicación de la coautoría por dominio funcional resulta inadecuada porque los autores materiales de los delitos no participaron con Harun en ningún proceso conjunto de toma de decisiones en la elaboración del plan común, ni hubo una división consensuada de funciones. Igualmente, la aplicación del concepto de autoría mediata a través de EOP parece difícil puesto que no es posible afirmar que Harun perteneciese a la misma estructura organizada de poder que los miembros de las milicias Janjaweed que cometieron materialmente los delitos.

Sin embargo, entendemos que la SCP I debería haber explorado la posibilidad de aplicar el concepto de coautoría mediata recogida en el art. 25 (3) (a) ER. Esta conclusión tiene como fundamento la función esencial desempeñada por Ahmad Harun durante la campaña de contra-insurgencia, al ser la persona responsable de la coordinación de los esfuerzos de varias instituciones del gobierno sudanés (Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Servicio de Inteligencia y Seguridad Nacional, y Comisión de Asuntos Humanitarios) y las milicias Janjaweed, lo que le situó en posición de frustrar, o al menos dificultar notablemente, la ejecución del plan común mediante el rechazo a llevar a cabo sus labores de coordinación. Además, Harun fue plenamente conocedor de su función esencial en la ejecución del plan común, así como de la situación en el terreno, puesto que viajaba con frecuencia a Darfur (donde fue particularmente activo) y recibía periódicamente informes de los Comités de Seguridad regionales.

La aplicación de la coautoría mediata hubiera sido más acorde con lo concluido por la SCP I en las dos decisiones de orden de arresto contra Omar Al Bashir (presidente en ejercicio de Sudán), en las que se afirma la existencia de un plan común entre el propio Al Bashir y un pequeño círculo cercano de altos dirigentes políticos y militares del gobierno de Sudán, que planearon, pusieron en marcha y dirigieron coordinadamente la ejecución de la campaña de contra-insurgencia a través de las distintas organizaciones del aparato del estado que dirigía cada uno¹¹⁸.

Además, según la SCP I en el caso Al Bashir, la campaña contra-insurgente y la política estatal de atacar a aquella parte de la población civil percibida como asociada con los rebeldes fue puesta en marcha en el terreno por:

- (i) Los Comités de Seguridad locales, formados por el dirigente municipal y representantes de las Fuerzas Armadas, la Policía, y el Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional, que actuaban conjuntamente con las milicias Janjaweed a nivel local¹¹⁹; y
- (ii) Los Comités de Seguridad estatales, formados por el gobernador del estado y representantes de las Fuerzas armadas, la Policía, y el Servicio de Seguridad e Inteligencia Nacional, que actuaban coordinadamente con los líderes regionales de las milicias Janjaweed¹²⁰.

En este contexto, Ahmad Harun, como vice-ministro de interior, fue la persona encargada de la coordinación entre las más altas estancias del gobierno de Sudán, y los gobernadores de los tres estados de Darfur y sus respectivos Comités de Seguridad¹²¹. De ahí que la aplicación de la coautoría mediata en el caso contra Ahmad Harun hubiera

¹¹⁸ Prosecutor v. Omar Al Bashir (DECISION ON THE PROSECUTION'S APPLICATION FOR A WARRANT OF ARREST AGAINST OMAR HASSAN AHMAD AL BASHIR, PRE-TRIAL CHAMBER) ICC-02/05-01/09-3, (de 4 de abril de 2009) párr. 221 [en adelante: primera orden de arresto en el caso Al Bashir]

¹¹⁹ Ibid, párrs. 217, 218.

¹²⁰ Ibid, párrs. 217, 219.

¹²¹ Ibid, párr. 220.

encajado mucho mejor en las conclusiones alcanzadas en el caso contra Omar Al Bashir. Además, la posible autoría mediata de Omar al Bashir no hubiera afectado en ningún caso a la coautoría mediata de los altos dirigentes políticos y militares que actuaron coordinadamente en un segundo escalón de la cadena de mando bajo sus órdenes.

Dejando a un lado la posible responsabilidad de Ahmad Harun a título de coautor mediato, y en lo que atañe específicamente a la instigación, el problema que plantea la decisión de orden de arresto es que, si bien parece que la SCP I imputa a Harun todos los delitos cometidos en Koodom, Bindisi, Mukjar y Arawala a título de instigación, lo cierto es que los elementos de prueba citados en apoyo de esta conclusión se refieren exclusivamente al ataque contra el municipio de Mukjar en agosto de 2003. Con respecto a los demás, todo lo que SCP I presenta para justificar su decisión, son referencias a discursos públicos en los que Harun excusa a las milicias Janjaweed por la comisión de los delitos.

Si la no adopción por un superior de las medidas necesarias y razonables para castigar los delitos cometidos por sus subordinados puede, bajo ciertas circunstancias, motivar a los subordinados a cometer nuevos delitos, y por tanto podría ser calificado como un acto de instigación, con mayor razón esto puede suceder cuando el superior decide excusar públicamente (o incluso justificar) la comisión de tales delitos por sus subordinados. Ahora bien, el problema que plantea la decisión es que no analiza ninguna de las siguientes circunstancias:

- (i) La relación de hecho o de derecho entre Harun y los autores materiales de los delitos (miembros de las milicias Janjaweed);
- (ii) El grado de influencia que aquel pudiera haber ejercido en relación con estos últimos;
- (iii) La fecha y lugar en el que se produjeron los discursos instigadores de Harun (excepto en el caso del pronunciado en Mukjar en agosto de 2003);
- (iv) Los grupos de personas específicos ante los que Harun pronunció tales discursos (excepto en el caso del pronunciado en Mukjar, que se dio ante las milicias Janjaweed que atacaron inmediatamente después la ciudad y su mercado); y
- (v) Si dichos discursos “contribuyeron sustancialmente” a que los autores materiales de los ataques a Koodom, Bindisi, y Arawala los llevaran a cabo (en el caso de las milicias Janjaweed que llevaron a cabo el ataque a Mukjar, la SCP I afirma implícitamente la existencia de este requisito al subrayar que el ataque se produjo tan pronto como Harun salió de Mukjar).

En consecuencia, la imputación de Harun como instigador de los delitos cometidos en Koodom, Bindisi y Arawala resulta problemática a la luz de la falta de justificación dada por la SCP I. En consecuencia, con respecto a los delitos cometidos durante el ataque a estos tres municipios, entrará a operar la segunda forma de participación imputada, alternativamente, por la SCP I en su decisión de orden de arresto: la cooperación en los delitos cometidos por un grupo de personas actuando conforme a un propósito común (art. 25 (3) (d) ER)¹²².

IV. Planear

A. Elementos Objetivos

¹²² Orden de arresto en el caso Harun (supra n. 101), cargos cometidos en el municipio de Koodom: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 y 9; Bindisi: 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 19 y 20; y Arawala: 39, 40, 41, 42, 43, 44, 46, 48, 49, 50 y 51.

Los arts. 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6 (1) ECESL, a diferencia del art. 25(3) ER, se refieren expresamente a “planear” como una forma autónoma de participación, distinta de otras formas de participación como instigar, ordenar o cooperar¹²³. Por su parte en el marco del Estatuto de Roma, Van Sliedregt ha señalado que los casos de planear estarían implícitamente previstos en el art. 25(3)(b) ER, que se refiere a quien “ordene, proponga o induzca”¹²⁴.

Un dirigente es responsable por planear si diseña por sí mismo o junto con otros una conducta delictiva que luego es ejecutada¹²⁵. Por lo tanto, para incurrir en responsabilidad por planear es necesario que los elementos objetivos del delito previsto en el plan sean llevados a cabo por los autores materiales (si bien en el caso del art. 25(3)(b) ER es suficiente con que se alcance, al menos, la fase de ejecución).

La responsabilidad por “planear” se diferencia de “la conspiración para cometer genocidio” prevista en los arts. 4(3)(b) ETPIY y 2(3)(b) ETPIR (no se recoge, sin embargo, en el art. 25(3) ER, ni en el ECESL), en cuanto que atribuye responsabilidad penal a la conclusión de un acuerdo de cometer genocidio, con independencia de si el delito es posteriormente cometido (o si se alcanzar al menos la fase de ejecución)¹²⁶. Además, mientras que la responsabilidad por “planear” también incluye aquellos casos en los que el plan es elaborado por una sola persona, “la conspiración para cometer genocidio” requiere siempre el acuerdo de dos o más personas¹²⁷.

Pueden existir diferentes niveles de planeamiento y diseño del delito, y cada uno de ellos puede presentarse en diferentes niveles de la cadena de mando. Por ejemplo, los más altos dirigentes pueden trabajar conjuntamente para acordar un plan general para llevar a cabo una campaña de persecución. Posteriormente, superiores intermedios del ejército, de la policía y de los servicios de inteligencia, así como políticos regionales, desarrollan los detalles del plan a la luz de las capacidades logísticas y operativas de las unidades que lo van a ejecutar materialmente.

Como hemos visto, para que surja responsabilidad por ordenar o instigar no se requiere una conexión directa entre el dirigente que dicta la orden o realiza el acto de instigación, y el autor material que comete el delito. De lo contrario, el ámbito de aplicación a los dirigentes de estas formas de participación sería muy limitado. Lo mismo es aplicable en el caso de la responsabilidad por planear, en la que el diseño original del plan es concretado por superiores intermedios con un mayor conocimiento de los aspectos logísticos y operacionales antes de proceder a su ejecución. Es por ello, que la jurisprudencia de los TPIY, TPIR y ECESL no requiere una conexión “directa” entre quienes planean inicialmente los delitos y los autores materiales¹²⁸.

Si bien la primera jurisprudencia de los TPIY y TPIR daba la impresión de que no era necesario ningún tipo de relación entre la elaboración del plan y la comisión de los delitos por los autores materiales, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kordic ha dejado en claro que esto no es así¹²⁹. En efecto, si bien la Sala de Apelaciones no ha

¹²³ Como afirmaron V. Morris y M.P. Scharf, *The International Criminal Tribunals for Rwanda* (Ardsley, Nueva York, Transnational Publishers, 1998), p. 236, la expresión “planear” se refiere a la primera etapa de un delito [en adelante: Morris y Scharf, TPIR]

¹²⁴ Van Sliedregt (supra n. 5), p. 78.

¹²⁵ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 26.

¹²⁶ Vid. capítulo 2. Vid. también Van Sliedregt (supra n. 5), p. 79.

¹²⁷ Sentencia de primera instancia en el caso Akayesu (supra n. 33), párr. 480. Vid. también, sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 279; sentencia de primera instancia en el caso Kordic (supra n. 71), párr. 386; y sentencia de primera instancia en el caso Krstic (supra n. 71), párr. 601.

¹²⁸ Van Sliedregt (supra n. 5), p. 80.

¹²⁹ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 26.

requerido que los delitos deban ser cometidos en ejecución del plan¹³⁰, sí ha subrayado que este último debe ser “un factor que contribuya sustancialmente a esa conducta punible”¹³¹.

B. Elementos Subjetivos

Con respecto a los elementos subjetivos, la responsabilidad por planear requiere, al menos, es consciente de la probabilidad sustancial de que: (i) los elementos objetivos del delito planeado sean realizados (siendo el plan un factor que va a contribuir sustancialmente a su comisión); (ii) los autores materiales actúen con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales actúen motivados por todo *dolo especial* exigido por la definición del delito¹³².

Como ha explicado la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Kordic:

[L]a Sala de Apelaciones de manera similar sostiene que en relación con “planear”, una persona que planea un acto o una omisión siendo consciente de la probabilidad sustancial de que se cometerá un delito en ejecución de ese plan, tiene el elemento subjetivo necesario para ser responsable por planear de acuerdo al artículo 7(1) del Estatuto. Planear con esa conciencia debe considerarse como la aceptación de ese delito¹³³.

Por lo tanto, cuando el dirigente que carece de poderes operacionales sobre las unidades subordinadas, elabora un plan para el arresto y la detención ilegal de civiles enemigos, y en la ejecución de dicho plan algunos civiles que se resisten al arresto son golpeados, será considerado responsable de planear las agresiones físicas, siempre que haya sido consciente de la probabilidad sustancial de que en desarrollo de su plan personas civiles resultarían maltratadas.

Como en la responsabilidad por instigar y ordenar, quienes elaboran el plan no necesitan actuar con el *dolo especial* que requiere la definición del delito, y por lo tanto, al no tener que actuar con los elementos subjetivos del delito:

- (i) No podrán ser responsables del delito a título de autores;
- (ii) El cumplimiento por los autores materiales con los elementos subjetivos del delito resulta relevante para determinar la propia existencia del delito, y por tanto para establecer la posible responsabilidad como partícipes de quienes diseñaron el plan.

Desde esta perspectiva, el planear, como el instigar y el ordenar, en cuanto formas de participación, se distinguen de la autoría mediata a través de EOP, porque esta última, en cuanto forma de autoría, exige que el autor mediato cumpla personalmente con todos los elementos subjetivos del delito (incluyendo todo *dolo especial* recogido en su definición).

C. Distinción entre la responsabilidad por planear, y la autoría mediata y la coautoría

Para ser considerados penalmente responsables por planear, los dirigentes no necesitan participar en la ejecución del plan. La responsabilidad penal surge por su participación en la elaboración del plan, o por aceptar el diseño propuesto por otra

¹³⁰ Esto fue requerido previamente por la sentencia de primera instancia en el caso Blaskic (supra n. 6), párr. 278.

¹³¹ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 26.

¹³² Ibid, párr. 31. Como se analizó en el capítulo 3, este estándar puede ser suficiente para deducir la existencia de un *dolo eventual*, y por tanto para cumplir con el requisito de “intención y conocimiento” del art. 30 ER.

¹³³ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párrs. 31 y 976.

persona¹³⁴. Desde esta perspectiva, la Comisión de Derecho Internacional ha afirmado que “planear”:

Trata de garantizar que los funcionarios de alto nivel del estado o los comandantes militares que elaboran un plan o una política criminal, individualmente o como co-conspiradores, sean considerados responsables por la función importante que desempeñan, la cual es a menudo un factor decisivo en la comisión de los delitos previstos en el Código¹³⁵.

Sin embargo, no se puede compartir del todo esta explicación porque “planear” es una forma de responsabilidad accesoria (y no principal), que sólo es aplicable cuando los dirigentes implicados en la elaboración del plan criminal no participan posteriormente en su ejecución. Cuando esos dirigentes también participan en la ejecución del plan incurrirán en responsabilidad principal como coautores (con independencia de que se aplique la coautoría basada en la empresa criminal común o la coautoría por dominio funcional¹³⁶. Además, cuando el plan criminal es diseñado por un único dirigente, si este actúa a través de una organización que tiene las características de una estructura organizada de poder (de manera que se pueda afirmar que utiliza a sus subordinados como instrumentos para cometer el delito), incurrirá en responsabilidad principal como autor mediato¹³⁷.

En consecuencia, entendemos que el planear, como una forma de participación, sólo es aplicable cuando la función desempeñada por los dirigentes no tiene ese carácter “decisivo” que le adjudica la Comisión de Derecho Internacional, puesto que se limita exclusivamente a su intervención durante el diseño del plan criminal,

La decisión de la Sala de Primera Instancia del TPIY sobre la Regla 98 en el caso Stakic amplió el ámbito de aplicación de la responsabilidad por “planear” a ciertos casos en los que quienes elaboran un plan criminal también intervienen durante su ejecución. Según la Sala de Primera Instancia:

El acusado sólo puede ser condenado por planear un delito cuando su contribución en la etapa de planificación tenga mayor peso que su aporte en la etapa de ejecución¹³⁸.

Por lo tanto, de acuerdo con esta decisión, el criterio clave para distinguir entre los casos de responsabilidad por planear y los supuestos de autoría mediata o coautoría, sería la importancia de la contribución dada en la etapa de planeamiento en relación con la entidad del aporte realizado en la etapa de ejecución¹³⁹. Este criterio no ha sido seguido posteriormente por la jurisprudencia del TPIY, TPIR y CESL, que reiteradamente han afirmado que quienes forman parte de una empresa criminal común responden como coautores a pesar de que su contribución a la ejecución del plan común no sea sustancial¹⁴⁰.

Con todo, aun si se aplicase el criterio establecido por la Sala de Primera Instancia en el caso Stakic, un dirigente incurriría en responsabilidad como autor mediato si, además

¹³⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Bagilishema (supra n. 88), párr. 30.

¹³⁵ CDI, Draft Code of Crimes against Peace and Security of Mankind (supra n. 31). Este punto de vista, que también adopta Van Sliedregt (supra n. 5), p. 80, encuentra cierto apoyo en algunos casos posteriores a la segunda guerra mundial en aplicación de la Ley del Consejo de Control Aliado n° 10. Por ejemplo, en el caso Justice se consideró culpables a los acusados, entre otras cosas, por su intervención en el diseño del plan Nacht und Nebel, que con posterioridad fue ejecutado principalmente por la Gestapo. Vid. U.S. v. Altstoetter (1947) en el juicio de los Principales Criminales de Guerra ante el Tribunal Militar Internacional bajo la Ley del Consejo de Control Aliado n° 10, Vol. III (U.S. Government Printing Office, 1951), p. 954 [en adelante: caso Justice]. Vid. también Trial of Dr Joseph Buhler (1948) en United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trial of War Criminals, vol. XIV, p. 23.

¹³⁶ Véanse a este respecto los capítulos 4 y 5. Vid. también, decisión sobre la Regla 98 bis en el caso Stakic (supra n. 74), párr. 104.

¹³⁷ Vid. capítulo 3.

¹³⁸ Decisión sobre la Regla 98 bis en el caso Stakic (supra n. 74), párr. 104.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Vid. capítulo 4.

de ser responsable de la elaboración del plan criminal, utiliza la organización que dirige para que sus subordinados lo ejecuten¹⁴¹.

Por último, es importante referirse a la confusión en la cual parece haber incurrido la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Krnojelac, al discutir si los autores materiales del delito deben intervenir en una empresa criminal común junto con al dirigente imputado. De acuerdo con la Sala de Apelaciones del TPIY, el siguiente ejemplo dado por la Fiscalía “parece más relevante para el concepto de planear un delito previsto en art. 7(1) del Estatuto que para el de la empresa criminal común”¹⁴²:

La Fiscalía añade que la posición podría hacer que el concepto de empresa criminal común resulte redundante en el contexto de la criminalidad de estado. Lo ilustra con el ejemplo de los dirigentes políticos y militares de alto nivel que, desde un lugar distante, planean la destrucción generalizada de edificios civiles (hospitales y escuelas) en un área determinada con el fin de desmoralizar al enemigo, sin que los soldados responsables de realizar los ataques compartan, o incluso conozcan, el carácter no militar de los objetivos. La Fiscalía argumenta que, en ese contexto, el criterio de la Sala de Primera Instancia haría imposible aplicar el concepto de empresa común¹⁴³.

No se puede compartir el comentario de la Sala de Apelaciones del TPIY porque entendemos que el caso en cuestión es un supuesto de coautoría mediata, y no un caso de responsabilidad accesoria por planear. De hecho, en este supuesto concreto, un grupo de dirigentes políticos y militares actúan conjuntamente, no sólo para elaborar un plan criminal, sino también para garantizar su ejecución. Para incurrir únicamente en responsabilidad por planear hubieran debido detener su contribución después de elaborar el plan criminal. Pero esto no es lo que ocurre porque, una vez elaborado el plan, se benefician de su conocimiento superior para utilizar a sus subordinados como instrumentos, y asegurar así la comisión del delito. En consecuencia, tienen el dominio de los hechos, porque, debido a su conocimiento superior, dominan la voluntad de sus subordinados (quienes llevan a cabo materialmente el bombardeo ilícito en la creencia de que están atacando un blanco lícito).

Así mismo, la aplicación del concepto de responsabilidad por planear hubiera exigido que los subordinados (autores materiales) hubieran actuado con los elementos subjetivos requeridos por la definición del delito, pero esto no ocurre, porque ellos actúan bajo error (sin embargo, para la autoría mediata, el estado mental de los subordinados es irrelevante, en tanto en cuanto los dirigentes políticos y militares que dirigen los bombardeos ilícitos actúan con los elementos subjetivos del delito).

Por último, en el escenario descrito por la Sala de Apelaciones del TPIY, la función central desempeñada por los dirigentes en la comisión de los delitos se ve reflejada más satisfactoriamente a través de una forma de responsabilidad principal como la coautoría mediata, que mediante una forma de responsabilidad accesoria como el planear.

D. La aplicación de la responsabilidad por planear en el caso contra Dario Kordic por la matanza de civiles Bonio-Musulmanes en el pueblo de Ahmici el 16 de abril de 1993

Según la de Primera Instancia, Dario Kordic fue el político bosnio-croata de mayor influencia en Bosnia Central entre 1992 y 1994. Desde principios de 1991 presidió el

¹⁴¹ La misma opinión sostiene K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts : Ansätze einer Dogmatisierung* (Berlín, Duncker & Humblot, 2002), p. 566.

¹⁴² *Prosecutor v. Krnojelac* (Appeals Chamber Judgment) ICTY- 97-25-A (de 17 de septiembre de 2003) párr. 84 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Krnojelac]

¹⁴³ *Ibíd.*, párr. 83.

partido de la Unión Democrática Croata (HDZ) de la Municipalidad de Busovaca¹⁴⁴, para a partir de finales de ese mismo año convertirse en el coordinador de la Comunidad Regional de Travnik (que incorporaba a todas Municipalidades de Bosnia-Central)¹⁴⁵, y ser meses después nombrado Vice-presidente de la Comunidad Croata de Herzeg Bosna desde su creación en febrero de 1992¹⁴⁶.

La Sala de Primera Instancia consideró a Dario Kordic responsable de planear, instigar y ordenar una campaña de persecución contra la población bosnio-musulmana de Bosnia Central entre 1992 y 1994 (que fue orquestada desde Croacia y dirigida en el terreno por los dirigentes de la Comunidad Croata de Herzeg Bosna y el Consejo de Defensa Croata (HVO))¹⁴⁷. Así mismo, lo consideró responsable de numerosos delitos cometidos en el marco de dicha campaña, y en particular de planear la masacre cometida en la localidad de Ahmici y sus alrededores el 16 de abril de 1993, que causó la destruyó por completo y causó la muerte de 100 personas entre las que se encontraban 32 mujeres y 11 menores, y que marcó el inicio de la ofensiva del HVO sobre el valle del río Lasva¹⁴⁸.

En relación con esta masacre, la Sala de Primera Instancia tuvo particular consideración por la declaración de uno de los testigos (un superior intermedio del IV Batallón de la Policía Militar del HVO), que afirmó que en la tarde del día 15 abril se habían celebrado dos reuniones en el hotel Vitez, donde se encontraba el puesto de mando del comandante de la Zona Operativa de Bosnia Central del HVO, Tihomir Blaskic¹⁴⁹. Según este testigo en la primera estuvieron presentes Dario Kordic y otros dirigentes políticos, además de Tihomir Blaskic y Pavko Ljubacic (superior del testigo en cuanto que comandante del IV Batallón de la Policía Militar del HVO, y quien le informó del contenido de ambas reuniones, puesto que el testigo no estuvo presente)¹⁵⁰. Según el testigo, fue en esta reunión donde se tomó la decisión de lanzar el ataque, puesto que se habían interceptado informes en los que se señalaba que los bosnio-musulmanes atacarían por la mañana¹⁵¹.

El testigo explicó también que sobre las 05h30 del día siguiente, una vez llegaron al lugar desde el que su unidad lanzaría el ataque contra Ahmici, Pasko Ljubacic les informó que Tihomir Blaskic había dado la orden de atacar y de matar a todos los hombres en edad militar (dejando únicamente con vida a los civiles, tras sacarlos de sus casas y prender fuego a las mismas)¹⁵². Después hablo el segundo al mando para enfatizar que si ellos no atacaban lo harían los musulmanes, y que estos últimos los masacrarían puesto que los Mujahidín se habían infiltrado en Ahmici durante toda la noche. Así mismo añadió que Dario Kordic tenía plena confianza en que la operación sería un éxito¹⁵³.

Además de la declaración del testigo, la Sala de Primera Instancia, tuvo también en consideración otros factores que mostraban el nivel de autoridad ejercido por Kordic tanto en el movimiento político HDZ, como en el aparato militar del HVO, para fundamentar su condena por planear el ataque a Ahmici y a sus alrededores el 16 de abril de 1993¹⁵⁴. En particular, la Sala subrayó la relevancia de las conversaciones telefónicas que mantuvieron Kordic y Blaskic durante la ofensiva de los días 17 a 20 de abril en el valle del río Lasva (cuyo contenido se recogía en el libro de registro de la Zona Operativa de Bosnia Central

¹⁴⁴ Sentencia de primera instancia en el caso Kordic (supra n. 71), párr. 468.

¹⁴⁵ Ibid, párr. 469.

¹⁴⁶ Ibid, párr. 472.

¹⁴⁷ Ibid, párr. 829.

¹⁴⁸ Ibid, párr 625 y ss., y 681-687.

¹⁴⁹ Ibid, párr. 610.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Ibid, párr. 613.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Ibid. párr. 681-687.

del HVO), y que eran indicativas del grado de intervención de Kordic en las operaciones militares del HVO¹⁵⁵.

