

Imputación en Derecho Penal Internacional*

De Prof. Dr. Stefanie Bock, Marburg**

Una de las principales características de los crímenes internacionales es que las conductas individuales [“Einzeltaten”], mediante las cuales éstos se cometen, se consuman en medio de un contexto amplio, el cual va más allá de la conducta individualmente considerada [“ein übergeordneter Begehungszusammenhang”]. Por esta razón, los tribunales penales nacionales e internacionales se ven enfrentados al reto de identificar y valorar, en medio de procesos colectivos, contribuciones individuales que fundamenten la responsabilidad penal. Varios han sido los enfoques desarrollados ante esta situación. Desde la penalización de la simple pertenencia a un grupo, pasando por la doctrina de la “empresa criminal común” (ECC) o joint criminal enterprise y la teoría del dominio de la organización, hasta llegar incluso a un concepto extendido de complicidad. Estos enfoques tienen en común que complementan la teoría tradicional de la imputación con un elemento “sistémico” al establecer la relación entre conducta y resultado mediante la referencia a un colectivo o grupo. Una imputación extendida – a pesar del paradigma individual estricto que va ligado a ella – de esta manera puede llegar a ser necesaria y conveniente, con el fin de tener en cuenta la dimensión colectiva del comportamiento individual. Asimismo, la inclusión de esta dimensión hace necesario acudir a criterios normativos para valorar los aportes individuales. En este sentido, la posición jerárquica del sujeto en el sistema o grupo objeto de la imputación, así como el grado de influencia que va ligado a dicha posición son especialmente relevantes. Además, una condición fundamental de un modelo sistémico de imputación es la separación estricta entre hechos punibles internacionales y puramente nacionales, lo cual supone una interpretación restrictiva del elemento contextual incluido en la definición de los primeros.

I. Introducción: Responsabilidad individual en contextos criminales colectivos

Uno de los logros más importantes del Tribunal Penal Militar (TPM),¹ instaurado por los Aliados al finalizar la Segunda

Guerra Mundial, fue el reconocimiento sin reservas de la responsabilidad penal individual a nivel internacional. Un pasaje famoso de la sentencia del TPM de Núremberg dice en este sentido: “Los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por personas, no por entidades abstractas; solamente mediante el castigo de los individuos se puede hacer prevalecer el Derecho Internacional”.² Dicho fragmento fue adoptado en 1950 de manera modificada como primer principio en los denominados “Principios de Núremberg” por la Comisión de Derecho Internacional [“International Law Commission”; ILC], creada por las Naciones Unidas³ en 1947: “Toda persona que cometa un acto que constituya un crimen según el Derecho Internacional es responsable por ello y puede ser castigada”.⁴ Debe destacarse que aquí la atención se centra en el individuo y su aporte, a pesar de que el Derecho Internacional – es decir el área del Derecho de la cual proviene la norma primaria transgredida⁵ – tradicionalmente se dirigía solo a los Estados.⁶ La fundamentación de la responsabilidad individual con base en la transgresión del Derecho Internacional exige por consiguiente superar la visión clásica centrada en los Estados y aceptar que el individuo puede ser sujeto de Derecho Internacional, como potencial destinatario de las normas internacionales.⁷ Así, en los estatutos de todos los tribunales

Procesos contra Criminales de Guerra de la misma universidad.

¹ Ver Estatuto del Tribunal Penal Militar de Núremberg del 8.8.1945 (Estatuto del TPM de Núremberg), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (ed.), *Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg*, 14.11.1945-1.10.1946, tomo 1, 1947, pp. 10 ss.

² [“Verbrechen gegen das Völkerrecht werden von Personen begangen, nicht von abstrakten Einheiten, und nur durch Bestrafung von Einzelpersonen kann internationales Recht durchgesetzt werden”] IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (nota 1), p. 249.

³ Asamblea General Res. 174 (III) del 21.11.1947.

⁴ [“Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefor and liable to punishment”] United Nations (ed.), *Yearbook of the International Law Commission (YBILC)*, tomo 2, 1950, pp. 374 ss.

⁵ Sobre el Derecho Penal Internacional como combinación de principios del Derecho Penal y del Derecho Internacional ver *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 4. ed. 2014, § 5 nm. 1; en general sobre el Derecho Penal como ordenamiento de normas secundario ver *Freund*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2009, § 1 nm. 12 ss.

⁶ Ver, por ejemplo, *Herdegen*, *Völkerrecht*, 15. ed. 2016, § 7 nm. 3; *Epping*, en: Ipsen (ed.), *Völkerrecht*, 6. ed. 2014, § 5 nm. vor 1.

⁷ *Werle/Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. ed. 2016, nm. 2; también *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law, Volume I: Foundations and General Part*, 2013, p. 83;

* Traducción del alemán por *Gustavo Emilio Cote Barco*, LL.M. y doctorando de la Georg-August-Universität de la ciudad de Gotinga (Alemania) y profesor asistente de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia). La versión original con el título “Zurechnung im Völkerstrafrecht” está disponible en ZIS 2017, 410. Nota del traductor: las citas textuales tanto en alemán como en inglés también han sido traducidas al español, pero la versión original se encuentra entre corchetes. Igualmente, en el texto principal se han transcrito entre corchetes algunas expresiones que no tienen traducción literal exacta en español.

** Profesora de Derecho Penal y Procesal Penal de la Philipps-Universität de la ciudad de Marburgo (Alemania) y directora del Centro de Investigación y Documentación sobre

penales internacionales y mixtos instaurados con posterioridad se encuentran disposiciones en este mismo sentido.⁸ Sin embargo, a pesar de que el principio de la responsabilidad individual actualmente pertenece a los cánones indiscutidos del Derecho Penal Internacional (DPI), su concretización impone, ahora al igual que antes, tanto a la academia como a la práctica retos considerables.

Lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con la estructura especial de los crímenes internacionales.⁹ El genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra¹⁰ son (generalmente)¹¹ resultado o hacen parte de

Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. ed. 2016, § 12 nm. 10 s.

⁸ Ver art. 25 ER de la CPI, A/CONF.183/9 del 17.7.1998, complementado en la Conferencia de Revisión llevada a cabo en Kampala del 3.5.-11.6.2010, C.N.651.2010.TREATIES-8; art. 7 (1) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, S/RES/827 del 25.5.1993 (Estatuto del TPIY); art. (1) Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, S/RES/955 del 8.11.1994 (Estatuto del TPIR); art. 6 (1) Estatuto del Tribunal Penal Especial para Sierra Leona del 16.1.2002 (Estatuto de TPESL); art. 29 (1) Ley sobre el establecimiento de las cámaras extraordinarias en las cortes de Cambodia, Acuerdo del 6.1.2003 (Estatuto de las CECC).

⁹ Ver *Ambos* (nota 7), p. 84.

¹⁰ Entre los crímenes internacionales nucleares se encuentra también el crimen de agresión, art. 8^{bis} ER. Sin embargo, éste ha sido formulado como un “crimen de liderazgo”, el cual solo puede ser cometido por una persona “que realmente esté en capacidad de controlar o manejar el actuar político o militar de un Estado” [“die tatsächlich in der Lage ist, das politische oder militärische Handeln eines Staates zu kontrollieren oder zu lenken”]. Lo mismo aplica para los partícipes (art. 25 [3^{bis}] ER). Debido a que por esta razón el número de potenciales responsables es limitado, el problema de la individualización de las contribuciones individuales no es tan relevante – al menos no en el plano de la aplicación del Derecho – como ocurre con delitos que pueden ser cometidos por cualquiera. De ahí que las consideraciones siguientes se limiten al genocidio, a los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

¹¹ Una cierta reserva se debe hacer con relación al crimen de genocidio, el cual en teoría puede ser cometido también por autores individuales, *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Volume II: The Crimes and Sentencing, 2014, p. 17; *Werle/Jeffberger* (nota 7), nm. 860; *Kreß*, en: *Joecks/Miebach* (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 8, 2. ed. 2013, § 6 VStGB nm. 13; también ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 94. Aunque, el comportamiento individual que constituye genocidio por lo menos se debe inscribir en un contexto colectivo, al respecto *Bock*, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, 2010, pp. 124 ss. para más referencias. Sobre el enfoque de la CPI ver más adelante nota 21.

procesos colectivos.¹² A diferencia de lo que sucede con la mayoría de hechos punibles cotidianos o puramente nacionales, los crímenes internacionales no suponen solamente la contraposición entre un autor y una víctima. Cuando se trata de crímenes internacionales, el comportamiento lesivo individual no es un suceso aislado, sino parte de un contexto antijurídico más amplio [“ein übergeordneter Unrechtskontext”], el cual la mayoría de la veces es expresión de un conflicto social generalizado.¹³ Como ejemplo es posible mencionar el genocidio ocurrido en Ruanda en 1994, en desarrollo del cual fueron asesinadas entre 500.000 y 1.000.000 de personas.¹⁴ En estos casos los hechos suelen tener una dimensión política y se caracterizan por la intervención directa o indirecta del Estado (o de organizaciones similares), que inicia, promueve o por lo menos tolera el conflicto.¹⁵ Por esta razón, los crímenes internacionales constituyen formas de macrocriminalidad. Se trata, en el sentido expuesto por *Jäger*, de comportamientos conformes con el sistema dentro de un contexto en el que se actúa de forma colectiva [“ein kollektiver Aktionszusammenhang”], el cual a su turno constituye una condición sin la cual no se puede explicar la conducta individual.¹⁶

Un DPI respetuoso del principio de culpabilidad¹⁷ debe, por consiguiente, encontrar un camino para identificar y

¹² Ver *Seelmann*, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, 2002, p. 8.

¹³ *Jäger*, *Makrocriminalität – Studien zur Kriminologie von Gewalt*, 1989, p. 12; *Bock* (nota 11), p. 166; también *Möller*, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof*, *Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, 2003, p. 240.

¹⁴ Ver *Hankel*, *Ruanda – Leben und Neuaufbau nach dem Völkermord*, 2016, p. 16.

¹⁵ Ver *Jäger*, en: *Lüderssen* (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, tomo 3, 1998, p. 121; *Möller* (nota 13), p. 243; *Kelmann*, en: *Nollkaemper/van der Wilt* (ed.), *System Criminality in International Law*, 2009, p. 29; *Ambos* (nota 7), p. 84.

¹⁶ *Jäger* (nota 13), p. 12; *el mismo* (nota 15), p. 134.

¹⁷ Reconocido desde IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: *Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg* (nota 1), p. 287 (“Uno de los principios del Derecho más importantes consiste en que la culpabilidad jurídicopenal es personal y que las sanciones en masa se deben evitar.”) [“Einer der wichtigsten Rechtsgrundsätze besteht darin, daß eine strafrechtliche Schuld eine persönliche ist, und daß Massenbestrafungen vermieden werden sollen”]; ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 186 (“La suposición básica debe ser que en el Derecho Internacional, así como en los sistemas nacionales, el fundamento de la responsabilidad criminal es el principio de la culpabilidad personal: nadie debe ser declarado responsable por actos o transacciones en los que no se ha visto comprometido personalmente o ha participado de alguna otra manera [...]”) [“The basic assumption must be that in international law as much as in national systems, the foundation of criminal responsibility is the principle of per-

valorar, en medio de procesos colectivos de consumación, aportes individuales que sirvan de base para fundamentar la responsabilidad penal individual.¹⁸ Se trata entonces de una pregunta fundamental para el DPI: ¿bajo cuáles condiciones es posible imputar a una persona en particular un resultado jurídicopenalmente relevante producido en un contexto antijurídico sistémico? El presente texto no puede dar una respuesta definitiva a este interrogante. De todas maneras se intentarán ilustrar diferentes niveles relacionados con el problema de la imputación y se explorarán varias posibilidades para mostrar cómo dichos niveles pueden ser tenidos en cuenta, dado el caso mediante el desarrollo de modelos de imputación específicos para el DPI.

II. Nivel 1: Elemento contextual

La dimensión colectiva de los crímenes internacionales, de la cual se desprende su contenido antijurídico específico, surge de la conexión entre el hecho individual y el hecho global.¹⁹ Dicha dimensión se manifiesta desde el punto de vista jurídico en el elemento contextual, el cual permite diferenciar los crímenes internacionales de aquellos crímenes que deben ser juzgados solamente conforme al Derecho nacional.²⁰ De este modo, la Corte Penal Internacional (CPI) solo persigue conductas que corresponden al tipo penal de genocidio cuando éstas tienen lugar “en el contexto de una pauta

sonal culpability: nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has not personally engaged or in some other way participated [...]”]; ver también Bock, *Utrecht Law Review* 9 (2013), 184 (185 s.).

¹⁸ Ver también *Seelmann* (nota 12), p. 8; similar *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (543); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (136); *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (70, 73).

¹⁹ Bock (nota 10), pp. 80 ss. (119) para más referencias. En este sentido justificó el Gobierno Federal alemán la expedición del Código Penal Internacional alemán (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB), BGBl. I 2002, p. 2254, modificado recientemente por el § 1 de la Ley para reforma del VStGB [*Gesetzes zur Änderung des VStGB*], BGBl. I 2016, p. 3150, entre otros con el fin de tener en cuenta el contenido antijurídico específico de los crímenes internacionales, el cual radica en su naturaleza colectiva y en la relación funcional entre hecho individual y hecho global, Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (Bundesratsvorlage del 18.1.2002), en: Lüder/Vormbaum (ed.), *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch, Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens*, 2003, p. 23; ver también ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunrac/Kovac/Vukovic), nm. 58.

