



IN S PRAVIDE ET PRO

Revista

Julio 2014

34

Penal



Revista Penal

Número 34

Sumario

Doctrina:

- La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?, *por Kai Ambos* 5
- El proyecto de reforma del código penal de 2013. Algunas reflexiones político criminales, *por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Ana E. Liberatore S. Bechara* 19
- ¿Reglamentar o prohibir? Cuestiones abiertas ante la regulación jurídica del cannabis en Uruguay *por Pablo Galain Palermo* 34
- Presente y futuro de las insolvencias punibles, *por Alfonso Galán Muñoz* 54
- Las mujeres como víctimas de la denominada “violencia de género” y el Proyecto de Ley Orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, *por Pastora García Álvarez* 83
- La (supuesta) supresión de las faltas en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, *por Carmen López Peregrín* 102
- El ocaso de la pena de muerte en la Jurisdicción penal internacional. Un ejemplo para la abolición universal, *por Antonio Muñoz Aunión* 123
- La mujer en el umbral del delito, *por Miguel Ángel Núñez Paz* 131
- Algunas cuestiones en relación con la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad en los delincuentes peligrosos, habituales y reincidentes en el Proyecto de Modificación del Código Penal 2013, *por M.ª del Valle Sierra López* 149
- Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control, *por Javier de Vicente Remesal* 170
- El modelo chino para el tratamiento de los delitos de bagatela, *por Yu Wang* 204
- Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, *por Gerhard Werle y Boris Burghardt* 212

Jurisprudencia:

- La sentencia del caso *Prestige* (Sobre la responsabilidad de las autoridades españolas), *por Carlos Martínez-Buján Pérez* 224

Sistemas penales comparados: Delitos de bagatela (The *de minimis* doctrine in criminal cases) 242

In Memoriam:

- Winfried Hassemer y la ciencia del Derecho Penal, *por Francisco Muñoz Conde* 293

Bibliografía, *por Francisco Muñoz Conde y Manuel Jesús Dolz Lago* 299

Noticias: Declaración de Göttingen sobre policía e investigación en Brasil 307



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac. Univ. Valencia	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Elisa Hoven (Alemania)	Manuel Vidaurre Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Victor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Francesco Diamanti (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma?

Kai Ambos

Revista Penal, n.º 34. - Julio 2014

Ficha Técnica

Autor: Kai Ambos

Adscripción institucional: Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Juez del Tribunal Provincial (*Landgericht*) y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL).

Sumario: 1. Observaciones preliminares: Principales aspectos del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma y su necesaria delimitación. 2. La cuestión clave: ¿Qué tipo de contribución objetiva es requerida? 2.1. La naturaleza fáctica de la contribución. 2.2. La naturaleza normativa de la contribución. 3. Conclusiones.

Title: The ICC and Common Purpose: What Contribution is Required Under Article 25(3)(d)?

Abstract: Article 25(3)(d) has not yet been the object of much academic or jurisprudential debate, but the few authors who have attempted to make sense of the provision have had serious problems in doing so and have therefore fiercely criticized it. This paper will not deal with all the possible aspects and problems but will rather focus, after some general preliminary remarks, on the quality or nature of the contribution required by Article 25(3)(d) of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC). Some other issues of the provision are only dealt with insofar as they relate to the contribution issue.

Key Words: Participation ICC Statute; nature of contribution; normative theory of imputation; contribution to a collective crime.

Resumen: El artículo 25(3)d del Estatuto de Roma todavía no ha sido objeto de mayor debate académico ni jurisprudencial¹. Sin embargo, los pocos autores que han intentado darle sentido a esta disposición han tenido serios problemas al hacerlo, razón por la cual se ha hecho merecedora de fuertes críticas². El presente texto no pretende abarcar todos

1 Véase las referencias a la jurisprudencia pertinente al caso A Kiss, "La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional" InDret 14 (abril 2013) 1, pp. 3-4 disponible en <www.indret.com> consultado el 10 Agosto de 2013. Con un resumen de la jurisprudencia de Derecho Penal Internacional que se ocupa del encubrimiento y ocultamiento de delitos, incluidas las recientes decisiones de la Corte Penal Internacional sobre la materia y la naturaleza jurídica de este tipo de comportamientos, véase MG Kearney, "Any Other Contribution? Ascribing Liability for Cover-Ups of International Crimes" Criminal Law Forum (CLF), 24, 2013, p. 331-64.

2 Tal vez la crítica más radical ha sido la de JD Ohlin, "Joint Criminal Confusion", New Criminal Law Review (NCLR), 2009, 12 p. 406 argumentando que es "casi imposible pensar en una interpretación holística" [nearly impossible to devise a holistic interpretation] de la disposición y que por lo tanto debe ser revisada, en pp.406, 408, 410. También críticamente A Eser, "Individual Criminal Responsibility" en A Cassese et al. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 803; C Burchard, "Ancillary and neutral Business Contributions to "Corporate-Political Crime", Journal of International Criminal Justice (JICJ), 2010, 8 pp. 919, 942.

los problemas del artículo 25(3)(d); éste se concentrará, después de algunas observaciones preliminares, en la calidad o naturaleza de la contribución exigida por esta norma. Otros aspectos relacionados con el artículo 25(3)(d) solo serán tratados en la medida que sean relevantes para este problema.

Palabras clave: Participación Estatuto de Roma; naturaleza de la contribución; teoría normativa de imputación; contribución a un hecho colectivo

Observaciones: Publicado en inglés en *Stahn (ed.)*, *The Law and Practice of the ICC: A Critical Account of Challenges and Achievements*, Oxford: Oxford University Press, 2014, en proceso de publicación. Quiero agradecer a mi asistente de investigación Stefanie Kern por su importante apoyo. Traducción original de Carlos Augusto Gálvez Bermúdez, Bogotá, Colombia; revisión y correcciones por Gustavo Cote, LL.M. y doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); revisión intermedia y final por el autor. *Nota del traductor:* Se ha hecho traducción libre de las citas textuales en inglés, pero a pie de página se han mantenido entre corchetes la versiones originales.

Rec. 11-03-2014 Fav. 19-05-2014

1. Observaciones preliminares: Principales aspectos del artículo 25(3)(d) del Estatuto de Roma y su necesidad delimitación

El Art. 25(3)(d) constituye una copia casi literal de la disposición contenida en la Convención contra el Terrorismo de 1997³ y no tiene precedente en el derecho penal internacional ni en el derecho internacional consuetudinario⁴. Dicha disposición representa un compromiso que trata de combinar la fuerte oposición de las delegaciones estatales frente a cualquier tipo de responsabilidad anticipada, organizacional o colectiva, con la necesidad de tener una forma de participación individual en empresas criminales grupales, lo cual está en consonancia con los principios de legalidad y culpabilidad⁵.

Teniendo en cuenta la historia y la redacción del párrafo (d), es posible afirmar que dicha disposición no abarca ninguna forma de responsabilidad por conspiración —*conspiracy*— ni por la pertenencia a una organización. Con relación a la conspiración, se

debe decir, que al contrario de las disposiciones incluidas en los proyectos de códigos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) de 1991 y 1996, es evidente que el párrafo (d) del Estatuto de Roma requiere la *participación directa* en un delito de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), el cual debe ser cometido por lo menos en grado de tentativa⁶. A partir de una simple interpretación literal, es claro que el párrafo (d) no incluye ninguna forma anticipada de responsabilidad, excluyendo figuras como el caso clásico de conspiración, donde el solo acuerdo de voluntades⁷ para cometer un crimen es castigado, independientemente de su eventual ejecución⁸.

En cuanto a la responsabilidad penal por la mera pertenencia a una organización criminal o terrorista, es evidente que el texto del párrafo (d) no contempla este tipo de responsabilidad, sino que, por el contrario, requiere una *contribución concreta* a la ejecución del delito o al intento de ejecución. Los redactores del Estatuto claramente optaron por un modelo de respon-

3 Art. 2(3)(c) de la convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, UN Doc. A/RES/52/164 (1997), 2149 UNTS 256. Cf. Eser (n. 2) p. 802; véase también K Ambos, "Article 25" en O Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª edición, Beck, 2008, número marginal (mn.) 24.

4 G Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2ª edición, Asser Press, 2009, pp. 184; G Werle, *Völkerstrafrecht*, 3ª edición, Mohr Siebeck, 2012, p. 242.

5 Véase en general sobre estos principios en Derecho Penal Internacional (DPI) K Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, pp. 87 y ss.

6 Esto se desprende claramente de los trabajos preparativos [travaux préparatoires], véase P Saland, "International Criminal Law Principles" en RS Lee (ed.), *The ICC. The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer International Law, 1999, pp. 199 y ss. El diplomático sueco Per Saland fue presidente del Grupo de Trabajo 3 sobre Principios Generales durante la Conferencia de Roma; este autor fue miembro de ese grupo de trabajo como parte de la delegación Alemana.

