

Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad?

Perpetration in the Case Law of the International Criminal Court: How Does the Court Come of Age?

Autoria na jurisprudência da Corte Penal Internacional: como chega a Corte à maioridade?

Catalina Fernández Carter*

Andrea Jiménez Laurence**

Fecha de recepción: 05 de junio de 2020

Fecha de aprobación: 14 de agosto de 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9895>

Para citar este artículo: Fernández, C., & Jiménez, A. (2020). Autoría en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional: ¿cómo llega la Corte a la mayoría de edad? *ANIDIP*, 8, 1-30. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/anidip/a.9895>

Resumen

Este trabajo examina y sistematiza la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de autoría, según se encuentra prevista en el artículo 25.3(a) del Estatuto de Roma. El objetivo es determinar si los criterios y requisitos de esta forma de responsabilidad en sus cuatro variantes (autoría directa, coautoría, autoría mediata y coautoría mediata) se encuentran bien asentados en las decisiones de la Corte Penal Internacional o si, por el contrario, existen aún aspectos en que se identifican imprecisiones o diferencias de criterio dentro de la Corte, que requieren ser aclaradas en los años venideros.

Palabras clave: autoría; dominio del hecho; control sobre el crimen; responsabilidad penal individual; Corte Penal Internacional.

* Abogada de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge. Académica de Derecho Internacional en la Universidad de Chile y la Universidad Adolfo Ibáñez. Correo electrónico: catafernandez@gmail.com

** Abogada de la Universidad de Chile y estudiante de Magíster en Derecho de la Universidad de Copenhague. Correo electrónico: andrea.jimenezlaurence@gmail.com

Las autoras desean agradecer a la profesora Dra. Claudia Cárdenas Aravena por su guía en la elaboración de esta investigación.

Abstract

This article examines and systematizes the case law of the International Criminal Court regarding perpetration, as provided for in article 25.3(a) of the Rome Statute. The purpose is to determine if the criteria and requirements of this form of responsibility in its four variants (direct perpetration, co-perpetration, indirect perpetration, and indirect co-perpetration) are well established in the case law of the International Criminal Court or whether, on the contrary, there are still aspects that are imprecise or where differences of opinion within the Court persist that need to be clarified in years to come.

Keywords: Perpetration; control over the act; control over the crime; individual criminal responsibility; International Criminal Court.

Resumo

Este trabalho examina e sistematiza a jurisprudência da Corte Penal Internacional em matéria de autoria, segundo se encontra prevista no artigo 25.3(a) do Estatuto de Roma. O objetivo é determinar se os critérios e requisitos desta forma de responsabilidade em suas quatro variantes (autoria direta, coautoria, autoria mediata e coautoria mediata) se encontram bem assentados nas decisões da Corte Penal Internacional ou se, pelo contrário, existem ainda aspectos em que se identificam imprecisões ou diferenças de critério ao interior da Corte, que requerem ser aclaradas nos anos vindouros.

Palavras-chave: autoria; domínio do facto; controle sobre o crime; responsabilidade penal individual; Corte Penal Internacional.

Introducción

El 17 de julio de 1998 se acordó la adopción del Estatuto de Roma (ER) que creó la Corte Penal Internacional (CPI), el cual entró en vigor —tras la ratificación número 60— el 1º de julio de 2002. Por lo tanto, en el año 2020, la Corte cumplió 18 años, llegando a la mayoría de edad.

En este período de funcionamiento de la Corte, han surgido diversos debates respecto al ejercicio de su competencia, particularmente sobre las formas de responsabilidad penal individual previstas en el ER. Dichos debates se han reflejado en diferencias de criterio sobre las formas de autoría, que han variado según la composición de la sala o la evolución en el tiempo. Para ilustrar estos cambios, el presente artículo pretende hacer una sistematización de los criterios utilizados por la CPI en materia de autoría. La consistencia en su aplicación se analizará revisando

las decisiones de confirmación de cargos y sentencias definitivas que han sido dictadas hasta esta fecha.

Este trabajo parte de la convicción de que tal sistematización es necesaria. En efecto, delimitar las formas de autoría aplicables por la CPI resulta fundamental para cumplir con los principios que constituyen la base del derecho penal: por una parte, el principio de legalidad, que *inter alia* exige determinar si la contribución estaba efectivamente penada al momento de la comisión (Gallant, 2008); y, por otra, el principio de culpabilidad —a veces también llamado principio de responsabilidad penal individual—, que exige distinguir la actuación de quien cometió el crimen, quien cooperó con este y quien no tuvo una intervención penalmente relevante (Cassese, 2003; Raimondo, 2008).

Sin embargo, dado que en el ámbito de los crímenes internacionales lo normal es la actuación colectiva, en muchos casos la autoría puede verse diluida por la forma misma de comisión de estos delitos. Esto puede resultar en la impunidad de los principales criminales, que se subestime su grado de responsabilidad (Olasolo, 2013), o generar cuestionamientos sobre la correcta atribución de los delitos (Weigend, 2014). Atendidos esos riesgos, es primordial determinar la forma de responsabilidad aplicable, y es por eso que una sistematización de los criterios aplicables resulta fundamental.

1. Modelos de responsabilidad penal individual

Con anterioridad a la creación de la CPI, el derecho penal internacional había desarrollado esencialmente dos modelos de responsabilidad penal individual: el modelo unitario, que no distingue entre autores y partícipes, adoptado por los tribunales de Núremberg y Tokio (Olasolo, 2013); y el modelo diferenciador, que sí realiza esa distinción (Vest, 2014). En este último, la distinción entre las contribuciones a un delito tiene un contenido normativo, que se manifiesta en la diferenciación entre las sanciones (Werle & Jessberger, 2017), y el carácter derivativo de la responsabilidad de los partícipes (Cassese, 2009).

En términos generales, los defensores del modelo diferenciador indican que este permite cumplir con el principio de culpabilidad, que no solo requiere que la sentencia sea proporcional a la responsabilidad de la persona, sino que esta refleje las diferencias moralmente significativas de la culpabilidad entre los participantes (Jackson, 2016). Igualmente, se ha sostenido que este modelo permite que el acusado sea adecuadamente informado de los cargos en su contra, y se eviten formas de culpa colectiva (Aksenova, 2015). Se señala además que el modelo diferenciador permite cumplir con el principio de *fair labelling*, que exige

etiquetar correctamente la contribución de una persona al delito para permitir que la justicia se manifieste, considerando la función denunciatoria y educacional del castigo (Van Sliedregt, 2015).

Bajo el modelo diferenciador, se han desarrollado tres criterios para distinguir entre autores y partícipes: uno objetivo, que indica como autores a aquellos que realicen físicamente los elementos objetivos del delito; uno subjetivo, que caracteriza como autores a aquellos que hayan tenido la intención de cometer el delito; y el criterio de control sobre el crimen, que reconoce como autores a quienes tienen control sobre la comisión del crimen (caso Lubanga, 2007; Bantekas, 2010). Si bien el modelo objetivo no ha tenido aplicación en el derecho internacional, el modelo subjetivo fue adoptado por los tribunales penales internacionales para la ex-Yugoslavia y Ruanda, en aplicación de la doctrina de la empresa criminal conjunta (Olasolo, 2013; Fernández & Jiménez, 2016).

Para los efectos de este artículo, nos enfocaremos exclusivamente en el tercer criterio: el del dominio del hecho o el control sobre el crimen, que ha sido adoptado por la CPI. Conforme con este, son autores quienes tienen dominio sobre la comisión de un crimen, estén o no presentes al momento de su ejecución. Esta teoría, desarrollada por el jurista Claus Roxin, se presentó como una respuesta a las aproximaciones objetiva y subjetiva. En palabras de Roxin (2011): “Una persona es autor si controla el curso de los eventos; uno que, en contraste, meramente estimula en otro la decisión de actuar o le ayuda a hacerlo, pero deja la ejecución al acto atribuible de la otra persona, es un instigador o cómplice” (p. 196).

2. Autoría en la jurisprudencia de la CPI

El ER regula la responsabilidad penal individual en su artículo 25.3. Dicha disposición ha sido interpretada por la Corte adoptando un modelo diferenciador, que distingue la autoría —prevista en el artículo 25.3(a)— de la participación —contenida en las letras (b) a (d) del mismo artículo—.

