

La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

Alejandro Kiss

Letrado de la Corte Penal Internacional.
Doctor en Derecho Universidad de Münster

*Abstract**

El modo de responsabilidad penal previsto en el artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma, en el que se criminaliza la contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas que actúa con una finalidad común, ha ganado importante interés en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y en la literatura especializada. Todo indica que este interés se enfatizará en el futuro. Por ello es útil abordar los principales problemas de interpretación que han surgido en su aplicación jurisprudencial. Se comentan por lo tanto la diferenciación entre la contribución en el crimen cometido por un grupo y la coautoría, el "grado" y la "naturaleza" de la contribución (incluyendo la distinción conceptual entre las contribuciones "insignificantes" y las contribuciones "neutrales"). También se discute si el modo de responsabilidad del artículo 25(3)(d) solo es aplicable a quienes son ajenos al grupo o bien, además, también puede aplicarse a los miembros del grupo que comete el crimen.

The mode of liability provided for in Article 25(3)(d) of the Rome Statute, known as the contribution to the commission of a crime by a group of persons acting with a common purpose, has been the subject of increased interest in the jurisprudence of the International Criminal Court and in academia. It is apparent that such interest will grow even more in the future. Therefore it is useful to address the most prominent problems that have arisen in the judicial interpretation thereof. Accordingly, this article addresses the differentiation between the group of persons acting with a common purpose and co-perpetration and also discusses the "degree" and "nature" of the required contribution (including the conceptual difference between "insignificant" and "neutral" contributions). Moreover, it addresses the question on whether this mode of liability is only applicable to those who are not members of the group or whether it may also be applied to members.

Die Teilnahmeform vorgesehen in Artikel 25 (3) (d) des Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, bekannt als der Beitrag zur Begehung eines Verbrechens durch eine mit einem gemeinsamen Ziel handelnde Gruppe von Personen, ist mit einem grossen Interesse in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs und in der Wissenschaft erörtert worden. Solches Interesse wird in der Zukunft noch mehr zunehmen. Daher ist es hilfreich, die größten Probleme, die in der gerichtlichen Auslegung dieser Teilnahmeform entstanden sind anzugehen. Dementsprechend werden in diesem Artikel sowohl die Unterscheidung zwischen dem Beitrag zur Begehung eines Verbrechens durch eine mit einem gemeinsamen Ziel handelnde Gruppe von Personen und Mittäterschaft angegangen als auch der "Grad" und die "Natur" des vorgeschriebenen Beitrags (einschließlich der begrifflichen Unterscheidung zwischen "unerheblichen" und "neutralen" Beiträgen). Darüber hinaus wird die Frage erörtert, ob diese Teilnahmeform nur für Nicht-Mitglieder der Gruppe gilt oder ob sie auch für die Mitglieder Anwendung finden kann.

Title: The contribution to the commission of a crime by a group of persons in the jurisprudence of the International Criminal Court

Titel: Der Beitrag zur Begehung eines Verbrechens durch eine Gruppe von Personen in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, autoría, coautoría, participación, finalidad común, empresa criminal conjunta, contribución neutral, Artículo 25(3).

Keywords: International Criminal Court, Rome Statute, commission, co-perpetration, participation, common purpose, joint criminal enterprise, neutral contribution, article 25(3).

Stichwörter: Internationale Strafgerichtshof, Römisches Statut, Begehung, Mittäterschaft, Teilnahme, Gesames Ziel, gemeinsam verbrecherisches Unternehmen, neutraler Beitrag, Artikel 25(3).

Sumario

- 1. Introducción**
 - 2. Diferenciación con respecto a la coautoría**
 - 2.1 Plan común o acuerdo de voluntades vs. grupo de personas que tienen una finalidad común**
 - a) Acuerdo de voluntades o plan común - coautoría
 - b) Grupo de personas que tienen una finalidad común
 - 2.2 Contribución en el crimen vs. contribución en el plan**
 - 3. Grado y naturaleza de la contribución**
 - 3.1 Contribuciones neutrales**
 - 3.2 Reseña de casos**
 - 4. ¿Aplicación a quienes pertenecen al grupo?**
 - 4.1 Accesoriedad**
 - 4.2 Aspecto subjetivo**
 - 5. Conclusiones**
- Bibliografía**

1. Introducción

Quienes se interesan por el derecho penal internacional han analizado desde siempre las formas de autoría y participación a la luz de las decisiones judiciales que se han ocupado de interpretarlas. Junto al enorme valor dogmático que acompaña a las reglas de atribución del comportamiento propio y el ajeno existe un interés práctico que ya ha quedado constatado en los primeros 10 años de actuación de la Corte Penal Internacional (CPI). En efecto, en todos los casos en los que la fiscalía, luego de la audiencia de confirmación de cargos, no ha conseguido llevar a los imputados a juicio, tal fracaso se debió a defectos en la atribución de responsabilidad.

El modo de responsabilidad penal previsto en el Artículo 25.3.d) del Estatuto (ECPI) ha generado notable atención en razón de un número de decisiones recientes de la Corte. En la situación de República Democrática del Congo esta norma se ha empleado recientemente en la imputación contra *Katanga*¹ y también se ha discutido tanto en la decisión que declina la confirmación de cargos contra *Calixte Mbarushimana*² como en un voto de la Sala de Apelaciones en el mismo caso³. En situación de Sudan, Darfur, se ha aplicado en los casos seguidos contra los imputados *Ahmad Harun*⁴ y *Ali Kushayb*⁵ y en

* Las opiniones que se expresan en este artículo deben ser atribuidas al autor y no reflejan necesariamente las de la Corte Penal Internacional ni las de ninguna otra institución.

** Una versión previa de este trabajo ha sido publicado en GIL GIL/MACULAN (coords.), *Intervención delictiva y Derecho penal internacional. Reglas de atribución de la responsabilidad en crímenes internacionales*, 2013.

¹ ICC, *Prosecutor v. Germain Katanga*, «Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés», ICC-01/04-01/07-3319, 21.11.2012. En este caso se analiza la responsabilidad penal de *Katanga* en razón de los crímenes cometidos en febrero de 2003 durante el ataque a la villa de Bogoro en DRC. La fiscalía alegó que *Katanga*, como líder del FRPI, planificó y organizó el ataque y aseguró el envío aéreo de armas y municiones. Recientemente, la Sala II ha recurrido a la Regla 55 y ha anunciado que la calificación legal (el modo de atribución de responsabilidad) podría cambiarse en los términos del artículo 25(3)(d).

² ICC, *Prosecutor v. Calixte Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», ICC-01/04-01/10-465-Red, 16.12.2011. En este caso se analizó, y se descartó, la responsabilidad de *Mbarushimana* en los crímenes cometidos en 2009 por un grupo armado (el FDLR) en una región denominada “Los Kivus” en DRC. Este grupo lanzó una guerra multidimensional, compuesta de una campaña mediática, un frente diplomático y uno militar que, con la finalidad de crear una catástrofe humanitaria y lograr concesiones políticas, llevaba a cabo ataques contra civiles. Según la fiscalía, en apoyo de este plan, *Mbarushimana* escribía desde Europa artículos periodísticos y hacía declaraciones públicas en las que negaba los delitos. El ocultamiento de los delitos y la convalidación de las acciones del grupo habría disminuido el riesgo de desertión y alentado la comisión de crímenes.

³ ICC, AC, *Prosecutor v. Calixte Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez 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, 30.05.2012.

⁴ ICC, *Prosecutor v. Ahmad Harun*, «Warrant of arrest for Ahmad Harun», ICC-02/05-01/07-2-Corr, 27.04.2007. En este caso se analiza la responsabilidad *Harun* quién, como Ministro de Estado de Sudan (2003-2005), tenía cargo la coordinación de la policía, la milicia, las fuerzas de seguridad y las Milicias Janjaweed (MJ) que llevaban a cabo las actividades de contrainsurgencia. Dada su posición en la mesa de seguridad y sus funciones de coordinación, financiación y provisión de armas se le atribuye haber contribuido en una serie de ataques y crímenes contra civiles pertenecientes a la etnia “Fur”.

Kenia en los casos seguidos contra *Sang*⁶ y contra *Mohammed Hussein Ali*.⁷ Estos precedentes han puesto de manifiesto la importancia que posee la “contribución en el crimen cometido por un grupo” en el sistema de atribución de responsabilidad del ECPI.

A pesar de que ocupa un espacio prominente entre los modos de atribución de responsabilidad esta disposición ha merecido fuertes críticas. Se ha dicho que su texto plantea tales tensiones doctrinales que debería ser reescrito.⁸ Efectivamente, la redacción de la norma plantea varios problemas de interpretación. Sin embargo, ello no debe tomarse como un desaire hacia la dogmática penal sino como una carta de invitación para elaborar una interpretación razonable de la norma especialmente en aquellos puntos que plantean mayores problemas en su aplicación práctica. Según el artículo 25(3)(d), será penalmente responsable quien:

“Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará: i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”.

Todos los comentarios y manuales de derecho penal internacional que se ocupan de este modo de responsabilidad penal comienzan por señalar dos características. Sostienen que se trata de una copia prácticamente literal de la Convención internacional para la Supresión de Bombardeos Terroristas de 1997 y que incluye una solución de compromiso

⁵ ICC, *Prosecutor v. Ali Kushayb*, «Warrant of arrest for Ali Kushayb», ICC-02/05-01/07-3-Corr, 27.04.2007. *Ali Kushayb* fue miembro de la Fuerza de Defensa Popular, comandante de miles de MJ y uno de los más altos líderes de una jerarquía tribal. Se le atribuye haber sido el mediador entre las MJ y el gobierno y haber contribuido en la implementación del plan criminal mediante la provisión de armas, alimento y financiación a las MJ y el reclutamiento de MJ.

⁶ ICC, *Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and Sang*, «Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Statute», ICC-01/09-01/11-373, 23.01.2012. *Sang* es considerado líder de una organización creada por miembros de la etnia *Kalenjin* con la finalidad de apoyar, a través de medios violentos, a uno de los partidos políticos participantes en las elecciones presidenciales que desencadenaron entre diciembre de 2007 y enero de 2008 un estallido de violencia en Kenya. *Sang* habría incitado, a través de transmisiones de radio, a los jóvenes *Kalenjin* a atacar a civiles pertenecientes a la etnia que apoyaba a su oponente político.

⁷ ICC, *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein 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-Red, 23.01.2012. Según la decisión de confirmación de cargos, *Mohammed Hussein Ali*, un comisario de policía, se considera responsable de haber ordenado a las fuerzas policiales bajo su control no intervenir para detener actos de violencia efectuados por las fuerzas del candidato a presidente al que apoyaban. La orden fue dada en connivencia con Muthaura, un asesor de ese candidato.

⁸ ESER, «Individual Criminal Responsibility», en CASSES/GAETA/ JONES (ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 2002, p. 803; AMBOS «Article 25 Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008, p. 759; OHLIN, «Joint Criminal Confusion», *New Criminal Law Review* (12), 2009, p. 408 y p. 417; BURCHARD, «Ancillary and neutral business contributions to “Corporate-Political Core Crimes”», *JICJ* (8), 2010, p. 942.

entre quienes estaban a favor y quienes estaban en contra de que la “conspiración” pueda dar lugar a responsabilidad penal en el ámbito de ECPI⁹.

Durante el proceso de negociación del ECPI existió una fuerte presión por parte de algunos países para incorporar elementos de responsabilidad anticipada y colectiva en el artículo 25.3 tales como la “conspiración”, la pertenencia a un “grupo delictivo organizado” y la “empresa criminal conjunta” (ECC). Pero estos esfuerzos, pese a que dejaron su sello durante las negociaciones del Estatuto, no pudieron imponerse.

En efecto, el Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg preveía la “conspiración” como forma de responsabilidad penal y se puede suponer que quienes redactaron el ECPI conocían este antecedente. Sin embargo, el ECPI no prevé ningún modo de responsabilidad penal que pueda fundarse exclusivamente en el concierto de voluntades para cometer un delito sin la necesidad de que ese delito, por lo menos, sea efectivamente intentado (dejo a salvo el problema de la incitación pública y directa a cometer genocidio).

Lo mismo se puede sostener con respecto al delito de pertenencia a un grupo u organización criminal. El Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg contenía una disposición que reflejaba esta clase de delito¹⁰. Esta opción, desde luego, también les era conocida a los redactores del ECPI pero no fue adoptada.