²⁰ Ver solo *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395; *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1116); *Werle/Jeffberger* (nota 7), nm. 110 ss.; *Cottier*, en: *Ambos/Triffterer* (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 3. ed. 2016, Art. 8, nm. 37 así como ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunrac/Kovac/Vukovic), nm. 58.

manifiesta de conducta similar”.²¹ De igual forma, los crímenes de lesa humanidad se caracterizan porque los hechos individuales – como por ejemplo un asesinato o una violación – se cometen “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”,²² mientras que en los crímenes de guerra debe existir una relación entre el comportamiento lesivo individual y el conflicto armado respectivo entendido como un todo.²³

Los tribunales internacionales han interpretado el elemento contextual de manera más o menos amplia.²⁴ Así, en concordancia con la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, la Cámara de Juzgamiento del caso Katanga de la CPI, afirmó que, cuando se trata de crímenes de guerra, en principio es necesario que la acción típica se relacione estrechamente con las hostilidades, sin que el conflicto armado necesariamente sea “la raíz” de la conducta [“the root”] y ésta haya tenido lugar en medio de los enfrentamientos. Según esta jurisprudencia, es suficiente con que el conflicto armado haya jugado un papel importante en la decisión del autor con relación a la realización de la conducta, en su capacidad para cometerla o en la forma como

²¹ [“The conduct took place in the context of a manifest pattern of similar conduct [...]”] Art. 6 (a) No. 4, 6 (b) No. 4, 6 (c) No. 5, 6 (c) No. 5, 6 (e) No. 7 *Elements of Crimes*, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10.9.2002, ICC-ASP/1/3, complementado en el Review Conference of the Rome Statute of the International Criminal Court, Kampala, 3.5.-11.6.2010, por resolución RC/Res.6, Annex II. Sobre la compatibilidad de esta limitación con el ER, la cual podría excluir la consumación por parte de un autor individual (ver aquí también nota 11), IStGH-Statut ICC, Decisión del 4.3.2009 – ICC-02/05-01/09-2 (Prosecutor v. Al Bashir), nm. 125 ss.; *Ambos* (nota 11), p. 18 con más referencias.

²² Ver por ejemplo art. 7 (1) ER; § 7 (1) VStGB.

²³ Esto constituye jurisprudencia permanente de los tribunales internacionales, ver ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1357; ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1176; ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), nm. 58; ICTY, Sentencia del 8.4.2015 – IT-05-88/2-A (Prosecutor v. Tolimir), nm. 616; ICTY, Sentencia del 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), nm. 573; ICTY, Sentencia del 29.5.2013 – IT-04-74-T (Prosecutor v. Prlić et al.), nm. 109; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 442; ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 185 ss.; ICTR, Sentencia del 25.2.2004 – ICTR-99-46-T (Prosecutor v. Ntagerura et al.), nm. 766; SLSGH, Sentencia del 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), nm. 566; ECCC, Sentencia del 26.7.2010 – 001-18-07-2007/ECCC/TC (Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch), nm. 416.

²⁴ Ver también *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125); *Ambos* (nota 11), p. 141.

se cometió.²⁵ Adicionalmente, para establecer la relación de imputación, la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) ha hecho referencia a las siguientes circunstancias: “el hecho de que el perpetrador es un combatiente; el hecho de que la víctima no es un combatiente; el hecho de que la víctima es miembro de la parte enemiga; el hecho de que es posible afirmar que la acción sirve al objetivo final de una campaña militar; y el hecho de que el crimen es cometido como parte o en el contexto de los deberes oficiales del perpetrador”.²⁶

Esta interpretación amplia, con relación a los crímenes de guerra, puede hacer que el elemento contextual no cumpla con la función de delimitación entre crímenes internacionales y crímenes nacionales ya mencionada.²⁷ Aspectos característicos de situaciones de guerra (civil), tales como situaciones de violencia generalizada, el incremento en la disponibilidad de armas y el debilitamiento de los sistemas estatales de control,²⁸ crean de forma especial oportunidades²⁹ para consumir crímenes y facilitan ataques a la esfera jurídica de terceros. Por esta razón, es fácil llegar a la conclusión de que un conflicto armado y las circunstancias a las que éste da lugar influyen de manera decisiva la

consumación de una conducta criminal.³⁰ Si, además, es posible fundamentar la relación de imputación únicamente en que el autor ostenta un estatus relevante desde el punto de vista del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la diferencia entre hechos punibles nacionales e internacionales fácilmente puede desaparecer del todo.³¹ De esta manera, por ejemplo, un soldado que en tiempos de guerra mata al amante de su esposa, quien casualmente es un civil, no solamente consumaría un homicidio, sino también un crimen de guerra, a pesar de que su conducta no presenta ningún tipo de relación interna con un contexto de acción colectivo.³²

Por esta razón, se hace aconsejable la adopción de una interpretación restrictiva del elemento contextual, con el fin de captar jurídicamente el injusto que caracteriza a los crímenes internacionales, el cual radica precisamente en su dimensión colectiva.³³ Dicha interpretación constituye, además, un fundamento necesario para construir una teoría de la imputación propia del DPI.³⁴ Antes de establecer la responsabilidad penal individual en contextos colectivos de consumación, se debe (poder) enmarcar el comportamiento lesivo concreto en un suceso antijurídico global. Este es un primer paso necesario para limitar la punibilidad. De esta manera, para efectos de establecer la responsabilidad penal de un superior militar es diferente si uno de sus subordinados tortura a un prisionero de guerra con el fin de obtener información relevante desde el punto de vista táctico a sí – como en el ejemplo mencionado arriba – el subordinado mata al amante de su esposa. En el primer caso, el hecho es parte de un todo más amplio que involucra varios comportamientos, a cuya realización ha contribuido el superior, mientras que en el segundo caso se está en presencia de un conflicto puramente interpersonal entre el autor y la víctima.³⁵

²⁵ Ver ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1176; confirmado en ICC, Sentencia del 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 142; vgl. también ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 287; ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), nm. 58; ICTY, Sentencia del 7.5.1997 – IT-94-1-T (Prosecutor v. Tadic), nm. 573; ICTY, Sentencia del 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), nm. 123; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 442; ICTR, Sentencia del 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), nm. 517.

²⁶ [“the fact that the perpetrator is a combatant; the fact that the victim is a non-combatant; the fact that the victim is a member of the opposing party; the fact that the act may be said to serve the ultimate goal of a military campaign; and the fact that the crime is committed as part of or in the context of the perpetrator’s official duties”] ICTY, Sentencia del 12.6.2002 – IT-96-23, IT-96-23/1-A (Prosecutor v. Kunarac/Kovac/Vukovic), nm. 59; ver también ICC, Sentencia del 21.3.2016 – ICC-01/05-01/08-3343 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 143.

²⁷ Ver en este sentido también *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125).

²⁸ Ver. *Bock* (nota 11), p. 167, 289.

²⁹ En este sentido ICTR, Sentencia del 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), nm. 518, en donde la Cámara de Juzgamiento afirmó que “el conflicto armado en curso [...] creó la situación y proporcionó el pretexto para los asesinatos masivos” (cursivas por fuera del texto original) [„the ongoing armed conflict [...] both created the situation and provided a pretext for the extensive killings”]; ver también *Zimmermann/Geiß*, en: Joecks/Miebach (nota 11), § 8 VStGB nm. 121; *Cottier* (nota 20), art. 8 nm. 43.

³⁰ Ver *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1125). *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397) sostiene igualmente que no es suficiente con que el conflicto cree la oportunidad para que el crimen sea cometido.

³¹ Crítico en este sentido también *Zimmermann/Geiß* (nota 29), § 8 VStGB nm. 120.

³² Para más ejemplos ver *Ambos* (nota 11), p. 142. El ejemplo sería diferente si el amante de la mujer fuera un prisionero de guerra, pues aquí la situación de riesgo en la que se encuentra la víctima se vería agravada de forma significativa por el conflicto mismo, *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 6 nm. 143; *Werle/Jeßberger* (nota 7), nm. 1169.

³³ Igualmente con relación a la seguridad jurídica que se puede alcanzar de esta manera *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1124 ss.).

³⁴ Ver también el modelo de imputación desarrollado por *Marxen*, en: Lüderssen (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse*, tomo 3, 1998, p. 220 (231) así como *Vest*, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, 2011, pp. 414 ss.

³⁵ Ver *Bothe*, en: Cassese/Gaeta/Jones (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, tomo 1, 2002, p. 379 (388).

La pregunta, hasta qué punto la participación en contextos colectivos de acción puede fundamentar la responsabilidad penal, surge solo con relación a hechos que se incorporan en un contexto de esta naturaleza. De ahí que el elemento contextual y su función de diferenciación también deban ser tomados en serio con miras a una teoría de la imputación. Los crímenes internacionales se deben diferenciar claramente de hechos que han sido consumados solamente con ocasión u oportunidad de un suceso antijurídico global. Por consiguiente, es necesario que exista una conexión funcional estrecha entre el hecho individual y el hecho global. En este sentido, cuando se trata de crímenes de guerra, se debe exigir que el comportamiento relevante esté relacionado con una campaña militar,³⁶ que el autor sea miembro de uno de los grupos organizados militarmente y que están enfrentados o que por lo menos sea cercano a ellos,³⁷ y que tenga a su disposición los típicos medios y métodos de guerra.³⁸

³⁶ Ver *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1397); en este sentido también IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (nota 1), p. 265, (“[...] estos crímenes eran parte de un plan, el cual estaba dirigido a eliminar la población local por medio de su expulsión y destrucción”) [“waren diese Verbrechen Teil eines Planes, der darauf abzielte, die ganze einheimische Bevölkerung durch Austreibung und Vernichtung zu beseitigen”]; US Military Tribunal, Sentencia del 19.7.1947, Case No. 1 (United States of America v. Karl Brandt et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (ed.), *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Octubre 1946-Abril 1949, tomo 2, 1997, p. 181 (“Estos experimentos no estaban [...] aislados ni eran actos casuales [...], sino que eran el producto de una política coordinada y planeada en altos niveles gubernamentales, militares y del partido Nazi, llevados a cabo como parte integral del esfuerzo por hacer una guerra total”) [„These experiments were not [...] isolated and casual acts [...], but were the product of coordinated policy-making and planning at high governmental, military and Nazi Party levels, conducted as an integral part of the total war effort”]; *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1128).

³⁷ En este sentido también ICTR, Sentencia del 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), nm. 630 (“La categoría de personas que deben ser responsables [por crímenes de guerra] estaría limitada entonces en la mayoría de los casos a comandantes, combatientes y otros miembros de las fuerzas armadas.”) [“The category of persons to be held accountable [for war crimes] then, would in most cases be limited to commanders, combatants and other members of the armed forces”]; similar ICTY, Sentencia del 29.11.2002 – IT-98-32-T (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 57; restrictivo ICTR, Sentencia del 1.6.2001 – ICTR-96-4-A (Prosecutor v. Akayesu), nm. 444 (“Este nexo entre las violaciones y el conflicto armado implica que, en la mayoría de los casos, el perpetrador del crimen probablemente tendrá una relación especial con una de las partes del conflicto. Sin embargo, dicha relación no es una condición necesaria [...]”) [“This

III. Nivel 2: Enfoques para la fundamentación de la responsabilidad penal individual en contextos colectivos de consumación

Cuando el hecho individual se enmarca en un contexto colectivo de acción se forma una asociación antijurídica global [“ein Gesamtunrechtsverband”], al interior de la cual se deben identificar, como segundo paso, los aportes específicos que pueden fundamentar la responsabilidad penal individual. Debido al gran número de intervinientes y a la limitación de los recursos de la justicia, la reacción penal frente a crímenes internacionales, necesariamente, es selectiva.³⁹ En consecuencia, al menos los fiscales de los tribunales penales internacionales se centran principalmente en la persecución de los más responsables [“persons most responsible”].⁴⁰ Entre ellos, se encuentran especialmente

nexus between violations and the armed conflict implies that, in most cases, the perpetrator of the crime will probably have a special relationship with one party to the conflict. However, such a special relationship is not a condition precedent [...]”]; más cauteloso *Cassese*, JICJ 10 (2012), 1395 (1404), el cual solamente supone que es más fácil de probar el elemento contextual cuando el autor es cercano a una de las partes del conflicto. Aún más restrictivo *Zimmermann*, GA 2010, 507 (520), quien ve los crímenes de guerra como un Derecho Penal especial dirigido a quienes están autorizados en un conflicto armado a causar daños, de manera que en principio no pueden ser cometidos por civiles.

³⁸ En este sentido *van der Wilt*, JICJ 10 (2012), 1113 (1127); de acuerdo *Ambos* (nota 11), p. 143.

³⁹ Al respecto *Ambos*, *Treatise on International Criminal Law, Volume III: International Criminal Procedure*, 2016, pp. 376 ss. con más referencias; crítico sobre la base de la teoría de la pena de *Kant, Hall*, en: Bergsmo (ed.), *Criteria for Prioritizing and Selecting Core International Crimes*, 2010, pp. 171 ss.

⁴⁰ Ver *Situation in the Republic of Kenya*, ICC, Decisión del 31.3.2010 – ICC-01/09-19 (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya), nm. 188; art. 1 (1) Estatuto de TPESL (“para procesar a las personas que tienen la mayor responsabilidad”) [“to prosecute persons, who bear the greatest responsibility”]; ICC-OTP, *Policy Paper on Case Selection and Prioritisation* (15.9.2016), nm. 42 ss., en donde al mismo tiempo se muestra en el sentido de un “enfoque bottom-up” que la persecución de los más responsables puede exigir un fundamento probatorio que debe ser obtenido a través de procesos en contra de autores de menor jerarquía; art. 1 Estatuto de las CECC (“llevar a juicio los líderes [...] y aquellos que fueron más responsables por los crímenes”) [“bring to trial senior leaders [...] and those who were most responsible for the crimes”]; igualmente el art. 1 Estatuto del TPM de Núremberg (“juicio y castigo de los principales criminales de guerra”) [“trial and punishment of the major war criminals”]; ver también la presentación general que hace *de Vlaming*, en: *Reydams/Wouters/Ryngeart* (ed.), *International Prosecutors*, 2012, p. 542.

líderes militares y políticos de mayor jerarquía⁴¹ que cumplen un papel decisivo al planear, iniciar o decidir sobre el suceso global, pero que usualmente permanecen ocultos con relación a la consumación del hecho individual. De ahí que, para identificar los aportes individuales también se deban tener en cuenta las estructuras jerárquicas, así como las cadenas de mando y responsabilidad que surgen de ellas.⁴² En lo que sigue, se estudiarán entonces algunos modelos de imputación que se han seleccionado y que se orientan en especial medida al entendimiento de contextos colectivos de acción.