Así mismo, la Sala de Primera Instancia también dio notable importancia a la percepción del personal internacional desplegado en el terreno sobre el poder que ejercía Kordic en el valle del río Lasva en aquel entonces, así como su relación con los más altos dirigentes militares del HVO como Blaskic o el propio General Petkovic (comandante en jefe del HVO). Así, en abril de 1993, un comunicado de la Misión Europea de Observación informaba que un convoy de 40 vehículos escoltado por dos blindados había sido detenido hasta que no fuera registrado por fuerzas del HVO, que afirmaban seguir órdenes de Darío Kordic y aseguraban que no aceptarían órdenes de Tihomir Blaskic o del General Petkovic¹⁵⁶. En ese mismo momento, se encontraban reunidos el jefe de la delegación de la Misión Europea de Observación, el General Halilovic (comandante en jefe del ejército de Bosnia y Herzegovina) y el propio General Petkovic¹⁵⁷, quienes acordaron que Petkovic llamaría a Kordic. Cuando así lo hizo, Kordic contestó que él no seguía ninguna orden suya y que sólo respondería ante el presidente de Herzeg-Bosna Mate Boban. Sólo tras un segundo intento del General Petkovic, Kordic accedió a dejar pasar el convoy¹⁵⁸.

La Defensa de Darío Kordic alegó que la Sala de Primera Instancia cometió un error al concluir que el imputado estuvo involucrado en la campaña de persecución en Bosnia Central, y en particular que fue responsable por planear la masacre de Ahmici. Sin embargo, la Sala de Apelaciones rechazó estas alegaciones al considerar que cualquier juzgador de hecho razonable podría haber concluido, sobre la base de la prueba presentada en el proceso, que hubo una reunión del liderazgo político bosnio-croata en la tarde del 15 de abril de 1993 en el Hotel Vitez, y que Kordic, en cuanto que máximo dirigente regional con un alto grado de participación en cuestiones militares y de seguridad, estuvo presente en la mencionada reunión¹⁵⁹.

Así mismo, según la Sala de Apelaciones, también fue razonable concluir que fue precisamente en esa reunión de los dirigentes políticos donde se adoptó la decisión de llevar a cabo el ataque contra Ahmici y sus alrededores, y que en ejecución de esa decisión se dictó una orden de matar a todos los hombres de edad militar, de expulsar a los civiles de sus propiedades y de prender fuego a todas las viviendas. De esta manera, para la Sala de Apelaciones, no había nada irrazonable en concluir que Darío Kordic participó como alto cargo político de la región en el diseño de la operación militar y el ataque contra Ahmici, una operación que tuvo como objetivo la limpieza étnica de la zona por razones estratégicas¹⁶⁰.

Además, según la propia Sala de Apelaciones, Darío Kordic actuó: (i) con dolo directo de primer grado con respecto a los delitos mencionados puesto que acordó el plan general conociendo que los mismos serían cometidos; y (ii) con plena conciencia de la probabilidad sustancial de que otros delitos, como el saqueo o la detención ilegal de civiles, serían también cometidos en ejecución del plan común. Planear con este conocimiento debe ser equiparado a aceptar los delitos¹⁶¹.

V. Cooperar

¹⁵⁵ Ibid. párr. 682.

¹⁵⁶ Ibid, párr. 683.

¹⁵⁷ Ibid, párr. 684.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7), párr. 697.

¹⁶⁰ Ibid. párrs. 675 y 976.

¹⁶¹ Ibid. párr. 976.

A. Elementos objetivos

Los arts. 25(3)(c) ER, 7(1) ETPIY, 6(1) ETPIR y 6(1) ECESL reconocen la cooperación como una forma de responsabilidad accesoria. Si bien ninguna de las Salas de la CPI ha desarrollado en detalle hasta el momento esta forma de responsabilidad, la Sala de Apelaciones del TPIY ha subrayado en el caso Blagojevic que:

La cooperación supone generalmente un grado inferior de participación directa en la comisión del delito del que es requerido para establecer la responsabilidad principal por el mismo a título de autor¹⁶².

Las Salas de Apelaciones del TPIR, el TPIY y la CESL han afirmado que la cooperación consiste en acciones u omisiones “específicamente dirigidas a asistir, alentar o brindar apoyo moral a la realización de un determinado delito”¹⁶³.

Así mismo, La cooperación requiere una contribución al delito que puede tener la forma de asistencia o apoyo material, psicológico, verbal o instrumental, y que debe, en todo caso, tener un “efecto sustancial” en su comisión¹⁶⁴. En este mismo, la Mayoría de la

¹⁶² Prosecutor v. Blagojevic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-02-60-A (9 de mayo de 2007), párr. 192 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Blagojevic].

¹⁶³ Sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 370; Prosecutor v. Kalimanzira (Appeals Chamber Judgment) ICTR-05-88-A (20 de octubre de 2010) párr. 86 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Kalimanzira]; Prosecutor v. Rukundo (Appeals Chamber Judgment) ICTR-01-70-A (20 de octubre de 2010) párr. 52 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Rukundo]; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párrs. 45-46; Prosecutor v. Vasiljevic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-32-A (de 25 de febrero de 2004) párr. 102 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Vasiljevic]; Prosecutor v. Simic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-9-A (de 28 de noviembre de 2006) párr. 85 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Simic]; y sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 127.

¹⁶⁴ Idem. Vid. también sentencia de primera instancia en el caso Bagilishema (supra n. 88), párr. 33; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71), párr. 766; Prosecutor v. Kamuhanda (Judgment) ICTR-95-54A-T (de 22 de enero de 2004) párr. 597 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda]; Prosecutor v. Furundzija (Judgment) ICTY-95-17/1-T (de 10 de diciembre de 1998) párr. 249 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Furundzija]; Prosecutor v. Aleksovski (Judgment) ICTY-95-14/1-T (de 25 de junio de 1999) párr. 61 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Aleksovski]; Prosecutor v. Kunarac (Judgment) ICTY-96-23-T y ICTY-96-23/1-T (de 22 de febrero de 2001) párr. 391 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Kunarac]; Prosecutor v. Krnojelac (Judgment) ICTY-97-25-T (de 15 de marzo de 2002) párr. 88 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac]; y sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 282. Vid. también A. Clapham “On Complicity” en M. Henzelin y R. Roth (eds.), *Le droit penal a l'épreuve de l'Internationalisation* (Paris, LGDJ, 2002) 253; Werle (supra n. 6), p. 222; J. Rikhof, “Complicity in International Criminal Law and Canadian Refugee Law. A Comparison” (2006) 4 *Journal of International Criminal Justice* 706 [en adelante: Rikhof]. Los derechos nacionales adoptaron diferentes posiciones con respecto al nivel de contribución exigido para que un acto de asistencia de lugar a la responsabilidad penal. De acuerdo con el derecho australiano, “[e]l acto más marginal de asistencia material o apoyo moral constituiría, aparentemente, un acto de complicidad”. Vid. P. Gillies, *Criminal Law* (4º ed., North Ryde, LBC Information Services, 1997), p. 157 [en adelante: Gillies]. Este autor cita a Clarkson [1971] 3 All ER 344 como ejemplo de un caso donde el acusado, un espectador mudo, fue condenado por apoyar moralmente al autor material. Además, tal como Gillies resalta (p. 157), “no es necesario que los actos del partícipe sean efectivos”. Del mismo modo, en Francia, los actos de cooperación indirectos y/o inefectivos en la comisión de un delito originan responsabilidad penal. Vid. F. Desportes y F. Le Gunehec, *Droit penal general* (12 ed., Paris, Economica, 2005), p. 420. Por lo tanto, la persona que provee los medios para que se cometa el delito con el elemento subjetivo requerido, es cómplice independientemente de si los medios provistos asistieron, de hecho, al autor en la comisión del delito. Vid. la sentencia de la Corte de Casación, Cámara Criminal (de 17 de mayo de 1962) Dalloz. En los Estados Unidos se han adoptados distintas posiciones. Por un lado, en *State v. Tazwell*, 30 La. Ann 884 (1878), el acusado fue condenado como partícipe del hecho por dar asistencia material específica que finalmente no fue utilizada en la comisión del delito. Del mismo modo, en *State v. Doody*, 434 A.2d 523 (1981), el acusado fue condenado como partícipe por alentar el asesinato de la víctima, al prometer al autor que iba a conseguirle un auto para ese fin, aunque resultó que su asistencia no fue finalmente necesaria. Además, la sección §2.06(3)(a)(ii) del Código Penal Modelo de los EEUU, criminaliza toda tentativa de asistencia con base en que “la tentativa de complicidad debe ser punible y parece innecesario distinguirla de la complicidad efectiva cuando el delito ha sido cometido”. Vid. Código Penal Modelo de los EEUU, comentario al §2.06, p. 314 (1985). Por otro lado, otros tribunales han señalado que “no es necesario que la asistencia brindada... contribuya al resultado criminal en el sentido de que sin la misma, el resultado no se habría producido. Es suficiente si facilitó un resultado que habría tenido lugar sin la misma. Es suficiente si la ayuda simplemente facilita que el autor material alcance su fin, aunque con toda probabilidad dicho fin habría sido logrado sin dicha ayuda”. Vid. *State ex rel Attorney General v. Talley*, 102 Ala 25 (1894), citado por

SPI de la CPI en su reciente sentencia en el caso Lubanga ha reafirmado la jurisprudencia del TPIY, TPIR y CESL, al señalar que:

El artículo 25(3) (c) establece la responsabilidad accesoria de los partícipes – aquellos que facilitan, asisten o cooperan en la comisión o tentativa del delito. En opinión de la Mayoría, para incurrir en responsabilidad principal se requiere “objetivamente” una contribución superior a la exigida para incurrir en responsabilidad accesoria. Si los partícipes deben haber tenido “un efecto sustantivo en la comisión del delito” para ser responsables, los coautores deben entonces, de acuerdo con una interpretación sistemática de esta disposición, haber tenido algo más que un efecto sustancial.

Como la Sala de Apelaciones del TPIR en los casos Muhinarav¹⁶⁵ y Rukundo¹⁶⁶, la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Blagojevic¹⁶⁷ y la SESL en el caso AFRC¹⁶⁸ han subrayado, para incurrir en responsabilidad penal por cooperación no se requiere tener un control efectivo sobre los autores materiales, ni ejercitar ningún tipo de autoridad o influencia sobre los mismos. En realidad, se puede incurrir en responsabilidad por cooperación aún en el caso en que los autores materiales no sepan ni tan siquiera de la contribución del cooperador, con tal de que esta última tenga un efecto sustancial en la comisión del delito¹⁶⁹.

La jurisprudencia del TPIY, TPIR, y CESL ha considerado diversos tipos de contribuciones como suficientes para alcanzar el estándar del “efecto sustancial”. Por ejemplo, la sentencia de apelación del TPIY en el caso Blagojevic afirmó que este estándar se alcanza cuando un comandante militar permite la utilización de recursos, incluyendo el personal a su cargo, para facilitar la comisión del delito¹⁷⁰.

En el caso Vasiljevic, la Sala de Apelaciones del TPIY subrayó que el hecho de que el acusado ayudase a impedir que las víctimas (siete hombres bosnio-musulmanes) escapasen mientras se dirigían por la orilla del Río Drina hacia el lugar de su ejecución, tuvo un efecto sustancial en la comisión de delito¹⁷¹. De esta manera, la Sala de Apelaciones desestimó las alegaciones de la defensa en el sentido de que Vasiljevic no había facilitado sustancialmente el asesinato de las víctimas porque los autores materiales (Milan Lukic y los otros dos miembros de su grupo paramilitar), habían sido capaces de detenerlas en la cima del monte Bikavac, y allí el riesgo de resistencia al arresto había sido mayor que cuando el acusado había ayudado a custodiarlas de camino hacia la orilla del Río Drina y durante su ejecución¹⁷².

W.R. LaFare y A.W. Scott, *Substantive Criminal Law* (St. Paul, West Publishers, 1986), p. 578. En Inglaterra y Gales los actos ineficaces de asistencia material o apoyo moral no dan lugar a responsabilidad penal. Para que un acto de asistencia en la comisión de un delito de lugar a responsabilidad penal, tiene que permitirle al autor material cometer el delito de manera más fácil, más rápida o con mayor seguridad. Vid. Smith y Hogan (supra n. 1), pp. 172-3. Además, para que un acto de apoyo moral de lugar a responsabilidad penal, el autor debe ser consciente de que tiene el apoyo moral del cooperador para cometer el delito. Vid. Wilcox v Jeffery [1951] 1 All ER 464.

En España los actos de asistencia o apoyo moral solamente son punibles si son útiles para la comisión del delito en el sentido de que facilitan significativamente la realización de sus elementos objetivos. Por tanto, los actos de asistencia o apoyo moral que tienen un efecto mínimo, o no tienen efecto, en la comisión del delito, no dan lugar a responsabilidad penal. Vid. G. Quintero Olivares, *Manual de derecho penal: parte general* (3º ed., Pamplona, Aranzadi, 2002) 637. Vid. también sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo del 27 de septiembre de 2002.

¹⁶⁵ Prosecutor v. Muhinarav (Judgment) ICTR-95-1B-A (21 de mayo de 2007), párr. 189 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Muhinarav].

¹⁶⁶ Sentencia de apelación en el caso Rukundo (supra n.162), párr. 92.

¹⁶⁷ Sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n.162), párr. 195.

¹⁶⁸ Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (Appeals Chamber Judgment) SCSL-04-16-A (22 de febrero de 2008) párr. XX [en adelante: sentencia de apelación en el caso AFRC]

¹⁶⁹ Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102.

¹⁷⁰ Sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 137. Vid. también Prosecutor v. Krstic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-33-A (19 de abril de 2004), párrs. 137-8, 144 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Krstic].

¹⁷¹ Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 134.

¹⁷² Ibid, párr. 133.

En el caso Akayesu ante el TPIR, se consideró que el acusado (alcalde de un municipio en Ruanda) había contribuido de manera sustancial a la comisión de los delitos como consecuencia de (i) su incumplimiento de la obligación de mantener la ley y el orden en su municipio; (ii) su falta de oposición a los asesinatos y a las graves agresiones físicas y psicológicas que allí se estaban produciendo; y (iii) su presencia en la escena del crimen en varias ocasiones¹⁷³.

Proporcionar las armas utilizadas en la comisión de los delitos¹⁷⁴ o mirar cómo los autores materiales cometen los delitos sin adoptar ningún tipo de medida para evitarlos¹⁷⁵ también han sido consideradas como contribuciones que tienen un “efecto sustancial” en su comisión. Así, en el caso Kalimanzira, la Sala de Apelaciones del TPIR confirmó que la silenciosa presencia del director de gabinete del Ministro del Interior de Ruanda, durante la ceremonia en la que Ndayamabaje pronunció un violento discurso contra los miembros del grupo tutsi (que provocó el asesinato de numerosos integrantes de dicho grupo inmediatamente después), alcanzó el estándar de “contribución sustancial” en la comisión de los delitos¹⁷⁶. Igualmente, la Sala de Apelaciones de la Corte Especial de Sierra Leona en el caso AFRC, confirmó que la presencia del comandante adjunto de las fuerzas de las AFRC durante los ataques en la bahía Fourah y en la “Operación Cortar la Mano” en Freetown, supuso un apoyo moral que alcanzaba el estándar de “contribución sustancial”¹⁷⁷.

La asistencia puede tener lugar antes, durante o después de la comisión del delito¹⁷⁸, y no requiere ningún plan o acuerdo previo entre quienes prestan la asistencia y los autores materiales¹⁷⁹. Incluso la asistencia dada tras la consumación del delito puede ser prestada a iniciativa propia en ausencia de cualquier tipo de acuerdo previo con los autores materiales. Este sería el caso del comandante militar, que, tras ser informado de una masacre llevada a cabo por algunos de sus subordinados, decide encubrirlos mediante (i) el entierro de los cadáveres en distintas fosas; y (ii) el enmascaramiento de la masacre como una operación militar lícita contra civiles armados que ilícitamente estaban tomando parte activa en las hostilidades enfrentándose a sus fuerzas.

La contribución puede ser remota, tanto en lo que concierne al tiempo como al lugar en el que los delitos son cometidos¹⁸⁰. En este sentido, la sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Oric ha afirmado que:

No hay ninguna razón por la cual la cooperación debería ser tratada distinta que la instigación, la cual, como previamente se reconoció, puede ser indirecta. En consecuencia, la cooperación no debe estar limitada a contribuciones directas, en la medida en que el efecto de facilitar el

¹⁷³ Sentencia de primera instancia en el caso Akayesu (supra n. 33), párrs. 703-705. Vid. también A Cassese, *International Criminal Law* (supra n. 6) p. 189

¹⁷⁴ *Prosecutor v. Tadic* (Judgment) ICTY-94-1 (de 7 de mayo de 1997), párrs. 680, 684 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Tadic].

¹⁷⁵ Vid. sentencia de apelación en el caso Kalimanzira (supra n. 163), párr. 74; *Prosecutor v. Delalic et. al.* (Judgment) ICTY-96-21-T (16 de noviembre de 1998), párrs. 842 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Celebici]; y sentencia de primera instancia en el caso Furundzija (supra n. 164), párrs. 266-70. Vid. también, W.A. Schabas, “The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999” en A. Klip y G. Sluiter, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals* (vol. 3, Oxford, Hart Publishing, 2001), p. 753.

¹⁷⁶ Vid. la sentencia de apelación en el caso Kalimanzira (supra n. 163), párr. 74;

¹⁷⁷ Vid. la sentencia de apelación en el caso AFRC (supra n. 168), párr. 245. Vid. también *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, (Judgment) SCSL 2004- 16-T (20 de junio de 2007) párrs 1940 – 1941 [en adelante: la sentencia de primera instancia en el caso AFRC]

¹⁷⁸ Sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 372; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 48; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163), párr. 85; y sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 127.

¹⁷⁹ Sentencia de primera instancia en el caso Tadic (supra n. 174), párr. 677; y sentencia de primera instancia en el caso Celebici (supra n. 175), párrs. 327-8. Como Fletcher (supra n. 1), p. 645 ha señalado, la cooperación una vez cometido el delito pretende, o bien asegurar la impunidad de los autores materiales, o bien garantizar el disfrute de los efectos del delito.

¹⁸⁰ Sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 285; y *Prosecutor v. Strugar* (Judgment) ICTY-01-42-T (de 31 de enero de 2005), párr. 349.

delito sea el mismo, independientemente de que sea producido directamente o a través de medios indirectos o de intermediarios, siempre que, por supuesto, el resultado final esté abarcado por la correspondiente intención del interviniente¹⁸¹.

Así mismo, se puede contribuir a un delito específico cometido por un único autor material, o a todos los delitos cometidos por una pluralidad de personas que son miembros de una empresa criminal común¹⁸². Así, según la Sala de Apelación del TPIY en el caso Kvočka:

El requisito de que un cooperador debe hacer una contribución sustancial al delito para que sea considerado responsable se aplica cuando el acusado asiste en un delito cometido por un individuo o en varios delitos cometidos por una pluralidad de personas¹⁸³.

Cuando un delito es cometido por varios coautores que actúan como miembros de una empresa criminal común, la Sala de Apelaciones del TPIY ha afirmado que:

[...] el cooperador es siempre responsable accesorio por los delitos cometidos por los coautores, aunque estos últimos puedan no saber siquiera de su contribución¹⁸⁴.

La sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Kvočka introdujo por primera vez el concepto de “cooperación con una empresa criminal común”¹⁸⁵, al afirmar:

Un acusado puede no tener ninguna función en el establecimiento de la empresa criminal común, y llegar a la empresa y participar de su funcionamiento por un corto período sin conocimiento de su naturaleza criminal. Eventualmente, sin embargo, se entera de la naturaleza criminal de la empresa y de ahí en adelante la intervención en la empresa se lleva a cabo con dicho conocimiento. Dependiendo del nivel y naturaleza de la intervención, el acusado es cooperador o coautor de la empresa criminal. Una vez que la prueba indica que una persona que asiste sustancialmente a la empresa comparte los objetivos de la empresa, se convierte en coautor¹⁸⁶.

Así mismo, la sentencia de Primera Instancia del TPIY en el caso Simić también adoptó el concepto de cooperación con una empresa criminal común cuando sostuvo que:

Puede haber cooperación con una empresa criminal común cuando se demuestra que el cooperador sabía de la intención compartida de los intervinientes en la misma¹⁸⁷.

No obstante, la Sala de Apelaciones del TPIY rechazó este concepto, porque:

[...] la empresa criminal común es simplemente un medio de comisión de un delito; no es un delito en sí mismo. Por lo tanto, sería impreciso referirse a la cooperación en una empresa criminal común. El cooperador asiste al autor o autores materiales en la comisión del delito¹⁸⁸.

Posteriormente, en el caso Krajišnik, también se rechazó la alegación de la Fiscalía de que el concepto de cooperación con una empresa criminal común constituye una forma de responsabilidad penal en el ETPIY o en el derecho internacional consuetudinario¹⁸⁹, puesto que:

[...] o la conducta de una persona satisface los requisitos de pertenencia a la ECC, tal como fueron establecidos anteriormente, en cuyo caso es caracterizada como coautoría, o la conducta no supera el umbral, en cuyo caso no hay responsabilidad conforme a la ECC¹⁹⁰.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Prosecutor v. Kvočka et. al. (Appeals Chamber Judgment) ICTY-98-30/1-A (de 28 de febrero de 2005) párr. 90 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Kvočka]

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ Sentencia de apelación en el caso Vasiljević (supra n. 163), párr. 102.

¹⁸⁵ Sentencia de primera instancia en el caso Kvočka (supra n. 71), párrs. 284-7.

¹⁸⁶ Ibid, párr. 285.

¹⁸⁷ Prosecutor v. Simić (Judgment) ICTY-95-9-T (de 17 de octubre de 2003) párr. 160 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Simić]

¹⁸⁸ Sentencia de apelación en el caso Kvočka (supra n. 182), párr. 91.

¹⁸⁹ Prosecutor v. Krajišnik (Judgment) ICTY-00-39-T (de 27 de septiembre de 2006) párr. 86 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Krajišnik]

¹⁹⁰ Idem.

B. Elementos Subjetivos

Con respecto a los elementos subjetivos, las Salas de Apelaciones del TPIY, el TPIR y la CESL han afirmado reiteradamente que la cooperación requiere ser consciente de que: (i) la conducta asiste sustancialmente a los autores materiales en la ejecución de los elementos objetivos del delito; (ii) los autores materiales actúan con el elemento subjetivo general requerido por el delito en cuestión; y (iii) los autores materiales se encuentran motivados por cualquier dolo especial requerido por dicha definición¹⁹¹.

Si bien la jurisprudencia inicial del TPIY y TPIR daba a entender el estándar “tener consciencia de la probabilidad sustancial” sería más apropiado que el estándar “tener certeza de”, la última jurisprudencia de las Salas de Apelaciones de los TPIY y TPIR se ha decantando por este segundo, afirmando que la cooperación requiere un estándar de “conocimiento” o *dolo directo de segundo grado*, conforme al cual quienes prestan asistencia deben tener certeza de que sus acciones u omisiones van a asistir sustancialmente a la comisión de un delito específico¹⁹². En consecuencia, el elemento subjetivo requerido para incurrir en responsabilidad accesoria por cooperación es, en principio, superior al que se exige para incurrir en responsabilidad accesoria por planear, instigar u ordenar, puesto que para estas últimas formas de participación se requiere únicamente el estándar “tener consciencia de la probabilidad sustancial” (que como vimos en su momento puede constituir una de las manifestaciones del *dolo eventual*)¹⁹³.

Es importante resaltar que el art. 25(3)(c) ER establece un elemento subjetivo más exigente para la responsabilidad por cooperación, según el cual la contribución debe ser realizada “con el propósito de facilitar la comisión del delito”. En otras palabras, se debe actuar con un *dolo directo de primer grado* porque la asistencia ha de presentarse precisamente con el propósito de facilitar la comisión del delito¹⁹⁴.

Existen en este punto dos divergencias muy importantes entre la actual jurisprudencia de los TPIY y TPIR, y la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones de la Corte Especial de Sierra Leona, que se ha venido basando en las primeras decisiones de los TPIY y TPIR, sin tener siempre en cuenta las importantes modificaciones jurisprudenciales de los últimos años.

En cuanto a la primera divergencia, la Sala de Apelaciones de la CESL en el caso de las AFRC, afirmó lo siguiente:

La Sala de Apelaciones del TPIY en los casos Blaskic y Simic consideró que no era necesario probar que el cooperador conociera el delito específico que se pretendía cometer o que fue de hecho cometido por el autor material. En ambos casos, la Sala de Apelaciones del TPIY sostuvo que la responsabilidad por cooperación requiere probar que el acusado conocía que uno de varios delitos sería probablemente cometido, así como que uno de esos delitos fue

¹⁹¹ Sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 370; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 46; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102; sentencia de apelación en el caso Krstic (supra n. 170), párrs. 140-41; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163), párr. 86; y sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 127. Vid. también K. Kittichaisaree, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2001), p. 245.

¹⁹² Sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 370; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 15), párr. 46; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102; sentencia de apelación en el caso Krstic (supra n. 170), párrs. 140-41; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163), párr. 86; y sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 127.

¹⁹³ Vid. capítulo 3.

¹⁹⁴ Tal como K. Ambos, “Article 25. Individual Criminal Responsibility” en O Triffterer (coord.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, Nomos, 1999), p. 483 [en adelante: Ambos, Article 25] ha señalado: “[e]ste concepto introduce un umbral subjetivo que va más allá del requisito ordinario de elemento subjetivo dentro del significado del artículo 30”; En el mismo sentido, Eser (supra n. 6), p. 801; y Van Sliedrecht (supra n. 5), p. 93.

efectivamente cometido y que la contribución de la conducta del acusado asistió en la comisión de dicho delito. La Sala de apelaciones acoge este principio¹⁹⁵.

Inmediatamente a continuación, la propia Sala de Apelaciones de la CESL aceptó la siguiente definición del elemento subjetivo de la responsabilidad por cooperación (que había sido también adoptado por la Sala de Primera Instancia):

[...] el acusado conocía o era consciente de la probabilidad sustancial de que sus acciones u omisiones asistieran en la comisión de un delito por el autor material¹⁹⁶.