Tampoco existe en el marco del ECPI un equivalente a la figura de la ECC, creada en el seno del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). La pregunta sobre la recepción de la ECC en el sistema del ECPI ha sido discutida arduamente. Más adelante me ocuparé con más detalle de algunas relaciones entre la ECC, la coautoría y la contribución en el crimen cometido por un grupo. Por ahora, basta con señalar que aunque la ley ha reflejado en el artículo 25.3.d) uno de los elementos de la ECC, la “finalidad común”, ello desde luego no quiere decir que la categoría de la ECC haya sido recibida.

Éste es, por decirlo así, el contexto en el que debe estudiarse la participación criminal en su modalidad de contribución en la comisión del crimen por un grupo de personas que actúa con una finalidad común. En este trabajo deseo ocuparme de tres de sus elementos más problemáticos: (2) la diferenciación con respecto a la coautoría, (3) grado y la naturaleza de contribución, (4) el problema de la aplicación de esta figura a quienes pertenecen al grupo.

⁹ Ver por todos WERLE, «Individual Criminal Responsibility in Article 25 of the ICC Statute », *JICJ*, 2007, p. 970; AMBOS, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, p. 757; SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, 2^a ed., 2008, pp. 214 y ss.

¹⁰ Según el artículo 10: “In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned”.

2. Diferenciación con respecto a la coautoría

2.1. Plan común o acuerdo de voluntades vs. grupo de personas que tienen una finalidad común

Se ha afirmado que actuar de conformidad con un plan común o un acuerdo de voluntades y formar parte de un “grupo que tiene una finalidad común” conforman nociones funcionalmente coextensivas¹¹. La verdad de esta conclusión, que por cierto tiene detractores en doctrina¹², tiene que depender, como es obvio, de cuál sea la definición que se estipule respecto de estos conceptos. Ello justifica el sucinto análisis que se desarrolla aquí debajo.

a) Acuerdo de voluntades o plan común - coautoría

El acuerdo de voluntades o el plan común explican la conexión que existe entre los intervinientes y permiten predicar, cuando se cumplen los demás elementos de la coautoría, que el delito se ha cometido “con otro”¹³. En la doctrina, se han expresado diferentes posturas acerca de si se trata de un elemento objetivo¹⁴, subjetivo¹⁵ o mixto¹⁶. A mi modo de ver, no es posible tomar partido en esta discusión sin explicar primero qué se entiende por “subjetivo”. Creo que es preferible aplicar esta noción a circunstancias que son internas con respecto al sujeto, como por ejemplo los pensamientos, las representaciones y las intenciones. El acuerdo de voluntades, el plan o el encuentro de subjetividades trascienden lo subjetivo. Pues lo determinante es precisamente la conexión o el encuentro de subjetividades que presupone actos de comunicación, con o sin palabras. El encuentro de subjetividades ocurre en el plano *intersubjetivo* y por ello el plan común y el acuerdo no son circunstancias internas sino externas y, en este sentido, *objetivas*¹⁷.

La jurisprudencia de la Corte es unánime en cuanto a que no es preciso que el acuerdo esté específicamente dirigido a la comisión de un delito, es decir, que deba ser

¹¹ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 271.

¹² OHLIN, *NCLR*, 2009, p. 416, argumenta que toda vez que el ECPI usa un lenguaje diferente para la coautoría y el crimen cometido por un grupo no se puede interpretar que sean equivalentes.

¹³ ICC, «*Lubanga Judgment*», para. 981. En la opinión separada se requiere encuentro de subjetividades a través de un acuerdo, un plan común o un entendimiento mutuo, «Separate opinion to the *Lubanga Judgment*», para. 15.

¹⁴ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 149 y ss.

¹⁵ WERLE, *JICJ*, 2009, p. 958; VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*, 2012, p. 101.

¹⁶ AMBOS, «The First Judgment of the International Criminal Court, A comprehensive Analysis of the legal issues», 2012, 5.1., (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030751; última visita: 2 de noviembre de 2012).

¹⁷ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 149 y ss.

“intrínsecamente criminal”. Se ha aceptado, en cambio, un test más *amplio*: basta con que “incluya un elemento de criminalidad”¹⁸.

Esta jurisprudencia ha sido criticada. Se ha insistido en que el plan, como mínimo, tiene que incluir la comisión de un delito más o menos concreto pues, de lo contrario, nada se habría acordado que pueda atribuirse mutuamente a los coautores¹⁹. A mi modo de ver, cuando esta concepción *restrictiva* se observa más de cerca surge que las diferencias con la tesis amplia no son significativas. En efecto, se afirma que es esencial en la coautoría que el plan involucre una finalidad delictiva para cuya consecución se coordinan los esfuerzos de los intervinientes²⁰. Sin embargo, esa “finalidad delictiva” no se asimila a la “intención” en el sentido del dolo directo de primer grado sino que se satisface con un conocimiento indirecto (o, según algunos comentadores, incluso con un dolo eventual)²¹. Entonces, para la tesis restrictiva “la finalidad” se satisface con la misma relación entre lo acordado por los coautores y el resultado que propone la tesis amplia: basta con la probabilidad de que se produzca el resultado disvalioso. Una vez que se tiene esto en claro, lo restante es un problema de denominaciones y etiquetas. Creo que el uso normal del lenguaje se resiste a que sucesos cuya causación no es intencional, en el sentido del dolo directo, se puedan considerar parte de la finalidad delictiva para cuya consecución se emplaza el plan común. Pero, como quiera que sea, es evidentemente un error concluir, de estas premisas, que es insuficiente para afirmar la coautoría que el acuerdo de voluntades incluya la causación de un resultado delictivo en el curso normal de los sucesos. Si el plan se considera “legal”, porque la “finalidad” no puede incluir esos sucesos o “ilegal”, porque sí se los incluye, es en definitiva irrelevante.

Además, la tesis restrictiva no puede aceptarse en el marco del ECPI por razones sistemáticas. El alcance de los términos “cometer *con otro*” debe ser establecido a través de interpretación y tal interpretación tiene que ser sistemáticamente consistente con las demás reglas del ECPI, incluyendo el aspecto subjetivo²². El artículo 30 hace una distinción entre la intención en relación con una conducta y la intención en relación con una consecuencia que tiene gran relevancia en este punto²³.

¹⁸ ICC, «*Lubanga Judgment*», para. 984-987; *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 271.

¹⁹ AMBOS, «The First Judgment of the International Criminal Court, A comprehensive Analysis of the legal issues», 2012, 5.1., (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030751; última visita: 2 de noviembre de 2012).

²⁰ PUPPE, «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS*, 2007, p. 236, (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_6_142.pdf; última visita: 2 de noviembre de 2012).

²¹ PUPPE, «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS*, 2007, p. 237.

²² ICC, «*Lubanga Judgment*», para. 985.

²³ La distinción entre conducta, circunstancia y consecuencia que contiene el artículo 30 no ha sido objeto de suficiente discusión jurisprudencial ni académica. Sin embargo, como es evidente, es de gran relevancia en razón del tipo de casos para los que se ha creado la CPI. En efecto, si la Corte se va a ocupar en principio de los máximos responsables de delitos masivos tendrá frecuentemente ante sí casos en los que esos máximos responsables no habrán ejecutado de propia mano los elementos del tipo penal. En este contexto, es crucial desarrollar herramientas interpretativas para determinar cuál es la conducta, cuáles son las circunstancias y, lo más importante, qué sucesos pueden comprenderse como

En efecto, no es necesario para afirmar el elemento subjetivo que el imputado se proponga causar una *consecuencia* sino que basta con que sea consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos (artículo 30.2.b). Lo que es suficiente en el plano subjetivo para la persona que actúa individualmente también debe ser suficiente en el plano subjetivo para quien actúa “con otro”. Entonces, alcanza con que el coautor sea consciente de que la consecuencia se producirá en el curso normal de los acontecimientos y no es necesario que además se proponga causarla. Si esto es correcto, entonces requerir que quienes cometen *con otro* actúen sobre la base de un plan dirigido a la comisión de un delito reintroduce por vía del elemento objetivo lo que el texto de la ley ha descartado al regular el elemento subjetivo. Esta lectura del ECPI es, por lo menos, asistemática. Una interpretación sistemática tiene que equiparar lo que es suficiente en el plano subjetivo con lo que ha de ser suficiente en el plano *intersubjetivo*²⁴. Por consiguiente, tiene que ser suficiente para afirmar la coautoría con que el plan o el acuerdo de voluntades vaya a producir, en el curso normal de los sucesos, el resultado disvalioso.

Existen tres formas en las que se pueden conectar el acuerdo o plan y una consecuencia delictiva: (i) que esa consecuencia sea el objetivo principal de los coautores; (ii) que esa consecuencia sea un medio para la consecución de los objetivos de los coautores; y, (iii) tal como se ha argumentado, que la implementación del plan vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en una consecuencia delictiva.

b) Grupo de personas que tienen una finalidad común

Una de las preguntas más importantes que tiene que plantearse en este contexto es si la conexión entre el crimen y el grupo de personas que tienen una finalidad común puede captar los tres supuestos incluidos en el párrafo anterior. Si la respuesta es positiva, se

consecuencias de la conducta. En el caso *Lubanga* esta discusión fue determinante. La fiscalía había alegado explícitamente que el “delito” constituía la *consecuencia* de la implementación del acuerdo. (ICC-01/04-01/06-2748-Red, paras. 74 y 75). Ésta es una construcción del caso perfectamente plausible. Aquellos encargados de implementar el acuerdo de voluntades cometieron un “delito (1)” ya que actuaron de manera típica, antijurídica, culpable y punible. Quienes participaron en el diseño del plan e hicieron contribuciones esenciales no ejecutaron los elementos del delito. Sus conductas realizaron los presupuestos de la coautoría y los elementos del delito (1) les fueron imputados en virtud de las reglas de atribución mutua. La pregunta que sigue es si el delito (1) puede considerarse la consecuencia, en el orden normal de los sucesos, de la conducta de quien diseña el plan. Es cierto que no hay leyes causales estrictas que permitan predecir la conducta humana, pero sí existen reglas de la experiencia de las cuales se deriva que determinada conducta es apropiada para provocar una determinada decisión de voluntad. No puedo ocuparme aquí de este tema con mayor profundidad pero, a mi modo de ver, no hay ninguna razón para poner en duda que la causalidad se puede transmitir psíquicamente. Véase FRISTER, «La causalidad de la acción respecto del resultado», en MARCELO SANCINETTI (compilación y traducción), *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, p. 500. En determinados contextos, quien le da un orden a un tercero para que éste realice una acción delictiva “causa esa acción”, que es, respecto de quien la ordena, una consecuencia. En términos de coautoría, dependiendo del caso, las conductas delictivas de quienes ejecutan o implementan el plan son la consecuencia de la conducta de quienes lo planifican y coordinan. Lo mismo es cierto para la autoría mediata.

²⁴ Por estos motivos, la lectura conjunta de los artículos 25.3.a) y 30.2.b) que ha efectuado la Sala de Primera Instancia en *Lubanga* me parece muy convincente («*Lubanga Judgment*», para. 985).

habrá clarificado en gran medida el postulado de que el acuerdo de voluntades propio de la coautoría y la “finalidad común” son nociones funcionalmente coextensivas.

Como se decía más arriba, la finalidad común es un elemento que también se requiere en la ECC. Es útil, por consiguiente, tener en cuenta la jurisprudencia de los tribunales Ad-Hoc y analizar qué conexión se ha requerido entre el propósito común y el resultado. Parece claro que la ECC, en su forma básica, no admitiría supuestos en los que la implementación del plan vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en un resultado delictivo²⁵. Se ha insistido en que la finalidad común tiene que estar dirigida a la comisión de un delito determinado, de la siguiente manera:

“La primera [...] categoría está representada por casos donde todos los coacusados, actuando conforme a un diseño común, poseen la misma intención criminal; por ejemplo, la formulación de un plan entre los coautores para asesinar, donde, al llevar a cabo este diseño común (y aun si cada coautor lleva a cabo un papel diferente dentro del diseño), todos ellos poseen sin embargo la intención de asesinar. Los presupuestos objetivos y subjetivos para imputar responsabilidad penal a un participante que no haya, o respecto de quien no se puede probar que haya, realizado los asesinatos son los siguientes: (i) el acusado debe participar voluntariamente en un aspecto del diseño común (por ejemplo, infringiendo violencia no letal a la víctima, o proporcionando asistencia material para o facilitando las actividades de sus coautores); y (ii) el acusado, aun si no efectúa personalmente el homicidio, debe sin embargo pretender este resultado (...) [E]n casos de coautoría, [debe probarse que] todos los participantes en el diseño común poseen la misma intención criminal de cometer un crimen (y uno o más de ellos efectivamente cometen el crimen, con intención)”²⁶.