1. Penalización de la pertenencia a un determinado tipo de grupo

Un posible enfoque, con un alcance amplio para la fundamentación de la responsabilidad penal, consiste en la penalización de la pertenencia, por sí sola, a un determinado tipo de grupo, independientemente del aporte individual a un resultado específico. Un enfoque similar se puede encontrar en el art. 9 del Estatuto del TPM de Núremberg, el cual, lo autorizaba para calificar como criminales grupos u organizaciones a los que pertenecieran las personas juzgadas y condenadas en este contexto. A través de esta disposición, no se estableció la posibilidad de decretar la responsabilidad penal del grupo u organización como tal, su objetivo, era más bien facilitar la realización de procesos penales subsiguientes en contra de personas naturales.⁴³ Es por ello que, el art. 10 del Estatuto del TPM garantizaba el derecho de los países signatarios de la Carta de Londres a adelantar procesos penales con fundamento en la pertenencia del acusado a una organización criminal. Para esto, el carácter criminal de la organización podía darse por probado mediante la sentencia del TPM de Núremberg, sin que dicho carácter pudiera ser cuestionado de nuevo. Una disposición, de este tipo, se puede encontrar también, en el art. II (1) (d) de la Ley No. 10 del Consejo de Control de los Países Aliados.⁴⁴

El delito de organización,⁴⁵ así establecido, conduce en últimas a una responsabilidad penal individual ampliada.⁴⁶ La

incorporación en la organización constituye entonces el elemento que fundamenta la imputación y como consecuencia no es necesario probar una conexión adicional entre el miembro de la organización y los hechos punibles consumados o planeados como parte del objetivo de esta última. En este sentido, *Jung* habla de una “imputación participativa” [“eine partizipatorische Zurechnung”].⁴⁷ Sin embargo, el TPM de Núremberg reconoció que este tipo de imputación es problemático, si como base de la responsabilidad penal se acepta un principio de culpabilidad fundado en los aportes individuales.⁴⁸ De hecho, el TPM resaltó en su sentencia, que uno de los principios del Derecho más importantes es, precisamente, que la culpabilidad penal es individual y por ello deben evitarse las sanciones colectivas. Por esto, la decisión sobre el carácter criminal de una organización se debía tomar de manera que, en la medida de lo posible, personas inocentes no fueran condenadas.⁴⁹ Al mismo tiempo, el Tribunal limitó la punibilidad de la pertenencia a un grupo por encima del tenor literal del art. 10 de su Estatuto⁵⁰ y, en este sentido, afirmó en su sentencia:

Rissing-van Saan/Tiedemann (ed.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, tomo 5, 12. ed. 2009, § 129 nm. 5; *Ostendorf*, en: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (ed.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 4. ed. 2013, § 129 nm. 10; *Schäfer*, en: Joecks/Miebach (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 3, 3. ed. 2017, § 129 nm. 16 ss.

⁴⁶ *Vest* (nota 34), p. 281.

⁴⁷ *Jung*, en: Eser (ed.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, p. 175 (184).

⁴⁸ *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (81): “Los individuos deben ser procesados por sus actos no por sus asociaciones; hacerlo de otra manera es comprometerse en la culpabilidad por asociación” [“Individuals must be prosecuted for their actions, nor for their associations; to do otherwise is to engage in guilt by association”]; también *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94 s.). Con relación a los tipos penales (alemanes) §§ 129, 129a, 129b StGB *Cobler*, KJ 1984, 407 (411): una institucional “renuncia a la prueba individual de la culpabilidad en favor de una responsabilidad colectiva” [verfassungsrechtlich unzulässiger “Verzicht auf einen individuellen Schuld nachweis zugunsten einer kollektiven Haftung”]; *Günther/Prittwitz*, en: Herzog/Neumann (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, 2010, 331 (349): una “responsabilidad individual atenuada” [“verdünnt[e] individuelle Verantwortlichkeit”].

⁴⁹ IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (nota 1), p. 287. Esta restricción que el Tribunal se impuso a sí mismo se refleja en su sentencia. El Tribunal solamente declaró como criminales a la cúpula del NSDAP (partido Nacional Socialista), a la Gestapo, a la SS y su servicio de seguridad, pero no al Gobierno del “Reich” ni al alto mando de las fuerzas armadas alemanas (Wehrmacht), a pesar de que así se exigió en la acusación, IMG, Sentencia del 30.9.1946 y 1.10.1946 (Prosecutor v. Goering et al.), en: Internationaler Militärgerichtshof Nürnberg (nota 1), p. 310 s.

⁵⁰ *Ambos* (nota 7), p. 111; al respecto también *Danner/Martinez*, *California Law Review* 93 (2005), 75 (114).

⁴¹ ICC, Decisión del 9.3.2006 – ICC-01/04-01/06-8 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 63; también International Criminal Court, The Office of the Prosecutor, Policy Paper on Case Selection and Prioritisation del 15.9.2016, nm. 43.

⁴² Ver también *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (407); *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (135); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 así como BGHSt 40, 218 (237).

⁴³ Ver también *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94).

⁴⁴ El Boletín Oficial del Consejo de Control en Alemania No. 1 del 29.10.1945 dice: “Cada uno de los siguientes tipos penales constituye un crimen: [...] Pertenencia a ciertas categorías de asociaciones criminales u organizaciones, cuyo carácter criminal ha sido establecido por el Tribunal Militar Internacional” [“Jeder der folgenden Tatbestände stellt ein Verbrechen dar: [...] Zugehörigkeit zu gewissen Kategorien von Verbrechervereinigungen oder Organisationen, deren verbrecherischer Charakter vom Internationalen Militärgerichtshof festgestellt worden ist”].

⁴⁵ Así, sobre los tipos penales estructuralmente comparables del StGB (§§ 129, 129a, 129b StGB); *Krauß*, en: *Laufhütte*

“Debido a que [...] la declaración con relación a las organizaciones y grupos determinará el carácter criminal de sus miembros, dicha declaración debe excluir a aquellos que no tenían conocimiento sobre sus fines y actos criminales, así como a quienes se convirtieron en miembros de dichas organizaciones por decisión del Estado, a no ser que hayan tomado parte personalmente en hechos declarados como criminales a través del art. 6 del Estatuto. La simple pertenencia no es suficiente para ser afectado por dichas declaraciones.”⁵¹

El Código Penal alemán (StGB por sus siglas en alemán) sigue un enfoque similar al tipificar en los §§ 129, 129a y 129b, entre otros, la pertenencia a una organización terrorista (nacional o extranjera), cuyo objetivo sea o sus actividades estén dirigidas a cometer crímenes internacionales.⁵² La “participación como miembro” exige una participación activa en el quehacer de la organización. No es suficiente solo con ser miembro de forma pasiva y sin importancia para su funcionamiento.⁵³ Pero ello no significa, que el miembro de la organización deba participar como autor o partícipe en los hechos punibles consumados en el marco de sus fines,⁵⁴ puesto que, la conducta típica abarcará “toda actividad que sirve a los intereses de la organización”.⁵⁵

Debido a la amplitud con la que están formulados,⁵⁶ los tipos penales de los §§ 129, 129a y 129b StGB adquieren una relevancia práctica especial en casos en los que no se ha podido demostrar que el acusado ha cometido otros delitos. Esto se puede apreciar en el proceso penal adelantado en Stuttgart en contra de algunos líderes del “Forces Démocratiques de Libération du Rwanda”, grupo paramilitar que operó principalmente en la República Democrática del

Congo. Su presidente, Ignace Murwanashyaka, y su representante, Straton Musoni, fueron acusados como superiores militares (§ 4 Código Penal Internacional alemán, VStGB por sus siglas en alemán) responsables por varios crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos por sus subordinados, entre otros, asesinato, violación y tráfico de personas.⁵⁷ Con relación a Murwanashyaka únicamente se pudo probar su complicidad en cuatro crímenes de guerra, así como su posición de liderazgo en una organización terrorista [“Rädelsführerschaft”]. A su turno, Musoni solamente pudo ser declarado responsable conforme a los §§ 129, 129a y 129b StGB.⁵⁸ Los tipos penales relacionados con el terrorismo también adquieren una importancia especial en los procesos que actualmente se adelantan en contra de presuntos miembros del “Estado Islámico” que aparentemente han participado en la guerra civil en Siria.⁵⁹ A pesar de que estos tipos penales probablemente se pueden justificar a través de la peligrosidad especial de las organizaciones terroristas y de la dinámica que las caracteriza, la cual impide que sean controlables completamente,⁶⁰ no se puede negar que su principal objetivo es superar dificultades probatorias que se pueden presentar al determinar la imputación individual.⁶¹

⁵¹ [“Da [...] die Erklärung bezüglich der Organisationen und Gruppen den verbrecherischen Charakter ihrer Mitglieder bestimmen wird, so sollte diese Erklärung diejenigen ausschließen, die keine Kenntnis der verbrecherischen Zwecke oder Handlungen der Organisationen hatten, sowie diejenigen die durch den Staat zur Mitgliedschaft eingezogen worden sind, es denn, daß sie sich persönlich an Taten beteiligt haben, die durch den Artikel 6 des Statuts für verbrecherisch erklärt worden sind. Die bloße Mitgliedschaft reicht nicht aus, um von solchen Erklärungen betroffen zu werden”].

⁵² En el § 129a Inciso 1 S. 1 StGB se hace referencia solamente al genocidio, a los crímenes contra la humanidad y a los crímenes de guerra, pero no al crimen de agresión.

⁵³ BGHSt 29, 288 (294); 46, 349 (356); Patzak/Lohse, en: Satzger/Schluckebier/Widmaier (ed.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. ed. 2014, § 129 nm. 32; Krauß (nota 45), § 129 nm. 107; Ostendorf (nota 45), § 129 nm. 18; Schäfer (nota 45), § 129 nm. 85.

⁵⁴ Patzak/Lohse (nota 53), § 129 nm. 32; Krauß (nota 45), § 129 nm. 108; Ostendorf (nota 45), § 129 nm. 18; Schäfer (nota 45), § 129 nm. 86; BVerfGE 56, 22 (33); BGHSt 29, 288 (291).

⁵⁵ BVerfGE 56, 22 (33); también BGHSt 29, 288 (294); 31, 16 (17).

⁵⁶ También BGHSt 31, 16 (17); Ostendorf, JA 1980, 499 (503).

⁵⁷ Ver al respecto (desde la perspectiva de la defensa) *Groß-Bölting*, en: 36. Strafverteidigertag, Alternativen zur Freiheitsstrafe, 2013, p. 143 (144); (desde la perspectiva de la Fiscalía) *Ritscher*, en: Safferling/Kirsch (ed.), Völkerstrafrechtspolitik, 2014, p. 223 (231 ss.).

⁵⁸ <http://www.olgstuttgart.de/pb/Lde/Startseite/Medien/OLG+Stuttgart+verurteilt+Funktionaere+der+FDLR+/?LISTPA+GE=3789218> (7.9.2017).

⁵⁹ Ver en general <https://www.generalbundesanwalt.de/de/insich.php> (7.9.2017); ver, además, los procesos más recientes contra Anil O.

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them+enid=19&newsid=684> (7.9.2017), Mukhamadsaid S.

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them+enid=19&newsid=682> (7.9.2017), Tarik A.

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them+enid=19&newsid=681> (7.9.2017); Abdulrahman A. A. und Abdalfatah H. A.

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them+enid=19&newsid=680> (7.9.2017) y Nasser A.

<https://www.generalbundesanwalt.de/de/showpress.php?them+enid=19&newsid=679> (7.9.2017).

⁶⁰ En este sentido BGHSt 31, 202 (207); BGHSt 41, 47 (51); Patzak/Lohse (nota 53), § 129 nm. 32; Krauß (nota 45), § 129 nm. 1; Ostendorf (nota 45), § 129 nm. 13; Schäfer (nota 45), § 129 nm. 4; al contrario *Cobler*, KJ 1984, 407 (411 ss.), el cual considera los §§ 129 ss. StGB contrarios a la Constitución.

⁶¹ Por esta razón, muy crítico *Cobler*, KJ 1984, 407 (411); ver igualmente *Jung* (nota 47), p. 185. Igualmente con relación al proceso de Núremberg *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (94); también crítico *Ostendorf*, JA 1980, 499 (503), el cual advierte sobre el peligro de un Derecho Penal de la consciencia.

2. *Empresa criminal común: Un modelo de imputación sistémico*

Los estatutos de los tribunales penales internacionales contemporáneos no tienen en cuenta – al menos no explícitamente⁶² – la pertenencia a una organización. Según el art. 7 (1) del Estatuto del TPIY y 6 (1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), (solo) es individualmente responsable aquel que ha planeado, ordenado, cometido o instigado la comisión de un crimen mencionado en el Estatuto respectivo o que de alguna otra manera ha ayudado o contribuido a su consumación.⁶³ La configuración de las formas de participación, enunciadas en este listado, fueron confiadas a la jurisprudencia.⁶⁴ En este contexto ocupa un lugar central la figura de la participación en una ECC,⁶⁵ desarrollada por la Cámara de Apelaciones del TPIY en el caso Tadic,⁶⁶ la cual puede ser considerada como una forma especial de comisión.⁶⁷ Desde el punto de vista objetivo, para esta forma de responsabilidad deben concurrir tres condiciones:⁶⁸

- Una pluralidad de personas, las cuales no necesariamente deben pertenecer a una estructura u organización militar, administrativa o política ni estar todas identificadas con nombres.⁶⁹
- Una objetivo o plan común, el cual no debe ser necesariamente objeto de un acuerdo previo a la comisión de los hechos y puede surgir de la situación concreta durante su consumación.
- La participación en la consecución del objetivo o finalidad común.

De esta última condición se desprende, que de acuerdo con esta forma de imputación, la sola pertenencia a una asociación criminal tampoco⁷⁰ puede fundamentar la punibilidad.⁷¹ No obstante, aún no es claro cuáles son los requisitos concretos que implica esta condición. Este es todavía un tema discutido. Mientras algunas cámaras pretenden aceptar cualquier tipo de contribución a la consumación de un crimen, incluso la más insignificante,⁷² otras exigen un aporte significativo, aunque éste no tiene que ser sustancial, necesario o imprescindible.⁷³ De todas maneras, no se exige una participación directa o inmediata en la consumación como tal del crimen.⁷⁴ De acuerdo con la Cámara de Apelaciones en el caso Brdanin, ni siquiera es necesario que el autor inmediato pertenezca a la ECC; en principio, es suficiente que uno o varios de los

⁶² Ver, sin embargo, sobre la similitud estructural de la doctrina de la ECC con los delitos de organización el pie de página 84 y el texto principal al cual pertenece.