7 [Meeting of minds]

8 Véase Eser (n. 3) p. 802 y Ambos (n. 3) p. 24.

sabilidad *individual*, es decir, un modelo de imputación en el que la *contribución individual* al resultado criminal es el *requisito indispensable* de cualquier tipo de responsabilidad penal. De hecho, los redactores del Estatuto de Roma no siguieron lo dispuesto en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para Nuremberg (TMIN)⁹, en el que se establecía la pertenencia a una organización como fundamento de la responsabilidad penal. Esta norma fue utilizada para criminalizar las conductas de miembros de la SS y otras instituciones nazis declaradas criminales por el TMIN y no reflejaba el derecho internacional consuetudinario de la época ni creó las bases para el desarrollo posterior de una norma semejante¹⁰. Si bien los ordenamientos nacionales normalmente contemplan figuras para este tipo de responsabilidad por asociación¹¹, el derecho penal internacional moderno, representado por el Estatuto de Roma, no lo hace por respeto al principio de culpabilidad. De la interpretación literal del artículo 25(3)(d)

se deduce entonces, que “cualquier persona” (numeral 3) que contribuye al crimen de un grupo incurre en responsabilidad penal. Esa persona no debe necesariamente pertenecer al grupo; de hecho la no pertenencia al grupo u organización no excluye la responsabilidad. De este modo, tanto miembros como no miembros del grupo respectivo pueden incurrir en responsabilidad penal, si realizan la contribución requerida y si cumplen con los demás requisitos¹².

La responsabilidad con base en la *empresa criminal conjunta* (ECC) únicamente puede ser comparada con el párrafo (d) con relación al elemento del propósito común. Con relación a este tema, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, al igual que la Sala de Primera Instancia en el caso Katanga han estado en lo correcto¹³. Sin embargo, el párrafo (d) no refleja completamente una forma de responsabilidad basada en el propósito común¹⁴, la cual le da prevalencia al elemento colectivo (propósito común) sobre el individual

9 Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg (reimpreso en el American Journal of International Law (AJIL), 39, 1945, Sup. 259). El Art. 10 dice: “In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned.” (énfasis fuera del texto). El Estatuto del Tribunal Internacional para el Lejano Oriente (reimpreso en N Boister and R Cryer (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, 2008, pp. 7-11) no contiene dicha prohibición.

10 Cf. K Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2nd edn, Duncker & Humblot 2004) pp. 103; A Cassese, *International Criminal Law*, 2ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 34.

11 Véase por ejemplo el Art. 278 del Código Penal de Austria; ss. 129, 129a del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*); s 11 UK Terrorism Act, disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents>> consultado el 29 de agosto del 2013; Art. 416 del Código Penal Italiano (“Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l’associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all’associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni.”); Art. 68(a) del Código Penal de Botswana (“Any person who is a member of an unlawful society is guilty of an offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding seven years”); y el Art. 288 del Código Penal Brasileño (“Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos”; véase la interpretación dominante de los Arts. 250 a 359-H en LR Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 3, Parte Especial, 6ª edición, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 189-90: “Não é necessário que a quadrilha ou bando tenha cometido algum delito para que o delito se concretise; pune-se o simples fato de se figurar como integrante da associação.”; véase también el Art. 2 de la reciente ley Brasileña No. 12.850 del 2 de agosto de 2013, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> consultado el 29 agosto 2013).

12 Véase también *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 272 ff (275) (16 de diciembre del 2011); *Prosecutor v. Germain Katanga*, No. ICC-01/04-01/07-3436, Trial Chamber Judgment, párr. 1631 (“...que l’accusé appartient au groupe ... ne constitue pas un élément déterminant ...”) (7 de marzo del 2014); En el mismo sentido y con una interesante discusión Ohlin (n. 2) pp. 410-16; también Kiss (n. 1) p. 26 y ss. (enfocado en una interpretación literal); previamente Ambos (n. 5), p. 168.

13 *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 335: “... closely akin to the concept of joint criminal enterprise or the common purpose doctrine adopted by the jurisprudence of the ICTY ...” (29 enero 2007); *Katanga* (n. 12), párr. 1625 (refiriéndose al criterio desarrollado por el TPIY, en particular sobre el mismo “propósito común”). Con una estructura similar véase Ohlin (n. 2), pp. 408-9 “teorías alternativas para establecer complicidad en criminalidad colectiva” [alternative theories for establishing complicity in collective criminality].

14 Como se sugirió erróneamente por la Fiscalía en el Caso *Mbarushimana*, cf. Ms. Solano, Transcript, ICC-01/04-01/10-T-7-Red-ENG WT 19-09-2011 1-86 NB PT, 42 line 12; véase también ibid, 33 línea 18. 35 línea 11 a 38 línea 15. Véase también AK Heyer, *Grund und Grenze der Beihilfestrafbarkeit im Völkerstrafrecht*, Institute for International Peace and Security Law, 2013, p. 452, 513 explicando convincentemente, que mientras que el propósito común del párrafo (d) se refiere al acto colectivo (Gesamttat) que llevará a cabo el grupo, el propósito común de la ECC se refiere al objetivo común de las personas que forman parte de la empresa criminal.

(contribución individual)¹⁵. De hecho, como se dijo previamente, en el contexto del párrafo (d) es requerida una contribución individual concreta, razón por la cual este párrafo contempla una forma de asistencia en la comisión de un crimen de grupo¹⁶. Adicionalmente, el elemento subjetivo de la ECC, especialmente en su forma extendida o ECC III, es también diferente al exigido por el párrafo (d)¹⁷.

Para finalizar estas observaciones preliminares se deben hacer algunas reflexiones sobre los principales *elementos* que permiten *delimitar* el párrafo (d) de los párrafos (a) y (c) del artículo 25(3). En el párrafo (a) se incluye la coautoría como forma relevante de perpetración. En este caso, los elementos objetivos que exige esta disposición permiten diferenciar esta forma de responsabilidad de lo dispuesto en el párrafo (d): Mientras que la coautoría requiere dominio (conjunto) del hecho, lo que supone la capacidad para frustrar la comisión cuando alguno de los autores omite su aporte¹⁸, en el párrafo (d) no se evidencia un estándar ob-

jetivo tan alto, por lo que sirve de modelo residual de responsabilidad, como una especie de complicidad, en la que la influencia de los partícipes es insuficiente para frustrar la comisión del crimen¹⁹.

Las diferencias con la complicidad prevista en el párrafo (c) —*aiding and abetting*— son más complicadas de tratar. La diferencia más obvia entre estas formas de responsabilidad accesoria es la relativa al elemento subjetivo, ya que el párrafo (c) exige que la contribución se realice con el *propósito de facilitar* la comisión de un crimen. Es decir que se requiere más que una intención general, a diferencia de lo que ocurre con el párrafo (d)²⁰. En el plano objetivo, el párrafo (d) hace referencia a “la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. Al mencionar una finalidad común (del grupo) el párrafo (d) marca entonces una diferencia importante con el párrafo (c), el cual tiene un enfoque exclusivamente individual²¹. De hecho, es justo decir que si bien el párrafo (c) criminaliza

15 En el mismo sentido *Katanga* (n. 12), párr. 1619 argumentando que en virtud del artículo 25(3)(d) el acusado sólo es responsable por los crímenes a los que él contribuyó (“...uniquement des crimes à la commission desquels il aura contribué”), y no por todos los realizados por la ECC.

16 Cf. Ambos, (n. 3) mn. 45; conc. L Yaneva and T Kooijmans, “Divided minds in the Lubanga Trial Judgement: A case against the joint control theory”, *International Criminal Law Review* (ICLR) 2013, 13, p. 789, 802.

17 Para analizar la discusión al respecto véase K Ambos, “Joint criminal enterprise and command responsibility”, *JICJ* 5 (2007), p. 159, 173; id. (n. 5) p. 172-4; Ohlin (n. 2) 414-15 quien también está de acuerdo con que la ECC no cabe en el párrafo (d). Véase también Heyer (n. 14) p. 125 y ss.

18 Para más detalles véase Ambos (n. 5) p. 15 y ss. La subyacente teoría del dominio del hecho, recientemente ha sido objeto de una excelente crítica de carácter moderado, véase JD Ohlin, E v. Slidregt and T Weigend, “Assessing the control theory”, (2013) 26 *LJIL* p. 725 (debatiendo respecto de la coautoría, a favor de un concepto mixto objetivo-subjetivo que tenga en cuenta distintos factores, en 730-4); menos convincente Yaneva and T Kooijmans (n. 15), p. 789 y ss. (al final termina defendiendo un enfoque subjetivo —propósito común, en p. 827—). En cualquier caso la teoría del dominio del hecho puede ser considerada como la posición mayoritariamente dominante en la jurisprudencia tras la reciente reiteración en *Katanga* (n. 12), párr. 1382, 1393 y ss.; con opinión disidente de carácter minoritario la Juez Van Den Wyngaert, párr. 279-81. La posición mayoritaria, en los párrafos 1393-5, la consideran objetiva y subjetiva al mismo tiempo, lo cual constituye “seul critère ... pour permettre de distinguer entre les auteurs d'un crime et les complices”, encuadrando perfectamente en el Artículo 25(3) (“le plus conforme à l'article 25”) y haciendo una distinción entre las diferentes formas de participación posibles (“rendre opérationnelle la distinction entre les auteurs d'un crime et les complices”); por esa razón la Sala reiteró la aplicación de esa teoría (párr. 1382 “[...] il n'y a pas lieu de s'écarter de l'interprétation ... fondée sur la théorie du contrôle sur le crime”], párr. 1396 “[...] entend donc retenir le critère du contrôle”]). La Sala aplicó esta teoría para definir a los autores (“auteurs”) como las personas “qui ont un contrôle sur la commission dudit crime et qui ont connaissance des circonstances de fait leur permettant d'exercer ce contrôle” (párr. 1396) y al autor mediato (“auteur indirect”) como “celui qui a le pouvoir de décider si et comment le crime sera commis dans la mesure où c'est lui qui en détermine la perpétration” [ibid., el énfasis del original fue omitido] mientras que el cómplice (“cômplice”) “n'exerce pas un tel contrôle” (ibid.).

