

Memorándum A

Ámbito internacional

Jurisprudencia de los tribunales penales internacionales

Realizado por: por De La Roche, Mariana: Celular 3138840376, email: marydlr_90@hotmail.com; Delgado, David: Celular: 3206936008 email: delgado.david@ur.edu.co; Escallón Vicaría, Daniela: Celular 3013616077, email: dany1600@hotmail.com ; Fonseca Sánchez, Carlos: Celular 3002182807, email: cfonseca89@hotmail.com ; Hernández, Héctor-León: Celular 3176393709, email: hectorleoneh@gmail.com ; Jaccard, Julián: Celular 3102848005, email: julianjaccard@yahoo.fr y Ramírez Mendoza, Joel: Celular: 3214081790, email: ramirez.joel@ur.edu.co, Bajo la dirección del Profesor Héctor Olásolo, con la colaboración de los Profesores Mauricio Vanegas y Andrea Mateus y del investigador Andrés Contreras.

Tabla de contenido

1. REGLA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	3
1.1 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	3
1.1.1 <i>Concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder en la jurisprudencia de la CPI</i>	3
1.1.2 <i>Concepto de coautoría mediata en la jurisprudencia de la CPI</i>	4
1.1.3 <i>Elementos Objetivos y Subjetivos de la Autoría Mediata a través de Estructuras Organizadas de Poder en su Aplicación por la CPI</i>	7
1.1.3.1 Automatismo en el Funcionamiento de la Organización	8
1.1.3.1.1 Estructura Jerárquica y Fungibilidad de sus Miembros	8
1.1.3.1.2 Actuación al margen de la ley	10
1.1.3.1.3 Otros Criterios de Automatismo en el Funcionamiento de la Organización	11
1.1.3.2 Control de la Organización por el dirigente	13
1.1.3.2.1 El Problema del Grado de Control Exigido	13
1.1.3.2.2 Superiores Intermedios	15
1.1.3.3 Elementos Subjetivos	18
1.1.4 <i>Casos en los que la (co)autoría mediata ha sido aplicada por la CPI a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales</i>	19
1.1.4.1 Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como tales	19
1.1.4.1.1 Caso de <i>Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo</i>	19
1.1.4.1.2 Caso de <i>Jean-Pierre Bemba Gombo</i>	20
1.1.4.1.3 Caso <i>Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali</i>	21
1.1.4.1.4 Caso de <i>Callixte Mbarushimana</i>	24
1.1.4.1.5 Caso de <i>Omar Al Bashir</i>	26
1.1.4.1.6 Caso de <i>Laurent Koudou Gbagbo</i>	27
1.1.4.2 Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como otro tipo penal (persecución, tortura)	28
1.1.4.2.1 El Caso de <i>Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman, "Ali Kushayb"</i>	28
1.2 TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA LA ANTIGUA YUGOSLAVIA (TPIY)	30
1.2.1 <i>El concepto de empresa criminal común en el nivel de liderazgo como variante de la figura de la coautoría mediata en la jurisprudencia del TPIY</i>	30
1.2.2 <i>Casos en los que la coautoría mediata por ECC en el nivel de liderazgo ha sido aplicada por el TPIY a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales</i>	34



1.2.2.1.	El Caso de <i>Vlastimir Djordevic</i>	34
1.2.2.2.	El Caso de <i>Ante Gotovina</i>	36
1.2.3.	<i>Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como tales</i>	37
1.2.4.	<i>Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como otro tipo penal (persecución, tortura)</i>	37
1.2.4.1.	El Caso de <i>Milan Martić</i>	38
1.2.4.2.	El Caso de <i>Momčilo Krajišnik</i>	39
1.2.4.3.	Escrito de acusación contra <i>Rodovan Karadžić</i>	41
1.2.4.4.	Escrito de acusación contra <i>Ratko Mladić</i>	42
1.3.	OTROS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA, SALAS ESPECIALES DE LAS CORTES DE CAMBOYA, TRIBUNAL ESPECIAL PARA EL LÍBANO, PÁNELES DE TIMOR ORIENTAL	43
1.3.1	<i>El concepto de ECC en el nivel de liderazgo en otros Tribunales Penales Internacionales</i>	43
1.3.2	<i>Casos en los que la coautoría mediata por ECC en el nivel de liderazgo ha sido aplicada por el Tribunal Internacional para Ruanda, la Corte Especial de Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano, y las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales</i>	46
1.3.2.1	Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como tales	46
1.3.2.1.1	El Caso de <i>Charles Taylor</i>	46
1.3.2.1.2	El Caso del RUF	47
1.3.2.2	Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados bajo otro tipo penal (persecución, tortura).	49
1.3.2.2.1	El Tribunal Especial para el Líbano	49
1.3.2.3	Casos de Responsabilidad del Superior en los que la responsabilidad del Superior ha sido aplicada por la Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya y Tribunal Penal Internacional para Ruanda a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales.	51
1.3.2.3.1	El Caso de <i>Nyiramasuhuko y otros</i>	53
1.3.2.3.2	El Caso de <i>Duch</i>	54
1.4.	CONCLUSIONES PREVIAS	55
1.4.2.	<i>¿Es aplicable la (co)autoría mediata por los Tribunales Penales Internacionales?</i>	55
1.4.3.	<i>¿Es aplicable la (co)autoría mediata por los Tribunales Penales Internacionales en relación con delitos internacionales que tienen la naturaleza de sexuales?</i>	58

1. Regla en el ámbito internacional

En este apartado nos concentramos en estudiar la regla a través del ámbito internacional. Esto es la exposición y el análisis de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), de la Corte Especial para Sierra Leona (en adelante CESL), de las Salas Especiales de las Cortes de Camboya (en adelante SECC), del Tribunal Especial para el Líbano (en adelante TEL) y de los Páneos de Timor Oriental. La exposición de dicha regla tratará los temas de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, de coautoría mediata y de estos modos de responsabilidad aplicados a los delitos sexuales tanto cuando son calificados de manera autónoma como cuando son subsumidos en los tipos de tortura o persecución.

1.1 Jurisprudencia de la Corte Penal Internacional

1.1.1 Concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder en la jurisprudencia de la CPI

Los delitos internacionales son cometidos con frecuencia a través de ramas del Estado u organizaciones que, según ha señalado la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en el caso *Katanga*, se caracterizan porque están estructuradas jerárquicamente, sus miembros son intercambiables y hay un alto grado de automatismo en su funcionamiento¹. Esto ha llevado a considerarlas como entidades con vida propia, con independencia de la identidad de sus miembros, los cuales son reemplazables². En consecuencia, los dirigentes que tienen el control efectivo de este tipo de entidades, denominadas estructuras organizadas de poder (EOP), pueden, en general, estar seguros de que sus deseos serán ejecutados por sus subordinados y no necesitan preocuparse por quién los llevará a cabo.

El concepto de autoría mediata a través de EOP se fundamenta en la idea de que el concepto de autoría no se limita a quienes realizan materialmente los elementos objetivos del delito, sino que también abarca a quienes, como en este tipo de casos, controlan su comisión. Se distingue de la responsabilidad accesoria por instigar u ordenar porque mientras esta última exige una relación más directa entre el instigador (predeterminador) y la persona instigada (predeterminada), cuando se utiliza una estructura organizada de poder

¹ Véase H. Köhler, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 510 [en adelante: Köhler] quien, sin embargo, prefiere caracterizar la contribución de los superiores como instigación, incluso en los casos en que los subordinados son intercambiables, porque, para él, el hecho de que el autor material sea penalmente responsable impide que cualquier otra persona detrás de él sea considerada autor.

² Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-07/07-717, 30 de septiembre de 2008, párrs. 515, 516. (traducción no oficial del original en inglés) [en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo*]; Véase también C. Roxin, *Taterschaft und Tatherrschaft*, 7º ed., Berlin, Gruyter, 2000, p. 245. [en adelante: Roxin]

para cometer un delito, el superior, en general, ni siquiera sabe quién va a cumplir su orden³.

La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI en los párrafos 498 y 499 de la Decisión de Confirmación de Cargos del 30 de septiembre de 2008 en el caso *Katanga*, ha confirmado expresamente la inclusión del concepto de EOP, en el ámbito de aplicación del artículo 25 (3)(a) del Estatuto de Roma (ER):

[v]arios grupos de casos han sido presentados como ejemplos de autor detrás del autor, al que se le atribuye responsabilidad por autoría a pesar de la existencia de un responsable, es decir, un autor directo (aquel cuyas acciones no están exculpadas por error, coacción, o la falta de reprochabilidad). A pesar de ello, los casos más relevantes para el derecho penal internacional son aquellos en los que el autor comete el delito a través de otro por medio del “dominio sobre una organización” (Organisationsherrschaft). A pesar de algunas críticas a esta doctrina, la Sala nota que los redactores del Estatuto de Roma buscaron establecer en el artículo 25(3)(a) del Estatuto una forma de comisión que comprenda la comisión de un delito a través de un individuo no inocente (es decir, responsable) que actúe como un instrumento. Por consiguiente, contrariamente a lo sugerido por la defensa de Germain Katanga en la audiencia del 11 de julio de 2008, atribuir el grado mayor de responsabilidad por la comisión de un delito -es decir, considerarlo como autor- a una persona que utiliza a otra, a una persona individualmente responsable de cometer un delito, no es simplemente una posibilidad teórica de una escasa literatura jurídica, sino que ha sido codificado en el artículo 25(3)(a) del Estatuto.⁴

Desde entonces, el concepto de EOP ha sido aplicado en la gran mayoría de los casos ante la CPI, ya sea de forma autónoma como en los casos contra *Omar Al Bashir* y *Abdullah Al-Senussi*, ya sea en combinación con la coautoría por dominio funcional (formando así lo que se denomina la co-autoría mediata) en los casos contra *Abu Garda*, *Muammar Gaddafi*, *Saif Al Islam Gaddafi*, *Francis Kirimi Muthaura*, *Uhuru Muigai Kenyatta*, *Ruto* y *Kosgey*, y *Gbabgo*.

1.1.2 Concepto de coautoría mediata en la jurisprudencia de la CPI

Todas las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI, han recurrido de manera uniforme a la aplicación conjunta de la autoría mediata a través de EOP y de la coautoría por dominio funcional (coautoría mediata) en los casos *Katanga* y *Ngudjolo*⁵, *Bemba*⁶, *Bashir*⁷, *Abu Garda*⁸,

³ Véase K. Ambos y C. Grammer, “Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Kasemann”, 12 Revista Penal, 2003, p.28 [en adelante: Ambos y Grammer].

⁴ Confirmación de cargos en el caso *Katanga* y *Ngudjolo* (*supra* n. 2), párrs. 498, 499. (traducción no oficial del original en inglés)

⁵ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04-01/07

⁶ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, situation in Central African Republic, ICC-01/05-01/08

⁷ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, situation in Sudan, ICC-02/05-01/09

⁸ *Prosecutor v. Babar Idriss Abu Garda*, situation in Sudan, ICC-02/05-02/09



Ruto y Kosgey⁹, Muthaura y Kenyatta¹⁰, Muammar y Said Gaddafi¹¹ y Gbagbo¹². En el caso *Katanga* y *Ngudjolo*, la SCP I explicó en detalle las razones por las cuales la coautoría mediata se incluía dentro del ámbito del artículo 25(3)(a) ER. Según la SCP I:

Primero, la Sala recuerda que la defensa de Germain Katanga alegó que, mientras el artículo 25(3)(a) del Estatuto prevé, respectivamente, “coautoría” y “autoría mediata”, no incorpora un concepto conjunto de “coautoría mediata”, porque el artículo 25(3)(a) del Estatuto afirma, “[...] con otro o por conducto de otro”, y no, “con otro y por conducto de otro” (énfasis añadido). [La Sala observa que el artículo 25(3)(a) usa la conjunción “o”, una disyunción (o separación). Se pueden atribuir dos significados al término “o”; uno conocido como débil o inclusivo y el otro fuerte o exclusivo. Una disyunción inclusiva tiene el sentido de “o uno o el otro, y posiblemente ambos” mientras que una disyunción exclusiva tiene el sentido “o uno o el otro, pero no ambos”. En consecuencia, desde una interpretación estrictamente literal es posible considerar la disyunción del artículo 25(3)(a) del Estatuto como “inclusiva” o como “exclusiva”. En opinión de la Sala, la comisión con otros del delito por conducto de una o más personas es una forma de responsabilidad “de conformidad con el Estatuto”. La Sala entiende que no hay fundamentos jurídicos para limitar la comisión con otros del delito exclusivamente a los casos en los cuales los autores realizan una parte del delito ejerciendo un control directo sobre la misma. Antes bien, a través de una combinación de responsabilidad individual por la comisión del delito por conducto de otras personas junto con la atribución recíproca entre los coautores en el nivel del liderazgo, surge una forma de responsabilidad que permite a la Corte valorar adecuadamente la reprochabilidad de los “altos dirigentes”. [...] No puede decirse que un individuo que no tiene control sobre la persona a través de la cual el delito sería cometido cometa el delito por conducto de esa persona. Sin embargo, si actúa conjuntamente con otro individuo —uno que controla a la persona utilizada como instrumento— el delito puede serle atribuido con fundamento en la atribución recíproca. A pesar de que la importancia de este concepto para el presente caso será mejor clarificada abajo, debe tenerse presente que, debido a lealtades étnicas dentro de las respectivas organizaciones dirigidas por Germain Katanga (FRPI) y Mathieu Ngudjolo Chui (FNI), algunos miembros de estas organizaciones sólo aceptaban órdenes de dirigentes de su propia etnia.¹³

La coautoría mediata basada en la aplicación conjunta de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder y de la coautoría por dominio funcional, tiene como ámbito de aplicación dos tipos de situaciones:

- (i) cuando varios dirigentes políticos y militares, que comparten el dominio sobre una misma estructura organizada de poder, la utilizan conjuntamente para

⁹ *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-01/11

¹⁰ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-02/11

¹¹ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, situation in Libya, ICC-01/11-01/11

¹² *Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, situation in the Republic of Cote D'Ivoire, ICC-02/11-01/11

¹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* y *Ngudjolo* (*supra* n. 2), párrs. 490-93. (traducción no oficial del original en inglés)

asegurar la comisión de los delitos; ésta es la situación fáctica en el caso *Ruto y Kogsley* ante la CPI;

- (ii) cuando varios dirigentes políticos y militares, cada uno de los cuales se encuentra al mando de una estructura organizada de poder (o de parte de ella), dirigen sus diferentes organizaciones hacia la ejecución, de un plan común, de manera coordinada¹⁴. Este es el escenario fáctico en los casos *Stakic* ante el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY), y *Bemba, Katanga y Ngudjolo, Bashir, Abu Garda, Muthuara y Kenyatta, Muammar y Said Gaddafi, y Gbagbo* ante la CPI;

En estos dos tipos de situaciones, la figura de la coautoría mediata nos permite superar las dificultades presentadas por la aplicación por separado de la autoría mediata a través de EOP y de la coautoría basada en el dominio funcional. Así, en relación con la primera, los casos contra *Omar Al Bashir, Muammar y Said Gaddafi, y Laurent Gbagbo* han mostrado las limitaciones que tiene la aplicación de la autoría mediata por sí sola, incluso en aquellos casos en los que se utilizan aparatos de poder estatales para la comisión de delitos internacionales.

La comisión de este tipo de delitos “requiere un planeamiento y preparación que se extiende a lo largo del tiempo, en cuanto que son fruto de un esfuerzo colectivo llevado a cabo a través de un marco organizativo”.¹⁵ Por lo tanto, que una sola persona pueda acumular tal grado de control efectivo como para canalizar semejante esfuerzo colectivo por sí misma será únicamente posible en circunstancias realmente excepcionales.

Por el contrario, los casos más frecuentes serán aquellos en los que dicho esfuerzo colectivo es fruto del planeamiento, preparación y dirección de un grupo de dirigentes actuando conforme a un plan común a través de las estructuras del aparato del Estado que cada uno de ellos dirige. Son precisamente estos casos los que entran dentro del ámbito de aplicación del concepto de coautoría mediata a través de EOP. Es por ello que, mientras que en los casos contra *Omar Al Bashir, Muammar Gaddafi* y su hijo *Saif*, y *Laurent Gbagbo* se aplicó en todos ellos la coautoría mediata, sólo en el primero, y debido al excepcional grado de control que *Omar Al Bashir* parece haber ejercido sobre el aparato de poder sudanés, se aplicó la autoría mediata de forma alternativa.

Igualmente, la figura de la coautoría mediata nos permite resolver los problemas que nos plantea la coautoría por dominio funcional cuando (i) los coautores son un grupo de dirigentes cuya principal aportación consiste en diseñar el plan común y promover su ejecución ordenando a sus respectivos subordinados que lleven a cabo las tareas esenciales

¹⁴ Es posible imaginar un tercer escenario en el cual no todos los coautores mediatos dominen una estructura organizada de poder. En este escenario, los coautores mediatos que no dominan una estructura organizada de poder coordinarían la ejecución del plan común por los otros coautores mediatos que utilizarían sus estructuras organizadas de poder para llevarlo a cabo y así cometer los delitos.

¹⁵ H. Olásolo Alonso, La función preventiva de la Corte Penal Internacional en la prevención de delitos atroces mediante su intervención oportuna, en H. Olásolo, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 39. [en adelante: H. Olásolo]

respectivamente asignadas a su organización o rama del Estado; y (ii) los autores materiales son miembros de bajo rango de las organizaciones o ramas del Estado a las que pertenecen dichos dirigentes, que cometen los delitos en cumplimiento de sus órdenes.

En estos casos, ni los autores materiales intervienen en el proceso de toma de decisiones junto con los dirigentes que forman parte del plan común, ni existe una división consensuada de tareas en cuanto a su ejecución entre aquéllos y estos últimos. De esta manera, si bien la coautoría por dominio funcional no nos permite reflejar adecuadamente la relación jerárquica entre los dirigentes que diseñan el plan común y lo ponen en marcha, y los autores materiales que lo ejecutan y cometen los delitos, su aplicación conjunta con la autoría mediata a través de EOP resuelve este problema.

Sin embargo, la coautoría mediata no está exenta de limitaciones y dificultades. Por una parte, no resuelve todos los problemas presentados individualmente por cada uno de los dos conceptos aplicados conjuntamente, sino que por el contrario, hereda algunos de ellos.

Por ejemplo, valga como muestra la crítica realizada por Weigend a la autoría mediata a través de EOP, en cuanto a la necesidad de encontrar criterios más precisos para determinar el tipo de organizaciones a las que les es aplicable este concepto, así como de especificar el grado de control necesario para su aplicación¹⁶.

La coautoría mediata es también de difícil aplicación en relación con aquellos grupos armados organizados en los que, como muestra el caso *Labanga*, no hay una jerarquía formal clara, no tienen el tamaño suficiente como para que sus miembros puedan ser considerados fungibles, o sufren divisiones internas alentadas por terceros actores que afectan al control efectivo de quienes poseen el liderazgo *de jure* del grupo.

1.1.3 Elementos Objetivos y Subjetivos de la Autoría Mediata a través de Estructuras Organizadas de Poder en su Aplicación por la CPI

Según la reciente decisión de orden de arresto dictada por la SCP I contra *Muammar Gaddafi*, su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y el jefe de la inteligencia militar libia *Abdullah Al-Senussi*, el 27 de junio de 2011, los elementos del concepto de EOP son los siguientes:

Para que una persona sea considerada como responsable principal de un delito conforme al artículo 25(3)(a) del Estatuto como un autor mediato [...] la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes requisitos comunes: (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos debe ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitar su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata.¹⁷

¹⁶ Weigend, T., *Perpetration through an Organisation. The Unexpected Career of a German Legal Concept*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, pp. 91-111, p. 110. [en adelante: Weigend]

¹⁷ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to *Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-

1.1.3.1 Automatismo en el Funcionamiento de la Organización

1.1.3.1.1 Estructura Jerárquica y Fungibilidad de sus Miembros

El automatismo en el cumplimiento de las órdenes como consecuencia del carácter jerárquico de la organización y la fungibilidad de los miembros de la organización que actúan como autores materiales, son los factores claves que sustentan el dominio del superior sobre la voluntad de sus subordinados. De tal manera que la voluntad dominante del superior será ejecutada en todo caso por estos últimos. Para ello, además de una estricta estructura jerárquica, se requiere que la organización sea lo suficientemente amplia como para que se pueda afirmar que sus miembros raras veces tienen un carácter intercambiable. De manera que, si uno de ellos se niega a cumplir la orden del superior de cometer el delito, otro lo sustituirá automáticamente, con lo que la comisión del mismo no se verá frustrada como consecuencia de la decisión del primero¹⁸. A este respecto, la SCP I en su Decisión de Confirmación de Cargos en el caso *Katanga*, ha señalado lo siguiente:

[a]demás, las características particulares del aparato organizado y jerárquico permiten al líder garantizar efectivamente la comisión de delitos. En esencia, el control del líder sobre el aparato le permite utilizar a sus subordinados como “un mero engranaje en una máquina gigante” para producir el resultado delictivo “automáticamente” [...] Sobre todo, esta “mecanización” procura asegurar que la ejecución exitosa del plan no se verá comprometida porque algún subordinado particular no cumpla con la orden. Cualquiera de los subordinados que no cumpla puede ser simplemente reemplazado por otro que lo hará; el ejecutor real de la orden simplemente es un individuo fungible. Como tal, la organización también debe ser suficientemente grande como para proporcionar un número suficiente de subordinados. [...] La principal característica de este tipo de organización es un mecanismo que permite a sus más altas autoridades asegurar el cumplimiento automático de sus órdenes. Por lo tanto, “[d]icha organización desarrolla concretamente una vida que es independiente de la composición variable de sus miembros. Ella funciona sin depender de la identidad individual del ejecutor, como si fuera automática.” Por lo tanto, la autoridad que emite una orden dentro de una organización tal asume un tipo de responsabilidad diferente a la que se contrae en casos ordinarios de emisión de órdenes criminales. En estos últimos casos, el artículo 25(3)(b) del Estatuto establece que un líder o comandante que ordena la comisión de un crimen puede ser considerado partícipe.¹⁹

El cumplimiento del requisito de la fungibilidad tal y como ha sido definido por la SCP I en el caso *Katanga* (“fungibilidad negativa simultánea”) plantea problemas importantes en el caso de grupos paramilitares o de grupos armados organizados que o bien tienen un

01/11-12, 27 de junio de 2011, párr. 69. (traducción no oficial del original en inglés) [en adelante: Decisión sobre la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 en el Caso *Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi*]

¹⁸ Decisión sobre la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 en el Caso *Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi* (*supra* n. 17)

¹⁹ Confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo* (*supra* n. 2), párrs. 515-517. (traducción no oficial del original en inglés); Véase también Roxin (*op. cit.* n. 2), p. 245.



tamaño limitado, o bien actúan a través de varias unidades de tamaño medio, desplegadas en diversas áreas geográficas, y que si bien se encuentran dirigidas por un Comando Central, no tienen un alto grado de comunicación y coordinación horizontal con las otras unidades del grupo desplegadas en otras áreas del país. Como se verá en mayor detalle en la sección relativa a la aplicación del concepto de EOP en las jurisdicciones nacionales, algunos tribunales nacionales han tratado de interpretar el criterio de la fungibilidad de un modo más amplio para tratar de superar estos problemas.

Así, por ejemplo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia del 14 de diciembre de 2007, en el caso contra *Abimael Guzmán*, máximo dirigente del grupo armado organizado Sendero Luminoso, aplicó un criterio de “fungibilidad negativa sucesiva”, conforme al cual si un miembro de Sendero Luminoso no cumplía con una orden impartida por la Dirección del Comité Permanente/Comité Central, otro miembro lo reemplazaría automáticamente en algún momento posterior para realizar ese cometido²⁰. Con ello se separaba de la “fungibilidad negativa simultánea” requerida por la SCP I, conforme a la cual la negativa del miembro de la organización al que se transmite la orden de cometer el delito no perturba su ejecución puesto que puede ser inmediatamente reemplazado por otro de sus miembros.