A fin de realizar tal distinción, a partir del caso Lubanga (2007), la Corte descartó el criterio objetivo, puesto que la autoría mediata —reconocida en el ER— no podía ser conciliada con la idea de limitar la autoría solamente a quienes físicamente llevan a cabo los elementos del crimen. La Corte también rechazó el criterio subjetivo indicando que, si los redactores del ER hubiesen tenido ese criterio en mente, la figura del artículo 25.3(d) hubiese sido la base del concepto de coautoría, en circunstancias en que ella corresponde a una forma de participación. Por lo mismo, la Corte decantó por el enfoque del dominio del hecho, indicando que los autores no están limitados a aquellos que físicamente llevan a cabo los elementos

objetivos del crimen, sino también a aquellos que, sin estar presentes en la escena del crimen, controlan o dirigen su comisión, puesto que deciden si y cómo el crimen será cometido.

La aplicación por parte de la Corte de la doctrina del dominio del hecho fue controvertida. Por ejemplo, en el caso Lubanga, el juez Fulford (2012) sostuvo que la Corte estaba importando una teoría alemana y aplicándola como fuente del derecho. Parte de la doctrina también rechazó la aplicación de esta doctrina en el marco del ER (Ohlin, 2015). No obstante, la Sala de Apelaciones en el mismo caso Lubanga (2014) aclaró que no estaba proponiendo aplicar una doctrina legal particular como fuente de derecho, sino guiándose por enfoques adoptados en otras jurisdicciones, para interpretar de forma coherente y persuasiva el Estatuto, lo que no supondría una infracción de los principios de legalidad o *pro reo*.

Siguiendo a Ambos (2012), creemos que más que elementos geográficos o culturales, lo que le da validez a una teoría es su persuasión. De esta manera, la Corte no necesita acreditar que la doctrina elaborada por Roxin forme parte del derecho consuetudinario, sino que basta con que esta sea la doctrina más apropiada para dotar de coherencia al ER, cuestión que no era posible aplicando las teorías objetiva y subjetiva. Así mismo, y como reconoce Van Sliedregt (2012), la doctrina del dominio del hecho es útil para lidiar con el tipo de criminalidad sistémica que enfrentan los tribunales internacionales.

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina ha generado una discusión adicional dentro de la Corte. En el caso Lubanga (2012), la Corte indicó que era necesario utilizar la doctrina del dominio del hecho para distinguir entre las diversas formas de responsabilidad del ER, de manera que la autoría pudiera expresar la culpabilidad de las personas más responsables por los crímenes. De este modo, la Corte sugirió la existencia de una jerarquía en el artículo 25, que ya había sido insinuada en Mbarushimana (2011). Esta misma idea fue ratificada en la apelación del mismo caso Lubanga (2014), donde la Corte señaló expresamente que existiría una jerarquía de culpabilidad en el artículo 25, y que, siendo todas las demás circunstancias iguales, una persona que comete un crimen tiene mayor culpabilidad que la que contribuye a él.

Sin embargo, esta interpretación no fue pacífica dentro de la Corte. De hecho, contemporáneamente a la decisión de Lubanga, otra sala en el caso Katanga (2014) manifestó precisamente lo contrario: que no existía tal jerarquía en el artículo 25 del ER.

En decisiones más recientes, el tema aún parece no estar resuelto. Mientras en Al Mahdi (2016b) la Corte sostuvo que no existiría jerarquía, la Sala de Apelaciones

en Bemba, Kilolo, Mangenda, Babala & Arido (Bemba et al., 2018b) expresó que la diferencia entre cometer un crimen y contribuir a él se reflejaría en un grado diverso de participación o intencionalidad que sería relevante para la determinación de la sentencia, cuestión que parece insinuar una jerarquía, al menos para efectos de la pena. Por su parte, la doctrina se divide entre quienes sostienen que existiría tal jerarquía entre las formas de autoría y participación (Ambos, 2012; Werle & Jessberger, 2017), y quienes lo rechazan (Aksenova, 2015).

La pregunta por la existencia de una jerarquía en el artículo 25.3 del ER puede abordarse de dos maneras. Primero, acudiendo al sentido corriente de los términos, puede verse que la hipótesis recogida en el artículo 25.3(a) es una figura principal, que regula la situación de quien comete un crimen. Por su parte, las letras (b)-(d) recogen figuras accesorias, según se refleja en las mismas formas verbales que presuponen la comisión del crimen por parte de otro. En efecto, las formas de responsabilidad de las letras (b)-(d) son dependientes de la existencia de una forma de autoría (Gil, 2014), y no suponen la violación de la misma norma prohibitiva, sino que son extensiones de responsabilidad (Kiss, 2019).

Una segunda pregunta es si aquello debe traducirse en una jerarquía en la sanción, existiendo una penalidad mayor para quienes son autores. No obstante, no parece ser necesario establecer una regla general, pues ello dependerá del caso. Quien ordena la comisión de múltiples crímenes puede tener mayor reproche que quien comete solo uno. Igualmente, quien se encuentra en una posición de autoría puede merecer mayor reproche que quien tiene un cargo inferior, aunque el primero colabore y el segundo cometa el crimen. En ese sentido, resulta innecesario e inadecuado establecer una regla aplicable a todos los casos.

3. Autoría directa

La autoría directa corresponde a la primera hipótesis del artículo 25.3(a), y abarca a quien comete un crimen “por sí solo”. Ella ha sido desarrollada por la CPI en siete decisiones de confirmación de cargos¹ y dos sentencias definitivas,² enumerando dos requisitos.

- 1 Casos Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Ntaganda (2014) y Al Hassan (2019). En Ongwen (2016) y Al Mahdi (2016a), la CPI confirmó cargos por autoría directa, pero no desarrolló sus requisitos.
- 2 Casos Bemba *et al.* (2016) y Ntaganda (2019).

3.1. Requisito objetivo: el autor debe llevar a cabo los elementos objetivos del delito

Este requisito no parece ser mayormente problemático, y la única observación que surge es la diferencia en el lenguaje utilizado por la Corte. En Lubanga (2007), Abu Garda (2010), Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019), la Corte señaló que se debían llevar a cabo “físicamente” los elementos objetivos (o materiales, en francés) del crimen. A su vez, en Katanga & Ngudjolo (2008) indicó que se deben llevar a cabo físicamente “todos” los elementos del delito; en Ntaganda (2014) sostuvo que autor directo era quien llevaba a cabo físicamente “un” elemento objetivo del crimen; para luego más adelante en el mismo caso Ntaganda (2019) manifestar que deben llevarse a cabo “personalmente” los elementos objetivos del crimen.

Si bien la diferente terminología no parece tener consecuencias relevantes al momento de la imputación, creemos importante que la Corte evite utilizar un lenguaje que lleve a confundir los límites entre autoría y coautoría. Por ejemplo, la referencia efectuada en Ntaganda (2014) a la realización de “un” elemento objetivo del crimen resulta poco precisa. Por un lado, la Corte podría estar indicando que los otros elementos objetivos serían llevados a cabo por otros individuos —lo que sería una hipótesis de coautoría—. Por otro, la Corte podría estar simplemente referenciando los elementos objetivos del delito que se encuentran bajo el control del autor, excluyendo a los que están fuera de su control —como el elemento de contexto en los crímenes de lesa humanidad—.

Recientemente en Al Hassan (2019) la Corte dio mayor claridad al referirse a la ejecución física de “los” elementos objetivos del delito. Dicho lenguaje parece ser el apropiado.

3.2. Requisito subjetivo: conocimiento e intención y cualquier dolo especial que corresponda

El requisito de actuar con conocimiento e intención, mencionado en Ntaganda (2014 y 2019) y Al Hassan (2019), deriva de las reglas generales del artículo 30 del ER. Es por esto que en Bemba *et al.* (2016), la Corte simplemente indicó que debía cumplirse con el requisito del *mens rea*, mientras que el requisito subjetivo no fue enunciado en los otros casos.

En Ntaganda (2014 y 2019), la Corte señaló además que debe cumplirse cualquier elemento subjetivo especial que corresponda. Este requisito también deriva de las reglas generales.

Como puede verse entonces del examen de los requisitos que han sido desarrollados por la CPI y su aplicación en sus decisiones de confirmación de cargos y

sentencias definitivas, pareciera que la Corte llega a su mayoría de edad con criterios claros respecto a esta forma de responsabilidad, que por lo demás no resulta mayormente problemática en su análisis legal.