19 Para este acertado punto de vista, véase *Lubanga* (n. 12) párr. 337; véase también *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges, párr. 354 (with respect to Joshua Arap Sang) (23 de enero del 2012); en el mismo sentido *Katanga* (n. 12), párr. 1618 (“complicité résiduel”), 1633 (“...crime ne doit pas nécessairement dépendre de cette contribution ni même être conditionnée par celle-ci”).

20 Véase H Vest, “Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law”, *JICJ*, 2010, 8 pp. 851, quien (también) refiere el párrafo (d) como una “rescue clause” con relación al párrafo (c). Véase también *Lubanga* (n. 13) párr. 337 y Ambos (n. 3) mn. 26 y 45.

21 Es motivo de controversia el considerar si el propósito común del grupo también puede ser *per se* lícito pero el grupo utiliza medios ilícitos para conseguir su objeto final (en este sentido *Katanga* (n. 12), párr. 1627 “[...] groupe ne doit pas non plus poursuivre un objectif uniquement criminel pas plus qu'il n'est exigé que son objectif final soit criminel...”) o si el propósito común debe ser exclusiva o predominantemente criminal (en este sentido Van den Wynagaert (n. 12), párr. 286 “[...] criminal component ... inherent part of the common plan

la asistencia o ayuda individual a actos individuales o específicos, el párrafo (d) se refiere a la asistencia individual a un crimen colectivo en el sentido de un hecho global (*collective or global act, Gesamttat*)²². Esto llevó a que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en *Furundzija* confirmara la distinción entre las conductas previstas en el párrafo (c) (facilitar, encubrir o colaborar) y la participación en un plan criminal común como: “dos categorías separadas de responsabilidad para la participación criminal”²³. Esto, por supuesto, plantea la cuestión de si la contribución individual que es requerida en ambas disposiciones debe ser entendida de forma idéntica. Esta es justamente la cuestión que se trata en este texto: El párrafo (d) exige, al menos, una contribución (*contributes*) a la comisión (como mínimo en grado de tentativa) colectiva del crimen²⁴. Además, esa contribución debe ser intencional. De esta forma, un nexo doble, objetivo-subjetivo, debe conectar la contribución con el resultado delictivo. Pero, ¿qué clase de contribución objetiva se requiere exactamente?²⁵.

2. La cuestión clave: ¿Qué tipo de contribución objetiva es requerida?

En cuanto a la definición del término “contribución” en el contexto del párrafo (d) se deben distinguir dos cuestiones. En primer lugar, la *naturaleza fáctica* de dicha contribución con relación a su relevancia/impac-

to en el crimen principal y, en segundo lugar, su *naturaleza jurídica* (su legalidad o ilegalidad). Por razones metodológicas, estas dos problemáticas se discutirán por separado.

2.1. La naturaleza fáctica de la contribución

La naturaleza fáctica de la contribución ha sido objeto de recientes discusiones en la jurisprudencia. La CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, trató a fondo por primera vez el párrafo (d) en el Caso *Mbarushimana*²⁶ y lo comparó con la figura estructuralmente similar de la ECC. Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares I admitió que éstos son dos modelos de responsabilidad distintos, el hecho de que ambos se centren en formas de criminalidad grupal, fue suficiente para que la Sala considerara que se debe aplicar el mismo estándar de la ECC al párrafo (d), es decir que la contribución debe ser siempre significativa²⁷. La Sala argumentó que no puede ser cualquier tipo de contribución, por lo que empleó el estándar (contribución) “significativa”²⁸ como umbral mínimo de gravedad, “por debajo del cual no se genera responsabilidad”²⁹. Como resultado, la contribución debe “ser al menos significativa”³⁰. En cuanto al análisis concreto de una contribución como “significativa”, la Sala de Cuestiones Preliminares propuso un análisis caso por caso de la conducta, el cual se debe realizar teniendo en cuenta el contexto en el que ésta tuvo lugar, con base en distintos factores³¹. En

...”). Esto nos recuerda una discusión similar respecto del elemento de “plan común” del Artículo 25(3)(a) 2da alternativa, cf. Ambos (n. 5) p. 152.

22 En el mismo sentido Cassese (n. 10) p. 213; véase recientemente también a Heyer (n. 14) pp. 451, 453 (quien considera estos actos colectivos como condiciones objetivas de punibilidad); con las mismas conclusiones Yaneva and T Kooijmans (n. 15), p. 802.

23 [Two separate categories of liability for criminal participation]; *Prosecutor v. Furundzija*, IT-95-17/1-T, Trial Judgement, párr. 216, 249 (10 diciembre de 1998).

24 De conformidad con una lectura literal del párrafo (d), la contribución va dirigida a la comisión (tentativa), y no directamente al crimen (de forma ambigua *Mbarushimana* (n. 12) párr. 285: contribuciones a la del crimen consumados o tentados; inconsistentemente *Katanga* (n. 12), por un lado refiere a la comisión [por ejemplo párr. 1632] y por otro directamente al crimen [por ejemplo párr. 1635]). Como consecuencia no debe existir un nexo causal entre la contribución y el crimen (cf. Kiss (n. 1) pp. 14, 31).

25 Respecto de los demás requisitos (subjetivos) del artículo 25(3)(d) véase Ambos (n. 5) pp. 168-169 y ahora *Katanga* (n. 12), párr. 1637 y ss. Si se argumenta que la intención requerida solamente se refiere al acto de contribuir como tal, y no a la comisión (tentativa) del crimen, ese crimen (tentativa) se convierte en un condición objetiva de punibilidad (“*objektive Bedingung der Strafbarkeit*”) que no necesitaría ser objeto del elemento subjetivo (cf. Burchard (n. 2) p. 943). Crit. Heyer (n. 14) p. 123 quien, sin embargo, como ya se ha dicho (n. 20), clasifica el crimen colectivo (*Gesamttat*) por sí mismo como una condición objetiva (p. 452).

26 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 268 ss.

27 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 280-82.

28 [Significance]

29 [Below which responsibility (...) does not arise]; *Mbarushimana* (n. 12) para. 283. Respecto de este estándar en relación con la ECC, recientemente RC DeFalco “Contextualizing *Actus Reus* under Article 25(3)(d) of the ICC Statute” JICJ, 2013, 5, pp. 715, 718 y ss. (poco claro al hablar de “la inherente naturaleza contextual de la palabra ‘significante’” “[inherently contextual nature of the word ‘significant’]”, p. 721).

30 [“Be at least significant”]; *ibid*; también párr. 285: “la persona debe aportar una contribución significativa (...)”.

31 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 284: “(i) the sustained nature of the participation after acquiring knowledge of the criminality of the group’s common purpose, (ii) any efforts made to prevent criminal activity or to impede the efficient functioning of the group’s crimes, (iii)

este caso, la Sala de Cuestiones Preliminares I —con voto disidente del Juez Monageng—³² sostuvo que los actos del acusado no representaban aportes significativos respecto de los crímenes atribuidos al *Forces Démocratiques de la Libération du Rwanda* (FDLR) en la República Democrática del Congo (RDC)³³. Estos actos consistían básicamente en las notas de prensa y la dirección de campañas en los medios de Francia, realizados por el procesado en su ejercicio como secretario general de las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR).

En el caso contra Katanga la sala de Primera Instancia adoptó esencialmente el mismo enfoque que la Sala de Cuestiones Preliminares en Mbarushimana. Aquella también exigió una “contribución significativa”, la cual debe ser analizada “crimen por crimen”³⁴ de acuerdo a las particularidades de cada caso³⁵. Según la Sala de Primera Instancia, una contribución es “significativa” si influye en la comisión del delito, es decir, en su consumación y forma de perpetración³⁶, aunque el crimen no dependa de la contribución o esté condicionado por ella³⁷. La contribución puede ayudar entonces a los autores u otros partícipes en un sentido objetivo o subjetivo³⁸. Sin embargo, no se necesita un “vínculo directo”³⁹ entre la conducta del cómplice, es decir la contribución, y la conducta (principal) de los autores materiales del delito⁴⁰ ni de una proximidad espacial entre el cómplice y el crimen⁴¹.

Con base en estos pronunciamientos es posible afirmar, que no solamente la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Mbarushimana, sino también la Sala de Primera Instancia en el caso Katanga, impulsados por un enfoque liberal basado en la culpabilidad, han tratado de evitar una interpretación excesivamente amplia del elemento “contribución” del artículo 25(3) (d). Sin embargo, no es claro si esto pone a este requerimiento en el mismo nivel que la contribución sustancial requerida en el contexto del párrafo (c). Por un lado, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Mbarushimana afirma con relación a los párrafos (b) y (c) “que pueden comprender una contribución sustancial al crimen”⁴²; mientras que, por otro lado, se sugiere implícitamente que el estándar según el cual la contribución debe ser significativa es menor que el de la contribución sustancial⁴³.