De esta manera, la Sala de Apelaciones de la CESL resta especificidad al contenido del elemento subjetivo de la responsabilidad por cooperación en cuanto que considera suficiente que el cooperador, al realizar su acto de asistencia o apoyo moral, conozca que su conducta puede asistir de manera sustancial en la comisión de uno de varios delitos posibles. Lógicamente, las exigencias de este elemento son muy inferiores que aquellas actualmente requeridas por las Salas de Apelaciones de los TPIY y TPIR que requieren la certeza por parte del cooperador de que su conducta asistirá de manera sustancial a la comisión de un delito específico.

No es necesario que quienes asisten sustancialmente en la comisión de un delito actúen motivados por el *dolo especial* exigido por la definición del delito en cuestión¹⁹⁷. Sólo se requiere que sean conscientes de que los autores materiales actúan motivados por dicho *dolo especial*¹⁹⁸.

En consecuencia, si quienes realizan los actos de cooperación no necesitan cumplir con los elementos subjetivos recogidos en la definición del delito:

- (i) No podrán ser responsables del delito a título de autores; y
- (ii) El cumplimiento por los autores materiales con los elementos subjetivos del delito resulta relevante para determinar la propia existencia del delito, y por tanto

¹⁹⁵ Sentencia de apelación en el caso AFRC (supra n. 168), párr. 243.

¹⁹⁶ Ibid, párr. 245.

¹⁹⁷ Sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 370; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 46; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102; sentencia de apelación en el caso Krstic (supra n. 170), párrs. 140-141; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163), párr. 86; y sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 127. Vid. también R. Dixon, Archbold International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence (Londres, Sweet y Maxwell, 2003), § 10-15.

¹⁹⁸ Sin embargo, las Salas de Apelaciones de los TPIY y TPIR han basado precisamente la distinción entre cooperación en el delito de genocidio según los arts. 6(1) ETPIR y 7(1) ETPIR, y complicidad para cometer genocidio”, en este requisito del conocimiento. De acuerdo con las Salas de apelaciones de los TPIY y TPIR, la complicidad comprende una gama más amplia de conductas que la cooperación. No obstante, la “complicidad para cometer genocidio” exige que la asistencia para la comisión de los actos de genocidio esté motivada por el *dolo especial* de destruir en todo o en parte al grupo atacado. Por tanto, para que una conducta distinta a la cooperación, que forme parte de la categoría más amplia de la complicidad, de lugar a la responsabilidad penal, es necesario actuar motivados por una intención genocida. Vid. a este respecto, sentencia de apelación en el caso Ntakirutimana (supra n. 97), párrs. 500-501; y sentencia de apelación en el caso Krstic (supra n. 170), párrs. 140-42. Vid. también Prosecutor v. Blagojevic (Judgment) ICTY-02-60-T (de 17 de enero de 2005), párrs. 678-680; y Prosecutor v. Milosevic (DECISION ON MOTION FOR JUDGMENT FOR ACQUITTAL) ICTY-02-54-T (de 16 de junio de 2004), párrs. 290-297. Antes de que las Salas de Apelaciones del TPIR y TPIY “resolvieran” esta cuestión, se habían sostenido que: (i) no hay distinción material entre la “complicidad para cometer genocidio” de los arts. 2(3)(e) ETPIR y 4(3)(e) ETPIY, y la cooperación de los arts. 6(1) ETPIR y 7(1) ETPIY; y (ii) los elementos subjetivos de la “complicidad para cometer genocidio” reflejan aquellos de la cooperación y otras formas de responsabilidad accesoria de los arts. 6(1) ETPIR y 7(1) ETPIY. Esta posición había sido sostenida en la sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 6), párrs. 531-4; y Prosecutor v. Semanza (Judgment) ICTR-97-20-T (de 15 de mayo de 2003), párrs. 394-5 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Semanza]. Vid. al respecto, Schabas, Genocide (supra n. 79)pp. 285-303; A. Reggio, “Aiding and Abetting in International Criminal Law: The Responsibility of Corporate Agents and Business for “Trading with the Enemy” of Mankind” (2005), 5 International Criminal Law Review 641-2; A. Greenwalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation” (1999), 99 Columbia Journal Law Review 2282; C. Eboc-Osuji, “‘Complicity in Genocide’ versus ‘Aiding and Abetting Genocide’” (2005), 3 Journal of International Criminal Justice 71-2, 80-81; A. Obote-Odora, “Complicity in Genocide as Understood through the ICTR Experience” (2002) 2 International Criminal Law Review 375; Rikhof (supra n. 163), p. 705; y K. Gallagher, “The Second Srebrenica Trial: Prosecutor v. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic” (2005), 18 Leiden Journal of International Law 537.

para establecer la posible responsabilidad como partícipes de quienes realizaron los actos de cooperación.

En este sentido, la cooperación, como el planear, el instigar y el ordenar, en tanto formas de participación, difieren de los conceptos de autoría mediata y coautoría, que, en cuanto formas de responsabilidad principal, exigen el cumplimiento de todos los elementos subjetivos del delito en cuestión (incluyendo cualquier dolo especial exigido por su definición).

Sin embargo, no es necesario que quienes prestan asistencia conozcan quiénes son los autores materiales que cometerán los delitos, ni quiénes serán las víctimas. Por ello, si el comandante de un campo de detención deja las puertas del campo abiertas, con el único propósito de permitir que ingresen personas desconocidas ajenas al personal y maltraten a algunos prisioneros no identificados, incurrirá en responsabilidad por cooperación en la medida en que sea consciente de que, al dejar las puertas del campo de detención abiertas, está facilitando sustancialmente las agresiones físicas contra los prisioneros.

El elemento subjetivo requerido se aplica a la cooperación en uno o varios delitos, con independencia de que su comisión sea realizada por una o varias personas¹⁹⁹. Por ello, si el imputado era consciente de que con su asistencia estaba facilitando la comisión de un único delito por parte de una sola persona, será únicamente responsable por cooperar en ese delito²⁰⁰. Esto es así con independencia de que el autor material sea parte de una empresa criminal común que realiza una actividad delictiva más amplia²⁰¹. Si, por el contrario, el imputado era consciente de que con su asistencia estaba facilitando la comisión de todos los delitos que formaban parte de una empresa criminal común, entonces será responsable por cooperar en todos ellos.

En consecuencia, como la Sala de Apelaciones del TPIY ha sostenido en el caso Kvocka, que el imputado sea responsable por cooperar en un delito cometido por una sola persona, o por prestar asistencia en la comisión de todos los delitos realizados por una pluralidad de individuos que son miembros de una empresa criminal común, depende del alcance e impacto de su contribución y del conocimiento con el que realiza su aporte²⁰². Además, si el imputado es consciente que con su asistencia está apoyando los delitos de un grupo de personas involucradas en una empresa criminal común, y comparte el propósito común del grupo, entonces podrá ser considerado coautor de los delitos cometidos en ejecución del propósito común²⁰³.

E. La distinción entre la responsabilidad por cooperación y la coautoría basada en la empresa criminal común

La sentencia de apelación del TPIY en el caso Tadic utilizó los siguientes criterios para distinguir entre el concepto de la ECC o doctrina del propósito común, y la responsabilidad por cooperación:

- (i) El cooperador es siempre un partícipe en el delito cometido por un tercero (el autor material).
- (ii) La cooperación no requiere la existencia de un plan común que se ejecute de manera concertada. De hecho no se exige ningún tipo de acuerdo, y puede ocurrir que el autor ni siquiera sea consciente de la contribución del cooperador.

¹⁹⁹ Sentencia de apelación en el caso Kvocka (supra n. 182), párr. 90.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ Idem.

²⁰² Idem.

²⁰³ Idem.

- (iii) El cooperador realiza actos específicamente dirigidos a asistir, alentar o brindar apoyo moral en la comisión de un determinado delito (asesinato, exterminio, violación, tortura, destrucción arbitraria de propiedad civil, etc.), y dicha asistencia tiene un efecto sustancial en la realización del delito. En cambio, en el caso del plan o propósito común es suficiente que el interviniente realice actos que de alguna forma estén dirigidos a promover el plan o propósito común.
- (iv) En el caso de la cooperación, el elemento subjetivo consiste en el conocimiento de que los actos realizados por el cooperador asisten en la comisión de un determinado delito por parte del autor material. En cambio, en el caso del plan o propósito común se exige más (esto es, la intención de cometer el delito o la intención de realizar el plan común, más la previsión de que probablemente se cometería el delito como consecuencia de la ejecución del propósito común)²⁰⁴.

En la decisión adoptada en el caso Milutinovic a raíz del cuestionamiento realizado por uno de los acusados con respecto a si el TPIY tenía jurisdicción sobre el concepto de la ECC, la Sala de Apelaciones aclaró la distinta naturaleza de la coautoría basada en la ECC y la responsabilidad por cooperación. Según la Sala de Apelaciones del TPIY:

En la medida en que un interviniente comparta el propósito de la empresa criminal común (tal como debe hacer) en lugar de un mero conocimiento al respecto, no puede ser considerado como mero cooperador del delito contemplado. Por lo tanto, la Sala de Apelaciones considera a la empresa criminal común como una forma de “comisión” conforme al artículo 7(1) del Estatuto²⁰⁵.

Posteriormente, en el caso Vasiljevic, la Sala de Apelaciones afirmó distinta naturaleza de la coautoría basada en la ECC y la responsabilidad por cooperación, al señalar:

La intervención en una empresa criminal común es una forma de “comisión” del artículo 7(1) del Estatuto. El interviniente, por lo tanto, es responsable como coautor del delito. Usualmente se considera que la cooperación en un delito conlleva un menor grado de responsabilidad penal que su comisión²⁰⁶.

Además, la Sala de Apelaciones del TPIY en el mismo caso Vasiljevic afirmó que la coautoría basada en la ECC y la responsabilidad por cooperación tienen diferentes elementos objetivos y subjetivos. Respecto a los elementos objetivos subrayó que:

El cooperador realiza actos específicamente dirigidos a asistir, alentar o brindar apoyo moral a la realización de un delito determinado (asesinato, exterminio, violación, tortura, destrucción arbitraria de propiedad privada, etc.) y dicha asistencia tiene un efecto sustancial en su comisión. En cambio, para un interviniente en una empresa criminal común es suficiente que realice actos que de alguna manera estén dirigidos al cumplimiento del plan común²⁰⁷.

Por su parte, con respecto a los elementos subjetivos, la Sala de Apelaciones del TPIY señaló:

En el caso de la cooperación, el elemento subjetivo es el conocimiento de que los actos realizados por el cooperador asisten a la comisión del delito específico del autor. En cambio, en el caso de la intervención en una empresa criminal común, es decir, como coautor, el elemento subjetivo consiste en la intención de realizar el propósito común²⁰⁸.

²⁰⁴ Prosecutor v. Tadic (Appeals Chamber Judgment) ICTY-94-1-A (de 15 de julio de 1999) párr. 229 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Tadic]

²⁰⁵ Prosecutor v. Milutinovic (DECISION ON DRAGOLJUB OJDANIC'S MOTION CHALLENGING JURISDICTION – JOINT CRIMINAL ENTERPRISE) ICTY-99-37-AR72 (de 21 de mayo de 2003) párr. 20 [en adelante: decisión sobre el cuestionamiento de la jurisdicción de Ojdanic relativo a la ECC en el caso Milutinovic]

²⁰⁶ Sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Idem.

Finalmente, la sentencia de primera instancia del TPIY en el caso Krajisnik ha reformulado, en cierta medida, las principales diferencias en los elementos objetivos y subjetivos de la coautoría basada en la ECC y la responsabilidad por cooperación:

Elementos objetivos: El cooperador realiza actos específicamente dirigidos a asistir, alentar o brindar apoyo moral en la realización de determinado delito (asesinato, etc.) y esta asistencia tiene un efecto sustancial en la comisión de ese delito. En cambio, en el caso de una intervención conforme a un objetivo criminal común, es suficiente con que el interviniente realice actos que de alguna manera estén dirigidos al cumplimiento del objetivo común a través de la comisión de delitos²⁰⁹.

Elementos subjetivos: En el caso de la cooperación, el elemento subjetivo requerido es el conocimiento de que los actos realizados por el cooperador asisten en la comisión de un determinado delito por parte del autor material. En cambio, en el caso de la coautoría como parte de una ECC se exige la intención de obtener el objetivo criminal²¹⁰.

Como se puede observar en los pasajes transcritos, el nivel de contribución exigido es mayor para la cooperación (que da lugar a responsabilidad accesoria a título de partícipe) que para la intervención en una ECC (que da lugar a responsabilidad principal a título de coautor). Incluso aún cuando se entienda, tras las sentencias de apelación del TPIY de 3 de abril de 2007 y 19 de marzo de 2009 en los casos Brdanin y Krajisnik (y las posteriores sentencias de primera instancia en los Djordjevic²¹¹ y Gotovina²¹²), que el requisito de la “contribución significativa” en la coautoría basada en la ECC se ha consolidado, este requisito sigue siendo inferior al de la “contribución substancial” exigido para la responsabilidad por cooperación.

Esto sólo se explica porque el concepto de coautoría basada en la ECC es una manifestación de la posición subjetiva de la distinción entre autores y partícipes, según la cual esta distinción depende principalmente del elemento subjetivo con el que se lleva a cabo la contribución al delito. Por ello, el menor nivel de contribución exigido por la coautoría basada en la ECC se ve “compensado” por un elemento subjetivo más exigente. Así, mientras que la responsabilidad por cooperación exige un estándar de “conocimiento”, la coautoría basada en la ECC exige compartir el propósito criminal común (*dolo directo en primer grado*).

Sin embargo, en nuestra opinión, esta construcción no es completamente satisfactoria, puesto que admite que actores centrales en la comisión de los delitos sean calificados como meros partícipes, mientras que quienes tienen una función más limitada puedan ser considerados coautores²¹³.

Además, el *dolo directo de primer grado* exigido por la coautoría basada en la ECC, no se aplica a la variante amplia de ECC, puesto que, tal como ha explicado la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso Blaskic:

Puede declararse la responsabilidad penal de un actor por un delito que se encuentra fuera de la empresa originalmente contemplada, incluso si sólo sabía que la realización de ese delito era simplemente una consecuencia posible²¹⁴.

²⁰⁹ Sentencia de primera instancia en el caso Krajisnik (supra n. 189), párr. 885.

²¹⁰ Idem.

²¹¹ Prosecutor v Djordjevic (Judgement) IT-05-87/1-T (de 23 de febrero de 2011) párr. 1863 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Djordjevic]

²¹² Prosecutor v Gotovina, et al. (Judgement) IT-06-90-T (de 15 de abril de 2011) Sentencia de primera instancia en el caso Gotovina (supra n. 11), párr 1953.

²¹³ Vid. también Ambos, “Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility” (2007), 5 Journal of International Criminal Justice 159, pp. 170 y 171 [en adelante: Ambos, Joint Criminal Enterprise]; A.M. Danner y J.S. Martinez, “Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law” (2005) 93 California Law Review, pp 150 – 51[en adelante: Danner y Martinez]; y J.D. Ohlin, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise” (2007) 5 Journal of International Criminal Justice p. 89 [en adelante: Ohlin].

²¹⁴ Sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 33.

En consecuencia, surge la pregunta de por qué la variante amplia de ECC da lugar a responsabilidad principal, mientras que la cooperación da lugar a responsabilidad accesoria, si los requisitos objetivos y subjetivos de la cooperación son más estrictos. La Sala de Apelaciones del TPIY ha afirmado en el caso Blaskic que esto únicamente es posible porque:

[...] la forma extendida de empresa criminal común es una situación en donde el actor ya posee la intención de intervenir y promover el propósito criminal común de un grupo²¹⁵.

En nuestra opinión esta explicación no es convincente, porque una persona no puede ser considerada responsable principal a título de coautor de un delito a menos que actúe con los elementos subjetivos exigido por la definición del delito en cuestión²¹⁶. Si no satisface los elementos subjetivos contenidos en dicha definición, podrá ser considerado, en el mejor de los casos, responsable accesorio a título de partícipe. No obstante, la jurisprudencia del TPIY y de la CESL, y en menor medida la jurisprudencia del TPIR, ha afirmado que la variante amplia de ECC da también lugar a responsabilidad principal a título de coautor²¹⁷.

VI. La cooperación en el delito cometido por un grupo de personas actuando conforme a un propósito común del art. 25(3)(d) ER: una forma residual de participación

A. Elementos Objetivos

Según las decisiones de orden de comparecencia de la SCP II en los casos Sang y Ali, y la decisión de confirmación de cargos de la SCP I en el caso Mbarushimana, la forma residual de participación prevista en el apartado (d) del art. 25 (3) ER está conformada por los siguientes elementos objetivos: (i) La comisión o tentativa de un delito previsto en los arts. 5 a 8 ER; (ii) por un grupo de personas actuando con un plan o propósito común; (iii) a la que el imputado contribuye de manera distinta a lo previsto para las demás formas de autoría y participación recogidas en los apartados (a) a (c) del art. 25 (3) ER²¹⁸.

i. La comisión o tentativa de comisión del delito

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ Este problema ha sido subrayado por Ohlin (supra n. 213), p. 83. Según este autor: “[é]ste es precisamente el problema con el concepto de previsibilidad en la empresa criminal común. Todos los miembros de la conspiración son tratados de la misma manera, y a los miembros de la milicia que asumieron el riesgo de unirse a la empresa se les imputa el mismo delito que a quienes decidieron torturar por mano propia a los civiles. La distinción entre los dos tipos de intervinientes es eliminada”. Por este motivo, Ambos, Joint Criminal Enterprise (supra n. 137), párrs. 168 y 169, afirma que la variante amplia de la empresa criminal común equivale, verdaderamente, a una forma de complicidad.

²¹⁷ Véanse los capítulos 2 y 4.

²¹⁸ Caso Mbarushimana (DECISION ON THE CONFIRMATION OF THE CHARGES, PRE-TRIAL CHAMBER I) ICC-01/04-01/10-465-Red (16 de diciembre de 2011) párr. 285 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Mbarushimana]; caso Ruto, Kosgey y Sango (DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR SUMMONSES TO APPEAR FOR WILLIAM SAMOEI RUTO, HENRY KIPRONO KOSGEY AND JOSHUA ARAP SANG) ICC-01/09-01/11-01, (de 8 de marzo de 2001) párr. 51 [en adelante: orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang]; y caso Muthaura, Kenyatta, y Ali (DECISION ON THE PROSECUTOR'S APPLICATION FOR SUMMONSES TO APPEAR FOR FRANCIS KIRIMI MUTHAURA, UHURU MUIGAI KENYATTA AND MOHAMMED HUSSEIN ALI), ICC-01/09-02/11-01 (de 8 de marzo de 2001) párr. 47 [en adelante: orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali]. Vid. también la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 3), párrs. 996-999.

Los apartados (b), (c) y (d) del art. 25(3) ER señalan expresamente que la responsabilidad penal a título de partícipe surge tan pronto como se alcanza la etapa de ejecución del delito, sin importar si sus elementos objetivos son finalmente realizados. Esto marca una diferencia importante entre el ER y la jurisprudencia de los TPIY, TPIR y CESL, según la cual planificar, instigar, ordenar y cooperar sólo dan lugar a responsabilidad penal en el caso de que los delitos hayan sido consumados²¹⁹.

ii. *El plan o propósito común del grupo al que se facilita la comisión del delito*

Para la SCP I, el plan o propósito común del grupo de personas al que se facilita la comisión del delito se define de la misma manera que el plan común en la coautoría por dominio funcional prevista en el art 25 (3)(a) ER, lo que significa que no tiene que dirigirse necesariamente a la comisión de un delito, y que es suficiente con que incluya un elemento de criminalidad. Por lo tanto, según la SCP I, no es necesario que los integrantes del grupo actúen con el objetivo compartido (*dolo directo de primer grado*) de cometer el delito, sino que será suficiente con que, la comisión del delito sea una consecuencia necesaria (*dolo directo de segundo grado*) o probable y mutuamente aceptada (*dolo eventual*) de la ejecución del plan o propósito común²²⁰. Además, según la SCP I, el plan o propósito común no tendría por qué ser explícito y su existencia se podría deducir de la acción concertada del grupo de personas²²¹.

Sin embargo, no parece que esta interpretación de la SCP I sea acorde con la literalidad del apartado (d) del art. 25 (3) del ER que tanto en su frase inicial como en sus sub-apartados (i) y (ii) se refiere a la: (i) “la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”; (ii) “la actividad o propósito delictivo del grupo”; y (iii) “el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

Por lo tanto, esta disposición parece exigir un *dolo directo de primer grado* compartido (propósito o finalidad común) entre los miembros del grupo en relación con el delito cuya comisión se facilita a través del acto de cooperación punible. La posición aquí defendida es también coherente con el concepto de empresa criminal común o doctrina del propósito común, que requiere un dolo directo de primer grado compartido con respecto al delito central de la ECC, y que, junto con la figura de la conspiración, influyeron de manera determinante en la redacción del apartado (d) del art. 25 (3) ER²²².

iii. *Contribución de manera distinta a las previstas para las demás formas de autoría y participación recogidas en los apartados (a) a (c) del art. 25 (3) ER*

1. *Contribución desde dentro y desde fuera del grupo*

Según la SCP I, el ámbito de aplicación del apartado (d) del art. 25 (3) ER no se encuentra limitada a individuos que no forman parte del plan o propósito común²²³, tal y como una parte de la doctrina ha afirmado²²⁴. Para la SCP I una limitación de estas características no aparece recogida en el texto de dicha disposición²²⁵. Además, aunque

²¹⁹ Vid. capítulo 2.

²²⁰ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 217), párr. 271, en el que se refiere a caso Lubanga (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-01/04-01/06-803 (de 29 de enero de 2007) párrs. 343 – 344 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Lubanga]

²²¹ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 271, en el que se refiere a decisión confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 345.

²²² Werle (supra n. 6), p. 309; y Eser (supra n. 6), p. 802.

²²³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 272-275.

²²⁴ Ver en este sentido, Cassese, International Criminal Law (supra n. 6) p. 213.

²²⁵ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 272.

podiera haber tenido sentido si el ER y la jurisprudencia de la CPI hubieran adoptado la coautoría basada en la ECC (que permite calificar como coautores a quienes, siendo parte del propósito común, realizan contribuciones significativas pero no esenciales²²⁶), una vez que esta forma de coautoría ha sido rechazada en favor de la coautoría por dominio funcional que exige una aportación esencial al plan común, la limitación arriba mencionada pierde su sentido²²⁷.

En efecto, al requerirse una contribución esencial a los miembros del plan común para ser coautores, quienes participen en el plan común realizando aportaciones significativas no esenciales quedarán exentos de responsabilidad, si se limita el ámbito de aplicación del apartado (d) del art. 25 (3) ER a quienes no forman parte del mismo²²⁸.

Las únicas excepciones a este vacío de punibilidad son los apartados (b) y (c) del art. 25(3) ER y en el art. 28 ER, que son aplicables cuando las contribuciones no esenciales consistan en ordenar, proponer, inducir, cooperar sustancialmente con el fin de facilitar el delito, u omitir la adopción de las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir y castigar los delitos cometidos por los subordinados²²⁹.

Sin embargo, como bien ha subrayado la SCP I, ninguna de estas excepciones cubre los supuestos en los que miembros del grupo cooperan significativamente a la ejecución del plan común sin la intención de que se cometa el delito, pero con el conocimiento de que los otros miembros del grupo pretenden cometerlo²³⁰.

2. Contribución significativa

Para la SCP I, de no exigirse que la contribución realizada tenga una cierta entidad, cualquier vendedor de productos, reparador de maquinaria, arrendador de bienes muebles o inmuebles, o incluso contribuyente de impuestos o tasas que preste un servicio o pague una cuantía con el conocimiento de que así está contribuyendo a la comisión por el grupo de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, podría incurrir en responsabilidad penal conforme al apartado (d) del art. 25 (3) ER²³¹.

Esto podría afectar a numerosos miembros de comunidades, particularmente en situaciones en las que es de conocimiento público que grupos paramilitares, grupos armados de oposición, o unidades de las fuerzas armadas o de la policía nacional están cometiendo delitos previstos en los arts. 6 a 8 ER de manera sistemática²³².

La SCP I fundamenta esta necesidad en un segundo argumento con base en el art. 17 (1)(d) ER, que declara inadmisibles aquellos “asuntos que no sean de suficiente gravedad para justificar la adopción de otras medidas por la Corte”. Para la SCP I, durante el proceso de negociación, la propuesta original relativa a la declaración de inadmisibilidad de “delitos”, fue sustituida por la actual referencia a la declaración de inadmisibilidad de “asuntos” (expresión equivalente a “casos”), lo que en opinión de la SCP I deja claro que también la forma de intervención del sospechoso en el delito debe tener una cierta entidad para que el caso pueda ser admisible ante la CPI²³³.

A la hora de determinar el nivel de contribución exigido por el apartado (d) del art. 25 (3) ER, la SCP I toma como parte del sistema de gradación en la entidad de las aportaciones que, en su opinión, se exige en los diferentes apartados del art. 25 (3) ER²³⁴.

²²⁶ Ibid, párr. 273.

²²⁷ Idem.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Ibid, párr. 274.

²³⁰ Idem.

²³¹ Ibid, párr. 277. Vid. también Ohlin, (supra n. 213), p. 79.

²³² Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 277.

²³³ Ibid, párr. 276.