Así mismo, la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú, en su sentencia contra el ex presidente de Perú *Alberto Fujimori* del 7 de abril de 2009²¹, confirmada por la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema, del 30 de diciembre de 2009²², aplicó el llamado criterio de la “fungibilidad positiva”, conforme al cual el dirigente de la organización selecciona a un conjunto de posibles autores materiales entre los miembros más cualificados de la organización a los efectos de llevar a cabo el hecho punible, con el objeto de evitar cualquier fallo. De esta manera, aunque el grupo especial de operaciones “Colina” del Servicio de Inteligencia Nacional, al que se le encargaron los delitos, estaba compuesto únicamente de unos treinta miembros, no se excluía su fungibilidad puesto que habían sido cuidadosamente seleccionados y entrenados para realizar este tipo de actividades²³.

Ahora bien, además de los varios problemas que presentan estos criterios (en particular el relativo a la fungibilidad negativa sucesiva) y que analizaremos en las secciones correspondientes a los casos contra *Abimael Guzmán* y *Alberto Fujimori*, baste por ahora señalar que hasta la fecha ninguno de ellos ha sido acogido por la jurisprudencia de la CPI o de alguno de los otros tribunales penal internacionales. En consecuencia, a falta de un cambio jurisprudencial en la materia, no se podrá afirmar ante la CPI o los tribunales penales internacionales la fungibilidad de aquellos grupos paramilitares, grupos armados

²⁰ Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200.

²¹ Sentencia de la Sala Especial Penal de la Corte Suprema de Perú de 7 de abril de 2009, Exp. No. AV 19-2001, disponible en http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo/410409&opcion/4detalle_noticia.

²² Sentencia de la Sala Penal Transitoria Primera de la Corte Suprema de 30 de diciembre de 2009, Exp. No. AV 19-2001, disponible en <http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPT/documentos/R.N.%20N%C2%BA%2019-01-2009-A.V.pdf>

²³ Ambos, K., *The Fujimori Judgement. A President's Responsibility for Crimes Against Humanity as Indirect Perpetrator by Virtue of an Organized Power Apparatus*, in *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2011, p. 155 [en adelante: Ambos, *The Fujimori Judgement*].

organizados u otro tipo de organizaciones que no cumplan con el requisito de la “fungibilidad negativa simultánea” tal y como ha sido definido en el caso *Katanga*.

1.1.3.1.2 Actuación al margen de la ley

Roxin exige un elemento adicional para que se pueda hablar del automatismo en el cumplimiento de las órdenes, que consiste en que la estructura organizada de poder actúe al margen de la ley no sólo en ocasiones excepcionales.²⁴ Según este autor, cuando la actuación de una organización (por ejemplo, el ejército) es normalmente conforme a la ley, una orden ilícita de sus dirigentes puede no ser suficiente para que se cumpla. En efecto, los autores materiales tendrían que ser cuidadosamente seleccionados e individualmente incorporados al plan común, porque ellos no son reemplazables. Muy pocas personas dentro de la organización estarían dispuestas a cumplir la orden ilícita, especialmente si se tiene en cuenta que dicha orden tendría que ser emitida y llevada a cabo evadiendo el modo regular de funcionamiento de la organización y tendría que ser cuidadosamente ocultada a los demás miembros de la misma. De esta manera, en estos supuestos, se puede afirmar que los delitos son cometidos “en contra de la estructura organizada de poder”, y no “a través de la estructura organizada de poder”, y por tanto no pueden atribuirse a la organización, sino a individuos particulares dentro de la misma. En consecuencia, mientras quienes ejecutan la orden ilícita responderían como autores materiales, quienes dan la orden responderían como responsables accesorios por ordenar o instigar el delito cometido por sus subordinados.

Sin embargo, para Bottke este requisito no sería necesario, porque los subordinados tienen en todo caso una capacidad limitada para decidir autónomamente si realizan los elementos objetivos del delito e imponer sus negativas a sus superiores. Por lo tanto, incluso aun cuando no haya una cultura institucional de actuar al margen de la ley, debido al poder derivado de la conexión institucional, la subordinación y el poder de dirección, el superior puede utilizar al subordinado como un instrumento sin capacidad para actuar autónomamente²⁵. En un sentido parecido, Ambos ha señalado que no es tan decisivo que

²⁴ Roxin (op. cit. n. 275), p. 249 requiriendo “rechtsgeloste Apparate”. Véase también, T. Rotsch, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen*, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1998, p. 495; Compárese con K. Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4^o ed., Múnich, Vahlen Franz GMBH, 2002, en § 20, n^o 73b. [en adelante: Kühl]

²⁵ S. Bottke, *Criminalidad económica y derecho criminal económico en la República Federal de Alemania*, 4 *Revista Penal*, 1999, p. 25 [en adelante: Bottke]. Además, para este autor, a pesar de que el concepto de EOP se basa en criterios prejurídicos, como el supuesto dominio de una estructura organizada de poder y la supuesta utilización de un instrumento para cometer un delito, su uso se justifica cuando la situación constituye una grave violación de los valores más importantes sobre los cuales está construida la comunidad internacional. Véase Bottke, p. 26; también Tribunal Supremo Federal alemán, *wistra*, 1998, p. 150; S. Cramer y Sternberg-Lieben, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 26 ed., Múnich, CH Beck, 2001, en § 25, n^o 25; A. Ransiek, *Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, Múnich, Müller Jur Vlg CF, 1996, pp. 46-49; K. Lackner y K. Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24 ed., Múnich, C.H. Beck, 2001, en § 25, n^o 2; compárese con Kühl (op. cit. n. 24), en § 20 n^o 73b.

Como ha explicado el juez Iain Bonomy, el Tribunal Supremo Federal alemán ha adoptado el concepto de EOP: “[e]n Alemania, un acusado puede ser considerado responsable como autor (Täter) por usar a otro como un instrumento o herramienta (Werkzeug) para cometer físicamente un delito, independientemente de si el autor físico es culpable o es un “agente inocente”, es decir, no responsable por el delito, porque, por

exista una cultura institucional de actuación al margen de la ley, como que sus dirigentes puedan controlar la misma de tal manera que sus miembros sean piezas en el engranaje de un aparato criminal sin capacidad de influir en la ejecución de sus órdenes²⁶.

La SCP I no ha abordado esta cuestión en el caso *Katanga*, de manera que al definir, en los párrafos 500 a 518 de su Decisión de Confirmación de Cargos, los elementos objetivos del concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder (denominado por la SCP I como “dominio sobre una organización” o “dominio sobre un aparato organizado de poder”), la SCP I no exige que la estructura organizada de poder en cuestión deba actuar al margen de la ley no sólo en situaciones excepcionales.

1.1.3.1.3 Otros Criterios de Automatismo en el Funcionamiento de la Organización

Ahora bien, la SCP I en el mismo caso *Katanga*, subraya que el automatismo en el cumplimiento de las órdenes del superior, si bien requiere siempre una organización de carácter jerárquico, puede ser consecuencia de otros factores distintos de la fungibilidad de sus miembros. Así, según la SCP I, en el caso de fuerzas armadas del Estado o de grupos armados organizados de oposición que recluten menores de edad, dicho automatismo puede ser el resultado de someter a los menores reclutados a un periodo de formación particularmente intenso y violento:

[L]as características de la organización –además del carácter reemplazable de los subordinados– también pueden permitir el cumplimiento automático de las órdenes de autoridad superior. Un medio alternativo por el cual un líder asegura el cumplimiento automático mediante su control del aparato puede ser a través de regímenes de entrenamiento intensivo, estricto y violento. Por ejemplo, secuestrar menores y someterlos a regímenes de entrenamiento extenuantes en los que se les enseña a disparar, saquear, violar y matar puede ser un medio efectivo para garantizar el cumplimiento automático de las órdenes de los líderes de cometer tales actos.²⁷

Sin embargo, en estos casos nos encontramos más bien ante el supuesto tradicional de autoría mediata por uso de instrumentos que no son plenamente responsables.

Así mismo, en el marco de la jurisprudencia nacional comparada, encontramos la decisión del 13 de octubre de 2006 de la Sala Penal Nacional de Perú en el caso contra *Abimael Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta Sendero Luminoso, por la

ejemplo, es menor de edad o carece de los elementos subjetivos requeridos por el delito”. Véase Tribunal Internacional par la Antigua Yugoslavia, *Prosecutor v. Milutinovic*, Decision on *Ojdanic’s* motion challenging jurisdiction: indirect co-perpetration, separate opinion of judge Iain Bonomy, IT-05-87-PT, 22 de marzo de 2006. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán no ha sostenido el requisito de que la estructura organizada de poder deba sólo excepcionalmente actuar al margen de la ley. Véase Tribunal Supremo Federal alemán, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* 40 p. 237, 43 p. 219; véase también *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1998, p. 150.

²⁶Ambos, *The Fujimori Judgement* (*op. cit.* n. 23), p. 154.

²⁷Confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo* (*supra* n. 2), párr. 518. (traducción no oficial del original en inglés)



masacre de 69 campesinos en la localidad de Lucanamarca acaecida el 3 de abril de 1983²⁸. En esta decisión se afirmó que en el caso de grupos armados organizados de oposición el automatismo en el cumplimiento de las órdenes no es tanto consecuencia de su carácter jerárquico y de la fungibilidad de sus miembros, sino de la actitud favorable de los ejecutores materiales de cumplir con las órdenes ilegales impartidas por sus superiores como consecuencia de su motivación política e ideológica²⁹. Según la Sala, mientras la fungibilidad de los ejecutores materiales dentro de la organización sólo aumenta la probabilidad de que se termine actuando de conformidad con lo ordenado por los superiores, el dominio que pueden ejercer éstos últimos sobre grupos armados organizados de oposición como Sendero Luminoso se basa en la actitud favorable de sus miembros para el cumplimiento de sus órdenes³⁰.

Finalmente, en el caso del *Muro de Berlín*, el Tribunal Supremo alemán aplicó la estructura de los delitos de omisión -que requieren una posición de garante por parte del autor- a la doctrina del dominio del hecho. De esta manera, atribuyó al Jefe de Estado responsabilidad penal a título de autor en caso de incumplimiento voluntario de su deber especial de proteger a su gente ya sea por acción, omisión o consentimiento. En esta perspectiva el Estado se constituye como un garante de los derechos básicos de sus ciudadanos teniendo un deber especial de proteger tanto la integridad de estos como la vigencia de sus derechos. Por otro lado, la atribución hecha a los dirigentes del aparato del Estado por el daño que se infligió a la víctima no fue únicamente considerada desde la perspectiva de la relación entre el dirigente y quien realizó el acto, sino también tuvo en cuenta la víctima y el deber especial del Estado que implica su posición de garante. De tal manera que el Estado al tener una posición de garante tiene también un control sobre el acto que se realice en contra de sus ciudadanos.

En estos casos existe un control normativo sobre los actos que se cometen de tal manera que el aspecto de la fungibilidad se convierte en secundario. Además esta consideración normativa explica también la razón por la cual los autores mediatos deberían estar limitados a quienes están en el nivel de dirigencia, ya que son ellos quienes soportan el deber de garante³¹. Dicha teoría teniendo el defecto de aplicarse únicamente a organizaciones estatales. La fungibilidad teniendo que satisfacerse en organizaciones no gubernamentales a través de un aparato fundado en el entreno estricto, violento e intensivo de los miembros de la estructura.

²⁸ Sentencia de la Sala Penal Nacional de Perú del 13 de octubre de 2006, Caso núm. 560-03.

²⁹ La primera ocasión que en Perú se aplicó, por los tribunales de justicia, el concepto de autoría mediata a través aparatos organizados de poder, tuvo lugar esta sentencia que luego fue confirmada por la Sala Penal de la Corte Suprema peruana en la Sentencia de la Corte Suprema de Perú del 14 de diciembre de 2007, Caso núm. 5385-200. Si bien la sentencia de la Corte Suprema retomó de nuevo el criterio de la fungibilidad, junto con su carácter jerárquico, como criterio rector del automatismo en el cumplimiento de las órdenes dentro de la organización.

³⁰ Ver a este respecto, I. Meini, *El Caso Peruano*, en K. Ambos (coord.), *Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente: Un Estudio Comparado*, Temis, 2008, p. 144

³¹ Ver a este respecto, Ambos, *The Fujimori Judgement* (*op. Cit.* n. 23), p. 156.

1.1.3.2 Control de la Organización por el dirigente

1.1.3.2.1 El Problema del Grado de Control Exigido

Según ha subrayado la SCP I en el caso *Katanga*, el segundo elemento requiere que tanto el dirigente como los autores materiales subordinados al primero³², sean miembros de una misma estructura organizada de poder. En consecuencia, el campo de aplicación del concepto de EOP es ciertamente más limitado que el del concepto de responsabilidad del superior en cuanto que requiere que el dirigente y el autor material pertenezcan a una misma organización y que esta se encuentre organizada jerárquicamente, de manera que exista una relación jerárquica superior-subordinado de derecho entre el dirigente y el autor material del delito.

Ahora bien, ello no significa, como Osiel ha afirmado³³, que su ámbito de aplicación se limite a aparatos de poder estatales, como lo demuestran la confirmación de los cargos por coautoría mediata contra los máximos dirigentes de las milicias FNI (*Mathew Ngudjolo*) y FRPI (*Germain Katanga*) que atacaron conjuntamente el pueblo de Bogoro en la región de Ituri (República Democrática del Congo) el 23 de febrero de 2003, y más recientemente la orden de arresto dictada el 8 de marzo de 2011 contra los dirigentes del Movimiento Democrático Naranja de Kenia por los delitos cometidos en el valle del Rift por sus bases tras las elecciones de finales de 2007³⁴.

Si bien es cierto que el hecho de que el dirigente tenga el suficiente grado de control de la organización se plantea particularmente complicado en aquellos casos relativos a grupos armados organizados de oposición, sobre todo si en el seno de los mismos co-existen dos o más facciones, cada uno de las cuales recibe apoyo de terceros actores, lo que en circunstancias normales termina provocando la escisión de una de ellas del grupo. El caso *Lubanga*, en el que según la SCP I de la CPI, existían dentro de las FPLC del que el imputado era el Comandante en Jefe al menos de dos facciones, una favorecida por Uganda y otra favorecida por Ruanda, que terminaron por escindirse³⁵, es un buen ejemplo de este fenómeno, y por eso será objeto de análisis en la siguiente sección.

La relación jerárquica superior-subordinado en el dirigente y los autores materiales tiene que venir acompañada de un grado de control suficiente sobre la organización del primero de manera que pueda afirmarse el automatismo en el cumplimiento de sus órdenes. En este sentido, la SCP I de la CPI ha explicado que: “[l]a capacidad del líder para asegurar este cumplimiento automático de sus órdenes es la base de su responsabilidad por autoría –en lugar de participación–. La máxima autoridad no ordena meramente la comisión de un

³² Confirmación de cargos en el caso *Katanga* y *Ngudjolo* (*supra* n. 2), párrs. 511-514.

³³ Osiel, *Making Sense of Mass Atrocity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 100.

³⁴ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for *Ruto, Kosgey and Sang*, ICC-01/09-01/11-01, 8 de marzo de 2011.

³⁵ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06, 29 de enero de 2007, párrs. 374-376. [en adelante: Confirmación de cargos en el caso *Lubanga*]

crimen, sino que a través de su control sobre la organización esencialmente decide si y cómo será cometido³⁶.

En consecuencia, cualquier actividad que ni pone en marcha ni impulsa la organización hacia la realización de los elementos objetivos del delito por falta de control sobre la organización sólo puede, como mucho, dar lugar a responsabilidad por participación³⁷ (por ejemplo, aconsejar que se emprenda una campaña de persecución o planear una deportación en masa sin tener poder ejecutivo, reclutar voluntarios que posteriormente serán utilizados como autores materiales, o proporcionar la información necesaria para realizar los elementos objetivos del delito). Así, las personas que actúan como consejeros, o que contribuyen a la ejecución de planes u órdenes sin tener el poder de dictar nuevas órdenes, o quienes simplemente proporcionan los medios para cometer un delito sólo pueden ser responsables accesorios del delito a título de partícipes.³⁸

Así mismo, es importante subrayar, que a diferencia del concepto de responsabilidad del superior, los supuestos de relación jerárquica de hecho, así como los casos de control efectivo limitado a un control disciplinario o a un control operacional parcial, son en principio insuficientes para la aplicación del concepto de EOP³⁹.

En este sentido Weigend ha subrayado que la ambigüedad en el grado de control/dominio en el concepto de EOP es una cuestión realmente problemática, puesto que mientras hay consenso en que dicho grado de dominio/control existe cuando una persona utiliza a otra que no es penalmente responsable, es difícil encontrar la frontera entre el influir en un subordinado punible como una mera participación por ordenar, instigar o cooperar, y el grado de dominación o control que caracteriza al autor material⁴⁰. De manera que si ante la imposibilidad de distinguir entre diferentes grados de influencia psicológica, la doctrina ha optado en situaciones de delitos individuales por no aplicar la autoría mediata cuando el autor material es penalmente responsable, lo mismo, según Weigend, se podría hacer para los casos en los que se encuentran involucrados grupos u organizaciones⁴¹. Si bien se podría considerar intuitivamente que la presión del grupo o el poder de la organización harían que estos casos merecieran un tratamiento distinto, lo cierto es que no existe un motivo racional para considerar al dirigente de la organización como responsable principal del delito en situaciones en las que individuos que ejercen niveles de influencia similares serían considerados como meros instigadores en relación con delitos individuales⁴².

³⁶ Confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (*supra* n. 35), párr. 518. Véase también Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, Trial Chamber II, Judgement, IT-97-24-T, 31 de julio de 2003, párrs. 497, 498. [en adelante, sentencia de primera instancia en el caso *Stakic*]

³⁷ Roxin (*op. Cit.* n. 2), p. 249.

³⁸ Roxin (*op. Cit.* n. 2), p. 249.

³⁹ Véase en este respecto, Weigend, (*op. Cit.* n. 16), pp. 103, 104, 110, 111.

⁴⁰ Véase en este respecto, Weigend, (*op. Cit.* n. 16), p. 103.

⁴¹ Véase en este respecto, Weigend, (*op. Cit.* n. 16), p. 104.

⁴² Véase en este respecto, Weigend, (*op. Cit.* n. 16), p. 104.

Para Weigend tampoco están claros cuales son los elementos subjetivos específicos que permiten determinar los tipos de organizaciones que son más adecuadas para la aplicación de la autoría mediata. Pero incluso si se pudieran identificar tales elementos, no todas las actividades de cada miembro del grupo son objeto del mismo grado de control y por tanto, según este autor, sería necesario determinar si el hecho punible en cuestión fue objeto del grado de control necesario para poder imputar al dirigente una responsabilidad principal por el delito a título de autor mediato⁴³. En consecuencia, a juicio de Weigend, si la CPI (y en su caso otros Tribunales Penales Internacionales) opta por la aplicación del concepto de EOP, tiene una tarea fundamental por delante en términos de especificar el grado de control necesario para su aplicación, pues es en este aspecto donde la CPI ha de “profundizar para ofrecer un fundamento adecuado para el tratamiento de los casos de autoría mediata”⁴⁴.

1.1.3.2.2 Superiores Intermedios

Para Roxin, autores mediatos no son sólo los dirigentes que se encuentran en el vértice de sus respectivas estructuras organizadas de poder, y deciden la comisión de los delitos. De hecho, cuando definió el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder en 1963 tenía en mente el Holocausto, la organización nazi y su red de campos de concentración y exterminio. Si bien en lo más alto de la organización nazi se encontraban Adolf Hitler y Heinrich Himmler, su funcionamiento efectivo requería la coordinación de miles de sus miembros, que conforme a una cadena de mando estrictamente jerárquica, operaban a los diferentes niveles de la organización nazi.⁴⁵ Esto aparece perfectamente reflejado en el caso de Adolf Eichmann, quien a pesar de no ser parte del más alto liderazgo nazi, desempeñó desde su oficina (el nunca estuvo presente en la escena de los delitos) una función clave para la aplicación efectiva de la llamada Solución Final⁴⁶.

En su opinión, también serían autores mediatos los superiores intermedios de dichas estructuras, que reciben órdenes de los niveles más altos y que tienen la facultad de dar “órdenes” a sus subordinados en los niveles inferiores de la organización, debido a su dominio sobre la voluntad de estos últimos, en caso de que utilicen su poder para la ejecución de las actividades criminales.⁴⁷ Así, desde la perspectiva de los dirigentes, los miembros de la estructura organizada de poder en el nivel intermedio son nexos reemplazables dentro de la organización. Sin embargo, desde la perspectiva de los superiores intermedios, ellos mantienen el control último sobre los delitos de sus subordinados porque: (a) tienen pleno conocimiento de las circunstancias de hecho que subyacen a sus elementos objetivos, (b) no actúan bajo coerción alguna al decidir si los llevan a cabo; y (c) perciben a sus subordinados como anónimos y reemplazables y, por lo

⁴³ Véase en este respecto, Weigend, (*op. Cit.* n. 16), p. 104.

⁴⁴ Véase en este respecto, Weigend, (*op. Cit.* n. 16), p. 110.

⁴⁵ C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. ed., 1963, p. 245 [en adelante: Roxin, *Täterschaft*].

⁴⁶ *La Aplicación del Concepto de Autoría Mediata a Través de Aparatos Organizados de Poder en América Latina y España: Desde el Juicio a las Juntas Argentinas hasta los Casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los Líderes Colombianos Vinculados al Paramilitarismo*, en *Revista Penal* (España), 2011/1; reimpresso en *Iter Criminis*, Mexico, Vol. 18 (2011); y *Revista Global*, República Dominicana, febrero 2011

⁴⁷ Roxin (*op. Cit.* n. 2), p. 248.



tanto, no dejan en manos de los autores materiales la decisión de realizar los delitos⁴⁸. Ahora bien, no se trata de responsabilidad por simple pertenencia a una organización criminal, sino que los superiores intermedios de la organización, dentro del grado de control que corresponde a su posición, dirigen la organización hacia la realización de los delitos.

Sin embargo, Ambos considera que a los superiores intermedios se les debería calificar como coautores en lugar de cómo autores mediatos. Si bien está de acuerdo con Roxin en que los delitos sólo pueden ser cometidos a través de una estructura organizada de poder porque sus miembros, en diferentes niveles, dirigen la parte de la organización que está bajo su responsabilidad hacia la comisión de los delitos,⁴⁹ lo cierto es que su control sólo se extiende a ciertos miembros dentro de la organización (o como mucho a una parte de la organización), y que en todo caso, los más altos dirigentes de la organización pueden en todo caso interferir y bloquear dicho control⁵⁰. De ahí que, según Ambos, en el caso de los superiores intermedios sólo pueda hablarse a lo sumo de un control parcial, puesto que únicamente los más altos dirigentes de la organización (la(s) persona(s) que lidera(n) un gobierno, y en circunstancias excepcionales quienes dirigen las fuerzas armadas, de policía e inteligencia), pueden ejercitar su control sobre la misma sin ningún tipo de interferencia⁵¹. En consecuencia, como el concepto de EOP requiere un control “absoluto” que lleve al cumplimiento automático de las órdenes, esto en el caso de los superiores intermedios es difícil de reconciliar con un control parcial, o incluso una falta de control dado que su posición de relativo liderazgo se puede ver afectada en cualquier momento por quienes se encuentran por encima de ellos en la organización⁵².

Ahora bien, Ambos tampoco reconoce esta solución como ideal, porque la existencia de una relación de subordinación entre el superior intermedio y los autores materiales hace que le sea más difícil afirmar que la comisión de delito es fruto de un auténtico acuerdo de voluntades entre superior y autores materiales que es ejecutado conforme al principio de división de funciones, máxime cuando los mismos ni tan siquiera se conocen⁵³. En todo caso, Ambos se decanta por esta segunda opción porque, a su parecer, para que se produzca un acuerdo informal es suficiente con que los autores materiales manifiesten, mediante la pertenencia a la organización, que están de acuerdo con las líneas de actuación que para la misma establecen sus dirigentes. Así mismo, en la división funcional de la ejecución del plan común no tiene por qué interpretarse de manera estricta como excluyendo todo acto de preparación del superior intermedio que consista en planificar,

⁴⁸ Roxin (*op. Cit.* n. 2), p. 245.