En contraste, la Sala de Cuestiones Preliminares II en Kenia, en relación con Joshua Arap Sang, sostuvo explícitamente que “el párrafo (d) se satisface con menos que una contribución sustancial”⁴⁴. Esta interpretación se justificó con el carácter residual —*‘catch all’ carácter*— del párrafo (d) y con la expresión “de algún otro modo” incluida en esta disposición⁴⁵. En este caso, la Sala confirmó los cargos contra Sang por la difusión de mensajes de odio y noticias falsas a través de Kass FM, una emisora de radio regional, lo cual empeoraba la atmósfera de violencia⁴⁶.

whether the person creates or merely executes the criminal plan, (iv) the position of the suspect in the group or relative to the group and (v) perhaps most importantly, the role the suspect played vis-à-vis the seriousness and scope of the crimes committed”.

32 *Mbarushimana* (n. 12), opinión disidente del Juez Monageng, párr. 39 y ss. (argumentando que los crímenes cometidos por los soldados de la FDLR pueden ser imputados al círculo de líderes, incluyendo a Mbarushimana, paras 56ff, 65ff, quien contribuyó en los crímenes de los soldados “by encouraging them to stay in their ranks, continue the military efforts and remain faithful to the FDLR’s goal ...”, párr. 101, 134-35).

33 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 303, 315, 320, 339.

34 [Crime para crime]; *Katanga* (n. 12), párr. 1632.

35 *Katanga* (n. 12), párr. 1634.

36 *Katanga* (n. 12), párr. 1632 (“... de nature à influencer sur la commission du crime ...”) y 1633 (“... influé soit sur la survenance du crime soit sur la manière dont il a été commis, soit sur les deux”).

37 *Katanga* (n. 12), párr. 1633 (“... ne doit pas nécessairement dépendre de cette contribution ni même être conditionnée par celle-ci”).

38 *Katanga* (n. 12), párr. 1635 (“... apportée à une personne qui soit ou non auteur du crime...”, “... reliée soit aux éléments matériels des crimes (...) soit à leurs éléments subjectifs”).

39 [Direct link]

40 *Katanga* (n. 12), párr. 1635 (“... il n’est pas nécessaire d’établir un lien direct entre le comportement du complice et celui de l’auteur matériel”).

41 *Katanga* (n. 12), párr. 1636 (“... proximité avec le crime n’est pas un critère pertinent”).

42 [That a substantial contribution to the crime may be contemplated]; *Mbarushimana* (n. 12) párr. 279.

43 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 282 (discutiendo la ECC y sosteniendo que dicha figura exige “un estándar más bajo que el de instigar, planear y cooperar...” [“a lower threshold of contribution than aiding and abetting...”]).

44 [Subparagraph (d) is satisfied by a less than “substantial” contribution]; *Ruto, Kosgey and Sang* (n. 19) párr. 350 ss., 354 (quoting this author in n. 560 in support of this restrictive view held in Triffterer (n. 3) mn. 25).

45 *Ruto, Kosgey and Sang* (n. 19) párr. 354.

46 *Ibid.*, (n. 19) párr. 355.

La mayoría de la Sala de Apelaciones rechazó la apelación de la Fiscalía contra la falta de confirmación de cargos, pero no dijo nada sobre la naturaleza de la contribución, aduciendo razones de procedimiento⁴⁷. Sin embargo, en un voto particular, la juez argentina Fernández de Gurmendi cuestionó la exigencia de una contribución significativa, con el argumento de que dicho estándar implica una diferencia con relación a la evidencia adicional que puede ser llevada por el Fiscal en virtud del artículo 61(8) del Estatuto⁴⁸. Con relación al tema objeto de análisis, ella argumentó que la expresión “de algún otro modo” implica que “no debe haber un umbral mínimo o nivel de contribución”⁴⁹. Además, afirmó que la referencia de la Sala de Cuestiones Preliminares al umbral de gravedad del artículo 17(1)(d) estaba fuera de lugar, debido a que este aspecto sólo es relevante en relación con el procedimiento de admisibilidad⁵⁰, de forma similar sostuvo, que la comparación con la ECC era irrelevante, ya que dicha figura no tiene ninguna base en el Estatuto de la CPI⁵¹. Por último, la juez no vio la inclusión del adjetivo “significativa” como una solución a los problemas planteados por las llamadas “contribuciones neutrales”, es decir, aquellas contribuciones que se podrían hacer por cada propietario, tendero, proveedor de servicios, secretaria, portero o incluso cada contribuyen-

te de impuestos, que de una manera u otra puede contribuir causalmente a un crimen de grupo⁵². Más adelante se volverá sobre esta cuestión.

En resumen, es posible afirmar que no hay acuerdo sobre la relación jerárquica entre las formas de participación previstas en el artículo 25(3), incluyendo los párrafos (c) y (d)⁵³, ni respecto al grado o quantum de la contribución requerida por el literal (d). En cuanto a la última cuestión se tienen tres posibilidades: una contribución sustancial en el sentido del párrafo (c), una contribución “significativa”, o una contribución menor a una contribución sustancial/significativa⁵⁴. Estas tres posibilidades, sin embargo, se basan en dos supuestos que requieren mayor atención. En primer lugar se asume que la asistencia o ayuda ordinaria en el sentido del párrafo (c) requiere de una contribución “sustancial”⁵⁵. Esto parece plausible, ya que los principios de culpabilidad y de *ultima ratio* (de mínima intervención del derecho penal)⁵⁶ exigen un umbral mínimo para incurrir en responsabilidad penal internacional⁵⁷. Esta interpretación se desprende también del análisis de los borradores de la CDI y de la consolidada jurisprudencia de los Tribunales Ad-Hoc, en la que se ha definido la participación prevista en el artículo 25(3) (c) —*aiding and abetting*— a través del estándar (con-

47 *Prosecutor v. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I del 16 diciembre de 2011, párr. 65-69 (argumentando que incluso si la Sala de Cuestiones Preliminares se hubiese equivocado respecto a la importancia de la contribución, esto no habría afectado materialmente la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, puesto que el elemento del grupo del Art. 25(3)(d) no era claro y puesto que el Sr. Mbarushimana no contribuyó en absoluto a los presuntos delitos, y, por lo tanto, entrar a ese punto llevaría a “una discusión puramente académica” [a purely academic discussion]) (30 de mayo del 2012).

48 *Mbarushimana* (n. 47), con opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 5-15, p. 5.

49 [There should not be a minimum threshold or level of contribution]; *ibid.*, párr. 8-9.

50 *Ibid.*, párr. 10; véase también Kiss (n. 1) pp. 15-16.

51 *Ibid.*, párr. 14; en un sentido similar Kiss (n. 1) pp. 18.

52 *Ibid.*, párr. 11-12.

53 En favor de una jerarquía *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber Judgment, párr. 996 y ss. (14 de marzo del 2012); *Mbarushimana* (n. 12) párr. 279; *Ruto, Kosgey and Sang* (n. 18) párr. 354; en el mismo sentido Werle (n. 4), mn. 449; Kiss (n. 1) p. 16; *contra Lubanga*, *ibid.*, opinión separada del Juez Fulford, párr. 8 ss.; *Prosecutor v. Ngudjolo*, No. ICC-01/04-02/12-3, Judgment, opinión concurrente del Juez Van den Wyngaert, paras. 22 y ss. (18 de diciembre del 2012); *Katanga* (n. 12), párr. 1386 con nota. 3185 (Distinguir entre las distintas formas de participación del Artículo 25(3) y su jerarquía basada en el valor y la culpa entre esas distintas formas de participación, lo cual es rechazado en distintas oraciones: “la distinction proposée entre la responsabilité de l’auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une ‘hiérarchie de culpabilité’ pas plus qu’elle n’édicte, même implicitement, une échelle des peines”. [nota omitida]); críticamente también Ohlin, van Sliedregt and Weigend (n. 17) p. 740 y ss. Para ver la estructura general del Artículo 25 (3) Ambos (n. 5) 145 y ss.

54 Esta última postura no necesita de ninguna calificación de la contribución y tendría que extraer un umbral mínimo a partir del término “contribución” en sí mismo, en este sentido Kiss (n. 1) 15 y ss.

55 Véase previamente Ambos (n. 3) mn. 17-18; véase también W Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, 434 y ss.

56 Respecto al principio de *ultima ratio* como límite de criminalización de contribuciones empresariales, de carácter “auxiliar o neutral” [ancillary and neutral] a los denominados *core crimes* Burchard (n. 2) pp. 933-34.

57 Esto se puede controvertir, ya que es posible afirmar que el principio de *ultima ratio* no afecta el umbral de la ilicitud ni, por consiguiente, el umbral mínimo para la contribución, puesto que sólo puede tener un impacto real en la sentencia definitiva.

tribución) “sustancial”. En este contexto, una contribución se considera sustancial, “si el hecho criminal probablemente no hubiera ocurrido de la misma manera si alguien no hubiera actuado como de hecho lo hizo el sospechoso”⁵⁸.