4. Coautoría

La coautoría es la segunda hipótesis prevista en el artículo 25.3(a), que regula la hipótesis de quien comete un crimen “con otro”. Como veremos más adelante, la Corte ha desarrollado una forma especial de coautoría denominada “coautoría mediata”, que comparte los requisitos con esta forma de responsabilidad. Por consiguiente, en tanto ellas examinen los requisitos de la coautoría, en esta sección también haremos referencia a las sentencias que tratan la coautoría mediata, con un total de quince decisiones de confirmación de cargos³ y seis sentencias definitivas.⁴

En términos generales, cabe destacar que la doctrina del dominio del hecho cobra especial relevancia en el examen de la coautoría. Como fue ya explicado anteriormente, en Lubanga (2007), la Corte consideró que el concepto de coautoría tiene sus raíces en la idea del dominio del hecho. Más de una década después, en Al Hassan (2019), la Corte mantuvo esta interpretación, reiterando que el criterio para distinguir entre autores y partícipes es el control sobre el crimen, a partir de la división de las tareas esenciales entre dos o más personas que comparten el control.

Sin embargo, del examen más detallado de los requisitos, veremos que la jurisprudencia presenta inconsistencias que aún no han sido resueltas en estas casi dos décadas de trabajo de la Corte.

4.1. Primer requisito objetivo: un acuerdo o plan común entre dos o más personas

En términos generales sobre el plan, en Lubanga (2014), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2016) y Ongwen (2016), la Corte indicó que este requeriría que dos o más individuos trabajaran conjuntamente para la comisión de un crimen, existiendo entre ellos un acuerdo que puede ser expreso o tácito y estar previamente dispuesto o materializarse extemporáneamente. Igualmente, en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Banda, Nourain & Jerbo (Banda, 2011), Ruto,

3 Casos Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009), Abu Garda (2010), Banda (2011), Ruto (2012), Muthaura (2012), Bemba *et al.* (2014), Ntaganda (2014), Blé Goudé (2014), Gbagbo (2014), Al Mahdi (2016a), Ongwen (2016), Al Hassan (2019) y Yekatom (2019).

4 Casos Lubanga (2012 y 2014), Ngudjolo (especialmente la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2012), Al Mahdi (2016b), Bemba *et al.* (2016 y 2018a), Ntaganda (2019) y Gbagbo & Blé Goudé (especialmente las razones del juez Henderson, 2019).

Kosgey & Sang (Ruto, 2012), Lubanga (2012), Muthaura, Kenyatta & Ali (Muthaura, 2012), Bemba *et al.* (2016 y 2018a) y Al Hassan (2019), la Corte sostuvo que la existencia del acuerdo puede ser inferida de las acciones subsecuentes concertadas de los coautores. El requisito del plan común también fue mencionado en Ntaganda (2014), aunque sin mayor detalle.

Adicionalmente en Lubanga (2014), Blé Goudé (2014), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2016), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte señaló que el acuerdo o plan común es el que liga a los coautores y que justifica la imputación recíproca de sus actos respectivos. De hecho, la falta de evidencia sobre la existencia de un plan común fue justamente uno de los elementos que llevó a la absolución en Gbagbo & Blé Goudé (2019).

Sin embargo, en la confirmación de cargos de Bemba *et al.* (2014), la Corte utilizó un lenguaje diferente, refiriéndose a una “estrategia global” (“*overall strategy*”) en vez de a un plan común. Aun así, en la sentencia de apelación del mismo caso (2018a), la sala sostuvo que el concepto de estrategia global tiene un significado similar al del plan común.

Cabe destacar que el requisito del plan común fue criticado en el caso Ngudjolo por la jueza Van den Wyngaert (2012), quien destacó que bastaría con que exista una coordinación voluntaria de las acciones como consecuencia de una intención común, pudiendo el plan ser evidencia de esa intención, pero sin ser un elemento independiente. No obstante, esas críticas no resultan convincentes. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha sido suficientemente clara en determinar que el plan común no debe tener una configuración formal, ni estar previamente acordado o siquiera ser explícito. Lo esencial es, como la misma jueza lo reconoce, que exista una conducta intencionalmente coordinada. En consecuencia, pareciera que su opinión no se aparta en lo sustantivo de la jurisprudencia mayoritaria.

Si bien tras la opinión de la jueza Van den Wyngaert no se había vuelto a presentar una discusión sobre el requisito del plan común y la controversia parecía entonces superada, en el caso Yekatom & Ngaïssona (Yekatom, 2019) la Corte volvió a reabrir este debate señalando que, a pesar de su aparente ubicuidad, la compatibilidad de la noción del plan común con el marco legal y su utilidad con respecto al artículo 25 estaba lejos de ser una conclusión obvia, aunque sin añadir mayor detalle. Resulta especialmente preocupante que la Corte no haya ahondado sobre este punto, limitándose a insinuar que el requisito mismo del plan común, que ha sido aplicado de manera relativamente sistemática por la Corte desde hace más de una década, en realidad continúa siendo disputado dentro de ella.

En lo que respecta al contenido del plan, las decisiones de la Corte también han demostrado variaciones y diferencias de criterio en los distintos casos que se han decidido.

Por ejemplo, en Katanga & Ndgujolo (2008) la Corte sostuvo que el plan común debe incluir la comisión de un crimen. En cambio, en Lubanga (2007) y Banda (2011), la Corte señaló que bastaría que este incluya un “elemento de criminalidad”, sin ser necesario que dicho elemento esté dirigido específicamente a la comisión de un crimen. Lo mismo fue indicado en las razones del juez Henderson en Gbagbo & Blé Goudé (2019).

Sobre este último punto tampoco ha existido uniformidad. Por ejemplo, la Corte sostuvo en Lubanga (2007) que, para que se cumpliera el requisito del elemento de criminalidad, era suficiente que existiera un “riesgo” de que la implementación del plan resultara en la comisión del crimen, lo que fue reiterado en la sentencia definitiva del mismo caso (2012).

Por otro lado, en la apelación de Lubanga (2014), la Corte prefirió no utilizar el concepto de riesgo y, acudiendo al artículo 30 del ER, exigió que los coautores supieran que el crimen ocurriría en el curso ordinario de los eventos, con un nivel de “certeza virtual”. Lo mismo fue recogido en Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019). Dicho desarrollo resulta positivo. En efecto, la noción de riesgo llevaba a la Corte de vuelta a la controversial empresa criminal conjunta III, creando una equivalencia entre la comisión de un crimen y la mera creación de un riesgo de cometer un crimen que no se ha acordado (Gil & Maculan, 2015). Así mismo, se había indicado que ella supondría una confusión entre los elementos objetivos y subjetivos de esta forma de responsabilidad (Van Sliedregt & Yanev, 2019).

En algunas oportunidades, la Corte ha señalado expresamente que el elemento de criminalidad requiere que el plan incluya la comisión del crimen específico que se imputa, tal y como fue indicado en Muthaura (2012), Ruto (2012) y Ntaganda (2019). Sin embargo, en otros casos, la referencia al elemento de criminalidad no ha sido suficientemente precisa para determinar si requiere que el plan incluya el crimen específico que se imputa o basta con que incluya otros crímenes. La falta de precisión sobre este punto no es baladí, puesto que genera las mismas críticas ya formuladas sobre la extensión de responsabilidad respecto de crímenes que no forman parte del acuerdo original. Por lo mismo, es de esperar que la Corte pueda desarrollar este punto con mayor claridad, exigiendo que el plan común incluya el crimen específico, de manera de dar pleno cumplimiento al principio de culpabilidad.

4.2. Segundo requisito objetivo: contribuciones esenciales coordinadas de cada coautor, que resulten en el cumplimiento de los elementos objetivos del crimen

En el caso Lubanga (2007), la Corte señaló que cuando los elementos objetivos de un crimen son llevados a cabo por una pluralidad de personas, solo aquellos a quienes se les ha asignado una tarea esencial y, por lo tanto, pueden frustrar la comisión del crimen, tienen control sobre este. Lo mismo fue reconocido casi diez años después en Bemba *et al.* (2016).

La idea de que existan tareas esenciales también ha sido reconocida en Katanga & Ndongjolo (2008), Bemba (2009), Abu Garda (2010), Lubanga (2012 y 2014), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2018a), Al Hassan (2019) y Yekatom (2019), y si bien no fue mencionado expresamente en Gbagbo (2014), la Corte parece haberlo incorporado en su análisis de los hechos relevantes.