⁴⁹ En este sentido, Ambos y Grammer (*op. Cit.* n. 3), p. 31, han señalado que la fórmula tradicional que distingue entre autores y otros intervinientes en el crimen ha sido reemplazada por una de tres niveles. El primer nivel, el más alto, está compuesto por los autores mediatos que organizan y planean los crímenes, es decir, aquellos que controlan y ponen en marcha la organización. El segundo nivel está compuesto por los superiores intermedios que controlan una parte de la organización y la dirigen hacia la implementación del plan. También pueden, por lo tanto, considerarse autores mediatos. El tercer nivel, el más bajo, está compuesto por los autores físicos que sólo desempeñan un rol auxiliar en el acontecimiento criminal global.

⁵⁰ Ambos, The Fujimori Judgement (*op. cit.* n. 23), p. 151.

⁵¹ Ambos, The Fujimori Judgement (*op. cit.* n. 23), p. 152.

⁵² Ambos, The Fujimori Judgement (*op. cit.* n. 23), p. 153.

⁵³ Ambos, The Fujimori Judgement (*op. cit.* n. 23), p. 152.

preparar y ordenar la ejecución del delito por sus subordinados. Por último, en casos de macro-criminalidad a través de organizaciones complejas la distinción entre la estructura vertical de la autoría mediata y la estructura horizontal de la coautoría quedan en cierta manera difuminadas⁵⁴.

A este respecto, es importante subrayar, que la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, en su decisión de orden de arresto de 27 de junio de 2011 contra *Muammar Gaddafi*, contra su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y contra el jefe de los servicios de inteligencia militar libios *Abdullah Al-Senussi*, aplicó el concepto de EOP al atribuir a este último los delitos cometidos por las fuerzas armadas desplegadas bajo su mando en la ciudad de Benghazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011⁵⁵. La SCP I aplicó este concepto después de haber declarado que *Al-Senussi* se encontraba en un segundo escalón del aparato de poder de Libia por debajo de *Muammar Gaddafi*, de quién recibía las instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones civiles contra el régimen en Benghazi⁵⁶.

Asímimo, en algunos de los casos en los que se ha aplicado el concepto de EOP en otros tribunales internacionales, como en los casos *Stakic*⁵⁷ y *Brđanin*⁵⁸ ante el TPIY, los dirigentes afectados tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico. Fenómeno que, por otra parte, también se ha producido en varios de los casos en los que el concepto de EOP se ha aplicado a nivel nacional, particularmente en Argentina a partir del año 2005⁵⁹.

⁵⁴ Ambos, *The Fujimori Judgement* (*op. cit.* n. 23), pp. 152, 153.

⁵⁵ Decisión sobre la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 en el Caso *Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi* (*supra* n. 17), párrs. 83-89. *Abdullah Al-Senussi* era el jefe de la inteligencia militar de Libia, uno de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de *Muammar Gaddafi* entre el 15 y el 20 de febrero de 2011, y debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con *Muammar Gaddafi*, era la persona de mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados. Véase, Decisión sobre la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 en el Caso *Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi* (*supra* n. 17), párr. 85.

⁵⁶ Decisión sobre la solicitud del Fiscal de conformidad con el artículo 58 en el Caso *Muammar Gaddafi y Saif Al-Islam Gaddafi* (*supra* n. 17), párrs. 83-89.

⁵⁷ *Milomir Stakic*, Presidente electo de la Municipalidad de Prijedor en el establecimiento del Consejo de la Crisis y el Consejo Nacional de Defensa. Cooperó con la VRS (Fuerzas Armadas de la República Serbia) y la policía, además de ejercer autoridad sobre el TO (Defensa territorial), paramilitares y Fuerzas Serbo-bosnias (civiles armados) en la campaña de desplazamiento de la mayoría de Bosnios-musulmanes y Bosnios-croatas de la municipalidad de Prijedor.

⁵⁸ *Radoslav Brđanin* es un líder político en la Región Autónoma de Krajina (“ARK”) y sostuvo una posición clave en los niveles políticos municipales, regionales y nacionales, incluyendo la posición de Primer Vice-presidente de la asamblea de la “ARK”, Presidente del estado mayor de crisis de la “ARK”, y posteriormente actuó como Primer Ministro delegado, Ministro para la construcción, tráfico y servicios públicos, y actuó como Vice-Presidente del Gobierno de la República de Srpska. *Brđanin* ayudo e incito la tortura cometida por fuerzas bosnio-serbias en el marco de ataques armados de fuerzas bosnio-serbias en poblaciones no serbias después del 9 de mayo de 1992, hasta el fin de diciembre del mismo año. Esta tortura incluyó infligir penas severas y sufrimiento en no combatientes musulmanes de Bosnia o croatas de Bosnia, mediante actos inhumanos incluyendo asaltos sexuales, violaciones, palizas brutales, y otras formas de maltratos severos en las estaciones de policía, cuarteles militares y casas privadas u otras locaciones, al igual que distintas penas durante la transferencia de personas y deportaciones.

⁵⁹ Véase, entre otros, la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de La Plata en el caso *Von Wernich* del 1/11/2007; la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal n° 1 de Córdoba del 24/7/2008 en el caso contra

La solución adoptada por la SCP I parece ser distinta, sin embargo, a la adoptada en algunas jurisdicciones nacionales, como en Perú, donde el 8 de abril de 2008 la Corte Superior de Justicia de Lima condenó como autor mediato en aplicación del concepto de EOP a *Salazar Monroe* (Director del Servicio de Inteligencia Nacional peruana, SIN, durante los gobiernos de *Alberto Fujimori*), mientras que a varios superiores intermedios del SIN y a los autores materiales de los delitos que pertenecían al “Grupo Colina” de operaciones especiales del SIN se les condenó, a pesar de que entre ellos existía una relación superior-subordinado, como coautores de la desaparición forzada de un profesor y nueve alumnos en la Universidad estatal de la Cantuta de Lima en 1992⁶⁰.

En todo caso, y aunque algunos pudieran señalar que la razón última por la que la SCP I ha aplicado el concepto de EOP a *Abdullah Al-Senussi* es su alta posición jerárquica en el aparato del Estado Libio como jefe de los servicios de inteligencia militar a pesar de su estricta subordinación a *Muammar Gaddafi*, lo cierto es que la jurisprudencia inicial de la CPI parece haber aceptado la aplicación del concepto de EOP a superiores intermedios. Con ello, ha llevado a cabo lo que ha sido calificado por Ambos como “la difícil determinación entre autoría mediata y coautoría en el caso de los autores intermedios de una estructura organizada de poder se centra en si uno está preparado para aceptar una deficiencia en el liderazgo del autor mediato o una posición de desigualdad entre los coautores”⁶¹.

1.1.3.3 Elementos Subjetivos

Desde un punto de vista subjetivo, el concepto de EOP exige que el dirigente que utiliza la estructura organizada de poder bajo su control para la comisión de los delitos, posea todos los elementos subjetivos requeridos por los mismos, incluyendo todo *dolo especial*⁶². Además, el dirigente tiene que ser consciente de su dominio sobre la comisión del hecho, lo que incluye el conocimiento de la estructura jerárquica de su organización, su posición dentro de la misma y el carácter fungible de los autores materiales en cuanto que sus subordinados⁶³.

Menéndez Luciano Benjamín, Rodríguez Hermes Oscar y otros; y la sentencia del Tribunal Oral Criminal Federal de Tucumán del 4/9/2008 en el caso *Senador Vargas Aignasse*.

⁶⁰ Corte Superior de Justicia de Lima, Primera Sala Penal Especial, sentencia de 8 de abril de 2008, Exp. No. Av. 03-2003-18 SPE/CSJLI, pp. 98-110, disponible en http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/jurisprudencia/j_20080616_38.pdf.

⁶¹ Ambos, *The Fujimori Judgement* (op. cit. n. 23), p. 153.

⁶² Confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo* (*supra* n. 2), párr. 527. Véase también sentencia de primera instancia en el caso *Stakic* (*supra* n. 36), párrs. 495, 587 (en relación con el crimen de asesinato) y 818 (en relación con el crimen de persecución); Roxin (*op. Cit.* n. 2), p. 550; H. Olásolo y A. Pérez Cepeda, *The Notion of Control of the Crime in the Jurisprudence of the ICTY: The Stakic Case*, 4 *International Criminal Law Review*, 2004, pp. 523, 524. [en adelante: Olásolo y Pérez Cepeda]

⁶³ Confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo* (*supra* n. 2), pp. 538, 539. Véase también sentencia de primera instancia en el caso *Stakic* (*supra* n. 36), párr. 498, en conexión con los párrs. 493, 494; Roxin (*op. Cit.* n. 2), p. 550; Olásolo y Pérez Cepeda (*op. Cit.* n. 62), pp. 524, 525.



1.1.4 Casos en los que la (co)autoría mediata ha sido aplicada por la CPI a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales

1.1.4.1 Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como tales

1.1.4.1.1 Caso de *Germain Katanga* y *Mathieu Ngudjolo*

Este caso sucede en la República Democrática del Congo, en la región de Ituri, en el pueblo de Bogoro. *G. Katanga* fue comandante en jefe del grupo armado organizado denominado *Force de Résistance Patriotique en Ituri* (FRPI). Por su parte, *M. Ngudjolo* fue el comandante en jefe del grupo armado organizado denominado *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (FNI). Ambos grupos formaron una alianza con el partido político (Union des Patriotes Congolaises; UPC) y su brazo armado (*Forces Patriotiques pour la Liberation du Congo*, FPLR).

Los dos acusados, que eran los más altos superiores militares jerárquicos de sus respectivos grupos acordaron, planearon y prepararon conjuntamente el ataque contra Bogoro, con el doble objetivo de hacerse al control de la localidad -centro importante de comunicaciones en la región-, y de hacer que la población Hema que allí habitaba (unas 7000 personas), que era en su mayoría cercana al UPC, dejara el pueblo. De tal manera se buscaba asegurar el mantenimiento del control una vez capturado el pueblo y expulsado el contingente de 150-200 soldados de las UPC que lo defendían.

Ambos sospechosos fueron conscientes y aceptaron mutuamente que la realización del plan podría resultar en la comisión de delitos de violaciones sexuales, debido a: (i) la orden de “limpiar” el pueblo de Bogoro, y (ii) el hecho de que los crímenes de violación sexual constituían una práctica común en la región de Ituri, en la que varios soldados que participaron en el ataque a Bogoro habían incurrido previamente. En consecuencia, si bien no se podía probar una orden directa de cometer violaciones sexuales, era previsible que durante el ataque e inmediatamente después dichas conductas se iban a suceder⁶⁴.

La mayoría de la SCP I concluyó que había motivos sustanciales para creer que *Katanga* y *Ngudjolo* eran responsables a título de coautores mediatos puesto que, en cuanto que como comandantes en jefe de sus respectivas milicias, planearon el ataque a Bogoro y ordenaron a sus milicias que lo llevaran a cabo, a sabiendas de la probabilidad sustancial de que se produjeran violaciones, y aceptando este resultado⁶⁵.

La jueza Anita Usacka salvó voto al señalar que no cabía confirmar los cargos porque los imputados fueron meramente conscientes de la probabilidad de que se pudieran cometer violaciones, y no de la certeza virtual de que las mismas se cometerían a resultas de la ejecución del plan común de atacar Bogoro.

⁶⁴ Confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo* (*supra* n. 2), párrs. 551 y 568

⁶⁵ Confirmación de cargos en el caso *Katanga y Ngudjolo* (*supra* n. 2), párrs. 548 - 552

1.1.4.1.2 Caso de *Jean-Pierre Bemba Gombo*

El caso contra *Jean-Pierre Bemba*, se refiere a los delitos (entre ellos violaciones sexuales de civiles) cometidos por las fuerzas del *Mouvement de Libération du Congo* (MLC), de las cuales el acusado era comandante en jefe durante la misión que desarrollaron en el territorio de la República Centro Africana (RCA), en apoyo de las fuerzas leales al entonces presidente de la RCA, *Ánge-Félix Patassé*. Esto, en el contexto de un intento de golpe de estado promovido por un general retirado de la RCA, *François Bozizé*.

Según la SCP III en su orden de arresto, los delitos, cometidos presuntamente en los pueblos de PK12, Fouh, Boy-Rabe y Mongoumba, entre octubre de 2002 y marzo de 2003, fueron el resultado de la ejecución de un plan común entre *Ánge-Félix Patassé*, presidente en aquel entonces de la RCA, y Jean-Pierre Bemba, presidente y comandante en jefe del Movimiento por la Liberación de Congo (MLC)⁶⁶. Este plan común consistía en: (i) el envío por Jean-Pierre Bemba de una parte importante de las fuerzas del MLC al territorio de la RCA para apoyar militarmente a *Patassé* en el conflicto que este último sostenía frente a la tropas dirigidas por *François Bozizé*, quien se había levantado en armas contra aquel; y (ii) el apoyo logístico y estratégico de *Patassé* a *Bemba* contra el entonces presidente de la República Democrática del Congo *Joseph Kabila*⁶⁷. Según el plan común, las fuerzas del MLC, una vez en el territorio de la RCA, actuarían conjuntamente, de manera coordinada, con las tropas centro-africanas leales a *Patassé* (principalmente la unidad de seguridad presidencial) para frenar la ofensiva de las fuerzas de *Bozizé*.⁶⁸ Para la SCP III, el plan común no iba dirigido a cometer ningún tipo de delito. Además, los delitos producidos no tenían por qué ser necesariamente el resultado de su ejecución, de manera que no podían considerarse como parte integral de dicho plan⁶⁹. Sin embargo, según la SCP III, su comisión constituía una consecuencia probable de la realización de dicho plan común, sobre todo si se tenían en cuenta los numerosos actos de violencia (asesinatos, robos, violaciones y destrucción de propiedad) que las fuerzas del MLC, que iban a ser desplegadas en la RCA, habían cometido en operaciones militares desarrolladas recientemente en diversas partes de la República Democrática del Congo⁷⁰. Por lo tanto, el plan común contenía un “elemento de criminalidad” tal y como había sido requerido por la Decisión de Confirmación de Cargos en el caso *Lubanga*⁷¹.

La SCP III consideró, por tanto, que no había motivos razonables para creer que *Patassé* y *Bemba* hubieran ejecutado el plan común con la intención de que se cometieran los delitos, o con el conocimiento de que su ejecución provocaría necesariamente la comisión de los mismos. Por el contrario, para la SCP III sólo existían motivos razonables para creer que *Patassé* y *Bemba*: (i) eran conscientes de que los delitos cometidos contra la población del sur del la RCA serían una consecuencia probable, mas no necesaria, de la ejecución de su plan

⁶⁶ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Warrant of arrest for *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-1, 23 de mayo de 2008, párr.69-72. [En adelante: Orden de Arresto contra *Bemba*]

⁶⁷ Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.69-72.

⁶⁸ Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.74-76.

⁶⁹ Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.72-74, 82.

⁷⁰ Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.80.

⁷¹ Confirmación de cargos en el caso *Lubanga* (*supra* n.35), párr. 377.

común; y (ii) aceptaron mutuamente que este resultado probable pudiera acontecer⁷². En definitiva, según la SCP III, sólo existían motivos razonables para creer que ambos actuaron con un *dolo eventual* compartido.

La Decisión de Orden de Arresto también puso de manifiesto que *Patassé* y *Bemba* no llevaron a cabo directamente los elementos objetivos del tipo de los delitos que se les imputaban⁷³. Como resultado, a diferencia del caso *Lubanga*, el concepto de co-autoría basado en el co-dominio funcional del hecho no era aplicable porque ningún miembro del plan común había contribuido a su ejecución a través de la participación directa en la realización de los elementos objetivos del tipo. Por el contrario, tanto *Bemba* como *Patassé* habían llevado a cabo sus contribuciones a la ejecución del plan común utilizando a sus subordinados en los grupos armados que dirigían y controlaban tanto *de jure* como *de facto*.

Según la SCP III, los autores materiales de los delitos imputados fueron miembros del MLC, sobre el que *Bemba* mantenía el control *de jure* y *de facto* como su máximo dirigente. Esto podría, en principio, haber hecho posible la consideración de *Bemba* como un autor mediato que recurrió a sus subordinados en el MLC para cometer los delitos. Sin embargo, la SCP III subrayó que los elementos de prueba presentados por la Fiscalía mostraban la existencia de motivos razonables para creer que los delitos cometidos fueron el resultado de la actuación coordinada de *Bemba* y *Patassé* en la ejecución de su plan común⁷⁴. Para la SCP III, la comisión de los delitos fue posible en última instancia debido a la acción coordinada de sus respectivos subordinados para frenar el intento de golpe de estado lanzado por *Bozizé*. En consecuencia, aunque la SCP III no lo indicó expresamente, la Decisión de Orden de Arresto consideró a *Bemba* como un co-autor mediato de los delitos, que, con pleno conocimiento del carácter esencial de sus funciones para la ejecución del plan común, las llevó a cabo a través del grupo armado organizado (MLC) que dirigía y controlaba tanto *de jure* como *de facto*⁷⁵.

Sin embargo, en la Decisión de Confirmación de Cargos no prospera la figura de la coautoría mediata dado que no se logra probar que *Jean-Pierre Bemba* fuera consciente de que las fuerzas enviadas a RCA para apoyar al entonces presidente *Ánge-Félix Patassé* fueran a cometer los delitos que son imputados en los cargos. Por tanto se confirma con la figura del 28 del Estatuto de Roma, la responsabilidad del superior⁷⁶.

1.1.4.1.3 Caso *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta y Mohammed Hussein Ali*

⁷² Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.82, 83.

⁷³ Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.80-82.

⁷⁴ Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.73, 74, 81.

⁷⁵ Sobre la estructura jerárquica del MLC, véase Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.52-55; sobre el carácter esencial de la contribución de *Bemba* a la ejecución del plan común, véase Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.75-81; sobre el conocimiento que tenía *Bemba* de su posición de liderazgo en el MLC así como de su papel en la ejecución del plan común, véase Orden de Arresto contra *Bemba*, (*supra* n. 66) párr.83.

⁷⁶ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the charges of the Prosecutor against *Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, 15 de julio de 2009, párrs. 398-401. [en adelante: Confirmación de cargos en el caso *Bemba*].



Los hechos en la situación de Kenia se dan en el marco de las elecciones presidenciales ocurridas a finales del 2007. Estas dieron como ganador a *Mwai Kibaki*, candidato del Partido de la Unidad Nacional (PUN), el 27 de diciembre de 2007. Este resultado provocó una reacción extremadamente violenta por parte del partido opositor, el Movimiento Democrático Naranja (MDN). Según el Fiscal de la CPI, *Muthaura, Kenyatta y Ali*, “diseñaron y llevaron a cabo un plan de ataque contra los partidarios del MDN con el fin de mantener al PUN en el poder. Para alcanzar dicho objetivo, la policía keniana presuntamente usó excesiva fuerza contra los manifestantes de la población civil en Kisumu (Región de Kisumu, Provincia de Nyanza) y en Kibera (Región de Kibera, Provincia de Nairobi)”⁷⁷.

En el acta de emplazamiento, el Fiscal de la CPI expone que existen bases razonables para sostener que *Muthaura, a Kenyatta y a Ali* serían responsables a título de coautores o, de manera alternativa, como miembros de un grupo de personas actuando con un propósito común que cometieron o contribuyeron a la comisión de crímenes de lesa humanidad tales como el asesinato (cargo 1º), deportación o desplazamiento forzado (cargo 2º), acceso carnal u otras formas de violencia sexual (cargo 3º), otros actos inhumanos (cargo 4º) y persecución (cargo 5º). La Fiscalía reporta 45 casos de violencia sexual que ocurrieron en Nakuru, y cuatro casos de circuncisión forzada en Naivasha⁷⁸.

En el estudio de la responsabilidad de estas tres personas citadas, la SCP II establece, que en acuerdo con la jurisprudencia de *Jean-Pierre Bemba*, la coautoría implica la noción del dominio del hecho⁷⁹. En este sentido, existen bases razonables para pensar que *Muthaura y Kenyatta* se reunieron con los Mungiki, grupo que habría de llevar a cabo los planes criminales, con el propósito de ejecutar los ataques que buscaban mantener el PUN en el poder. De tal manera se deduce que pudo haber existido un plan común para llevar a cabo dicha violencia⁸⁰. Y, por otro lado, existen bases razonables para pensar que *Ali* participó igualmente en el plan común, compartiendo con los miembros del plan la misma intención de cometer crímenes de lesa humanidad en contra de los partidarios del MDN.

Por otro lado, la SCP II reconoció que existen bases razonables para pensar que tanto *Muthaura* como *Kenyatta* se aprovecharon de su autoridad sobre los Mungiki para asegurarse que los elementos materiales de los supuestos crímenes iban a ser cometidos. En tal

⁷⁷ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Prosecutor’s application for summonses to appear for *Muthaura, Kenyatta and Hussein Ali*, ICC-01/09-02/11, 8 de marzo de 2011, parr. 13, cargo 3 [en adelante: Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*]; Track Impunity Always, *Francis Kirimi Muthaura*, disponible en <http://www.trial-ch.org/es/recursos/trial-watch/trial-watch/profils/name/francis-kirimi-muthaura/accion/show/controller/Profile/tab/fact.html>

⁷⁸ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision on the Confirmation of charges pursuant to article 61(a) and (b) of the Rome Statute , ICC-01/09-02/11-382, 23 de enero de 2012, parr. 254 - 255 [en adelante: Decisión sobre la Confirmación de Cargos en acuerdo con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en el caso *Muthaura y Kenyatta*]

⁷⁹ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 35.

⁸⁰ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 37.

dirección se reconoce que *Kenyatta* organizó y facilitó en numerosas ocasiones, el encuentro entre personas que apoyaban el PNU y miembros del Mungiki, así como supervisó la preparación y la coordinación de los Mungiki en vista de los ataques, además de contribuir económicamente para la comisión de ciertos ataques. Por otro lado, se reconoce que la posición de *Kenyatta* en la jerarquía de los Mungiki hizo que sus órdenes para cometer crímenes contra partidarios del MDN fueran cumplidas por los miembros de dicha organización de manera casi automática⁸¹.

En cuanto a *Muthaura*, no solamente existen bases razonables para pensar que también se reunió en varias ocasiones con los Mungiki sino que también contribuyó económicamente para que estos llevaran ataques de naturaleza política. Su posición como Jefe del Servicio Público y de Secretario del Gabinete, así como de Presidente del Consejo Nacional de Seguridad y del Comité Asesor aseguraba que sus órdenes de no interferencia de la policía de Kenia, fueran cumplidas de manera casi automática⁸². Se reconoce así que *Muthaura* tenía el poder de frustrar la comisión del plan criminal y por lo tanto tenía dominio sobre el hecho.

La SCP III, de esta manera encuentra que existen fundamentos razonables para pensar que hubo un plan común para cometer los crímenes alegados por el Fiscal, que *Kenyatta* y *Muthaura* contribuyeron de manera esencial a este plan y que ejercían un control compartido, o codominio del hecho. Por otro lado, la SCP II admitió que existen fundamentos razonables para decir que tanto *Kenyatta* como *Muthaura* estaban al tanto y aceptaron que con el ejercicio de su contribución esencial provocarían la comisión de los elementos materiales de los crímenes alegados y que ambos tenían la intención y estaban informados de que los crímenes que se iban a llevar a cabo contra la población civil eran de naturaleza sistemática y generalizada⁸³. Por lo tanto se les imputa a través de la figura de coautor mediato acorde al artículo 25(3)(a) ER⁸⁴.

Con relación a los crímenes de índole sexual la SCP II reconoce en su Decisión de Confirmación de Cargos del 23 de enero de 2011, que existen motivos fundados para afirmar que los Mungiki violaron sexualmente a civiles como parte del ataque contra los supuestos partidarios del MDN⁸⁵. En ciertas ocasiones, estos actos fueron cometidos de manera colectiva por el grupo arriba mencionado.