A mi modo de ver, esta interpretación no puede adoptarse sin más en el ámbito del artículo 25.3.d). Las categorías desarrolladas en los tribunales Ad-Hoc no pueden traspasarse automáticamente al modelo del ECPI. Antes bien, como primer paso de análisis es preciso verificar si la letra del ECPI permite asimilar esta noción de acuerdo con el alcance que se le ha reconocido en la jurisprudencia del TPIY.

En el primer apartado del artículo 25.3.d) no se exige un grado alto de especificidad entre la finalidad común y el delito ya que basta con que el propósito del grupo “entrañe” la comisión de un crimen de la competencia de la Corte. En mi opinión, esta formulación no excluye supuestos en los que la implementación de la finalidad común vaya a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en una consecuencia disvaliosa²⁷. Si ello es así,

²⁵ OLÁSULO, «Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional», *InDret* 3/2009, p. 214, (http://www.indret.com/pdf/648_es.pdf; última visita: 2 de noviembre de 2012).

²⁶ ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, AC, judgment, IT-94-1-A, 15.07.1999, para 196; similar en *Prosecutor v. Vasiljevic*, AC, judgment, IT-98-32-A, 25.02.2004, para 101: “Con respecto a la forma básica de la empresa criminal conjunta lo que se requiere es la intención de perpetrar un crimen determinado (esto es, una intención compartida por parte de todos los co-perpetradores)”.

²⁷ En el artículo 25.3.d).i) se intensifica, como contrapeso, el elemento intencional. Sin embargo, ese elemento intencional, “el propósito”, se vincula con “la actividad o propósito delictivo del grupo” y no necesariamente con el delito que esa actividad o propósito entrañan. En el artículo 25.3.d).ii), en cambio, habría que hacer una distinción entre intención con relación a la conducta e intención con relación a la consecuencia.

desde este (importante) punto de vista es correcto sostener que el acuerdo o plan común propio de la coautoría y la “finalidad común” son nociones funcionalmente coextensivas.

Otro elemento que comparten la coautoría y el grupo que tiene una finalidad común es la pluralidad de personas. Se ha dicho que en la coautoría el acuerdo ha de involucrar por lo menos a dos personas²⁸ mientras que el “grupo” de personas requiere por lo menos tres miembros²⁹. En el ámbito de la ECC se ha sostenido que no es preciso que la pluralidad de personas esté organizada en una estructura militar, política o administrativa³⁰. Ello tampoco debería ser requerido para el crimen cometido por un grupo (ni para la coautoría).

En mi opinión, tampoco es preciso que exista un plan o acuerdo entre los intervinientes sino tan solo que formen un grupo y que tengan una finalidad común. En la coautoría se requiere que los individuos obren con un grado suficiente de conexión intersubjetiva que justifique la atribución mutua; el plan y el acuerdo explican esa conexión. Pero a quien contribuye en el crimen cometido por el grupo no se le atribuyen hechos cometidos por otro, es decir, no es responsable por el delito cometido por el grupo sino solo por su participación en ese delito. Toda vez que no hay necesidad de justificar una atribución mutua no hay razón para exigir el grado de conexión que subyace a la coautoría.

Esto explica otra diferencia importante entre la coautoría y la contribución en el crimen cometido por un grupo. En la coautoría se requiere cierta igualdad jerárquica entre los coautores³¹, o, en otras palabras, no es posible entre personas que dada su diferencia jerárquica no pueden “acordar” entre ellas nada en común³². Esto no tiene por qué ser aplicable al grupo que actúa con una finalidad común que bien puede estar integrado por participantes en diferentes rangos y jerarquías.

Sin embargo, estas personas tienen que constituir o formar parte de un “grupo”. Ese grupo no puede definirse como “personas que tienen una finalidad común”. De ser así, el elemento “grupo” sería redundante. En la práctica, esta consideración excluye

²⁸ «Lubanga Judgment», para. 980.

²⁹ ESER, en CASSESE/GAETA/JONES (Ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, p. 802. Conforme la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el “grupo delictivo organizado” debe tener tres o más personas.

³⁰ ICTY, *Tadić*, AC, para. 227; *Vasiljevic*, AC, para. 100; *Prosecutor v. Krnojelac*, AC, IT-97-25-A, judgment, 17.09.2003, para. 31.

³¹ PUPPE, *ZIS*, 2007, p. 236. PUPPE sostiene que la coautoría es instigación recíproca más participación igualitaria en la ejecución del hecho.

³² ROXIN, «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», *ZIS* (7), 2006, pp. 293 y ss. (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf; última visita: el 2 de octubre de 2012). En el ámbito de la ECC se ha sostenido que no es preciso comprobar un acuerdo de voluntades entre el ejecutor y los líderes. En efecto, en ICTY, *Prosecutor v. Brđanin*, AC, IT-99-36-A, judgment, 03.04.2007, paras. 415-419, la Sala de Primera Instancia había sostenido que era preciso comprobar un acuerdo de voluntades entre los líderes y quienes ejecutaron los crímenes. La Sala de Apelaciones reconoció que ese requisito se había formulado para exceptuar de responsabilidad penal a los líderes cuando la conexión entre éstos y los ejecutores fuera demasiado tenue. No obstante, se resolvió que el acuerdo de voluntades no era un requisito en la ECC.

situaciones de desorden en donde una pluralidad de personas actúa como una muchedumbre, reunida fortuitamente para la comisión inmediata de un delito³³, sin ninguna cohesión que vaya más allá de que “todos desean lo mismo”.

El famoso caso del “Linchamiento de Essen” ofrece un buen ejemplo para ilustrar esta conclusión. Uno de los tribunales militares británicos juzgó un caso en el que tres pilotos británicos fueron tomados prisioneros en la ciudad de Essen, Alemania, en diciembre de 1944. Una muchedumbre se había congregado fuera del cuartel donde estaban detenidos al tiempo que los prisioneros debían ser trasladados a otro sitio para su interrogatorio. Cuando los escoltas se aprestaban a movilizarlos, un capitán alemán de nombre Heyer les ordenó que no interfirieran si los civiles molestaban a los prisioneros y añadió que les iban a disparar, como debía ser. Dio esta orden en voz alta desde las escaleras del cuartel, de modo que la muchedumbre pudiera oírlo. Mientras los prisioneros eran conducidos por una de las calles principales de Essen, la muchedumbre en torno a ellos fue creciendo, y comenzó a golpearlos y a arrojarles palos y piedras. Un cabo alemán disparó con un revólver a uno de los pilotos y lo hirió en la cabeza. Los pilotos fueron arrojados desde un puente y uno de ellos murió a consecuencia de la caída y los demás a través de disparos, golpes y patadas³⁴.

En este caso ha existido una pluralidad de personas y una finalidad homicida que, posiblemente, era perseguida por varios integrantes de esa muchedumbre. Sin embargo, predicar que esa muchedumbre tenía un grado suficiente de cohesión, fundada en razones distintas de una finalidad análoga, que justifique hablar de un “grupo de personas” podría ir demasiado lejos - salvo que se probasen efectivamente los presupuestos de la inducción, como se explica en el párrafo que sigue. El resultado es que el ciudadano que les arrojó una piedra o un palo a los pilotos mientras eran conducidos a través de las calles de Essen, a pesar de que hubiera querido la muerte, no habría participado en los homicidios bajo la forma de responsabilidad que aquí se analiza.

Un grado suficiente de cohesión, a mi modo de ver, puede existir entre los destinatarios de una orden, una propuesta o una inducción incluso cuando entre ellos no exista ningún acuerdo de voluntades. También se presenta entre quien da una orden, propone o induce y los destinatarios - aunque en este último caso es posible que corresponda aplicar el artículo 25.3.b) si se cumplen sus requisitos.

³³ Es interesante revisar la definición de “grupo estructurado” en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Allí se define al “grupo estructurado” como: “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada”.

³⁴ Véase The United Nations War Crimes Commission, *Law-Reports of Trials of War Criminals*, 1947: Caso No. 8: “The Essen Lynching Case Trial of Erich Heyer and six others”, British Military Court For The Trial Of War Criminals, <http://ess.uwe.ac.uk/WCC/essen.htm> (consultado por última vez el 11.11.2012).

Ese grado de cohesión no se presenta únicamente cuando el grupo de personas es reducido. También puede presentarse, con respecto al ECPI, en supuestos de grupos de gran escala³⁵. Este tipo de empresas, en el ámbito del TPIY, ha generado una desviación con respecto a la comprensión originaria de la ECC. En efecto, cuando ese Tribunal debió pronunciarse sobre la responsabilidad de altos líderes militares y políticos, como en el caso “Brđanin”, interpretó que el ejecutor del delito (un soldado que actúa en el campo de batalla) no precisa ser miembro de la ECC³⁶. En cambio, ese soldado puede ser utilizado por el grupo, o alguno de sus miembros, como una herramienta para llevar a cabo la finalidad común³⁷. Se ha criticado que esta interpretación diluye la conexión entre los miembros de la ECC, esto es “los líderes”, y quienes ejecutan los delitos³⁸. Esta objeción podría ser correcta en el ámbito del TPIY. Pero, en cambio, no puede esgrimirse con la misma fuerza en la interpretación del artículo 25.3.d) del ECPI. Pues como se ha resaltado más arriba, la contribución en el crimen cometido por un grupo no es un modo de “autoría” sino de participación. Al imputado no se le atribuye el delito cometido por otro (las personas que componen el grupo) sino su participación en ese delito. Por ello, no es preciso acreditar una conexión entre su conducta y el crimen como la que supone la atribución mutua.

El voto en disidencia en el caso “Mbarushimana” ha reflejado, en el análisis de la responsabilidad penal, las notas características de la estructura de imputación seguida en “Brđanin”. Esto pudo haber sido consecuencia del tenor de los cargos formulados por la fiscalía. En efecto, la fiscalía no había alegado que el FDLR fuera un grupo de personas sino que dentro de esta organización existía un grupo que actuaba con una finalidad común, compuesto por 5 miembros y los soldados que ejecutaron los crímenes en el terreno no formaban parte del grupo³⁹. Se afirmó que el FDLR era una organización con estructura jerárquica, se verificó que los comandos superiores tenían la capacidad de impartir y transmitir órdenes, se comprobó que “el grupo de personas [...] tenía la facultad de ejercitar control sobre fuerzas militares del FDLR que estaban a disposición de la organización y tenía la expectativa de que las órdenes que emanaban de los miembros del grupo [...] serían cumplidas por los comandantes del FDLR y por soldados bajo su comando”⁴⁰. Se sostuvo que la finalidad común fue implementada *por conducto* de

³⁵ Es ilustrativa la jurisprudencia del ICTY en el caso *Brđanin, AC*, paras. 420-425. Con referencia al caso de las *Einsatzgruppen* y la Jurisprudencia del TPIR en *Rwamakuba* la Sala de Apelaciones concluyó que la ECC es en efecto aplicable a casos de gran escala.

³⁶ Caso *Brđanin, AC*, para. 410.

³⁷ Caso *Brđanin, AC*, para. 413.

³⁸ VAN SLIEDREGT, *JICJ*, 2012, p. 1180.

³⁹ Véase la referencia en ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», disidencia de la jueza Monageng, paras. 49 y 55; del mismo modo se procedió en ICC, *Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*, «Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Statute», ICC-01/09-01/11-373, 23.01.2012. En ese caso, la Sala había tenido por probado que uno de los imputados (Ruto) era responsable como coautor indirecto y se refirió a las constataciones efectuadas en el marco de esa discusión para afirmar que, dentro de la organización, existió un grupo que actuaba con una finalidad común (para. 352) al que pertenecía el coimputado Sang.

⁴⁰ Véase ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», disidencia de la jueza Monageng, paras. 56-64. En la opinión mayoritaria, que declinó la confirmación de cargos, se rechazó

las tropas del FDLR⁴¹. Todos estos elementos recuerdan a la figura del control sobre el delito a través de un aparato de poder organizado⁴² y sugieren una combinación entre el artículo 25.3.d) y el 25.3(a).

Esta combinación, tanto como la combinación de otros modos de responsabilidad bajo el artículo 25(3), me parece en principio plausible. Las personas que integran el grupo han de *cometer* el delito y esa “comisión” puede ocurrir en cualquiera de las modalidades de establecidas en el artículo 25(3)(a). Por consiguiente, el grupo de personas que actúa con una finalidad común puede cometer el crimen *junto con o por conducto* de personas que no formen parte de ese grupo.