Esta aparente uniformidad en la jurisprudencia es descartada cuando se examinan en detalle las decisiones para determinar qué entiende la Corte por una contribución esencial. Por una parte, en Lubanga (2007), Katanga & Ndongjolo (2008), Banda (2011), Ntaganda (2014), Bemba *et al.* (2016), Ongwen (2016), Al Mahdi (2016a), Bemba *et al.* (2018a), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte manifestó que la existencia de una contribución esencial supone el poder de frustrar la comisión del hecho. No obstante, en Blé Goudé (2014), Gbagbo (2014), Bemba *et al.* (2018a) y Al Hassan (2019), la Corte admitió la posibilidad de que, sin tal contribución esencial, el crimen se habría cometido de una manera significativamente diferente. Esto no implicaría necesariamente un poder de frustrar el crimen, sino solo de influenciarlo significativamente.

Nos parece problemático que la Corte atenúe el requisito de la esencialidad, al punto de señalar que sin la contribución el crimen se habría cometido de una manera distinta. En nuestra opinión, la contribución realizada por el coautor debe ser esencial, en el sentido de que sin ella se frustraría la comisión del crimen, pues en solo ese escenario es que existe verdadero control sobre el crimen. De hecho, la posición de la Corte de atenuar este requisito va en sentido contrario a una parte de la doctrina, que no solo requiere que exista esencialidad, sino que añade a esta criterios normativos adicionales, *i. e.*, criterios subjetivos, como la intención, o criterios objetivos, como la indispensabilidad de la conducta o su inmediatez (Ohlin, Van Sliedregt & Weigend, 2013).

Otro aspecto sobre el cual es posible identificar inconsistencias en las decisiones de la Corte es en lo relativo a dónde debe dirigirse dicha contribución esencial. Por ejemplo, en Lubanga (2012), la Corte se refirió a la provisión de una contribución

esencial al plan común, mientras que en Blé Goudé (2014) y Al Mahdi (2016a) se hizo referencia a la contribución “en el marco del acuerdo”. Por su parte, en Bemba *et al.* (2018a), la Corte indicó que actos que no forman parte del *actus reus* del crimen pueden ser considerados como contribuciones esenciales, sin ser necesario que sean de naturaleza criminal, y luego en Al Hassan (2019), sostuvo que no sería necesario que la contribución tenga naturaleza criminal en la medida en que se efectúe en el marco de un plan criminal común. El lenguaje utilizado en dichas decisiones parece insinuar que lo relevante no es prestar una contribución esencial al crimen, sino que bastaría que ella se prestara al plan. Parte de la doctrina está de acuerdo con esta interpretación (Werle & Jessberger, 2017). Sin embargo, en Lubanga (2014), Al Mahdi (2016b) y Bemba *et al.* (2018a), la Corte exigió una contribución esencial al crimen, y, de hecho, la parte mayoritaria de la doctrina parece inclinarse por esta alternativa (Jain, 2014; Aksenova, 2015; Gil & Maculan, 2015).

Esta inconsistencia resulta problemática. Tal y como fue indicado por la jueza Van den Wyngaert en su opinión en Ngudjolo (2012), poner el énfasis en la contribución del individuo al plan común y no en su contribución al crimen podría llevar a que la forma de responsabilidad sea entendida como un crimen en sí mismo. En efecto, penalizar contribuciones que no tienen efecto sobre la comisión del crimen, sino solo sobre el plan, es cuestionable, puesto que resultarían en la imputación de responsabilidad de un individuo como autor de un delito en cuya realización no intervino (y cuya comisión no controló, en los términos de la teoría de Roxin). En ese escenario, parecería más apropiado imputarlo como partícipe.

En caso que la Corte favoreciera el requisito de contribución al crimen, ello permitiría resolver la crítica sobre la vaguedad que suscita que al plan común se le exija solo tener un elemento de criminalidad sin especificar si este debe incluir el crimen específico, según fue mencionado anteriormente. Así, el imputado sería adecuadamente categorizado como coautor al haber prestado una contribución esencial específicamente al crimen que se le imputa, y no solo al plan común.

Además de lo ya señalado, debe destacarse que en Katanga & Ngudjolo (2008), Lubanga (2007, 2012 y 2014), Muthaura (2012), Ruto (2012), Blé Goudé (2014), Bemba *et al.* (2016 y 2018a) y Ntaganda (2019) la Corte indicó que no es necesario que dicha contribución esencial se realice en la fase de ejecución del crimen, señalando además en Lubanga (2014) y Al Hassan (2019) que se debe hacer una apreciación normativa de su rol a fin de determinar si su contribución le permite ejercer control, compensando así su ausencia en el estado de ejecución. De hecho, en Katanga & Ngudjolo (2008) la Corte sostuvo que diseñar el ataque, proveer armas o coordinar las actividades podría constituir una contribución esencial, mientras que en Lubanga

(2014), Blé Goudé (2014), Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019) la Corte manifestó expresamente que dicha contribución esencial puede ser prestada en la etapa de planificación o preparación. En un sentido similar, en las razones del caso Gbagbo & Blé Goudé, el juez Henderson (2019) señaló que la contribución esencial puede llevarse a cabo antes de que el crimen ocurra, siempre y cuando el autor haya sabido que la conducta criminal relevante era parte integrante del plan común.

Por otro lado, en lo relativo a las contribuciones realizadas con posterioridad al crimen, ellas fueron consideradas factores para probar la existencia del plan común en Bemba *et al.* (2018a), pero no se aclaró si podrían por sí mismas ser suficientes para ser consideradas una contribución esencial.

Finalmente, en el caso particular de la coautoría mediata, en Katanga & Ngudjolo (2008), Ruto (2012) y Muthaura (2012), la Corte expresó que la contribución esencial puede ser activar los mecanismos que lleven al cumplimiento automático de las órdenes.

4.3. Primer requisito subjetivo: conocimiento e intención y cualquier elemento subjetivo especial

Este requisito ha sido mencionado en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009), Abu Garda (2010), Banda (2011), Al Mahdi (2016b) y Bemba *et al.* (2016), y deriva de las reglas generales del artículo 30 del ER.

El mayor debate que se ha generado es respecto a la interpretación que se hizo en Lubanga (2007) de que este requisito subjetivo admitiría una forma de dolo eventual, cuestión que fue ratificada en Katanga & Ngudjolo (2008). No obstante, tanto en Bemba (2009) como en Lubanga (2012 y 2014), la Corte indicó que la hipótesis de dolo eventual había sido excluida del ER, cuestión que ha sido reiterada en Ruto (2012), Bemba *et al.* (2016) y Ntaganda (2019), y que parece relativamente zanjada en la jurisprudencia. La doctrina también está conteste en excluir dolo eventual del marco del ER (Ambos, 2009; Van Sliedregt, 2012; Schabas, 2016; Van Sliedregt & Yanev, 2019).

Cabe mencionar que en las razones de la mayoría tras la absolución de Gbagbo & Blé Goudé, el juez Henderson (2019) se refirió a la previsibilidad requerida, indicando que, si bien un plan común implica el riesgo de que un individuo cometa un delito, la mera conciencia de esta posibilidad no sería suficiente. Por el contrario, la escala debe ser significativamente mayor y estar ligada a la ejecución de un aspecto identificable del plan. No resulta claro si esta construcción del juez Henderson corresponde a una forma de dolo directo de segundo grado, o a una hipótesis de dolo eventual, reabriendo en ese caso el debate respecto del elemento subjetivo que hasta entonces parecía cerrado.

4.4. Segundo requisito subjetivo: los coautores deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen

Este requisito se relaciona con la discusión respecto del elemento de criminalidad del plan común que discutimos antes. Así, en Lubanga (2007), se usó el concepto de “riesgo”, indicando que los coautores deben estar conscientes de que el plan común “puede resultar” en la realización de los elementos objetivos del crimen. El mismo lenguaje de probabilidad (“*may result*”) fue usado en Abu Garda (2010).

Sin embargo, en casos posteriores la Corte abandonó el concepto de riesgo. En la apelación de Lubanga (2014), la Corte exigió que los coautores supieran que el crimen ocurriría en el curso ordinario de los eventos, con un nivel de certeza virtual. Eso parece estar más en la línea con lo señalado en Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009), Banda (2011), Blé Goudé (2014), Gbagbo (2014), Ntaganda (2014), Bemba *et al.* (2016) y Al Hassan (2019), donde la Corte indicó que los sospechosos debían estar conscientes de que el plan resultará (“*will result*”) o resultaría (“*would result*”) en la comisión del crimen.

Sin perjuicio de ello, un aspecto que resulta cuestionable es la falta de sistematicidad de la Corte en la aplicación de este requisito. Por ejemplo, si bien en Muthaura (2012) la Corte mencionó este requisito (con el lenguaje de “*will result*”), ella señaló que era innecesario analizar si este requisito se verificaba. Igualmente, en Ruto (2012), la Corte mencionó el requisito (“*would result*”), pero consideró que, habiéndose acreditado el cumplimiento de la existencia de un plan común y los requisitos subjetivos, no era necesario analizar si el imputado cumplía con este elemento. Por su parte, en Al Mahdi (2016b), Bemba *et al.* (2018a) y Yekatom (2019) la Corte ni siquiera mencionó este requisito.