Lo mismo afirmó la SCP II en cuanto a las otras formas de violencia sexual, como la circuncisión forzada o la amputación del pene, que se dieron como parte del ataque dirigido

⁸¹ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 41.

⁸² Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 42.

⁸³ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 44.

⁸⁴ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 45.

⁸⁵ Decisión sobre la Confirmación de Cargos en acuerdo con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en el caso *Muthaura y Kenyatta*, (supra n.78) parr. 257.

contra los supuestos partidarios del MDN⁸⁶. Considerando que estas mutilaciones no tenían precisamente un carácter sexual sino más bien un carácter de dominación étnica, la SCP II descarta la calificación de estos hechos como otras formas de violencia sexual para asociarlos a otros actos inhumanos⁸⁷.

Finamente, la Decisión de Confirmación de Cargos de la SCP II consideró que existen motivos fundados para creer que *Muthaura* y *Kenyatta* son individualmente responsables a título de coautores según el artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma por los cargos de asesinato, desplazamiento forzado, acceso carnal violento, otros actos inhumanos y persecución como crímenes de lesa humanidad⁸⁸.

En el caso de *Ali*, aunque no participó en la planeación o coordinación del ataque, se afirma que *Muthaura* se comunicó con él ya que ostentaba la posición de Comisario de la Fuerza Policial de Kenia. Por este conducto se instruyó a *Ali* para que diera la orden a la Policía de no interferir con en el ataque de los Mungiki⁸⁹. Por tal razón se le imputa como partícipe acorde al artículo 25(3)(d) del Estatuto, al haber contribuido de algún otro modo en la comisión de crímenes que son de la competencia de la CPI⁹⁰. Ahora, la SCP II en su Decisión de Confirmación de Cargos descarta su responsabilidad porque este modo de responsabilidad que se le imputa implica la acción del sospechoso y no su omisión. En el presente caso, los hechos se pudieron dar amén de la inacción de la policía keniana, que estaba bajo el mando de *Ali*. Al contrario, no se demostró que la policía haya llevado a cabo los elementos objetivos de los crímenes reprochados en los cargos del Fiscal⁹¹. Por tal motivo, se descarta la responsabilidad de *Ali* en los hechos de Nakuru y Naivasha.

1.1.4.1.4 Caso de *Callixte Mbarushimana*

El pliego de cargos presentado por la Fiscalía de la CPI alega que *Callixte Mbarushimana* tenía un vínculo con las *Forces démocratiques pour la libération du Rwanda* (FDLR), grupo armado que pretendía luchar para recuperar la soberanía de Ruanda⁹².

Se alega que tras el genocidio ruandés de 1994, varios grupos armados sospechados de ser responsables de esta tragedia, se refugiaron en la provincia del Kivu en la República

⁸⁶ Decisión sobre la Confirmación de Cargos en acuerdo con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en el caso *Muthaura y Kenyatta*, (supra n.78) parr. 260.

⁸⁷ Decisión sobre la Confirmación de Cargos en acuerdo con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en el caso *Muthaura y Kenyatta*, (supra n.78) parr. 264-266.

⁸⁸ Decisión sobre la Confirmación de Cargos en acuerdo con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en el caso *Muthaura y Kenyatta*, (supra n.78) parr. 428.

⁸⁹ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 49.

⁹⁰ Decisión sobre la solicitud de la Fiscalía de Citación de comparecencia para *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Kenyatta y Muigai Mohammed Hussein Ali*, (supra n.77) parr. 51.

⁹¹ Decisión sobre la Confirmación de Cargos en acuerdo con el Artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en el caso *Muthaura y Kenyatta*, parr. 424-42.

⁹² Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/10-465, 16 de diciembre de 2011, Parr. 2 [en adelante: Decisión de confirmación de cargos en el caso *Callixte Mbarushimana*]

Democrática del Congo. Estos grupos, buscando ganar peso político, se reunieron para crear una organización que se llamó el Ejército para la Liberación de Ruanda (ELIR). Las FDLR, con *Ignace Murwanashyaka* como presidente, surgieron como una disidencia del ELIR.

La Fiscalía alega que en enero de 2009 las FDLR, buscando atraer la atención de la comunidad internacional frente a sus reivindicaciones políticas, atacaron la población del Kivu para crear una situación de “catástrofe humanitaria”⁹³. Entre los hechos cometidos, hubo violaciones sexuales contra la población civil, que fueron alegadas por el Fiscal a través de su cargo 8° como crímenes de guerra de acceso carnal violento. La Fiscalía en su solicitud de acuerdo al artículo 58 afirma que las FDLR cometieron estos abusos como el acceso carnal violento de acuerdo con las órdenes que habían sido emitidas por los dirigentes de este grupo⁹⁴.

Dentro de su política de visibilidad internacional, una de las estrategias de las FDLR consistió en negar los abusos cometidos en Kivu y en culpar a otros grupos armados. Se alega que el papel de *Mbarushimana* en esta estrategia fue crucial. A través de su posición de Secretario Ejecutivo de las FDLR, a pesar de tener conocimiento de los hechos acontecidos en el Kivu, desarrolló una campaña internacional para apoyar la *lucha política* de las FDLR⁹⁵. Hay que precisar que *Mbarushimana*, vivía en Francia y que era el representante de las FDLR en Europa.

En consecuencia con el rol de *Mbarushimana*, la Fiscalía reclamó su responsabilidad penal a través del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma, ya que habría contribuido de “algún otro modo” a la comisión de los hechos ocurridos en el Kivu.

El 16 de diciembre de 2011, la SCP I decidió no confirmar cargos contra *Callixte Mbarushimana*, al encontrar que no quedó lo suficientemente probado que las FDLR hayan tenido como política el atacar a la población civil. De tal manera que no se logró probar que la cúpula de las FDLR actuaran como un grupo de personas con un propósito común en el entendido del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma⁹⁶. Así, la responsabilidad de *Mbarushimana* a título del artículo 25(3)(d) no se puede afirmar.

Por otro lado se confirma que no existen indicios que lleven a pensar que *Mbarushimana* tenía algún tipo de poder sobre los comandantes y soldados de las FDLR que actuaban en

⁹³ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Callixte Mbarushimana*, (*supra* n.92) Parr. 6

⁹⁴ Corte Penal Internacional, Office of the Prosecutor, Prosecution’s Application under Article 58, ICC-01/04-01/10-11, 14 de octubre de 2010, Parr. 7

⁹⁵ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Callixte Mbarushimana*, (*supra* n.92) Parr. 8.

⁹⁶ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Callixte Mbarushimana*, (*supra* n.92) Parr. 292; Estatuto de Roma, Artículo 25(3)(d) “De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien: [...] (d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.”

Kivu⁹⁷, y que por lo tanto, no existen motivos fundados para pensar que *Mbarushimana* contribuyó al supuesto plan de las FDLR para perseguir la población civil. Que a pesar de las funciones de coordinación de las FDLR que los estatutos de la organización otorgaban al Secretario Ejecutivo, este nunca las ejerció. Por estos motivos, la SCP I, con la opinión disidente de la Jueza Monageng, considera que no existe la certeza de que *Mbarushimana* haya contribuido de manera significativa al supuesto plan de las FDLR⁹⁸.

1.1.4.1.5 Caso de *Omar Al Bashir*

En este caso la Fiscalía alegó la responsabilidad de *Omar Al Bashir* en actos de genocidio, de crímenes contra la humanidad y de crímenes de guerra cometidos contra los miembros de las etnias four, massalit y zaghawa en la región de Darfur, desde marzo de 2003 hasta la fecha en que presentó su acusación. En tal sentido, el 14 de julio de 2008 la Fiscalía requirió a la SCP I para que emitiera un mandato de arresto. Esta lo hizo el 16 de abril de 2009 declarándose “convencida de que había motivos razonables para creer que Omar Al Bashir era penalmente responsable con arreglo al apartado a) del párrafo 3 del artículo 25 del Estatuto en calidad de autor indirecto, o en calidad de coautor indirecto”⁹⁹ por los delitos arriba mencionados.

El contexto en el cual se llevan a cabo los crímenes arriba mencionados, se da tras el ataque al aeropuerto de El Fasher en 2003, aparentemente realizado por milicias que contestaban el régimen de *Al Bashir*. Entre ellas están, el Movimiento y Ejército de Liberación del Pueblo Sudanés (MLS, por sus siglas en francés) y el Movimiento Justicia e Igualdad (MJE). Tras este ataque, *Al Bashir*, como presidente de la República del Sudán, decide lanzar un ataque de contrainsurgencia en el cual no sólo moviliza a todas las estructuras del Estado sudanés sino que hace un llamado a las milicias paramilitares denominadas los Janjaweed. *Al Bashir* es sospechado de dirigir concretamente los ataques contra las etnias arriba mencionadas por tener supuestamente una cercanía con los movimientos rebeldes.

Entre los distintos crímenes que se le imputan, se encuentran crímenes de lesa humanidad como violaciones sexuales que habrían sido cometidas por los miembros del Estado y por miembros de las milicias aliadas de Janjaweed.

Al Bashir sería responsable de estos delitos como autor mediato o como coautor mediato, dado que al ser comandante *de iure* y *de facto* de las fuerzas armadas y al tener el control sobre el “aparato” del Estado logró dirigirlos de manera coordinada para que el plan común de persecución sea desarrollado¹⁰⁰. La SCP I consideró que existen motivos razonables para creer que este plan común fue puesto en marcha por los comités de seguridad de los Estados del Darfur y fue coordinado por quien fuera vice-primer ministro del Interior, *Abmad Arun*. En tal sentido, se deja la puerta abierta a la coautoría mediata ya

⁹⁷ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Callixte Mbarushimana*, (*supra* n.92) Parr. 297.

⁹⁸ Decisión de confirmación de cargos en el caso *Callixte Mbarushimana*, (*supra* n.92) Parr. 303.

⁹⁹ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, ICC-02/05-01/09, 4 de marzo de 2009.

¹⁰⁰ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution’s application for a Warrant of arrest against *Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-3, 4 de marzo de 2009, parr. 216

que podrían haber sido varias personas que hayan fungido como autores mediatos en la ejecución de los mismos hechos.

Este caso no ha sido solucionado aún por la CPI ya que *Omar Al Bashir* no ha sido capturado a pesar de que continúa siendo presidente de la República del Sudán.

1.1.4.1.6 Caso de *Laurent Koudou Gbagbo*

En la situación de Costa de Marfil, los hechos suceden tras las elecciones presidenciales que dan como ganador al líder de la oposición *Alassane Ouattara*, venciendo al expresidente *Laurent Koudou Gbagbo*. En este contexto sucedieron actos violentos de diferente naturaleza dirigidos contra la población civil, atribuibles a las fuerzas militares del Estado y a otros grupos mercenarios. Dichos ataques ocurrieron alrededor del 28 de noviembre de 2010.

La Fiscalía ha demostrado que hay fundamento razonable para considerar que los ataques que sucedieron contra la población civil, son parte de una política del Estado, encabezado principalmente por el presidente *Gbagbo*, cuyo principal objetivo fue atacar la oposición política, encabezada principalmente por *Alassane Ouattara* y sus colaboradores. Utilizó los medios de comunicación para incentivar la violencia en contra de la oposición política y contra los grupos extranjeros. Igualmente se demuestra que la política del Estado se encaminó al reclutamiento, financiamiento y entrenamiento de varias fuerzas militares y mercenarios¹⁰¹.

La SCP III considera que los grupos que apoyaban a *Gbagbo* (pro-Gbagbo) como las fuerzas militares del Estado y los grupos mercenarios, cometieron un ataque sistemático y generalizado contra la población civil. La Fiscalía encuentra tres elementos en los actos violentos: 1) que las fuerzas pro-Gbagbo hicieron un ataque a las sedes principales de la oposición política; 2) que hubo un uso excesivo de la fuerza en áreas muy pobladas con la orden de dispersar las protestas; y 3) que se crearon retenes militares y puestos de control por parte de las fuerzas pro-Gbagbo en el lugar en que ocurrieron los asesinatos. La Fiscalía alega que estos hechos sucedieron en gran escala y por ello ha provocado el desplazamiento de alrededor de un millón de personas¹⁰².

Por último, utilizando los reportes de *Human Rights Watch* y de *Amnesty International*, la SCP III encuentra que las violaciones sexuales sucedieron en medio de la violencia ocurrida después de las elecciones e identifican a las fuerzas pro-Gbagbo como responsables de estas. Al respecto la SCP III reconoce que el móvil de la violencia sexual es la pertenencia de las víctimas al partido político opositor o su etnicidad, supuestamente cercana a *Ouattara*¹⁰³.

¹⁰¹ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an investigation into the situation in the Republic of Cote d'Ivoire, ICC-02/11-14, 3 de octubre de 2011, parr. 47 [en adelante: Autorización para investigar la Situación de Costa de Marfil]

¹⁰² Autorización para investigar la Situación de Costa de Marfil, (*supra* n. 101) parr. 55, 56.

¹⁰³ Autorización para investigar la Situación de Costa de Marfil, (*supra* n. 101) parr. 70.



Por estas razones, la SCP III dicta Orden de Arresto en contra del presidente *Laurent Koudou Gbagbo*, el 23 de noviembre de 2011, a título de coautoría mediata conforme al artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma. Esto, en el entendido que *Gbagbo* y la cúpula del poder fueron conscientes de que con la implementación de su plan común se iban a cometer delitos de competencia de la CPI, y que, gracias a sus posiciones, tenían el dominio sobre los hechos, entre estos, las violaciones sexuales. Las órdenes que dio *Gbagbo* contaban con un cumplimiento casi automático; la posición que les fue asignada a los miembros de las fuerzas estaba en conformidad con un plan que aseguraba su contribución esencial y una coordinación para que se cometieran los tipos penales; y todo ello en su conjunto, demuestra el conocimiento y la intención por parte de *Gbagbo*¹⁰⁴.

1.1.4.2 Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como otro tipo penal (persecución, tortura)

1.1.4.2.1 El Caso de Ali Muhammad Al Abd-Al-Rahman, “Ali Kushayb”

La CPI, tras la Resolución 1593 de 2005 del Consejo de Seguridad, adquirió la competencia sobre la Situación de Sudán en la región de Darfur. Nos remitimos al caso de *Omar Al Bashir* para la contextualización del caso de *Ali Kushayb* ya que su responsabilidad responde a hechos ocurridos en la misma situación. Hay que recordar que el elemento detonante de la situación en Darfur, fueron los ataques perpetrados por los grupos rebeldes como el de la localidad de Jebel Marra en diciembre de 2002, el de Kutum y Tine dirigido contra instalaciones del gobierno entre marzo y abril de 2003 y el del Aeropuerto “Al Fasher” el 25 de abril de 2003. Esto desató la reacción contrainsurgente orquestada por *Omar Al Bashir*, presidente de la República del Sudán, y llevada a cabo por las Fuerzas Armadas Sudanesas, las Fuerzas de Defensa Sudanesas (PDF) así como por miembros del gobierno. Además se reclutó al grupo paramilitar de los Janjaweed para ejecutar el plan que buscaba acabar con los grupos rebeldes. De tal manera que hay fundamentos razonables para creer que hay un conflicto armado no internacional entre los anteriores actores¹⁰⁵.

Por lo demás la Fiscalía alega que hubo una política de ataque contra la población civil ejecutada por las Fuerzas Armadas Sudanesas y por el grupo paramilitar Janjaweed. Dicho ataque incluyó actos de violaciones sexuales o de otro tipo de violencia sexual en los pueblos de Kodoom, Bindisi, Mukjar y Arawala entre agosto de 2003 y marzo de 2004. La Fiscalía afirma que entre 2003 y 2006 hubo un ataque tanto geográficamente como temporalmente extenso. De tal manera que la sistematicidad de estos ataques se concreta en el hecho de que existía un plan o una política que consistía en atacar a la población¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Warrant of Arrest for *Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-1, 23 de Noviembre de 2011, Parr. 10.

¹⁰⁵ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution Application under article 58(7) of the statute, ICC-02/05-01/07, 27 de Abril de 2007, Parr. 38-43 [en adelante: Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto]

¹⁰⁶ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n. 105) Parr. 60.

Esto le permitió a la Fiscalía inferir que también se presentaron crímenes de lesa humanidad en la situación de Sudán.

La SCP I considera que a partir de los testigos allegados hay fundamentos razonables para creer que hubo un ataque conjunto entre los paramilitares de Janjaweed, las Fuerzas Armadas y aéreas sudanesas. Igualmente la Sala encuentra razonable creer que hubo una política unificada por parte de todas las organizaciones del Estado para luchar contra los rebeldes. Entre estos organismos se encuentran el servicio de inteligencia de Sudán y la Fuerza Policial Popular (PPF)¹⁰⁷. Así mismo, hay suficientes bases razonables para considerar que hubo una política del Estado para cometer dichos ataques contra la población civil. La población de la región de Darfur, compuesta por las tribus Fur, Zaghawa y Masalit, era percibida como rebelde¹⁰⁸.

Por otra parte la SCP I encontró que había fundamentos razonables para afirmar que *Ali Kushayb* desde su posición de líder tribal y como miembro de la estructura del PDF y de las Fuerzas Armadas Sudanesas, comandó miles de hombres de Janjaweed. Esta afirmación permitió inferir que *Ali Kushayb* implementó la estrategia contrainsurgente que resultó en la comisión de crímenes de guerra y de delitos de lesa humanidad tales como el acceso carnal violento, en la región de Darfur¹⁰⁹.

La Sala también tiene suficientes bases para creer que: 1) *Ali Kushayb* asignó diferentes miembros de las Fuerzas Armadas y de los Janjaweed alrededor de Kodoom donde muchos civiles murieron y otro huyeron; 2) bajo la dirección y la supervisión del acusado sucedió el ataque de Bindisi, donde se cometieron asesinatos, saqueos y destrucción de propiedad; 3) así mismo éste estuvo presente en el ataque en Mukjar donde también ocurrieron asesinatos, violaciones sexuales, torturas, entre otros actos; 4) por último, hay suficiente base para creer que el acusado, en conjunto con los Janjaweed y las fuerzas armadas, atacó el pueblo de Arawala, donde se cometieron otros actos inhumanos e infringieron tratamientos crueles, además que miembros de los Janjaweed, en presencia de *Ali Kushayb*, violaron a mujeres y niñas, y las ultrajaron desnudándolas¹¹⁰.

De acuerdo a lo anterior, hay suficientes bases para que la SCP I afirme que *Ali Kushayb* es responsable a título de coautor según el artículo 25(3)(a), de los cargos 7,16, 25, 27, 29, 31, 33, 45 y 47¹¹¹. Dentro de estos cargos encontramos distintos crímenes de guerra (asesinato dentro del artículo 8 (2)(c)(i), y atentado contra la dignidad personal acorde al artículo 8(2)(c)(ii), dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades según el artículo 8(2)(e)(i) del ER), y dentro de los crímenes de lesa humanidad encontramos el asesinato (artículo 7(1)(a))¹¹².

¹⁰⁷ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n. 105) Parr. 65.

¹⁰⁸ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n.105) Parr. 64-67.

¹⁰⁹ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n. 105) Parr. 95-97.

¹¹⁰ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n. 105) Parr. 99-102.

¹¹¹ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n. 105) Parr. 104.

¹¹² Corte Penal Internacional, Warrant of Arrest for *Ali Kushayb*, ICC-02/05-01/07, 27 de Abril de 2007 [en adelante: Orden de Arresto de *Ali Kushayb*]

En lo que respecta a los tipos penales de violencia sexual, se encuentra que la Fiscalía los imputa de manera autónoma (como crímenes de lesa humanidad en los cargos 13 y 42, y como crímenes de guerra en los cargos 14 y 43). Pero también los imputa subsumidos al crimen de persecución del artículo 7(1)(h), junto con otros crímenes como asesinato, saqueo u otros actos inhumanos, correspondiente a los cargos 10 y 39¹¹³.

Hay fundamentos razonables para creer que *Ali Kushayb* contribuyó a que se cometieran los crímenes perpetrados por los Janjaweed porque actuó como mediador entre el Gobierno Sudanés y el grupo Janjaweed, movilizó, reclutó, armó y proporcionó suministros a los miembros de Janjaweed bajo su mando¹¹⁴. De tal manera que la persona acusada también contribuyó a que se cometieran los crímenes de índole sexual. En este sentido la SCP I considera que prospera la figura del 25(3)(d), que consagra la posición de partícipe, para los cargos relacionados con los delitos sexuales.

Debemos tener en cuenta que la orden de arresto y la decisión sobre la solicitud de la Fiscalía en virtud del artículo 58(7) del Estatuto de Roma son del 27 de abril de 2007, fecha para la cual aún no se había desarrollado en la CPI la figura de la coautoría mediata; esta figura solamente se comienza a asentar con la Decisión de Confirmación de Cargos de *Katanga y Ngudjolo* del 2008. Este caso, si bien fue anterior a *Katanga y Ngudjolo*, nos permite considerar la violencia sexual como tipo penal que puede ser imputado de manera autónoma al delito de persecución como crimen de lesa humanidad.

Entendemos que la posición de la CPI es que cuando se imputa el cargo de persecución, no necesariamente se comete *bis in idem* al imputar violación sexual de manera autónoma, y que para que se demuestre la persecución a un grupo, es necesario demostrar una pluralidad de delitos que vayan en tal sentido.¹¹⁵

1.2 Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)

1.2.1 El concepto de empresa criminal común en el nivel de liderazgo como variante de la figura de la coautoría mediata en la jurisprudencia del TPIY

La coautoría basada en el concepto tradicional de empresa criminal común (ECC) es la manifestación de un enfoque subjetivo del concepto de autoría, conforme al cual, cuando el delito es cometido por una pluralidad de personas actuando en ejecución de un plan criminal común, serán coautores del mismo todos aquellos que realicen sus contribuciones compartiendo el propósito de que dicho delito, que es parte del plan común, sea cometido. Para ser interviniente en una ECC es necesario compartir con el resto de miembros de la

¹¹³ Orden de Arresto de *Ali Kushayb*, (*supra* n. 112)

¹¹⁴ Decisión sobre la solicitud Fiscal en virtud del artículo 58 (7) del Estatuto, (*supra* n. 105) Parr. 105-107.

¹¹⁵ Al respecto cabe mencionar que esta aproximación hacia los delitos sexuales se distancia de lo que ha sido establecido por el TPIY, que indica que la persecución es el crimen sombrilla que abarca otras conductas como los delitos sexuales y que ante un caso como el de *Ali Kushayb*, se imputaría sólo por persecución.

misma, el propósito de que se cometan los delitos centrales del plan criminal común (variante básica de ECC)¹¹⁶; sólo entonces se puede atribuir responsabilidad también por los delitos adicionales cuya comisión por algún miembro de la ECC durante la ejecución del plan común sea previsible (variante amplia de ECC).

En los casos relativos a altos dirigentes políticos y militares que diseñan y ponen en funcionamiento el plan criminal común, el concepto tradicional de empresa criminal común requiere que los superiores de nivel medio que logística y operativamente preparan su ejecución, y los subordinados de rango inferior o seguidores que cometen materialmente los delitos pertenezcan todos a una misma ECC en la que: (i) actúen conjuntamente para promover un plan criminal común; (ii) compartan la intención de cometer los delitos centrales de la ECC; y (iii) compartan cualquier *dolo especial* exigido por estos últimos delitos.

Ahora bien, este concepto presenta dificultades notables para reflejar la responsabilidad penal de los altos dirigentes políticos y militares, puesto que difícilmente se pueden afirmar estas condiciones con respecto a individuos que se encuentran tan alejados geográfica y estructuralmente. Incluso autores como Cassese, que apoyan la aplicación de este concepto ECC, reconocen sus limitaciones¹¹⁷.

