

IV. Jurisprudencia extranjera

1. CORTE PENAL INTERNACIONAL*

FISCALÍA VS. JEAN-PIERRE BEMBA: PRIMERA CONDENA POR RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

CAMILA GUERRERO M.**
Universidad de Chile

Materia: Responsabilidad del superior como forma de responsabilidad subsidiaria a la coautoría.

Decisión de la Corte: El 21 de marzo de 2016, la Sala de Primera Instancia III de la Corte Penal Internacional (en adelante “SPI III” o “CPI”) declaró culpable por unanimidad a Jean-Pierre Bemba de dos crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) y tres crímenes de guerra (asesinato, violación y saqueos) a título de responsabilidad del superior, conforme al artículo 28(a) del Estatuto de Roma (en adelante “ER”). Los crímenes fueron cometidos en la República Centro Africana (en adelante “RCA”) desde el 26 de octubre de 2002 al 15 de marzo de 2003 por parte de miembros del Movimiento para la Liberación del Congo (en adelante “tropas del MLC”). La Corte Penal Internacional estimó que Jean-Pierre Bemba actuó efectivamente como jefe militar con control y autoridad reales sobre las tropas del MLC que cometieron los referidos crímenes.

I. HECHOS DEL CASO

Entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003 un intento de golpe de Estado en la República Centroafricana derivó en un conflicto armado en el que una parte de las fuerzas armadas nacionales del Presidente Ange-Félix Patassé, aliada con soldados del Movimiento para la Liberación del Congo dirigidos por Jean-Pierre Bemba, se enfrentó a un movimiento de rebelión encabezado por el Sr. François Bozizé, ex Jefe de Estado Mayor de las fuerzas armadas centroafricanas. El 23 de mayo de 2008, la Sala de Cuestiones Preliminares II (en adelante “SCP II”) de la Corte Penal Internacional emitió una orden de arresto en contra de Jean-Pierre Bemba por su responsabilidad en la comisión de diversos crímenes de competencia de la CPI, siendo en definitiva arrestado el 24 de mayo de 2008 en Bélgica.

* Integrada por los siguientes jueces: Sylvia Steiner, presidenta; Joyce Aluoch y Kuniko Ozaki.

** Agradezco a la profesora Claudia Cárdenas por los comentarios y observaciones realizados a este trabajo.

El 3 de marzo de 2009 y conforme a lo establecido en el artículo 61(7)(c)(ii) ER¹, la SCP II suspendió la audiencia de confirmación de cargos pidiendo a la Fiscalía considerar la modificación de los cargos en cuanto a la forma de responsabilidad penal a título de coautoría del artículo 25(3)(a)ER, incorporando la figura del artículo 28 ER². Conforme a lo anterior, la Fiscalía incluyó la referida figura como *alternativa* a la coautoría en su presentación escrita del 30 de marzo de 2009³. El 15 de junio de 2009, en la decisión de confirmación de cargos⁴, la SCP II determinó que Jean-Pierre Bemba carecía del primer requisito subjetivo de la responsabilidad como coautor establecido en el artículo 30 ER⁵, respecto de la *intención de cometer los crímenes*⁶, por lo que no era posible sostener que el imputado tenía *control sobre el crimen*⁷. Sin perjuicio de lo anterior, la SCP II señaló

¹ “Artículo 61. Confirmación de cargos antes del juicio: N° 7. La Sala de Cuestiones Preliminares determinará, sobre la base de la audiencia, si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Según cual sea esa determinación, la Sala de Cuestiones Preliminares: c) Levantará la audiencia y pedirá al Fiscal que considere la posibilidad de: ii) Modificar un cargo en razón de que las pruebas presentadas parecen indicar la comisión de un crimen distinto que sea de la competencia de la Corte”.

² Esta atribución de la Sala no se encuentra establecida expresamente en el ER, sino que se contempla en la norma 55 número 1 y 2 del Reglamento de la Corte Penal Internacional, pero sólo respecto de la Sala de Primera Instancia; nada dice respecto de la Sala de Cuestiones Preliminares. Cfr. GUERRERO, Camila, “La responsabilidad del superior en la Corte Penal Internacional: situación de la República Centroafricana en el caso de la Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba”. En: CÁRDENAS, C. y FERNÁNDEZ, K. (Eds.). *La Corte Penal Internacional: un enfoque práctico*, (Santiago, 2013), pp. 105-124.