Esto resulta incomprensible. Si la existencia de un plan común y el cumplimiento del elemento subjetivo son requisitos independientes a este último (que los imputados están mutuamente conscientes y acepten que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen), entonces no corresponde que la Corte considere que el cumplimiento de los dos primeros requisitos da por sentado el cumplimiento del tercero. En cambio, si la Corte efectivamente considera que el requisito en cuestión se encuentra contenido en los demás, entonces no debería ser considerado un requisito subjetivo adicional (Fernández & Jiménez, 2016).

4.5. Tercer requisito subjetivo: los coautores deben estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen

Este requisito tampoco parece encontrarse bien resuelto, con importantes variaciones en la jurisprudencia. Por ejemplo, en Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte sostuvo que este requisito solo correspondía para la coautoría mediata, y no para la coautoría simple. Así, ha sido incluido en los casos en que la Corte examina formas de coautoría mediata, como Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Ntaganda (2014), Gbagbo (2014) y Al Hassan (2019).

No obstante, la Corte también lo ha incluido en algunos casos que corresponden a coautoría simple, como Lubanga (2007),⁵ Banda (2011), Bemba (2009) y Abu Garda (2010), aunque en otros, como Bemba *et al.* (2016 y 2018a) y Yekatom (2019), la Corte no lo ha mencionado. La falta de uniformidad en la jurisprudencia sobre este requisito resulta problemática, puesto que impide contar con la certeza necesaria en un proceso penal, y que permita tanto a la fiscalía como a la defensa realizar adecuadamente su trabajo.

Lo cierto es que no parece existir una justificación para la imposición de este requisito para formas de coautoría simple. En efecto, según reconocen Bantekas (2010) y Ambos (2012), a diferencia de la autoría (o coautoría) mediata, en que existe una relación vertical, y donde el autor puede efectivamente tomar conocimiento de su situación de control, en la coautoría simple se ejerce control conjunto sobre el crimen con otros individuos, operando todos en un plano horizontal. Por lo mismo, pareciera que este requisito subjetivo no debe ser considerado por la Corte en los casos de coautoría simple.

En resumen, contrariamente a lo que pueda parecer a primera vista, la Corte no parece tener una jurisprudencia claramente asentada respecto de la coautoría, existiendo una serie de debates pendientes sobre el requisito del plan común, la magnitud de la contribución, los elementos subjetivos, entre otros aspectos. Ello justifica que Van Sliedregt y Yanev (2019) sostengan que la jurisprudencia sobre coautoría se encuentra aún en la infancia. Es de esperar que ella pueda ser mejor desarrollada en casos venideros.

5 En la sentencia de Lubanga (2012), la Corte señaló simplemente que el acusado debe saber que está proveyendo una contribución esencial.

5. Autoría mediata

La autoría mediata, reconocida al final del artículo 25.3(a), regula la responsabilidad de quien comete un crimen “por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable”. Así, de manera innovadora en el derecho penal internacional, el Estatuto reconoce dos formas de autoría mediata, dependiendo si el instrumento tiene o no responsabilidad (Bantekas, 2010; Ambos, 2013).

Igualmente, y como fue anticipado antes, la Corte ha desarrollado una forma adicional de responsabilidad denominada coautoría mediata. Dado que sus requisitos se superponen parcialmente con los de la autoría mediata, revisaremos las decisiones en las que se han examinado ambas formas de autoría, resultando en once decisiones de confirmación de cargos⁶ y cuatro sentencias definitivas.⁷

En términos generales, en Lubanga (2007) y Abu Garda (2010), la Corte indicó que son autores mediatos aquellos que controlan la voluntad de quienes llevan a cabo los elementos objetivos del crimen. Por su parte, en Ongwen (2016), la CPI sostuvo que la autoría mediata implica que el autor, quien tiene el control sobre el crimen, lo comete utilizando a otra persona que lleva físicamente a cabo los elementos materiales del delito, mientras que en Al Hassan (2019) señaló que la autoría mediata supone que una persona comete un crimen subyugando la voluntad de otra persona.

Además de la hipótesis de coautoría mediata —que revisaremos en la sección siguiente—, existen dos formas de autoría mediata “simple” que han sido examinadas por la Corte. Primero, una autoría mediata “directa”, que corresponde a los casos en que se ejerce control directamente sobre un individuo. En Ntaganda (2019), la Corte indicó que debe existir un control sobre la persona o personas que ejecutan los elementos materiales del crimen, a un grado en que la existencia de la voluntad de esa persona deviene irrelevante. Sin embargo, nos interesa detenernos en la segunda forma de autoría mediata, que ha sido desarrollada en mayor detalle por la CPI, y que corresponde a aquella que se ejerce por medio del control sobre una organización. En efecto, en Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte señaló que una hipótesis en la cual una persona puede ser responsable por los crímenes cometidos por otra, siendo ambos penalmente responsables, es en aplicación de la doctrina del control sobre la organización (“*Organisationsherrschaft*”). En sus decisiones, la CPI ha desarrollado los siguientes requisitos.

6 Casos Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Gbagbo (2014), Blé Goudé (2014), Ntaganda (2014), Ongwen (2016), Al Hassan (2019). En Yekatom (2019), la Corte confirmó cargos por autoría mediata, pero no especificó sus requisitos.

7 Casos Ngudjolo (especialmente la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2012), Katanga (2014), Ntaganda (2019) y Gbagbo & Blé Goudé (principalmente las razones del juez Henderson, 2019).

5.1. Primer requisito objetivo: existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico

En el caso Katanga (2014), la Corte expresó que la existencia de un aparato organizado de poder permite ejercer control sobre un crimen si sus autoridades pueden asegurarse de que sus miembros realizarán los elementos materiales del crimen. Este requisito también fue reconocido en Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Ntaganda (2014) y Gbagbo (2014).

Si bien este requisito no fue explicitado en Ongwen (2016), la CPI señaló que los crímenes fueron cometidos a través de un aparato jerárquico, mientras que en Gbagbo (2014) la sala hizo referencia a la característica organizada y jerárquica de las fuerzas, dando a entender que el requisito estaba siendo aplicado.

5.2. Segundo requisito objetivo: control sobre el aparato de poder

El requisito de que exista control sobre el aparato organizado de poder fue mencionado en Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Muthaura (2012), Ruto (2012), Ntaganda (2014) y Al Hassan (2019). A su vez, en los casos Katanga & Ngudjolo (2008), Katanga (2014) y Al Hassan (2019), la Corte indicó que son las personas a la cabeza de la organización quienes ejercen tal control.

Así mismo, en Katanga (2014), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte aclaró que el aparato de poder, o al menos una parte de este, debía ser orientado intencionalmente a la comisión del crimen. Por su parte, en las razones de la mayoría tras la absolución de Gbagbo & Blé Goudé, el juez Henderson (2019) manifestó que el o los coautores mediatos debían haber instruido a la organización a participar en la conducta que llevó a la comisión del crimen.

Recientemente, en Al Hassan (2019), a propósito de una hipótesis de coautoría mediata, la Corte aclaró que no es necesario que el autor ejerza control sobre ciertos o todos los autores directos, sino que lo que es decisivo es que los coautores ejerzan conjuntamente dicho control. Del mismo modo, en Ntaganda (2019), la Corte señaló que el autor mediato no necesita ejercer control sobre la organización completa, siendo suficiente que controle una o más partes cruciales de esta.

5.3. Tercer requisito objetivo: la ejecución de los crímenes debe encontrarse asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes

En Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte consideró necesario que exista una relación jerárquica, y que existan suficientes subordinados para garantizar que las órdenes serán ejecutadas. Así mismo, tanto en Katanga & Ngudjolo (2008) como

en Katanga (2014) la Corte sostuvo que la ejecución del plan no debe encontrarse comprometida por la falla de algún subordinado, pues este puede ser simplemente reemplazado por otro, siendo entonces fungible. Para ello, se requiere que la organización sea suficientemente grande. En este supuesto, la persona que emite la orden en la organización tiene control sobre el crimen, que le permite no solo ordenar la comisión del crimen, sino decidir esencialmente si y cómo será cometido este. El elemento de la fungibilidad también fue examinado en Ntaganda (2014), Muthaura (2012) y Al Hassan (2019).