⁶³ De acuerdo con los art. 7 (1) Estatuto del TPIY y 6 (1) Estatuto del TPIR se considera individualmente responsable la persona que: “[...] planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles [...]”.

⁶⁴ También *Ambos/Bock*, en: de Brouwer/Smeulers (ed.), *The Elgar Companion to the International Criminal Tribunal for Rwanda*, 2016, p. 202.

⁶⁵ Ver, sin embargo, sobre la actitud en principio vacilante del TPIR *Ambos/Bock* (nota 64), pp. 205 s.

⁶⁶ ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 224 ss.

⁶⁷ Ver por ejemplo ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 188; ICTY, Decisión del 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic/Sainovic/Ojdanic); ICTY, Sentencia del 30.6.2016 – IT-08-91-A (Prosecutor v. Stanisic/Zupljanin), nm. 109; ICTY, Sentencia del 2.8.2001 – IT-98-33-T (Prosecutor v. Krstic), nm. 601; ICTR, Sentencia del 16.12.2013 – ICTR-01-68-A (Ndahimana v. Prosecutor), nm. 201; ICTR, Sentencia del 17.5.2011 – ICTR-00-56-T (Prosecutor v. Ndindiliyimana et al.), nm. 1912.

⁶⁸ Fundamental ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 227; confirmado recientemente en ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 560 ss.; con más referencias jurisprudenciales ver *Ambos* (Fn. 7), p. 124 s.; en especial con relación a la jurisprudencia del TPIY ver *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ss.); sobre la jurisprudencia del TPIR ver *Ambos/Bock* (nota 64), p. 207.

⁶⁹ ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 430.

⁷⁰ Sobre la pertenencia a una organización ver arriba II. 1.

⁷¹ ICTY, Sentencia del 1.9.2004 – IT-99-36-T (Prosecutor v. Brdanin), nm. 263; ICTR, Sentencia del 2.2.2012 – ICTR-98-44-T (Prosecutor v. Karemera/Ngirumpatse), nm. 1437.

⁷² De manera muy amplia ICTR, Sentencia del 11.9.2006 – ICTR-01-65-T (Prosecutor v. Mpambara), nm. 13 (“no hay un estándar mínimo para la relevancia o importancia y el acto no debe ser un crimen independiente” [“there is no minimum threshold of significance or importance and the act need not independently be a crime”]) con referencia a ICTY, Sentencia del 28.2.2005 – IT-98-30/1-A (Prosecutor v. Kvočka et al.), nm. 97 (“no hay un requisito legal específico de que el acusado deba hacer una contribución sustancial a la empresa criminal común” [“there is no specific legal requirement that the accused make a substantial contribution to the joint criminal enterprise”]); también muy amplio ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 100 (“la participación [...] puede tomar la forma de asistencia en, o contribución a, la ejecución del propósito común” [“participation [...] may take the form of assistance in, or contribution to, the execution of the common purpose.”]).

⁷³ ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 430; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 564; ICTR, Sentencia del 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), nm. 1907.

⁷⁴ ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 100; ICTR, Sentencia del 30.9.2011 – ICTR-99-50-T (Prosecutor v. Bizimungu et al.), nm. 1907.

miembros de una ECC se valgan de una persona externa para la realización del hecho.⁷⁵ Como resultado, de esta manera se termina reconociendo una especie de coautoría mediata.⁷⁶

Desde el punto de vista subjetivo, se han diferenciado tres formas de ECC.⁷⁷ En la forma básica (ECC I), los participantes actúan conjuntamente con base en un plan común y con dolo común. La segunda forma (ECC II), se dirige a hechos cometidos en campos de concentración o en contextos sistémicos similares. A diferencia de lo que ocurre en la ECC I, aquí no se debe probar que el acusado ha actuado con dolo respecto a los actos concretos. Es suficiente cuando él conoce el sistema de maltrato y actúa con la intención de promover su funcionamiento [“Förderungsvorsatz”]. Incluso, es posible establecer que el acusado ha obrado con dicha intención a partir de su posición jerárquica. La tercera forma (ECC III) permite la imputación de actos que constituyen excesos y que no están comprendidos en el plan o dolo común. Para esto se deben cumplir dos condiciones: (i) el acusado debe haber tenido la intención (dolo) de participar en la ECC y de facilitar la obtención de su propósito criminal; (ii) la consumación de los actos que constituyen excesos debe haber sido previsible. En este sentido, se exige que el acusado haya sido consciente de que la ECC, con un alto grado de probabilidad, produciría un determinado resultado y que él hubiera aceptado dicho riesgo.

La ventaja manifiesta de esta doctrina radica en que ofrece una alternativa simple desde el punto de vista de la técnica probatoria frente a actos colectivos, la cual permite fundamentar la responsabilidad de “hombres de atrás” que no están presentes en la consumación de los hechos.⁷⁸ En especial, la acusación no debe probar que entre la conducta del acusado y el hecho concreto consumado existe una conexión directa o inmediata.⁷⁹ Desde el punto de vista dogmático se puede afirmar entonces, tal y como lo señaló acertadamente Vogel, que se trata de un “modelo sistémico” [“ein systemisches Modell”], pues a través suyo “la responsabilidad individual se atribuye de acuerdo con la función y aporte del partícipe en un contexto criminal”⁸⁰ de

esta clase. En este modelo la estructura colectiva de los hechos se toma en cuenta en la medida en que la responsabilidad penal se fundamenta principalmente “en la participación en una asociación criminal”^{81, 82} en el marco de la cual se cometen crímenes (internacionales).⁸³ Sin embargo, se debe señalar, por un lado, que especialmente la tercera forma se acerca a la penalización de la pertenencia activa a un grupo,⁸⁴ debido a que aquella se satisface con la previsibilidad de los hechos y solamente toma en cuenta la pertenencia a la ECC. Pero, por otro lado, una diferencia decisiva consiste en que la figura de la ECC III no solamente comprende la participación como tal en una asociación criminal, sino también la corresponsabilidad, incluso a título de autoría,⁸⁵ por los hechos concretos cometidos en el marco de dicha asociación.⁸⁶

El énfasis en la relación que surge entre personas que actúan de forma colectiva y sistémica también conduce, casi inevitablemente, a tensiones con el principio de culpabilidad.⁸⁷ Cuando en el contexto de la ECC II se deriva el dolo dirigido a promover la finalidad de la organización automáticamente a partir de la posición jerárquica del acusado, en la práctica se está renunciando a probar formalmente el comportamiento antijurídico de éste.⁸⁸ Además, la

⁸¹ [“die Beteiligung an einem kriminellen Zweckverband”] Vogel, ZStW 114 (2002), 403 (421); también Ambos (nota 7), p. 161; *el mismo* (nota 5), § 7 nm. 30.

⁸² Ver también ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 191; Gustafson, JICJ 5 (2007), 134 (139).

⁸³ Vgl. ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 430.

⁸⁴ También Danner/Martinez, California Law Review 93 (2005), 75 (117 ss.); Ohlin, JICJ 5 (2007), 69 (81); Ambos (nota 7), p. 173; igualmente para la ECC II *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (97).

⁸⁵ Ver *Vest* (nota 34), p. 289; en detalle Ambos (nota 7), p. 161 s. con más referencias.

⁸⁶ Vgl. ICTY, Decisión del 21.5.2003 – IT-99-37-AR72 (Prosecutor v. Milutinovic et al.), nm. 26: “La responsabilidad penal conforme a la empresa criminal común no es responsabilidad por la mera pertenencia o por conspirar para cometer crímenes, sino una forma de responsabilidad que se ocupa de la participación en la comisión de un crimen como parte de una empresa criminal común” [“Criminal liability pursuant to joint criminal enterprise is not a liability for mere membership or for conspiring to commit crimes, but a form of liability concerned with the participation in the commission of a crime as part of a joint criminal enterprise”]; también *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

⁸⁷ En detalle con relación a las críticas formuladas en contra de la ECC en el sentido de que esta forma de responsabilidad fundamenta una especie de culpabilidad colectiva inadmisibles ver *Vest* (nota 34), pp. 332 ss.; ver también dicha crítica en *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550).

⁸⁸ Ver *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (188); también *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (199); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

⁷⁵ ICTY, Sentencia del 3.4.2007 – IT-99-36-A (Prosecutor v. Brdanin), nm. 410 ss.; también ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 567.

⁷⁶ Ambos (nota 7), p. 125; Ambos/Bock (nota 64), pp. 208 s.

⁷⁷ Fundamental ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 220; con más referencias jurisprudenciales Ambos (nota 7), pp. 125 ss.; en especial con relación a la jurisprudencia del TPIY *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (170 ss.); sobre la jurisprudencia del TPIR *Ambos/Bock* (nota 64), p. 209.

⁷⁸ *Gustafson*, JICJ 5 (2007), 134 (137, 145); también *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (98).

⁷⁹ Ambos (nota 7), p. 175; también *van Sliedregt*, JICJ 5 (2007), 184 (187); *van der Wilt*, JICJ 5 (2007), 91 (101).

⁸⁰ [bei dem “individuelle Verantwortlichkeit nach der Funktion des Beteiligten und seines Beitrags im kriminellen Systemzusammenhang zugeschrieben wird”] Vogel, ZStW 114 (2002), 403 (420).

tercera variante de la ECC supone igualmente una reducción importante de las condiciones que normalmente se exigen para probar una acción penalmente relevante, sobre todo porque en la práctica el requisito de la previsibilidad difícilmente puede generar un efecto limitador de la punibilidad.⁸⁹ Por esta razón, esta forma de imputación es vista por parte de la literatura, con argumentos importantes, como una especie de responsabilidad objetiva por el resultado, no conciliable con el principio de culpabilidad.⁹⁰

3. Estructuras colectivas de consumación y teoría del dominio del hecho

A pesar de que la doctrina de la ECC constituye un modelo de imputación atractivo desde la perspectiva de los funcionarios encargados de acusar, hasta el momento la CPI no ha acudido a ella. En lugar de esto, con el fin de interpretar el art. 25 del Estatuto de Roma (ER),⁹¹ las cámaras de la CPI se han apoyado en la teoría del dominio del hecho,⁹² desarrollada principalmente por *Roxin*.⁹³

a) Coautoría

La coautoría es entendida, en consecuencia, como la actuación conjunta de una pluralidad de personas en la que se

⁸⁹ Ver *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550); también la revisión de la jurisprudencia hecha por *Ambos* (nota 7), pp. 126 s.

⁹⁰ *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550: “responsabilidad estricta por actos criminales que no fueron parte de un plan común” [“strict liability for criminal acts that were not part of a common plan”]); *Ambos* (nota 7), pp. 174 ss.; crítico también *Haan*, ICLR 5 (2005), 167 (200 s.).

⁹¹ En este sentido es relevante especialmente el art. 25 (3) (a) ER, según el cual es penalmente responsable quien “(a) Cometa [un] crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”.

⁹² Fundamental ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 323 ss.; ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 469; ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 994; ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1389 ss.; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 62; ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 480 ss.; ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 348; ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 296; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), nm. 291; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24; también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

⁹³ Fundamental *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. ed. 2015, pp. 60 ss.

da una división funcional del trabajo.⁹⁴ La imputación recíproca de cada aporte constituye el elemento clave.⁹⁵ De esta manera, también la coautoría tiene un elemento sistémico, ya que el individuo es hecho responsable por un resultado que no ha causado él solo, sino en concomitancia con otros, es decir, de forma colectiva.⁹⁶ Desde el punto de vista objetivo, las cámaras exigen la existencia de un plan común y un aporte o contribución esencial para la realización del hecho [“essential contribution”].⁹⁷ Desde el punto de vista subjetivo se exige (en principio)⁹⁸ el dolo en el sentido del art. 30 ER.⁹⁹

⁹⁴ ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 342: “El concepto de coautoría basado en el control común sobre los crímenes se basa en el principio de la división de las tareas esenciales para el propósito de cometer un crimen entre dos o más personas que actúan de manera concertada” [“The concept of co-perpetration based on joint control over the crimes is rooted in the principle of the division of essential tasks for the purpose of committing a crime between two or more persons acting in a concerted manner”]; ver también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 62; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24.

⁹⁵ Explícito ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 994; ver también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 445; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 65; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24; ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 134.

⁹⁶ Siehe *Seelmann* (nota 12), p. 8; comparar también *Eidam*, Der Organisationsgedanke im Strafrecht, 2015, pp. 144 s.

⁹⁷ ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 980, 989; ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 343, 346; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 64; ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 350; ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 297; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto, Kosgey/Sang), nm. 292; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 24; también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

⁹⁸ Ver, sin embargo, sobre la posible flexibilización del elemento plan común la nota 101 y el texto principal al cual corresponde.

⁹⁹ ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 349; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 70; ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein

Al margen de las discusiones que existen con relación a los detalles de esta forma de imputación,¹⁰⁰ ya es posible afirmar que la jurisprudencia ha reconocido para la coautoría un ámbito de aplicación amplio. En este sentido, no es necesario que el plan común esté dirigido específicamente a la consumación de un crimen; por el contrario, es suficiente cuando el plan contiene un “elemento de criminalidad” [“element of criminality”]. Esto se da cuando: (i) los coautores están dispuestos bajo ciertas circunstancias a cometer un crimen para alcanzar un fin no-criminal, o (ii) cuando son conscientes de que la implementación de su plan implica el riesgo de que se cometan crímenes y aceptan esa consecuencia.¹⁰¹ A pesar de ello, no es claro qué tipo de casos han sido visualizados por las cámaras al formular estos supuestos, pero es posible pensar que el “elemento de criminalidad” se presenta, por ejemplo, cuando los líderes de una milicia, con el fin de fortalecer las unidades bajo su mando (un fin que no es criminal), desarrollan una estrategia de reclutamiento estricta (la cual en sí misma tampoco es criminal) que al implementarse lleva al reclutamiento forzado de menores, lo cual constituye un crimen de guerra según el art. 8 (2) (e) (vii) ER. Si se admite que para la existencia del plan común es suficiente que los líderes de la milicia hayan reconocido dicho riesgo y lo hayan aceptado, probablemente se estaría en presencia de un relajamiento de las condiciones subjetivas generales de la punibilidad establecidas en el ER, puesto que el simple dolo eventual, según la opinión mayoritaria, no cumple con las condiciones del art. 30 de

Ali), nm. 297; también ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 351, en donde se establecen, sin embargo, exigencias más estrictas para el requisito del dolo.