Para superar estos problemas la jurisprudencia del TPIY ha recurrido al concepto de empresa criminal común en el nivel de liderazgo. Se trata éste de un concepto que combina la aplicación de la coautoría basada en la ECC con la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder. Este concepto fue aplicado por primera vez por la Sala de apelaciones del TPIY en el caso *Brdanin* al reconocer que para considerar a un acusado (alto

¹¹⁶Por ejemplo, un plan para matar diseñado por los miembros de ECC, en el que, a pesar de que cada uno de ellos realiza una función distinta, cada uno actúa con la intención de matar. Véase sentencia del Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia: Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-98-32-A, 25 de febrero de 2004, párr. 97 [en adelante: Apelación en el caso *Vasiljevic*]; Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-94-1-A, 15 de julio de 1999, párr. 228 [en adelante: Apelación en el caso *Tadic*]; Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 84 [en adelante: Apelación en el caso *Krnjelac*]; Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-98-30/1-A, 28 de febrero de 2005, párr. 82 [en adelante: Apelación en el caso *Kvočka*]; Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-97-24-A, 22 de marzo de 2006, párr. 65 [en adelante: Apelación en el caso *Stakic*]; Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-00-39-A, 17 de marzo de 2009, párr. 200 [en adelante: Apelación en el caso *Krajisnik*]; Trial Chamber, Sentencing Judgement, IT-95-9/2-T, 17 de octubre de 2002, párr. 157 [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Simic*]; Trial Chamber, Sentencing Judgement, IT-05-88, 10 de junio de 2010, párr. 1030 [en adelante, Sentencia de Primera Instancia en el caso *Popovic*]; Trial Chamber, Sentencing Judgement, IT-05-87/1-T, 23 de febrero de 2011, párr. 1864 [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Dordovic*]; Trial Chamber, Sentencing Judgement, IT-06-90-T, 15 de abril de 2011, párr. 1953 [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*]; Véase también, A. Bogdan, *Individual Criminal Responsibility in the Execution of a 'Joint Criminal Enterprise' in the Jurisprudence of the Ad hoc International Tribunal for the Former Yugoslavia*, 6 *International Criminal Law Review* 82, 2006; R. Cryer, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 371 [en adelante: Cryer, 'Introduction']; A. Chouliaras, *From Conspiracy to Joint Criminal Enterprise: in Search of the Organizational Parameter*, en C. Stahn and J. Dugard (coords.), *Future Perspectives on International Criminal Justice, 2010*, pp. 545-82, 563 [en adelante: Chouliaras, 'From Conspiracy to JCE'].

¹¹⁷ A. Cassese, *The Proper Limits of Individual Responsibility under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise*, 5 *Journal of International Criminal Justice*, 2007, pp. 110, 126 y 133. [en adelante: Cassese]. Algunos autores también han afirmado que la aplicación del concepto tradicional de ECC a altos dirigentes políticos y militares es similar a una forma de responsabilidad penal colectiva. Véase a este respecto, M. Elewa Badar, *Just Convict Everyone! - Joint Perpetration from Tadic to Stakic and Back Again*, 6 *International Criminal Law Review*, 2006, p. 302.

dirigente político o militar) penalmente responsable por la conducta de otra persona (autor material) “debe haber un vínculo entre el acusado y el delito como base jurídica para la imputación de responsabilidad penal”¹¹⁸. Respecto a la naturaleza de este vínculo, afirmó:

*[d]e acuerdo a la Fiscalía, este vínculo se puede encontrar en el hecho de que los miembros de la empresa criminal común usen a los autores materiales como “instrumentos” para realizar el delito. A la luz de la discusión de los casos posteriores a la segunda guerra mundial y la jurisprudencia del tribunal mencionada anteriormente, la Sala de Apelaciones entiende que, para considerar responsable a un miembro de la ECC por los delitos cometidos por quienes no son miembros de la empresa debe demostrarse que el delito puede ser imputado a otro miembro de la empresa criminal común, y que éste –al utilizar a un autor material- actuó en ejecución del plan común. La existencia de este vínculo es una cuestión que ha de ser evaluada caso por caso [...].*¹¹⁹

*[e]l hecho de que los autores materiales hayan sido usados como meros “instrumentos” por sus superiores fue, en rigor de verdad, la explicación más probable de lo que había ocurrido en el territorio de la ARK durante el período de la acusación.*¹²⁰

Posteriormente, este concepto ha sido aplicado en las sentencias de apelación del TPIY en el caso *Krajisnic*, y en las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos *Martic*, *Dordevic* y *Gotovina*. Además, la Fiscalía del TPIY también lo ha utilizado recientemente en sus escritos de acusación contra el antiguo presidente de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina y el comandante en jefe del Estado Mayor de su Ejército, *Radovan Karadzic* y *Ratko Mladic*.

En particular, la Fiscalía del TPIY, ha utilizado el concepto de ECC en el nivel de liderazgo en el Tercer Escrito Reformado de Acusación de 27 de febrero de 2009 contra *Radovan Karadzic*, ex Presidente de la República *Srpska* y en el Segundo Escrito Reformado de Acusación de 1 de junio de 2011 contra *Ratko Mladic*, ex Comandante en Jefe del Estado Mayor del Ejército de la República *Srpska*. Ambos Escritos de Acusación presentan grandes similitudes, alegando la existencia de un ECC general y de varias ECCs interrelacionadas que se dirigen al desplazamiento forzado permanente de musulmanes y croatas de aquellos territorios reclamados por los serbo-bosnios en Bosnia y Herzegovina¹²¹.

Al referirse a los miembros de la ECC, el Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Radovan Karadzic* de 27 de febrero de 2009 señala lo siguiente:

¹¹⁸ Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-99-36-A, 3 de abril de 2007, párr. 413. [en adelante: Sentencia de Apelación de Segunda Instancia en el caso *Brdanin*]

¹¹⁹ Sentencia de Apelación de Segunda Instancia en el caso *Brdanin*, (*supra* n. 117) párr. 413-14.

¹²⁰ Sentencia de Apelación de Segunda Instancia en el caso *Brdanin*, (*supra* n. 117), párr. 448.

¹²¹ Véase en Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia: Prosecutor, Third Amended Indictment, IT-95-5/18-PT, 27 de febrero de 2009, párr. 6 [en adelante: Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*]; Prosecutor, Second Amended Indictment, IT-09-92-I, 1 de junio de 2011, párr. 5 [en adelante: Segundo Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*].



*Radovan Karadžić actuó de manera concertada con otros miembros de esta empresa criminal común incluyendo: Momcilo Krajisnik; Ratko Mladic; Slobodan Milosevic; Biljana Plavic; Nikola Kojevic; Mico Stanisic; Momcilo Mandic; Jovica Stajnisic; Franko Simatovic; Zeljko Razmatovic (alias “Arkan”) and Vojislav Seselj. Cada uno de estas personas, a través de sus propias acciones u omisiones, contribuyó a la consecución del objetivo común.*¹²²

*Otros miembros de esta empresa criminal común incluían: miembros de la dirigencia serbo-bosnia; miembros del Partido Democrático Serbio (“SDS”) y de los órganos de gobierno serbo-bosnios a nivel de la república, regional, municipal y local, incluyendo los gabinetes de crisis, las presidencias de guerra y las comisiones de guerra (“órganos políticos y de gobierno serbo-bosnios”); comandantes, asistentes de los comandantes, oficiales de alta graduación, y jefes de unidades del Ministerio de Asuntos Interiores serbio (“MUP serbia”), JNA, fuerzas armadas yugoslavas (“VJ”), VRS, Ministerio de Asuntos Interiores bosnio-serbio (“MUP”), y la defensa territorial bosnio-serbia (“TO”) a nivel de la república, regional, municipal y local; y líderes de las fuerzas paramilitares y unidades de voluntarios serbios y bosnio-serbios. Alternativamente, algunas de estas personas, o todas ellas, no fueron miembros de la empresa criminal común, pero fueron utilizados por los miembros de la empresa criminal común para cometer los delitos en la consecución de los objetivos descritos más abajo.*¹²³

En el Segundo Escrito Reformado de Acusación contra *Ratko Mladic* de 1 de junio de 2011 la Fiscalía alega la existencia de una ECC de composición idéntica¹²⁴ a la alegada en el caso *Karadžić*. Por lo tanto, si bien la Fiscalía parece basarse en el concepto tradicional de ECC, es evidente que también recurre al concepto de ECC en el nivel de liderazgo al alegar, “alternativamente”, que los autores materiales (a los que se refiere como “algunas de estas personas o todas ellas”) puede que no hayan sido miembros de la ECC y que hayan sido utilizados por los miembros de la ECC para cometer los delitos a los efectos de alcanzar el propósito común de desplazar permanentemente a la población no serbia.

Conviene tener en cuenta que la ECC en el nivel de liderazgo constituye una forma *sui generis* de coautoría mediata al combinar dos posiciones antagónicas en la distinción entre autoría y participación, por un lado la coautoría basada en la ECC que adopta un posición subjetiva, y por otro lado la autoría mediata a través de EOP que se basa en una posición objetivo material (dominio del hecho). Con ello se distingue de la otra variante de la coautoría mediata que normalmente es denominada “coautoría mediata *stricto sensu*” y que supone la aplicación combinada de la coautoría basada en el dominio del hecho y de la autoría mediata a través de EOP (dos manifestaciones de la posición objetivo-material del dominio del hecho). Esta última variante de la coautoría mediata, que es aplicada por la CPI, fue sin embargo rechazada por la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Stakić*. Ahora bien, como se demuestra por los casos *Brdanin*, *Krajisnic*, *Martic*, *Dordevic*, *Gotovina*, *Karadžić* y *Mladic*, todos ellos posteriores a la misma, esto no significó que la ECC en el nivel de dirigencia (la otra variante de coautoría mediata) fuera también rechazada, ni que

¹²² Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadžić*, (*supra* n.120) párr. 11.

¹²³ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadžić*, (*supra* n.120) párr. 12.

¹²⁴ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadžić*, (*supra* n.120) párr.11-2.

por tanto la autoría mediata (elemento esencial de la misma) fuera a su vez considerada inaplicable por el TPIY.

El concepto de ECC en el nivel de dirigencia es ciertamente problemático en cuanto que está conformado por la combinación de dos manifestaciones de posiciones antagónicas en la distinción entre autoría y participación. De esta manera, si bien se aparta de la posición puramente subjetiva de la coautoría basada en la ECC, no llega a adoptar plenamente la posición centrada en el dominio del hecho de la autoría mediata a través de EOP. Ello genera, sin duda, incertidumbre respecto a cuál es el criterio dominante para distinguir entre autores y partícipes, la cual se ve acrecentada por el hecho de que la jurisprudencia del TPIY ha delineado los contornos del concepto de ECC en el nivel de liderazgo con base en unos pocos casos posteriores a la segunda guerra mundial que aplicaron formas de responsabilidad accesoria que no tienen nada que ver con la coautoría mediata, en que última instancia consiste la ECC en el nivel de liderazgo. Ahora bien, la etapa tan adelantada de las actuaciones del TPIY aconseja, sin embargo, proseguir con la aplicación de este concepto hasta la finalización de sus trabajos.

1.2.2. Casos en los que la coautoría mediata por ECC en el nivel de liderazgo ha sido aplicada por el TPIY a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales

1.2.2.1. El Caso de *Vlastimir Djordevic*

En Sala de Enjuiciamiento contra *Vlastimir Djordevic*, en desarrollo del concepto de la ECC en el nivel de liderazgo, el 23 de febrero de 2011, se declaró responsable al acusado por los ataques generalizados y sistemáticos contra la población Albano-kosovar con la finalidad de alcanzar un equilibrio étnico, lo que aseguraba un control Serbio de la zona. La calidad de Viceministro de Asuntos Interiores de la República de Serbia y de Jefe del Departamento de Seguridad Pública de dicho ministerio (*MUP*), según la sentencia de primera instancia, le permitió utilizar, por ejemplo, al Ejército Federal de Yugoslavia y a las Fuerzas Serbias, incluyendo Unidades Especiales de Policía (*PJP*) y a las Unidades de Defensa Local (*RPO*) entrenadas por el V y en particular al Ejército Serbio (*MUP*), además del aprovechamiento del suministro probado de armas¹²⁵. Para el difícil momento en la región, entre 1998 y 1999, fueron ejecutados, entre otros, asesinatos, deportaciones, otros actos inhumanos y persecuciones como crímenes de lesa humanidad, cargos por los que se condena al acusado por su participación en la ECC como coautor (entre los cuales se cercan otros dirigentes políticos, militares y policiales como: *Slobodan Milosevic*, Presidente de la FRY, *Nikola Sainovic*, Vice-Primer Ministro de la FRY responsable para Kosovo, como miembros de la ECC.

¹²⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Djordevic*, (*Supra* n. 115) párr. 57, 92.



En relación con el componente de la ECC perteneciente al Ministerio del Interior (MUP), la Sala consideró que era compuesta por *Vlajko Stojiljkovic*, Ministro de Interior, el acusado *Vlastimir Dordevic*, Jefe de RJB, *Radomir Markovic*, Jefe de RDB, *Sreten Lukic*, Jefe del personal de MUP en Kosovo, *Obrad Stevanovic*, Jefe de la Administración de Policía de RJB y *Dragan Ilic*, Jefe de la Policía Criminal de RJB. La Sala recordó que respecto del plan común, no es necesario que se pacte por escrito o se ordene, basta con que de manera extemporánea se dinamice un plan que puede ser inferido. En este caso se tuvieron en cuenta: los indicadores demográficos –plan de balance étnico-, la construcción, el uso de fuerzas armadas serbias y el suministro de armas a la población serbia no albano-kosovar, el patrón de los crímenes, la coordinación que se demostró entre el VJ y MUP –el ejército yugoslavo y el serbio respectivamente- y el uso de la fuerza desproporcionada contra la población albano-kosovar. Según la Sala:

Existen elementos de prueba abundantes de que la campaña de terror orquestada contra la población civil albano kosovar en 1999 fue un esfuerzo coordinado que se originó desde el más alto liderazgo político, y fue transmitido a través del Consejo de Defensa Supremo y del Comando Conjunto, hasta la Tercera Armada y los Pristina Corps, el MUP y a través del uso de los SUPs y de la policía local y de frontera, así como de las unidades especiales de policía (PJP) y de las unidades especiales anti-terroristas. Si bien la Sala no es capaz de determinar exactamente quienes fueron partícipes y quienes autores materiales, es claro que ciertos miembros de dichas unidades trabajaron conjuntamente para la ejecución del plan común.¹²⁶

La Sala, al delimitar la ECC a nivel de líderes políticos, cayó en el error de incorporar autores materiales, lo que tiene como consecuencia un peligro para el concepto de la ECC en el nivel de liderazgo y su intención de identificar un plan común entre autores mediatos en el más alto nivel que utilizan las fuerzas que tienen a su cargo para llevar a cabo un plan coordinado.

En cuanto a la responsabilidad, la Sala condenó los asesinatos y persecuciones, que en principio no hacían parte del objetivo del plan común, como consecuencias previsibles (variante amplia de la ECC) y que el acusado a pesar de su conocimiento, tomó ese riesgo voluntariamente (*dolus eventualis*).

Frente a las acciones u omisiones del acusado, la Sala se refirió a la omisión, a partir del *actus rea*, y hace más exigente la responsabilidad de la siguiente manera:

Una omisión puede, en las circunstancias particulares del caso, constituir el actus rea de los autores indirectos. La omisión será cumplida cuando el acusado fracasa al desempeñar un deber legal y a través de este asistió, fomentó o prestó ayuda moral a los autores directos del crimen y esto tuvo sustancial efecto en la realización del crimen, lo que implica que la asistencia o ayuda por omisión implícitamente requiere que el acusado haya tenido la capacidad de actuar en cumplimiento de un deber legal.¹²⁷

¹²⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Djordevic*, (*Supra* n. 115) párr. 2126, 2128.

¹²⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Djordevic*, (*Supra* n. 115) párr.1875.

Adicionalmente para la Sala, el acusado tuvo el poder de emitir órdenes a los demás comandantes mediante el Comando Conjunto, lo cual evidencia la responsabilidad frente al accionar, no solo de los actos perpetrados por sus subordinados, también de aquellos sobre los cuales se configuró el Comando Conjunto que tuvo como objetivo concretar el objetivo del plan común¹²⁸. Sobre la imputación, a pesar de las dos violaciones (asaltos sexuales, como actos sexuales que no se limitan al acceso carnal) perpetradas por fuerzas del VJ, no encontró la Sala que estos actos configuren persecuciones, debido a que la figura exige que se ejecuten con la intención de perseguir a un grupo humano (*dolus specialis*).

Por tanto, la Sala no pudo establecer que la campaña tuviera como plan perseguir mujeres albano-kosovares con el fin de violar sus derechos fundamentales puesto que el número de violaciones se redujo a dos mujeres que testificaron dichas violaciones, lo que fue insuficiente para probar una persecución a través de violaciones sexuales¹²⁹.

1.2.2.2. El Caso de *Ante Gotovina*

En el caso “*Gotovina*”, se acusa a *Ante Gotovina* (Comandante del distrito Split del Ejército de la República de Croacia y comandante de la Operación Tormenta¹³⁰), a *Ivan Cermark* (comandante de las guarniciones de la región del Knin y representante del gobierno de Croacia en la comparecencias ante la prensa y la Comunidad Internacional durante la operación Tormenta¹³¹) y a *Mladen Markac* (vice-ministro de Interior del Presidente *Franjo Tudman*, y comandante del cuerpo de policía especial del Ministerio del Interior de la República de Croacia¹³²), conjuntamente por cometer crímenes de lesa humanidad y violaciones a los usos y costumbres de la guerra, cometidos entre julio de 1995 y el 30 de septiembre de 1995, contra población serbia en el sur de Krajina, región de Croacia¹³³.

A los tres acusados se los acusa de pertenecer a una ECC por la remoción de población serbia de Krajina mediante el uso de la fuerza, miedo o engaño por medio de la fuerza, persecución y desplazamiento forzado, transferencia y deportación, al igual que apropiación y destrucción de propiedades¹³⁴.

En la determinación de la ECC, la Sala de Enjuiciamiento encontró que, *Franjo Tudman*¹³⁵ tenía una posición de liderazgo al hacer parte de todas las reuniones relativas a la ECC, donde se aseguró que sus ideas, entre las cuales se encontraba el repoblamiento de Krajina con croatas, fueran puestas en práctica¹³⁶. Alrededor de *Tudman*, un grupo de líderes

¹²⁸ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Djordjevic*, (*Supra* n. 115) párr.2173, 2178.

¹²⁹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Djordjevic*, (*Supra* n. 115) párr.1791-1797.

¹³⁰ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.4.

¹³¹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.5.

¹³² Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.6.

¹³³ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.1.

¹³⁴ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.7. ; A pesar de lo anterior, según la Sala de Enjuiciamiento, la Fiscalía no pudo probar que Ivan Cermark compartiera con los demás miembros de la ECC el propósito común de la misma, ni que la contribución alegada por la Fiscalía a la ejecución del plan común tampoco fue penalmente relevante, o como lo requiere el concepto de la ECC, una “contribución significativa”. Véase Sentencia de Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.2548.

¹³⁵ Presidente de la República de Croacia y comandante en Jefe de sus Fuerzas Armadas al momento de la realización de los crímenes, y fallecido para el momento en el que se llevo el juicio por parte del Tribunal.

¹³⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.2316

políticos y oficiales militares trabajaban conjuntamente para llevar a cabo el objetivo de la ECC¹³⁷. Al respecto se recuerda la posición adoptada en el caso *Brdanin*, según la cual, puede que el plan común se desarrolle por un miembro de la empresa criminal o por cualquier otra persona, en el entendido que los perpetradores físicos constituyen meros instrumentos para la realización del plan común¹³⁸.

En este sentido, la Sala de Enjuiciamiento aplica el concepto de coautoría en ECC en el nivel de liderazgo al cerrar el círculo de miembros que conforman la ECC. Lo cual conlleva a que la Sala de Enjuiciamiento condene a *Ante Gotovina* y a *Mladen Markac* por los delitos imputados por la Fiscalía.

La Fiscalía no hace una imputación por delitos sexuales (incluyendo violación) como un cargo independiente, por el contrario, en los cargos 8 y 9 del texto de imputación, acusa de haber participado en una ECC que cometió actos inhumanos y un trato cruel a la población serbia ubicada en Krajina, entre los cuales se incluye la humillación y/o degradación a la persona humana¹³⁹.

Con respecto al caso de violación a la mujer en Mala Popina, la Sala de Enjuiciamiento distingue, que si bien la evidencia indica que el 26 de agosto de 1995 en Mala Popina tres personas armadas de uniforme militar violaron a una mujer serbia, la víctima no dio más detalles, ni bases fácticas para la clasificación; consecuentemente, la Sala de Enjuiciamiento no pudo probar las bases fácticas para determinar la calificación del crimen¹⁴⁰. Con respecto a *Slavica Borovic*, donde la evidencia demuestra que dos personas violaron de *Slavica Borovic* y que la policía tenía sospechas suficientes para desconfiar de *Nakic* y *Sasa Barisic*. La Sala de Enjuiciamiento no consideró el incidente en relación a los cargos 8 y 9 de la imputación hecha por la Fiscalía, al no comprobar la participación de *Barisic*, y que *Nakic*, fue procesado en una Corte Civil, en razón a la imposibilidad de concluir que fuera miembro de las fuerzas militares¹⁴¹.

1.2.3. Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como tales

Este Tribunal *ad hoc* ha tratado el tipo penal de delito sexual bajo el concepto de la (co)autoría mediata, no autónomamente, pero si dentro de otros tipos penales como la persecución, la tortura o dentro de los tratos inhumanos, como veremos a continuación.

1.2.4. Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como otro tipo penal (persecución, tortura)

¹³⁷ La mayoría de líderes políticos y oficiales militares se encontraban fallecidos al momento del juicio, a excepción de *Ante Gotovina*, *Ivan Cermak* y *Mladen Markac*. Véase Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.2317-19

¹³⁸ Sentencia de Apelación de Segunda Instancia en el caso *Brdanin*, (*supra* n.117) par.449.

¹³⁹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.53.

¹⁴⁰ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.1126-1128.

¹⁴¹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gotovina*, (*Supra* n. 115) párr.1151.

1.2.4.1.El Caso de *Milan Martić*

En la sentencia de Primera Instancia contra *Milan Martić* del 12 de junio de 2007, la Sala condenó al acusado por gran parte de los delitos imputados por la Fiscalía, tales como asesinatos, persecuciones, torturas y desplazamientos forzados como crímenes de lesa humanidad a través de una ECC en el nivel de liderazgo como coautor. Esto debido a los cargos de liderazgo que ejerció en el territorio de la posteriormente conformada RSK (República Serbia de la Krajina), contra la población croata, musulmana y no serbia. En efecto el acusado ejerció cargos en la llamada Región Autónoma Serbia de la Krajina (SAO Krajina) y en el gobierno de la República Serbia de la Krajina RSK, desde el 4 de enero de 1991 hasta agosto de 1995, tales como: Jefe de Policía en Knin, Secretario de Asuntos Internos, Ministro de Defensa, Comandante Diputado de la TO (Defensa Territorial) y Ministro del Interior de la SAO Krajina y posteriormente Presidente de la RSK (República Serbia de la Krajina). Por ello la Sala afirma:

Martić, considerado el líder político más importante y con mayor influencia en el gobierno de Krajina, posteriormente RSK, ejecutó poder absoluto sobre el MUP (Ministerio del Interior Serbio), incluyendo el poder de intervención a nivel individual tanto para imponer y remover jefes del SJB (Departamento de Seguridad Pública de la República de Serbia) como para disolver unidades dentro del MUP¹⁴². Así mismo, Blagoje Adžić, Milan Babić, Radmilo Bogdanović, Veljko Kadijević, Radovan Karadžić, Slobodan Milošević, Ratko Mladić, Vojislav Seselj, Franko “Frenki” Simatović, Jovica Stanišić, y el Capitán Dragan Vasiljković participaron en el fomento y promoción del plan criminal común.¹⁴³

Así mismo, la Sala insistió en que, más allá de toda duda razonable, el propósito común de la ECC era el establecimiento de un territorio étnicamente serbio a través del desplazamiento de croatas y población no serbia, y en el que *Martić* prestó excelente cooperación (soporte financiero, logístico y militar) de manera notable al MUP¹⁴⁴, para desarrollar sus operaciones, así como a la SAO, policía Krajina.