Ahora bien, la Corte también ha reconocido que otros atributos de la organización, distintos de la fungibilidad, pueden lograr el mismo efecto. Por ejemplo, en Katanga & Ngudjolo (2008) mencionó la existencia de un sistema de entrenamiento intensivo, estricto y violento; en Blé Goudé (2014) hizo referencia a la manipulación del grupo; y en Ruto (2012) aludió a la existencia de mecanismos de pago o castigo. Por su parte, en Gbagbo (2014) la Corte no explicitó este requisito, aunque indicó que las órdenes se cumplirían casi automáticamente.

Así, cabe señalar que la aplicación de la doctrina de la *Organisationsherrschaft* y la imposición de estos requisitos ha sido criticada. En efecto, se ha resaltado que ella no tendría reconocimiento en el ER, que no se encontraría totalmente aceptada siquiera en Alemania y que no sería necesaria para interpretar el artículo 25.3(a) (Weigend, 2010). Algunas de esas críticas tuvieron eco dentro de la Corte, por ejemplo, en la opinión de la jueza Van den Wyngaert en el caso Ngudjolo (2012).

No obstante, al igual que como fue indicado respecto a la doctrina del dominio del hecho, creemos que la doctrina de la *Organisationsherrschaft* puede tener aplicabilidad en el marco del ER, sin que sea necesario acreditar que ella constituye costumbre internacional o un principio general del derecho. La doctrina puede ser aplicable en tanto ella constituye una interpretación de la norma relevante del artículo 25.3(a), que permite que un individuo penalmente responsable sea también un instrumento del autor mediato. En ese sentido, como reconocen Ambos (2012) y Jain (2014), todo examen del ER requiere una interpretación, que debe necesariamente acudir a nociones que no están expresamente previstas en este. En efecto, conceptos como ‘comisión’ o ‘contribución’ son términos del arte que requieren necesariamente adoptar una teoría. En ese sentido, esta doctrina representa el papel y culpabilidad de los autores intelectuales de mucho mejor manera que las formas de participación, y es adecuada desde un punto de vista criminológico (Smeulers, 2020).

Otra de las críticas que se han formulado a la doctrina es que los requisitos elaborados por la Corte resultarían poco apropiados para los conflictos étnicos en África que estaban siendo conocidos por la CPI, en los cuales no es posible identificar un control

del nivel exigido por la teoría (Van Sliedregt, 2015). Esta crítica debe ser examinada con precaución, pues el hecho de que una doctrina no sea aplicable en un caso concreto —o, incluso, en varios de los casos conocidos por la Corte—, no obsta a que ella se conforme con el ER y pueda tener aplicabilidad en el futuro.

Por lo demás, tal y como fue señalado en el caso Ntaganda (2019), la existencia de una organización jerárquica es solo una de las formas que puede adoptar la autoría mediata. Así, los criterios identificados en la doctrina del control sobre la organización son elementos que permiten acreditar la existencia de un control sobre la voluntad de un individuo —que es lo exigido por el artículo 25.3(a)—, pero no descartan la existencia de otros criterios que puedan dar lugar a una forma de control suficientemente estrecho como para constituir autoría mediata.

Por lo mismo, creemos que la ventaja de la *Organisationsherrschaft* es que regula un escenario bajo el cual se puede identificar la existencia de un control suficientemente estrecho sobre el autor directo —que se logra mediante la estructura jerárquica—, pero en el cual este aún mantiene su voluntad y puede decidir no cometer el delito.

5.4. Primer requisito subjetivo: conocimiento e intención y cualquier dolo especial que corresponda

En Katanga & Ngudjolo (2008), la Corte afirmó que deben cumplirse los requisitos del artículo 30 del ER y así mismo cualquier elemento mental que sea propio del crimen. Lo mismo fue afirmado en Ruto (2012), Muthaura (2012), Katanga (2014) y Al Hassan (2019).

Por su parte, tanto en Gbagbo (2014) como en Ongwen (2016), si bien este requisito no fue analizado en abstracto, parece haber sido incorporado en el análisis de los hechos relevantes. En este último caso, por ejemplo, la Corte señaló que el autor tenía la intención de realizar las conductas y tenía la intención de que se cumplieran los elementos objetivos de los crímenes que se le imputan o estaba consciente de que ocurrirían bajo el curso normal de los hechos.

5.5. Segundo requisito subjetivo: conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control sobre el crimen

Este requisito fue incluido por primera vez en Katanga & Ngudjolo (2008), donde la Corte señaló que el autor mediato debe estar consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercer control. Este conocimiento puede adoptar diversas formas, que en el caso se manifestó en el conocimiento del autor material sobre la posición que tenía en la organización y las características esenciales de dicha organización. Dicha conciencia fue también referida en Abu Garda (2010), Ruto

(2012), Muthaura (2012), Katanga (2014), Ntaganda (2014), Ongwen (2016) y Al Hassan (2019). Si bien en Gbagbo (2014) el requisito no fue expresamente mencionado, parece haber sido incorporado en el análisis de los hechos.

En suma, el examen de las decisiones de la Corte Penal Internacional sobre autoría mediata demuestra una jurisprudencia sistemática y relativamente uniforme, sin que existan grandes diferencias en los últimos 18 años, y sin que las críticas de la jueza Van den Wyngaert a la aplicación de la doctrina del control sobre la organización hayan resurgido con posterioridad.

Sin embargo, nos parece que un tema que no ha sido abordado de manera adecuada por la Corte es la determinación del nivel de control que se va a ejercer sobre el autor directo para dar lugar a esta forma de responsabilidad. Sobre este aspecto, debe recordarse que el ER reconoce que en la autoría mediata el autor material puede o no ser penalmente responsable. Por lo tanto, existen dos hipótesis de autoría mediata y de control: una en que el control será absoluto y, por lo tanto, el perpetrador físico no tendrá voluntad (y por ello no será penalmente responsable); y otra en que el control no será absoluto. Es en este último supuesto que debe explicarse en qué casos la dominación será suficiente para hacer responsable al autor mediato por los actos del perpetrador físico (Bantekas, 2010). Si el control es total, el autor directo no es más que un instrumento que carece de responsabilidad. En cambio, si el control es muy bajo, es posible que sea más adecuado imputar al “hombre de atrás” por figuras accesorias como ordenar o inducir.

Sobre este punto, creemos que el lenguaje utilizado por la Corte ha sido poco preciso. Por ejemplo, en Blé Goudé (2014) se indicó que, para ejecutar materialmente los elementos de un crimen a través de otra persona, el autor debe controlar la acción de la otra persona a tal nivel que la voluntad de este tercero se vuelve irrelevante y su acción debe ser imputada a los coautores como si fuera de ellos mismos. Lo mismo fue sostenido en Ongwen (2016), Ntaganda (2019) y Al Hassan (2019). Describir la voluntad del tercero como “irrelevante” resulta inadecuado, pues pareciera proponer una hipótesis de control absoluto, en que el perpetrador físico carece de voluntad, siendo solo un instrumento, y entonces privándolo totalmente de responsabilidad. Ello dificulta la comprensión de esta forma de responsabilidad, que precisamente supone que tanto el autor directo como el autor mediato son responsables. En ese contexto, la voluntad del perpetrador físico no puede ser irrelevante: si el instrumento es también penalmente responsable, su voluntad debe ser considerada, aunque ella esté siendo al mismo tiempo controlada por el autor mediato.

En definitiva, la jurisprudencia carece de una teoría que determine el nivel de control necesario para dar lugar a una forma de autoría mediata en que ambos

intervinientes tengan voluntad —y responsabilidad penal—. El lenguaje utilizado por la Corte respecto del nivel de control que resulta necesario para dar lugar a esta forma de responsabilidad es impreciso y no parece estar claramente delimitado. Es de esperar que este aspecto pueda ser analizado en mayor detalle en casos posteriores.

6. Coautoría mediata

Como ya fue adelantado, en su interpretación del ER, la CPI ha considerado que existe una cuarta forma de autoría: la coautoría mediata. Ella fue mencionada por primera vez en Katanga & Ngudjolo (2008), bajo una interpretación del artículo 25.3(a), que permitiría que la autoría podría ser conjunta y mediata al mismo tiempo. En efecto, la Corte sostuvo que el ER reconoce las formas de responsabilidad de coautoría y autoría mediata, unidas por el conector “o”, que puede tener un sentido inclusivo o exclusivo. La Corte optó por el sentido inclusivo, indicando que ello permitiría considerar que existe una forma adicional de autoría en el ER, que permitiría evaluar adecuadamente la responsabilidad de los máximos líderes. El mismo análisis fue realizado en Abu Garda (2010). Así mismo, en Ruto (2012), la Corte, señaló que, mediante la aplicación de un método de interpretación dinámico o efectivo, lo adecuado era concluir que la coautoría mediata tiene reconocimiento en el artículo 25.3(a).