²³⁴ Ibid, párr. 279. Ver también en el mismo sentido, G. Werle, 'Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute', 5 Journal of International Criminal Justice 953 (2007), p. 957 [en adelante: Werle, Article 25]

Según la SCP I, allí se requiere desde una contribución esencial para la coautoría (apartado (a)), hasta una aportación sustancial para las formas de participación de los apartados (b) y (c)²³⁵. En consecuencia, la referencia a “algún otro modo de contribución” en el apartado (d) del art. 25(3) ER debe entenderse como un grado de contribución inferior al aporte “sustancial”, que al mismo tiempo excluya la responsabilidad penal de aquellas contribuciones mínimas que no merecen ser penalmente relevantes.

Este grado de contribución, lo encuentra la SCP I en el nivel de lo “significativo”²³⁶, que toma de la jurisprudencia de los TPIY y TPIR sobre la doctrina de la empresa criminal común, en la que se afirma que éste es un grado de contribución perfectamente distinguible del nivel de lo “sustancial” al requerirse expresamente que la aportación a la ECC “sea significativa, pero no sustancial”²³⁷.

En cuanto al contenido concreto del estándar de “contribución significativa”, la SCP I no lo ha desarrollado en profundidad hasta el momento, por lo que es necesario acudir a la jurisprudencia de los TPIY y TPIR para observar que el mismo se refiere a que la cooperación o asistencia sea relevante en cuanto que, de alguna manera, haga más eficaz o eficiente la comisión del delito²³⁸.

A diferencia de la SCP I, la SCP II no ha exigido hasta el momento que la aportación al delito deba alcanzar el grado de “significativa” para ser penalmente relevante conforme al apartado (d) del art. 25 (3) ER. Así, en sus decisiones de orden de comparecencia y confirmación de cargos en los casos Sang y Ali se ha limitado a aplicar literalmente el estándar “contribuya de algún otro modo” previsto en dicha disposición²³⁹.

²³⁵ Vid. capítulo 5. La SCP I observa que la responsabilidad por ordenar, instigar y cooperar en los TPIY y TPIR requiere que la contribución tenga un efecto “sustancial” en la comisión del delito, y que por tanto no hay razón alguna para que esta exigencia no se traslada a la responsabilidad por ordenar, instigar y cooperar en el Estatuto de Roma. Vid. decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (ibid), párr. 279. Esta misma posición es adoptada por la Mayoría de la SPI I en la sentencia de primera instancia del caso Lubanga (supra n. 3), párrs. 996-999.

La doctrina tampoco es unánime en cuanto a la exigencia de una contribución “sustancial” en el ámbito de la cooperación dolosa del art. 25(3) (c) ER. W. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (4 Ed., 2011), p. 228; y Ambos, *Article 25* (supra n. 193) p. 757, entienden que no cabría hablar de tal exigencia al no recogerse expresamente en el texto del apartado (c) del art. 25(3). Por su parte, Werle, *Article 25*, (supra n. 233) p. 969, [en adelante: Werle, *Article 25*] señala que a pesar de no recogerse literalmente en el texto del art. 25(3)(c) ER, es razonable interpretar el elemento objetivo de la cooperación como exigiendo un efecto sustancial.

En relación con la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, vid. para la responsabilidad por ordenar: sentencia de apelación en el caso Kamuhanda (supra n. 6), párr. 76; *Prosecutor v Popovic, et al.* (Judgment) ICTY-05-88-T (de 10 de Junio de 2010) párr. 1013 [en adelante: sentencia de primera instancia en caso Popovic]; *Prosecutor v. Strugar* (Appeals Chamber Judgment) ICTY-01-42-A (de 17 Julio de 2008). párr. 289 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Strugar]; y sentencia de apelación en el caso Galic (supra n. 7) párr. 152.

En cuanto a la responsabilidad por instigar (estrechamente relacionado con inducir o solicitar en el art. 25(3)(b) ER), vid. la sentencia de apelación en el caso Kordic (supra n. 7) párr. 27; sentencia de apelación en el caso Gacumbitsi (supra n. 6), párr. 129; y sentencia de primera instancia en el caso Djordjevic (supra n. 210), párr. 1870; sentencia de primera instancia en el caso Popovic (supra n. 234), párr. 1009; y *Prosecutor v. Boskoski* (Judgment) ICTY-04-82-T (de 10 Julio de 2008) párr. 399 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Boskoski] (el acto de instigación “contribuye sustancialmente” a la comisión del delito).

En cuanto a la asistencia material y al apoyo moral, vid. la sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párr. 48; *Prosecutor v. Vasiljevic* (Judgment) ICTY-98-32-T (de 29 de noviembre de 2002) párr. 48 [en adelante: sentencia de primera instancia en el caso Vasiljevic]; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102; y sentencia de primera instancia en el caso Furundzija (supra n. 164), para. 249 (la asistencia deber tener un efecto “sustancial” en la comisión del delito).

²³⁶ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 281- 283.

²³⁷ En relación con la jurisprudencia de los TPIY y TPIR a este respecto, vid. capítulo 4.

²³⁸ Vid. capítulo 4. Ver en particular, sentencia de apelación en el caso Krajisnik (supra n. 58), párr. 215; sentencia de primera instancia en el caso Dordevic (supra n. 210), párr. 1863; y sentencia de primera instancia en el caso Gotovina (supra n. 211), párr 2548.

²³⁹ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218) párr. 53; y orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218) párr. 49]. Vid. también, Ruto, Kogsley y Sang, (DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES PURSUANT TO ARTICLE 61(7) (A) AND (B) OF THE ROME STATUTE), ICC-01/09-01/11-373 (de 23 de enero de 2012) párr. 354 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Ruto, Kogsley y Sang]; y Muthaura, Kenyatta y Ali (DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES PURSUANT TO ARTICLE 61(7)(A) AND (B) OF THE ROME STATUTE) ICC-01/09-02/11-382 (de 23 de enero de 2012) párr. 421 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali].

Esta también ha sido la posición adoptada por la magistrada Silvia Fernández de Gurmendi en su voto particular a la decisión de la Sala de Apelaciones de 30 de mayo de 2012 en la que se rechaza la apelación presentada por la Fiscalía contra la decisión de la SCP I de no confirmar los cargos contra Callixte Mbarushima²⁴⁰.

En nuestra opinión, la interpretación restrictiva que del estándar “contribuya de algún otro modo” realiza la SCP I a los efectos de exigir “aportaciones significativas” parece adecuada a pesar de no recogerse literalmente en el apartado (d) del art. 25 (3) ER. En primer lugar, desde una perspectiva contextual, encaja en la gradación del nivel de contribución exigido por los distintos apartados del art. 25 (3) ER. En segundo lugar, responde al objeto y fin de esta disposición que es evitar los vacíos de punibilidad con respecto a aportaciones a la comisión del delito que tienen un impacto en términos de hacer su comisión más eficaz o eficiente, y que quedan fuera del ámbito de aplicación de los apartados (a) a (c) del art. 25 (3) ER. En tercer lugar, establece una clara delimitación entre aquellos actos de cooperación que se consideran merecedores de ser penalmente relevantes, y aquellos otros que no merecen esta consideración en situaciones de criminalidad sistemática y/o generalizada en amplios ámbitos territoriales y temporales. Finalmente, también es conforme con la exigencia de interpretar las normas sustantivas del ER de manera estricta según lo previsto en el art. 22 (2) ER.

No creemos, sin embargo, que el segundo argumento esgrimido por la SCP I relativo al estándar de gravedad del art. 17 (1)(d) ER sea realmente válido, puesto que de igual manera que dicho estándar no afecta a la definición de los delitos recogidos en los arts. 6 a 8 ER, tampoco afecta a la definición de las formas de responsabilidad contenidas en los arts. 25 y 28 ER.

Por el contrario, el estándar de gravedad del art. 17 (1)(d) ER sólo entre a juego una vez que se han observado indicios sobre la existencia de alguno de los delitos y formas de responsabilidad previstas en el ER, para determinar si, a pesar de tales indicios, a la luz de los hechos del caso, el asunto presenta la suficiente gravedad como para que la CPI conozca del mismo (admisibilidad del caso)²⁴¹.

Tanto la SCP I como la SCP II, han subrayado que el análisis de una conducta a efectos de determinar si la misma tiene el impacto necesario en la comisión del delito como para que entre dentro del ámbito de aplicación del apartado (d) del art. 25(3) ER, ha de realizarse caso por caso²⁴², teniendo en cuenta ciertos factores como:

- (i) La extensión en el tiempo de la participación tras adquirir el conocimiento de la naturaleza criminal del propósito común del grupo;

²⁴⁰ Caso Mbarushima (SEPARATE OPINION OF JUDGE SILVIA FERNÁNDEZ DE GURMENDI TO THE JUDGMENT ON THE APPEAL OF THE PROSECUTOR AGAINST THE DECISION OF PRE-TRIAL CHAMBER I OF 16 DECEMBER 2011 ENTITLED "DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES") ICC-01/04-01/10-514 (de 30 de mayo de 2012), pp. 30-34 [en adelante: voto particular de la magistrada Silvia Fernández de Gurmendi a la decisión de la Sala de Apelaciones de 30 de mayo de 2012].

²⁴¹ Sobre la aplicación del estándar de gravedad, vid. Fiscalía de la CPI, 'Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor' (Septiembre de 2003); ICC-OTP, 'Report on Prosecutorial Strategy', de 14 de septiembre de 2006. Disponibles en la página web de la CPI. Vid. también, P. Seils, 'The Selection and Prioritization of Cases by the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court', en M. Bergsmo (coord.) [Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes Cases](#), (Oslo, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2009) p. 56; y H. Olásolo, "Admisibilidad de situaciones y casos objeto de procesos de justicia de transición ante la Corte Penal Internacional", en J. Almqvist and C. Espósito (coords.), *El papel de los tribunales en contextos de justicia transicional: oportunidades y desafíos actuales en la región Iberoamericana*, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, AECID, Madrid, 2009; reimpresso en *Ensayos de Derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch/Instituto Iberoamericano de la Haya (IIH), Valencia, 2011, pp. 57-90.

²⁴² Decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 284; orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 239), párr. 53; y orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 49.

- (ii) Los esfuerzos realizados para prevenir la actividad criminal del grupo, o para impedir que la actividad delictiva del grupo, o los efectos de los delitos, se mantengan en el tiempo;
- (iii) Si la persona diseña o simplemente ejecuta el plan común;
- (iv) La posición del sospechoso dentro del grupo; y
- (v) La función que juega el sospechoso en relación al impacto y al alcance de los delitos cometidos²⁴³.

3. Contribución realizada con posterioridad a la comisión del delito

Durante la fase inicial de las negociaciones previas a la aprobación del ER, se presentó una propuesta para recoger expresamente la responsabilidad por encubrimiento²⁴⁴. Sin embargo, ésta no fue finalmente recogida dentro de las formas de responsabilidad previstas en los apartados (a) a (c) del art. 25 (3) ER. En una etapa posterior de las negociaciones, se propuso introducir el actual apartado (d) del art. 25 (3) ER como una forma adicional de responsabilidad accesoria. Ante el silencio del mismo, la doctrina ha estado enfrentada sobre la inclusión dentro de su ámbito de aplicación de aquellas contribuciones significativas realizadas con posterioridad a la consumación del delito²⁴⁵.

En el caso Mbarushimana, la SCP I admite su inclusión²⁴⁶, pero condiciona la responsabilidad penal a que la persona que realice la contribución *ex post facto* haya acordado con el grupo, antes de la comisión del delito, que realizaría dicha aportación (este requisito es adicional a la necesidad de tener la intención de promover el propósito delictivo del grupo o, al menos, ser consciente del mismo)²⁴⁷.

En aplicación de este principio, la Mayoría de la SCP I en la decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana consideró irrelevantes a los efectos del art. 25 (3)(d) ER las contribuciones realizadas por el imputado una vez que adquirió el liderazgo político de las Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda (FDLR) en noviembre de 2009, puesto que los delitos imputados habían sido cometidos a través de las FDLR y de su brazo armado las Forces Combattantes Abacunguza (FOCA) entre febrero y agosto de 2009²⁴⁸.

B. Elementos Subjetivos

Según las decisiones de orden de comparecencia de la SCP II en los casos Sang y Ali, y la decisión de confirmación de cargos de la SCP I en el caso Mbarushimana, la forma residual de responsabilidad accesoria prevista en el apartado (d) art. 25 (3)ER está conformada por los siguientes elementos objetivos: (i) que la contribución sea intencional, en el sentido de voluntaria; y (ii) que sea llevada a cabo con la finalidad de desarrollar el

²⁴³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 284. Según la SCP I, estos factores no son ningún sustituto para determinar la contribución del imputado al delito, sino que pueden ayudar a la valoración de su impacto en la comisión del mismo.

²⁴⁴ Vid. Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, "Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court", 1996, A/51/22, Vol. II, p. 83. Vid. también, Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, "Decisions Taken by the Preparatory Committee at its Session Held From 11 to 21 February 1997", de 12 de marzo de 1997, A/AC.249/1997/L.5, p. 21 n. 9).

²⁴⁵ W Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2010), p. 435, afirma que el silencio del art. 25(3)(d) ER debe entenderse como una exclusión de esta posibilidad. Por su parte, lo contrario es señalado por Eser (supra n. 6), p. 807; y Ambos, *Article 25* (supra n. 193), p. 767.

²⁴⁶ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 287.

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Ibid, párr. 294.

plan o propósito común del grupo o, al menos, con el conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito²⁴⁹.

i. Contribución intencional o voluntaria

En relación con el primer elemento, esto significa que el imputado debe haber pretendido llevar a cabo su conducta. Sin embargo, este elemento no exige de por sí ningún tipo de intención o conocimiento con respecto al impacto de dicha conducta en la comisión por el grupo del delito imputado²⁵⁰.

ii. Finalidad de desarrollar el plan o propósito común del grupo, o conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito

Los sub-apartados (i) y (ii) del art. 25 (3)(d) ER introducen un segundo elemento subjetivo que exige la finalidad de contribuir al propósito criminal del grupo, o ser al menos consciente de que se está contribuyendo a la comisión del delito por el grupo²⁵¹.

De esta manera, se observa una importante diferencia con el elemento subjetivo del apartado (c) del art. 25 (3) ER, en cuanto que esta última forma de responsabilidad requiere siempre la finalidad de contribuir a la comisión del delito.

Igualmente, se aprecia una diferencia con la coautoría por dominio funcional prevista en el apartado (a) del art. 25 (3) ER, en cuanto que esta última requiere en todo caso que el imputado, además de ser parte del plan común con el resto de coautores, posea todos los elementos subjetivos del delito²⁵².

C. La aplicación por la CPI del concepto de cooperación en el delito cometido por un grupo de personas actuando conforme a un propósito común

i. El caso contra el Vice-ministro de Interior de Sudan, Ahmad Harun, y contra el dirigente de las milicias Janjaweed, Ali Kushayb

1. Aspectos generales del caso

En la decisión de orden de arresto contra Ahmad Harun y Ali Kushayb, la SCP I afirmó la existencia de motivos razonables para creer que el gobierno de Sudán lanzó una campaña contrainsurgente contra varios grupos armados organizados (en particular, el ELS y el MJE), con los que había mantenido un conflicto armado interno desde abril de 2003 en la región de Darfur (Sudán)²⁵³.

Esta campaña se caracterizó por la política del gobierno sudanés de atacar a aquella parte de la población civil de Darfur (principalmente perteneciente a los grupos Fur,

²⁴⁹ Ibid, párrs. 288-289; orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218), párr. 51; y orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 47.

²⁵⁰ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 288; orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218) párr. 51; y orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 47.

²⁵¹ Idem.

²⁵² Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 289; orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218) párr. 51; y orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 47.

²⁵³ en adelante: orden de arresto en el caso Harun (supra n. 101) párrs. 46 y 47

Massalit y Zaghawa) que se consideraba que mantenía vínculos con los rebeldes²⁵⁴. Como parte de la misma, las fuerzas armadas sudanesas y/o sus aliados de las milicias Janjaweed lanzaron ataques ilícitos contra la población civil, provocando asesinatos, violaciones, tratos crueles y saqueos en las localidades de: (i) Koodom y sus alrededores (el 15 y el 31 de agosto de 2003); (ii) Bindisi y sus alrededores (el 15 de agosto de 2003); (iii) Mukjar en agosto de 2003 y marzo de 2004; y (iv) Arawala y sus alrededores en diciembre de 2003²⁵⁵.

Por los delitos presuntamente cometidos durante estos ataques, la SCP I emitió órdenes de arresto contra Ahmad Harun (vice-ministro federal de interior entre abril de 2003 y septiembre de 2005)²⁵⁶, y Ali Kushayb (uno de los jefes tribales más conocidos de la localidad de Salih Wali, quien tenía a su mando a miles de miembros de la milicias Janjaweed)²⁵⁷. Con respecto a Harun, la SCP I, entendió que existían motivos razonables para afirmar su responsabilidad accesoria a título de instigador (inductor) por los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra cometidos por los miembros de las milicias Janjaweed en los ataques arriba mencionados. En relación con Ali Kushayb, la SCP I afirmó la existencia de indicios razonables para establecer su responsabilidad principal a título de coautor material de los delitos imputados.

Finalmente, y de manera alternativa, la SCP I analizó la responsabilidad accesoria de Harun y Kushayb por los delitos imputados, a título de cooperadores en los delitos cometidos por un grupo de personas que actuaron conforme a un propósito común²⁵⁸.

2. Elementos Objetivos

Como ya hemos visto en este capítulo, la SCP I encontró motivos razonables para creer que Ahmad Harun, debido a su posición de coordinador del Departamento de Seguridad sobre Darfur en el Ministerio de Interior de Sudán:

- (i) Participó en actividades fundamentales de los Comités de Seguridad regionales y locales como el reclutamiento, el abastecimiento de armas y la provisión de fondos a las milicias Janjaweed²⁵⁹.
- (ii) Potenció el reclutamiento de miembros de las milicias Janjaweed (reclutando incluso personalmente a miembros de dichas milicias) como parte de su nueva estrategia en la campaña de contra-insurgencia para incrementar así sus recursos humanos²⁶⁰.
- (iii) Financió a las milicias Janjaweed y les prometió y entregó armamento y municiones²⁶¹; y
- (iv) Estuvo presente en varias ocasiones en las que se entregaron armas a las milicias Janjaweed para garantizar que se les proporcionaba la cantidad acordada²⁶².

Con respecto a Ali Kushayb, la SCP I señaló que en agosto de 2003, Kushayb fue nombrado miembro de las Fuerzas de Defensa de la Policía dentro de las Fuerzas Armadas de Sudán. Desde entonces y hasta la primera mitad de 2004, Kushayb (quien era considerado como el intermediario entre los dirigentes de la milicia Wadi Salih en Darfur y el gobierno de Sudán) movilizó, reclutó, armó y abasteció a las milicias Janjaweed bajo su mando. También aseguró que los miembros de las milicias Janjaweed que habían sido

²⁵⁴ Ibid, párr. 67.

²⁵⁵ Ibid, párrs.48-59.

²⁵⁶ Ibid, párr. 80.

²⁵⁷ Ibid, párrs. 95 y 96.

²⁵⁸ Ibid, párrs. 94 y 107.

²⁵⁹ Ibid, párr. 83.

²⁶⁰ Ibid, párr. 84.

²⁶¹ Ibid, párrs. 86-87.

²⁶² Ibid, párr. 85.

movilizados se alistaran como combatientes en las Fuerzas de Defensa de la Policía del Ejército de Sudán. Además, abastecía a los miembros de las milicias Janjaweed bajo su mando de dinero, equipamiento, comida, uniformes y otros enseres que provenían del gobierno de Sudán²⁶³.

Como resultado de los indicios encontrados con respecto al desarrollo de todas estas actividades, la SCP I concluyó que existían motivos razonables para creer que Ahmad Harun y Ali Kushayb habían contribuido “de algún otro modo” en la comisión de los delitos imputados por un grupo de personas que actuaron con un propósito común²⁶⁴.

3. Elementos Subjetivos

Según la SCP I, existían motivos razonables para creer que los elementos subjetivos de la forma residual de participación prevista en el apartado (d) del art. 25 (3) ER también concurrían en el presente caso. Con respecto a Ahmad Harun, la SCP I subrayó que varios de los discursos públicos de Harun constituían indicios razonables de que conocía los métodos que eran utilizados por las milicias Janjaweed. Además, dadas sus funciones de dirección del Departamento de Seguridad sobre Darfur y su papel de coordinador general, así como su participación directa en las actividades de los Comités de Seguridad regionales y locales, Harun tenía una visión general de la campaña de contra-insurgencia. Por tanto era consciente de que sus actividades facilitarían la ejecución del plan común de las fuerzas armadas sudanesas y las milicias Janjaweed de atacar a aquella parte de la población civil de Darfur que se consideraba que mantenía vínculos con los rebeldes²⁶⁵.

La SCP I también subrayó que en sus discursos públicos Harun justificó, o al menos, excusó los métodos que eran utilizados por las milicias Janjaweed, consistentes en el ataque a civiles y el saqueo de sus poblaciones²⁶⁶. Además, según la propia SCP I, existían motivos razonables para creer que Harun había motivado en varios de estos discursos a las milicias Janjaweed para atacar a la población civil de Darfur²⁶⁷.

Por su parte, en relación con Ali Kushayb, la SCP I subrayó que a través de sus actividades de movilización, reclutamiento, armamento, financiación, y abastecimiento de las milicias Janjaweed bajo su mando con recursos provenientes del gobierno de Sudán, contribuyó voluntariamente a la comisión de los delitos imputados. Según la SCP I, Kushayb realizó esta aportación siendo consciente de que así facilitaría a las fuerzas

²⁶³ Ibid, párr. 105.

²⁶⁴ Según la SCP I, estas aportaciones serían suficientes para hacer surgir la responsabilidad penal de Kushayb confirme al art. 25 (3)(d) ER, y ello a pesar de que no se pudiesen probar finalmente el resto de imputaciones realizadas contra Ali Kushayb por la SCP I (entre estas últimas se incluían en particular las relativas a su participación a título de coautor directo en la comisión de los delitos). Según la SCP I su coautoría tendría su fundamento en que, en cuanto que miembro de las Fuerzas de Defensa de la Policía, y alto dirigente de las milicias Janjaweed, Kushayb ejecutó la campaña de contra-insurgencia que resultó en la comisión de los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra arriba mencionados, en particular, asesinatos, violaciones, saqueos y ataques ilícitos contra la población civil (ibid, párrs. 96 y 97). Además, desde agosto de 2003 hasta marzo de 2004, Kushayb participó con sus hombres de la milicia Janjaweed en los ataques contra civiles en Darfur, y en particular los llevados a cabo contra los pueblos situados en el área de Wadi Salih, incluidos los realizados en Kodoom, Bindisi, Mukjar y Aralava (ibid, párr. 98). De esta manera, Ali Kushayb asignó a miembros de las fuerzas armadas de Sudán y de las milicias Janjaweed que se desplegasen en diferentes partes de Kodoom, donde civiles fueron asesinados y miles de personas fueron obligadas a huir (ibid, párr. 99). Además, el ataque de mediados de agosto de 2003 en Bindisi se realizó bajo la dirección y supervisión de Kushayb (ibid, párr. 100). Así mismo, Kushayb, también fue el jefe de las milicias Janjaweed en los ataques a Mukjar de 17 de agosto de 2003, y a Arawala en diciembre de 2003 (ibid, párrs. 101, 102 y 103), habiendo presenciado en este último como desnudaron por la fuerza y violaron a varias mujeres (ibid, párr. 103). Caso Ali Kushayb (DECISION ON THE PROSECUTION'S APPLICATION FOR A WARRANT OF ARREST AGAINST "ALI KUSHAYB", PRE-TRIAL CHAMBER I) ICC – 02/05-01 /07 (de 27 de abril de 2007)

²⁶⁵ Orden de arresto en el caso Harun (supra n. 101), párr. 88.

²⁶⁶ Ibid, párr. 93.

²⁶⁷ Ibid, párr. 90.

armadas sudanesas y a las milicias Janjaweed la ejecución del plan común de atacar a la población civil de Darfur²⁶⁸.

En consecuencia, la SCP I encontró motivos razonables para creer que Ahmad Harun y Ali Kushayb, conforme a lo dispuesto en el apartado (d) del art. 25 (3) ER, habían incurrido en responsabilidad accesoria por los delitos imputados a título de cooperadores de un grupo de personas que actúan conforme a un propósito común²⁶⁹.

4. Consideraciones finales: ¿Por qué se habla de cooperación accesoria cuando la contribución al plan común es esencial?

El caso contra Ahmad Harun y Ali Kushayb levanta importantes interrogantes sobre las formas de responsabilidad por las que fueron imputados. Con respecto a Ahmad Harun, ya se analizó en este mismo capítulo como:

- (i) Las funciones que desarrolló en Darfur durante su mandato como Vice-Ministro Federal de Interior de Sudán, le colocaron en posición de frustrar, o al menos dificultar notablemente, la ejecución del plan común en caso de negarse a realizar su aportación;
- (ii) Harun era plenamente conocedor de su posición clave en el desarrollo del plan común, así como de la situación en el terreno puesto que viajaba con frecuencia a Darfur y recibía informes periódicos de los Comités de Seguridad regionales (que a su vez recibían informes de los Comités de Seguridad locales)²⁷⁰.
- (iii) La aplicación de la coautoría por dominio funcional resulta inadecuada en estas circunstancias porque los autores materiales de los delitos no participaron con Harun en ningún proceso conjunto de toma de decisiones en la elaboración del plan común, ni hubo una división consensuada de funciones;
- (iv) La aplicación de la autoría mediata a través de EOP resulta inadecuada porque Harun no pertenecía a la misma organización que los miembros de las milicias Janjaweed que cometieron materialmente la gran mayoría de los delitos imputados.