¹⁰⁰ Así, en ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 351, se exige para el dolo, además, que el coautor conozca las circunstancias concretas que le han permitido controlar los hechos conjuntamente con otros, crítico al respecto *Ambos* (nota 7), p. 154. El Juez Fulford se opone en general a la aplicación de la teoría del dominio del hecho y acepta para la coautoría, en principio, todo tipo de aporte (no solamente los aportes esenciales), ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, nm. 12, 15; igualmente ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 6, 41. Para *van den Wyngaert* el elemento “plan común” es puramente subjetivo en el sentido de un dolo común, nm. 32.

¹⁰¹ ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 344; también ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 399; crítico al respecto *Ambos* (nota 7), p. 152; con una formulación diferente en ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 67.

dicho Estatuto.¹⁰² De esta manera, la coautoría se acercaría a la ECC, debido a que el énfasis del reproche parecería estar dirigido a la participación en una empresa, cuya peligrosidad sería reconocible. No obstante, con relación a los hechos concretos relevantes, las cámaras de la CPI se han adherido de manera irrestricta al estándar subjetivo del art. 30 ER,¹⁰³ a pesar de que no es claro, cómo esto es reconciliable con un entendimiento del plan común basado en la aceptación de un riesgo.¹⁰⁴

A través de la exigencia de una “contribución esencial” [“essential contribution”], se debe delimitar la coautoría frente a la participación.^{105, 106} Por lo que, la contribución al hecho en el contexto de la coautoría debe ser más relevante que en la ECC,¹⁰⁷ sobre todo porque con relación a esta última no se reconoce de manera unánime la necesidad de un estándar mínimo.¹⁰⁸ A pesar de ello, las cámaras han seguido un enfoque flexible para la valoración de la contribución al hecho principal, el cual se concreta caso a caso y les abre un amplio margen de decisión.¹⁰⁹ De modo que, no es necesaria la participación directa e inmediata en el hecho.¹¹⁰ Tampoco

¹⁰² ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1011; ICC, Decisión del 15.6.2009 – ICC-01/05-01/08-424 (Prosecutor v. Bemba Gombo), nm. 360 ss.; *Ambos* (Fn. 5), § 7 nm. 64; *Satzger* (nota 7), § 15 nm. 25; también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 449; *Safferling* (nota 32), § 5 nm. 28.

¹⁰³ Claro ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 349.

¹⁰⁴ Ver ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 38. Crítico también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 449, en donde se mantiene, sin embargo, el enfoque de la Cámara de Juzgamiento, puesto que ésta – a pesar de la desafortunada elección de palabras – solamente quiso precisar que el plan común debió ser ejecutado durante un periodo de tiempo más largo y por esta razón los coautores deberían haber anticipado futuros sucesos (nm. 450).

¹⁰⁵ Al respecto ver más adelante apartado III. 4. c).

¹⁰⁶ ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 998; también ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 468 s.; crítico al respecto ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 22.

¹⁰⁷ Ver ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 987-989.

¹⁰⁸ Al respecto ver arriba nota 72 y el texto principal correspondiente.

¹⁰⁹ ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1001.

¹¹⁰ ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 458; ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC/01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1003; ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 69; otra

se requiere la presencia en el lugar en el que el crimen se cometió, siempre que el acusado haya podido ejercer de otra manera el control necesario sobre la perpetración.¹¹¹ En este sentido, la Cámara de Juzgamiento en el caso Lubanga hizo referencia a las personas que planearon los hechos y de esta forma determinaron los actos de quienes cometieron directamente los crímenes.¹¹² Por consiguiente, de acuerdo con la teoría moderada del dominio del hecho,¹¹³ la Cámara acepta que un crimen puede ser cometido en coautoría si se constata que hubo contribuciones en la etapa de preparación. Como resultado, también aportes lejanos o indirectos con relación a la consumación del hecho pueden fundamentar la responsabilidad penal a título de coautoría, si dichos aportes, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, son lo suficientemente relevantes.¹¹⁴ De ahí que – al margen de la presunción del dolo – no existan diferencias importantes entre la ECC I y II y esta forma de entender la coautoría.

b) Dominio de la organización

La CPI ha reconocido en varias decisiones la autoría mediata a través del dominio de una organización.¹¹⁵ En línea con el enfoque propuesto por *Roxin*,¹¹⁶ quien domina un aparato de

poder¹¹⁷ conformado jerárquicamente, de tal manera que puede emitir órdenes a las personas que le están subordinadas,¹¹⁸ debe ser considerado autor mediato cuando utiliza su autoridad para la realización de hechos punibles. El dominio del hecho se deriva en estos casos del direccionamiento, casi automático, de los actos del ejecutor material que garantiza la estructura de la organización, así como de la fungibilidad de éste. El aparato de poder debe estar estructurado de tal manera que el subordinado, a pesar del dominio que pueda tener en concreto sobre el hecho, representa desde la perspectiva del superior una pieza intercambiable. Es decir, el subordinado puede ser reemplazado inmediatamente si se niega a cumplir con la orden.¹¹⁹

Este no es el lugar para repetir las críticas que han sido expuestas en contra de la teoría del dominio de la organización.¹²⁰ Simplemente se quiere resaltar que dicha teoría se dirige fundamentalmente a establecer la responsabilidad individual en contextos de acción verticales y jerárquicos.¹²¹ Debido a la idea del direccionamiento automático, esta teoría permite declarar responsables a título de autoría¹²² a los hombres de atrás, cuya posibilidad de

opinión ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 44.

¹¹¹ ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1005; también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 69.

¹¹² ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 1004; confirmado en ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 469; también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 69.

¹¹³ Al respecto ver *Heinrich*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. ed. 2016, nm. 1226 ss.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2, 2003, § 25 nm. 198 ss. (el cual considera necesaria la contribución durante la etapa de ejecución); en especial con miras al art. 25 (3) (a) ER *Vest* (nota 34), p. 181.

¹¹⁴ Así, explícitamente ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 134.

¹¹⁵ El fundamento legal es el art. 25 (3) (a) ER, según el cual la comisión de un crimen por medio de otro es posible, independientemente de si ese otro también es penalmente responsable. Se ha entendido entonces que la autoría mediata no necesariamente supone que quien hace las veces de “herramienta” deba presentar alguna circunstancia que afecte su punibilidad, de manera que los casos de “autor detrás del autor” también quedan aquí comprendidos, ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 496, 499. Crítico al respecto Juez van den Wyngaert, quien no encuentra ningún fundamento en el art. 25 ER para la teoría del dominio de la organización, ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), nm. 52.

¹¹⁶ *Roxin* (nota 93), p. 248.

¹¹⁷ Al respecto ver ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 511; también ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 297; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 292; ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

¹¹⁸ Sobre el poder de impartir órdenes también ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 513.

¹¹⁹ ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 515 ss. con referencia a *Roxin* (nota 93), p. 245; también ICC, Decisión del 29.1.2012 – ICC-01/09-02/11-382 (Prosecutor v. Muthaura/Kenyatta/Hussein Ali), nm. 297; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 292; ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104.

¹²⁰ Desde la perspectiva alemana *Köhler*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1996, p. 510; *Jakobs*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. 1993, Cap. 21. nm. 103; en el contexto del ER ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 52; ver igualmente *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (99 ss.) así como la discusión de los argumentos que se han esgrimido en contra de la teoría del dominio de la organización en *Roxin* (nota 113), § 25 nm. 113 ss.

¹²¹ Ver ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 501; también *Roxin* (nota 93), p. 243.

¹²² Usualmente la coautoría fracasa en estos casos, debido a que entre los líderes de un grupo y los autores materiales no

influir desde el punto de vista fáctico en el hecho concreto puede ser limitada debido a que se encuentran alejados del nivel de ejecución,¹²³ pero que desde el punto de vista normativo pueden ser calificados como “las personas más responsables”¹²⁴ [“persons most responsible”].¹²⁵

Se debe mencionar, que en algunas decisiones se han combinado la autoría mediata y la coautoría.¹²⁶ En la coautoría mediata [“mittelbare Mittäterschaft”] varias personas que dominan diferentes aparatos de poder actúan de manera conjunta y con base en un plan común utilizan su poder de impartir órdenes en la respectiva organización para la realización de hechos punibles.¹²⁷ En cambio, en la coautoría en autoría mediata [“Mittäterschaft in mittelbarer Täterschaft”] varias personas que dominan una misma organización actúan conjuntamente.¹²⁸ A través de este enfoque es posible tener en cuenta el hecho de que las personas que participan en crímenes internacionales usualmente están vinculados a organizaciones tanto horizontales (coautoría) como verticales (autoría mediata).¹²⁹

4. Complicidad y contribuciones a hechos grupales

Los modelos de imputación tratados hasta aquí están dirigidos a la fundamentación de la responsabilidad a título de autoría. Pero, en caso de que sus requisitos no se cumplan,

hay un plan común, *Roxin* (nota 113), § 25 nm. 121; para otra opinión ver *Jakobs* (nota 120), Cap. 21 nm. 103.

¹²³ Crítico por esta ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 53; también *Weigend*, JICJ 9 (2011), 91 (100).

¹²⁴ Ver también arriba nota 40 y texto principal correspondiente.

¹²⁵ *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 28; también ver ICC, Sentencia del 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06-3121 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 465; BGHSt 40, 218 (237) y *Eidam* (nota 96), p. 157.

¹²⁶ Con más detalle *Ambos*, en: Triffterer/Ambos (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, 3. ed. 2016, Art. 25 nm. 14; también *Vest* (nota 35), pp. 433 s.; crítico al respecto ICC, Sentencia del 18.12.2012 – ICC-01/04-02/12-4 (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), Concurring Opinion of Judge Christine van den Wyngaert, nm. 61 (“expansión radical del art. 25 (3) (a) del Estatuto” [“radical expansion of Article 25 (3) (a) of the Statute”]).

¹²⁷ Ver especialmente ICC, Decisión del 30.9.2008 – ICC-01/04-01/07-717 (Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo Chui), nm. 548 ss.; también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 104; ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/ Kosgey/Sang), nm. 292.

¹²⁸ Ver ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 136 ss.

¹²⁹ Sobre el enfoque comparable del TPIY ver arriba nota 76 así como el texto principal correspondiente.

es posible calificar la participación en un hecho colectivo como complicidad [“aiding and abetting”].¹³⁰

a) Jurisprudencia alemana: El requisito (flexibilizado) de una prueba concreta del hecho individual

El Tribunal Federal alemán (BGH por sus siglas en alemán) entiende como “prestación de asistencia” [“Hilfeleistung”], en el sentido del § 27 StGB, fundamentalmente toda acción que objetivamente promueve o facilita la causación de un resultado criminal por parte del autor. No se exige causalidad en el sentido de una *conditio sine qua non*, ya que se puede incluir, en principio, toda contribución al hecho principal.¹³¹ Empero, cuando se trata de crímenes internacionales, para cuya realización actúan conjuntamente varias personas en diferentes niveles jerárquicos y con diferente distancia frente a la conducta típica concreta, adquiere especial relevancia la pregunta sobre el tipo de asistencia (desde un punto de vista cualitativo) que se debe proporcionar para efectos de fundamentar la punibilidad por complicidad.

Al respecto, el BHG siguió, en su primera sentencia sobre Auschwitz en el año 1969, un enfoque restrictivo: “[no] todo aquel que hizo parte del programa de exterminio del campo de concentración Auschwitz y, con ocasión de dicho programa, allí desarrolló algún tipo de actividad, participó desde el punto de visto objetivo en los asesinatos”.¹³² De acuerdo con el BGH, la punibilidad por complicidad exige una contribución concreta al hecho principal.¹³³ Como ejemplos, el BGH menciona la selección de personas en la rampa del campo de concentración y la vigilancia de la introducción del gas venenoso en las cámaras de gas. Dado que al médico del campo de concentración, miembro de la SS, no se le pudieron probar actos de este tipo, dicho médico debía ser absuelto. La sola pertenencia al personal del campo y el conocimiento sobre la finalidad de exterminio que éste tenía no eran suficientes para imputarle las muertes que se causaron en dicho lugar.¹³⁴ Para fundamentar esta conclusión

¹³⁰ Art. 7 (1) Estatuto del TPIY, art. 6 (1) Estatuto del TPIR, art. 25 (1) (c) ER. La jurisprudencia de los tribunales penales internacionales no distinguen entre aiding y abetting y parte de un concepto unificado de complicidad, ver ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; también ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 87; al contrario, haciendo diferencia ICTR, Sentencia del 2.9.1998 – ICTR-96-4-T (Prosecutor v. Akayesu), nm. 484.

¹³¹ Recientemente la jurisprudencia fue resumida en BGH NSStZ 2017, 158 (159) con varias referencias; sobre la discusión sobre el requisito de la causalidad ver *Joecks*, en: *Joecks/Miebach* (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, 3. ed. 2017, § 27 nm. 24 ss.

¹³² [Nicht “jeder der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers Auschwitz eingegliedert war und dort irgendetwie anlässlich dieses Programms tätig wurde, [habe] sich objektiv an den Morden beteiligt”].

¹³³ BGH NJW 1969, 2056.