Ahora bien, en Ongwen (2016), Al Hassan (2019) y Ntaganda (2019), la Corte aclaró que la coautoría mediata correspondería a una forma particular de coautoría, en que el plan común es ejecutado por medio de otras personas. En ese sentido, no sería estrictamente una cuarta forma de autoría. Sin perjuicio de ello, y dado que el objetivo de este trabajo es sistematizar la jurisprudencia de la CPI a fin de identificar tanto las áreas de mayor claridad como las áreas en que no existe uniformidad sobre los requisitos de las distintas formas de autoría, resulta conveniente examinarla de manera separada.

A la fecha existen ocho decisiones de confirmación de cargos⁸ y cuatro sentencias definitivas⁹ que se han referido a esta forma de responsabilidad.

En sus decisiones, la Corte ha señalado que los requisitos de la coautoría mediata son la fusión de las dos formas de responsabilidad que ya revisamos antes. En consecuencia, los requisitos objetivos son: i) un acuerdo o plan común entre dos

8 Casos Katanga & Ngudjolo (2008), Abu Garda (2010), Ruto (2012), Muthaura (2012), Gbagbo (2014), Blé Goudé (2014), Ongwen (2016) y Al Hassan (2019).

9 Casos Ngudjolo (en especial la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2012), Katanga (principalmente la opinión de la jueza Van den Wyngaert, 2014), Ntaganda (2019) y Gbagbo & Blé Goudé (especialmente las razones del juez Henderson, 2019).

o más personas; ii) que cada coautor realice contribuciones esenciales; iii) control sobre una persona (o una organización); iv) en este último caso, la existencia de un aparato de poder organizado y jerárquico; y v) que la ejecución de los crímenes se encuentre asegurada por un cumplimiento casi automático de las órdenes. Por su parte, los requisitos subjetivos incluyen: i) cumplimiento con los elementos subjetivos del crimen en cuestión, incluyendo cualquier dolo especial; ii) los coautores mediatos deben estar mutuamente conscientes y aceptar que la implementación del plan común resultará en la realización de los elementos objetivos del crimen; y iii) el coautor mediato debe estar en conocimiento de las circunstancias fácticas que le permiten controlar conjuntamente el crimen.

En las secciones anteriores, nos hemos referido en detalle a algunas de las críticas que se han generado respecto de varios de estos requisitos. Ahora bien, existen otras críticas que son propias de esta forma de responsabilidad.

No obstante, antes de enfrentar estas críticas es necesario realizar una distinción entre dos posibles formas de coautoría mediata. Una primera forma, que ha sido menos controvertida, es el modelo de la autoría mediata conjunta (también denominado el modelo de la “Junta”). En este supuesto, dos o más personas controlan conjuntamente la voluntad de un mismo individuo o de un mismo aparato organizado de poder (Weigend, 2010; Ohlin *et al.*, 2013). Este modelo de responsabilidad fue considerado admisible por la misma jueza Van den Wyngaert en su opinión del caso Ngudjolo (2012), donde reconoció la posibilidad de que se puedan combinar las formas de responsabilidad, siempre que se cumplan los requisitos de cada una de ellas.

En efecto, el modelo de la autoría mediata conjunta es menos controversial, puesto que solo supone dos formas de responsabilidad que se manifiestan conjuntamente, cuestión que el Estatuto permitiría (Ambos, 2016). De hecho, no castigar esa forma de intervención en los delitos sería admitir la existencia de una laguna de punibilidad (Fernández & Jiménez, 2016).

Sin embargo, es la segunda forma de coautoría mediata la que genera más cuestionamientos, y que fue la forma aplicada por la Corte en Katanga & Ngudjolo (2008). En tal caso, existían dos individuos que controlaban organizaciones distintas, y era la actuación conjunta de ambas organizaciones la que había permitido la comisión del crimen. En tal caso, se imputaron de manera cruzada los crímenes cometidos por los subordinados de la otra organización. Fue esa la forma de responsabilidad mayormente criticada, indicando la jueza Van den Wyngaert en el caso Ngudjolo (2012) que ella no tendría reconocimiento en el ER, que debía preferirse el sentido ordinario de las palabras y que una lucha contra la impunidad no justificaba una interpretación teleológica del Estatuto, ni tampoco acudir a fuentes

subsidiarias del derecho, como la teoría del dominio del hecho. Por ello, indicó que la coautoría mediata sería una expansión radical del artículo 25.3(a), y que permitiría a la CPI confirmar cargos por coautoría mediata sin probar los elementos ni de la coautoría ni de la autoría mediata. Algunos de estos puntos fueron reiterados en su opinión disidente en Katanga (2014).

No obstante, al igual que como ocurre con la autoría mediata conjunta, no creemos que la coautoría mediata constituya una expansión del artículo 25, sino que, siguiendo a Weigend (2010), creemos que esta forma de responsabilidad no es una creación jurídica, sino una coincidencia fáctica de dos tipos de responsabilidad, sin que se vulnere el principio de legalidad. Lo fundamental es que, al invocarse esta forma de responsabilidad, se cumplan estrictamente los requisitos de la coautoría y la autoría mediata, pues solo así no se generaría una transgresión al principio de legalidad (Van Sliedregt, 2015). Por lo mismo, no creemos que la imputación por coautoría mediata suponga una violación del principio *pro reo*, pues no se estaría interpretando de una forma que perjudique al acusado. Al contrario, al combinar ambos tipos de responsabilidad y sus requisitos, la Corte estaría exigiendo un estándar más alto de prueba a la fiscalía.

Por lo mismo, no creemos que la Corte haya trasplantado una teoría perteneciente a un sistema legal particular, sino que ha realizado un ejercicio interpretativo que da valor a todas las disposiciones del Estatuto de Roma. En cualquier caso, notamos que, más allá de las críticas teóricas que puedan hacerse a esta forma de responsabilidad, la jurisprudencia parece ser homogénea y consistente al llegar a la mayoría de edad, sin que se hayan presentado nuevas controversias relativas a la aplicabilidad de esta forma de autoría (en cualquiera de sus dos variantes) en el marco del Estatuto de Roma.

Conclusiones

Como puede verse del examen de las decisiones que han sido objeto de este análisis, la Corte cumple 18 años habiendo delimitado algunas formas de autoría previstas en el artículo 25.3(a) del ER con relativa precisión, como es el caso de la autoría directa o la autoría mediata por control de aparatos organizados de poder. Sin embargo, todavía existen varios aspectos en que la jurisprudencia manifiesta inconsistencias, o donde el desarrollo de los requisitos requiere aún mayor detalle. Por ejemplo, el requisito del plan común, el alcance del requisito de la “contribución esencial” en la coautoría (incluyendo si ella debe prestarse al plan común o al crimen), los requisitos subjetivos de esa forma de responsabilidad o el nivel de control necesario en la autoría mediata.

Igualmente, otro aspecto en el cual la jurisprudencia de la CPI resulta incompleta es en lo relativo a las formas de autoría por omisión. Si bien la Corte parece haber reconocido formas omisivas en Lubanga (2007), Katanga & Ngudjolo (2008), Bemba (2009) y Muthaura (2012), lo cierto es que no ha existido un análisis detallado de ellas en materia de autoría. Si bien la doctrina entiende que la comisión por omisión no estaría excluida del ER (Werle & Jessberger, 2017; Cryer, Robinson & Vasiliev, 2019), sería positivo que la Corte desarrolle esta forma de autoría en el futuro.

Finalmente, a nuestro parecer, el mayor logro de la Corte en estos 18 años es haber establecido una doctrina de responsabilidad individual aplicable al ER, dejando atrás los cuestionamientos de ilegitimidad que se suscitaban en su interior. Así, ha dado a los distintos actores de la justicia penal un marco legal respetuoso de los principios del derecho penal. Es de esperar que en sus futuras decisiones la Corte pueda resolver los temas pendientes y, de esta manera, cuando llegue a convertirse en la Corte Penal Internacional de mayor data, lo logre con un criterio bien formado en materia de autoría.