Ahora bien esto no quita para que la SCP I hubiera debido analizar la posible responsabilidad principal de Harun conforme al concepto de coautoría mediata por aplicación conjunta de la coautoría por dominio funcional y la autoría mediata a través de EOP. Como vimos en el capítulo 5, la jurisprudencia constante de todas las Salas de Cuestiones Preliminares ha afirmado que la coautoría mediata se encuentra recogida en apartado (a) del art. 25 (3) ER. Además, como hemos visto en este capítulo, la imputación por coautoría mediata hubiera estado más acorde con lo afirmado por propia SCP I en las dos decisiones de orden de arresto dictadas contra el actual presidente de Sudán Omar Al Visir²⁷¹.

Finalmente, en relación con Ali Kushayb, sorprende que la SCP I no haya explicado en este caso el criterio adoptado para construir el concepto de coautoría. Esta situación puede, sin embargo, subsanarse a la luz de la jurisprudencia constante de la propia SCP I en los casos Lubina²⁷², Katanga y Ngudjolo²⁷³, Al Visir²⁷⁴, Abu Garda²⁷⁵, Banda y Jerbo²⁷⁶,

²⁶⁸ Ibid, párrs. 106 y 107.

²⁶⁹ Ibid, párrs. 94 y 107.

²⁷⁰ Ibid, párr. 88.

²⁷¹ Idem.

²⁷² Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párrs. 343-348.

²⁷³ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párrs. 522-525.

²⁷⁴ Primera decisión de orden de arresto en el caso Al Bashir (supra n. 118) párrs. 216 a 222.

Mbarushimana²⁷⁷, Muammar y Said Gaddafi²⁷⁸, de la SCP II en los casos Bemba²⁷⁹, Ruto y Kogsley²⁸⁰, y Muthaura y Kenyatta²⁸¹, y de la SCP II en el caso Ngagbo²⁸². En todos casos, las distintas Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI han afirmado que el art. 25 (3) (a) ER recoge un concepto de coautoría basado en el dominio funcional del hecho, rechazándose de esta manera la inclusión en el ámbito de dicha disposición de la coautoría basada en la ECC²⁸³ (la cual ha sido tradicionalmente aplicada por el TPIY, el TPIR y la CESL).

ii. El caso contra el secretario ejecutivo de las Fuerzas Democráticas para la Liberación del Congo, Callixte Mbarushimana

1. Aspectos generales del caso

El caso contra Callixte Mbarushimana se refiere a los delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra presuntamente cometidos por las Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda (FDLR) y su brazo armado las Forces Combattantes Abacunguzwa (FOCA) en el año 2009 en los distritos de Kivu del Norte y Kivu del Sur en la RDC.

Según sus estatutos, las FDLR, tenían como fin la recuperación y defensa de la soberanía de Ruanda²⁸⁴, y habían sido creadas en el año 2001, como una escisión de la Armée de Liberation de Rwanda (“ALR”)²⁸⁵. Las ALR había nacido a su vez en 1997 de lo que quedaba del original Rassemblement pour el Retour des Réfugiés Rwandais, formado en 1995 por ex miembros de las fuerzas armadas ruandesas y de las milicias interahamwe (presuntamente responsables por los actos de genocidio cometidos en 1994 en Rwanda), así como por otros exiliados ruandeses, que habían huido a la RDC tras la toma del país por el Frente Patriótico Ruandés (“FPR”) en junio de 1994²⁸⁶.

Según la imputación de la Fiscalía de la CPI, en enero de 2009, los principales dirigentes de las FDLR acordaron lanzar una ofensiva contra la población civil en ambos Kivus a los efectos de crear una situación de catástrofe humanitaria para de esta manera atraer la atención de la Comunidad Internacional y obtener concesiones políticas²⁸⁷. Una parte importante de la estrategia consistía en negar sistemáticamente toda implicación en los ataques, y en responsabilizar por los mismos a la coalición de las fuerzas armadas de la

²⁷⁵ Caso Abu Garda (DECISION ON THE PROSECUTION’S APPLICATION UNDER ARTICLE 58, PRE-TRIAL CHAMBER I), ICC-02/05-02/09-1 (de 7 de mayo de 2009) párrs. 12 y 27 [en adelante: orden de comparecencia en el caso Abu Garda]

²⁷⁶ Caso Banda y Jerbo (CORRIGENDUM OF THE “DECISION ON THE CONFIRMATION OF THE CHARGES”) ICC-02/05-03/09-121-RED, (8 de marzo de 2011) párrs. 129 – 136 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo]

²⁷⁷ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n.218), párr. 273.

²⁷⁸ Caso M Gaddafi, S Gaddafi y Al Senussi (DECISION ON “PROSECUTOR’S APPLICATION PURSUANT TO ARTICLE 58 AS TO MUAMMAR MOHAMMED ABU MINYAR GADDAFI, SAIF AL-ISLAM GADDAFI AND ABDULLAH ALSENUSSI”), ICC-01/11-12, (de 27 de junio de 2011), párrs. 72 - 80 [en adelante: orden de arresto en el caso Gaddafi y Al Senussi].

²⁷⁹ Caso Jean-Pierre Bemba (DECISION PURSUANT TO ARTICLE 61(7)(A) AND (B) OF THE ROME STATUTE ON THE CHARGES OF THE PROSECUTOR AGAINST JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO) ICC-01/05-01/08-424 (de 15 de junio de 2009) párr. 350 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Bemba]

²⁸⁰ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218), párr. 42-45.

²⁸¹ Orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párrs. 39-43.

²⁸² Caso Gbagbo (WARRANT OF ARREST FOR LAURENT KOUDOU GBAGBO), ICC-02/11-01/11-1 (30 de noviembre de 2011) párr. 10. [en adelante: orden de arresto en el caso Gbagbo]

²⁸³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 281-284.

²⁸⁴ « Manifeste-programme et statuts des Forces Démocratique de Libération du Rwanda » (“FDLR Statute”), 2001.

²⁸⁵ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 2 y 4.

²⁸⁶ Ibid, párrs. 3 y 4

²⁸⁷ Caso Mbarushimana (DECISION ON THE PROSECUTION’S APPLICATION FOR A WARRANT OF ARREST AGAINST CALLIXTE MBARUSHIMANA, PRE-TRIAL CHAMBER I) ICC-01/04-01/10-1-tENG (de 28 de septiembre de 2010) párr. 1 [en adelante: orden de arresto en el caso Mbarushimana]. Vid. también, confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 6.

RDC y de Ruanda. Con ello, además de incrementar la presión de la Comunidad Internacional sobre los gobiernos congolés y ruandés para que iniciaran negociaciones de paz con las FDLR, se evitaba que los dirigentes de estas últimas fueran considerados como responsables de delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra²⁸⁸.

Según la propia Fiscalía de la CPI, Callixte Mbarushimana había sido miembro del Comité Directivo de las FDLR, que era el órgano responsable de la política general del grupo y que estaba compuesto por representantes del movimiento político y de su brazo armado²⁸⁹. Su responsabilidad dentro de la organización se había ido incrementando a lo largo del tiempo. Así, en 2005 fue nombrado secretario ejecutivo adjunto, en 2007 pasó a ser secretario ejecutivo, en noviembre de 2009 se convirtió en el representante de mayor jerarquía del movimiento en Europa tras el arresto de Ignace Murwanashyaka (presidente de las FDLR) y Straton Musoni (primer vicepresidente), y desde 2010 ocupó el cargo de primer vicepresidente interino²⁹⁰.

La Fiscalía de la CPI alegaba que Mbarushimana había sido responsable de la ejecución de la campaña mediática que hizo parte de la estrategia de las FDLR²⁹¹. Su contribución a la ejecución del plan común fue de tal entidad que debía ser considerado coautor de los delitos cometidos por las FDLR conforme a lo previsto en el art. 25 (3) (a) ER.

Sólo alternativamente, y en caso de que la SCP no calificase su contribución como “esencial”, debería analizarse su posible responsabilidad accesoria como cooperador conforme al art. 25 (3)(d) ER.

2. Inapropiada imputación de la coautoría cuando los autores materiales no acuerdan un plan común con el dirigente imputado

En su decisión de orden de arresto de 28 de septiembre de 2010, la SCP I reiteró su interpretación del art. 25 (3) ER, para afirmar la distinción entre autoría y participación con base en el criterio de dominio del hecho²⁹². Así mismo, reafirmó las distintas manifestaciones del concepto de dominio del hecho²⁹³, subrayando las diferencias entre la coautoría por dominio funcional y la coautoría mediata a través de EOP tal y como habían sido elaboradas en los casos Lubina, y Katanga y Ngudjolo. Sobre esta base, la SCP I consideró inapropiada la forma de imputación (coautoría) presentada por la Fiscalía porque:

Mientras la Fiscalía afirma que Callixte Mbarushimana es responsable como coautor, no hay ninguna alegación de que acordara un plan común con alguno de los autores materiales o ejecutores de bajo rango de los presuntos delitos. La Sala por tanto considera más apropiado analizar su responsabilidad a luz de los requisitos de la coautoría mediata. La Sala recuerda que los requisitos objetivos de esta forma de participación, tal y como fueron establecidos en el caso Katanga y Ngudjolo son los siguientes: (a) existencia de un plan común entre dos o más personas; (b) contribución esencial de cada uno de los coautores a la realización de los elementos objetivos del delito; (c) control sobre la organización; (d) aparato de poder jerárquico y organizado; (e) ejecución de los delitos asegurada por un cumplimiento casi automático de los subordinados con las órdenes dadas por el dirigente²⁹⁴.

²⁸⁸ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 6 y 7.

²⁸⁹ Ibid, párr. 5.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Ibid, párr. 8.

²⁹² Orden de arresto en el caso Mbarushimana (supra n. 287), párr. 30.

²⁹⁴ Ibid, párr. 31.

3. Decisión de orden de arresto de 28 de Septiembre de 2010

a. Elementos objetivos: aportación relevante pero no esencial

La SCP I encontró que existían indicios razonables para creer que sobre el 20 de enero de 2009, Ignace Murwanashyaka, Sylvestre Mudacumura, Callixte Mbarushimana, y otros altos dirigentes de las FDLR habían acordado lanzar una ofensiva contra la población civil de los Kivus para crear una situación de catástrofe humanitaria, y así obtener en última instancia concesiones políticas²⁹⁵. Según la SCP I, este plan común se desarrolló entre febrero y octubre de 2009 dejando al menos 384 muertos, 521 secuestrados, 135 víctimas de violencia sexual, 38 víctimas de tortura, 5 mutilados y numerosos casos de destrucción de propiedad²⁹⁶.

Así mismo, para la SCP I, al mismo tiempo que se desarrollaba la ofensiva contra la población civil, las FDLR pusieron en marcha una campaña internacional para encubrir su participación en la misma. Para ello utilizaron los medios de comunicación con el fin de trasladar su responsabilidad a las fuerzas armadas de la RDC y Ruanda. Con ello, se buscaba extorsionar concesiones políticas de los gobiernos de estos estados²⁹⁷. Según la SCP I, esta campaña contribuyó a la comisión de los delitos porque incentivó todavía más a las tropas de las FDLR/FOCA desplegadas sobre el terreno²⁹⁸.

La SCP I concluyó que Mbarushimana, en cuanto que Secretario Ejecutivo del Comité de Dirección de las FDLR, contribuyó personalmente a la ejecución del plan común mediante la organización y dirección de esta campaña internacional de encubrimiento y extorsión, utilizando para ello la prensa local e internacional. En particular, Mbarushimana acordó con los otros miembros del Comité de Dirección de las FDLR la manera en la que había que distorsionar ante la prensa la intervención de las FDLR en la comisión de los delitos²⁹⁹.

Sin embargo, aunque la SCP I consideró que las FDLR/FOCA constituían una estructura jerárquica que (i) actuaba bajo un mando responsable con poderes operacionales y disciplinarios; (ii) disponía de un alto nivel de organización interna en el que existía un proceso de toma de decisiones bien definido; y (iii) tenía la capacidad de desarrollar operaciones militares de una cierta intensidad de violencia por un periodo de tiempo prolongado³⁰⁰, la propia SCP I también subrayó que sólo en los meses posteriores a la comisión de los delitos imputados, Mbarushimana asumió una parte del poder de toma de decisiones en las FDLR³⁰¹. Así, entre febrero y octubre de 2009, dicho poder se encontraba en manos de Ignace Murwanashyaka, en cuanto que presidente del Alto Mando de las FDLR, y Sylvestre Mudacumura, Comandante de su Fuerza Armada (FOCA), y sólo una vez arrestado el primero por las autoridades alemanas en noviembre de 2009 pasó parte de su poder a Mbarushimana³⁰².

En consecuencia, la SCP I consideró que la contribución de Mbarushimana a la ejecución del plan común no tenía la entidad suficiente como para ser considerada “esencial” (requisito imprescindible de la coautoría por dominio funcional, con independencia de que se aplique de manera autónoma, o como parte del concepto de coautoría mediata como en el presente caso)³⁰³, puesto que la misma no le colocaba en

²⁹⁵ Ibid, párr. 32.

²⁹⁶ Ibid, párr. 25 y 26.

²⁹⁷ Ibid, párr. 33.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ Ibid, párr. 34.

³⁰⁰ Orden de arresto en el caso Mbarushimana (supra n.287), párr. 18.

³⁰¹ Ibid, párr. 29.

³⁰² Idem.

³⁰³ Ibid, párr. 35.

situación de poder frustrar desde su residencia en París la comisión de los delitos imputados por las fuerzas de las FDLR/FOCA en la RDC³⁰⁴.

En consecuencia, al no poder declarar a Mbarushimana como responsable principal a título de coautor mediato, la SCP I procedió a analizar su posible responsabilidad accesoria como cooperador en los delitos cometidos por un grupo de personas que actúa en ejecución de un propósito común (art. 25 (3) (d) ER)³⁰⁵.

A este respecto, la SCP I consideró que la puesta en marcha de una campaña internacional de encubrimiento de los delitos imputados en coordinación con los otros dirigentes de las FDLR, sí tenía la importancia suficiente como para ser penalmente relevante a efectos del art. 25 (3) (d) ER³⁰⁶.

b. Elementos Subjetivos

Así mismo, desde un plano subjetivo, la SCP I encontró indicios razonables de que Mbarushimana realizó su contribución (i) a sabiendas de que las FDLR pretendían cometer delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra contra la población civil de los Kivus durante el año 2009; y (ii) con la intención de facilitar la actividad o propósito criminal de las FDLR³⁰⁷. En consecuencia, procedió a dictar una orden de arresto contra el imputado tal y como solicitaba la Fiscalía.

4. Decisión de confirmación de cargos de 16 de diciembre de 2011

Quince meses después de dictar la orden de arresto, la Mayoría de la SCP I, con el voto particular de la jueza presidente Sangi M. Monageng, rechazó la confirmación de los cargos contra Callixte Mbarushimana al entender que no se habían presentado “pruebas suficientes que mostraran motivos fundados” de su responsabilidad por los delitos imputados³⁰⁸. Varios fueron las razones que llevaron a la Mayoría a adoptar esta conclusión al aplicar en su decisión de 16 de diciembre de 2011 un estándar de prueba más exigente que el requerido para la emisión de una orden de arresto³⁰⁹.

a. La inexistencia de una plan o propósito común de las FDLR para atacar a la población civil de los Kivus

La Mayoría comenzó su análisis considerando que sólo podían confirmarse cinco de los veinticinco incidentes en los que, según la Fiscalía, las FDLR/FOCA habían cometido crímenes de guerra³¹⁰.

A continuación, la Mayoría subrayó que no era posible confirmar la existencia de una política de las FDLR/FOCA dirigida a atacar a la población civil de los Kivus para crear una situación de catástrofe humanitaria y así atraer la atención de la Comunidad Internacional con el fin de obtener concesiones políticas (el encubrimiento sistemático de toda responsabilidad de las FDLR en dichos ataques constituía uno de los presuntos componentes de esta política)³¹¹. Según la Mayoría esta conclusión se basaba en las siguientes razones:

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Ibid, párr. 41.

³⁰⁷ Ibid, párr. 42.

³⁰⁸ Arts. 61(7) ER. Vid. también, confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218) párr. 340.

³⁰⁹ Ver a este respecto la distinción entre el estándar de prueba requerido en los apartados (1) y (7) del art. 58 ER para la emisión de una orden de arresto o comparecencia, y el previsto en el apartado (7) del art. 61 ER para la confirmación de los cargos.

³¹⁰ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218) párr 264.

³¹¹ Ibid, párrs. 245-263.

- (i) Las únicas cinco instancias sobre las que existían indicios fundados de la comisión de crímenes de guerra contra la población civil por fuerzas de las FDLR/FOCA se habían producido a lo largo de un periodo de seis meses³¹²;
- (ii) Cuatro de dichos ataques parecían haber ocurrido como retaliación a ataques previamente lanzados por el ejército de la RDC (o por las fuerzas³¹³; e
- (iii) Incluso en estos casos, el objetivo de los ataques no fue exclusivamente la población civil, puesto que los mismos se lanzaron conjuntamente tanto contra las posiciones del ejército de la RDC en las localidades atacadas, como contra aquella parte de su población civil que se consideraba cercana al enemigo³¹⁴.

Ante la ausencia de una política de las FDLR dirigida a atacar a la población civil, la Mayoría tampoco encontró motivos fundados para creer en la existencia de un plan o propósito común del liderazgo político y militar de las FDLR que tuviera un elemento de criminalidad³¹⁵. En consecuencia, a falta de este elemento esencial de la coautoría por dominio funcional, de la coautoría mediata y de la responsabilidad por cooperación del apartado (d) del art. 25 (3) ER, procedía según la Mayoría denegar la confirmación de los cargos y a poner en libertad al imputado³¹⁶.

En su voto particular, la juez Sanji Monageng disintió de la opinión mayoritaria y afirmó la existencia de motivos fundados para creer que las FDLR/FOCA habían efectivamente adoptado la política arriba mencionada³¹⁷. A su juicio, esta conclusión se justificaba por las siguientes razones:

- (i) La corroboración por varios testigos que formaron parte de las FDLR/FOCA, así como por los informes del grupo de Expertos de las Naciones Unidas, y de Human Rights Watch, de la presunta existencia de una orden dictada por Mudacumura en febrero de 2009 con el fin de crear un desastre humanitario entre la población civil de los Kivus cercana al enemigo³¹⁸;
- (ii) La manera en la que se habían desarrollado aquellas operaciones en las que la Mayoría había afirmado la existencia de crímenes de guerra; según la magistrada Monageng, existían indicios fundados de que en las mismas se habían dado órdenes de “destruir y matar todo lo que se moviera” o de “disparar a todo lo que se viera”³¹⁹;
- (iii) El particular entendimiento que, de acuerdo con algunos testigos, tenían las fuerzas del FDLR/FOCA de la categoría “personas civiles”, conforme al cual no cabía incluir en dicha categoría a ninguna persona que fuera percibida como manteniendo vínculos con enemigo³²⁰; y

³¹² Ibid, párr. 265.

³¹³ En Mianga alrededor del 12 de abril de 2009, en Busurungi el 9 y el 10 de mayo de 2009, en Manje sobre el 20 de julio de 2009 y en Malembe entre el 11 y el 16 de agosto de 2009. Vid. confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 265.

³¹⁴ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 265.

³¹⁵ Ibid, párr. 291.

³¹⁶ Ibid, párr. 292.

³¹⁷ Caso Mbarushimana (DISSENTING OPINION OF JUDGE SANGI NMASENONO MONAGENG TO THE DECISION ON THE CONFIRMATION OF THE CHARGES, PRE-TRIAL CHAMBER I) ICC-01/04-01/10-465-Red 16-12-2011 (de 16 de diciembre de 2011) párrs. 2-3 [en adelante: voto particular de la Jueza Mongageng en la confirmación de cargos en el caso Mbarushimana] párrs. 2-3.

³¹⁸ Ibid, párrs. 4-5.

³¹⁹ Ibid, párr. 6.

³²⁰ Ibid, párr. 15.

- (iv) La compatibilidad entre el carácter retributivo de ciertas operaciones y el hecho de que a su vez formasen parte de una estrategia más amplia de agresión a la población civil³²¹.

b. La campaña mediática de Mbarushimana no constituyó una contribución significativa

A pesar de su conclusión respecto a la inexistencia de un plan criminal común, la Mayoría pasó a analizar *a fortiori* la entidad de la contribución que Mbarushimana hubiera podido realizar a un hipotético plan criminal común a la luz de: (i) su posición jerárquica, y su participación en el plan/propósito común; (ii) su contribución al diseño y articulación de una campaña de prensa para el encubrimiento de los delitos cometidos por las FDLR con el fin de obtener concesiones políticas; (iii) su liderazgo y autoridad en los contactos de las FDLR con terceros en relación con negociaciones de paz; y (iv) sus actividades de motivación de las tropas en el terreno a través de comunicados de prensa y discursos de radio.

Como resultado de su análisis, la Mayoría concluyó que no existían motivos fundados para creer que la posible contribución de Mbarushimana hubiera podido alcanzar el nivel de “significativa”, tal y como requería el art. 25 (3)(d) ER³²².

c. La exclusión de las aportaciones realizadas con posterioridad a la consumación de los delitos

La Mayoría consideró irrelevantes todas las contribuciones (así como todo elemento de prueba de las mismas) que Mbarushimana pudiera haber realizado a partir del momento en que adquirió el liderazgo político de las FDLR tras el arresto de su presidente Murwanashyaka en noviembre de 2009, porque las mismas tuvieron lugar con posterioridad a la consumación de los delitos³²³.

La Mayoría llegó a esta conclusión a pesar de haber aceptado que las contribuciones realizadas con posterioridad a la comisión del delito pueden formar parte del ámbito de aplicación del art. 25 (3)(d) ER, siempre y cuando el imputado las haya acordado con el grupo antes de que se cometa el delito³²⁴.

La magistrada Monageng disintió de esta exclusión puesto que, en su opinión, las aportaciones de Mbarushimana con posterioridad a noviembre de 2009: (i) podían tener un impacto en el encubrimiento de los delitos imputados; y (ii) podían servir para realizar ciertas deducciones probatorias con respecto a la conducta o al grado de conocimiento de Mbarushimana en el momento de cometerse los delitos³²⁵.

d. La falta de autoridad de Mbarushimana sobre las tropas de las FDLR/FOCA en el terreno

Según la Mayoría, Mbarushimana, no disponía de poder de decisión en el aparato político de las FDLR, al estar precedido en jerarquía por su presidente y sus dos vicepresidentes³²⁶. Además, aunque como secretario ejecutivo tenía la competencia de emitir y firmar los comunicados de prensa de las FDLR y de hablar con los periodistas sobre cuestiones relativas a la situación de la organización en la RDC, también es cierto que

³²¹ Ibid, párrs. 17-18.

³²² Ibid, párrs. 293-239.

³²³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 294.

³²⁴ Ibid, párr. 287.

³²⁵ Voto particular de la Jueza Monageng en la confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 316) párrs. 89-91.

³²⁶ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 295.

el contenido de dichos comunicados de prensa eran con frecuencia el resultado de las discusiones mantenidas entre el presidente de las FDLR (Murwanashyaka) y el comandante de su brazo armado (Mudacumura)³²⁷, incluyendo en ocasiones también la firma del primero³²⁸.

Además, la Mayoría concluyó que Mbarushimana no dispuso en ningún momento de autoridad alguna sobre las tropas y los comandantes de las FDLR/FOCA en el terreno³²⁹, a lo que se unía el hecho de que, dada la imposibilidad de desarrollar su papel de coordinación de las actividades de la Secretaría Ejecutiva y del Comité de Dirección de las FDLR desde su residencia en París, no tuvo más remedio que delegar esta función en una tercera persona residente en la RDC³³⁰.

e. La insuficiencia de la prueba presentada sobre la presunta participación de Mbarushimana en el diseño del plan común para atacar a la población civil de los Kivus

Con respecto a la presunta participación de Mbarushimana en enero de 2009 en el diseño del presunto plan para atacar a la población civil de los Kivus³³¹, la Mayoría subrayó la ausencia de indicios fundados a este respecto en los elementos de prueba presentados por la Fiscalía. Estos elementos de prueba consistían en:

- (a) Un email del secretariado de las FDLR al presidente Murwanashyaka para proponer que como parte de la “guerra de comunicación/información contra el enemigo” se publicaran de manera regular informes de prensa que los periodistas pudieran consultar antes de realizar preguntas sobre las FDLR³³²;
- (b) Dos documentos que recogían las conclusiones de la reunión del Comité Directivo de finales de enero de 2009, en las que, si bien se habla de iniciar una campaña de prensa para demonizar al enemigo, no afirman la adopción de una estrategia para atacar a la población civil³³³; dichos documentos prevén una estrategia diplomática que insiste en la necesidad de una solución pacífica, afirmando que la guerra impuesta a la población de la región es injusta e inútil, y subrayando que la estrategia militar de las FDLR debería ir dirigida a defenderse de los ataques de la coalición congoleña y ruandesa³³⁴.

f. La inexistencia de indicios fundados para creer que Mbarushimana contribuyó al diseño y articulación de una campaña de prensa para el encubrimiento de los delitos cometidos por las FDLR con el fin de obtener concesiones políticas

En cuanto a la presunta participación de Mbarushimana en el diseño y articulación de una campaña de prensa para el encubrimiento de los delitos cometidos por las FDLR con el fin de obtener concesiones políticas, la Mayoría estableció el siguiente estándar para analizar comunicados de prensa que niegan responsabilidad por la presunta comisión de delitos internacionales: los comunicados de prensa deben ser considerados como neutrales, y por lo tanto no dan lugar a responsabilidad penal a no ser que se den las dos condiciones

³²⁷ Ibid, párr. 306.