El segundo supuesto se refiere al sentido del estándar de la contribución significativa y, por lo tanto, conduce al núcleo del tema aquí tratado. Curiosamente la jurisprudencia no se ha referido a la relación entre los estándares “sustancial” y “significativa”, aparte de asociar, de forma un tanto estereotipada, el primero con la contribución de los partícipes a los autores —*aiding and abetting*— y el segundo con la contribución en una ECC⁵⁹. Como se ha señalado, la Sala de Cuestiones Preliminares en *Mbarushimana*, al referirse al carácter “significativo” de la contribución con relación a la ECC, únicamente sugirió de manera implícita que dicho estándar exigía una contribución menor que el estándar “sustancial”, al decir que aquél requería “un umbral más bajo que el de la contribución al facilitar, encubrir o colaborar...”⁶⁰. Pero, ¿existe una diferencia relevante entre estos dos estándares? De hecho, en lugar de discutir sobre una posible diferencia, la CDI y la jurisprudencia de los Tribunales Ad-Hoc han acudido reiteradamente al calificativo “significativo” para definir

el estándar “sustancial”. De este modo, el artículo 2(3) (d) del Proyecto de Código de la CDI de 1996 requiere (respecto a la complicidad —*aiding and abetting*—) que cualquier contribución sea “directa y sustancial”; más aun, se ha afirmado que la contribución respectiva debe facilitar la comisión de un crimen en “una manera significativa”⁶¹. El TPIY adoptó estos mismos criterios en *Tadić*⁶² y en varias decisiones el Tribunal ha utilizado el término “significativo” para definir el término “sustancial”⁶³. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) ha adoptado el mismo enfoque⁶⁴. Finalmente, mientras en la Sentencia del caso Katanga la Sala de Primera Instancia de la CPI no se ha referido explícitamente al adjetivo “sustancial”, su definición de “significativo”, en el sentido de tener influencia en la comisión del crimen, no es muy distinta del estándar (contribución) “sustancial” de la jurisprudencia de los demás tribunales⁶⁵.

En este contexto, es razonable suponer que no hay ninguna diferencia —o por lo menos no una diferencia importante(!)— entre los estándares “sustancial” y “significativo”. Lo que es claro en la jurisprudencia, sin embargo, es que las contribuciones mínimas —llamadas “infinitesimales” por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Mbarushimana*⁶⁶— deben es-

58 [If the criminal act most probably would not have occurred in the same way had not someone acted in the role that the suspect in fact assumed]; *Prosecutor v. Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and Judgment, párr. 688 (7 de mayo de 1997) [“if the criminal act most probably would not have occurred in the same way had not someone acted in the role that the suspect in fact assumed”]; para más jurisprudencia sobre el tema Ambos (n. 5) p. 128 y ss.

59 Véase solamente *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 102 (25 de febrero del 2004); *Prosecutor v. Gotovina and Markač*, IT-06-90-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 149 (16 de noviembre del 2012); *Prosecutor v. Stanišić and Simatović*, IT-03-69-T, Judgment, párr. 1258, 1261 (30 de mayo del 2013); *Prosecutor v. Simba*, ICTR-01-76-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 303 (27 de noviembre del 2007); *Prosecutor v. Zigiranyirazo*, ICTR-01-73-T, Judgment, párr. 383 (18 de diciembre del 2008); *Prosecutor v. Mpambara*, ICTR-01-65-T, Judgment, párr. 17 (11 de septiembre del 2006).

60 [A lower threshold of contribution than aiding and abetting...]; *Mbarushimana*, como se cita en n. 33.

61 ILC, 1996 *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, Yearbook of the International Law Commission 1996, vol. 2 (pt. 2), 24 (para. 10).

62 n. 58.

63 Véase por ejemplo *Furundžija* (n. 23) párr. 217 y ss., 233-34 (“The suggestion made in the ... cases is ... that the acts of the accomplice make a *significant* difference...” [233]; “The position under customary international law seems therefore to be ... that the assistance must have a *substantial* effect ...” [234] [se añadió la cursiva]); *Prosecutor v. Blagojević & Jokić*, IT-02-60-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 195, 199 (9 de mayo del 2007); *Prosecutor v. Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Judgment, párr. 61, 65 (25 de junio de 1999); *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-T, Judgment, párr. 88, 89 (15 de marzo del 2002); *Prosecutor v. Vasiljević*, IT-98-32-T, Judgment, párr. 70 (29 de noviembre del 2002).

64 *Prosecutor v. Seromba*, ICTR-2001-66-I, Judgment, párr. 307-8 (13 de diciembre del 2006) (con respeto al observador que aprueba el hecho); en el mismo sentido *Prosecutor v. Bisengimana*, ICTR 00-60-T, Judgment, párr. 33, 34 (13 April 2006). Con relación a la Corte Especial para Sierra Leona (SCSL) ver *Prosecutor v. Sesay et al*, SCSL-04-15-T, Judgment, párr. 268, 2115 (2 de marzo del 2009); véase también *Prosecutor v. Sesay et al*, SCSL-04-15-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 687-88 (26 de octubre del 2009) [“An accused’s ‘significant’ contribution may denote a lesser degree of impact on the crime than ‘substantial’ contribution”, 688, cita de pie de página omitida].

65 Comparar la definición dada en n. 57 con el texto principal.

66 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 277: “Without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed”.

tar exentas de responsabilidad penal a pesar de poder ser subsumidas en los párrafos (c) o (d). Incluso la Juez Fernández de Gurmendi, si bien rechaza el estándar “significativo”, no busca subsumir *cualquier* contribución —sin importar lo pequeña que sea— bajo el párrafo (d). De hecho, ella no pasa por alto la cuestión de las contribuciones “infinitesimales”, pero la aborda como un problema (normativo) de la naturaleza jurídica de la contribución, es decir, “mediante el análisis de los nexos normativos y causales entre las contribuciones y el crimen”⁶⁷. Sobre este punto se volverá más adelante. Por lo tanto, la única pregunta que queda es si debe haber una diferencia entre los párrafos (c) y (d) en relación con el *quantum* de la contribución o si en este punto estas dos disposiciones deben ser tratadas de la misma manera. Hablando más concretamente, si para el párrafo (c) es requerida una contribución “sustancial” —o dado el caso “significativa”— (que como se dijo, esta equiparación parece estar más allá de toda duda razonable), ¿se debe aplicar este estándar también al párrafo (d), dejando de lado las otras diferencias entre estos dos párra-

fos, especialmente las relacionadas con los requisitos subjetivos? o ¿debe ser requerida una contribución menor a la sustancial/significativa?

En otras oportunidades he sostenido que la expresión “de algún otro modo” supone el estándar objetivo más bajo entre las formas de atribución de responsabilidad previstas en el artículo 25⁶⁸, lo cual implica un estándar menor para el párrafo (d). De hecho, soy consciente que esta posición ha sido interpretada por otros autores en este mismo sentido⁶⁹. Sin embargo, tras reflexionar sobre ello, debo confesar que no veo una razón normativa que sea convincente para seguir defendiendo este punto de vista⁷⁰. Específicamente, ya no estoy convencido de que tal distinción puede basarse en la expresión “de algún otro modo” del párrafo (d), por el simple hecho de que el párrafo (c) utiliza un lenguaje muy similar (“*otherwise assists*”), el cual es prácticamente idéntico en la versión española (“algún modo” y “algún otro modo”)⁷¹. Aparte de eso, se puede argumentar convincentemente, como lo ha hecho la defensa de Ruto, que el término “algún” solo se refiere al tipo, pero no al grado de la contribución⁷². Igualmente, estoy poco con-

67 [By analysing the normative and causal links between the contribution and the crime]; *Mbarushimana* (n. 47), opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 12 [“by analysing the normative and causal links between the contribution and the crime”]; en el mismo sentido Kiss (n. 1) p. 19 (“establecer si existe un vínculo normativo entre la conducta y el resultado que permita verificar la tipicidad de la contribución”). DeFalco (n. 29) p. 728 y ss. no logra comprender la naturaleza predominantemente normativo del criterio propuesto por Fernández de Gurmendi cuando afirma que parece “sustancialmente lo mismo” [substantially the same] que el estándar de significancia. La distinción sólo puede ser comprendida mediante la distinción entre la naturaleza fáctica y jurídica de la contribución que se propone aquí. Además, si bien es correcto afirmar que ninguno de los enfoques es “textualmente justificado” [textually warranted] por el párrafo (d) (DeFalco, p. 733), esto no responde a la cuestión de fondo sobre la naturaleza de la contribución, de hecho, solamente muestra que una mera interpretación literal de las normas de derecho penal rara vez produce resultados normativamente convincentes (véase mi crítica previa a la opinión disidente del Juez Fullford en la sentencia de juicio del Caso Lubanga, Ambos, “The first judgment of the ICC (*Prosecutor v. Lubanga*): A comprehensive analysis of the legal issues” ICLR, 2012, 12, pp. 115, 143-4).

68 Ambos (n. 3) mn. 25

69 Véase *Ruto, Kosgey and Sang* (n. 19). Véase en el mismo sentido Eser (n. 2) p. 802 y ss.; H Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6ª edición, Nomos 2013, § 15 mn. 63; E van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Asser Press, 2003, p. 107; Werle, *Principles* (n. 4) 184 y de forma idéntica, *Völkerstrafrecht* (n. 4) p. 242 calificándolo como el menor grado de responsabilidad. También S. Manacorda and C. Meloni, “Indirect Perpetration Versus Joint Criminal Enterprise - Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” JICJ, 2011, 9, p. 159, 176 refiriendo al “más bajo nivel de responsabilidad” [lowest degree of responsibility].