³ Párrafo 7° de la sentencia.

⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscalía vs. Bemba, resolución sobre confirmación de cargos, 01/05-01/08, de 15 de junio de 2009, pfo. 372.

⁵ Artículo 30 ER: “Elemento de intencionalidad: 1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen. 2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien: a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella; b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

3. A los efectos del presente artículo, por ‘conocimiento’ se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras ‘a sabiendas’ y ‘con conocimiento’ se entenderán en el mismo sentido”.

⁶ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscalía vs. Bemba, resolución sobre confirmación de cargos, 01/05-01/08, de 15 de junio de 2009, pfo. 372.

⁷ La Sala se refiere a la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I en el caso de Thomas Lubanga (01/04-01/07-717 pfos. 326-341), en la que se estableció que el concepto de coautoría del artículo 25(3)(a) ER relativo al “cometer con otro” debe necesariamente unirse a la noción de tener el “control sobre el crimen”. En este sentido, la Sala sostiene (pfos. 348-351) que el control conjunto del crimen (*joint control over the crime*) debe ir acompañado de dos elementos objetivos:

que a partir de la evidencia ofrecida en el curso del proceso era posible sostener que efectivamente se cometieron crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en distintas partes de la RCA entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003, así como también se podría sostener que aparentemente Jean-Pierre Bemba estaba en conocimiento de la ocurrencia de dichos incidentes, después que estos se verificaran. Finalmente, la SCP II⁸ decidió confirmar los cargos contra Jean-Pierre Bemba por responsabilidad penal individual a título de responsabilidad del superior conforme al artículo 28(a) ER.

La defensa de Bemba sostuvo⁹ que la teoría del caso de la Fiscalía fue radicalmente alterada cuando la forma de responsabilidad penal individual imputada cambió de la coautoría a la de responsabilidad del superior del artículo 28(a)ER. Dicha alteración, sostuvo, vulneraría el derecho del acusado a ser informado de los cargos que se le imputan, ya que, en la acusación, la Fiscalía habría modificado información sobre fechas relevantes, el rol desempeñado por el Presidente de la República Centroafricana (Ange-Felix Patassé) y la alegación inicial de que las fuerzas que adherían al Presidente estaban coordinadas como una sola fuerza unitaria a su mando. La Fiscalía, por su parte¹⁰, señaló que los hechos que permiten fundamentar una forma de responsabilidad a título de coautoría no eran en ningún caso inconsistentes con aquellos establecidos para imputar la forma de responsabilidad del artículo 28 ER.

La SPI III estimó que las alegaciones de la defensa eran infundadas¹¹, ya que ésta habría tomado conocimiento del cambio en la forma de responsabilidad desde antes de la decisión de confirmación de cargos del 15 de junio de 2009, es decir, desde que la SCP II suspendió la audiencia de confirmación de cargos (3 de marzo de 2009) para sugerir la incorporación por parte de la Fiscalía de la responsabilidad del superior en la acusación. Sostuvo además, que las objeciones en este sentido serían extemporáneas, dado que no se habría alegado previamente ante la Corte la deficiencia en la idoneidad de la notificación de la forma de responsabilidad

(i) el imputado debe ser parte de un plan común o acuerdo con una o más personas, y (ii) el imputado debe haber realizado una contribución esencial coordinada, incidiendo en el cumplimiento de los elementos materiales del crimen. En cuanto al aspecto subjetivo, la Sala señala que deben concurrir tres elementos copulativos: (i) intención y conocimiento en relación con el artículo 30 ER; (ii) estar consciente y aceptar que la implementación del plan común conducirá al cumplimiento de los elementos materiales del crimen; y (iii) estar consciente de las circunstancias de hecho que le permiten controlar el crimen junto con otro coautor.

⁸ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscalía vs. Bemba, resolución sobre confirmación de cargos, 01/05-01/08, de 15 de junio de 2009, pfo. 501.

⁹ Párrafo 35 de la sentencia.

¹⁰ Párrafo 36 de la sentencia.

¹¹ Párrafo 37 de la sentencia.

penal imputada, en ninguna de sus presentaciones escritas ni en las audiencias previas ante la Corte.

Así, el 21 de marzo de 2016 la SPI III consideró más allá de toda duda razonable que Bemba era penalmente responsable bajo el artículo 28(a)ER por los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación y los crímenes de guerra de asesinato, violación y saqueos cometidos por sus fuerzas entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003¹².