³²⁸ Idem. Este fue el caso, por ejemplo, del comunicado de prensa emitido tras el ataque de las FDLR a la localidad de Busurungi los días 9 y 10 de mayo de 2009.

³²⁹ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 296.

³³⁰ Ibid, párr. 298.

³³¹ Ibid, párr. 299.

³³² Ibid, párr. 300.

³³³ Ibid, párr. 301.

³³⁴ Ibid, párr. 302.

siguientes: (i) que se sea consciente al emitirlos de que se está negando la verdad; y (ii) que esa negación de responsabilidad se lleve a cabo en ejecución de la política del grupo del que se trate³³⁵.

En aplicación de este estándar, la Mayoría subrayó que un alto porcentaje de los sesenta y cinco comunicados de prensa emitidos por Mbarushimana en 2009 fueron dirigidos a responder a acusaciones vertidas contra las FDLR por la Organización de las Naciones Unidas, diversas organizaciones no gubernamentales y la prensa, incluyendo frecuentemente: (i) el rechazo de toda responsabilidad por los delitos atribuidos a las FDLR; (ii) la negación de presuntas bajas entre las fuerzas de las FDLR en el terreno; (iii) la condena de los delitos cometidos por las fuerzas armadas ruandesas y congoleñas; y (iv) la solicitud de apertura de una investigación internacional para la identificación de los responsables de los presuntos delitos; y (v) la solicitud de entablar un diálogo para alcanzar una solución negociada al conflicto³³⁶.

Sin embargo, en opinión de la Mayoría no existían indicios fundados para creer que Mbarushimana fuese consciente de que estaba mintiendo cuando rechazaba en sus comunicados la responsabilidad de las FDLR/FOCA por los delitos que les eran atribuidos. Así, si bien Mudacumura conocía todo lo que sucedía con las tropas en el terreno, había contradicciones sobre si éste informaba a Murwanashyaka (que estaba en Alemania) sobre todo lo sucedido en el terreno, así como sobre el alcance de la información que este último pasaba a Mbarushimana. De ahí que para la Mayoría, no dejaba de ser una mera presunción sin base en la prueba aportada, el afirmar que Mbarushimana conocía sobre la comisión de los delitos cuando emitía sus comunicados de prensa o pronunciaba sus discursos en la radio. Para la Mayoría era más factible que el imputado no tuviese conocimiento de los mismos, y que, por tanto, su intención real fuese la de “reaccionar ante las presuntas mentiras dichas sobre las FDLR”³³⁷.

Además, según la Mayoría, la prueba presentada sobre el carácter presuntamente extorsivo de los comunicados de prensa se limitaban a ciertos fragmentos, expuestos a continuación, que de ningún modo constituían motivos fundados para creer en la existencia de una práctica sistemática³³⁸:

- (a) “Cualquier solución basada en el deseo de destruir militarmente a las FDLR no solo es contraproducente sino que es extremadamente peligroso porque podría llevar la región a una guerra larga, fratricida y desastrosa, cuyas consecuencias son incalculables”;
- (b) “Quien diseñara y ejecutara el plan para exterminar a los pueblos de la región de los grandes lagos africanos, quien quiera que haya sido, debe entender que sus actos no quedarán impunes, y que antes o después tendrá que responder ante la ley por todas las graves consecuencias que resultaran de la guerra”;
- (c) “Un representante Hutu dijo a la BBC que el grupo no dejaría la RD Congo hasta que Ruanda no aceptara negociar”; y
- (d) “Si el gobierno de Ruanda se sienta con nosotros en la mesa de negociación vamos a parar todo”³³⁹.

g. El liderazgo de Mbarushimana en los contactos de las FDLR con terceros en relación con negociaciones de paz y la creación de corredores humanitarios no tuvo impacto alguno en la comisión de los delitos imputados

³³⁵ Ibid, párr. 312.

³³⁶ Ibid, párr. 305.

³³⁷ Ibid, párrs. 314-315.

³³⁸ Ibid, párrs. 309-311.

³³⁹ Ibid, párrs. 307-308.

Según explicó la Mayoría, tanto Murwanashyaka como Mbarushimana fueron los puntos de contacto para terceras partes que participaron en iniciativas dirigidas a explorar la manera de poner fin al conflicto en la región de los grandes lagos. En consecuencia, se encontraban autorizados para hablar en nombre de las FDLR y para actuar como sus portavoces³⁴⁰. En tal condición, el Mbarushimana participó en varias reuniones con el gobierno de la RDC en Roma en 2005 para impulsar el proceso de paz³⁴¹.

Sin embargo, la SCP I no consideró que la participación en estas iniciativas tuviera impacto alguno en la comisión de los delitos cometidos por las FDLR en 2009, o en la capacidad de las FDLR para llevarlos a cabo³⁴². Además, la creación de corredores humanitarios sólo pudo servir para limitar el grado de exposición de los civiles a los riesgos del conflicto, lo que, según la Mayoría, era contradictorio con la alegación de que Mbarushimana contribuyó a través de los mismos a la comisión de los delitos contra dicha población civil³⁴³.

h. La inexistencia de una estrategia mediática para animar a las tropas de las FDLR/FOCA

A la luz de las consideraciones anteriores, la Mayoría concluyó que los comunicados de prensa fueron preparados por Mbarushimana teniendo en mente el impacto que generarían en la Comunidad Internacional, y no su posible efecto entre las tropas de las FDLR/FOCA en el terreno³⁴⁴. Aunque eventualmente pudieran levantar el ánimo de la tropa, lo cierto es que la Mayoría no encontró indicios fundados de la existencia de una estrategia desarrollada a través de comunicados de prensa y mensajes de radio dirigidos a animar a la tropa (y menos aún, de que la presunta estrategia mediática tuviera por fin motivar a las fuerzas para cometer delitos contra la población civil de los Kivus)³⁴⁵.

i. Voto particular de la magistrada Monageng en la decisión de confirmación de cargos de 16 de diciembre de 2011

En su Voto Particular, la magistrada Monageng, mostró su desacuerdo con la decisión adoptada por la Mayoría de no confirmar los cargos al entender que existían razones fundadas para creer que Callixte Mbarushimana conocía la estrategia de las FDLR para crear una crisis humanitaria mediante el ataque a la población civil de los Kivus, y que actuó con la intención de favorecer dicha estrategia³⁴⁶.

Su razonamiento se centró en la afirmación de la existencia de indicios fundados para creer en la existencia de la mencionada política de las FDLR (cuestión analizada en la sección anterior), y en los aspectos que se estudian a continuación. En primer lugar, el imputado era uno de los más altos líderes de las FDLR, lo que hacía presumir que debía conocer las actividades de la organización cualquiera que fuese su naturaleza³⁴⁷.

En segundo lugar, Mbarushimana era claramente consciente de las alegaciones realizadas a lo largo del año 2009 por numerosas organizaciones, incluyendo las Naciones Unidas, la BBC, el International Crisis Group o Human Rights Watch, en el sentido de que

³⁴⁰ Ibid, párr. 317.

³⁴¹ Ibid, párr. 318.

³⁴² Ibid, párr. 319.

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ Ibid, párr. 328.

³⁴⁵ Ibid, párr. 329.

³⁴⁶ Voto particular de la Jueza Mongageng en la confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 317) párr. 124.

³⁴⁷ Ibid, párr. 122.

las FDLR estaban cometiendo un amplio elenco de delitos del tipo de los ocurridos en Busurungi, Manje, Malembe y Miambe³⁴⁸.

En tercer lugar, diversos elementos de prueba, incluida una entrevista dada por el imputado a la BBC, mostraban que mantuvo contactos regulares con miembros de las FDLR en el terreno durante el periodo de conflicto³⁴⁹.

En cuarto lugar, varias notas escritas a mano encontradas en posesión de Mbarushimana mostraban también su conocimiento de las operaciones en la RDC, incluyendo los detalles sobre los desplazamientos de las tropas y de la población local, así como los actos de intimidación de la coalición de las fuerzas armadas de la RDC y de Ruanda y sus ataques contra la población civil³⁵⁰.

En quinto lugar, en relación con los hechos ocurridos en Busurungi el 15 de mayo de 2009, la magistrada Monageng concluyó el imputado fue directamente informado por Murwanashyaka a través de un correo electrónico que las FDLR habían asesinado civiles en el ataque realizado unos días antes³⁵¹. En este caso, como en otros de los que fue informado antes de emitir sus comunicados de prensa, Mbarushimana no tuvo ningún reparo para continuar negando toda responsabilidad de las FDLR como si nada hubiera sucedido³⁵². Además, la prueba presentada en relación con los hechos en Busurungi, demostraba según la magistrada Monageng que su reacción fue explicar al entonces presidente de la organización, Murwanashyaka, como disimular los delitos que se habían producido para evitar así toda acusación de que se había infringido el derecho internacional humanitario³⁵³.

En conclusión, incluso si los elementos de prueba eran insuficientes para mostrar indicios fundados de que Mbarushimana conocía que se iban a cometer los delitos con anterioridad a su comisión, para la magistrada Monageng se podría afirmar la responsabilidad de Mbarushimana conforme al art. 25 (3)(d) ER siempre y cuando: (i) hubiese sido consciente de que los delitos se iban a producir en el curso normal de los acontecimientos, o (ii) incluso en el caso de que sólo hubiese conocido de los mismos una vez cometidos³⁵⁴.

Así mismo, para la magistrada Monageng, la negación de los delitos y la motivación dada a través de sus comunicados de prensa, constituían, a la luz de los hechos del presente caso, una contribución significativa a la comisión de los delitos imputados³⁵⁵. Varias fueron las razones dadas por la magistrada para justificar esta postura.

En primer lugar, la magistrada Monageng subrayó que el hecho de que el imputado no hubiera tenido ningún tipo de poder, control o autoridad sobre los soldados o comandantes de las FDLR/FOCA en el terreno, no impedía de por sí que no hubiera podido contribuir significativamente a la comisión de los delitos a través de la función desarrollada por la rama política de la organización³⁵⁶. En este sentido, cabe subrayar, que el art. 25 (3)(d) ER no contiene ninguna exigencia de que el imputado ejerza algún tipo de control o autoridad sobre los autores materiales³⁵⁷.

En segundo lugar, para la magistrada Monageng, al ser Mbarushimana no sólo uno de los más altos dirigentes de las FDLR, sino el de mayor visibilidad durante el año 2009, sus negaciones son más significativas y tienen un mayor impacto en la promoción de

³⁴⁸ Ibid, párrs. 116-117.

³⁴⁹ Ibid, párr. 118.

³⁵⁰ Ibid, párr. 120.

³⁵¹ Ibid, párr. 121.

³⁵² Ibid, párr. 126.

³⁵³ Ibid, párrs. 126-127.

³⁵⁴ Ibid, párr. 128.

³⁵⁵ Ibid, párr. 105.

³⁵⁶ Ibid, párr. 84.

³⁵⁷ Idem.

nuevos delitos, que las mismas hubieran sido realizadas por dirigentes de menor rango o por personas ajenas a la organización³⁵⁸.

En tercer lugar, según la magistrada Monageng, las peticiones para que se realizaran investigaciones internacionales y se buscara una solución negociada al conflicto no fueron sinceras, puesto que todas las conclusiones obtenidas a través de dichas investigaciones en las que se afirmaba que las FDLR habían cometido algún tipo de actividad delictiva, fueron sistemáticamente rechazadas por Mbarushimana. Se trataba en definitiva de crear una ilusión de trabajar con la Comunidad Internacional, donde el único interés real en crear una investigación internacional estaba en relación con los delitos presuntamente cometidos durante el ataque a Shario, de los cuales parecían ser responsables las fuerzas armadas de la RDC³⁵⁹.

En cuarto lugar, la magistrada Monageng señaló que Mburushimana había sido el jefe de la campaña de prensa, y se refería a sus funciones como el desarrollo de una “guerra de información”. Si bien los comunicados de prensa no eran extorsivos por naturaleza, el imputado articulaba en los mismos las peticiones de las FDLR, y especificaba lo que tenía que suceder para que parase la guerra, de manera que sin dichos comunicados de prensa, hubiera habido un menor incentivo para que las FDLR/FOCA hubieran cometido los delitos al no haber podido vincular su actividad a un mensaje político³⁶⁰.

En conclusión, la magistrada Monageng rechazó que el presente caso tuviera algún parecido con la absolución de Hans Fritzsche por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en cuanto que en el presente caso Mbarushimana tenía el control sobre la definición del contenido de la campaña propagandística de las FDLR, así como discreción para decir lo que considerase oportuno. Además, era plenamente consciente de las actividades criminales de las FDLR y de la falsedad de lo que estaba afirmando³⁶¹.

j. Consideraciones finales: particular atención a las contribuciones ex post facto y a la entidad de las aportaciones de los responsables de comunicaciones y acción exterior en la ejecución del plan común

El caso Mbarushimana es particularmente relevante porque en el mismo se aborda por primera vez ante la CPI la presunta responsabilidad de quienes diseñan y ejecutan campañas de información mediática y relaciones exteriores como parte integral de la estrategia de los actores en un conflicto armado, cuando las mismas están específicamente dirigidas, o incluyen el encubrimiento de delitos internacionales. Varias son las consideraciones que conviene realizar de su tratamiento por la SCP I.

En primer lugar, la SCP I afirmó que el plan o propósito común del grupo en el marco del art. 25 (3) (d) ER no tiene por qué ir necesariamente dirigido a la comisión del delito, sino que es suficiente con que contenga un elemento de criminalidad en el sentido del plan común requerido para la coautoría por dominio funcional en el caso Lubina - lo que significa que es suficiente con que el delito sea una consecuencia probable del acuerdo o plan inicialmente acordado³⁶².

Aunque por las razones explicadas en el capítulo 5 creemos que la conclusión a la que llegó la SCP I en este punto no es la más adecuada, entendemos que una vez adoptada debería haber sido aplicada a los hechos del caso. Sin embargo, en ningún momento, la Mayoría analizó si los delitos imputados podían haber sido una consecuencia probable de: (i) las decisiones aprobadas por las FDLR/FOCA en la reunión de su Comité Directivo de

³⁵⁸ Ibid, párr. 106.

³⁵⁹ Ibid, párr. 108.

³⁶⁰ Ibid, párr. 109.

³⁶¹ Ibid, párr. 110.

³⁶² Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 271, en el que se refiere a la confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párrs. 343-345.

enero de 2009; o (ii) la estrategia adoptada por las FDLR/FOCA a lo largo del conflicto durante el año 2009.

En segundo lugar, la SCP I aceptó, a los efectos del art. 25 (3)(d) ER, la relevancia de las contribuciones llevadas a cabo después de la comisión de los delitos, siempre y cuando el imputado hubiera acordado la realización de dichas aportaciones con los miembros del grupo antes de la consumación de los delitos³⁶³. Sin embargo, la Mayoría, excluyó automáticamente todas las contribuciones realizadas por Mbarushima después de adquirir el liderazgo político de las FDLR en noviembre de 2009, con independencia de que las mismas se hubiesen realizado o no en virtud de acuerdos previos con el resto de miembros del grupo. Además, también excluyó todos los elementos de prueba sobre dichas aportaciones, aunque la Fiscalía sólo pretendiera utilizarlos como prueba circunstancial para probar otros aspectos del caso³⁶⁴.

En tercer lugar, la SCP I interpretó el estándar “contribuya de algún otro modo” exigido por el art. 25 (3) (d) ER como equivalente a la exigencia de una “contribución significativa”, y concluyó que la aportación del Mbarushima a un hipotético plan o propósito común no tenía la entidad suficiente para cumplir dicho estándar. Por las razones expuestas en secciones precedentes, entendemos que la exigencia de una aportación significativa en el marco del art. 25 (3)(d) ER resulta adecuada. Sin embargo, el análisis de la Mayoría en relación con la contribución realizada por Mbarushimana estuvo, en gran medida, determinado por su conclusión previa relativa a: la ausencia de una política de las FDLR para atacar a la población civil de los Kivus con el objeto de crear una crisis humanitaria, y de esta manera propiciar que la comunidad internacional presionara a los gobiernos de la RDC y Ruanda para encontrar una salida negociada al conflicto.

Sólo desde la perspectiva de la ausencia de una política de esta naturaleza y, desde el entendimiento de que tampoco existía un plan o propósito común para atacar a la población civil de los Kivus (de manera que sólo se produjeron algunos casos aislados de crímenes de guerra), se puede entender que la Mayoría considerara que la contribución de Mbarushimana no alcanzase ni tan siquiera el umbral de lo “significativo”, cuando la propia Mayoría había afirmado, entre otras cosas, que:

- (i) Mbarushimana fue secretario ejecutivo del Comité Directivo de las FDLR desde el año 2007 hasta noviembre del año 2009, con competencia para emitir y firmar los comunicados de prensa de las FDLR, hablar como portavoz de la organización, y participar junto con Murwanashyaka en iniciativas dirigidas a explorar la manera de poner fin al conflicto en la región de los grandes lagos;
- (ii) Mbarushimana estuvo presente en la reunión del Comité Directivo de finales de enero de 2009, en la que se decidió la estrategia a seguir por las FDLR en los meses siguientes;
- (iii) Existían dos documentos que recogían las conclusiones de la reunión del Comité Directivo de finales de enero de 2009, en los que se hablaba de iniciar una campaña de prensa para demonizar al enemigo;
- (iv) Había constancia de un email enviado desde el secretariado de las FDLR a Murwanashyaka para proponerle que como parte de la “guerra de comunicación/información contra el enemigo” se publicaran informes de prensa de manera regular para que pudieran ser consultados por los periodistas³⁶⁵; y
- (v) Mbarushimana conocía perfectamente las acusaciones vertidas contra las FDLR por la Organización de las Naciones Unidas y su grupo de expertos, diversas organizaciones gubernamentales incluidas International Crisis Group o Human

³⁶³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 287.

³⁶⁴ Ibid, párr. 294.

³⁶⁵ Ibid, párr. 300.

Rights Watch y la prensa internacional, puesto que en la gran mayoría de sus 65 comunicados de prensa se dedicó a rechazar dichas acusaciones como falsas (además, en varios de sus comunicados atribuyó la responsabilidad por los delitos imputados a las fuerzas de los gobiernos de la RDC y Ruanda).

Como afirmó la magistrada Monageng en su voto particular, el análisis del grado de contribución de Mbarushimana lleva a una conclusión notablemente distinta si se parte de la existencia una política de las FDLR (y por lo tanto de la existencia de un plan o propósito común) para atacar a la población civil de los Kivus como parte integral de la estrategia de la organización en su enfrentamiento con las fuerzas armadas de la RDC y de Ruanda.

En este contexto, el email enviado desde el Secretariado de las FDLR a su entonces presidente parece mostrar que el conflicto no sólo se desarrolló en el campo de combate, sino también en el frente mediático a través de lo que se denominó “guerra de comunicación/información contra el enemigo”. Además, los dos documentos relativos a la reunión del Comité Directivo de las FDLR de finales de enero de 2009, muestran que este segundo frente constituía una parte central de la estrategia de las FDLR en el conflicto.

Por tanto, desde la perspectiva de la magistrada Monageng, la cuestión que se planteaba era la relativa a si, de la misma manera que el ataque a la población civil había formado parte integral de la estrategia a desplegar por las FDLR/FOCA en el terreno, también el encubrimiento de su responsabilidad ante la Comunidad Internacional y el traslado de dicha responsabilidad al enemigo formó parte de ese segundo frente de combate (el frente mediático) o fue una consecuencia probable del mismo (elemento de criminalidad). Si del análisis de los elementos de prueba llevaba a una respuesta afirmativa a esta pregunta, como entendió la magistrada Monageng en su voto particular, sería entonces difícil negar el carácter significativo de la contribución realizada por Mbarushimana.

De hecho, para la jueza Monageng, sólo una adecuada valoración de la importancia otorgada por las FDLR al frente mediático y al efecto que la presión internacional podía tener en la consecución de sus objetivos, hubiera permitido discernir si la aportación de Mbarushimana fue significativa porque ayudó a hacer más eficaz la ejecución del plan común, o incluso llegó a tener un carácter esencial en la realización de dicho plan común.

En este sentido, conviene subrayar que, a diferencia de lo señalado la Mayoría, entendemos que el hecho de tener autoridad sobre los autores materiales en el terreno no es necesariamente determinativo del dominio funcional, siempre y cuando los miembros del plan común consideren que el encubrimiento de los delitos frente a la Comunidad Internacional, así como la percepción de la opinión pública en general, constituyen aspectos fundamentales del plan común que en caso de no poder garantizarse provocarían que dicho plan no procediera a ejecutarse.

Lógicamente, esta valoración habrá que realizarla caso por caso y dependerá de la importancia otorgada por los miembros del plan común a la percepción que la comunidad internacional y la opinión pública en general tengan de su grado de responsabilidad (frente mediático). Pero creemos que no se puede deducir automáticamente, como hace la Mayoría en el presente caso, que la falta de autoridad sobre los autores materiales de los delitos en el terreno significa automáticamente que los responsables de prensa y de relaciones exteriores no puedan tener un dominio funcional sobre los delitos cometidos durante la ejecución del plan común.

En cualquier caso, valga señalar que las consideraciones aquí realizadas muestran la futilidad del amplio análisis de la Mayoría sobre el grado de contribución de Mbarushimana a un “hipotético plan criminal común”, y el peligro de que el mismo se utilice para tratar de exculpar en un futuro a los responsables de campañas mediáticas y de relaciones exteriores

dirigidas a encubrir la comisión de genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra.

En realidad, en nuestra opinión, el análisis de la Mayoría muestra que el imputado era una de las personas con mayor relevancia política dentro de las FDLR en el año 2009, puesto que (i) preparaba y participaba en todas las reuniones de su Comité Directivo (donde se adoptaban las decisiones estratégicas de la organización, como las tomadas en enero de 2009); y (ii) tenía a su cargo las relaciones con los medios de comunicación de la organización y parte de sus relaciones exteriores.

Sin embargo, su aportación a la actividad delictiva de la organización deviene irrelevante cuando no se parte de la inexistencia de una política o plan común para atacar a la población civil, sino que se parte de la exclusiva existencia de acciones delictivas aisladas.

Por el contrario, si el punto de partida es la conclusión de la existencia de una política o plan común para atacar a la población civil, entonces la aportación del imputado deviene completamente relevante. En el presente caso, dada la importancia de las funciones desarrolladas por Mbarushimana, de seguirse esta línea, se hubieran confirmado sin duda los cargos contra el imputado.

Por todo ello, el principal aspecto positivo de todo este ejercicio parece ser el estándar establecido para incurrir en responsabilidad penal conforme al art. 25 (3)(a) ER como consecuencia de la emisión de comunicados de prensa, según el cual se requiere una negación de responsabilidad con consciencia de falsedad en ejecución de una política de grupo³⁶⁶.

iii. El caso contra el locutor de la emisora de radio Kass FM en Kenia, Joshua Sang

1. Aspectos generales del caso

El caso tiene su origen de la solicitud presentada por la Fiscalía de la CPI el 15 de diciembre de 2010 en la que requirió a la SCP II la emisión de órdenes de comparecencia contra William S. Ruto (ex Ministro de Agricultura y Educación Superior de Kenia, y representante del grupo étnico Kalenji en el órgano de dirección del Movimiento Democrático Naranja, “MDN”), Henry K. Kosgey (miembro del Parlamento de Kenia y presidente del MDN), y Joshua A. Sang, (conocido locutor Kalenji de la emisora de radio Kass FM)³⁶⁷.

La Fiscalía los consideraba coautores o, alternativamente, cooperadores conforme a los apartados (a) y (d) del art. 25 (3) ER, en la comisión por bandas de jóvenes Kalenjin cercanas al MDN de varios delitos de lesa humanidad durante el ataque sistemático y/o generalizado lanzado tras las elecciones de finales de 2007 en el valle del Rift contra simpatizantes del Partido de Unidad Nacional (“PUN”), pertenecientes principalmente a los grupos étnicos Kikuyo, Kamba y Kisi³⁶⁸.

El ataque se produjo entre el 30 de diciembre de 2007 y finales de enero de 2008, y tuvo lugar: (i) en el área Eldoret, la localidad de Kapsabet, la Colina de Nandi y los distritos de Uasin y Nandi³⁶⁹. Como consecuencia, unas 250 personas civiles perdieron la vida, más de un millar sufrieron heridas de distinta consideración, cerca de diez mil fueron desplazadas, al menos treinta y dos mil tuvieron que buscar refugio en la comisaría de policía de las colinas de Nandi y en sus alrededores, y miles de comercios y domicilios privados fueron saqueados e incendiados³⁷⁰.

³⁶⁶ Ibid, párr. 312.

³⁶⁷ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218), párrs. 1, y 42-44.

³⁶⁸ Ibid, párr.14.

³⁶⁹ Ibid, párrs. 16-17.

³⁷⁰ Ibid, párr. 18.

2. Incoherencia en las formas de responsabilidad imputadas por la Fiscalía

Antes de entrar a analizar el presente caso, es necesario subrayar como la SCP II recalcó incoherencia mostrada por la Fiscalía al alegar las distintas formas de responsabilidad³⁷¹. Así, en los párrafos 26 y 27 de su solicitud, la Fiscalía se refiriera a la responsabilidad de los imputados conforme a los apartados (a) y (d) del art. 25 (3) (d) ER como “autores materiales/mediatos” o en aplicación de la “doctrina del propósito criminal común”. Posteriormente, al describir los hechos constitutivos de los delitos, la Fiscalía habla de la responsabilidad de los imputados como “coautores” o, alternativamente, como “participes” en aplicación del art. 25 (3)(d) ER. Finalmente, al desarrollar con mayor detalle la manera en que los imputados intervinieron en los delitos, la Fiscalía afirma su responsabilidad como “coautores” o, alternativamente, conforme a la “doctrina del propósito criminal común” según el art. 25 (3) (d) ER³⁷².