70 Con una postura similar H. Vest, *Völkerrechtsverbrecher Verfolgen: ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Stämpfli y otros, 2011, pp. 349 quien argumenta que el párrafo (d), maneja un estándar *subjetivo* menor comparado con el párrafo (c), incluso podría incluir contribuciones que puede llegar, en el sentido *objetivo*, a ser más graves que las que subsume el párrafo (c). Aparentemente también en contra de tal limitación al artículo 25(3)(d) MG Kearney (n. 1) pp. 367-70 quien argumenta que el Art. 25(3)(d) se podría aplicar para enjuiciar los encubrimientos y la negación de los crímenes en curso, incluso sin la existencia de un acuerdo previo, ya que tal conducta *ex post facto* podría constituir un aporte en el sentido del artículo 25(3)(d) “de algún otro modo”.

71 Con una interpretación distinta Kiss (n. 1) p. 17 (sosteniendo que el término “otro” implica que sea una contribución menor que no esté incluida por los párrafos anteriores). Sin embargo, Kiss no analiza las otras versiones en lenguas oficiales (ni siquiera la versión en inglés). Lo que confirma que derivar una diferencia sustancial de la redacción de una palabra equivale a una sobravaloración de la misma. De hecho una terminología prácticamente idéntica se usa en las versiones Francesa, Rusa, China, y Arabedel Estatuto: *toute autre forme* - *tout autre manière*; *каким-либо иным образом* - *любым другим образом*; *以其他方式* - *以任何其他方式*; *رخا فخرطيا* - *رخا فخرطيا*.

72 *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, la Defensa respondió a lo alegado por la Fiscalía sobre la base legal de la coautoría mediata del Artículo 25(3)(a) del Estatuto y la aplicación de la notificación dada de acuerdo a la Reg. 55(2), con relación a la responsabilidad penal individual de William Samuel Rutos, para. 10 (25 de julio del 2012) (argumentando

vencido de que la diferencia se pueda derivar de una distinción terminológica entre las palabras “assists” de la versión en inglés del Estatuto y “contributes” (contribuya), dándole a este último término un significado más amplio⁷³. Si la asistencia se define a través de contribuciones de cierta calidad, como lo entiendo yo, una posible distinción entre estos términos sería irrelevante; la única pregunta relevante sería entonces: ¿qué tipo de contribución, en términos cualitativos y cuantitativos, se necesita para que la asistencia sea penalmente relevante? Por supuesto, el término contribución se puede definir de forma amplia⁷⁴, pero la pregunta clave persiste: ¿cuándo alcanzan una o más contribuciones el carácter de asistencia penalmente relevante?

Así, en esencia, tanto el párrafo (c) como el párrafo (d) establecen la responsabilidad con base en la asistencia con la pregunta subsiguiente sobre la naturaleza de cada una de las contribuciones⁷⁵. Si bien la asistencia en cuanto participación secundaria, es decir como participación accesoria en un crimen, puede ser menos relevante que el aporte realizado por un perpetrador en el sentido del párrafo (a), en particular en el caso de la coautoría, resulta difícil hacer una distinción como ésta entre las formas de asistencia previstas en los párrafos (c) y (d). En consecuencia, si bien existe una jerarquía clara entre las contribuciones que pueden dar lugar a la autoría en el sentido del párrafo (a) y las contribuciones secundarias de los párrafos (c) y (d), tal jerarquía es menos clara con relación a las dos últimas disposiciones y no puede ser explicada únicamente mediante la naturaleza *objetiva* de las contribuciones.

En cualquier caso, los dos principios fundamentales del derecho penal internacional que apoyan una interpretación restrictiva de la responsabilidad basada en la asistencia en el sentido del artículo 25(3), se aplican por igual a los párrafos (c) y (d): Por un lado, el principio de culpabilidad y, por otro, la elección política de enfocarse en los casos que ostenten una gravedad (considerable) mínima, tal como se expresa en el preámbulo del Estatuto de Roma (específicamente el párrafo 4) y, más importante, en los artículos 17 (1)(d) y 53(1)(b), (c), (2)(b), (c) del Estatuto⁷⁶. La gravedad es, contrario a la opinión de la Juez Fernández de Gurmendi, no sólo un concepto relevante en la definición de la admisibilidad, sino un principio general o idea que representa la elección política mencionada⁷⁷. Por lo tanto, este razonamiento también juega un papel relevante respecto de las modalidades de responsabilidad que pueden ser enjuiciadas ante la Corte. Por supuesto, la gravedad de un crimen normalmente no depende únicamente de una sola contribución, sino de los múltiples incidentes que constituyen una situación o un caso; es por esta razón, que si bien un número de incidentes (incluyendo contribuciones mínimas) pueden superar el umbral de gravedad en la etapa de admisibilidad, eso no impide invocar nuevamente la gravedad más adelante en la fase de confirmación de cargos o de juicio con relación a las formas de responsabilidad⁷⁸. La asistencia en el sentido de los párrafos (c) y (d) significa que, como se ha argumentado, las respectivas contribuciones deben tener cierto grado de gravedad.

Hay una consideración adicional que habla a favor de una interpretación restrictiva de la responsabilidad por asistencia en virtud de los párrafos (c) y (d):

que: “[T]his is clear given that the Statute reads ‘in any other way’ contributes to the commission of a crime”); conc. DeFalco (n. 29) pp. 732-33.

73 cf. Burchard (n. 2) p. 942 (basado en las definiciones del Oxford Advanced Learners Dictionary, según la cual “contribuir” significa “el ser una de las causas de [algo]” mientras que “asistir” se refiere “a ayudar [a algo] para que pase más fácilmente”) [arguing, relying on the Oxford Advanced Learners Dictionary, that “contribute” means “to be one of the causes of [something]” whereas “assisting” means “to help [something] to happen more easily”].

74 Como por ejemplo que englobe “la facilitación de las meras condiciones contextuales y generales que en última instancia se integran en la comisión de un crimen por parte de un grupo” [“the facilitation of merely contextual and general conditions that ultimately feed into the commission of a crime by a group”] (Burchard (n2) pp. 942).

75 Aparentemente con la misma postura Heyer (n. 14), quien aunque sostiene que la redacción del párrafo (d) indica que se requiere un estándar menor (p. 513), no ve ninguna diferencia fenomenológica entre las formas de asistencia (p. 515).

76 Aquí, frente a lo que respecta al caso, son especialmente relevante los Arts. 53(2)(b), haciendo referencia nuevamente a los Art. 17(1)(d) y 53(2)(c) del Estatuto de Roma. Respecto de los diferentes estándares de gravedad véase I Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, Duncker & Humblot, 2011, pp. 332 y ss., 425 y ss.; K Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Springer, 2010, pp. 44 y ss.; en castellano: K Ambos et al., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*. Bogotá (GTZ-ProFis, Temis), 2010.

77 n 49.

78 De forma distinta Kiss (n. 1) 16.

Para fundamentar la responsabilidad penal —esto es especialmente relevante en este contexto— se requiere una *relación normativa concreta o nexo entre la contribución y el resultado criminal*; una relación que, en cualquier caso, va más allá de un nexo causal puramente naturalista. Por esa razón, la doctrina en el derecho penal moderno aplica la *teoría de la imputación objetiva*⁷⁹, la cual requiere que la conducta incremente el riesgo (no permitido) para los intereses jurídicamente protegidos y que dicho riesgo se realice o concrete en la comisión del crimen⁸⁰. Esta teoría se trata, en esencia, de la imputación justa de los resultados criminales a aquellos agentes que son sus verdaderos responsables⁸¹. De aplicarse la teoría de la imputación objetiva en la participación secundaria (responsabilidad accesoria)⁸², la contribución sería punible solamente si: (a) crea un incremento del riesgo para el interés jurídicamente protegido por tener un impacto sustancial en la comisión del crimen (hecho principal), (b) se manifiesta en la comisión del crimen en la medida en que ese riesgo (más alto) se haya “realizado”, (es decir, si tuvo un impacto relevante en la comisión; este requisito contiene elementos de causación normativa)⁸³. Aunque esta teoría aún no ha sido reconocida explícitamente por la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Bemba invocó la teoría del aumento del riesgo con relación a las consecuencias del incumplimiento de las

obligaciones del superior jerárquico. Según la Sala, es suficiente para la responsabilidad del superior que su no intervención haya aumentado el riesgo en la comisión de crímenes de sus subordinados⁸⁴.

Finalmente, en términos prácticos es difícil, si no imposible, encontrar una definición relevante para las contribuciones sustanciales o significativas. De hecho, en términos generales existe acuerdo en que la relevancia de la contribución depende de su impacto sobre el crimen principal. Para ser más concretos, se puede decir que la contribución *debe tener* alguna relevancia en relación con el crimen principal. Una mayor elaboración o desarrollo se debe dejar a la jurisprudencia. Si esto es así, ¿qué más se puede decir entonces con relación a una contribución menos que sustancial?