2.2. Contribución en el crimen vs. contribución en el plan

Entre los aspectos más controvertidos de estas figuras también sobresale la discusión de qué es lo que debe verse favorecido por la contribución. Brevemente, la cuestión gira en torno a si se debe contribuir en el plan común, en la comisión del crimen o en el crimen. Esta discusión implica consecuencias importantes inclusive desde una perspectiva probatoria. Pues si la contribución en el delito se puede efectuar indirectamente, esto es, a través de la contribución en el plan o en la finalidad común, no haría falta establecer una relación causal directa entre cada contribución y los elementos del tipo.

La jurisprudencia de las SCPs indica que el coautor debe haber efectuado contribuciones esenciales que resultaron en la realización de los elementos del tipo penal⁴³. Esto parece sugerir que se requiere una contribución más bien directa en el crimen. La jurisprudencia de las SPIs ha efectuado ciertas clarificaciones en este punto. Desde luego, la contribución ha de tener un impacto en el delito aunque, sin embargo, el favorecimiento puede materializarse indirectamente. No es preciso que el coautor realice directamente alguno de los elementos del crimen. Acciones de coordinación, diseño del plan o provisión de

que el grupo hubiera actuado con una “finalidad común” (para. 291). En el análisis de los cargos por delito de lesa humanidad se sostuvo que no estaba probado que el FDLR hubiese cometido los ataques de conformidad con la política de una organización (para. 263) pues no estaba probado que hubiese existido una orden de crear una catástrofe humanitaria (246 y 255). En ausencia de prueba sobre la política de la organización, por mayoría, no se tuvo por probada la finalidad común del grupo.

⁴¹ Ibid.

⁴² No se ha descrito, sin embargo, cuáles han sido las “condiciones de intermediación”, es decir, la clase de medios que empleó el hombre de atrás para cometer el hecho a través del hombre de adelante; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 2001, p. 697.

⁴³ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, ICC-01/04-01/06-803-tEN, p. 117; *The Prosecutor v. Kantaga/Ngudjolo*, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008, ICC-01/04-01/07-717 p. 177; *The Prosecutor vs. 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, 15 June 2009, para. 350.

instrumentos podrían ser suficientes⁴⁴. Esta línea de pensamiento ha sido acogida en el fallo *Lubanga* según el cual cometer “con otro” quiere decir que el delito surge de los aportes combinados y coordinados de todos los coautores. Ninguno de los intervinientes tiene, tomado en forma individual, dominio de hecho global sino, en cambio, el dominio del hecho está en las manos del conjunto. La responsabilidad del coautor por los delitos que resultan del acuerdo común surge de la atribución mutua y no de la causalidad individual⁴⁵. Por consiguiente, la causalidad debe comprobarse con respecto a todos los aportes tomados en conjunto y el resultado. En cambio, la fiscalía no necesita comprobar cómo el aporte del coautor, considerado en forma aislada, ha causado directamente cada uno de los delitos⁴⁶.

En cuanto al artículo 25(3)(d), según la jurisprudencia de SCP I y II, el interviniente tiene contribuir en el *crimen*⁴⁷. Sin embargo, el texto de la norma no establece que la contribución tiene que serlo en el crimen sino en la *comisión* del crimen. Tal como se especificaba más arriba, esa comisión puede tomar cualquiera de las modalidades del 25(3)(a) lo cual implica que puede realizarse por conducto de otro. Por consiguiente, a mi modo de ver, al artículo 25(3)(d) permite criminalizar contribuciones que no ostenten una relación causal directa con respecto al crimen.

⁴⁴ *The Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo*, Decision on the implementation of regulation 55 of the Regulations of the Court and severing the charges against the accused persons, 21 November 2012, ICC-01/04-01/07-3319, paras. 25, 28 y 33.

⁴⁵ «*Lubanga Judgment*», para. 994. Este principio, que goza de amplia recepción en la doctrina, también se ha aplicado en la jurisprudencia de Alemania en BGHSt 37, 106 (126 y ss.). En este caso, el Superior Tribunal Federal decidió que todos los miembros del directorio de una sociedad que habían votado una resolución contraria a la ley pusieron condiciones necesarias para esa resolución. Se trataba de una resolución mediante la cual se omitió retirar del mercado un producto que era peligroso para la salud. La resolución fue tomada por unanimidad. Sin embargo, una mayoría simple de votos habría sido suficiente. Entonces, cada voto individual pudo haberse suprimido mentalmente sin que desapareciera el resultado pues los restantes votos habrían sido suficientes para formar las mayorías necesarias. Sin embargo, el Tribunal analizó la causalidad de todos los intervinientes y no de cada una de modo aislado. El Tribunal concluyó que todos los votos, tomados en conjunto, formaron una condición necesaria para la emisión de la resolución.

⁴⁶ «*Lubanga Judgment*», para. 994. PUPPE, ZIS, 2007, p. 239 y ss. PUPPE sostiene que, en verdad, la fórmula de la *conditio sine qua non* conduce aquí a consecuencias equivocadas. Ella discute el ejemplo en que varios individuos ponen bombas en el camino por el que probablemente pasará autor, que se accionan cuando él enciende la luz. Aquí, no solo es (co)autor quien puso la bomba que finalmente explotó sino también los demás. Tiene que ser suficiente para afirmar la causalidad con que el aporte aislado sea una condición necesaria de una entre varias posibles condiciones suficientes del resultado. Sin embargo, según PUPPE, en los supuestos en que dependa de la casualidad, no dominable por el autor, que su aporte sea o no causal entonces se puede descartar la causalidad. PUPPE concluye que la fórmula de la *conditio* exige más de lo que es necesario para afirmar la causalidad.

⁴⁷ *Mbarushimana* Decision on the confirmation of charges, 16 December 2011, ICC-01/04-01/10-465-Red, paras. 282 y 285; *The Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Statute, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373 para. 351.

3. Grado y naturaleza de la contribución

Otro de los elementos controvertidos en esta figura es la entidad de la contribución. La norma se satisface con que el partícipe contribuya en la comisión del crimen “de algún otro modo”. Esta formulación contiene una cláusula de “subsidiariedad” lo cual significa que no se aplica si la contribución satisface alguna de las restantes manifestaciones de la responsabilidad individual. Se ha dicho que, por ello, contiene un tipo de responsabilidad residual⁴⁸.

La SCP interpretó en *Mbarushimana* que la contribución debe por lo menos ser “significativa” para fundar responsabilidad penal e indicó que los aportes del imputado no satisfacían ese estándar.⁴⁹ La decisión fue recurrida y los jueces de la Sala de Apelaciones decidieron no pronunciarse sobre el punto, con una excepción. En su opinión separada, la jueza Fernández de Gurmendi consideró por diferentes motivos que no debería exigirse tal nivel mínimo de contribución⁵⁰. Estos son los dos precedentes en los que más se ha abordado el tema del grado y la naturaleza de la contribución hasta la fecha.

La SCP ha justificado el requisito de una contribución significativa recurriendo a los criterios de admisibilidad de los casos de la competencia de la Corte. El ECPI establece, en el artículo 17.1.d), que los casos tienen que ser suficientemente graves pues de lo contrario son inadmisibles. Una formulación anterior del ECPI, que no fue adoptada, proponía que los “crímenes” (en vez de los “casos”) debían ser suficientemente graves. De este antecedente la SCP infirió que no cualquier contribución puede fundar responsabilidad penal sino que existe un estándar de gravedad que debe ser satisfecho⁵¹.

La traslación del requisito de gravedad desde el concepto de “caso” (pasando por el “crimen”) hasta el de “contribución objetiva” no parece irrazonable a primera vista y tiene la belleza de que incorpora una lectura sistemática del ECPI. Sin embargo, tal como se ha argumentado en la opinión separada ya referida, este mecanismo transfiere cuestiones de gravedad, que se deberían dirimir en el estudio de la admisibilidad de un caso, a la arena de la discusión sobre los modos de responsabilidad penal⁵². Si una Sala considera que un caso no es suficientemente grave puede plantearse la cuestión de su

⁴⁸ WERLE, JICJ, 2009, p. 971; OLÁSOLO, *Essays on International Criminal Law*, 2011, p. 91 nota 64, OLÁSOLO, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, 2009, p. 271.

⁴⁹ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 283.

⁵⁰ ICC, AC, *Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez 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”». En *The Prosecutor vs. Ruto, Kosgey and Sang*, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Statute, 23 January 2012, ICC-01/09-01/11-373 para. 354 la SCP II indicó que esta norma se satisface con una contribución menor que “sustancial”.

⁵¹ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», paras. 276 y 277.

⁵² ICC, AC, *Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal», p. 32, para. 10.

admisibilidad conforme el proceso del artículo 19⁵³. Es cierto que un caso (que está conformado por una multiplicidad de incidentes) puede incluir algunos incidentes graves y otros menos graves y es la suma de todos estos incidentes lo que determina la gravedad de un caso a los efectos de su admisibilidad. Así, en teoría, la CPI podría ejercer su competencia sobre incidentes que no sean suficientemente graves. Sin embargo, esta constatación no justifica la exigencia de una contribución significativa pues la gravedad de esa contribución, al igual que la gravedad de un caso, no se mide a través del impacto que ésta haya tenido en cada incidente por separado sino con respecto al impacto total en la suma de los incidentes que se le atribuyen al imputado. Por consiguiente, en principio, no existe margen para que una contribución que no sea suficientemente grave pueda dar lugar a un caso admisible y todo este problema debería ser atendido en el análisis de admisibilidad.

Otro de los argumentos empleados por la SCP para establecer un estándar mínimo de contribución fue el recurso al orden jerárquico que establece el artículo 25.3. La autoría requiere una contribución esencial en el hecho y la complicidad una contribución sustancial. Si presuponer una jerarquía de gravedad entre los diferentes modos de participación es correcto, y yo no tengo dudas de que lo es, la contribución “de algún otro modo” tiene que satisfacerse con una estándar menor que sustancial⁵⁴.

El requisito de un “aporte sustancial” para la punibilidad del cómplice ha sido extraído de la jurisprudencia del TPIY. Sin embargo, ciertas diferencias en la regulación de la complicidad entre el ECPI y el ETPIY se oponen a una traslación de este estándar. En efecto, la punibilidad del cómplice en el ETPIY se satisface en su aspecto subjetivo con que éste conozca (elemento cognitivo) que el autor va a realizar el hecho. Más aún, no se ha considerado necesario que el cómplice conozca el hecho específico que pretende efectuar el autor sino que basta con que sepa que uno entre varios delitos puede ser cometido. Si se acepta que mientras menores sean los requisitos subjetivos de la participación mayores deberían ser, a modo de compensación, los elementos objetivos, esto podría traer consecuencias para la interpretación del ECPI⁵⁵. En efecto, la complicidad en el ECPI requiere, más allá del elemento cognitivo, un elemento volitivo (la intención de favorecer) y además requiere cierto grado de especificidad en el

⁵³ ICC, AC, *Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal», p. 32, para. 10.

⁵⁴ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 279.

⁵⁵ Ésta parece ser la lógica de ESER, en CASSESE/GAETA/JONES (ed), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, p. 801, en tanto afirma que mientras que en el ECPI los elementos objetivos de la complicidad son menores que los requeridos en ante los tribunales *Ad-Hoc*, ello puede resultar balanceado por el requisito de un estándar subjetivo más alto.

conocimiento del delito. Entonces, en el ECPI la necesidad de intensificar el grado objetivo de aporte es menor que ante el TPIY⁵⁶.

Un problema adicional que plantea el recurso a la complicidad es que la regla del ECPI responsabiliza a quien “c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, (...) colabore *de algún modo* en la comisión o la tentativa de comisión del crimen (...)”. Se ha sugerido que no puede distinguirse entre quien colabora “de algún modo” (artículo 25.3.c) y quien contribuye “de algún otro modo” (artículo 25.3.d) desde el punto de vista objetivo salvo en cuanto a que en el último caso de lo que se trata es de responsabilidad grupal mientras que en (c) se trata de responsabilidad individual⁵⁷. Esta interpretación sin embargo no es satisfactoria pues desconoce que la ley, al decir “contribuya de algún otro modo”, debe necesariamente captar contribuciones que no estén ya incluidas en los apartados anteriores⁵⁸. Es importante recordar aquí que quien “colabora de algún modo” bajo el artículo 25.3(c) tiene que tener el propósito de “facilitar la comisión de *un crimen*” mientras que para quien “contribuye de algún otro modo” bajo el artículo 25.3.d.i) es suficiente con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo, cuando una u otro entrañen un crimen de la competencia de la Corte. Esta distinción, que el texto de la ley estipula en el aspecto subjetivo, tiene también relevancia desde el punto de vista objetivo. Un académico ha señalado que la facilitación de condiciones generales y contextuales, que luego nutren el delito, alcanza para la “contribución” aunque no para la “colaboración”⁵⁹. En mi opinión, esta interpretación va en la dirección correcta. Lo determinante tiene que ser el grado de inmediatez respecto del delito cuya comisión, quien contribuye, tiene el propósito de facilitar. La contribución en el crimen cometido por un grupo de personas permite captar aportes más remotos (cualquiera sea su intensidad).