Referencias

- Aksenova, M. (2015). The modes of liability at the ICC. *International Criminal Law Review*, 15(4), 629-664. <https://doi.org/10.1163/15718123-01504002>
- Ambos, K. (2009). Critical issues in the Bemba confirmation decision. *Leiden Journal of International Law*, 22(4), 715-726. <https://doi.org/10.1017/S0922156509990185>
- Ambos, K. (2012). The first judgment of the International Criminal Court. *International Criminal Law Review*, 12(2), 115-153. <https://doi.org/10.1163/157181212X639644>
- Ambos, K. (2013). *Treatise on international criminal law. Vol. 1*. Oxford: Oxford University Press.
- Ambos, K. (2016). Article 25. En O. Triffterer & K. Ambos (Eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (pp. 979-1030). Munich: C. H. Beck.
- Bantekas, I. (2010). *International criminal law*. Oregon: Hart Publishing.
- Cassese, A. (2003). *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- Cassese, A. (2009). *The Oxford companion to international criminal justice*. New York: Oxford University Press.
- Cryer, R., Robinson, D., & Vasiliev, S. (2019). *An introduction to international criminal law and procedure*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Fernández Carter, C., & Jiménez Laurence, A. (2016). *Los criterios de la Corte Penal Internacional sobre autoría y participación* (Tesis de pregrado, Universidad de Chile, Santiago, Chile).
- Gallant, K. (2008). *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Gil, A. (2014). Responsabilidad penal individual en la sentencia Lubanga. En K. Ambos, E. Malarino & C. Steiner (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional* (pp. 263-301). Berlín: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Gil, A., & Maculan, E. (2015). Current trends in the definition of ‘perpetrator’ by the International Criminal Court. *Leiden Journal of International Law*, 28(2), 349-371. <https://doi.org/10.1017/S0922156515000114>
- Jackson, M. (2016). The attribution of responsibility and modes of liability in international criminal law. *Leiden Journal of International Law*, 29(3), 879-895. <https://doi.org/10.1017/S0922156516000352>
- Jain, N. (2014). *Perpetrators and accessories in international criminal law*. Oxford: Hart Publishing.
- Kiss, A. (2019). Indirect commission. En J. de Hemptinne, R. Roth & E. van Sliedregt (Eds.), *Modes of liability in international criminal law* (pp. 30-57). Cambridge: Cambridge University Press.
- Ohlin, J. (2015). Co-perpetration. En C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 517-537). New York: Oxford University Press.
- Ohlin, J., Van Siedregt, E., & Weigend, T. (2013). Assessing the control theory. *Leiden Journal of International Law*, 26(3), 725-746. <https://doi.org/10.1017/S0922156513000319>
- Olasolo, H. (2013). *Tratado de autoría y participación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Raimondo, F. (2008). *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff.
- Roxin, C. (2011). Crimes as a part of organized power. *Journal of International Criminal Justice*, 9(1), 191-205. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq083>
- Schabas, W. (2016). *The International Criminal Court*. Oxford: Oxford University Press.

- Smeulders, A. (2020). A criminological approach to the ICC's control theory. En K. Heller, F. Mégret, S. Nouwen, J. Ohlin & D. Robinson (Eds.), *The Oxford handbook of international criminal law* (pp. 379-399). Oxford: Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E. (2012). *Individual criminal responsibility in international law*. Oxford: Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E. (2015). Perpetration and participation in article 25(3). En C. Stahn (Ed.), *The law and practice of the International Criminal Court* (pp. 499-516). New York: Oxford University Press.
- Van Sliedregt, E., & Yanev, L. (2019). Co-perpetration based on joint control over the crime. En J. de Hemptinne, R. Roth & E. Van Sliedregt (Eds.), *Modes of liability in international criminal law* (pp. 85-120). Cambridge: Cambridge University Press.
- Vest, H. (2014). Problems of participation. *Journal of International Criminal Justice*, 12(2), 295-309. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu021>
- Weigend, T. (2010). Perpetration through an organization. *Journal of International Criminal Justice*, 9(1), 91-111. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqq077>
- Weigend, T. (2014). Problems of attribution in international criminal law. *Journal of International Criminal Justice*, 12(2), 253-266. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqu012>
- Werle, G., & Jessberger, F. (2017). *Tratado de derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Jurisprudencia

- CPI, Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Lubanga*. Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo. 1º de diciembre de 2014, Doc. ICC-01/04-01/06-3121-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Lubanga*. Decision on the confirmation of charges. 29 de enero de 2007, Doc. ICC-01/04-01/06.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Bemba*. Decision on the confirmation of charges. 15 de junio de 2009, Doc. ICC-01/05-01/08-424.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Abu Garda*. Decision on the confirmation of charges. 8 de febrero de 2010, Doc. ICC-02/05-02/09-243-Red.

- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Banda, Nourain and Jerbo*. Decision on the confirmation of charges. 7 de marzo de 2011, Doc. ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Mbarushimana*. Decision on the confirmation of charges. 16 de diciembre de 2011, Doc. CC-01/04-01/10-465-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Gbagbo*. Decision on the confirmation of charges. 12 de junio de 2014, Doc. ICC-02/11-01/11-656-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Blé Goudé*. Decision on the confirmation of charges. 11 de diciembre de 2014, Doc. ICC-02/11-02/11-186.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *Procureur c. Al Hassan*. Rectificatif à la Déclaration relative à la confirmation des charges. 13 noviembre de 2019, Doc. ICC-01/12-01/18.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo*. Decision on the confirmation of charges. 30 de septiembre de 2008, Doc. ICC-01/04-01/07.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*. Decision on the confirmation of charges. 23 de enero de 2012, Doc. ICC-01/09-02/11-382-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang*. Decision on the confirmation of charges. 23 de enero de 2012, Doc. ICC-01/09-01/11-373.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Ntaganda*. Decision on the confirmation of charges. 9 de junio de 2014, Doc. ICC-01/04-02/06-309.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Decision pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute. 11 de noviembre de 2014, Doc. ICC-01/05-01/13.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *The Prosecutor v. Ongwen*. Decision on the confirmation of charges. 23 de marzo de 2016, Doc. ICC-02/04-01/15-422-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II. *Prosecutor v. Yekatom & Ngaïssona*. Decision on the confirmation of charges. 20 de diciembre de 2019, Doc. ICC-01/14-01/18.

- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Lubanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 14 de marzo de 2012, Doc. ICC-01/04-01/06-2842.
- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Lubanga*. Separate opinion of Judge Fulford. 14 de marzo de 2012, Doc. ICC-01/04-01/06-2842.
- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Gbagbo & Blé Goudé*. Reasons for oral decision of 15 January 2019. 16 de julio de 2019, Doc. ICC-02/11-01/15.
- CPI, Sala de Primera Instancia I. *The Prosecutor v. Gbagbo and Blé Goudé*. Reasons of Judge Henderson. 16 de julio de 2019, Doc. ICC-02/11-01/15.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Ngudjolo*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 18 de diciembre de 2012, Doc. ICC-01/04-02/12-3.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Ngudjolo*. Concurring opinion of judge Van den Wyngaert. 18 de diciembre de 2012, Doc. ICC-01/04-02/12-4.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Katanga*. Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 7 de marzo de 2014, Doc. ICC-01/04-01/07-3436.
- CPI, Sala de Primera Instancia II. *The Prosecutor v. Katanga*. Minority opinion of judge Van den Wyngaert. 7 de marzo de 2014, Doc. ICC-01/04-01/07-3436-AnXI.
- CPI, Sala de Primera Instancia VI. *The Prosecutor v. Ntaganda*. Judgment. 8 de julio de 2019, Doc. ICC-01/04-02/06.
- CPI, Sala de Primera Instancia VII. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Judgment pursuant to article 74 of the Statute. 19 de octubre de 2016, Doc. ICC-01/05-01/13-1989-Red.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I. *The Prosecutor v. Al Mahdi*. Decision on the confirmation of charges. 24 de marzo de 2016(a), Doc. ICC-01/12-01/15-84-Red.
- CPI, Sala de Primera Instancia VIII. *The Prosecutor v. Al Mahdi*. Judgment and Sentence. 27 de septiembre de 2016(b), Doc. ICC-01/12-01/15-171.
- CPI, Sala de Primera Instancia. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to article 74 of the Statute”. 8 de marzo de 2018(a), Doc. ICC-01/05-01/13.

CPI, Sala de Apelaciones. *The Prosecutor v. Bemba et al.* Judgment on the appeals against the decision of Trial Chamber VII entitled “Decision on sentence pursuant to article 76 of the Statute”. 8 de marzo de 2018(b), Doc. ICC-01/05-01/13.