2.2. La naturaleza normativa de la contribución

Una contribución a una empresa criminal, por ejemplo, al funcionamiento de un campo de concentración, puede consistir en una actividad económica normal, de por sí legítima, como por ejemplo la venta de alimentos, gasolina o de otros productos ordinarios negociables. Este tipo de asistencia es discutida en escritos académicos, aunque casi exclusivamente en jurisdicciones que pertenecen a la tradición europeo-continental, bajo el concepto de “actos neutrales” (es decir, actos que son considerados legales)⁸⁵. El quid de la cuestión es si se

79 Véase por ejemplo S Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (8th edn, Reppertor 2010) p. 250 y ss.

80 Véase C Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol I, 4ª edición, Beck, 2006, p. 371 y ss. Para una explicación en inglés, véase K Ambos, “Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher’s *Grammar of Criminal Law*”, *Cardozo Law Review*, 2007, 28, pp. 2647, 2664 y ss.; comparándolo con la doctrina italiana G Fiandaca and E Musco, *Diritto penale: Parte generale*, 6ª edición, Zanichelli, 2009, p. 234. Esta doctrina es ampliamente aceptada en Latino América, véase por ejemplo en Brasil: Prado (n. 11) p. 82. En Francia la “causalité adéquate”, véase X Pin, *Droit Pénal Général*, 5ª edición, Dalloz 2012, p. 145 y ss.

81 Cf. GP Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 2nd reimpresión, Little, Brown, 1978, p. 495 habla de la *responsabilidad justa* dentro una teoría normativa de atribución; véase también A von Hirsch, “Extending the Harm Principle: “Remote” Harms and Fair Imputation” en AP Simester y ATH Smith (eds.), *Harm and Culpability*, Clarendon Press, 1996/reimpresión 2003, pp. 259, 265 y ss.; con una tendencia normativa de atribución en el common law véase KJM Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford University Press, 1991, p. 88 y ss.; véase también el entendimiento de las teorías de la causa próxima como teorías normativas, para ver distintas referencias al respecto cf. Ambos (n. 80) p. 2666 con n. 110.

82 Véase por ejemplo U Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (2nd edn, Beck 2013) § 27 mn. 127 con otras referencias al respecto.

83 Cf. Ambos (n. 5) p. 165.

84 *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC 01/05-01/08, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, párr. 425 (15 de junio del 2009). De forma crítica véase K Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision” *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 2009, 22 pp. 715, 721 y ss.; en castellano en *Revista Penal (España)* 25 (enero 2010), 12-21.

85 C Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. II, Beck, 2003, p. 206 y ss.; con un buen resumen de la discusión alemana W. Joecks, “§ 27” en W Joecks y K Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum StGB*, vol. I, 2ª edición, Beck, 2011, pp. 1265-76 mn. 48-89. Con un análisis de los actos neutrales en el contexto comparado de macrocriminalidad P Rackow, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Peter Lang, 2007. El debate también se desarrolla en otras latitudes, aunque de forma menos intensa que en Alemania: en Italia véase M Bianchi, “La ‘complicità’ mediante condotte ‘quotidiane’” *L’indice penale*, 2009, 12, pp. 37-86; en España véase J.-M. Landa Gorostiza, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, Comares, 2002; en Brasil: L Greco, *Cumplicidade a través de ações neutras: a imputação objetiva na participação* (Renovar 2004). Véase también K Ambos, “Beihilfe durch Alltagshandlungen” *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2000, 32, pp. 721-25; en España “La complicidad a

pueden y cuando se pueden calificar esos actos neutros de asistencia como contribuciones penalmente relevantes. La respuesta es relativamente simple y de carácter afirmativo si la ayuda ha violado reglas que prohíben dicha asistencia en el caso concreto. De hecho, en este tipo de situaciones la ayuda no seguiría siendo neutral, como ocurre en el caso de la venta de armamento a un régimen que ha sido objeto de medidas de embargo de armas por parte de Naciones Unidas (ONU)⁸⁶. La respuesta es más difícil en aquellos casos verdaderamente complejos, en los que la asistencia como tal en dicho contexto es legal, como en el ejemplo inicial de la venta de alimentos a un campo de concentración.

Este tema debe ser analizado con más detalle y de una manera más completa de lo que se puede explicar en este texto, dado que tiene una gran importancia para el derecho penal internacional⁸⁷. Aquí solo se pueden presentar algunas reflexiones preliminares. Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso *Mbarushimana* no abordó la cuestión bajo el título de “acciones neutrales”, si demostró la misma preocupación con relación a la *sobre criminalización*, tal como se infiere de la referencia al estándar (contribución) “significativa” para excluir las ayudas insignificantes⁸⁸. De hecho, los ejemplos que la Sala presenta como potenciales “cómplices” con responsabilidad penal (terratenientes, tenderos, proveedores de servicios públicos, etc.), refieren en su totalidad a personas cuya actividad económica, comercial o social puede resultar criminalizada si no se establece un umbral razonable para las contribuciones en el contexto del parágrafo (d) —igualmente en el sentido del parágrafo (c). Por supuesto, es posible

cuestionar si el estándar (contribución) “significativa” puede tener suficiente potencial normativo para desempeñar este papel. En todo caso, el enfoque metodológico correcto habría sido discutir el problema bajo el título de “actos neutrales”— la Juez Fernández de Gurmendi está en lo correcto en este punto⁸⁹. De cualquier manera, tanto de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, como de la opinión de Fernández de Gurmendi se desprende que un umbral o criterio es necesario. En el contexto de la naturaleza *jurídica* de la contribución, tal umbral no se puede encontrar solamente acudiendo a criterios naturalísticos o fácticos o, peor aún, a la —muy subjetiva— intuición del juez⁹⁰. Por el contrario, y en este punto la opinión disidente de Fernández de Gurmendi va de nuevo en la dirección correcta, se deben analizar “los nexos normativos y causales entre la contribución y el crimen”⁹¹.

Es claro que únicamente la referencia a criterios normativos o valorativos no ayuda a resolver casos concretos. De hecho, los esperados “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” (*Guiding Principles on Business and Human Rights*), elaborados por el profesor de Derechos Humanos de Harvard John Ruggie en su calidad de Representante Especial del Secretario General de la ONU para ese tema, sólo hacen referencia, con relación a estándares del derecho penal, a la jurisprudencia general de Derecho Penal Internacional sobre la complicidad —*aiding and abetting*— como “la asistencia práctica o estímulo que se proporciona a sabiendas y que tiene un efecto sustancial en la comisión de un crimen”⁹². Ruggie ya había concluido previamente, que “incluso desde el punto de

través de acciones cotidianas o externamente neutrales” *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid, julio 2001, 2ª Época, No. 8, pp. 195-206. Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional véase Kiss (n. 1) pp. 19-20 con más referencias al respecto; desde la perspectiva del Derecho Penal Económico Internacional véase Heyer (n. 14) pp. 131 y ss.

86 En Holanda véase al respecto *Van Anraat* case H van der Wilt, *Genocide v. War Crimes in the Van Anraat Appeal*, JICJ, 2008, 6, pp. 557, 563 y ss.; mientras que *Van Anraat* fue condenado solamente por complicidad en el caso de *Sadam Hussein*, él también violó el embargo de la ONU el cual fue implementado en Holanda por las “*Sanctiewet*”.

87 Con una compilación muy útil de la jurisprudencia internacional y nacional relevante para el caso, véase Kiss (n. 1) pp. 22-26; más detalladamente Heyer (n. 14) p. 173 y ss.; respecto a la relevancia con relación a las actividades económicas (corporativas) Burchard (n. 2) p. 919 y ss.

88 *Mbarushimana* (n. 12) párr. 277 (como se cita en n 71).

89 *Mbarushimana* (n. 47), opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 12; en el mismo sentido Kiss (n. 1) p. 19.

90 Sin embargo en ese sentido DeFalco (n. 29) pp. 730-31 argumentando que los “actos de este tendero son *intuitivamente* no criminales” (énfasis añadido) [“acts of this grocer are *intuitively* non-criminal”].

91 [The normative and causal links between the contribution and the crime]; *Mbarushimana* (n. 47), opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 12 [“the normative and causal links between the contribution and the crime”]; en el mismo sentido Kiss (n. 1) pp. 19-20 (haciendo hincapié en la base de carácter normativa de la contribución).