II. DERECHO APLICABLE

La responsabilidad del superior está contemplada en el artículo 28 ER, que establece:

“Artículo 28 ER. Responsabilidad de los jefes y otros superiores:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

¹² Las consideraciones que puedan surgir sobre una eventual vulneración a la garantía de *ne bis in idem* escapan al objeto de este comentario. Sin perjuicio de lo anterior, la CPI aborda este punto en los párrafos 743 a 751 de la sentencia.

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

En cuanto a la *naturaleza de la responsabilidad del superior* conforme al artículo 28 ER, la Sala estimó que el artículo 28 fue diseñado para establecer una forma de responsabilidad penal individual en virtud de los poderes de control que un superior ejerce sobre sus subordinados, dado el potencial daño irreparable que conlleva el fracaso en su adecuado ejercicio y que esta responsabilidad por el control tendría por objetivo asegurar el efectivo cumplimiento de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario, incluyendo la protección de personas y objetos protegidos durante un conflicto armado¹³.

Por su parte, y sin brindar mayor fundamentación al respecto, estimó que la figura del artículo 28 ER debe ser interpretada como una forma *sui generis* de responsabilidad¹⁴, reconociendo que, en ciertas circunstancias, la conducta de un superior puede ser capaz de satisfacer el elemento material de más de una forma de responsabilidad.

III. DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE JEAN-PIERRE BEMBA CONFORME AL ARTÍCULO 28 ER

Según la SPI III, para que Bemba fuese condenado como jefe militar o como el que actúa efectivamente como jefe militar conforme al artículo 28(a) ER, se debían cumplir los siguientes elementos¹⁵:

a. *Se deben haber cometido crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional por parte de fuerzas.*

b. *El acusado debe haber sido un jefe militar o una persona actuando efectivamente como jefe militar.*

c. *El acusado debe haber tenido mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre las fuerzas que cometieron los crímenes.*

¹³ Párrafo 172 de la sentencia.

¹⁴ Párrafo 174 de la sentencia.

¹⁵ Párrafo 172 de la sentencia.

d. *El acusado sabía o, dadas las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo o se proponían cometer dichos crímenes.*

e. *El acusado debe haber fallado en tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de dichos crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*

f. *Los crímenes cometidos por las fuerzas deben haber sido el resultado del fracaso del acusado para ejercer apropiadamente control sobre ellos.*

Los referidos elementos y la subsunción de los mismos a los hechos del caso fueron establecidos por la Sala del siguiente modo.

1. Comisión de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional por parte de fuerzas del MLC

1.1. Fuerzas del MLC cometieron crímenes de competencia de la Corte

La Sala estimó, más allá de toda duda razonable, que las tropas del MLC cometieron crímenes de competencia de la Corte entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003. Para establecer la identidad de los perpetradores, tomó en consideración la evidencia relativa a los crímenes cometidos por otras fuerzas en la RCA, guiándose por criterios relevantes de identificación de los grupos en su conjunto, tales como uniformes, lenguaje, *modus operandi*, motivo y presencia en determinadas áreas en un determinado momento. Así, señaló que el hecho de que otras fuerzas pudieran haber cometido crímenes durante el período relevante o que tuvieran algunas características en común con el MLC, no puede desvirtuar las consideraciones de la Sala en el sentido de que los autores de los crímenes imputados eran soldados del MLC.

2. Calidad de jefe militar o persona actuando efectivamente como jefe militar con mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre las fuerzas que cometieron los crímenes

La Sala estimó que los factores que deben ser tomados en consideración para determinar la autoridad y control efectivo están ligados intrínsecamente con los factores que permiten establecer que una persona actuó efectivamente como jefe militar, por lo que fueron analizados conjuntamente, a propósito del elemento sobre autoridad y control efectivo.

2.1. Haber sido un jefe militar o una persona actuando efectivamente como jefe militar

La noción de jefe militar se refiere no sólo a aquellas personas que están formal y legalmente designados para llevar a cabo funciones de mando militar, sino que

además se extiende a individuos designados como jefes militares en fuerzas no gubernamentales irregulares, en concordancia con sus prácticas o regulaciones internas, ya sea que se encuentren escritas o no¹⁶. Por su parte, un individuo que actúa efectivamente como jefe militar es aquel que no está necesariamente designado como jefe militar (ya sea de forma material o formal), pero actúa efectivamente como superior sobre las fuerzas que cometieron los crímenes¹⁷. Finalmente, la Sala señaló que el artículo 28(a)ER no sólo se refiere a superiores inmediatos de las fuerzas que cometieron los crímenes, sino que es aplicable a los superiores en cualquier nivel, sin importar su rango¹⁸, desde superiores del más alto nivel hasta líderes con un puñado de hombres bajo su mando.