Sentada esta base de análisis, la única razón por la cual estaría justificado exigir una contribución sustancial para la complicidad (*aiding and abetting*) bajo el artículo 25.3.c) es que ello le asegura el grado de desvalor necesario para desatar una reacción penal conforme a este modo de responsabilidad. Así y todo, una lectura jerárquica de los modos de participación y la constatación de que la complicidad requiere un aporte sustancial no puede fundar la necesidad de un piso mínimo para la contribución al hecho cometido por un grupo, tal como se ha indicado en el voto de la Sala de Apelaciones.⁶⁰ Es

⁵⁶ AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, 2005, pp. 267 y ss.; VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*, 2012, p. 128 apoya la exigencia de una contribución sustancial, tal cual la jurisprudencia del TPIY.

⁵⁷ AMBOS, «Article 25 Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008, p. 766; AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, 2005, pp. 271 y ss., y p. 292 sostiene que no hay diferencias desde el punto de vista objetivo y que la única diferencia consiste en que el artículo 25.3.d.ii) posibilita una sanción penal cuando el autor tan solo conozca (sin satisfacer el elemento volitivo) que el grupo actuaba con una finalidad criminal.

⁵⁸ Similar BURCHARD, *JICJ*, 2010, p. 942.

⁵⁹ BURCHARD, *JICJ*, 2010, p. 942.

⁶⁰ ICC, AC, *Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal», p. 32, para. 13.

decir, ese orden jerárquico no se conmueve por faltarle, al último eslabón, un estándar mínimo.

Esto es así, inclusive en consideración de la jurisprudencia del TPIY sobre la ECC. La SCP ha identificado el estándar mínimo (“significativo”) que, en el marco de ciertas decisiones de los tribunales *ad-hoc*, se requiere para responsabilizar a un individuo como miembro de una empresa criminal conjunta y ha transferido ese estándar al ámbito del ECPI. Esta traslación se ha fundamentado en que ambas figuras se ocupan del fenómeno de la criminalidad grupal, y, además, ambas se satisfacen con una contribución objetiva menor a la de la complicidad⁶¹. Sin embargo, las diferencias entre la contribución al crimen cometido por un grupo y la empresa criminal conjunta son demasiado trascendentales. En especial, exigir de quien participa en una ECC una contribución significativa tiene sentido si se piensa que los miembros responden como autores. En cambio, quien contribuye en el crimen cometido por un grupo no es “autor” sino “partícipe”⁶². Es dudoso, entonces, que el diseño de la ECC ofrezca razones para exigir una contribución significativa en el marco del artículo 25.3.d). Más bien, la única equivalencia explícita entre esta norma y la ECC es la exigencia de una “finalidad común”.

El texto mismo del ECPI se resiste a la estipulación de un estándar cuantitativo mínimo de contribución. La norma criminaliza a quienes contribuyan “de algún otro modo” “*in any other way*” en la comisión o tentativa de comisión del crimen y por ello, como sostiene un comentarista, cualquier contribución que no esté cubierta por otro modo de participación, en especial, la complicidad, genera responsabilidad penal⁶³.

Un argumento sumamente interesante al que recurrió la SCP para justificar la necesidad de una contribución “significativa” es la reducción al absurdo basada en ejemplos de contribuciones “mínimas”. La Sala consideró que, de no requerirse cierto grado de contribución, cualquier vendedor, proveedor de insumos, secretaria y todos los que pagan sus impuestos y contribuyen de ese modo con el grupo que comete delitos internacionales podrían ser punibles conforme al artículo 25.3.d).

⁶¹ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 283. En el para. 284 la SCP ha señalado que a efectos de estimar si una contribución es significativa es útil tomar en cuenta, entre otros factores: (i) si se continuó participando luego de haber tomado conocimiento de la finalidad delictiva del grupo (ii) si se hicieron esfuerzos por prevenir la actividad criminal o el funcionamiento eficiente del grupo (iii) si el interviniente ha creado o simplemente ejecutado el plan elucubrado por otros, (iv) la posición del sospechoso dentro del grupo (v) el rol asumido por el sospechoso en relación con la gravedad y el alcance de los delitos que se cometieron.

⁶² Otras diferencias relevantes, que la SCP ha reseñado correctamente, incluyen: (i) El que participa en una empresa criminal conjunta debe ser parte de esa empresa criminal mientras que no es necesario que quien contribuye en el crimen cometido por un grupo sea miembro de ese grupo; (ii) En la empresa criminal conjunta se exige una contribución en el propósito común mientras que, en su contraparte, se debe contribuir a la realización del crimen mismo.

⁶³ WERLE, *Principles of International Criminal Law*, 2009, p. 365; VAN SLIEDREGT, *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*, 2012, p. 146; ICC, AC, *Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernández de Gurmendi to the Judgment on the appeal», p. 32, para. 9.

Los ejemplos empleados por la SCP superponen cuestiones relacionadas con el *grado* y cuestiones relacionadas con la *naturaleza* de la contribución, esto es, superponen elementos de la contribución mínima y la contribución neutral. Es preferible diferenciar con claridad estas nociones, tal como se ha hecho en el voto de la Sala de apelaciones. Allí se sostuvo que, dependiendo de las circunstancias, la provisión de comida o insumos puede ser sustancial o incluso esencial para la comisión de un delito – en el sentido de que sin éstos el delito pudo haber fracasado. De ello se sigue que un estándar cuantitativo como el de “contribución significativa” no es idóneo para excluir la punibilidad de esta clase de acciones. En cambio, según se concluyó en ese voto, es preciso establecer si existe un vínculo normativo entre la conducta y el resultado que permita verificar la tipicidad de la contribución⁶⁴.

3.1. Contribuciones neutrales

La postura que afirma que toda contribución, inclusive una contribución neutral, debe ser punible es muy minoritaria⁶⁵. Suele enunciarse en su favor un argumento basado en el texto de la ley en el sentido de que, allí donde la ley no hace diferencia, toda conducta que facilite el hecho debería generar responsabilidad penal. Sin embargo, es dudoso que este argumento tenga fuerza persuasiva en el ámbito del ECPI. En efecto, aquí la ley emplea cuatro términos diferentes “*facilitar*”, “*ser cómplice*”, “*colaborar de algún modo*” y “*contribuir de algún otro modo*”. La ley no incrimina, sin más, la conducta de quien “*facilita*” el hecho sino la de quien “*con el propósito de facilitar ese crimen, sea cómplice*”. Dada esta multitud de conceptos, es imprescindible recurrir a la interpretación legal para trazar y comprender sus diferencias.

La interpretación parte de la premisa de que si hubiese que evitar todas las contribuciones neutrales, la interacción social y la vida en relación se volverían imposibles. Los criterios limitativos que se proponen no son *naturalísticos* en el sentido de que no se focalizan en la causalidad, el favorecimiento o la intensidad del aporte sino que son más bien de carácter *normativo*, es decir, enfatizan el juicio de valor⁶⁶.

La corriente de pensamiento que propone límites normativos es ampliamente mayoritaria⁶⁷. A pesar de ello, no existe el más mínimo acuerdo en cuanto a la

⁶⁴ ICC, AC, *Mbarushimana*, «Separate Opinion of Judge Silvia Fernandez de Gurmendi to the Judgment on the appeal», p. 32, para. 12.

⁶⁵ Véase referencias en JOECKS, *Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch*, 2º ed., 2002, §27/63, nota 150; BECKEMPER, «Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge», *Jura*, 2001, pp. 163-169; SCHÜNEMANN, *Leipziger Kommentar StGB*, 12º ed., 2003, §27/17. Según WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996, p. 3, estamos frente a una acción neutral cuando quien la ejecuta la hubiese llevado a cabo sin importar quién es el autor del hecho “ya que con dicha acción persigue fines propios e independientes del autor y del hecho, que no están jurídicamente desaprobados”.

⁶⁶ BURCHARD, *JICJ*, 2010, nota 6 y 16.

⁶⁷ Véase por todos WOHLERS, «Complicidad mediante acciones “neutrales”, ¿exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente neutral?», *RDPC*, 2006, p. 134; ROTSCH, “*Einheitstäterschaft*” statt *Tatherrschaft*, 2009, p. 399.

formulación de un criterio válido⁶⁸. El carácter eminentemente casuístico de esos juicios de valor se contraponen a la pretensión de formular criterios generales⁶⁹. Así y todo, una inmensa energía se ha volcado en el ámbito científico, en particular en la literatura jurídica alemana, para formular tal criterio, lo cual ha dado lugar a la proliferación de tanto material que la cuestión se ha vuelto perfectamente inabarcable⁷⁰.

El punto es de considerable relevancia en el ámbito del derecho penal internacional, especialmente en vistas de la posible responsabilidad penal de los directores o agentes de empresas como partícipes⁷¹ en razón de la provisión de bienes y servicios, información, personal, asistencia logística, productos, recursos (incluida la mano de obra) y facilidades bancarias⁷². Se ha dicho, incluso, que en teoría cualquier actividad comercial, por más neutral que parezca, puede dar lugar a participación en un crimen internacional⁷³.

Aquí se presentan, sin ninguna pretensión de exhaustividad y de modo muy esquemático, dos de las principales vertientes de pensamiento en cuanto a la evaluación de las conductas neutrales. Existen concepciones que se centran exclusivamente en el aspecto objetivo. Entran en consideración las teorías de la adecuación social, la adecuación profesional y la imputación objetiva⁷⁴. De acuerdo con esta escuela de pensamiento, si lo que hay en común entre el autor y el partícipe se limita a una prestación cuyo sentido social es cotidiano, que puede obtenerse en cualquier lado y no entraña un riesgo especial, entonces esta prestación no puede constituir participación punible⁷⁵. El conductor de un taxi que se limita llevar a un pasajero no responde por el delito que comente el pasajero cuando llega al destino. Del mismo modo que el taxista no

⁶⁸ ROTSCH, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, p. 400; RACKOW, *Neutrale Handlung als Problem des Strafrechts*, 2007, pp. 480 y ss., indica que en la doctrina penal en idioma inglés tampoco se ha acordado un criterio para distinguir y definir las conductas neutrales. Sin embargo, advierte, la discusión en ese ámbito no se focaliza tanto en esta categoría abstracta de las acciones neutrales sino en un grupo específico de casos: el de la venta de mercancías y la diferenciación entre el "ordinary merchant" y el "ordinary accessory before the crime".

⁶⁹ ROTSCH, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, p. 402.

⁷⁰ JAKOBS, *Imputación objetiva en derecho penal*, 1996, pp. 32 y ss., 83 y ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2003, § 26 nota 292; SCHÜNEMANN, *LK*, §27/17, indica que este es el tema más discutido en los últimos años en el ámbito la autoría y la participación; en la literatura hispana ver por todos la obra de ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003.

⁷¹ Es relevante en este punto el reciente informe de la Comisión Internacional de Juristas titulado «Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal», (https://www.icj.org/dwn/img_prd/ESP-Volume1-ElecDist.pdf, visitada por última vez el 04.09.2012). Allí se analiza la responsabilidad de una empresa bajo la perspectiva de si ésta ha causado o ha contribuido a los delitos por haber habilitado, exacerbado o facilitado violaciones de derechos humanos. Se ha discutido el requisito de "conocimiento" o, en algunos contextos, la "previsibilidad" del riesgo. También se ha considerado relevante la proximidad del impacto en la causación, esto es, una proximidad geográfica, frecuencia, intensidad de interacción, etc.

⁷² informe de la Comisión Internacional de Juristas titulado «Complicidad Empresarial y Responsabilidad Legal», (https://www.icj.org/dwn/img_prd/ESP-Volume1-ElecDist.pdf, visitada por última vez el 04.09.2012), Vol. 2, p. 20.

⁷³ VEST, *JICJ* (8), 2010, p. 852.