Ante semejante grado de imprecisión en la solicitud de la Fiscalía, la SCP II afirmó:

Aunque la Fiscalía puede generalmente imputar en la alternativa, debería ser coherente a lo largo de toda su solicitud sobre la(s) forma(s) de responsabilidad que desea alegar ante la Sala. Además, la posibilidad que tiene la Fiscalía de alegar alternativamente no significa necesariamente que la Sala tenga que responder de la misma manera. En particular, la Sala no cree que llegar a conclusiones jurídicas simultáneas de manera alternativa sobre las formas de responsabilidad alegadas por la Fiscalía sea la mejor práctica. Una persona no puede ser considerada al mismo tiempo responsable principal y accesorio de un mismo delito³⁷³.

3. Elementos objetivos

a. La existencia de un plan común: la expulsión del valle del Rift de los simpatizantes del PUN si su candidato era reelegido fraudulentamente en las elecciones de 2007

La SCP II encontró indicios razonables para creer que existía un plan para expulsar a los simpatizantes del PUN del valle del Rift en caso de que el candidato de dicho partido resultase fraudulentamente reelegido en las elecciones presidenciales de 2007³⁷⁴. El objetivo último consistía en crear un área de voto uniforme a favor del MDN³⁷⁵.

Según la SCP II; para ejecutar este plan, se creó una red de individuos a la que pertenecieron importantes representantes políticos del MND, antiguos miembros de la policía y de las fuerzas armadas kenianas, y ancianos y líderes locales Kalenjin. Esta red, a la que pertenecían los tres imputados, tenía acceso a una cantidad considerable de recursos financieros, combustible, armas, munición y hombres, lo que, unido a su estructura jerárquica y a su sistema de mando y control, la dotaba de una capacidad suficiente para llevar a cabo un ataque sistemático y generalizado contra la población civil³⁷⁶.

Según la SCP II, en el vértice superior de la estructura jerárquica de esta red se encontraba William S. Ruto, su máximo dirigente, mientras que Herny K. Kosgey era su adjunto y tesorero, y Sang el responsable de comunicaciones³⁷⁷. Además, existían tres altos mandos y cuatro comandantes de división encargados de las operaciones en el terreno, a

³⁷¹ Ibid, párr. 35.

³⁷² Idem.

³⁷³ Ibid, párr. 36.

³⁷⁴ Ibid, párr. 21.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Ibid, párrs. 23-24.

³⁷⁷ Ibid, párr. 23.

los cuales se encontraban subordinados otros individuos que realizaban funciones de identificación de objetivos y almacenamiento de armas³⁷⁸.

Según la SCP II, había motivos razonables para creer que entre finales de diciembre de 2006 y los días inmediatamente anteriores a las elecciones presidenciales de finales de 2007, una serie de reuniones preparatorias tuvieron lugar para diseñar la manera en la que se ejecutaría el ataque contra la población civil del valle del Rift simpatizante del PUN³⁷⁹. En estas reuniones se discutieron cuestiones clave como: (i) el nombramiento de los altos mandos y de los comandantes de división; (ii) la creación de mapas de aquellas áreas que estaban pobladas más densamente por simpatizantes del PUN; (iii) la compra y almacenamiento de armas; (iv) el transporte de los autores materiales a las áreas seleccionadas para ser atacadas; y (v) el establecimiento de incentivos para motivar a los autores materiales a ocasionar el mayor número posible de víctimas y daños en la propiedad³⁸⁰.

b. La participación del imputado en el plan común y el carácter no esencial pero relevante de su contribución a través de la emisora Kass FM y de su presencia en ciertas reuniones

La SCP II encontró indicios razonables para creer que Sang participó en dos de las reuniones preparatorias durante el periodo entre diciembre de 2006 y finales de diciembre de 2007³⁸¹. Así mismo, según la SCP II, por medio de la influencia que desplegó desde su posición de locutor de la emisora de radio Kass FM, Sang contribuyó a (i) facilitar que dicha emisora se pusiera a disposición de los miembros de la red; (ii) publicitara sus reuniones; (iii) promoviera la violencia, al emitir en antena mensajes de odio y revelar expresamente el deseo de expulsar a los Kikuyus; y (iv) emitiera noticias falsas relativas a asesinatos de miembros de la etnia Kalenjin para inflamar el ambiente³⁸².

Sin embargo, a pesar de considerar a Sang como el responsable de comunicaciones de la red³⁸³, la SCP II no entendió que su intervención en dos de las reuniones preparatorias del grupo de Ruto y Kosgey, ni su contribución desde la emisora Kass FM, constituían una aportación esencial a la ejecución del plan común, en el sentido de atribuir a Sang la capacidad de frustrar dicho plan si se hubiera negado a llevar a cabo dichas funciones³⁸⁴.

En consecuencia, descartada su posible responsabilidad como coautor mediato, la SCP II pasó a analizar su posible responsabilidad accesoria como cooperador, conforme al art. 25 (3)(d) ER, en los delitos de lesa humanidad cometidos en ejecución del plan común diseñado por el grupo de Ruto y Kosgey, y ejecutados materialmente por las bandas de jóvenes Kalenjin cercanas al MDN.

Para ello, examinó si la aportación de Sang a la comisión los delitos de lesa humanidad por el grupo de Ruta y Kosgey tenía la suficiente entidad como para entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha disposición. A este respecto, la SCP II encontró indicios razonables para creer que la suma de las contribuciones realizadas por Sang tenían efectivamente la suficiente entidad como para ser penalmente relevante a la luz del estándar “contribuya de cualquier otro modo” a la comisión del delito por un grupo de personas que tienen una finalidad común³⁸⁵.

Es importante subrayar que la SCP II, a diferencia de la SCP I en el caso Mbarushimana, no considera que el art. 25 (3)(d) ER exige una “contribución

³⁷⁸ Idem.

³⁷⁹ Ibid, párr. 27.

³⁸⁰ Ibid, párr. 28.

³⁸¹ Idem.

³⁸² Ibid, párr. 53.

³⁸³ Ibid, párr. 23.

³⁸⁴ Ibid, párr. 44.

³⁸⁵ Idem.

significativa³⁸⁶, y por lo tanto, en principio, el contenido de la contribución requerida por la SCP II para incurrir en esta forma de responsabilidad, además de estar menos definido, es también menos exigente.

4. Elementos subjetivos

Según la SCP II, existían indicios razonables para creer que Sang había realizado su contribución; (i) de manera completamente voluntaria; y (ii) con el conocimiento de la intención de Ruto y Kosgey de cometer los delitos de lesa humanidad imputados por la Fiscalía³⁸⁷. Esta conclusión se podía deducir de su participación en las reuniones preparatorias de 30 de diciembre de 2006 y 2 de noviembre de 2007, durante las cuales se trataron varios aspectos de la planificación del ataque contra los Kikuyus³⁸⁸.

5. Conclusión

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la SCP II, si bien rechazó la emisión de un orden de comparecencia a título de coautor mediato, procedió, sin embargo, a emitir una orden de comparecencia contra Sang por su cooperación en los delitos de lesa humanidad cometidos en desarrollo del plan común diseñado por el grupo dirigido por Ruto y Kosgey y ejecutado materialmente por las bandas de jóvenes Kalenjin cercanas al MDN³⁸⁹. Posteriormente, el 23 de enero de 2012, la SCP II confirmó así mismo los cargos contra Sang por su presunta responsabilidad conforme al art. 25 (3)(d) ER por los delitos imputados³⁹⁰.

6. Consideraciones finales sobre la inclusión de las bandas de jóvenes Kalenji en la red creada para ejecutar el plan común y sobre la entidad de la contribución del “responsable de comunicaciones” en la ejecución del plan común

Las observaciones de la SCP II relativas a la imprecisión de la Fiscalía en la alegación de las formas de responsabilidad muestran que una simple referencia al apartado (a) del art. 25 (3) ER no es suficiente para imputar alternativamente la autoría material, la autoría mediata a través de EOP, la coautoría por dominio funcional y la coautoría mediata. Por el contrario, es necesario especificar con claridad tanto en la solicitud de orden de arresto, como en el documento que contiene los cargos, las formas de responsabilidad en las que ha incurrido el imputado. Además, es necesario explicar de qué manera los hechos del caso cumplen con los elementos objetivos y subjetivos de la forma de responsabilidad imputada, y aportar los elementos de prueba que acrediten tales hechos³⁹¹.

En el presente caso se observa que ni la Fiscalía, ni la SCP II, aclaran si los autores materiales de los delitos que formaban parte de las bandas de jóvenes Kalenjin eran a su vez parte de la red creada para el diseño y ejecución del plan común. La respuesta a esta pregunta es fundamental, puesto que si los autores materiales no son parte del plan común, ni fueron utilizados como “meros instrumentos” por los miembros del plan común, faltaría

³⁸⁶ Vid. la interpretación de este estándar como una “contribución significativa” en la confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 281-285.

³⁸⁷ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218), párr. 50.

³⁸⁸ Ibid, párr. 53.

³⁸⁹ Ibid, párrs. 53 y 57.

³⁹⁰ Confirmación de cargos en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 239).

³⁹¹ Vid. también, Caso Katanga y Ngudjolo (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE THREE DEFENCE'S REQUESTS REGARDING THE PROSECUTION'S AMENDED CHARGING DOCUMENT) ICC-01/04-01/07 (de 25 de junio de 2008), párrs. 23-27.

uno de los requisitos esenciales de la responsabilidad por cooperación en la actividad criminal de un grupo, prevista en el apartado (d) del art. 25 (3) ER.

De la decisión de la SCP II se observa que nos encontramos ante una red de naturaleza ciertamente “informal”, creada sólo un año antes de la comisión de los delitos (diciembre 2006), en la que participaron dirigentes del MDN y ancianos y líderes locales Kalenji a los efectos de preparar el plan común a lo largo del año 2007. El plan común se ejecutó en un sólo mes (finales de 2007 y principios de 2008) a través de bandas de jóvenes Kalenji. Ante estas circunstancias, parece difícil que los autores materiales de los delitos; (i) fueran parte de la red junto con los dirigentes del MDN y los ancianos y líderes locales Kalenji; y (ii) participaran, por tanto, en el proceso de elaboración del plan común y en la división de funciones para su ejecución.

Por lo tanto, si el plan común se limitó a una parte de la dirigencia del MDN y del grupo Kalenji, sería necesario demostrar que las bandas de jóvenes Kalenji que cometieron materialmente los delitos fueron utilizados como meros instrumentos de los primeros para ejecutar el plan común. El problema es que el análisis realizado por la SCP II no permite determinar con claridad si dichas bandas cumplen con los requisitos requeridos para afirmar su automatismo en el cumplimiento de las órdenes (una estricta organización jerárquica y el sometimiento a una clara cadena de mando sería un mínimo imprescindible, cuyo cumplimiento por las bandas de jóvenes Kalenji no es posible valorar a la luz de los datos aportados por la SCP II)³⁹².

Finalmente, si bien no hemos tenido la oportunidad de valorar todos los elementos de prueba presentados durante la audiencia de confirmación de cargos, no deja de llamar la atención el hecho de que la contribución de la persona a quien la SCP II califica como “responsable de comunicaciones” de la red sea únicamente considerada como una cooperación residual en la ejecución del plan común, sobre todo si tenemos en cuenta que la misma consistió en: (i) participar en ciertas reuniones de la red; (ii) facilitar que la emisora Kass FM se pusiera a disposición de la red y publicitara sus reuniones; (iii) promover la violencia al emitir en antena mensajes de odio y mostrar explícitamente el deseo de expulsar a los Kikuyus; e (iv) inflamar el ambiente emitiendo noticias falsas relativas a asesinatos de miembros de la etnia Kalenjin.

Como en el caso Mbarushimana, pareciera que las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI, a nuestro entender de manera injustificada, hayan relegado las contribuciones de los responsables de comunicaciones y relaciones exteriores a un segundo plano en la ejecución del plan común.

iv. El caso contra el ex comisionado de la policía de Kenia, Mohammed Ali

1. Aspectos generales del caso

El 15 de diciembre de 2010, la Fiscalía de la CPI solicitó a la SCP II la emisión de una orden de comparecencia contra los siguientes miembros del Partido de Unidad Nacional (“PUN”) de Kenia: Francis K. Muthaura (jefe del servicio público y secretario del gobierno de Kenia), Uhuru M. Kenyatta (Viceprimer Ministro y Ministro de Hacienda de Kenia), y Mohammed H. Ali (ex comisionado de policía de Kenia). La Fiscalía alegaba que, según lo dispuesto en los apartados (a) y (d) del art. 25 (3) ER, debían ser considerados coautores o, alternativamente, cooperadores en la comisión entre enero y febrero de 2008 de varios delitos de lesa humanidad contra simpatizantes del Movimiento Democrático Naranja (“MDN”) en varias localidades de Kenia, incluyendo las ciudades de Nakuru y Naivasha³⁹³.

³⁹² Vid. capítulo 3.

³⁹³ Orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 13.

Según la SCP II, existían indicios razonables de que, entre el 24 y el 31 de enero de 2008, la organización criminal Mungiki había lanzado un ataque contra aquella parte de la población que no pertenecía a la etnia Kibuyo, y a la que consideraba simpatizante del MDN (principalmente los miembros de los grupos étnicos Luo, Luhya y Kalenjin). Como consecuencia de este ataque se habían producido: (i) ciento doce asesinatos, treinta y nueve violaciones, cinco circuncisiones forzadas, y miles de desplazamientos forzados en el área de Nakuru; y (ii) cuarenta asesinatos, cuatro circuncisiones forzadas y hasta diez mil desplazamientos forzados en el área de Naivahsa³⁹⁴. Se trataba, en definitiva, de la respuesta al ataque lanzado tras las elecciones de diciembre de 2007 por grupos cercanos al MDN contra simpatizantes del PUN en el valle del río Rift³⁹⁵. De ahí, que aquella parte de la población contra la que se dirigió el ataque fuese seleccionada en virtud de la percepción que tenían los agresores sobre su posible asociación política con el MDN, la cual se fundamentaba, en gran medida, en divisiones étnicas.

2. Formas de responsabilidad imputadas por la Fiscalía

Para la SCP II, a pesar de que la Fiscalía afirmaba en su solicitud la responsabilidad de los imputados como coautores, el presente caso debía analizarse desde la perspectiva de la coautoría mediata, porque Muthaura, Kenyatta y Ali no habían concluido ningún acuerdo con los autores materiales, sino que habían ejecutado el plan común a través de la organización criminal Mungiki.

3. Elementos objetivos

a. La existencia de un plan común: El ataque retaliatorio contra la población simpatizante del MDN en el valle del Rift a fin de mantener al PUN en el poder

Como vimos en el capítulo 5, la SCP II ha confirmado los cargos contra Muthaura y Kenyatta por considerarlos penalmente responsables a título de coautores mediatos por su contribución esencial al desarrollo de un plan común, consistente en un ataque retaliatorio contra la población simpatizante del MDN en el valle del Rift³⁹⁶ a fin de mantener al PUN en el poder, y que fue materialmente llevado a cabo por los Mungiki a cambio de que el gobierno de Kenia dejara de perseguir a esta organización criminal y protegiera varios de sus intereses³⁹⁷.

b. El imputado no participó en el plan común pero realizó una contribución relevante a la comisión de los delitos en ejecución del plan común por sus miembros

En relación con Ali, la SCP II consideró que los elementos de prueba presentados por la Fiscalía no permitían establecer indicios razonables para creer que había participado en el plan común, en cuanto que no era parte del acuerdo entre Kenyatta, Muthaura y los demás coautores para lanzar el ataque retaliatorio arriba mencionado³⁹⁸. En consecuencia, pasó a analizar, conforme al art. 25 (3)(d) ER, su posible responsabilidad como cooperador en la comisión de los delitos cometidos por los Mungiki en ejecución del plan común.

³⁹⁴ Ibid, párr. 17.

³⁹⁵ Ibid, párr. 17 y 18.

³⁹⁶ Ibid, párr. 37.

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ Ibid, párr. 38.

A este respecto, la SCP II consideró que Ali, fue contactado por Muthaura antes de la comisión de los delitos para informarle sobre el plan común e instruirle que ordenara a las fuerzas de policía bajo su mando que no impidieran a los Mungiki llevarlo a cabo³⁹⁹. Así mismo, la SCP II concluyó que existían indicios razonables de que Ali utilizó su autoridad como comisionado de las fuerzas de policía de Kenia para transmitirles directivas con el fin de que no obstaculizaran la comisión de los delitos⁴⁰⁰, como lo mostraba la absoluta falta de reacción de la policía ante la actuación de los Mungiki.

Por lo tanto, para SCP II, la aportación realizada por Ali a la comisión de los delitos tenía la suficiente entidad como para ser penalmente relevante a la luz del estándar “contribuya de cualquier otro modo” exigido por el art. 25 (3) (d) ER⁴⁰¹ (sobre todo teniendo en cuenta que la SCP II, a diferencia de la SCP I en el caso Mbarushimana, no requieren una “contribución significativa”⁴⁰², lo que, en principio, hace que el contenido del estándar “contribuya de cualquier otro modo” sea menos exigente y más difuso.

4. Elementos subjetivos

Según la SCP II, Ali realizó su aportación siendo consciente de la intención del grupo de Muthaura y Kenyatta de cometer a través de los Mungiki los delitos de lesa humanidad imputados por la Fiscalía⁴⁰³.

5. Conclusión

En consecuencia, si bien la SCP II declinó emitir una orden de comparecencia por coautoría mediata, procedió, sin embargo, a emitir una orden de comparecencia por cooperación en los delitos de lesa humanidad cometidos en desarrollo del plan común diseñado por el grupo de Muthaura y Kenyatta, y ejecutado materialmente por los Mungiki en el valle del Rift entre el 24 y el 31 de enero de 2008.

Casi un año después, la SCP II rechazó confirmar los cargos contra Ali porque, si bien los elementos de prueba presentados por la Fiscalía mostraban indicios razonables para creer en la responsabilidad accesoria de Ali conforme al art. 25(3)(d) ER, no eran sin embargo suficientes para cumplir con un estándar de prueba superior como el de los “indicios fundados”, exigido por el art. 61(7) ER para confirmar los cargos⁴⁰⁴. En opinión de la SCP II, la Fiscalía no pudo probar que Ali, cumpliendo órdenes de Muthaura, instruyera a las fuerzas de policía de Kenia para que no intervinieran durante el ataque de los Mungiki⁴⁰⁵.

6. Comentario final

En el presente caso, la SCP II no encontró en su orden de comparecencia indicios razonables para creer que el entonces comisionado de las fuerzas de policía de Kenia fuese parte del acuerdo o plan común ideado por Muthaura y Kenyatta,⁴⁰⁶ por lo que excluyó su posible responsabilidad por coautoría mediata conforme al art. 25 (3)(a) ER. En consecuencia, la SCP II terminó calificando en su orden de comparecencia la participación

³⁹⁹ Ibid, párr. 49.

⁴⁰⁰ Idem.

⁴⁰¹ Idem. Sobre la interpretación de este estándar como una “contribución significativa” en la confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párrs. 281-285.

⁴⁰² Idem.

⁴⁰³ Orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 50.

⁴⁰⁴ Confirmación de cargos en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 239).

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ Orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 38.

de Ali (consistente en ordenar a sus subordinados lo indicado por Muthaura para no impedir el ataque de los Mungiki contra los simpatizantes del MDN en el valle del Rift) como una forma de cooperación residual, según lo previsto en el art. 25 (3)(d) ER.

Sin embargo, dada la importancia de la falta de reacción de la policía para que pudiera llevarse a efecto el plan común, no queda claro que la responsabilidad del comisionado nacional de policía que ordena su no intervención tenga un carácter residual.

La SCP II no profundiza en su orden de comparecencia en el análisis de la relación entre Muthaura y Ali, elemento esencial para poder valorar adecuadamente si tenía realmente el poder de dirección de las fuerzas de policía de Kenia (consideradas por la SCP II como una estructura organizada de poder). Además, suponiendo que dicho poder estuviese en las manos de Muthaura, como deja entrever la decisión de la SCP II, entonces la situación de Ali sería semejante a aquella de un “superior intermedio” en una estructura organizada de poder.

En el capítulo 3 analizamos el debate doctrinal sobre la aplicación de la autoría mediata a través de EOP o la coautoría por dominio funcional a los superiores intermedios, observando que en última instancia el debate “se centra en si uno está preparado para aceptar una deficiencia en el liderazgo del autor mediato o una posición de desigualdad entre los coautores”⁴⁰⁷.

Así mismo, también subrayamos que la SCP I, en su decisión de orden de arresto de 27 de junio de 2011 contra Muammar Gaddafi, su hijo Saif Gaddafi y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios Abdullah Al-Senussi, ha considerado a este último como autor mediato, después de haber declarado que Al-Senussi se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder de Libia subordinado a Muammar Gaddafi⁴⁰⁸ (de quién recibió las instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones contra el régimen que tuvieron lugar en Vengase entre el 15 y el 20 de febrero de 2011)⁴⁰⁹.

Además, en algunos de los casos en los que se ha aplicado el concepto de autoría mediata a través de EOP en otros tribunales internacionales (como en los casos Stakic y Brđanin ante el TPIY), los dirigentes afectados tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico.

En vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la función de garantizar el orden público y la seguridad ciudadana que tienen las fuerzas de policía, y dado que los delitos difícilmente hubieran podido cometerse si la policía hubiera reaccionado a tiempo tal y como debía, entendemos que la SCP II, debería haber entrado a analizar en su orden de comparecencia la presunta responsabilidad de Ali como autor mediato conforme al art. 25 (3)(a) ER (como consecuencia de las órdenes de no intervención emitidas en su calidad de comisionado de policía siguiendo las instrucciones de Muthaura).

Ahora bien, la situación cambia, si como la SCP II señaló un año después en su decisión de confirmación de cargos de 23 de enero de 2012, la prueba presentada por la Fiscalía es insuficiente para mostrar indicios fundados de que Ali hubiera emitido orden alguna de no intervención a las fuerzas de policía de Kenia⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Ver a este respecto, Ambos, *The Fujimori Judgment* (supra n. 66), p. 156.

⁴⁰⁸ Orden de arresto en el caso Gaddafi y Al Senussi (supra n. 278). Abdullah Al-Senussi era el jefe de la inteligencia militar de Libia (uno de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de Muammar Gaddafi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011), y debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con Muammar Gaddafi, era la persona de mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados.

⁴⁰⁹ Orden de arresto en el caso Gaddafi y Al Senussi (supra n. 278), párrs. 83-89.

⁴¹⁰ Confirmación de cargos en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 239).

VII. La empresa criminal común y su distinción de la coautoría por dominio funcional y la cooperación recogidos en los apartados (c) y (d) del art. 25 (e) ER

Como hemos visto, el art. 25(3)(a) ER, al afirmar que autor es quien “comet[e] e[ll] crimen por sí sólo, con otro o por conducto de otro”, adopta un concepto de autor (y consecuentemente distingue entre autoría y participación), sobre la base de una posición objetivo material que se fundamenta en el concepto del dominio del hecho⁴¹¹. En este sentido, la SCP I de la CPI ha afirmado en su decisión sobre confirmación de cargos en el caso Lubanga:

El concepto de coautoría incorporado en el artículo 25(3)(a) del Estatuto mediante la referencia a la comisión del delito “con otro” debe ser consecuente con la elección del concepto del dominio del hecho como criterio para distinguir entre autores y partícipes. [...] Por lo tanto, como se afirma en su Decisión de Emisión de una Orden de Arresto, la Sala considera que el concepto de coautoría incorporado en el artículo 25(3)(a) del Estatuto coincide con el de dominio conjunto sobre el hecho en razón de la naturaleza esencial de las diversas contribuciones a la comisión del delito⁴¹².

Por lo tanto, en los casos en los cuales una pluralidad de personas interviene en la comisión de un delito, sólo aquéllos que comparten el dominio del hecho, como resultado del carácter esencial de sus contribuciones, podrán ser considerados coautores.

El fundamento de esta posición, reafirmada por la SCP I en los casos Mbarushimana⁴¹³, Al Bashir⁴¹⁴, Abu Garda⁴¹⁵, Banda y Jerbo⁴¹⁶, y Gaddafi⁴¹⁷, y confirmado por la SCP II y la SCP III en los casos Ruto y Kogsley⁴¹⁸, Muthuara y Kenyatta⁴¹⁹, y Ngagbo⁴²⁰, es que los individuos a los que se asignan funciones esenciales pueden frustrar la

⁴¹¹ Vid. capítulo 2. Vid. también confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n.220), párrs. 333-8; Abu Garda (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON THE CONFIRMATION OF CHARGES) ICC-02/05-02/09 (de 8 febrero de 2010), párr. 152 [en adelante: confirmación de cargos en el caso Abu Garda]; Ambos, The Fujimori Judgment (supra n. 406), párrs. 137-158, 146; N Farrell, ‘Attributing Criminal Liability to Corporate Actors: Some Lessons from the International Tribunals’ (2010) 8 Journal of International Criminal Justice 873-894, 880 [en adelante Farrell, ‘Attributing Criminal Liability’]; y H Vest, ‘Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law’ (2010) 8 Journal of International Criminal Justice 851-872, 866-7 [en adelante Vest, ‘Business Leaders’].