92 [Knowingly providing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the commission of a crime]; Human Rights Council, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, John Ruggie. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Pro-*

vista legal no es posible especificar con exactitud un test para determinar qué constituye complicidad⁹³. De la misma manera, el letrado de la CPI Alejandro Kiss, en una importante contribución sobre el tema de este texto, desde la perspectiva del derecho penal internacional se ha visto forzado a admitir que todavía es muy temprano para identificar un criterio normativo convincente al respecto⁹⁴. Sea como fuere, lo que está claro es que debe haber un umbral mínimo que permita evitar la criminalización de conductas socialmente deseables y legítimas. En otras palabras, para poder captar las conductas realmente ilícitas y reprochables, las conductas criminales se deben limitar a la desviación significativa de estándares de comportamiento social o comercial⁹⁵. Como se ha expuesto anteriormente, una conducta que viola las prohibiciones específicas (normas de conducta), no puede ser considerada “socialmente deseable y legítima” y por lo tanto califica, si se cumplen todos los demás requisitos, como una asistencia penalmente relevante en el sentido de los párrafos (c) y (d). En cuanto al otro tipo de conductas, es decir aquellas que sí son *per se* legales, se debe seguir un enfoque mixto objetivo-subjetivo. En el plano objetivo, el enfoque

del riesgo basado en la teoría de la imputación objetiva requiere que la respectiva contribución aumente el riesgo con respecto a la comisión del crimen principal. Ese riesgo debe realizarse a través de la comisión del crimen (principal) (por ejemplo el asesinato). En otras palabras: La creación o el incremento del riesgo debe ser la causa de la comisión de ese crimen en particular, en el sentido de un riesgo específico o concreto⁹⁶. En el plano subjetivo, la responsabilidad debe depender del conocimiento del agente y del propósito específico de la contribución⁹⁷. Esta es una alternativa acorde tanto con la intención general exigida por el artículo 30 del Estatuto de Roma (aplicable a la contribución “intencional” y excluyendo estándares menores, especialmente el *dolo eventual*)⁹⁸, como con el artículo 25(d) (3)(i) y (ii). O bien el agente es consciente de que el aporte incrementa el riesgo de que el crimen (colectivo) sea cometido, o él o ella actúa con la respectiva finalidad o propósito⁹⁹. En este sentido, el estándar “dirección específica”¹⁰⁰, desarrollado por el TPIY con relación a la responsabilidad por complicidad —*aiding and abetting*—¹⁰¹ e invocado recientemente por la juez de la CPI Van den Wyngaert con relación al tema de

Protect, Respect and Remedy” Framework, Seventeenth Session, A/HRC/17/31, 21 de marzo del 2011, Principle 17, 17 [“knowingly providing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the commission of a crime”]. También se debe tener en cuenta que Ruggie no se enfocó en la responsabilidad penal individual sino en la responsabilidad *empresarial* de cada compañía. Enfocado en la responsabilidad individual en casos económicos AK Heyer, “Corporate Complicity under International Criminal Law: A Case for Applying the Rome Statute to Business Behaviour” HR&ILD, 2012, 6, pp. 14, 47-55, concluyendo que la persecución de empresas tendría dificultades probatorias pero sin embargo sería posible bajo la normatividad actual del Derecho Penal Internacional.

93 [It is not possible to specify exacting tests for what constitutes complicity even within the legal sphere]; Human Rights Council, *Clarifying the Concepts of “Sphere of influence” and “Complicity”*, A/HRC/8/16, 15 May 2008, para. 33 [“it is not possible to specify exacting tests for what constitutes complicity even within the legal sphere”] (también subrayando que la *más clara guía* en materia de complicidad es la que surge de la práctica del Derecho Penal Internacional). Este informe ofrece un análisis más detallado de la respectiva práctica del Derecho Penal Internacional (paras. 35-44). Adicionalmente, Ruggie discute las distintas acepciones (jurídica y no jurídica) que se le han dado a la complicidad en materia de violaciones de derechos humanos (paras. 26ff) y resalta el uso del “due diligence” por parte de las empresas con el fin de evitar la complicidad (paras 4, 17, 19, 23). Véase también el Report *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights* (Human Rights Council, A/HRC/8/5, 7 April 2008) paras. 73 y ss.

94 Kiss (n. 1) p. 26. Véase también Burchard (n. 2) p. 935 y ss. (concluyendo en el 945 que es “poco claro si el Estatuto de Roma incluye dentro de sus modos de participación ... las contribuciones por parte de empresas como ‘corporate-political core crime’”).

95 Previamente Ambos (n. 5) p. 165. Véase también Burchard (n. 2) p. 920 con n 6 (argumentando que “para criminalizar las contribuciones al crimen se debe tener, desde el punto de vista normativo, una relación socialmente inaceptable e injuriosa con el crimen” [in order to criminalize a contribution to a crime, it must normatively have a socially unacceptable and injurious relation to the crime]).

96 En un sentido similar abogando por una creación específica del riesgo (“tatspezifisches Risiko”) cf. Heyer (n. 14) pp. 516, 545, 547-48, 554-57. El requisito adicional a la responsabilidad personal del riesgo, en mi criterio, es redundante puesto que está implícito en el concepto de imputación (atribución) objetiva (personal).

97 Previamente Ambos (n. 5) p. 165.

98 cf. Ambos (n. 5) p. 276 y ss.

99 Aquí se señala el planteamiento de Roxin (n. 85) de “*deliktischer Sinnbezug*” (la aportación del agente de una contribución con sentido criminal).

100 [Specific direction]

101 *Prosecutor v. Perišić*, No. IT-04-81-A, App Judgment, párr. 44 (“specifically directed assistance”) (28 de febrero del 2013); anteriormente, por ejemplo, *Prosecutor v. Vasiljević*, No. IT-98-32-A, App. Judgment, párr. 102 (25 de febrero del 2004); pero *contra Prosecutor v. Šainović*, App. Judgment, párr. 1621 ss. (23 de enero del 2014); crit. también SCSL, *Prosecutor v. Charles Taylor*, No. SCSL-03-01-A, App

este texto¹⁰², puede ser realmente relevante, ya que según dicho criterio se debe comprobar que la asistencia proporcionada por los acusados estaba “dirigida específicamente”¹⁰³ hacia el propósito (criminal) común¹⁰⁴.

La responsabilidad penal también puede depender de la naturaleza del crimen colectivo o de la empresa criminal. Así, por ejemplo, con anterioridad apliqué este test¹⁰⁵ a las contribuciones propias del funcionamiento de un campo de concentración y distinguí entre la naturaleza del campo de concentración, como un campo de exterminio puro (empresa criminal “pura”) y un campo de concentración mixto (empresa criminal mixta), donde también existían otras actividades y se desarrollaban distintos tipos de trabajo, de manera que los detenidos tenían una oportunidad real de sobrevivir, es decir, su muerte era sólo un “efecto secundario” de las condiciones inhumanas del campo y del trabajo forzado. En el primer caso, la responsabilidad penal respecto de los aportes externos o indirectos, es decir aquellos que tienen lugar desde fuera del campamento y que no se relacionan directamente con el propósito destructivo del campo (como por ejemplo la entrega de cianuro de potasio), depende del conocimiento del proveedor: Si él era consciente de la finalidad delictiva del campo de concentración y, por lo tanto, del impacto criminal de su contribución, incurre en responsabilidad penal. Por el contrario, en el caso de las contribuciones en una empresa “mixta”, la responsabilidad penal se debe fundamentar en la prueba de las contribuciones individuales identificables con delitos concretos.

3. Conclusiones

Con base en las reflexiones expuestas en este trabajo se pueden proponer los siguientes resultados:

1) No hay ninguna diferencia sustancial entre las formas de intervención previstas en los párrafos (c) y (d) del Artículo 25(3) (“de algún modo” versus “de algún otro modo”).

2) Tanto el párrafo (c), como el párrafo (d) requieren un umbral mínimo de asistencia o contribución. Así se desprende de los principios de culpabilidad y de *ultima ratio* del derecho penal.

3) La cuestión clave, entonces, no es la supuesta o aparente diferencia entre los párrafos (c) y (d), sino la definición del estándar mínimo de la ayuda que se presta al hecho principal. En este sentido se debe definir tanto la naturaleza fáctica como jurídica de la contribución.

4) Con relación a la naturaleza fáctica de la contribución se deben definir y desarrollar criterios cuantitativos.

5) La naturaleza jurídica de la contribución se refiere al problema de los llamados actos “neutrales” de asistencia. Aquí es necesario desarrollar criterios normativos a partir de la jurisprudencia internacional y nacional pertinente y de escritos académicos. Un buen punto de partida es la distinción entre actos lícitos e ilícitos. Más aun, el enfoque debe estar en la creación específica del riesgo por medio de la contribución respectiva con relación al interés jurídico que se ve vulnerado.

Judgment, párr. 475 ss. (26 de septiembre del 2013). La Juez Van Den Wyngaert (n. 18) cita indiscriminadamente esta sentencia en nota de pie de página 404. Véase también J Jones/K Heller/E van Sliedregt, *Milestones in International Criminal Justice: Recent Legal Controversies at the UN Yugoslav Tribunal*, 2013, pp. 5 y ss., disponible en: <<https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Meetings/Meeting%20Transcripts/161013Yugoslav1.pdf>>; K Ambos/O Njikam, “Charles Taylor’s Criminal Responsibility”, JICJ, 2013, 11, pp. 789, 799 y ss.

102 La Juez Van Den Wyngaert (n. 18), párr. 287 (hace referencia al estándar de significancia con relación al Artículo 25(3)(d) y el término contribuciones “neutrales” es empleado por la Jueza Fernández de Gurmendi, en pie de página 406).

103 [Specifically directed]

104 En un sentido similar el Juez Van den Wyngaert (n. 18), párr. 287 (“... whether someone’s assistance is specifically directed to the criminal or non-criminal part of a group’s activities”).

105 K Ambos, “Prosecution of Former Nazi Camp Guards: About Restoring Society’s Trust in Law and Participation in a Criminal Enterprise” *European Journal of International Law* (EJIL) Talk, 20 de mayo del 2013, <www.ejiltalk.org/prosecution-of-former-nazi-camp-guards-about-restoring-societys-trust-in-law-and-participation-in-a-criminal-enterprise/> consultado el 28 de agosto del 2013; en castellano en Asuntos Del Sur (ADS) (Chile) <http://www.asuntossur.org/ex-guardias-de-campos-de-concentracion-a-juicio/>, 29.04.2013.