2.2. *Haber tenido mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo sobre las fuerzas que cometieron los crímenes*

La SPI III se remitió a las definiciones sobre mando y autoridad esbozadas por la SCP II en la decisión de confirmación de cargos, en el sentido de que *mando* alude a autoridad, especialmente sobre fuerzas armadas, mientras que la expresión *autoridad* se referiría al poder o derecho de emitir órdenes y hacerlas cumplir¹⁹. Al igual que en dicha oportunidad, la Sala señaló que los términos mando y autoridad no tienen efectos significativos en el nivel o estándar que se requiere para el control, sino que más bien denotan modalidades, maneras o naturaleza en que un superior ejerce control sobre sus fuerzas. Para el propósito del artículo 28 ER, control efectivo implica la habilidad material del superior para prevenir o reprimir la comisión de crímenes o para someter el asunto a las autoridades competentes²⁰. Cualquier grado menor de control, como la habilidad para ejercer influencia (aunque sea sustancial) sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, sería insuficiente para establecer la responsabilidad del superior. *Control efectivo* sería, en definitiva, una manifestación de una relación de superior-subordinado entre el superior y las fuerzas a su mando en una cadena jerárquica *de jure* o *de facto*²¹.

La defensa de Bemba alegó al respecto que las tropas del MLC estaban subordinadas a las autoridades de la RCA y que no podría concluirse que Bemba tuviera

¹⁶ Párrafo 176 de la sentencia.

¹⁷ Párrafo 177 de la sentencia.

¹⁸ Párrafo 179 de la sentencia.

¹⁹ Párrafo 180 de la sentencia.

²⁰ Párrafo 181 de la sentencia.

²¹ Párrafo 184 de la sentencia.

control efectivo sobre dichas fuerzas. La Sala, sin embargo, estimó que el artículo 28 ER *no establece que un superior tenga autoridad y control único y exclusivo sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, dado que el control efectivo de un superior no excluye necesariamente el control efectivo que es ejercido por otro superior*²². Por su parte, y contrario a lo alegado por la defensa, la prueba de una relación entre superior y subordinado no requiere la identificación de los nombres de los principales perpetradores de los crímenes, sino que bastaría con identificar al grupo al que pertenecen los perpetradores o a la unidad involucrada, en relación con un determinado sitio del suceso²³. La Sala señaló que la determinación de si un superior tiene control efectivo sobre fuerzas determinadas se debe realizar caso a caso, pero que, sin embargo, existirían ciertos factores que podrían servir como *indicativos de control efectivo* (que requiere la facultad material de prevenir o reprimir la comisión de crímenes o de someter el asunto a las autoridades competentes) y tendrían su origen en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*²⁴. Es importante destacar que el hecho de que una persona haya sido legal y formalmente designada en una posición de mando o autoridad militar sobre las fuerzas relevantes no es requisito ni permite por sí mismo satisfacer el requisito de control efectivo del artículo 28(a) ER. Sin embargo, podría servir como *indicio de control efectivo*²⁵. Por su parte, y siguiendo la jurisprudencia de tribunales *ad hoc*, señaló que existirían algunos factores que podrían ser *indicativos de falta de control efectivo* sobre las fuerzas, tales como: (i) existencia de una autoridad diferente y exclusiva sobre las fuerzas en cuestión; (ii) indiferencia ante las órdenes o el incumplimiento de instrucciones del acusado, o (iii) un débil o mal funcionamiento de la cadena de mando²⁶.

2.3. Bemba actuó efectivamente como jefe militar y tenía control y autoridad efectivos sobre las fuerzas del MLC que cometieron los crímenes

Para la Sala, existiría una superposición entre los factores relevantes para evaluar (1) el estatus de una persona actuando efectivamente como jefe militar y (2) la autoridad y control efectivo que una persona posee sobre determinadas fuerzas²⁷. En este sentido, se refirió en primer lugar a la posición de Bemba dentro del MLC, para luego referirse a consideraciones específicas sobre el contingente de

²² Párrafo 185 de la sentencia.