⁴¹² Decisión de confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párrs. 340-41. Esta decisión confirma la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la solicitud de la Fiscalía de una orden de arresto en el caso Lubanga (PRE-TRIAL CHAMBER I DECISION ON PROSECUTION’S APPLICATION FOR WARRANT OF ARREST) ICC-01/04-01/06 (de 10 de febrero de 2006) párr. 96 [en adelante: orden de arresto en el caso Lubanga], en la cual la SCP I ya había afirmado que el concepto de coautoría por dominio funcional se encontraba incluido en el art. 25(3)(a) ER, y podía ser aplicable a la función presuntamente desarrollada por Thomas Lubanga Dyilo en la comisión de los delitos imputados por la Fiscalía en su solicitud de orden de arresto.

Vid. también, confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 488 (a), 520 y 521; confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 279) párrs. 346-9; Ambos, Article 25 (supra n. 193) p. 479; y J.M. Gómez Benítez, “Elementos comunes de los crímenes contra la humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional” (2002) 42 Actualidad Penal 1121-38. El concepto de coautoría por dominio funcional no es en modo alguno un concepto nuevo. Por el contrario, además de su aplicación en la sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 6), ha sido aplicado con regularidad, como se afirma en Gacumbitsi (Appeals Chamber Judgment, Separate Opinion of Judge Schomburg on the Criminal Responsibility of the Appellant for Committing Genocide) ICTR-2001-64-A (7 de julio de 2006), párr. 30, en varias jurisdicciones nacionales, tales como Argentina, Francia, Alemania, España y Suiza.

⁴¹³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 273.

⁴¹⁴ Primera decisión de orden de arresto en el caso Bashir (supra n. 117), párrs. 216 a 222.

⁴¹⁵ Orden de comparecencia en el caso Abu Garda (supra n. 274), párrs. 12, 24 - 28.

⁴¹⁶ Confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo (supra n. 276), párrs. 129-136.

⁴¹⁷ Orden de arresto en el caso Gaddafi y Al Senussi (supra n. 278), párrs. 72-80.

⁴¹⁸ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 285; y orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang, (supra n. 218) párrs. 42-45.

⁴¹⁹ Orden de comparecencia en el caso Muthuara, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párrs. 39-43.

⁴²⁰ Orden de arresto en el caso Gbagbo (supra n. 281), párr. 10. La referencia utilizada a lo largo del texto es la del documento público reclasificado. La orden de arresto fue originalmente emitida el 23 de noviembre de 2011 en un documento confidencial.

ejecución del plan común negándose a realizar sus contribuciones y, consecuentemente, cada uno de ellos retiene un dominio de conjunto sobre la comisión del delito⁴²¹ (al que hemos denominado en este trabajo “dominio funcional”).

En consecuencia, se puede afirmar que el Estatuto de Roma ha rechazado la posición formal-objetiva del concepto de coautoría, según la cual, cuando un delito es cometido por una pluralidad de personas, sólo son coautores aquéllos que realizan materialmente un elemento objetivo del delito; según esta posición, quien no lleva a cabo por sí mismo un elemento objetivo del delito no es coautor, sin importar cuán importante pueda ser su aportación a la ejecución del plan común⁴²².

Del mismo modo, el Estatuto de Roma ha rechazado también la posición subjetiva del concepto de coautoría, según la cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas, cualquiera que efectúe una contribución con la intención de ejecutar el propósito criminal común es coautor, sin importar la naturaleza y el alcance de su aportación⁴²³.

Considerando que - cuando un delito es cometido por una pluralidad de personas, quienes realizan una contribución que no es esencial en la ejecución del plan común, sólo pueden penalmente responsables como partícipes al no compartir el dominio funcional del hecho⁴²⁴ - los párrafos (b) a (d) del art. 25 (3) ER prevén varias formas de responsabilidad accesoria.

En definitiva, tal y como ha subrayado la SCP I en su decisión de 16 de diciembre de 2011 de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana, el art. 25 (3) ER establece una gradación en cuanto a la entidad de las contribuciones exigidas en sus respectivos apartados que va desde la aportación esencial requerida en el apartado (a) para la coautoría hasta la contribución “significativa” exigida para la forma de responsabilidad accesoria residual prevista en su apartado (d)⁴²⁵. La Mayoría de la SPI I ha reafirmado esta posición en la sentencia de 14 de marzo de 2012 de primera instancia en el caso Lubanga, al afirmar

La opinión de la Mayoría es que la contribución del coautor debe ser esencial, tal y como ha sido afirmado de manera constate e invariable por la jurisprudencia de esta Corte. El Estatuto diferencia entre la responsabilidad de aquellos que cometen el delito (artículo 25 (3)(a)) y la de quienes son accesorios al mismo (artículos 25(3)(b) a (d)). Sería posible extender el concepto de responsabilidad principal (o autoría), para así hacerlo más ampliamente aplicable, si se rebajase la exigencia de que la contribución del acusado debe ser esencial. Sin embargo, rebajar dicho estándar privaría al concepto de responsabilidad principal de su capacidad para expresar la reprochabilidad de que son merecedoras aquellas personas que son las más responsables de los delitos más graves para la comunidad internacional. Por el contrario, un concepto de coautoría que requiere una contribución esencial permite reflejar y abordar adecuadamente los distintos grados de responsabilidad⁴²⁶.

⁴²¹ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párrs. 342 y 347; confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 525; confirmación de cargos en el caso Bemba (supra n. 279) párr. 371; y confirmación de cargos en el caso Banda y Jerbo (supra n. 276), párr. 136; vid. también C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (6º ed., Madrid, Marcial Pons, 1998) 303-33; H. Olásolo y A. Pérez Cepeda, “The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case” (2004) 4 *International Criminal Law Review* 497-506 [en adelante: Olásolo y Pérez Cepeda], y H. Olásolo, ‘Joint Criminal Enterprise and its Extended Form: a Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime?’ (2009), 20 *Criminal Law Forum* pp. 268 [en adelante: Olásolo, *Extended JCE*]

⁴²² Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 333; y confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 482. Vid. también M. Karnavas, ‘Joint Criminal Enterprise at the ECCC: A Critical Analysis of the Pre-Trial Chamber’s Decision Against the Application of JCE III and Two Divergent Commentaries on the Same’ (2010) 21 *Criminal Law Forum* 445-494, 491-2 [en adelante: Karnavas, ‘JCE at ECCC’].

⁴²³ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 334; y confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (ibid), párr. 483. Vid. también, Karnavas, JCE at ECCC (supra n. 421), pp. 491-2; y S. Manacorda and C. Meloni, ‘Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise’ (2011) 9 *Journal of International Criminal Justice* 159-178, 163-164 [en adelante: Manacorda y Meloni, ‘Indirect Perpetration vs JCE’].

⁴²⁴ Orden de arresto en el caso Lubanga (supra n. 412), párr. 78; confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 320; y confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párrs. 485 y 486.

⁴²⁵ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 279. Vid. también en el mismo sentido, Werle, *Article 25* (supra n. 234), p. 957.

⁴²⁶ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 3), párr. 999.

Esto significa que quien “ordene, proponga o induzca” la comisión de un delito, será, conforme al apartado (b) del art. 25(3) ER, responsable a título de partícipe. “Ordenar” (o “inducir” en aquellos casos en que los dirigentes no recurran a su posición de autoridad para instigar a los autores materiales a cometer el delito) será particularmente aplicable en aquellos casos en los cuales las organizaciones utilizadas para asegurar la comisión de los delitos, debido a su reducido tamaño, no puedan ser calificadas como estructuras organizadas de poder, de manera que no pueda ser aplicable el concepto de autoría mediata a través de EOP⁴²⁷.

Esto también significa que quien, con el propósito de facilitar un delito, coopere o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa del delito, incluso suministrando los medios para su realización, será, conforme al apartado (c) del art. 25(3) ER, responsable a título de partícipe. Como ya se ha explicado, la jurisprudencia del TPIR, el TPIY y la ECSL ha sostenido que cooperar en la comisión de un delito sólo da lugar a responsabilidad penal si la asistencia tiene un efecto sustancial en su comisión o en la consolidación de sus efectos⁴²⁸. Así mismo, la SCP I en el caso Mbarushima ha subrayado que no existe ninguna razón aparente para que esta interpretación no pueda ser también aplicable con relación al apartado (c) del art. 25(3) ER, en particular si se tiene en cuenta que el apartado (d) de la misma disposición se ocupa explícitamente de la responsabilidad penal del individuo que “contribuya de algún otro modo” en la comisión del delito⁴²⁹. Esta misma interpretación ha sido acogida por la Mayoría de la SPI I en la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga⁴³⁰.

Finalmente, conforme al apartado (d) del art. 25(3) ER, incurre también en responsabilidad accesoria quien “contribuya de algún otro modo” en la comisión de un delito por parte de un grupo de personas que actúan con un propósito común. Como ha subrayado la SCP I en los casos Lubanga, y Katanga y Ngudjolo:

[...] el artículo 25(3)(d) del Estatuto prevé una forma residual de responsabilidad accesoria que hace posible criminalizar aquellas contribuciones a un delito que no pueden ser caracterizadas como ordenar, proponer, inducir, cooperar o asistir en el sentido del artículo 25(3)(b) o (c) del Estatuto [...]⁴³¹.

Sin embargo, la propia SCP I en el caso Mbarushima ha matizado que no cabe interpretar esta disposición para considerar penalmente responsable a todo individuo que contribuye de cualquier manera a la actividad criminal de un grupo o una organización⁴³², en particular cuando es de conocimiento público que grupos paramilitares, grupos armados de oposición, unidades de las fuerzas armadas o unidades de la policía nacional (por poner sólo algunos ejemplos) estén cometiendo sistemáticamente delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. Según la SCP I, la interpretación en este sentido del apartado (d) del art. 25 (3) ER, supondría que numerosos miembros de las comunidades en las que operan

⁴²⁷ Vid. capítulo 3. Vid. también, Roxin (supra n. 66), 245.

⁴²⁸ sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20) párr. 370; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18) párrs. 45-6; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 162) párr. 102; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163) párr. 85; sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162); Sentencia de primera instancia en el caso Bagilishema (supra n. 88) párr. 33; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71); sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71) párr. 597; sentencia de primera instancia en el caso Furundzija (supra n. 164) párr. 249; sentencia de primera instancia en el caso Aleksovski (supra n. 163) párr. 61; sentencia de primera instancia en el caso Kunarac (supra n. 163) párr. 391; sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac (supra n. 163) párr. 88; sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76) párr. 282.

⁴²⁹ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 279.

⁴³⁰ Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 3), párrs. 998-999

⁴³¹ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 337. Vid. también, confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 483.

⁴³² Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 277.

estos grupos podrían verse afectados⁴³³. En consecuencia, según la SCP I, la referencia a “algún otro modo de contribución” en el apartado (d) del art. 25(3)ER debe entenderse como que exige una contribución “significativa”, que, sin llegar al nivel de lo “sustancial”, permita excluir la responsabilidad penal de aquellas aportaciones que objetivamente no son relevantes⁴³⁴.

A pesar de que la SCP II no ha exigido hasta el momento que la aportación al delito deba alcanzar el grado de “significativa” para ser penalmente relevante conforme al apartado (d) del art. 25 (3) ER⁴³⁵, y que esta posición también ha sido compartida por la magistrada Silvia Fernández de Gurmendi en su voto particular a la decisión de la Sala de Apelaciones de 30 de mayo de 2012⁴³⁶, entendemos que los argumentos dados por la SCP I en el caso Mbarushimana justifican la exigencia de que la contribución del imputado a la actividad criminal del grupo deba ser cuando menos “significativa”.

Según la SCP I, la responsabilidad penal de aquellas contribuciones “significativas” que quedan fuera del ámbito de aplicación de los apartados (b) y (c) del art. 25 (3) ER se justifica por el doble elemento subjetivo requerido por el apartado (d) de dicha disposición⁴³⁷. Así, por un parte, la aportación a la comisión del delito debe ser “intencional”.⁴³⁸ Como Fletcher y Ohlin han señalado, esto significa que:

[...] lo único que tiene que ser intencional es el acto de hacer algo que constituya una contribución, por ejemplo, vender gasolina a quienes están conduciendo hacia la escena de la futura masacre⁴³⁹.

Además, según el apartado (d) del art. 25 (3) ER, la contribución debe realizarse (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”.

De esta manera, mientras el apartado (c) del art. 25(3) ER requiere que la cooperación o asistencia en la comisión del delito sea llevada a cabo “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”, el apartado (d) no recoge este requisito. En consecuencia, se puede afirmar, que de acuerdo con este último apartado, la responsabilidad penal surge por actos u omisiones que, si bien no están dirigidos a facilitar a los autores materiales la comisión de los delitos, se llevan a cabo a pesar de conocer que les serán de ayuda en su realización⁴⁴⁰.

A este respecto, Fletcher y Ohlin han subrayado lo siguiente:

El nexo de culpabilidad entre la contribución y el daño criminal final permanece impreciso. El colaborador podría tener el fin de promover el plan (artículo 25 (3)(d) (i)) o simplemente tener conocimiento de la intención del grupo (artículo 25(3)(d)(ii)); por ejemplo, si el empleado de la

⁴³³ Ibid, párr. 277. Vid. también Ohlin, (supra n. 213) p. 79.

⁴³⁴ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 281- 283

⁴³⁵ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218), párr. 53; y orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párr. 49. Vid. también, confirmación de cargos en el caso Ruto, Kogsley y Sang (supra n. 239), párr. 354; y confirmación de cargos en el caso Muthaura Kenyatta y Ali (supra n. 239), párr. 421.

⁴³⁶ Voto particular de la magistrada Silvia Fernández de Gurmendi a la decisión de la Sala de Apelaciones de 30 de mayo de 2012 (supra n. 240), pp.30-34.

⁴³⁷ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 200), párr. 337; y confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 483.

⁴³⁸ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218) párr. 288

⁴³⁹ G.P. Fletcher y D. Ohlin, “Reclaiming Fundamental Principles of Criminal Law in the Darfur Case” (2005) 3 Journal of International Criminal Justice 549 y ss [en adelante: Fletcher y Ohlin].

⁴⁴⁰ En la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, el concepto de cooperación requiere el conocimiento de que el acto u omisión de que se trate se lleve a cabo, al menos con el conocimiento de que facilitará sustancialmente la comisión del delito. Ver a este respecto, la sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 370; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 209), párr. 46; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 23), párr. 102; sentencia de apelación en el caso Krstic (supra n. 170) párrs. 140-41; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163), párr. 86; y sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 327. Vid. también K. Kittichaisaree, International Criminal Law (Oxford, Oxford University Press, 2001) 245.

estación de servicio sabe del objetivo criminal del grupo, sería responsable por venderles gasolina “intencionalmente”⁴⁴¹.

Además, el apartado (d) del art. 25 (3) ER no exige que el imputado comparta el propósito criminal común del grupo. Ni tan siquiera se requiere que los miembros del grupo sean conscientes de la conducta que les facilita la comisión del delito. Por el contrario, lo único que se requiere es un conocimiento personal, que no necesita ser compartido con ninguno de los miembros del grupo, de que se está facilitando la realización del delito por estos últimos⁴⁴².

Por lo tanto, el apartado (d) del art. 25 (3) ER, ni requiere la satisfacción de los elementos subjetivos del delito (incluyendo todo *dolo especial* recogido en su definición), ni exige el compartir mutuamente con los miembros del grupo ningún tipo de intención o conocimiento.

Por ello, entendemos que la justificación última de la responsabilidad penal de aquellas contribuciones “significativas” que quedan fuera del ámbito de aplicación de los apartados (b) y (c) del art. 25 (3) ER, no cabe encontrarla, como afirma la SCP I, en el elemento subjetivo requerido por su apartado (d).

Por el contrario, dicha justificación debe buscarse o bien en la naturaleza objetiva de las aportaciones incluidas en su ámbito de aplicación (según la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, aportaciones significativas son aquellas que de alguna manera hacen más eficaz o eficiente la comisión del delito)⁴⁴³, o bien en el mayor riesgo que generan para la afectación del bien jurídico protegido las aportaciones realizadas a un grupo de personas (en lugar de a un individuo aislado).

Así mismo, aun si, como señaló la SCP I en el caso Lubanga, la forma de responsabilidad prevista en apartado (d) del art. 25(3)ER parece *prima facie* tener ciertas semejanzas con el concepto de la empresa criminal común (que, como se vio en el capítulo 4, ha sido desarrollada como una forma de coautoría por la jurisprudencia del TPIY, el TPIY y la CESL)⁴⁴⁴, lo cierto es que tras un análisis más exhaustivo, no puede afirmarse que comparta la naturaleza jurídica de esta última.

En este sentido, de la exposición realizada sólo cabe concluir que el apartado (d) del art. 25(3) ER prevé, dentro del sistema del ER, una forma residual de responsabilidad accesoria o derivada⁴⁴⁵, de acuerdo con la cual se incurre en responsabilidad penal con respecto a aquellas contribuciones significativas (que, por lo tanto, no llegan al grado de ser sustantivas o esenciales) llevadas a cabo con la intención de realizar el propósito criminal común del grupo o con el conocimiento de que facilitarán la actividad delictiva del grupo⁴⁴⁶. A esta misma conclusión han llegado la SCP I y la SCP II en los casos Lubanga⁴⁴⁷, Katanga

⁴⁴¹ Fletcher y Ohlin (supra n. 439), p. 549 y ss.

⁴⁴² Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 289.

⁴⁴³ Ver en particular, sentencia de apelación en el caso Krajisnik (supra n. 11), párr. 215; sentencia de primera instancia en el caso Dordevic (supra n. 210), párr. 1863; y sentencia de primera instancia en el caso Gotovina (supra n. 211), párr. 2548.

⁴⁴⁴ A la misma conclusión se ha llegado en la confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 335. Al respecto, Fletcher y Ohlin (supra n. 439), p. 549, han afirmado que el art. 25(3)(d) ER difiere del concepto de empresa criminal común en que (i) exige un elemento subjetivo menos exigente (conocimiento del plan criminal común, en lugar de compartir el propósito delictivo de dicho plan) y (ii) no prevé responsabilidad penal para “los delitos previsibles”. Sin embargo, en nuestra opinión, la principal diferencia es que, según la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, el concepto de empresa criminal común da lugar a responsabilidad principal (coautoría), mientras que el art. 25(3)(d) ER contiene una forma residual de responsabilidad accesoria. Vid. también el análisis de Ambos, Joint Criminal Enterprise (supra n. 212) pp. 172 y 173, en donde concluye que “la única forma de intervención comparable a la ECC II o III es la de responsabilidad colectiva tal como se establece en el artículo 25(3)(d) del Estatuto de la CPI”.

⁴⁴⁵ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 337; y confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 483.

⁴⁴⁶ Ambos, Article 25 (supra n. 193), pp. 484-5.

⁴⁴⁷ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párr. 337.

y Ngudjolo⁴⁴⁸, Sang⁴⁴⁹, Ali⁴⁵⁰ y Mbarushimana⁴⁵¹, y la SPI I en la sentencia de primera instancia en el caso Lubanga⁴⁵².

Así mismo, en la decisión de confirmación de cargos en el caso Mbarushimana, la SCP I ha afirmado expresamente que existen cuatro diferencias fundamentales entre la coautoría basada en la empresa criminal común, y la forma residual de responsabilidad accesoria prevista en el apartado (d) del art. 25 (3) ER:

- (i) La responsabilidad a título de coautor (empresa criminal común) o de partícipe (cooperación del apartado (d) del art. 25 (3)ER)⁴⁵³;
- (ii) La necesidad de formar parte (empresa criminal común) o no (cooperación del apartado (d) del art. 25(3) ER) del plan o propósito criminal común⁴⁵⁴;
- (iii) La contribución al plan propósito criminal común (empresa criminal común) frente a la contribución al delito cometido (cooperación del apartado (d) del art. 25 (3)ER)⁴⁵⁵; y
- (iv) La necesidad de actuar con intención (empresa criminal común) frente a la suficiencia del mero conocimiento (apartado (d) del art. 25 (3)ER)⁴⁵⁶; para incurrir en responsabilidad a título de coautor conforme al concepto de empresa criminal común, se debe compartir el propósito criminal común y, consecuentemente, actuar motivado por cualquier *dolo especial* exigido por la definición de los delitos centrales de la empresa criminal común⁴⁵⁷.

Esto marca una diferencia fundamental entre el ER –donde la distinción entre autoría y participación se basa en el concepto del dominio del hecho y, consecuentemente, la coautoría se fundamenta en el dominio funcional del hecho- y la jurisprudencia del TPIY, TPIR y CESL que ha adoptado un concepto subjetivo de autor, y han construido la coautoría en base a la doctrina de la empresa criminal común⁴⁵⁸.

⁴⁴⁸ Confirmación de cargos en el caso Katanga y Ngudjolo (supra n. 60), párr. 483.

⁴⁴⁹ Orden de comparecencia en el caso Ruto, Kosgey y Sang (supra n. 218), párrs. 44 y 50.

⁴⁵⁰ Orden de comparecencia en el caso Muthaura, Kenyatta y Ali (supra n. 218), párrs. 46 y 49.

⁴⁵¹ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 258.

⁴⁵² Sentencia de primera instancia en el caso Lubanga (supra n. 3), párrs. 996-999.

⁴⁵³ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 284.

⁴⁵⁴ Ibid, párr. 284.

⁴⁵⁵ Ibid., párr. 284. Ciertamente hubiera sido deseable que la SCP I hubiera explicado en mayor detalle el contenido de la tercera diferencia relativa al objeto de la contribución: según la SCP I, la contribución se realiza al plan o propósito común en el caso de la empresa criminal común, mientras que se realiza al delito imputado en el caso del apartado (d) del art. 25 (3) ER.

⁴⁵⁶ Confirmación de cargos en el caso Mbarushimana (supra n. 218), párr. 284.

⁴⁵⁷ Sentencia de apelación en el caso Ntagerura (supra n. 20), párr. 370; sentencia de apelación en el caso Blaskic (supra n. 18), párrs. 45-46; sentencia de apelación en el caso Vasiljevic (supra n. 163), párr. 102; sentencia de apelación en el caso Simic (supra n. 163), párr. 85; sentencia de apelación en el caso Blagojevic (supra n. 162), párr. 127; Prosecutor v Bagilishema (Appeals Chamber Judgement) ICTR-95-1A-A (3 de julio de 2002) párr. 33 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Bagilishema]; sentencia de primera instancia en el caso Kajelijeli (supra n. 71), párr. 766; vid. también sentencia de primera instancia en el caso Kamuhanda (supra n. 71), párr. 597; sentencia de primera instancia en el caso Furundzija (supra n. 164), párr. 249; sentencia de primera instancia en el caso Aleksovski (supra n. 164), párr. 61; sentencia de primera instancia en el caso Kunarac (supra n. 163), párr. 391; sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac (supra n. 163), párr. 88; sentencia de primera instancia en el caso Oric (supra n. 76), párr. 282; y sentencia de primera instancia en el caso Popovic (supra n. 234), párr. 1022. Además, como se ha afirmado expresamente en la sentencia de primera instancia en el caso Furundzija (supra n.164) párr. 257, y en Prosecutor v. Furundzija (Appeals Chamber Judgment) ICTY-95-17/1-A (21 de julio de 2000), párr. 118 [en adelante: sentencia de apelación en el caso Furundzija], para distinguir un coautor (un interviniente en una empresa criminal común) de un cooperador, “es crucial establecer si el individuo que toma parte en el proceso de tortura también comparte el propósito criminal detrás de la tortura”. Vid. a este respecto el capítulo 4. Sobre la coautoría basada en un criterio subjetivo, vid. G Werle y B Burghardt, ‘Claus Roxin on Crimes as Part of Organized Power Structures’ (2011) 9 Journal of International Criminal Justice 191-205, 191-3 [en adelante: Werle and Burghardt, ‘Claus Roxin’].

⁴⁵⁸ Confirmación de cargos en el caso Lubanga (supra n. 220), párrs. 329, 335, 337, 338, 341; sentencia de apelación en el caso Tadic (supra n. 203) párr. 227 – 8; sentencia de apelación en el caso Furundzija (supra n. 457), párr. 118; sentencia de apelación en el caso Kupreskic (supra n. 27), párr. 772; vid. también Prosecutor v. Delalic et. al. (Appeals Chamber Judgment) ICTY-96-21-A (20 de febrero de 2001), párrs. 365-6; sentencia de apelación en el caso Krnojelac (supra n. 141)

párr. 29; sentencia de apelación en el caso Krajisnik (supra n. 58) párr. 652 – 6; sentencia de primera instancia en el caso Kordic (supra n. 71) párr. 397; sentencia de primera instancia en el caso Krstic (supra n. 71) párr. 601; sentencia de primera instancia en el caso Kvočka (supra n. 71) párr. 265; sentencia de primera instancia en el caso Krnojelac (supra n. 163), párr. 81; sentencia de primera instancia en el caso Vasiljevic (supra n. 234) párr. 65; sentencia de primera instancia en el caso Stakic (supra n. 6), párr. 431; sentencia de primera instancia en el caso Simic (supra n. 187) párr. 149; sentencia de primera instancia en el caso Dordevic (supra n. 210) párr. 1857 - 1860; sentencia de primera instancia en el caso Gotovina (supra n. 211) párr. 1950 – 2, y decisión sobre el cuestionamiento de la jurisdicción de Ojdanic relativo a la ECC en el caso Milutinovic (supra n. 204) párr. 20. Vid. también, Olásolo y Pérez Cepeda (supra n. 420), 476-8, n. 6.