¹³⁴ BGH NJW 1969, 2056 (2057).

el BGH afirmó que la visión contraria,¹³⁵ propuesta principalmente por *Fritz Bauer*, significaría que:

“También debería castigarse un comportamiento que de ninguna manera promovió en concreto el hecho principal. En consecuencia, también sería culpable por complicidad en los asesinatos el médico que había sido asignado al cuidado del equipo de vigilancia y que se limitó estrictamente al cumplimiento de dicha tarea. Lo mismo se aplicaría al médico que trató a los prisioneros enfermos y los salvó. Ni siquiera se vería libre de sanción quien desde su posición puso pequeños obstáculos al programa de exterminio, así fuera de forma subordinada y sin éxito. Esto no es admisible.”¹³⁶

Esta decisión llevó a que, en los años subsiguientes, fueran archivados varios procesos que se adelantaban en contra de antiguos miembros de los campos de concentración, con el argumento de que no había sido posible probar la participación de los acusados en actos concretos mediante los cuales se hubiera causado la muerte de las víctimas.¹³⁷ Sin embargo, en el año 2011 el Tribunal de Distrito [“Landgericht”; LG] de Múnich condenó a John Demjanjuk, antiguo guardia de un campo de concentración, por complicidad en asesinato en 28.060 casos.¹³⁸ En la motivación de la sentencia, los jueces consideraron que el objetivo principal de este campo (en realidad de exterminio), es decir, la eliminación de la población judía de Europa, también había sido promovido a través de tareas generales de servicios y vigilancia, y que el acusado, por medio de sus actividades había contribuido al funcionamiento adecuado de esta maquinaria de la muerte.¹³⁹ Demjanjuk murió antes de que el BGH hubiera resuelto el recurso de revisión presentado por la defensa y por la Fiscalía. En todo caso, el enfoque del Tribunal de Múnich fue confirmado cuatro años

después en el proceso contra Oskar Gröning, el denominado contador de Auschwitz. El Tribunal de Distrito de Luneburgo lo condenó por complicidad en asesinato en 300.000 casos, debido a que, según el Tribunal, al prestar vigilancia y desarrollar actividades administrativas para la reutilización de objetos de valor de las personas deportadas, el acusado apoyó un sistema dirigido a causar la muerte de personas, es decir, el campo de exterminio.¹⁴⁰ El hecho de que las acciones del acusado no estuvieran dirigidas a soportar o promover hechos individuales concretos solo sería relevante desde el punto de vista del concurso de conductas punibles y permitiría aceptar en este caso la unidad de acción.¹⁴¹

El BGH confirmó la decisión del Tribunal de Luneburgo. En esta decisión resaltó que no todos los crímenes cometidos por una banda o asociación criminal (pensando probablemente en la pertenencia al personal del campo de concentración) pueden ser imputados automáticamente a cada uno de sus miembros. Al contrario, en cada caso se debe probar, siguiendo criterios generales, si y cómo el miembro respectivo participó en dichos hechos.¹⁴² Esto aplica también para actos “que tienen lugar en el contexto de o con ocasión de crímenes masivos organizados estatalmente”.¹⁴³ Aquí, “no se deben dejar de lado las particularidades que desde el punto de vista fáctico se derivan de este tipo de delitos”.¹⁴⁴ Con esto se está haciendo referencia a la incorporación del hecho individual en un contexto colectivo de acción y a la forma masiva de consumación. Sobre esta base, el BGH encuentra una contribución suficiente en el sentido de la complicidad no solamente en el servicio prestado en la rampa, sino también en el hecho de que el acusado, debido al ejercicio general de sus deberes en el campo de concentración, tomó parte en la estructurada y organizada maquinaria industrial nacional-socialista que permitió a los funcionarios de la SS organizar y ejecutar de manera expedita los asesinatos.¹⁴⁵

Para esto, con fundamento en la teoría del dominio de la organización,¹⁴⁶ el BGH argumenta que la maquinaria nacionalsocialista, cuyo objetivo era matar al mayor número de personas posible, es vista como un aparato organizado de poder, el cual permite calificar como autores mediatos a los hombres de atrás. Debido a que el acusado, en cuanto herramienta fungible, contribuyó a su funcionamiento, actuó como cómplice de los asesinatos cometidos por los hombres

¹³⁵ *Bauer*, JZ 1967, 625 (628).

¹³⁶ [“auch ein Handeln, das die Haupttat in keiner Weise konkret fördert, bestraft werden müsste. Folgerichtig wäre auch der Arzt, der zur Betreuung der Wachmannschaft bestellt war und sich streng auf diese Aufgabe beschränkt hat, der Beihilfe zum Mord schuldig. Dasselbe gälte sogar für den Arzt, der im Lager Häftlingskranke behandelt und sie gerettet hat. Nicht einmal wer an seiner Stelle dem Mordprogramm kleine Hindernisse, wenn auch in untergeordneter Weise und ohne Erfolg, bereitet hätte, wäre straffrei. Dies ist nicht angängig.”] BGH NJW 1969, 2056 (2057); crítico al respecto *Safferling*, JZ 2017, 258 (260), debido a que, según él, el BGH fundamentó una regla de imputación general con base en un caso excepcional y así puso “la dogmática jurídico de cabeza” [die “juristische Dogmatik auf den Kopf” stelle].

¹³⁷ Para un resumen instructivo ver *Kurz*, ZIS 2013, 122 (125); también ver *Rommel*, NJW 2017, 161 (162).

¹³⁸ Según el Tribunal de Distrito la complicidad en el asesinato de los judíos de un mismo transporte constituyen un único hecho, LG München, Justiz und NS-Verbrechen (JuNSV), tomo 49, 227 (367 s.); sobre el problema del concurso de conductas punibles también *Kurz*, ZIS 2013, 122 (127).

¹³⁹ LG München, JuNSV, tomo 49, 227 (362).

¹⁴⁰ LG Lüneburg, Sentencia del 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), nm. 56.

¹⁴¹ LG Lüneburg, Sentencia del 15.7.2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14), nm. 58.

¹⁴² BGH NStZ 2017, 158.

¹⁴³ [“die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit staatlich organisierten Massenverbrechen vorgenommen werden.”].

¹⁴⁴ [Dabei “dürften jedoch die Besonderheiten nicht außer Betracht bleiben, die sich bei derartigen Delikten in tatsächlicher Hinsicht ergeben.”] BGH NStZ 2017, 158 (160).

¹⁴⁵ BGH NStZ 2017, 158 (160); sobre esta diferenciación también *Rommel*, NJW 2017, 161.

¹⁴⁶ Ver arriba nota 115 así como el texto principal correspondiente.

de atrás en calidad de autores mediatos.¹⁴⁷ A pesar de que el BGH se esfuerza por conciliar este enfoque con su primera decisión sobre Auschwitz,¹⁴⁸ es posible afirmar, al menos, que el requisito de una prueba concreta con relación al hecho individual se flexibiliza de manera considerable. Por esto, si se deja de lado la referencia argumentativa a la teoría del dominio de la organización, también es posible encontrar semejanzas claras entre este enfoque y la doctrina de la ECC. A Gröning se le imputan los asesinatos cometidos en el campo de concentración de Auschwitz,¹⁴⁹ debido a que él, a través de la prestación de sus servicios, aportó al funcionamiento del campo de concentración (a joint criminal enterprise) y sabía que así creaba, de manera mancomunada con otros, las condiciones necesarias para la ejecución de la campaña de exterminio (dolo dirigido a promover el objetivo de la organización).¹⁵⁰ Esto corresponde – al margen de la presunción del dolo – a la ECC II.¹⁵¹

Esta nueva jurisprudencia solamente ha sido aplicada al personal de vigilancia de los campos de concentración.¹⁵² Pero dichos criterios también son aplicables a los trabajadores que desarrollaban tareas administrativas o a otras personas que apoyaron su funcionamiento sin tener una conexión directa con las muertes de los prisioneros.¹⁵³ Mediante este tipo de actividades también se contribuyó para que esta maquinaria de la muerte funcionara adecuadamente y así se apoyó la ejecución de los asesinatos. Conforme a la jurisprudencia consolidada del BGH, la (supuesta)¹⁵⁴

¹⁴⁷ Safferling, JZ 2017, 258 (261); también Rommel, NJW 2017, 161 (162). De acuerdo con Roxin (nota 93), p. 249 las actividades que no son idóneas para poner en funcionamiento el aparato por sí mismas pueden en todo caso fundamentar la responsabilidad penal a título de participación.

¹⁴⁸ BGH NStZ 2017, 158 (161).

¹⁴⁹ La sentencia se limita al reproche por complicidad en los asesinatos cometidos en el marco de la denominada “Acción Hungría” [“Ungarn-Aktion”] (destrucción de la población judía de dicho país), BGH NStZ 2017, 158.

¹⁵⁰ Con relación al aspecto subjetivo ver BGH NStZ 2017, 158 (160).

¹⁵¹ Ver arriba nota 77 así como el texto principal correspondiente; igualmente Ambos, Prosecution of Former Nazi Camp Guards: About Restoring Society’s Trust in Law and Participation in a Criminal Enterprise, EJIL: Talk! del 20.5.2013,

<https://www.ejiltalk.org/prosecution-of-former-nazi-camp-guards-about-restoring-societys-trust-in-law-and-participation-in-a-criminal-enterprise/> (7.9.2017).

¹⁵² Esto aplica también para el caso Gröning, el cual no solamente se desempeñó como “administrador” sino que también pertenecía al cuerpo de vigilancia de la SS, también ver Safferling, JZ 2017, 258 (261).

¹⁵³ Asimismo Kurz, ZIS 2013, 122 (127); también ver Ambos, EJIL: Talk! del 20.5.2013 (nota 151).

¹⁵⁴ Parece discutible si en un campo de exterminio puro, cuyo único propósito era el asesinato masivo de personas, podían haber actos “normales”, “cotidianos” o “adecuados profesionalmente” (así ha sido definida la idea de actos

neutralidad de estas actividades no excluye la punibilidad cuando la conducta del autor principal está dirigida exclusivamente a la consumación de un hecho punible y quien le presta ayuda conoce esta circunstancia. En estos casos, la acción de este último pierde su carácter cotidiano al haberse “solidarizado” con el autor principal.¹⁵⁵ Este es el caso, por lo general, de los campos de exterminio puros, cuya única finalidad consistía en el asesinato masivo de personas. Más aún, si quien presta la colaboración considera solamente como posible que su acción será aprovechada para la consumación de un hecho punible, según la jurisprudencia del BGH, se debería aceptar la punibilidad por complicidad, si “el riesgo de que el autor cometiera una conducta punible era lo suficientemente alto, de manera que fuera posible afirmar que el sujeto que realizó el aporte decidió fomentar o auspiciar a quien de manera reconocible se inclinaba por la comisión de un crimen”.¹⁵⁶ En todo caso, los médicos que – según la comparación realizada en la primera decisión sobre Auschwitz – trataron y salvaron prisioneros enfermos, así como las personas que intentaron luchar contra este sistema desde adentro y mitigar su dureza, podrían ser librados de responsabilidad, dado el caso con fundamento en la idea de la disminución del riesgo.¹⁵⁷

b) Tribunales ad hoc: ¿contribución sustancial y dirigida al objetivo final?

Los Tribunales ad hoc han acudido a la idea de “aiding and abetting” sobre todo cuando falta el objetivo común o plan necesario para configurar una ECC.¹⁵⁸ Su punto de partida se asemeja, de hecho, al de la jurisprudencia alemana, dado que este concepto abarca todo tipo de asistencia física o psíquica

neutrales por Kudlich, en: v. Heintschel-Heinegg (ed.), Beck’scher Online Kommentar, Strafgesetzbuch, estado: 1.12.2016, § 27 nm. 10.

¹⁵⁵ Fundamental BGHSt 46, 107 (112); al respecto en detalle y con relación a la jurisprudencia ver Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, pp. 306 ss.

¹⁵⁶ [das “von ihm erkannte Risiko strafbaren Verhaltens des von ihm Unterstützten [...] derart hoch war, dass er sich mit seiner Hilfeleistung die Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters angelegen sein ließ”], BGHSt 46, 107 (112).

¹⁵⁷ Un resultado penalmente relevante no debe ser imputado debido a consideraciones normativas cuando el actor disminuye un riesgo ya existente para la víctima y así mejora la situación de esta última, ver Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo 1, 4. ed. 2006, § 11 nm. 53; Heinrich (nota 113), nm. 247; Joecks (nota 131), § 27 nm. 47; Heine/Weißer, en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. ed. 2014, § 27 nm. 8 así como OLG Stuttgart NJW 1979, 2573. Quienes sostienen la visión contraria proponen solucionar este tipo de casos en el nivel de las causales de justificación (consentimiento/estado de necesidad), Köhler (nota 120), pp. 147 s.

¹⁵⁸ Sobre este elemento diferenciador ver ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; también ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102.

al hecho principal¹⁵⁹ y la ayuda no debe constituir una *conditio sine qua non*.¹⁶⁰ Sin embargo, una primera diferencia con la jurisprudencia alemana es que la ayuda debe representar una contribución sustancial para la consumación de un hecho punible por parte de otra persona [“substantial effect”].¹⁶¹ Una contribución no sería sustancial en este sentido cuando el acusado solamente tenía una posición secundaria en el sistema sin posibilidad de influencia alguna [“a role in the system without influence”].¹⁶² En consecuencia, el técnico que estuvo involucrado en el suministro de gas a Auschwitz no podría ser sancionado como cómplice de asesinato.¹⁶³ En cambio, si se siguiera la

jurisprudencia actual del BGH, probablemente se llegaría a otro resultado.¹⁶⁴

Adicionalmente, algunas cámaras exigen que la conducta (de complicidad) esté dirigida específicamente a promover o a auspiciar un hecho punible determinado [“specifically directed to assist, encourage or lend support to the perpetration of a crime”].¹⁶⁵ A diferencia de lo que ocurre en la ECC, cuando se trata de complicidad no se considera suficiente con que el acusado haya contribuido de cualquier manera a una empresa común,¹⁶⁶ para esto, se exige además una conexión culpable inmediata [“culpable link”] entre la ayuda o contribución y el hecho principal.¹⁶⁷ No obstante, no es claro si este es un elemento objetivo o subjetivo.¹⁶⁸ En todo caso, la función de dicho elemento es limitar la punibilidad de la complicidad,¹⁶⁹ lo cual es especialmente relevante, por ejemplo, para el tratamiento de actos neutrales,¹⁷⁰ así como para aquellos casos en los que la persona que presta la ayuda no está presente en la realización como tal del hecho principal.¹⁷¹

Se debe señalar, que incluso al interior de los tribunales ad hoc, el requisito de la contribución esencial específicamente dirigida al objetivo final [“specifically-directed-

¹⁵⁹ ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102; ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 234; ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 1; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 575; ICTR, Sentencia del 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), nm. 33; ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 199 s.; ICTR, Sentencia del 15.5.2003 – ICTR-97-20-T (Prosecutor v. Semanza), nm. 385; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723; ICTR, Sentencia del 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), nm. 1295.