²³ Párrafo 186 de la sentencia.

²⁴ Párrafo 188 de la sentencia.

²⁵ Párrafo 189 de la sentencia.

²⁶ Párrafo 190 de la sentencia.

²⁷ Párrafo 696 de la sentencia.

tropas del MLC que se encontraba en la RCA. Bemba fue el Presidente del MLC y Comandante en Jefe de ALC durante el período relevante en que se cometieron los crímenes que se imputan, y ostentaba el cargo de General de División. En esta calidad, Bemba tenía poderes formales, la autoridad para tomar decisiones de última instancia y facultades de nombramiento, promoción y despido.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala consideró que era necesario establecer si dicho control efectivo se hacía extensivo a las tropas específicas del MLC que estaban operando en la RCA. Así, estimó relevante distinguir el principio militar de *unidad de mando* de la evaluación de *control efectivo*²⁸. Se entiende por unidad de mando aquella en la que, para el adecuado funcionamiento de un ejército, sólo puede haber un individuo al mando a la vez, de cualquier unidad en particular. Sin embargo, la determinación de cuándo una persona tiene autoridad y control efectivo descansa sobre el poder material de dicha persona para prevenir o reprimir la comisión de crímenes o para someter el asunto a las autoridades competentes. *Éste no tiene por qué ser un poder exclusivo, por lo que múltiples superiores pueden ser considerados responsables por las acciones de sus subordinados*²⁹.

Por otro lado, y pese a que no es un elemento determinante, la Sala destacó el hecho de que Bemba haya emitido órdenes directas en materia de operaciones a las tropas del MLC en la RCA y que éstas hayan sido transmitidas e implementadas por el Coronel Moustapha³⁰. Es más, en vez de referir ciertas materias al Presidente Patassé y a las autoridades de la RCA (lo que hubiese sido consistente con una subordinación completa de las fuerzas), Bemba continuó representando a las fuerzas del MLC en la RCA en asuntos externos: participando en discusiones con representantes de Naciones Unidas en la RCA y dando entrevistas a medios de prensa y reporteros en lo referido a crímenes cometidos por las fuerzas. Finalmente, la Sala estimó relevante el hecho de que Bemba tuviera la principal autoridad disciplinaria sobre las tropas del MLC en la RCA y que en dicha calidad hubiere establecido comisiones de investigación, ejerciendo poderes de arresto y facultades para convocar a las Cortes Marciales. Por su parte, no existirían antecedentes que pudieran establecer que Bemba hubiese perdido dichas atribuciones disciplinarias respecto del contingente del MLC en la RCA³¹.

La Sala estimó, en definitiva, más allá de toda duda razonable, que Bemba (1) estaba actuando efectivamente como jefe militar, y (2) tenía autoridad y control efectivo sobre el contingente de tropas del MLC en la RCA durante el período relevante.

²⁸ Párrafo 698 de la sentencia.

²⁹ Párrafo 698 de la sentencia.

³⁰ Párrafo 700 de la sentencia.

³¹ Párrafo 703 de la sentencia.

3. *Saber o, dadas las circunstancias del momento, haber debido saber que las fuerzas estaban cometiendo o se disponían a cometer dichos crímenes*

La Sala sólo se pronunció sobre el conocimiento efectivo porque era la hipótesis que estimó concurrente en este caso, dado que “saber” y “haber debido saber” se consideran para estos efectos como criterios alternativos³². Estimó que no se puede presumir el conocimiento actual de parte de un superior, sino que éste debe ser establecido mediante evidencia circunstancial, ya sea directa o indirecta. En este sentido, para aceptar la prueba de un estado mental por inferencia, ésta debe estar directamente relacionada con el acusado y ser la única conclusión razonable basada en la evidencia: lo que debe ser inferido es el *conocimiento del acusado* y no de la generalidad de las personas o de otras personas dentro de la organización a la que el acusado pertenece³³. Dentro de los factores relevantes que podrían indicar conocimiento se encuentran: cualquier tipo de órdenes para cometer crímenes o el hecho de que el acusado haya sido informado personalmente que sus subordinados estaban envueltos en actividades criminales; el número, naturaleza, alcance, ubicación y tiempo de los actos ilegales; el tipo y número de fuerzas involucradas; el medio de comunicación disponible; el *modus operandi* de actos similares; el alcance y naturaleza de la posición del superior y su responsabilidad en la estructura jerárquica; la ubicación del superior al tiempo de los hechos; y la notoriedad de los actos ilegales, es decir, si hubiesen sido reportados por medios de prensa de los cuales el acusado estuviere consciente³⁴.