⁷⁴ HEFENDEHL, «Addressing white collar crime on a domestic level», *JICJ*, 2010, p. 781; JAKOBS, *Imputación objetiva en derecho penal*, 1996, pp. 32 y ss., 83 y ss.; JOECKS, *MK*, §27/65 a 70.

⁷⁵ JAKOBS, *Imputación objetiva en derecho penal*, 1996, p. 32 y ss. y 83 y ss.

participa en las buenas obras que pueda realizar el cliente cuando arriba a destino, aunque sepa lo que iba a realizar, tampoco se lo puede responsabilizar por las malas obras. El dueño de un local de comidas que les vende a los guardias de un campo de concentración no es cómplice en los delitos que se comenten en los campos⁷⁶.

Otras concepciones tienen también en cuenta aspectos subjetivos, es decir, la parte interna del hecho o el sustrato psíquico del interviniente. Estas tesis parten de la base de que no existen comportamientos neutrales *per se* sino que su carácter, cotidiano o delictivo, se determina a través del sentido y la finalidad que tienen en una situación concreta⁷⁷.

Se argumenta que quien, mediante una acción objetivamente neutral o cotidiana, presta un aporte a un tercero es punible si tenía dolo directo o por lo menos conocimiento seguro de que éste habría de emplear el aporte en la comisión del delito y es impune si tan solo contaba con la probabilidad de que el autor cometería el delito⁷⁸. Se afirma una participación cuando el interviniente tenía un conocimiento seguro de que su aporte sería empleado en la comisión de un delito y el aporte muestra una "relación de sentido delictiva"⁷⁹. Si, para el autor del hecho, no tiene ningún sentido recibir esa prestación descontando la utilidad que pueda tener para el delito entonces el aporte es punible. En cambio, si ese aporte todavía tiene sentido y es útil para el autor incluso dejando de lado el hecho delictivo, entonces la contribución no es punible⁸⁰. El dueño de una ferretería que vende un martillo a sabiendas de que el comprador lo empleará para cometer un homicidio es cómplice en ese homicidio⁸¹. Para el adquirente, la compra del martillo sirve

⁷⁶ VEST, *JICJ* 8, 2010, p. 864.

⁷⁷ ROXIN, «Was ist Beihilfe?», en *Festschrift für K. Miyazawa*, 1995, p. 515; PUPPE, *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3° ed., comentario previo al §13 y ss/170; JOECKS, *MK*, §27/71.

⁷⁸ ROXIN, *AT*, §26/218. El Tribunal Federal Supremo de Alemania ha decidido que, cuando de lo que se trata es de la complicidad de un empleado bancario, no es suficiente con que "tenga por posible" la comisión del delito principal sino que se requiere que actúe con total conciencia de que existe un riesgo sustancial de la comisión de un delito. BGHSt 46 (2001) 107 a 120; JOECKS, *MK*, §27/72. También se propone que cuando el aporte consiste en la entrega de un producto que, por su peligrosidad, no es de venta libre en el mercado (como un arma, narcóticos o veneno), ese suministro es punible siempre y cuando el partícipe haya sabido de la intención delictiva del autor. PUPPE, *NK*, comentario previo al §13, n.m. 155 y ss.; con más generalidad FRISTER, «La imputación objetiva», en SANCINETTI (ed. y tr.), *Causalidad riesgo e imputación*, 2009, p. 509 y 510. Es interesante la observación de AMBOS, «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», *Revista de Derecho y Criminología* 8, 2001, p. 204, en cuanto a que, a primera vista, un examen que relaciona ambos aspectos del hecho, el objetivo y el subjetivo, resulta algo desconcertante. Sin embargo, también aquí rige el principio según el cual las cuestiones materiales objeto de examen determinan o condicionan los aspectos estructurales, meramente formales, y no a la inversa.

⁷⁹ ROXIN, *AT*, §26/221; STRATENWETH, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4° ed., 2011, §12/161.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, *LK*, §27/18; esta postura se ha criticado a través de ejemplos a primera vista persuasivos. De acuerdo con esta construcción, no es punible prestarle un martillo a un amigo a sabiendas de que él lo usará para golpear a una mujer en la cabeza si es que también se sabe que lo usará para clavar un clavo. Sin embargo, que el carácter neutral desaparece en cuanto se conoce la finalidad delictiva no tiene que implicar, necesariamente, que debe restablecerse cuando se conoce que, además, se pretende también usar el instrumento o la prestación con una finalidad neutral. Ver también el análisis de Peter Rackow, *supra* nota 68, p. 144.

⁸¹ ROXIN, *AT*, §26/222.

a un único propósito, que es delictivo. En la medida en que el vendedor sabe de esta intención, el carácter inocuo y cotidiano de la transacción desaparece⁸².

Incluso hay quienes entienden que en el contexto de delitos como los de la competencia de la Corte quienes cooperan “considerando posible” la comisión de un delito deberían responder como cómplices⁸³. Hay que tener en claro que en los casos de complicidad y en los casos del artículo 25.3.d).i) se requiere, como se ha dicho, un elemento volitivo: el propósito de facilitar la comisión del crimen o de llevar a cabo la actividad delictiva. Ello contrapesa cualquier relajamiento del aspecto cognitivo. En el único supuesto en el que no se requiere un aspecto volitivo, me refiero a los casos del artículo 25.3.d).ii), un grado inseguro de conocimiento con respecto al hecho principal no puede ser suficiente. La ley dice explícitamente que por lo menos se debe contribuir “a sabiendas”.

3.2. Reseña de casos

La relevancia práctica de esta discusión ha sido puesta de manifiesto en una serie de precedentes jurisprudenciales. Me refiero en primer lugar a una decisión del año 2001 relativa a los casos de las fronteras internas de Alemania en la que se analizó precisamente un supuesto de complicidad a través de acciones neutrales en el delito de homicidio.

El Superior Tribunal Federal de Alemania (BGH) tuvo la oportunidad de decidir sobre la responsabilidad de dos funcionarios acusados de haber elaborado un proyecto de decreto, que luego fue adoptado por los comandantes, que regulaba la colocación, mantenimiento y servicio de las minas apostadas a lo largo de la frontera⁸⁴. El Tribunal afirmó que la participación de los acusados en ese decreto fue causal y facilitó la muerte y las lesiones de determinadas personas. Sin embargo, se reconoció que no todo comportamiento que objetivamente facilita el hecho es punible como complicidad. En especial, se sostuvo, en los casos de comportamientos neutrales es preciso ejercitar caso por caso un análisis valorativo. Ciertamente hubo personas que resultaron lesionadas de manera penalmente relevante como resultado de ese decreto. Sin embargo, el decreto no tenía por objetivo único la lesión de estas personas sino también el sentido legítimo de defensa y aseguramiento de las fronteras, y, por lo tanto, no hubo complicidad. La participación de los acusados se limitó a cumplir con el encargo de elaborar el proyecto de decreto y no tuvo conexión con las funciones de colocación de minas, propias del ámbito militar. Los acusados no se apartaron de lo que es profesionalmente adecuado y neutral. Aun cuando sabían que el decreto tendría por consecuencia la colocación de minas, sus aportes tuvieron un significado independiente. Tenían sentido incluso sin la

⁸² SCHÜNEMANN, *LK*, §27/18.

⁸³ AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, 2005, pp. 260 y ss. Kai AMBOS sostiene que un chofer, chofer auxiliar, cuerpo de guardia que prestan un servicio de transporte, en sí neutral, no realizan acciones cotidianas sino acciones de cooperación siempre y cuando efectivamente contribuyan al exterminio de un grupo de personas y los intervinientes conocieran esto o lo consideraran posible.

⁸⁴ BGH v. 8. 3. 2001 - 4 StR 453/00, *wistra* 2001, 215.

acción delictiva del autor principal y pueden, por tanto, ser juzgados de manera aislada⁸⁵.

A continuación me refiero brevemente a los casos más significativos en el ámbito de los tribunales *ad-hoc*.

En la masacre de Srebrenica, en la que se asesinaron aproximadamente 7000 personas, *Dragan Jorik*, un militar con formación de ingeniero, estaba a cargo de monitorear y coordinar las tareas de entierro de los cadáveres durante y luego de la matanza. Ante la Sala de Apelaciones, alegó que él tan solo había realizado tareas rutinarias de entierro en una guerra y que no había tenido el propósito de colaborar con la matanza sino solo de enterrar los cuerpos de inmediato en interés de la salud pública. El argumento fue rechazado en razón de que se cumplían los requisitos de la complicidad: su participación tuvo un efecto sustancial en el delito y él sabía de ello. Fue condenado como cómplice de estas matanzas⁸⁶.

Uno de los casos más citados en el ámbito de la responsabilidad penal por actividades empresariales se sustanció ante los Tribunales de Núremberg y se conoce como el caso Zyklon B. El principal imputado, *Bruno Tesch*, era el dueño de una compañía que vendía un gas que sirve para controlar piojos y otras alimañas y que, dependiendo de la dosis, es mortal para los humanos. El imputado vendió y distribuyó grandes cantidades de este gas en oficinas públicas, barracas del ejército y campos de concentración. Entre 1941 y 1945 la provisión de gas se fue incrementando hasta llegar a dos toneladas por mes en el caso del campo de Auschwitz. La fiscalía alegó que el imputado sabía que el gas se empleaba para exterminar personas y siguió vendiéndolo a pesar de ello. La defensa alegó que el imputado no sabía que el gas se usaba para matar y que la venta se había efectuado con el propósito normal de desinfección, por razones médicas. El Tribunal tuvo por probado que el imputado había proveído inmensas cantidades de este gas a los campos de concentración con el propósito de controlar pestes y para exterminar a los internos. Fue condenado a muerte en la horca⁸⁷.

Otro caso que tramitó ante los Tribunales de Núremberg, conocido como el caso "Flinck", involucraba la responsabilidad de seis imputados como miembros del círculo Keppler de amigos de Himmler. Este grupo estaba conformado por unas 40 personas, entre ellos, banqueros, industriales y funcionarios de gobierno y de las escuadras de protección (SS Schutzstaffeln)⁸⁸. Los miembros de este grupo aparecían inicialmente como un comité de asesoramiento. Luego fueron invitados a cenas y eventos sociales

⁸⁵ Véase JOECKS, MK, §27/59.

⁸⁶ ICTY, AC, *Prosecutor v. Vidoje Blagojevi and Dragan Joki*, IT-02-60-A, Judgment, 09.05.2007, paras. 201-204.

⁸⁷ The United Nations War Crimes Commission, *Law-Reports of Trials of War Criminals*, 1947 en <http://www.ess.uwe.ac.uk/wcc/zyklonb.htm> (visitado por última vez el 04.09.2012).

⁸⁸ *US vs Friedrich Flick*, *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10*, p. 1219 en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-VI.pdf (visitado por última vez el 05.09.2012).

(como ser una visita al campo de concentración de Dachau) a cambio de donaciones a un fondo a disposición del Reichsführer. La fiscalía les imputó haber colaborado en las actividades delictivas de las SS con grandes sumas de dinero con conocimiento de las actividades ilícitas del grupo⁸⁹ y ellos respondieron en su defensa que no sabían de tales actividades. Sin embargo, se tuvo por probado que si bien tal vez en sus inicios el carácter ilícito de las SS no era generalmente conocido, con posterioridad sí lo fue y los miembros del círculo de amigos continuaron colaborando⁹⁰. Se consideró irrelevante que la contribución hubiera sido utilizada para comprar gas letal o para pagar salarios⁹¹. Flink fue encontrado culpable y sentenciado a una pena de 7 años de prisión⁹².

En cambio, en el proceso conocido como “IG Farben”, se analizó la responsabilidad penal de Carl Krausch y otros (23 acusados) ante el Tribunal Militar Americano por el delito de tomar parte en una guerra de agresión, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. El tercero de los cargos se relacionaba con la participación en el programa de esclavitud del Tercer Reich a través de la provisión de gas tóxico Zyklon B, experimentos médicos con los prisioneros y trabajo forzado. En cuanto a la provisión del gas tóxico, el tribunal no tuvo por acreditado que los acusados conocieran que la sustancia se usaba con fines criminales. Tampoco se tuvo por probado que supieran para qué se utilizaban los preparados médicos. Los doctores de las SS infectaban a los internos con tifus para probar posteriormente remedios, lo cual, se indicó, es un crimen. Pero la distribución de preparados con la finalidad de que los médicos hagan pruebas es algo común y no se demostró que los acusados supieran que se utilizaban para cometer delitos. El Tribunal impuso penas que iban de un año y medio a ocho años aunque no por éste sino por otros delitos que tuvo por probados⁹³.