El propósito de la ECC tuvo como núcleo central u objetivo el desplazamiento forzado de población no serbia (primera variante de la ECC – o delito base–) y en la consecución de dicho objetivo se cometieron persecuciones, asesinatos, deportaciones, desplazamientos forzados, destrucciones injustificadas, saqueos de propiedad pública o privada, detenciones arbitrarias, torturas y tratos crueles e inhumanos, por fuerzas bajo su control efectivo, lo que para la Sala se traduce en la tercera variante de la ECC –o delitos adicionales–.

Más allá de toda duda razonable, *Milan Martić* tomó voluntariamente ese riesgo de que los crímenes externos al plan común pudieran ser cometidos contra la población no-serbia (tercera variante de la ECC) y tuvo conocimiento de ello.

¹⁴²Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Trial Chamber, Sentencing Judgement, IT-95-11-T, 12 de junio de 2007, párr. 449. [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Martić*]

¹⁴³ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Martić*, (*supra* n.141) párr. 446.

¹⁴⁴ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Martić*, (*supra* n.141) párr.446.

A pesar de que el acusado tuvo control sobre las fuerzas a su mando, participó en la coordinación entre el MUP (Ministro del Interior Serbio) y el JNA (Ejército Popular Yugoslavo), además de asegurar que el MUP fundara el centro de detenciones en Knin, en el cual se cometieron crímenes en ejecución del plan común. Según la Sala de Enjuiciamiento el SAO Krajina MUP y el TO -Defensa Territorial- cooperaron con el JNA -Fuerzas Yugoslavas- para ejecutar el plan común en el que también se encontraron patrones de conducta similares. Al respecto la Sala adopta el concepto de la ECC en el nivel de liderazgo y establece:

No se requiere que los autores materiales de los delitos que son parte del propósito común sean miembros de una ECC. Un acusado o cualquier otro miembro de una ECC pueden utilizar a los autores materiales para realizar los elementos objetivos de un delito. Sin embargo, “un requisito esencial a fin de imputar responsabilidad a cualquier acusado miembro de la ECC por un delito cometido por otra persona es que el delito en cuestión forme parte del propósito criminal común”. Esto puede ser inferido, inter alia, del hecho de que “el acusado o cualquier otro miembro de la ECC colaboró cercanamente con el autor material a fin de promover el propósito criminal común”¹⁴⁵.

La Sala encontró evidencia de violaciones sexuales y otros actos inhumanos dentro de las detenciones en Knin entre 1991 y 1995 donde concentraron alrededor de 650 y 700 personas. En la sentencia se tiene como evidencia las violaciones sexuales sin dar desarrollo jurídico alguno ni directa ni autónomamente al delito sexual; los actos sexuales encontrados probaron la existencia de torturas como crímenes de lesa humanidad, así como sufrimientos físicos y mentales por la naturaleza sexual, violenta y humillante de los actos que se le imputan al acusado.

1.2.4.2. El Caso de *Momcilo Krajisnik*

En el caso “*Krajisnik*”, *Momcilo Krajisnik* (Presidente del Congreso de la auto-proclamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, posteriormente denominada República *Spraska*¹⁴⁶, y uno de los miembros clave, número dos, de su Presidencia)¹⁴⁷ hizo parte de una ECC junto a otras personas, ante todo, situadas alrededor de los territorios de la República Bosnio-serbia con base en Pale. Entre otros se encontraban, el acusado, *Radovan Karadžić*, *Biljana Plavšić*, *Nikola Koljević*, *Momčilo Mandić*, *Velibor Ostojić*, *Mičo Stanišić*, y a partir de 12 de mayo de 1992, el General *Ratko Mladić*. También se encontraban los miembros “rasos” de la ECC, los cuales estaban integrados por políticos locales, miembros de las fuerzas militares y policía, al igual que líderes paramilitares¹⁴⁸. Al acusado se lo condena por persecución, exterminio, asesinato, deportación y otros actos inhumanos como crímenes contra la humanidad¹⁴⁹, desarrollados en 35 municipalidades, entre el 1 de

¹⁴⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Martić*, (*supra* n.141) párr.455.

¹⁴⁶ Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Trial Chamber, Sentencing Judgement, IT-00-39-T, 27 de septiembre de 2006, párr.4. [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*]

¹⁴⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1085.

¹⁴⁸ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1087.

¹⁴⁹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1182.



julio de 1991 y el 30 de diciembre de 1992¹⁵⁰. Para la Sala de Enjuiciamiento, *Krajisnik* tuvo una posición central en la ECC al ayudar a establecer y consolidar en Bosnia y Herzegovina el Partido Socialista Serbio (SDS) y las estructuras de la República *Spraska*, que fueron instrumentales en la comisión de los delitos; y desplegar sus habilidades políticas tanto a nivel nacional como internacional para facilitar la ejecución del plan común¹⁵¹.

En este caso, la Sala de Enjuiciamiento acepta el concepto de ECC en el nivel de liderazgo¹⁵², concepto que si bien es reiterado por la Sala de Apelaciones, será revocado en algunas conclusiones logradas en la Sala de Enjuiciamiento respecto del alcance y miembros de la presunta ECC¹⁵³.

Dentro de persecución como un crimen contra la humanidad, la Sala de Enjuiciamiento en el caso *Krajisnik* encuentra que el acusado es responsable por trato inhumano por lo sucedido en centros de detención, donde la población musulmana y croata detenida, fue violada o abusada sexualmente. Así por ejemplo, en el campo de concentración *Batkovic* los hombres detenidos eran forzados a tener relaciones sexuales entre los detenidos. En centros de detención en *Foca*, mujeres y jóvenes fueron abusadas regularmente en el motel *Bukovica*, en los centros de trabajo en *Buk Bijela*, en *Srednja Skola* y en la casa de *Karaman* en *Miljevina*. Abusos sexuales igualmente ocurrieron en el campo de concentración *Luka* en *Brcko*¹⁵⁴.

El acusado es responsable en el sentido que, el trato cruel dado a las víctimas era únicamente sobre población musulmana o croata, por lo cual se observa una discriminación creada a partir de la selección de un trato inhumano por motivos étnicos. Así, mientras *Dragoljub Kunarac* violaba a una mujer en la detención en *Foca*, expresó que las violaciones contra mujeres musulmanas era una forma en que la población serbia demostraba su superioridad sobre la población musulmana¹⁵⁵. De acuerdo a lo anterior, la Sala de Enjuiciamiento encuentra que el trato inhumano fue cometido en el contexto de un ataque sistemático contra la población musulmana y croata, conforme al plan común contra la misma población¹⁵⁶.

Para la Sala de Enjuiciamiento no es necesario que los crímenes, incluyendo los mencionados en el párrafo anterior, hayan sido cometidos por un miembro de la ECC, sino que exista una conexión o relación entre las personas que trabajaron para la implementación del objetivo común. Esto es, que una persona que no pertenezca a la ECC debe compartir el objetivo común al grupo, pero no estar vinculado con las operaciones del mismo. Lo anterior, no implica que cualquier crimen cometido por una persona que no

¹⁵⁰ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.5.

¹⁵¹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1120.

¹⁵² Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.883.

¹⁵³ Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Appeal Chamber, Appeal Judgement, IT-00-39-A, 17 de marzo de 2009, parr.157. [en adelante: Sentencia de Segunda Instancia en el caso *Krajisnik*]

¹⁵⁴ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.800.

¹⁵⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.804.

¹⁵⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.805 ss.

pertenezca a la ECC pueda ser atribuido a esta. Por el contrario, el vínculo entre los miembros de una ECC con un no miembro se da a través de la contribución de este último a un crimen que está encausado a la realización del plan común, convirtiendo al no miembro en parte de la ECC a través del crimen cometido¹⁵⁷.

Con respecto a la identificación de los miembros de la ECC, la Sala no encontró que fuera posible definirlos a todos y que en caso que fuera posible tampoco sería necesario. Por el contrario, simplemente es necesario que el acusado estuviese suficientemente conectado y conociera de cualquier persona que iba a cometer el crimen o que alguna persona iba a realizar el crimen con relación al plan común¹⁵⁸.

A consideración de la Sala, el acusado es responsable por los delitos anteriormente mencionados, al suceder estos en la zona donde él tenía control, y al usar su posición para implementar una campaña masiva en contra de la población antes mencionada, y contrario a proteger a la población civil, *Krajisnik* no hizo nada para prevenir los agravios cometidos por las fuerzas serbio-bosnias u otras bajo su control¹⁵⁹.

Para la Sala de Apelación en el presente caso, si bien, limita los miembros pertenecientes a la ECC, puesto que no es necesario que se identifique a cada uno, mientras sea suficiente referir a estos a una categoría de personas (e.g. “ARK”, “ejecito de *Srpska*”), no se puede llegar al estado de no especificar el grupo al cual pertenece el miembro de la ECC, tal como lo hace la Sala de Enjuiciamiento en su Decisión, al nombrar como miembros de la empresa a “políticos locales, militares y comandantes de policía, líderes paramilitares y otros”, aun peor, cuando no se especifica el periodo de tiempo durante el cual sucedieron los crímenes¹⁶⁰. Por otro lado, la Sala reafirma que dada la gravedad de los crímenes cometidos por *Krajisnik*, la campaña de persecución contra población no serbia, la cual, se llevaba por órdenes del acusado, el territorio comprendido era controlado por *Krajisnik* y sus fuerzas, la posición de vulnerabilidad de algunas víctimas y, por último, la posición que ocupaba el acusado al controlar el territorio¹⁶¹.

1.2.4.3. Escrito de acusación contra *Rodovan Karadzic*

En el Tercer Escrito de Acusación Reformado en febrero 27 de 2009, la Fiscalía acusa a *Rodovan Karadzic* de genocidio y crímenes de lesa humanidad¹⁶². El acusado, miembro fundador del Partido Democrático Serbio de Bosnia y Herzegovina instalado el 12 de julio de 1990 y más alta autoridad civil y militar en RS (República *Srpska*), según el ente acusador, compartió el objetivo o propósito común de desplazar a la población Bosnio-musulmana, Bosnia-croata y Bosnio-serbia del territorio de Bosnia y Herzegovina¹⁶³. La Fiscalía aclara que esta acusación al usar el término “comisión”, no quiere decir que el

¹⁵⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1082.

¹⁵⁸ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1086.

¹⁵⁹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 145) párr.1153 ss.

¹⁶⁰ Sentencia de Segunda Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 152) párr.157

¹⁶¹ Sentencia de Segunda Instancia en el caso *Krajisnik*, (*supra* n. 152) párr.775 ss.

¹⁶² Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.1-2.

¹⁶³ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.4-2.



acusado haya cometido físicamente algunos de los crímenes que se le imputan personalmente; “cometer” refiere, en el contexto de la responsabilidad del acusado, a su participación dentro de la ECC¹⁶⁴. La acusación alega que el acusado fue miembro de la ECC entre 1992 y 1995 conformada por otros miembros del cuerpo del gobierno Serbio-bosnio a nivel regional, municipal y local y cuerpos como el MUP -Ministerio del Interior Serbio-, VRS -Ejército de la República *Srpska* o Armada Bosnio-serbia- y el VJ -Ejército Federal de la República de Yugoslavia-; entre los cuales compartieron la intención para la comisión de los crímenes. La comisión de cada uno de estos crímenes se realizaron con otros, quienes actuaron en concierto con el acusado en una ECC que se ubica entre los líderes: *Momcilo Krajisnik*; *Ratko Mladic*; *Biljana Plavsic*; *Nikola Koljevic*; *Stanislav Galic*; *Dragomir Milosevic*; and *Vojislav Seselj*; quienes contribuyeron, cada uno mediante sus acciones y omisiones a la consecución del objetivo o plan común de la ECC¹⁶⁵.

Así mismo, la Fiscalía considera que el acusado cometió deportaciones y actos inhumanos, y que fue previsible el genocidio a través de las persecuciones, exterminios y asesinatos; crímenes que fueron cometidos por uno o más miembros de la ECC o por una persona usada por cualquier miembro de la ECC¹⁶⁶ (lo que significa que no importa si el autor directo no hace parte de la ECC, importa es que la comisión de un delito comparte el objetivo de la ECC). También asegura la Fiscalía que el acusado tenía conocimiento de las consecuencias previsible que se generarían a partir de la implementación del objetivo de la ECC y aun así decidió tomar ese riesgo voluntariamente¹⁶⁷. Adicionalmente, que dichas Fuerzas Serbias y órganos políticos y del gobierno establecieron y controlaron detenciones donde se cometieron asesinatos, tratos crueles e inhumanos, violaciones y otros actos de violación sexual¹⁶⁸. Formulados estos crímenes, la Fiscalía los imputa dentro de *actos inhumanos* como crímenes de lesa humanidad¹⁶⁹.

1.2.4.4. Escrito de acusación contra *Ratko Mladic*

Recientemente en el caso *Mladic*, caso que se encuentra en la Sala de Cuestiones Preliminares del TPIY contra *Ratko Mladic* (arrestado el 26 de mayo de 2011, y quien fuese Comandante Designado del Estado Mayor de la Armada Bosnio-serbia (VRS) el 12 de mayo de 1992 –posición que tuvo hasta el 8 de noviembre de 1996-; promovido al rango de Coronel General en junio de 1994)¹⁷⁰ por haber participado en una ECC, la cual, tenía como plan común remover permanentemente a la población bosnio-musulmana y bosnio-croata de los territorios de Bosnia y Herzegovina (BiH) reclamados como territorios bosnio-serbios¹⁷¹. *Mladic* participo activamente desde su posición como Comandante (D)

¹⁶⁴ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.5.

¹⁶⁵ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.16, 17.

¹⁶⁶ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.10.

¹⁶⁷ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.10.

¹⁶⁸ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.54.

¹⁶⁹ Tercer Escrito Reformado de Acusación contra *Karadzic*, (*supra* n. 120) párr.75.

¹⁷⁰ Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Prosecutor, Fourth Amended Indictment, IT-09-92-PT, 16 de diciembre de 2011, párr. 3 ss. [en adelante: Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*]

¹⁷¹ Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169) párr.5

del Estado Mayor de la Armada Bosnio-serbia junto a *Karadžić, Momčilo Krajišnik, Slobodan Milošević, Biljana Planšić, Nikola Koljević, Mićo Stanišić, Momčilo Mandić, Jovica Stanišić, Franko Simatović, Željko Ražnatović y Vojislav Šešelj*, quienes mediante actos u omisiones contribuyeron a la realización del objetivo común¹⁷². Igualmente la Fiscalía lo acusa de haber participado en otra ECC junto a *Karadžić*, con el fin de establecer una campaña, en la cual se incluía, el uso de francotiradores y bombardeos contra la población civil, con el fin de crear terror en Sarajevo¹⁷³. *Ratko Mladic* tiene dos cargos por genocidio, al igual de ser acusado por cometer persecución, exterminio, asesinato, deportación, actos inhumanos, infringir terror, actos ilegales contra civiles, los anteriores cargos como violaciones al derecho de guerra y crímenes contra la humanidad.

En el presente caso, se le imputa a *Mladic* violación y otros actos de violencia sexual en el marco de los delitos de genocidio, persecución, deportación y otros actos inhumanos¹⁷⁴. Las anteriores violaciones y actos de violencia sexual sucedieron en campos de detención o prisiones bosnio-serbias en las municipalidades de *Banja Luka, Bijeljina, Foca, Ilidza, Kalinovik, Kljuc, Prijedor, Rogatica y Vlasenica*, las cuales ocurrieron durante 1992, sin embargo continuaron posteriormente¹⁷⁵ y sucedieron como una consecuencia de la implementación del objetivo común de remover permanentemente a la población bosnio-musulmana y bosnio-croata de los territorios que era reclamada por población bosnio-serbia¹⁷⁶. En el sentido anterior, para el ente acusador, estos crímenes se configuran indiferentemente si fueron cometidos por miembros de la ECC o por personas usadas por miembros de la ECC, siempre y cuando, el autor material posea el *actus reus* del crimen, y este a su vez sea una consecuencia predecible de la implementación del objetivo común¹⁷⁷.

1.3. Otros Tribunales Penales Internacionales: Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Corte Especial para Sierra Leona, Salas Especiales de las Cortes de Camboya, Tribunal Especial para el Líbano, Páneos de Timor Oriental

1.3.1 El concepto de ECC en el nivel de liderazgo en otros Tribunales Penales Internacionales

El concepto de ECC en el nivel de liderazgo ha sido también adoptado y aplicado en la jurisprudencia de la Corte Especial de Sierra Leona. *En el caso contra los principales dirigentes de las Fuerzas de Defensa Civil (CDF)*, la sentencia de primera instancia rechazó los argumentos de la Fiscalía en relación con la participación de *Fofana y Kondewa* en una ECC, sin embargo,

¹⁷² Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169) párr.11 ss.

¹⁷³ Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169) párr.7.

¹⁷⁴ Cargos 1, 3, 7 y 8. Véase Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169)

¹⁷⁵ Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169) párr.39, 51, 69.

¹⁷⁶ Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169) párr.38.

¹⁷⁷ Cuarto Escrito reformado de Acusación contra *Mladic*, (*supra* n.169) párr.9.

la Sala de Enjuiciamiento introdujo el concepto de ECC en el nivel de liderazgo en la jurisprudencia de la Corte Especial de Sierra Leona al afirmar:

El autor material no necesita ser un miembro de la empresa criminal común, puesto que puede ser utilizado como un instrumento por uno de sus miembros. La Sala adopta la posición de la Sala de Apelaciones del TPIY en Brdanin¹⁷⁸ et al., conforme a la cual “cuando no se demuestra que el autor material es un miembro de la ECC, el juzgador de hecho debe establecer que el delito pueda ser imputado a, al menos, un miembro de la empresa criminal común, y que ese miembro – al utilizar al autor material – actúe conforme al plan común.”¹⁷⁹

Posteriormente, el concepto de ECC en el nivel de liderazgo ha sido aplicado en el caso contra los principales dirigentes que permanecían vivos del Frente Unido Revolucionario, *Isaa Hassan Sesay* (comandante del grupo de operaciones del RUF subordinado únicamente a *San Bockarie*) *Morris Kallon* (miembro de la Junta RUF/AFRC que gobernó en Freetown en 1997 y 1998, comandante del grupo de operaciones en 2000, y mano derecha de *Sankoh* entre 2000 y 2003) y *Augustine Gbao* (director de los servicios de seguridad e inteligencia de las fuerzas del RUF/AFRC entre 1998 y 2002)¹⁸⁰. Por su parte, los Escritos de Acusación presentados el 7 de marzo de 2003 contra los dos máximos dirigentes del RUF, *Foday Saybana Sankoh* (fundador y líder del RUF), y *San Bockarie* (comandante de operaciones del RUF), fueron retirados el 8 de diciembre de 2003 una vez que se comprobó su fallecimiento.

Por su parte, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para el Líbano (TEL), en su decisión de 16 de febrero de 2011, afirmó el concepto de ECC en el nivel de liderazgo al señalar: “[c]uando diferentes actores son considerados culpables conforme a este forma de responsabilidad, se puede decir que han actuado como “piezas en una maquinaria” cuyo objetivo y fin general es la comisión de delitos, personalmente o por conducto de otros individuos”¹⁸¹. (Énfasis añadido)

En una nota al pie al final de esta confusa afirmación, la Sala de Apelaciones clarifica que “los autores materiales no necesitan ser miembros de la ECC” y cita expresamente las sentencias de apelación del TPIY en los casos *Brdanin* y *Krajisnik*¹⁸².

En cuanto a las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya (SECC), ninguna de las adoptadas abordan el concepto de ECC en el nivel de dirigencia, si bien es necesario tener en cuenta que las SECC sólo han dictado hasta el momento una única sentencia de primera

¹⁷⁸ Véase Sentencia de Apelación de Segunda Instancia en el caso *Brdanin*, (*supra* n.117)

¹⁷⁹ Corte Especial para Sierra Leona, Trial Chamber, Judgement, SCSL-04-14-T, 2 de agosto de 2007, párr. 216. (traducción no oficial del original en inglés) [en adelante: Sentencia de primera instancia en el caso *CDF*]

¹⁸⁰ Corte Especial para Sierra Leona, Prosecutor, Corrected Amended Consolidated Indictment, SCSL-04-15-PT, 2 de agosto de 2006, párr.21-33. [en adelante: Escrito de Acusación en el caso RUF].

¹⁸¹ Tribunal Especial para el Líbano, Appeal Chamber, Interlocutory Decision on the applicable law: terrorism, conspiracy, homicide, perpetration, cumulative charging, STL-11-01/1, 16 de febrero de 2011, párr. 237. [en adelante: Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL]

¹⁸² Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL, (*Supra* n.180) párr. 237, fn. 357.



instancia en el caso 001¹⁸³, en el cual no se aplicó dicho concepto por el retraso en su alegación por la Fiscalía¹⁸⁴.

Finalmente, el único Tribunal Penal Internacional que parece no haber recurrido de manera constante al concepto de ECC en el nivel de liderazgo es el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Así, por ejemplo, en la sentencia de 31 de marzo de 2011 contra *Jean Baptiste Gatete*, quien fuera alcalde del ayuntamiento de Murambi y director de área dentro del Ministerio de Asuntos Familiares y de la Mujer, se afirma la existencia de una variante básica del concepto tradicional de ECC en la que junto con el acusado se encontraban otras autoridades locales y los autores materiales de la milicia Interahamwe¹⁸⁵. Según la Sala de Enjuiciamiento todos ellos compartían un propósito criminal común y actuaban en ejecución de un plan común¹⁸⁶. La contribución de *Gatete*, consistía en convocar reuniones de las autoridades administrativas locales a los efectos de proceder a organizar la distribución del armamento entre los autores materiales de la milicia interahamwe, facilitar su transporte y dictar órdenes para la comisión de los delitos¹⁸⁷. En las ocasiones en las que *Gatete* se encontró en la escena del crimen, la Sala de Enjuiciamiento consideró que alentó también a los autores materiales con su presencia¹⁸⁸.

En otros casos recientes, como los desarrollados contra *Gerard Kanyarukiga* (hombre de negocios y propietario de una farmacia en el área de Kivumu, a quien se le imputaba la muerte de dos mil tutsis en la iglesia de Nyange)¹⁸⁹, y *Tharcisse Renzaho* (gobernador del distrito de Kigali-villa y coronel del ejército de Rwanda, a quien se imputaron cientos de asesinatos y delitos de violación cometidos en diversos controles de carretera y ataques cometidos en su distrito por las milicias Interahamwe)¹⁹⁰, la Salas de Enjuiciamiento del TPIR decidieron no aplicar el concepto de ECC debido a que consideraron que los acusados eran responsables accesorios de los delitos a través de alguna de las formas de participación previstas en el Estatuto del TPIR: por el planeamiento de la masacre de la iglesia de Nyange en el caso de *Kanyarukiga*¹⁹¹, y por ordenar y cooperar en la comisión de los delitos en el caso de *Renzaho*¹⁹².

¹⁸³ Salas Especiales de las Cortes de Camboya, Trial Chamber, Judgement, 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010. párr.117. [En adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*]

¹⁸⁴ Salas Especiales de las Cortes de Camboya, Trial Chamber, Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges Order on Joint Criminal Enterprise, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ(PTC38), 20 de mayo de 2010.

¹⁸⁵ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Trial Chamber, Judgement, ICTR-2000-61-T, 31 de marzo de 2011, párr.570, n 696 [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gatete*]

¹⁸⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gatete*, (*Supra* n.184) párr.570, n 696

¹⁸⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gatete*, (*Supra* n.184) párr.589, 599, 606.

¹⁸⁸ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Gatete*, (*Supra* n.184) párr. 589, 599, 606.

¹⁸⁹ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Trial Chamber, Judgement, ICTR-2002-78-T, 1 de noviembre de 2010, párr. 1. [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Kanyarukiga*].

¹⁹⁰ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Trial Chamber, Judgement, ICTR-97-31-T, 14 de Julio de 2009, párr.1. [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Renzaho*].