¹⁶⁰ ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233; ICTR, Sentencia del 21.5.1999 – ICTR-95-1-T (Prosecutor v. Kayishema/Ruzindana), nm. 201; ICTR, Sentencia del 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), nm. 33; también ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 126; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723; SLSGH, Sentencia del 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), nm. 482.

¹⁶¹ ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102; ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233; ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 126; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 575; ICTR, Sentencia del 7.6.2001 – ICTR-95-1A-T (Prosecutor v. Bagilishema), nm. 33; ICTR, Sentencia del 20.12.2012 – ICTR-99-54-T (Prosecutor v. Ngirabatware), nm. 1294; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723.

¹⁶² ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233; ver también ICTY, Sentencia del 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović et al.), nm. 1637.

¹⁶³ ICTY, Sentencia del 10.12.1998 – IT-95-12/1-T (Prosecutor v. Furundžija), nm. 233 en conexión con nm. 223. Crítico frente al potencial delimitador del criterio “sustancial” Rackow (nota 155), p. 502.

¹⁶⁴ Ver arriba nota 152 así como el texto principal correspondiente.

¹⁶⁵ En este sentido ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; ver entre otros también ICTY, Sentencia del 25.2.2004 – IT-98-32-A (Prosecutor v. Vasiljevic), nm. 102; ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 37; ICTY, Sentencia del 24.3.2016 – IT-95-5/18-T (Prosecutor v. Karadžić), nm. 575; ICTR, Sentencia del 14.12.2011 – ICTR-05-82-A (Prosecutor v. Ntawukuliyayo) nm. 214; ICTR, Sentencia del 30.12.2011 – ICTR-01-68-T (Prosecutor v. Ndahimana), nm. 723.

¹⁶⁶ ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadic), nm. 229; ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 27.

¹⁶⁷ ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 37; también *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 23.

¹⁶⁸ En detalle sobre la jurisprudencia no unificada *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (804 ss.).

¹⁶⁹ *Ambos/Njikam*, JICJ 11 (2013), 789 (807); *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 23.

¹⁷⁰ Ver ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 44 (“la provisión de asistencia general que puede ser usada tanto para actividades legales como ilegales no es suficiente, por sí misma, para probar que esta ayuda estaba especialmente dirigida a los crímenes de los perpetradores principales” [“the provision of general assistance which could be used for both lawful and unlawful activities will not be sufficient, alone, to prove that this aid was specifically directed to crimes of principal perpetrators”]); también *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 42; *el mismo* (nota 167), Art. 25 nm. 24.

¹⁷¹ Ver ICTY, Sentencia del 28.2.2013 – IT-04-81-A (Prosecutor v. Perišić), nm. 42.

assistance”] es controvertido.¹⁷² Hasta donde se puede apreciar, este requisito obedece a un entendimiento clásico individualista de la complicidad, el cual fija límites más estrechos para la punibilidad del cómplice que la jurisprudencia alemana actual. Pese a ello, la razón para esto parece no estar tanto en cierto escepticismo frente a los modelos de imputación sistémicos, sino más bien en el hecho de que la figura de la ECC ofrece amplias posibilidades para cobijar también contribuciones a las asociaciones criminales que pueden ser indirectas y estar alejadas de la consumación de los crímenes específicos cometidos por ésta.

c) *CPI: Complicidad limitada subjetivamente y otras contribuciones a hechos grupales*

Para determinar la tipicidad objetiva en casos de complicidad, las cámaras de la CPI han seguido en principio la jurisprudencia de los tribunales ad hoc,¹⁷³ pero han rechazado en buena medida el requisito del “efecto sustancial” que, según la jurisprudencia de dichos tribunales, deben tener los actos con relación al hecho principal.¹⁷⁴ En todo caso, el art. 25 (3) (c) ER limita desde el punto de vista subjetivo la punibilidad al exigir que el sujeto actúe “[c]on el propósito de facilitar la comisión” de un crimen de competencia de la Corte. A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc,¹⁷⁵ de acuerdo con el ER no es suficiente actuar con dolo simple para que se configure la complicidad. No es suficiente que el cómplice sepa que está realizando un aporte a la consumación de un hecho punible; más allá de esto, la ayuda debe ser proporcionada con el objetivo específico de facilitar o promover la comisión del hecho principal.¹⁷⁶ Así las cosas, con relación a los trabajadores de

un campo de concentración – y dado el caso respecto al personal de vigilancia – que no estuvieron envueltos de manera inmediata en los asesinatos, es posible afirmar que pocas veces se lograría probar dicha intención¹⁷⁷ de facilitar o promover.¹⁷⁸

El ER complementa, sin embargo, la complicidad clásica mediante la penalización de otro tipo de aportes a hechos grupales. Según el art. 25 (3) (d) ER será considerado penalmente responsable y podrá ser sancionado por un crimen de competencia de la CPI quien “[c]ontribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión [de un] crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. En estos casos el aporte debe ser proporcionado con la finalidad de promover la actividad u objetivo criminal del grupo o sabiendo que el grupo actúa dolosamente con la intención de cometer un crimen. A diferencia de lo que ocurre en la complicidad,¹⁷⁹ en esta segunda variante se renuncia a exigir una intención específica, más allá del dolo simple, dirigida a facilitar o promover un hecho punible concreto. Además, el punto de referencia del dolo es distinto. Mientras que el cómplice debe actuar dolosamente con relación al hecho principal (y por esta razón dicho dolo debe abarcar sus elementos esenciales), el art. 25 (3) (d) solo exige como mínimo el conocimiento de la intención criminal del grupo. En consecuencia, de ello se derivan requisitos menos exigentes para la configuración del elemento subjetivo de la responsabilidad penal.¹⁸⁰

¹⁷⁷ *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 43.

¹⁷⁸ Ver también *Rackow* (nota 155), p. 505.

¹⁷⁹ Con relación a la pregunta sobre si con el art. 25 (3) (d) ER está conectada una flexibilización de la conexidad ver *Park*, Rechtsnatur, konkrete Voraussetzungen und Legitimität der Beteiligungsform gemäß Art. 25 Abs. 3 lit (d) ISTGH-Statut, 2016, pp. 150 ss. Adicionalmente, alguna Cámaras exigen para el art. 25 (3) (d) ER una “contribución significativa” [“significant contribution”], ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3426 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1632; ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 283. De este requisito se deben derivar exigencias menos estrictas para la contribución en comparación al requisito “contribución sustancial” [“substantial contribution”] en casos de complicidad, ver especialmente ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 260. Sin embargo, aún no es claro cómo se debe delimitar entre un aporte “significativo” y uno “sustancial”, *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 43; con mayor profundidad *Park*, en la obra aquí indicada, pp. 170 ss. En contra de una delimitación a “contribuciones significativas” ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 354; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 27; probablemente también ICC, Decisión del 14.6.2014 – ICC-01/04-02/06-309 (Prosecutor v. Ntaganda), nm. 158; sobre el estado de la discusión *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 29.

¹⁸⁰ *Park* (nota 179), pp. 188 ss.

¹⁷² Ver especialmente ICTY, Sentencia del 23.1.2014 – IT-05-87-A (Prosecutor v. Šainović et al.), nm. 1617 ss.; también ICTY, Sentencia del 6.9.2011 – IT-04-81-T (Prosecutor v. Perišić), nm. 126 con más referencias; SLSGH, Sentencia del 26.9.2013 – SCSL-03-01-A (Prosecutor v. Taylor), nm. 471 ss.; SLSGH, Sentencia del 18.5.2012 – SCSL-03-01-T (Prosecutor v. Taylor), nm. 484.

¹⁷³ ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 87 ss.

¹⁷⁴ ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 93; ICC, Decisión del 11.12.2014 – ICC-02/11-02/11-186 (Prosecutor v. Blé Goudé), nm. 167; ICC, Decisión del 24.3.2016 – ICC-01/12-01/15-84 (Prosecutor v. Al Mahdi), nm. 26; para otra postura ver ICC, Sentencia del 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06-2842 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 997; probablemente también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 280; queda abierto en ICC, Decisión del 5.2.2012 – ICC-01/09-01/11-373 (Prosecutor v. Ruto/Kosgey/Sang), nm. 354.

¹⁷⁵ Ver ICTY, Sentencia del 15.7.1999 – IT-94-1-A (Prosecutor v. Tadić), nm. 229 (“el elemento subjetivo requerido es conocimiento” [“the requisite mental element is knowledge”]); también *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 27.

¹⁷⁶ ICC, Sentencia del 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989 (Prosecutor v. Bemba Gombo et al.), nm. 97.

Debido a que el punto de referencia es el actuar de un grupo¹⁸¹ y a que en comparación con la complicidad el elemento subjetivo es menos exigente, es posible interpretar el art. 25 (3) (d) ER como una forma ampliada de responsabilidad individual, la cual también comprende actos indirectos de apoyo, como por ejemplo la prestación de servicios generales en un campo de concentración. En este sentido existe una semejanza estructural con la ECC,¹⁸² pese a que el art. 25 (3) (d) no fundamenta ningún tipo de responsabilidad a título de autoría.¹⁸³ Adicionalmente, la simple previsibilidad del hecho principal no es suficiente, como sí ocurre en la ECC III.¹⁸⁴ A pesar de estas diferencias, estas dos formas de imputación tienen en común que disminuyen las condiciones subjetivas de la punibilidad y de esta manera reducen la carga probatoria del acusador.¹⁸⁵

IV. Análisis comparativo: Elementos fundamentales de una teoría de la imputación para el Derecho Penal Internacional

Las formas de imputación descritas en el apartado III intentan conciliar el principio jurídico penal de la responsabilidad individual con la naturaleza colectiva de los crímenes internacionales. A pesar de que sus puntos de partida (dogmáticos) son diferentes, estos modelos tienen en común que en ellos la relación entre acto y resultado está mediada por un colectivo. La acción en sí misma considerada tiende a enmarcarse¹⁸⁶ en el actuar de una asociación criminal – en una organización, grupo o ECC – y el individuo responde penalmente debido a su colaboración para con dicha asociación, cuando y dado que él ha promovido, aunque sea de forma mediata o indirecta, la consumación de un hecho punible.¹⁸⁷ Incluso, la argumentación del BGH en la reciente

decisión sobre Auschwitz resulta paradigmática, ya que según ésta el acusado apoyó en términos generales a través de la prestación de sus servicios la “maquinaria industrial de la muerte” [“industrielle Tötungsmaschinerie”] operada por “funcionarios líderes de la SS” [“führende SS-Funktionären”].¹⁸⁸

Esto corresponde en esencia a la teoría del hecho punible desarrollada en 1998 por *Marxen* para el Derecho Penal Internacional [“völkerstrafrechtliche Straftatlehre”], la cual se basa en tres elementos y dos conectores. El primer elemento es el comportamiento concreto del sujeto acusado, el segundo elemento es el contexto criminal supraindividual y el tercero el resultado criminal. Los puntos de conexión de estos tres niveles son entonces (i) la participación del individuo en un plan o diseño común y (ii) la causación del resultado criminal por medio de dicho plan.¹⁸⁹

Esta forma de complementar las reglas de imputación tradicionales con elementos sistémicos¹⁹⁰ puede ser criticada por alejarse del paradigma individual.¹⁹¹ Empero, parece ser indispensable para una valoración jurídicopenal adecuada de los crímenes internacionales. Si el elemento constitutivo del injusto en los crímenes internacionales es la conexión del acto individual con el hecho global, la teoría de la imputación debe dar cuenta de ello al apreciar y valorar el comportamiento individual en su dimensión colectiva. El hecho de que el BGH, en su decisión actual sobre la punibilidad de la complicidad de miembros del personal de vigilancia en campos de concentración, haya reconocido esto y ajustado la jurisprudencia nacional conforme a la jurisprudencia de los tribunales internacionales¹⁹² constituye por consiguiente un cambio positivo.

No se debe desconocer, sin embargo, que a través de la interconexión de un elemento colectivo, las condiciones objetivas de la imputación se flexibilizan de forma consi-

¹⁸¹ Aunque el aporte del acusado debe estar siempre conectado con un hecho punible; el fomento de las actividades del grupo en general no es suficiente, ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1632; también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282.

¹⁸² Ver también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282; *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 29 así como la argumentación en ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1625.

¹⁸³ Ver también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282; las diferencias con la ECC también son señaladas en ICC, Sentencia del 7.3.2014 – ICC-01/04-01/07-3436 (Prosecutor v. Katanga), nm. 1619.

¹⁸⁴ Ver también ICC, Decisión del 16.12.2011 – ICC-01/04-01/10-465 (Prosecutor v. Mbarushimana), nm. 282; *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 32.

¹⁸⁵ *Park* (nota 179), p. 193.

¹⁸⁶ Ver también *Eidam* (nota 96), p. 294.

¹⁸⁷ Incluso con relación a la coautoría “clásica” es posible argumentar que el hecho es consumado por un colectivo supraindividual, al cual cada uno de los miembros realiza un

aporte, ver *Vest* (nota 34), p. 414; en detalle (y crítico) *Eidam* (nota 96), pp. 145 ss. con más referencias.

¹⁸⁸ BGH NStZ 2017, 158 (160).