⁸⁹ *US vs Friedrich Flick*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10, en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-VI.pdf (visitado por última vez el 05.09.2012), p. 1190.

⁹⁰ *US vs Friedrich Flick*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10, en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-VI.pdf (visitado por última vez el 05.09.2012), p. 1220.

⁹¹ *US vs Friedrich Flick*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10, en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-VI.pdf (visitado por última vez el 05.09.2012), p. 1221.

⁹² *US vs Friedrich Flick*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10, en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-VI.pdf (visitado por última vez el 05.09.2012), p. 1223.

⁹³ Cito a través del estudio de JESSBERGER, «On the origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity», *JICJ* (8), 2010, pp. 783-802. En cuanto al primer cargo, la fiscalía alegó que estos hombres de negocios fueron quienes “hicieron posible la guerra” por haber proveído combustible sintético, goma y otros insumos durante el rearme de Alemania. Con respecto a este cargo, todos los acusados fueron absueltos en razón de que no se pudo probar que hayan tenido conocimiento de que estaban participando en el planeamiento y preparación de una guerra de agresión. Además se argumentó que este delito solo pudo ser cometido por el círculo íntimo de líderes y no por quienes les prestaban servicios. El segundo cargo se relacionaba con la apropiación de compañías extranjeras en los territorios ocupados. Resultaron condenados ocho de los acusados, solo aquellos que estaban informados de la apropiación bajo manobras compulsivas. En cuanto a la explotación de trabajo forzado

En el caso de “Los Ministros” se procedió de modo similar. El imputado Karl Rasche era miembro del directorio del banco de Dresden y fue acusado por haber apoyado monetariamente el círculo de amigos de Himmler y por haberle concedido créditos para varias empresas de las SS que empleaban internos de los campos de concentración. Otras empresas, que involucraban el traslado y reubicación de personas, utilizaban mano de obra esclava. El tribunal sostuvo que Rasche podía ser condenado desde un punto de vista moral pero que difícilmente se puede decir que su conducta constituye un delito en razón de que la única intención del imputado fue la de generar un lucro. Sin embargo, con relación a la contribución a emprendimientos basados primordialmente en la explotación de mano de obra esclava, el Tribunal sí afirmó su responsabilidad⁹⁴. También me quiero referir aquí a dos casos que tramitaron en La Haya pero que no resultaron de la jurisprudencia de tribunales internacionales sino de las cortes locales holandesas.

En el caso “van Anraat” se discutió la responsabilidad penal del imputado como cómplice en el delito de genocidio y en crímenes de guerra cometidos por el gobierno de Saddam Houssein en Irak durante 1987 y 1988. van Anraat le vendió al régimen de Houssein grandes cantidades de Thiodyglicol (TDG), un producto químico que se usa en la industria textil y que sirve también para fabricar gas mostaza. Se probó durante el juicio que en la lucha contra la población kurda y en la guerra contra Irán se emplearon armas que contenían el TDG provisto por van Anraat. El acusado sostuvo que él vendió sus productos como en tantas otras ocasiones con un interés simplemente comercial y que no quiso de ninguna manera participar en los delitos. El tribunal lo condenó como cómplice en crímenes de guerra en razón de que tuvo por probado que sabía que el producto químico se usaría para la fabricación de gas mostaza⁹⁵.

El otro caso fue el seguido contra *Guus van Kouwenhoven*, acusado como cómplice en crímenes de guerra por haberles vendido armas al gobierno, a los rebeldes y a las milicias de Liberia entre 2001 y 2003. También fue acusado por quebrantar un embargo a la venta de armas a Liberia impuesto por las Naciones Unidas. Fue condenado a la pena de 8 años de prisión aunque solo por este último delito. Lo interesante en cuanto a la acusación de complicidad es que el tribunal no tuvo por probado que esas armas hubieran sido empleadas en los crímenes de guerra y señaló que las armas pueden también emplearse para propósitos lícitos o para la comisión de delitos distintos de los que constituían el objeto de ese proceso específico⁹⁶.

Para sostener que las actividades involucradas en los ejemplos que se acaban de reseñar no representan “contribuciones” en el sentido del artículo 25.3.d) debería explicarse que son “corrientes”, que pueden obtenerse en cualquier sitio y que no representan un riesgo especial. Si se acepta un criterio “mixto” en cuanto al problema de las contribuciones

algunos de los acusados fueron condenados en razón de la construcción de una planta de IG justo al lado del campo de Auschwitz, que explotaba el trabajo de los prisioneros

⁹⁴ Cito a través de VEST, *JICJ* (8), 2010, p. 854.

⁹⁵ Véase VAN DER WILT, «Genocide v. War crimes in the van Anraat Appeal», *JICJ*, 2008, pp. 557-567.

⁹⁶ Véase FARREL, «Attributing criminal liability to Corporate Actors», *JICJ*, 2010, pp. 873-894, nota 75.

neutrales, habría que comprobar si el aporte perdió su condición de corriente e inocuo en vistas del contexto y la finalidad para la que fue proporcionado o solicitado.

En el marco del ECPI, es preciso tomar en cuenta los aspectos subjetivos que ya han sido discutidos en este trabajo. La responsabilidad del cómplice requiere prueba de que las contribuciones fueron hechas “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen”. Quien actúa motivado en una finalidad comercial puede conocer que está favoreciendo la comisión de delitos. Pero, sin embargo, será excepcional que los delitos constituyan para él “objetivos intermedios necesarios” que puedan considerarse parte de la finalidad. Más bien, lo normal es que para el comerciante representen efectos circunstanciales⁹⁷, lo cual podría descartar una complicidad o una contribución en los términos del artículo 25.3.d).i). Alternativamente, conforme al artículo 25.3.d).ii) debe probarse que quien ha contribuido, actuó “[a] sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen”. Se ha indicado que debe conocer el delito específico que el grupo tenía intención de cometer⁹⁸. Sin embargo, si quien contribuye en el crimen no forma parte del grupo sino que persigue objetivos comerciales, será excepcional que conozca el delito específico que se planeaba cometer⁹⁹.

Por el momento, el único voto que se ha ocupado del tema en la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones parece orientar el análisis de este tipo de casos, a tono con la doctrina dominante, sobre la base de un criterio normativo. Ciertamente, es muy temprano para comprobar cuál o cuáles de los criterios normativos entre los empleados en la jurisprudencia comparada y los propuestos en la literatura jurídica han de ser adoptados por la CPI. Pero un análisis de la jurisprudencia nos convence de que, dada la gran relevancia práctica de este tema, será necesario desarrollar y poner a prueba criterios y analizar las soluciones a las que conduce su aplicación.

4. ¿Aplicación a quienes pertenecen al grupo?

Se ha sostenido que el artículo 25.3.d) no se aplica a los miembros del grupo, es decir, quien contribuye debe no formar parte del grupo¹⁰⁰. Esta cuestión tiene una gran implicación práctica. De hecho, por ejemplo, *Mbarushimana* sí era parte del grupo que, según el relato de la fiscalía, actuó con una finalidad común - ¿debía esto conducir automáticamente a negar su responsabilidad penal?

⁹⁷ BURCHARD, *JICJ*, 2010, p. 944.

⁹⁸ AMBOS, «Article 25 Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed., 2008, p. 760.

⁹⁹ BURCHARD, *JICJ*, 2010, p. 944.

¹⁰⁰ CASSESE, *International Criminal Law*, 2ª ed., 2008, p. 213.

La Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) ha interpretado que la contribución de quien forma parte del grupo es punible bajo esta forma de responsabilidad. Esta conclusión se ha sustentado en una serie de argumentos.

El primer argumento básicamente sostiene que exceptuar de responsabilidad penal a los miembros genera una laguna de punibilidad para los casos que no estén cubiertos por la coautoría y la complicidad. Más arriba se recordaba que el plan común o el acuerdo de voluntades propios de la *coautoría* y formar parte de un “grupo que actúa con una finalidad común” han sido considerados nociones funcionalmente coextensivas¹⁰¹. Se diferencian en cuanto a que la coautoría requiere la prestación de una “contribución esencial”. Así, quienes forman parte del grupo (o del plan) pero no prestan contribuciones esenciales no podrían ser considerados coautores. Si sus conductas tampoco pudieran ser consideradas como contribuciones al hecho grupal ¿quedarían impunes?

Surge entonces la pregunta acerca de si los miembros del grupo podrían ser considerados *cómplices*. Según el artículo 25.3(c) el cómplice debe no solo conocer la voluntad delictiva del autor principal sino que, además, tiene que actuar con el propósito de facilitar la comisión del crimen. Según la SCP es posible que un aporte no esencial provisto por un miembro del grupo, por faltar ese elemento intencional, no cumpla con los requisitos de la “complicidad”.

La SCP razonó que, bajo esa interpretación, el mismo aporte no esencial (con conocimiento pero sin intención) podría ser punible bajo el artículo 25.3.d) si es prestado por alguien que no integra el grupo y quedar impune si es prestado por quien sí lo integra (ya que no daría lugar a responsabilidad bajo ninguno de los supuestos del artículo 25.3). Ello sería contrario al sentido común y generaría una laguna de punibilidad¹⁰².

A mi modo de ver, esa temida laguna de punibilidad no es tan profunda como parece a primera vista. Para formar parte del grupo, el imputado debe precisamente compartir la finalidad delictiva común, el propósito delictivo, o la intención de cometer un delito. No es posible formar parte del grupo sin presentar el elemento subjetivo que ello requiere. De esto se sigue que el interviniente no esencial que es parte del grupo tendrá con frecuencia las condiciones subjetivas para ser un cómplice, conforme al artículo 25.3.c).

En todo caso, esa laguna de punibilidad sí existiría en supuestos de contribuciones que no satisfagan el umbral establecido para la complicidad. La Sala ha argumentado que la complicidad conforme al artículo 25.3.c) requiere del partícipe una contribución sustancial¹⁰³. Una contribución no sustancial podría, en todo caso, estar cubierta por el artículo 25.3.d). Pero si éste se limita a contribuciones de quienes no son miembros del

¹⁰¹ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 271.

¹⁰² ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», paras. 273 y 274.

¹⁰³ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 279.

grupo, una y la misma contribución no sustancial resultaría punible si es prestada por alguien que no integra el grupo y quedar impune si es prestada por quien sí lo integra¹⁰⁴.

En el sistema del ECPI es dudoso que argumentos basados en el sentido común o en la existencia de lagunas de punibilidad puedan ser dirimientes para extender el alcance de un tipo penal o un modo de responsabilidad penal. Existe un grupo de garantías, expresamente reconocidas en el artículo 22 del ECPI, que se resisten a ello. Me refiero al principio *nullum crimen sine lege*, la indicación en cuanto a que la definición de crimen sea interpretada estrictamente y no se haga extensiva por analogía y el principio que ordena, en los casos en los que la ley sea ambigua, seguir la interpretación que más favorezca al imputado. Más bien, entonces, la interpretación debe guiarse por razones independientes de la constatación de una laguna de punibilidad.

También se ha argumentado que la interpretación que exceptúa a los miembros del grupo no es imparcial sino que se ha hecho con “animosidad”¹⁰⁵. Se dice que su finalidad consiste en que la ECC, que requiere que el individuo sí sea parte del grupo, no pueda concebirse como parte del artículo 25.3.d) con lo cual solo cabría incluirla como una forma de “comisión” tal como fue instrumentada en el TPIY. Entonces, la argumentación en uno u otro sentido estaría teñida por la intencionalidad del intérprete en cuanto a si favorece o no un lugar en el ECPI para la ECC. A mi modo de ver, un argumento o una interpretación jurídica no debería ponderarse o desacreditarse especulando sobre la intención de quien lo formula. Lo correcto es concluir que esta consideración tiene que ser irrelevante en la discusión sobre si el artículo 25.3.d) cubre o no contribuciones de miembros del grupo.

Otra de las argumentaciones ensayadas se sustenta en los antecedentes del 25.3.d). El artículo 2.3 de la Convención contra la Supresión de Bombardeos Terroristas, que se abrió a la firma en 1998 en una fecha cercana al ECPI, contiene una formulación que es más clara en cuanto a que este modo de responsabilidad no se aplica a los miembros del grupo¹⁰⁶. De este antecedente, sin embargo, se pueden inferir posiciones encontradas. Por un lado, se puede sostener que esta norma fue tenida en cuenta por los redactores del ECPI y que ello indicaría que su alcance es equivalente. Pero, por otro lado, también se puede sostener que si los redactores del Estatuto hubiesen querido exceptuar la responsabilidad de los miembros del grupo, habrían podido hacerlo simplemente siguiendo con mayor fidelidad ese antecedente. A mi modo de ver, no está claro que el

¹⁰⁴ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», paras. 273 y 274.