¹⁹¹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Kanyarukiga* (*supra* n 188), párr. 643. Si bien en el caso de *kanyarukiga*, la Sala de Enjuiciamiento también apuntó que otro problema que se había apreciado para la aplicación del concepto de la ECC es que no se había establecido que el acusado hubiera participado en la ejecución del plan común puesto que sólo se había podido probar más allá de toda duda razonable su intervención en el planeamiento de la destrucción de la Iglesia de Nyange. La Sala no había encontrado

1.3.2 Casos en los que la coautoría mediata por ECC en el nivel de liderazgo ha sido aplicada por el Tribunal Internacional para Ruanda, la Corte Especial de Sierra Leona, el Tribunal Especial para el Líbano, y las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales

1.3.2.1 Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados como tales

1.3.2.1.1 El Caso de *Charles Taylor*

En el caso *Charles Taylor*, quien desde finales de 1980 actuó como líder del Frente Nacional Patriótico de Liberia (“NPFL”) y posteriormente entre agosto de 1997 hasta el 11 de agosto de 2003 fue presidente de la República de Liberia¹⁹³, se le atribuye responsabilidad de acuerdo al artículo 6(1) y de forma adicional o alternativa el artículo 6(3) del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona.

Charles Taylor creó, armó y apoyó el Frente Revolucionario Unido (“RUF”). Actuó como dirigente de las estrategias rebeldes y alimentó el conflicto en Sierra Leona con el envío de municiones, armas y mano de obra al RUF y a sus aliados¹⁹⁴. También apoyó el régimen rebelde del AFRC y la llamada Junta con los miembros del RUF. Haciendo uso del poder que detentaba en Liberia, y haciéndose pasar por un partidario de la paz, *Charles Taylor* indicaba a los rebeldes del RUF y del AFRC la forma en que debían tomar control del territorio de Sierra Leona. Se creó entre todos un plan común para tomar control del territorio y de las minas de diamantes de la zona.¹⁹⁵ Incluso tuvo relaciones estrechas con los líderes del RUF, como *Samuel Bockarie*, y les suministró directamente armas y municiones¹⁹⁶. Se pudo establecer la relación estrecha que los movimientos RUF y NPFL tenían, tanto así, que se consideraban uno solo ya que muchos combatientes del RUF habían pertenecido al NPFL o habían sido entrenados en el Campamento Naama de *Charles Taylor*¹⁹⁷. De acuerdo a la Fiscalía *Charles Taylor* estaba por encima de todos los

elementos de prueba creíbles que sugirieran que el acusado ordenó, instigó, alentó o proveyó asistencia material a los atacantes una vez finalizada su contribución al planeamiento. Véase sentencia de Primera Instancia en el caso *Kanyarukiga*, (*supra* n.188) párr.643.

¹⁹² Sentencia de Primera Instancia en el caso *Renzaho*, (*supra* n. 189) párr.766.

¹⁹³ Corte Especial para Sierra Leona, Prosecutor, Prosecution’s Second Amended Indictment , SCSL-2003-01-PT, 29 de mayo de 2007. [en adelante: Segundo Escrito Reformado de Acusación contra *Charles Taylor*]

¹⁹⁴ Corte Especial para Sierra Leona, Prosecutor, Prosecution Final Trial Brief, SCSL-2003-01-PT, 8 de abril de 2011, párr.5. [en adelante: Resumen Fiscalía en el caso *Charles Taylor*]

¹⁹⁵ Resumen Fiscalía en el caso *Charles Taylor*, (*supra* n.199) párr.6.

¹⁹⁶ Resumen Fiscalía en el caso *Charles Taylor*, (*supra* n.199) párr.10.

¹⁹⁷ Resumen Fiscalía en el caso *Charles Taylor*, (*supra* n.199) párr.18.

líderes del RUF, incluso *Foday Sankoh*, quien habría sido enviado por el propio *Taylor* para que controlara el movimiento y llevara a cabo las misiones por él encomendadas¹⁹⁸.

Es claro entonces como *Charles Taylor* era uno de los comandantes del NPFL y del RUF, y hacia parte de una empresa criminal conjunta. Dentro de la mencionada empresa criminal conjunta se encontraban los dirigentes del RUF ya mencionados (*Sankoh y Bockarie*), así como, los demás miembros visibles del RUF y del AFRC. Dentro de los crímenes perpetrados se encontraban delitos sexuales; específicamente, accesos carnales no consentidos, esclavitud sexual y otras violaciones a la dignidad personal (matrimonio forzado, embarazo forzado, aborto forzado, incesto forzado, mutilaciones de genitales, desnudos forzados y demás). Todos estos delitos hacían parte del plan común establecido entre otros por el acusado *Charles Taylor*, como establece claramente la Fiscalía¹⁹⁹.

La Fiscalía lo acusa como responsable penalmente por sus actos u omisiones por los crímenes referidos en los artículos 2, 3 y 4 del Estatuto²⁰⁰. Más específicamente el Fiscal encuentra que es individualmente responsable por actos de violación como crimen de lesa humanidad, (artículo 2(g) del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona) esclavitud sexual como crimen de lesa humanidad y en adición o de forma alternativa por los atentados a la dignidad personal (entre los cuales se incluye la violación y la prostitución forzada) por constituir una violación del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y a su Protocolo Adicional II.

Los hechos a los que se refiere la Fiscalía para hacer tal acusación, son los sucedidos en los Distritos de Kono, Kailahun, Freetown y el Área Occidental entre el 30 de noviembre de 1996 y el 18 de enero de 2002. Se encontró que un número indeterminado de mujeres y niñas fueron violadas y secuestradas para ser usadas como esclavas sexuales. *Charles Taylor*, como lo establece el Fiscal²⁰¹, asistió, alentó, concertó, ordenó, controló o supervisó los miembros del AFRC, RUF y/o combatientes de Liberia en la comisión de estos delitos.

1.3.2.1.2 El Caso del RUF

También en la Corte Especial de Sierra Leona encontramos el caso contra los acusados *Sesay, Kallon y Gbao*, conocido como el caso RUF ya que los tres acusados pertenecieron al Frente Revolucionario Unido (Revolutionary United Front-RUF)²⁰².

Issa Hassan Sesay desempeñó varios cargos dentro del RUF, dentro de los cuales se destacan el de Inspector del Frente de Batalla, Comandante de Objetivo, Comandante de Área, Comandante del grupo de combate. También fue miembro del Consejo Supremo (máximo ente legislativo y gubernamental de la Junta) como representante del RUF desde agosto de

¹⁹⁸ Resumen Fiscalía en el caso *Charles Taylor*, (*supra* n.199) párr.21.

¹⁹⁹ Resumen Fiscalía en el caso *Charles Taylor*, (*supra* n.199) párr.257.

²⁰⁰ El Estatuto en su artículo 2 se refiere a los crímenes de lesa humanidad, posteriormente en el artículo 3 trata las violaciones al artículo 3 común de las convenciones de Ginebra y del protocolo II adicional, por último en su artículo 4 trata las otras violaciones graves al derecho internacional humanitario.

²⁰¹ Segundo Escrito Reformado de Acusación contra *Charles Taylor*, (*supra* n.198) párr.5.

²⁰² Corte Especial para Sierra Leona, Trial Chamber, Judgement, SCSL-04-15-T, 2 de marzo de 2009. [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF]



1997 en adelante²⁰³. Entre marzo y mayo de 1998, *Sesay* mantuvo estrechas relaciones con *Samuel Bockarie*, en ese momento comandante del RUF, de quien era vecino y con quien compartía el equipo de radio. Durante la ausencia de *Bockarie*, *Sesay* fungió como comandante en Buedu²⁰⁴. Por su parte, *Morris Kallon* sirvió al RUF como comandante en jefe del distrito de Bo desde agosto de 1997 hasta febrero de 1998. También fue miembro del Consejo Supremo y fue miembro asistente a sus reuniones desde agosto de 1997 en adelante²⁰⁵. *Agustine Gbao* fue comandante en el Distrito de Kailahun, Comandante de Control de Frontera, secretario de *Sankoh* (comandante fundador del RUF), Comandante General de Seguridad (lo cual lo capacitaba para autorizar castigos menores) y Comandante General de la Unidad de inteligencia de la defensa²⁰⁶.

El RUF se forma como un grupo armado de oposición en los años 80 (apoyado por el Frente Nacional Patriótico de Liberia) que buscaba derrocar por la vía de las armas el gobierno democrático de la época²⁰⁷. Estaba formado por estudiantes de clase media y baja, antiguos miembros del ejército de Sierra Leona y combatientes de Liberia pertenecientes al Frente Nacional Patriótico de dicho país. Entre los años 80 y 1996 el RUF fue tomando control de algunas regiones de Sierra Leona. A pesar del proceso de paz consolidado con el gobierno de dicho país en 1996, el RUF siguió sus hostilidades en contra de dicho gobierno²⁰⁸. Los actos violatorios a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario cometidos por el grupo armado RUF, tuvieron el carácter de generalizados y sistemáticos en el contexto de un conflicto armado. El conflicto armado inicia en marzo de 1991 cuando el grupo armado RUF inicia sus ataques en Sierra Leona, desde Liberia, a través del distrito de Kailahun²⁰⁹. Sin embargo la jurisdicción de la Corte inicia el 30 de noviembre de 1996 por lo cual solo se podrán investigar los hechos posteriores a la entrada en vigor²¹⁰. La acusación, por tanto, versa sobre los hechos ocurridos desde el 30 de noviembre de 1996 hasta septiembre del año 2000. La duración del RUF como grupo armado y sus constantes ataques a la población, así como la participación en la Junta del AFRC y subsistencia después de la disolución de la misma dan fe de la solidez de este grupo armado. Esto evidencia la subsistencia del plan común del RUF tanto entre sus líderes como entre sus militantes de inferior rango.²¹¹

El 25 de marzo de 1997, miembros del ejército de Sierra Leona llevaron a cabo un golpe de Estado, del cual resultó el derrocamiento del gobierno democráticamente electo y la formación de una junta de gobierno llamada Consejo Revolucionario de Fuerzas Armadas (AFRC por sus siglas en inglés) de la cual el RUF fue partícipe, formándose la llamada Junta AFRC-RUF. La Junta se dividió los puestos gubernamentales, quedándose el AFRC

²⁰³ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.252.

²⁰⁴ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.266.

²⁰⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.253.

²⁰⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.241, 253.

²⁰⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.3.

²⁰⁸ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.7.

²⁰⁹ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.4.

²¹⁰ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.1.

²¹¹ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.296.

con los puestos de mayor rango, y formaron el consejo supremo en el cual había miembros de ambos grupos²¹². El objetivo principal de esta junta era el de controlar el territorio ocupado de Sierra Leona, sobre todo donde se encontraban localizadas las minas de diamantes, y mantener dicho control mediante el uso de la fuerza y la comisión de los delitos por los cuales se acusa a los señores *Issa Hassan Sesay, Morris Kallon y Augustine Gbao*. Por tanto la población civil y los opositores al RUF eran los objetivos a eliminar dentro del plan común diseñado por los líderes del grupo.

Se pudo establecer por parte de la corte que los crímenes cometidos por los acusados se cometieron como parte de un plan común establecido por una empresa criminal conjunta con el objetivo de controlar y retener el territorio de Sierra Leona, sobre todo las minas de diamantes. Por tanto el delito base constituía en atacar y aterrorizar a la población civil que encontraran a su paso y dar muerte a quien se interpusiera en su objetivo de tomar control de Sierra Leona y las minas de diamantes así como perpetrar actos de violencia sexual (incluido el acceso carnal) y la violencia física²¹³. Los delitos adicionales cometidos para alcanzar el objetivo común fueron el de enlistar menores de edad, labores forzadas sobre la población civil, el saqueo. La Sala encontró que todos estos actos, a pesar de no haber sido perpetrados directamente por los acusados, fueron parte del plan común establecido en la empresa criminal común del RUF (compartido por sus militantes, autores directos de los crímenes) tanto en el periodo la Junta como después de la misma²¹⁴.

Dentro de los ataques parte del plan común de las fuerzas AFRC-RUF que tuvieron como objetivo civiles, se tuvo conocimiento y certeza de ataques con violencia sexual (el de violación²¹⁵ y de otra mano el delito de esclavitud sexual y otros actos de violencia sexual²¹⁶) y física²¹⁷. Los acusados *Sesay y Kallon* como miembros del Consejo Supremo del RUF y el acusado *Gbao* como formador y encargado de la conservación de la ideología del movimiento fueron acusados de hacer parte de dicha empresa criminal conjunta, y por tanto responsables de los delitos cometidos por sus subordinados. Fueron sentenciados como responsables de acuerdo al artículo 6(1) del Estatuto de la Corte Especial de Sierra Leona (y como agravante el 6(3)) por los crímenes de violación sexual, esclavitud sexual y otros actos inhumanos entre los cuales se incorporó el matrimonio forzado. Todos imputados como crímenes autónomos de lesa humanidad.

1.3.2.2 Casos en los que la (co)autoría mediata fue aplicada a hechos constitutivos de delitos sexuales calificados bajo otro tipo penal (persecución, tortura).

1.3.2.2.1 El Tribunal Especial para el Líbano

²¹² Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.8.

²¹³ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.582.

²¹⁴ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.584.

²¹⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.48.

²¹⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.50.

²¹⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso RUF, (*supra* n.207) párr.583.

Si bien en el Tribunal Especial para el Líbano (en adelante TEL) no se ha presentado un caso en el cual se acuse por delitos sexuales (especialmente violación), el TEL, en su Decisión de 16 de febrero de 2011, en la cual la Sala de Apelaciones resuelve unas preguntas jurídicas hechas por la Sala Preliminar de Enjuiciamiento, relacionadas con el derecho aplicable por el Tribunal²¹⁸, y da ciertos parámetros alrededor de los cuales se determina el Derecho aplicable en delitos sexuales.

La Sala de Apelación, define el concepto de ECC y la manera como se ha entendido en sus tres variantes a partir del desarrollo jurisprudencial que se ha producido en distintos tribunales internacionales, principalmente el desarrollo de la ECC en la jurisprudencia del TPIY²¹⁹. El TEL cuando define la variante ampliada de la ECC o Tercera forma, recuerda que existe como elemento objetivo la conducta del primer agresor (o autor material), conducta que no necesariamente se puede encontrar acorde con todos los partícipes de la ECC, pues no hace parte del plan común. Y como elemento subjetivo se debe distinguir el estado mental, el cual, debe ser probado por la Fiscalía al nombrar que existe un segundo agresor (otro miembro de la ECC en una posición de liderazgo), el cual, (i) era consciente que el resultado era una previsible consecuencia de la ejecución de la ECC, y sin embargo, (ii) voluntariamente tomó el riesgo de que el delito podría cometerse incidentalmente y, así, siguió participando conscientemente en la ECC²²⁰. Para ilustrar lo anterior, el TEL agrega como un caso de esta tercera forma de ECC:

*Por ejemplo, si una unidad paramilitar ocupa una ciudad con el propósito de detener todas las mujeres y esclavizarlas, dependiendo de las circunstancias de la perpetración de una violación por parte de uno de ellos, puede ser considerada como una acción previsible de la esclavización, mientras que el trato a otros seres humanos sea como objetos, puede conllevar fácilmente una violación. [...] igualmente es necesario, que el agresor secundario, tenga como algo previsible la violación, o por lo menos una posición “de una persona razonablemente prudente”, para predecir la violación.*²²¹

A pesar de lo anterior, el TEL advierte, que por los problemas que presenta esta figura de la ECC en su variante ampliada ha sido en pocas ocasiones por otros Tribunales Internacionales. Esta noción de la tercera forma de ECC no es fácilmente aplicada a crímenes con una *intención especial (dolus specialis)*. Pues, solo se hallan los elementos constitutivos, y el acusado se halla culpable, si hay una duda razonable para que el acusado intento cumplir el resultado en cuestión, esto es, él posee la *intención especial*. El problema aparece desde el hecho que para un crimen bajo la tercera forma de ECC, el acusado (no material) no necesita compartir la intención del primer acusado (material), pues, si la responsabilidad bajo la tercera forma de ECC fuera aplicada, una persona puede ser

²¹⁸ Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL, (*Supra* n.180) Pag.3

²¹⁹ Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL, (*Supra* n.180) párr.236 ss.

²²⁰ Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL, (*Supra* n.180) párr.241.

²²¹ Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL, (*Supra* n.180) párr.242. (traducción no oficial del original en inglés)

imputada como co-autor por un crimen que tenga un *dolus specialis* sin que el requisito de *dolus specialis* este presente.²²²

1.3.2.3 Casos de Responsabilidad del Superior en los que la responsabilidad del Superior ha sido aplicada por la Salas Extraordinarias de las Cortes de Cambodia y Tribunal Penal Internacional para Ruanda a crímenes internacionales que asumen la naturaleza de delitos sexuales.

La responsabilidad del superior, tal como reconocida en los estatutos de las SECC y de la CESL se da cuando (a) existe una relación de subordinación entre el superior jerárquico y la persona que cometió el crimen (b) el acusado debía saber o razonablemente debería saber que el crimen fue o iba a ser cometido (c) el acusado falló en tomar medidas necesarias y razonables para prevenir el crimen o castigar al perpetradores.

Adicionalmente, tanto el CESL como el tribunal de Timor Oriental reconocen que dicha modalidad de responsabilidad hace parte del derecho internacional consuetudinario²²³.

Los tres tribunales coinciden en que, para determinar si existe una relación de subordinación entre el superior jerárquico y la persona que cometió el crimen (a), es determinante analizar la cadena de mando que existía al momento de los hechos.

Para las SECC, existen factores que hay que tomar en cuenta en el caso concreto, para determinar la efectividad del control y estos son, la naturaleza de la posición del acusado (dentro del grupo político o militar) y el procedimiento para nombrarlo y sus tareas, su capacidad para emitir órdenes y que estas sean seguidas, que los subordinados muestren más disciplina en presencia del acusado, la capacidad de emitir medidas disciplinarias y la capacidad de liberar o transferir prisioneros²²⁴.

La CESL también subraya la importancia del control efectivo. Basándose en una abundante jurisprudencia del TPIY, esta Corte establece los indicios para determinar si existe o no un control efectivo, estos son, el procedimiento para seleccionar un superior, el poder de los superiores para emitir órdenes, las acciones disciplinarias, el hecho que los subordinados muestren mayor disciplina cuando el superior está presente, la importancia del superior manifestada en sus apariciones y declaraciones, la capacidad de transmitir reportes a las autoridades competentes para tomar medidas determinadas.²²⁵

²²² Decisión interlocutoria acerca del Derecho aplicable en el TEL, (*Supra* n.180) párr.248

²²³ Tribunal distrital de Dili, *The Prosecutor v. Jose Cardoso*, Judgment, Case No. 04b/2001, 05 April 2003, para. 512; Corte Especial para Sierra Leona, Sala de primera instancia II, *Prosecutor v. Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA, Santigie Borbor KANU*, Judgment, Scsl-04-16-T, 23025-23678 para. 782

²²⁴ Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, Sala de primera instancia, "Judgement", 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 julio 2010, para. 541

²²⁵ Corte Especial para Sierra Leona, Sala de primera instancia II, *Prosecutor v. Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA, Santigie Borbor KANU*, Judgment, Scsl-04-16-T, 23025-23678 para. 785



Tratándose de estructuras irregulares, para establecer el control efectivo, es de primera mano saber si el superior era el primero en la lista para repartir los bienes robados, si ejercía control sobre el destino de quienes se consideran vulnerables como las mujeres y los niños, si el superior tenía acceso independiente a los medios para realizar la guerra, si tenía capacidad de intimidar a los subordinados, si era una persona protegida por guardias personales que le eran leales o si el superior representa o induce a la ideología del movimiento al cual los subordinados hacen parte.²²⁶

Los tres tribunales reconocen que no es determinante el hecho de que se trate de un poder *de iure* o *de facto* ejercido sobre los subordinados para configurar esta responsabilidad. El tribunal del distrito de Dili (Timor Oriental) establece de manera adicional que para establecer si existe un poder *de facto*, mucho más probable en enfrentamientos de tipo guerra civil, hay que analizar la distribución de las tareas.²²⁷

Por su lado la CESL afirma que existen tres factores principales que tienen que existir en una estructura, independientemente de que sea tradicional o irregular. Estos son, una cadena de mando que funciona, un proceso suficientemente desarrollado para planear y ordenar y un sistema disciplinario fuerte.²²⁸

Por otro lado, la CESL habla de un elemento circunstancial que corresponde al control efectivo que tiene el superior sobre la estructura armada. Esta concepción físico-temporal de la responsabilidad se ve reforzada por el segundo requisito de la responsabilidad del superior (b).²²⁹ En efecto, según el tribunal de Sierra Leona, el conocimiento de que los crímenes se están cometiendo (*actual knowledge*) tiene una directa relación con la cercanía temporal y geográfica que tenía el superior frente a los hechos.²³⁰ Es más, el tribunal de Camboya establece que, el conocimiento no puede ser presumido y que tiene que ser establecido mediante prueba directa o circunstancial²³¹. Es decir que para demostrar el conocimiento es necesario establecer que al momento de los hechos, existía una cercanía temporal, geográfica y jerárquica del superior con relación a los subordinados que cometieron los hechos.

Con relación al tercer elemento de la responsabilidad de superior, castigar o prevenir dichos comportamientos, los tres tribunales establecen definiciones similares en el sentido en que se trata de un esfuerzo genuino de castigar o de prevenir, que dicho esfuerzo se enmarca

²²⁶ Corte Especial para Sierra Leona, Sala de primera instancia II, Prosecutor v. Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA, Santigie Borbor KANU, Judgment, Scsl-04-16-T, 23025-23678 para. 788

²²⁷ Tribunal distrital de Dili, The Prosecutor v. Jose Cardoso, Judgment, Case No. 04b/2001, 05 April 2003, para. 517

²²⁸ Corte Especial para Sierra Leona, Sala de primera instancia II, Prosecutor v. Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA, Santigie Borbor KANU, Judgment, Scsl-04-16-T, 23025-23678 para. 557

²²⁹ El acusado debía saber o razonablemente debería saber que el crimen fue o iba a ser cometido.

²³⁰ Corte Especial para Sierra Leona, Sala de primera instancia II, Prosecutor v. Alex Tamba BRIMA, Brima Bazy KAMARA, Santigie Borbor KANU, Judgment, Scsl-04-16-T, 23025-23678 para. 792

²³¹ Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya, Sala de primera instancia, "Judgement", 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 julio 2010, para. 543

dentro de la capacidad de mando del superior y que este elemento tiene que ser establecido casuísticamente.

Finalmente, únicamente en casos del TPIR y de las SECC se ha reconocido la posibilidad de aplicar este modo de responsabilidad cuando se han cometido delitos sexuales.

1.3.2.3.1 El Caso de *Nyiramasuhuko* y otros

En este caso, se imputa el crimen de violencia sexual acorde al artículo 3(g) del Estatuto del TPIR a *Pauline Nyiramasubuko*, siendo ella, para el momento en que sucedieron los hechos, Ministra de la familia y del desarrollo de la mujer²³², y a *Arsène Shalom Ntabobali*, siendo el hijo de *Nyiramasubuko* y además estudiante y administrador de medio tiempo en el Hotel Ihuliro²³³.

En relación a *Ntabobali*, la Sala de primera instancia encuentra que es responsable como autor acorde al artículo 6(1) del Estatuto por el delito de violación sexual sobre una niña, cometida en barricada cerca al Hotel Ihuliro. Si bien por un lado, la Sala tiene dudas de si éste cometió personalmente la violación, por el otro, se tiene certeza que *Ntabobali* arrastró a la víctima al bosque. Al encontrar la niña muerta, presentaba lesiones vaginales, indicio de que la penetración se cometió sin el consentimiento de la niña. *Ntabobali* sabía que sus actos hacían parte de un ataque sistemático contra la población civil. Con respecto a la participación de *Interahamwe*²³⁴, si bien, *Ntabobali* actuó en general como superior jerárquico de *Interahamwe*, en este caso, no hay suficiente evidencia para determinar que dicho grupo haya cometido violaciones sexuales cerca a la barricada próxima al Hotel Ihuliro, y por lo tanto, no se puede responsabilizar a *Ntabobali* como superior jerárquico acorde al artículo 6(3) del Estatuto del TPIR²³⁵.