¹⁸⁹ *Marxen* (nota 34), pp. 231 s. *Vest* sigue un enfoque similar, según el cual el hecho global constituye un “principio guía” o de “clasificación” [“Leit- und Zuordnungsprinzip”] en una teoría de la imputación propia del DPI en la que se reprocha al individuo su “aporte doloso en la respectiva ‘obra colectiva’ del hecho parcial o global que le es imputable [“seinen vorsätzlich erbrachten Anteil am jeweiligen ‘kollektiven Werk’ der ihm zurechenbaren Teil- oder Gesamttat”], *Vest* (nota 34), p. 415. Con base en la teoría del dominio de la organización, *Vest* desarrolla un modelo escalonado del dominio del hecho compuesto por tres niveles (dirección o liderazgo/planeación y organización/ejecución).

¹⁹⁰ *Vest* (nota 34), p. 416; *Ambos* (nota 5), § 7 nm. 11; *el mismo* (nota 7), p. 86.

¹⁹¹ Así *Eidam* (nota 96), p. 332. Crítico con relación a la adaptación de reglas tradicionales de imputación a la naturaleza colectiva de los crímenes internacionales *Ohlin*, JICJ 5 (2007), 69 (74).

¹⁹² Al respecto ver arriba nota 151 así como el texto principal correspondiente.

derable. Por esta razón, para evitar ampliaciones de la punibilidad que puedan resultar cuestionables o dado el caso imprevisibles, el nivel subjetivo se debe sujetar entonces de manera estricta al requisito del dolo. En consecuencia, se debe rechazar toda reducción de las condiciones subjetivas de la imputación, como sucede por ejemplo en la ECC II y III,¹⁹³ así como en la jurisprudencia de la CPI con relación al requisito del plan común en la coautoría.¹⁹⁴

La necesidad de no dejar desbordar la responsabilidad individual incluso en modelos de imputación sistémicos conduce a la pregunta sobre los requisitos que se deben exigir al aporte individual en un hecho criminal cometido de manera colectiva. En este sentido, la jurisprudencia internacional no es uniforme. Además, la diferencia que se puede encontrar en la jurisprudencia de los tribunales internacionales entre aportes significativos, sustanciales y esenciales no tiene un fundamento dogmático sólido y en la práctica es poco realizable; con mayor razón si se tiene en cuenta que en estructuras colectivas o jerárquicas complejas prácticamente todo partícipe es reemplazable. Si un partícipe se niega a realizar su contribución, otro asume su parte, de manera que el hecho en todo caso se puede realizar incluso sin dilación en el tiempo.¹⁹⁵ En este sentido, la defensa en el caso Lubanga alegó que los niños en cualquier caso hubieran sido reclutados, independientemente del comportamiento del acusado,¹⁹⁶ de tal forma que su contribución no podía ser considerada sustancial ni mucho menos esencial.

La opinión dominante en Alemania probablemente objetaría que los cursos causales hipotéticos no se deben tener en cuenta.¹⁹⁷ Lo decisivo desde esta perspectiva es únicamente que el acusado realmente ha lesionado bienes jurídicos ajenos. El hecho de que una lesión similar fuera

“realmente posible, más o menos probable o con seguridad hubiera tenido lugar en el futuro cercano”, es irrelevante.¹⁹⁸

Este enfoque conduce normalmente a resultados adecuados cuando se trata de hechos punibles nacionales. Sin embargo, cuando la estructura colectiva de los crímenes es tan pronunciada, de manera que el individuo se convierte en una “rueda” intercambiable, es posible preguntarse, a primera vista, si la supresión general de todos los cursos causales hipotéticos realmente se ajusta a las condiciones reales en las que se comete el crimen respectivo. Puesto que, en el requisito de la causalidad se debe expresar el poder de actuar objetivo por parte del autor con relación al suceso lesivo concreto.¹⁹⁹ ¿Realmente existe dicho poder cuando el sujeto no podía influir desde el punto de vista fáctico sobre la producción del resultado, dado que el bien jurídico afectado también hubiera resultado lesionado (y de manera comparable) así él se hubiera negado a realizar cualquier tipo de aporte, de modo que al final su contribución no hacía ninguna diferencia?²⁰⁰

Si esta pregunta se responde de forma negativa, pueden surgir vacíos de punibilidad importantes. Como resultado, la integración del hecho individual en un contexto global sistémico [“ein systemischer Gesamtkontext”] exoneraría también a los ejecutores inmediatos del hecho con solo aducir que habían suficientes personas dispuestas a ocupar su lugar.²⁰¹ Esta solución pierde de vista que el individuo se ha incorporado conscientemente en un contexto criminal sistémico y que ha causado el resultado al actuar colectivamente con otros.²⁰² Empero, si se conecta el reproche jurídicopenal (al menos también) con la participación en una asociación criminal, cuya característica principal y condición de funcionamiento²⁰³ es tener un número elevado de

¹⁹³ Al respecto ver arriba nota 77 así como el texto principal correspondiente.

¹⁹⁴ Al respecto ver arriba nota 101 así como el texto principal correspondiente.

¹⁹⁵ *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 habla por esta razón de “atrocidades sobredeterminadas” [“overdetermined atrocities”].

¹⁹⁶ Defence Closing Statements (Open Session), Transkript ICC-01/04-01/06-357 de 26.8.2010, p. 30: “es posible darse cuenta plenamente que Thomas Lubanga no jugó ningún papel en el reclutamiento y uso de soldados del FPLC [...], por la simple razón de que los soldados que lo designaron como líder no lo necesitaban” [“it is possible to fully realise that Thomas Lubanga played no role in the recruitment and use of FPLC soldiers [...], for the simple reason that the soldiers who appointed him as leader did not need him.”]; para un argumento similar en el caso Demjanjuk ver LG München, JuNSV, tomo 49, 227 (363).

¹⁹⁷ Ver en especial con relación a las atrocidades nacionalsocialistas BGHSt 2, 20 (24); LG München, JuNSV, tomo 49, 227 (363); también *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289); en general *Köhler* (nota 120), p. 146; *Freund* (nota 5), § 2 nm. 66; *Heinrich* (nota 113), nm. 85. Dependiendo de las características del caso concreto puede darse también una causalidad alternativa, *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (290).

¹⁹⁸ [“Ob eine ähnliche Verletzung ‘real möglich, mehr oder weniger wahrscheinlich oder gewiß in nächster Zukunft auch geschehen wäre’] *Köhler* (nota 120), p. 146; también *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289).

¹⁹⁹ Ver *Köhler* (nota 120), p. 146; también *Murmann*, JICJ 12 (2014), 283 (289): “porque lo importante es que el autor específico haya sido capaz de prevenir el resultado” [“because what matters is that the specific offender was able to prevent the result”].

²⁰⁰ *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189.

²⁰¹ Ver por ejemplo *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 (1190 ss.).

²⁰² Ver también *Stewart*, JICJ 10 (2012), 1189 (1216).

²⁰³ Ver al respecto BGH NSTz 2017, 158 (160): “Solo porque una ‘maquinaria industrial de la muerte’ estructurada y organizada de esta forma con subordinados dispuestos y obedientes estaba a su disposición, los dirigentes nacionalsocialistas y los oficiales líderes de la SS estuvieron en capacidad de ordenar y de permitir que la ‘Acción Ungría’ fuera realizada de la manera en que tuvo lugar” [“Nur weil ihnen eine derart strukturierte und organisierte ‘industrielle Tötungsmaschinerie’ mit willigen und gehorsamen Unterbenen zur Verfügung stand, waren die national-sozialistischen Machthaber und die führenden SS-Funktionäre überhaupt in der Lage, die ‘Ungarn-Aktion’ anzuordnen und in der geschehenen Form auch durchführen zu lassen.”].

miembros o colaboradores, los cuales actúan dado el caso al mismo tiempo y paralelamente, la fungibilidad del individuo que necesariamente surge de esta situación no puede tener un efecto exonerador.²⁰⁴ Por consiguiente, ningún partícipe de un sistema de esta clase debería poder alegar que otro de los miembros de la asociación criminal hubiera reemplazado su aporte.²⁰⁵ Sobre esta base es posible afirmar, en consecuencia, que el TPIY comete un error al negar que el aporte de un “cómplice” fue sustancial, debido a que éste no tenía posibilidad de influir en el resultado final [“a role in the system without influence”].²⁰⁶ Que un individuo, considerado aisladamente, no tenga el poder de modificar de forma importante el curso de los hechos ni de evitar la producción del resultado, es típico de hechos colectivos-sistémicos y no altera la circunstancia de que dicho individuo ha participado en un suceso global.

En términos generales, sería posible afirmar que existen razones para prescindir de un estándar mínimo con relación a la calidad del aporte en la complicidad, ya que normalmente los crímenes internacionales son el resultado de una pluralidad de actos individuales, los cuales son (casi) inocuos cuando se miran aisladamente, pero pueden ser graves cuando confluyen. Si bien los tribunales internacionales son al respecto más estrictos, no se debe perder de vista que en este contexto su interés está en la persecución de los más responsables.²⁰⁷ Eventuales sobrepenalizaciones se pueden evitar, en todo caso, al exigir, siguiendo la teoría de la imputación objetiva, que el cómplice a través de su comportamiento haya creado o aumentado el riesgo de una lesión a un bien jurídico²⁰⁸ (para lo cual los cursos causales hipotéticos de acuerdo a lo dicho anteriormente se mantienen fuera de consideración). Por otra parte, para actos neutrales, el enfoque subjetivo del BGH²⁰⁹ ofrece una solución viable. Otra alternativa sería tener en cuenta si la acción “tanto sustancialmente como desde el punto de vista de la forma en la que se realizó o de la finalidad a la que debería servir está en sintonía con el hecho principal”.²¹⁰

La pregunta subsiguiente sería entonces, cómo delimitar la autoría de la participación,²¹¹ lo cual en todo caso supone una valoración de la calidad del aporte. Si bien este problema

solo se pudo abordar brevemente, al respecto es posible afirmar que también en este sentido se deben tener en cuenta las particularidades estructurales de los crímenes internacionales. En consecuencia, es cuestionable que la Cámara de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, para aceptar la responsabilidad penal a título de coautoría, haya exigido que cada autor hubiera podido evitar el hecho al negarse a realizar su aporte.²¹² Dado que – como ya se mencionó – la mayoría de aportes son reemplazables sin mayor problema cuando se trata de crímenes internacionales, quienes participan en su consumación carecen normalmente del poder para evitarlos, sin que de esto se desprendan necesariamente conclusiones sobre la relevancia de su aporte frente al suceso global.²¹³ Por esta razón, además de las posibilidades fácticas de intervención o control, siempre se debe tener en cuenta si el sujeto en cuestión, según criterios normativo-valorativos, se revela como “figura central” [“Zentralgestalt”] del hecho principal.²¹⁴ Para esto, y de acuerdo con la teoría del dominio de la organización,²¹⁵ se debe atribuir un significado especial a su posición jerárquica en la asociación criminal y a la posición de poder que de allí se desprende.²¹⁶

V. Resumen

La naturaleza colectiva de los crímenes internacionales y la incorporación del individuo en un contexto de acción colectivo dificulta identificar aportes individuales que puedan fundamentar la responsabilidad penal individual. A pesar de contar con puntos de partida dogmáticos diferentes, los enfoques desarrollados por la jurisprudencia para hacer frente a esta situación, tanto a nivel internacional como en Alemania, tienen en común que complementan la teoría de la imputación tradicional con un elemento sistémico. En este contexto, la relación entre acción y resultado se encuentra mediada por un colectivo. El hecho criminal mismo se atribuye por lo general a una asociación criminal y el individuo responde penalmente debido al aporte que realiza a dicha asociación, ya que de ésta manera él ha promovido la consumación del hecho criminal principal, por lo menos de forma mediata o indirecta.

La imputación ampliada – a pesar del paradigma individual estricto que va ligada a ella – puede llegar a ser necesaria y conveniente, con el fin de tener en cuenta en debida forma la dimensión colectiva del comportamiento individual. La separación estricta entre crímenes internacionales y hechos punibles nacionales puros constituye, en consecuencia, condición fundamental de un modelo de imputación sistémico. Esto exige que el elemento

²⁰⁴ Ver *Vogel*, ZStW 114 (2002), 403 (410), quien señala que en todo modelo de imputación sistémico se debe aplicar el principio según el cual la fungibilidad es irrelevante.

²⁰⁵ Ver también BGHSt 2, 20 (25).

²⁰⁶ Ver al respecto arriba nota 162.

²⁰⁷ Al respecto ver arriba nota 40 así como el texto principal correspondiente.

²⁰⁸ *Ambos* (nota 7), p. 165; en general *Roxin* (nota 113), § 26 nm. 218 ss.

²⁰⁹ Al respecto ver arriba nota 155.

²¹⁰ [“sowohl substantiell als auch in Machart oder Verwendungszweck auf die Haupttat abgestimmt ist”] *Vest* (nota 34), p. 209.

²¹¹ Con relación a la crítica formulada frente a la ECC, la cual atribuye el hecho a todos los miembros de la ECC por igual sin consideración a las responsabilidades individuales, *Vest* (nota 34), p. 337; *Fletcher/Ohlin*, JICJ 3 (2005), 539 (550).

²¹² ICC, Decisión del 29.1.2007 – ICC-01/04-01/06-803 (Prosecutor v. Lubanga), nm. 342.

²¹³ También crítico al respecto *Ambos* (nota 167), Art. 25 nm. 10 con nota 53.

²¹⁴ Sobre el autor como “figura central” *Roxin* (nota 113), § 25 nm. 10.

²¹⁵ Ver arriba nota 125 así como el texto principal correspondiente.

²¹⁶ Ver también el modelo de imputación jerárquico de *Vest* (nota 34), pp. 415 ss. y *Ambos* (nota 7), pp. 86 s.

contextual de los crímenes internacionales sea interpretado de manera restrictiva. Al valorar los aportes individuales al hecho criminal – lo cual necesariamente implica observar criterios normativos – se debe tener en cuenta que en contextos colectivos de consumación los actos de colaboración individuales normalmente son reemplazables. El hecho de que el poder para configurar o evitar el resultado criminal que ostenta quien participa en un sistema específico pueda parecer limitado no permite (por sí mismo) sacar ninguna conclusión respecto al significado o a la importancia de su aporte frente al hecho o suceso global. Para esto, resulta más relevante la posición jerárquica del individuo en la asociación objeto de imputación así como el grado de influencia que se desprende en cada caso de esta circunstancia.