¹⁰⁵ OHLIN, *NCLR*, 2009, pp. 412 y ss.

¹⁰⁶ OHLIN, *NCLR*, 2009, p. 412. En su Artículo 2(3) la Convención prescribe: “Any person also commits an offence if that person: (a) Participates as an accomplice in an offence as set forth in paragraph 1 or 2; or (b) Organizes or directs others to commit an offence as set forth in paragraph 1 or 2; or (c) In any other way contributes to the commission of one or more offences as set forth in paragraph 1 or 2 by a group of persons acting with a common purpose; such contribution shall be intentional and either be made with the aim of furthering the general criminal activity or purpose of the group or be made in the knowledge of the intention of the group to commit the offence or offences concerned.”

recurso a la Convención contra la Supresión de Bombardeos Terroristas arroje luz sobre el problema.

El argumento decisivo a favor de captar bajo esta norma la contribución de los miembros del grupo ha sido formulado correctamente por la SCP. Es un argumento de interpretación literal que resalta la ausencia de especificación, en el texto de la ley, sobre si la contribución debe ser hecha por alguien que integra el grupo o es ajeno a éste¹⁰⁷. Pero esta interpretación tiene que sortear dos obstáculos que también surgen del texto de la ley. El primero sale a la luz cuando se considera la cláusula de accesoriedad contenida en el artículo 25.3.d). El segundo surge de la formulación del tipo subjetivo.

4.1. Accesoriedad

¿Es accesoria la responsabilidad de quien participa en el hecho grupal? En efecto, lo es. La norma requiere una contribución en la “comisión o la tentativa de comisión” de un delito con lo cual la responsabilidad depende de que el hecho haya alcanzado el grado de tentativa. Esto produce, a primera vista, cierta perplejidad pues el comienzo de ejecución del delito debería ya dispararse cuando un miembro del grupo realiza su aporte. Bajo esta consideración, la regla de accesoriedad sería superflua lo cual sugiere que la norma no se aplica a los miembros del grupo.

Sin embargo, a mi modo de ver, sí existe un ámbito válido, aunque reducido, en el que la regla de accesoriedad tiene aplicación incluso frente a contribuciones efectuadas por miembros del grupo. En efecto, la tentativa requiere en el sistema del ECPI la realización de actos que supongan un paso importante para la ejecución del crimen (artículo 25.3.f). Es imaginable que una contribución menor (aunque subsumible bajo el artículo 25.3.d) sea de una importancia insuficiente como para dar comienzo a la ejecución del crimen. Entonces, el miembro que realiza esta contribución no es punible hasta tanto el delito no haya comenzado a ejecutarse, por ejemplo, por aportes de otros intervinientes¹⁰⁸. De esto se sigue que la cláusula de accesoriedad no refuta la interpretación que se propone en este trabajo.

4.2. Aspecto subjetivo

El segundo obstáculo se basa, como se dijo, en la redacción del tipo subjetivo. La norma particulariza los elementos subjetivos requiriendo que la contribución sea intencional y se provea: (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.

¹⁰⁷ ICC, *Mbarushimana*, «Decision on the confirmation of charges», para. 272; OHLIN, *NCLR*, 2009, pp. 411-412.

¹⁰⁸ Bajo la interpretación que propongo, la comisión o tentativa de comisión del delito es, para quien “contribuye de algún otro modo”, una condición objetiva de punibilidad; como aquí BURCHARD, *JICJ*, 2010, p. 943.

En cuanto al primer apartado del artículo 25.3.d), toda vez que es necesaria una actividad o un propósito delictivo por parte del grupo, sus miembros contribuirán sin excepciones con “el propósito de llevar a cabo el propósito delictivo”. De lo contrario no serían miembros de un grupo que tiene un propósito delictivo. En cuanto al segundo apartado, el miembro de un grupo que tiene la intención de cometer el crimen prestará su contribución “a sabiendas de que el grupo tiene la intención”. De ello se sigue que los elementos subjetivos planteados en el artículo 25.3.d.i) y ii) solo tienen valor agregado cuando de lo que se trata es del aporte de un extraño. A la misma conclusión se llega, incluso, si se desdobra el análisis entre la intención con relación a la conducta y la intención con relación a la consecuencia de acuerdo con el artículo 30.2).

Sin embargo, la regulación del tipo subjetivo en esta norma permite captar supuestos que no podrían considerarse “complicidad”. Una persona que contribuye sin el propósito específico de facilitar la comisión del crimen puede ser responsabilizada bajo el artículo 25(3)(d) (ii)¹⁰⁹. Dada la ampliación del espectro de responsabilidad penal que ello supone, la regulación no es redundante en vistas a la responsabilidad de los miembros del grupo.

5. Conclusiones

La opinión de la doctrina en cuanto a los serios problemas de interpretación que plantea esta figura está justificada. La intención de dejar fuera del entramado del ECPI a la forma de responsabilidad penal conocida como conspiración debe ser bienvenida y seguramente no fue sencillo convenir un texto jurídico capaz de satisfacer los intereses contrapuestos de las delegaciones que participaron en la redacción de esta norma. Ese texto le ofrece a la dogmática penal un espacio prolífico para elaborar criterios, estándares y herramientas de interpretación que contribuyan a soluciones sistemáticamente coherentes y teleológicamente razonadas de los problemas más sintomáticos que emergen en su aplicación práctica.

El acuerdo de voluntades o plan común de los coautores no precisa estar específicamente dirigido a la comisión de un delito. De lo contrario, se reintroduciría por vía de este elemento lo que el texto del ECPI ha descartado al regular que no es preciso que el imputado se proponga causar una “consecuencia” sino que basta con que sea consciente de que se producirá en el orden normal de los sucesos. A la vez, quien contribuye en el delito cometido por un grupo es responsable si sabe que la actividad común del grupo “entraña un crimen de la competencia de la Corte” (artículo 25(3)(d)(i)). Esto incluye situaciones en las que quien contribuye sabe que la actividad delictiva del grupo va a concluir, conforme al curso normal de los sucesos, en un crimen de la competencia de la

¹⁰⁹ AMBOS, «Article 25 Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª ed, 2008, p. 766; AMBOS, *La parte general del derecho penal internacional*, 2005, p. 292.

Corte. Desde este punto de vista la coautoría y la contribución en la comisión de un crimen por un grupo son, en efecto, funcionalmente coextensivas.

Bajo el modo de responsabilidad penal previsto en el artículo 25(3)(d) no es preciso que exista un plan o acuerdo entre los intervinientes sino tan solo que formen un grupo y que tengan una finalidad común. Tampoco es necesario que presenten cierta igualdad jerárquica. En efecto, el grupo puede integrarse por personas en diferentes rangos y escalafones, sean líderes o ejecutores. Puede tratarse de grupos de gran escala. Sin embargo, para calificar como un “grupo” esa pluralidad de personas debe demostrar un grado de cohesión que vaya más allá de “tener una finalidad común”. Ese grado de cohesión se verifica entre los destinatarios de una orden, una propuesta o una inducción incluso cuando entre ellos no exista ningún acuerdo de voluntades y también se verifica entre quien da una orden, propone o induce y los destinatarios.

En los supuestos en que los ejecutores no pertenezcan al “grupo” o no se pueda demostrar que compartan la finalidad común cabe analizar si el grupo pudo haber cometido el delito *por conducto* de los ejecutores.

El artículo 25(3)(d) permite criminalizar contribuciones que no ostenten una relación causal directa con respecto al crimen. La norma criminaliza a quien contribuya *en la comisión* de un crimen por un grupo de personas.

En cuanto al *grado* de contribución se ha concluido que no hace falta que sea “significativo” sino que alcanza con que se contribuya “de algún otro modo”. En cuanto a la *naturaleza* de la contribución se ha concluido que un “aporte neutral” no debe considerarse como una “contribución”. También se ha sugerido que para evaluar si el aporte es o no neutral se pueden tomar en consideración aspectos objetivos y subjetivos.

Por último, se ha concluido que el modo de responsabilidad penal previsto en el artículo 25(3)(d) sí se aplica a quienes contribuyan en un crimen cometido por un grupo de personas que tengan una finalidad común a pesar de que formen parte de ese grupo. Es decir, la aplicación de la norma no se limita a quienes son ajenos al grupo.

Bibliografía

Kai AMBOS (2008), «Article 25, Individual Criminal Responsibility», en TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, München, Beck.

-EL MISMO (2001), «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», en *Revista de Derecho y Criminología*, 8, pp. 195-206.

-EL MISMO (2005), *La parte general del derecho penal internacional*, (traducción de E. Malarino), Montevideo, KAS.

-EL MISMO (2012), «The First Judgment of the International Criminal Court, A comprehensive Analysis of the legal issues», en *InDret* 3/2012, (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2030751).

Kathrina BECKEMPER (2001), «Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge», *Jura*, pp. 163-169.

Christoph BURCHARD (2010), «Ancillary and neutral business contributions to “Corporate-Political Core Crimes», *JICJ* (8), pp. 919-946.

Antonio CASSESE (2008), *International Criminal Law*, 2º ed., Oxford, OUP.

Friedrich DENCKER (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, Duncker & Humblot.

Albin ESER (2002), «Individual Criminal Responsibility», en CASSESE/ GAETA/JONES (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, tomo I, Oxford.

Norman FARREL (2010), «Attributing criminal liability to Corporate Actors», *JICJ*, 8, pp. 873-894.

Helmut FRISTER (2009), «La imputación objetiva», en SANCINETTI (ed.), *La causalidad de la acción respecto del resultado*, Buenos Aires, Hammurabi.

Roland HEFENDEHL (2010), «Addressing white collar crime on a domestic level», *JICJ* (8), pp. 769-782.

Günther JAKOBS (1996), *Imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires.

Florian JESSBERGER (2010), «On the origins of Individual Criminal Responsibility under International Law for Business Activity», *JICJ* (8), pp. 783-802.

Wolfgang JOECKS (2012), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2º ed., München, Beck.

David OHLIN (2009), «Joint Criminal Confusion», en *New Criminal Law Review* (12), pp. 406-419.

Hector OLÁSULO (2009), «Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional», en *InDret* 3/2009.

-EL MISMO (2011), *Essays on International Criminal Law*, London, p. 91, nota 64.

-EL MISMO (2009), *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes*, London, Hart.

Ingeborg PUPPE (2007), «Der gemeinsame Tatplan der Mittäter», *ZIS* (6), pp. 234-246.

-LA MISMA (1995), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, tomo I, 3° ed., 1995.

Peter RACKOW (2007), *Neutrale Handlung als Problem des Strafrechts*, Frankfurt am Main et al., Peter Lang.

Ricardo ROBLES PLANAS, (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, Marcial Pons.

Thomas ROTSCH (2009), *“Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck.

Claus ROXIN (2006) «Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit», *ZIS* (7), pp. 293 y ss. (http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_7_44.pdf).

-EL MISMO (1996), “Was ist Beihilfe?”, en *Festschrift für K. Miyazawa*, Baden-Baden, Nomos.

-EL MISMO (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo II, Berlin, CH Beck.

Marcelo SANCINETTI (2001), *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi.

Willam SCHABAS (2008), *An introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, CUP.

Bernd SCHÜNEMANN (2003), «§27», *Leipziger Kommentar StGB*, 12° ed., Berlin, Beck.

Günter STRATENWETH (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 4° ed., Bern.

Harmen VAN DER WILT (2008), «Genocide v. War crimes in the van Anraat Appeal», *JICJ* (6), pp. 557-567.

Elies VAN SLIEDREGT (2012), «The Curious Case of International Criminal Liability», en *JICJ* (10), pp. 1171-1188.

EL MISMO (2012), *Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law*, Oxford, OUP.

Hans VEST (2010), «Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law», *JICJ* (8), pp. 851-872.

Gerhard WERLE (2007), «Individual Criminal Responsibility in Article 25 of the ICC Statute», *JICJ* (5).

Gerhard WERLE (2009), *Principles of International Criminal Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press.

Wolfgang WOHLERS (2006), «Complicidad mediante acciones “neutrales”, ¿exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente neutral?», en *RDPC*, Universidad Externado de Colombia, Vol. 27, 80, pp. 129-143.

Markus WOHLLEBEN (1996), *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, Berlin, De Gruyter.