Frente a los demás actos de violación sexual cometidos por *Ntabobali* en la Oficina de la Prefectura de Butare, se le responsabilizo acorde al artículo 6(1) del Estatuto por cometer, ordenar, ayudar y encubrir violaciones realizadas por *Interahamwe*. Pues *Ntabobali* ordeno violar a mujeres Tutsi, al igual que ayudó y encubrió la realización de las mismas.²³⁶

En el Estatuto de éste Tribunal Penal Internacional para Ruanda encontramos la figura de la responsabilidad del superior jerárquico en el artículo 6(3). Según el Tribunal, para que su imputación prospere, debe demostrar que: “(1) el acusado es el superior de los subordinados suficientemente identificados, (2) la conducta criminal de los subordinados por las cuales el acusado es presuntamente responsable, (3) el comportamiento del superior por el cual se podrá considerar que conoció o haber tenido razones para saber que sus subordinados estaban a punto de cometer delitos o los había cometido, y (4) el comportamiento del imputado se puede encontrar que no han tomado las medidas

²³² Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Trial Chamber, Judgement, *ICTR-98-42-T*, 24 de junio de 2011, párr.8. [en adelante: Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*]

²³³ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*, (*supra* n.232) párr.18.

²³⁴ Grupo guerrillero ruandés, formado en su mayoría por personas de la etnia hutu.

²³⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*, (*supra* n.232) párr.6077-6082.

²³⁶ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*, (*supra* n.232) párr.6086, 6094.

necesarias y razonables para prevenir tales actos o para castigar a las personas que los cometan”²³⁷.

Hay que tener en cuenta que si bien es necesario identificar suficientemente a los subordinados del acusado, no es necesario saber la identidad exacta de estos. De igual manera, los autores materiales de los crímenes, es decir los subordinados, pueden ser identificados por categoría o condición dentro del grupo, en relación a un sitio particular donde se cometieron los crímenes²³⁸.

Ha *Nyiramasubuko*, si bien no se le responsabiliza por el hecho ocurrido cerca al Hotel Ihuliro, resulta responsable por lo que sucedió en la Oficina de la Prefectura de Butare y en el Colegio Evangelista de Ruanda. Pues si bien, la Sala encuentra que *Nyiramasubuko* ordenó las violaciones, la Fiscalía solamente le imputó la figura del superior jerárquico del artículo 6(3) del Estatuto, dado que ella tenía control efectivo sobre *Interambamve* junto con su hijo, y falló en prevenir o sancionar las acciones realizadas por el grupo, teniendo el conocimiento sobre qué iba a suceder, es decir, la comisión de violaciones sexuales en las localidades mencionadas. Por estas y por que *Nyiramasubuko* tenía una relación superior-subordinado con el grupo, el cual la acompañó a la Oficina de la Prefectura, termina siendo responsabilizada como superior jerárquico acorde al artículo 6(3) del Estatuto del TPIR²³⁹.

1.3.2.3.2 El Caso de *Duch*

En el caso *Duch* que las Salas Extraordinarias de las Cortes de Camboya tratan el tema, es el caso contra *Kaing Guek Eav* (alias *Duch*) quien fungió como director de los establecimientos M13 y S21 en los cuales se llevaban a cabo reclusiones de aquellos individuos considerados opositores a la revolución liderada por el partido comunista de Kampuchea (PCK) el cual toma el poder en abril 17 de 1975.

Duch dirigía y supervisaba la ejecución y eliminación física de los reclusos ilegales de estos establecimientos, la tortura y la ejecución extrajudicial así como los interrogatorios realizados a individuos sospechosos de ser espías o enemigos del PCK. Sus responsabilidades eran de asegurarse de la política de interrogar y de destrozarse a dichos sospechosos²⁴⁰.

En el S21 el acusado estaba encargado de la unidad de interrogación del que contaba con aproximadamente 20 subordinados. Dada la organización jerárquica de los individuos que interrogaban S21 y que el acusado la dirigía por medio de líneas jerárquicas y de sistemas de reportes que existían en todos los niveles, únicamente él tenía la posibilidad de determinar quién iba a ser asesinado. Allí el acusado tenía como principales labores enseñar sobre métodos de interrogación y reportar las confesiones a sus superiores. Tenía total control

²³⁷ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*, (*supra* n.232) párr.5600.

²³⁸ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*, (*supra* n.232) párr.5601.

²³⁹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Nyiramasubuko*, (*supra* n.232) párr.6088-6093.

²⁴⁰ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*, (*supra* n. 182) párr.117.

sobre el personal del S21²⁴¹. Había un sistema de responsabilidad por parte de las unidades de interrogación con relación al acusado. Las confesiones eran transmitidas al acusado por intermedio del supervisor del interrogador. Como secretario del centro S21, el acusado se encargaba de reclutar al personal, entrenarlo, de dirigir los interrogatorios para obtener la confesión y de ordenar la ejecución de los detenidos que ya hubieren confesado²⁴².

No menos de 12.000 individuos eran detenidos en el centro del S21. Se tuvo certeza por parte de la Corte de un caso de violación dentro del S21²⁴³ que fue catalogado dentro del crimen de tortura por concurrir todos los elementos de la tortura en la conducta descrita. Se establece por parte de la Corte que dicha violación se da con el objetivo final de obtener información por parte de la víctima para posteriormente ser ejecutada²⁴⁴.

Se condena entonces a *Duch* como criminalmente responsable en calidad de superior jerárquico por las conductas de sus subordinados dentro de las cuales se encuentra la violación catalogada como forma de tortura. La forma de responsabilidad endilgada a *Duch* concuerda con lo establecido en el artículo 29 (nuevo) de la Ley sobre el establecimiento de las SECC, quedando el interrogante de si la responsabilidad como superior jerárquico que se le imputa responde al delito de omisión propia o de una forma de participación individual en el delito cometido directamente por el subordinado (acceso carnal violento como forma de tortura). Para la Sala de las SECC, siendo esta última la forma de responsabilidad acogida, la responsabilidad del superior jerárquico constituiría un agravante de la responsabilidad directa²⁴⁵.

1.4. Conclusiones previas

1.4.2. ¿Es aplicable la (co)autoría mediata por los Tribunales Penales Internacionales?

A pesar de la reticencia con la que se recibió originalmente el concepto de autoría mediata a través de EOP, esta ha sido superado en los últimos años, en los que, cada vez con mayor frecuencia, se ha recurrido al mismo para reflejar la responsabilidad penal de los dirigentes políticos y militares por delitos internacionales. Incluso en el caso de los “superiores intermedios” de organizaciones consideradas como estructuras organizadas de poder - donde el debate se ha centrado “en si uno está preparado para aceptar una deficiencia en el liderazgo del autor mediato o una posición de desigualdad entre los coautores”²⁴⁶ – recientes decisiones de la CPI y del TPIY parecen haberse decantado por la aplicación de la autoría mediata en estos caso.

²⁴¹ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*, (supra n. 182) párr.26.

²⁴² Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*, (supra n. 182) párr.256.

²⁴³ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*, (supra n. 182) párr.240, 246, 360.

²⁴⁴ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*, (supra n. 182) párr.366.

²⁴⁵ Sentencia de Primera Instancia en el caso *Duch*, (supra n. 182) párr.539.

²⁴⁶ Ambos, Fujimori, (supra n.23) p.153.



Ejemplo paradigmático en este sentido es la decisión de Orden de Arresto de 27 de junio de 2011 contra *Muammar Gaddafi*, su hijo *Saif Al-Islam Gaddafi* y el jefe de los servicios de inteligencia militar libios *Abdullah Al-Senussi*, donde se aplica a este último la autoría mediata a pesar de encontrarse en un segundo escalón del aparato de poder de Libia, por debajo de *Muammar Gaddafi*²⁴⁷. En este caso, *Al-Senussi* recibió de *Gaddafi* las instrucciones sobre la ejecución del plan común para detener y disolver las manifestaciones celebradas contra el régimen en Benghazi entre el 15 y el 20 de febrero de 2011²⁴⁸.

Al respecto, es relevante decir que a nivel comparado, tal y como está retratado en el Memorándum B, la aplicación de esta teoría tampoco ha sido incipiente. Observamos que a nivel nacional, la primera aplicación de dicho concepto se da en la sentencia del 9 de diciembre de 1985 en el juicio a las Juntas Militares argentinas que dirigieron el régimen militar que gobernó Argentina desde 1976 hasta 1983.²⁴⁹ El concepto de autoría mediata a través de EOP también se aplicó en el caso del *Muro de Berlín* en Alemania, en el caso contra el General Contreras en Chile, en el caso contra el ex Senador de la República *Álvaro Alfonso García Romero* en Colombia, así como en los numerosos casos relativos al régimen de las Juntas Militares argentinas, o los casos contra el antiguo líder de Sendero Luminoso *Abimael Guzmán* y el ex presidente *Alberto Fujimori* en Perú²⁵⁰.

Esta creciente *popularidad* de dicho concepto se refleja principalmente a nivel internacional, donde se observa una pronunciada tendencia a aplicar el concepto de autoría mediata a través de EOP conjuntamente con el concepto de coautoría mediata.

Así, en cuanto a la CPI, la coautoría mediata basada en la EOP y el dominio funcional, ha sido aplicada en los casos *Bemba, Katanga y Ngudjolo, Ruto y Kogsley, Muthuara y Kenyatta, Bashir, Abu Garda, Muammar y Saif Gaddafi, y Gbagbo*. Todas las Salas de Cuestiones Preliminares de la CPI la han aplicado de manera uniforme; cosa que es sobresaliente teniendo en cuenta la notable disparidad de criterios que han mostrado en otras materias. En consecuencia, se

²⁴⁷ Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27 de junio de 2011, párrs. 83-89. *Abdullah Al-Senussi* era el jefe de la inteligencia militar de Libia, uno de los órganos más poderosos y eficaces de represión del régimen de *Muammar Gaddafi* entre el 15 y el 20 de febrero de 2011, y debido a sus vínculos familiares y a su larga amistad con *Muammar Gaddafi*, era la persona de mayor autoridad en las fuerzas armadas, cuyos miembros sin excepción le estaban subordinados. Véase, Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddaf and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27 de junio de 2011, párr. 85.

²⁴⁸ Decision on the "Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27 de junio de 2011, párrs. 83-89. Además, en algunos de los casos en los que se ha aplicado el concepto de autoría mediate a través de EOP en otros tribunales internacionales, como en los casos *Stakic* y *Brdanin* ante el TPIY, los dirigentes afectados tampoco ocupaban cargos políticos y militares del más alto rango jerárquico.

²⁴⁹ Sentencias de la Corte Suprema, Vol. 29, I-II, pp. 36-1657. El texto de esta sentencia, así como el texto de la subsiguiente sentencia de 20 de diciembre de 1986 de la Corte Suprema Argentina en la que se revoca la aplicación realizada por la Cámara de Apelaciones de Buenos Aires del concepto de autoría mediata por estructuras organizadas de poder, puede encontrarse en <http://www.derechos.org/nizkor/arg/causa13>.

²⁵⁰ Ambos, *Fujimori* (*supra* n. 697); y *Muñoz Conde & Olásolo*, Application (*supra* n. 696).



puede afirmar que la coautoría mediata por EOP y dominio funcional no sólo es al día de hoy una auténtica opción para reflejar la responsabilidad penal de los dirigentes en los delitos internacionales, sino que la misma ha constituido la forma de responsabilidad aplicada con mayor frecuencia por la CPI desde el inicio de su actividad judicial en el 2003. Paralelamente a este desarrollo, existe la variante de la coautoría mediata basada en la doctrina de la empresa criminal común en el nivel de liderazgo. Esta ha sido progresivamente adoptada por la jurisprudencia del TPIY y de la CESL, tal y como lo muestra su aceptación expresa en las sentencias de apelación de los casos *Brđanin*, *Krajišnic* (TPIY) y *RUF* (CESL). Además de su más reciente aplicación en las sentencias de primera instancia del TPIY en los casos *Martić*, *Dorđević* y *Gotovina*.

Lejos queda, por tanto, aquella primera época de las sentencias de primera instancia en el caso *Krstić* y de apelación en el caso *Stakić*, en la que el concepto de ECC en el nivel de liderazgo era aplicado de manera implícita. En realidad, como se puede observar en los casos *Karadžić* y *Mladić*, en la etapa actual de las actuaciones del TPIY, en la que se están desarrollando los procesos frente a los más altos líderes políticos y militares, la coautoría basada en el concepto de ECC en el nivel de liderazgo se ha convertido en la forma de responsabilidad más adecuada para la imputación de este tipo de personas. No por nada es frecuentemente invocada por la Fiscalía en sus Escritos de Acusación y en sus alegatos orales durante el juicio.

Lo mismo ocurre en relación con los Escritos de Acusación presentados ante la CESL, con la salvedad de que la CESL ha conocido hasta el momento únicamente de cuatro casos que se han centrado en los altos dirigentes políticos y militares de los principales grupos armados involucrados en el conflicto que asoló a Sierra Leona entre 1996 y 1999.

En consecuencia, se puede afirmar que la coautoría basada en la ECC en el nivel de liderazgo se ha convertido en “la respuesta” dada por la jurisprudencia de estos dos Tribunales a los problemas presentados por el concepto tradicional de ECC en relación con los altos dirigentes políticos y militares. Así mismo, esta otra variante de coautoría mediata, también ha sido expresamente aceptada por la primera jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TEL.

Restan las SECC y el TPIR, cuales son los únicos tribunales que aún no aplica de forma regular este concepto. En las SECC, hasta el momento, sólo se ha dictado una sentencia en un caso en el que la Fiscalía se vio precluida de recurrir al concepto de ECC en el nivel de liderazgo por razones procesales. En el TPIR se han preferido aplicar formas de responsabilidad accesoria.

De esta manera se puede apreciar la enorme relevancia que la figura de la coautoría mediata ha cobrado en el derecho penal internacional a partir de la decisión de confirmación de cargos en el caso *Katanga* y *Ngudjolo* ante la CPI y de la sentencia de apelación del TPIY en el caso *Brđanin* (ambas dictadas entre abril de 2007 y septiembre de 2008). Todo ello no es sino el resultado de la creciente percepción de que, con independencia del impacto que

puedan tener en la determinación de la pena, la aplicación de formas de responsabilidad accesoria (como el ordenar, el instigar o el cooperar) para reflejar la responsabilidad penal de los dirigentes en la comisión de delitos internacionales relegan su función a un papel secundario, lo que no se corresponde con su importancia central en la comisión de crímenes de gravedad mayor.

1.4.3. ¿Es aplicable la (co)autoría mediata por los Tribunales Penales Internacionales en relación con delitos internacionales que tienen la naturaleza de sexuales?

Tanto la CPI, a través de la figura de la (co)autoría mediata por aparatos organizados de poder, como el TPIY, a través de la figura de la ECC en el nivel de liderazgo, han reconocido la posibilidad de imputar delitos sexuales a personas vinculadas al hecho punible a través de estos modos de responsabilidad.

En la CPI, los casos de *Katanga y Ngujolo*, de *Jean-Pierre Bemba*, de *Francis Muthaura et al.*, de *Callixte Mbarushimana*, de *Omar Al Bashir* y de *Laurent Gbagbo* imputan delitos sexuales como crímenes internacionales (lesa humanidad y crímenes de guerra) a través de la figura de la (co)autoría mediata. De manera general, la CPI ha reconocido el delito sexual como una conducta autónoma que se enmarca ya sea en los crímenes de lesa humanidad o en los crímenes de guerra.

En el caso de *Katanga y Ngujolo*, no se pudo probar una orden directa por parte de los imputados para que sus subordinados cometieran violaciones sexuales. Ahora, la SCP I logró demostrar que, al ser unos delitos que eran una práctica común en dicha región, en el contexto preciso del conflicto armado interno, *Katanga y Ngujolo* aceptaron la posibilidad de que estos delitos ocurrieran sin buscar a evitarlo o desestimularlo. Por tal motivo se considera que son coautores mediatos ya que las violaciones resultaron del ataque que planearon y dirigieron. En este caso se confirman los delitos sexuales como una conducta calificada de delitos de lesa humanidad.

Igualmente en el caso de *Omar Al Bashir*, se imputan delitos sexuales a título de crímenes de lesa humanidad. Esto en el marco de la situación que se presentó en el Darfur, dónde el gobierno *Bashir* orquestó una política para atacar de manera sistemática o generalizada la población civil y más precisamente las etnias asociadas a los rebeldes del Darfur.

Podemos observar que su posición de líderes (*Katanga y Ngujolo*, *Al Bashir*) y la ausencia de órdenes expresas dirigidas a la comisión de delitos sexuales no es óbice para desestimar la responsabilidad de estas personas que se encuentran en la cúspide del aparato, tanto gubernamental como no gubernamental, que cometió dichas conductas. De tal manera que las personas que tengan un alto rango son responsables por el alcance de la orden, sin importar que haya o no una orden expresa para que los subalternos cometieran violaciones sexuales.

Si confrontamos esta observación con la reciente sentencia contra *Luciano Menéndez* en el contexto de la Junta Militar en Argentina, las violaciones sexuales cometidas por los subalternos de un aparato organizado de poder atribuyen responsabilidad al superior al mando de estas. No sólo porque son conductas recurrentes que se enmarcan dentro de una política dirigida a la aniquilación, señalamiento, desplazamiento o persecución de un grupo humano determinado sino también porque son conductas recurrentes en este tipo de contextos.

Por otro lado, también es relevante considerar la reflexión que tuvo la Corte Suprema del Perú con relación al caso *Fujimori*, dónde se reconocen que se pueden dar diferentes tipos de órdenes en el marco de una estructura organizada de poder, sin así reconocerles un valor distinto. En tal sentido, la orden (para este caso, orden de cometer delitos sexuales) no tiene que ser directa o explícita, también puede ser sugestiva y tener un significado preciso en el marco de un plan criminal determinado.

La imputación de los líderes o dirigentes a título de (co)autores mediatos tiene aún más razón de ser cuando hay representación, o dicho de otra forma, el conocimiento de que esas conductas se fueran a cometer por dar la orden.

Por lo tanto cuando no se logre inferir que de dicha orden se fueran a cometer los crímenes sexuales, no se puede configurar una coautoría o autoría mediata. Este es el caso de *Jean-Pierre Bemba*, que si bien se imputa como coautor mediato, en la decisión de confirmación de cargos se desvirtúa dicha figura de responsabilidad individual dado que se rompe el nexo causal entre la orden y los crímenes. Subsidiariamente, se configura la responsabilidad del superior, aunque el análisis de la Sala cambia, dado que se estudia un modo de responsabilidad diferente que responde a unos elementos precisos.

En el caso de *Kenyatta*, este también sostenía una posición de alta jerarquía en la ODM y fueron sus tropas quienes cometieron las violaciones sexuales directamente; por tanto, no hay duda de su coautoría mediata. Ahora, si bien se había imputado a *Ali*, Comisario de la Fuerza Policial de Kenia, a título de coautor mediato en los delitos de acceso carnal como crímenes de lesa humanidad, por haber omitido desplegar el aparato policial en el marco de la violencia post-electoral, sus cargos no fueron confirmados por la SCP III. De tal manera que sigue siendo necesario que la persona acusada a título de autor mediato tenga una participación activa en la comisión del delito, aún desde una posición de dirigente o líder. No fue aceptada por lo tanto su imputación a título de coautor mediata por omisión.

Por otro lado, el ICTY tiene tendencia a asociar con más frecuencia los delitos sexuales como un acto de persecución salvo cuando no se evidencie el *dolus specialis*, la intención de perseguir a un grupo humano²⁵¹. En este contexto, el delito de persecución también abarca otros crímenes de lesa humanidad, de tal manera que la imputación termina reuniendo

²⁵¹ Este es por ejemplo el caso de *Vlastimir Djordjevic*

distintos tipos penales. Este tipo de imputación se da frecuentemente en el caso del ICTY por el entorno particular de tensiones étnicas, en el cuál se desarrolló el conflicto en la Ex Yugoslavia.

Este es el caso de *Momcilo Krajisnik* en el cual se imputan los delitos sexuales a través del crimen de persecución cometido en centros de concentración dónde era detenida la población croata y musulmana. Estos crímenes fueron cometidos en el marco de un trato inhumano que fue propinado por motivos étnicos, a través de la violación de las mujeres croatas se buscaba demostrar la superioridad del pueblo serbio sobre el croata y musulmán. La responsabilidad de *Krajisnik* se da porque tenía un control sobre un espacio determinado y que usando de su posición jerárquica, promovió una campaña de *limpieza* étnica en la cual se cometieron delitos de índole sexual.

En estas imputaciones, en las cuales los delitos sexuales se convierten en una herramienta para llevar a cabo actos de persecución, asociados con el desplazamiento forzado y la deportación, el concepto de la ECC es utilizado de manera amplia. Para imputar delitos sexuales cometidos por subordinados que ejecutaban el plan común o por personas que no eran miembros de la ECC, el elemento fundamental es que la comisión del delito comparta el objetivo de la ECC²⁵².

Por lo demás es recurrente la reflexión sobre la previsibilidad de los hechos cometidos, tal como los delitos sexuales. En campañas de *limpieza étnica*, de control armado de territorio y de señalización de un grupo humano determinado, los delitos sexuales y otros comportamientos dirigidos a este fin son previsibles. De tal manera que la responsabilidad también se presenta cuando un líder militar o dirigente político, a sabiendas de que este tipo de comportamientos probablemente iban a ocurrir, no hizo nada para detenerlos, fue sumamente negligente o al contrario tuvo una actitud complaciente con ellos. De tal manera que la (co)autoría mediata, para imputar delitos sexuales en el marco de otros crímenes como la persecución, es un modo adecuado para responsabilizar a este tipo de personajes en el marco de este tipo de campañas.

En la CPI a diferencia del TPIY, solamente existe un caso (*Ali Kushayb*) en el cual se imputa la violación sexual a través del tipo penal de persecución. Por otro lado, es pertinente mencionar que para la fecha, 27 de abril de 2007, la figura de la (co)autoría no se había decantado en el *corpus* jurídico de la CPI. Como lo mencionamos más arriba, fue a partir de *Katanga* y *Ngujolo* que se empezó a aplicar, para luego convertirse en recursiva en la jurisprudencia de dicha Corte. Por tal motivo, la SCP I imputó a *Ali Kushayb* a título de partícipe (25(3)(d) ER) en razón de los delitos sexuales cometidos durante la campaña de persecución étnica y de contrainsurgencia.

La CESL estableció que los acusados del caso *RUF* y *Charles Taylor*, participaron en la comisión de delitos sexuales. Todo a través de la participación en una ECC. Según estableció la Corte, desde el caso *Tadic* de la ICTY, la forma de responsabilidad a través de

²⁵² Estos son los casos de *Rodovan Karadzic* y de *Momcilo Krajisnik*



una ECC está firmemente establecida en la costumbre del derecho internacional. La comisión directa de los crímenes por parte de los superiores de estas organizaciones criminales no ha sido necesaria para que estos respondan por crímenes dentro del plan común como aquellos que fueran previsibles dentro de sus ataques.

Finalmente, las SECC imputan delitos sexuales cometidos por una estructura criminal, gubernamental o no gubernamental, a título de responsabilidad del superior. En el caso de las SECC, estas establecieron en el caso *Duch* que este era directamente responsable como superior jerárquico por el acceso carnal cometido como crimen de tortura. Aunque el acusado no participó directamente del crimen, tuvo conocimiento del mismo y no tomó mayores acciones al respecto para evitarlo o castigarlo, por tanto fue condenado por este crimen cometido dentro del sitio de reclusión que él dirigía. Situación diferente en el TPIR dado que *Pauline Nyiramasubuko* es responsable por el incumplimiento al deber de prevenir, sancionar, o remitir a una autoridad competente, los crímenes que cometieron sus subordinados.