Finalmente, la Sala estimó que el conocimiento de parte del acusado acerca de la comisión de los crímenes de competencia de la Corte necesariamente implica el *conocimiento de los elementos de contexto* que califican una conducta como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad. En este sentido, sostuvo que Bemba sabía que las tropas del MLC bajo su autoridad y control efectivo estaban cometiendo o se disponían a cometer crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación y crímenes de guerra de asesinato, violación y saqueos. Lo anterior, dada la notoriedad de los crímenes; la posición de Bemba; los canales de comunicación disponibles; el contacto regular entre Bemba y los oficiales del MLC en la RCA; las fuentes generales de información de los crímenes cometidos por soldados del MLC (incluyendo medios de comunicación y reportes de inteligencia por parte del MLC) y el conocimiento directo por parte de Bemba de alegaciones de asesinato, violación y

³² Párrafo 196 de la sentencia.

³³ Párrafo 192 de la sentencia.

³⁴ Párrafo 193 de la sentencia.

saqueos por parte de los soldados del MLC al tiempo específico de la comisión de los crímenes que se imputan, además de la evidencia en general³⁵.

4. Haber fallado en tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de dichos crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Al igual que la Sala de Cuestiones Preliminares II, la Sala de Primera Instancia III estimó que lo que constituye “todas las medidas necesarias y razonables” para prevenir o reprimir los crímenes cometidos por las fuerzas, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes, es establecido caso a caso y determinado en concreto. Tomando como guía la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, estimó que las *medidas necesarias* son aquellas que son apropiadas para que el superior cumpla su obligación, mientras que las *medidas razonables* son aquellas razonablemente comprendidas en el poder material del superior³⁶.

Conforme al artículo 28(a)(ii)ER se distinguen tres deberes que son impuestos a los superiores: (i) *prevenir* la comisión de crímenes; (ii) *reprimir* la comisión de crímenes, o (iii) *poner el asunto en conocimiento* de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento. La Sala concordó con las alegaciones de la defensa de Bemba en el sentido de que si un superior cumple su obligación de tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro de sus atribuciones, no puede ser responsable, aun cuando los crímenes se produzcan en última instancia o los perpetradores quedan impunes³⁷. Sin embargo, el incumplimiento de alguno de esos tres deberes podría conllevar responsabilidad penal aun cuando se cumpla con otro, señalando por ejemplo que el incumplimiento para prevenir crímenes, cuando el superior tenía el deber de hacerlo, no puede ser remediado con el posterior castigo de los perpetradores³⁸.

4.1. Incumplimiento del deber de prevenir la comisión de los crímenes

La Sala estimó que un superior viola su deber de prevenir cuando falla en tomar medidas para detener los crímenes que van a ser cometidos o los crímenes que están siendo cometidos. El deber de prevenir surge antes de la comisión de los crímenes e incluye los crímenes en desarrollo y los crímenes que envuelven

³⁵ Párrafos 706 a 718 de la sentencia.

³⁶ Párrafo 198 de la sentencia.

³⁷ Párrafo 200 de la sentencia.

³⁸ Párrafo 201 de la sentencia.

elementos de continuidad (delitos continuados)³⁹. El alcance del deber de prevenir depende de las atribuciones materiales del superior para intervenir en una situación específica, lo que varía según las circunstancias. Sin perjuicio de lo anterior, la Sala se remitió a las medidas identificadas por la Sala de Cuestiones Preliminares como relevantes en la decisión de confirmación de cargos: (i) asegurarse de que las fuerzas están adecuadamente entrenadas en materia de derecho internacional humanitario; (ii) existencia de informes que aseguren que las acciones militares fueron llevadas a cabo en concordancia con el derecho internacional, (iii) emitir ordenes asimilando las prácticas pertinentes de conformidad con las normas de la guerra, y (iv) tomar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de atrocidades por parte de las fuerzas bajo su mando⁴⁰.

Adicionalmente, la Sala estimó que dichas medidas podrían incluir además⁴¹: (i) emisión de órdenes específicamente destinadas a prevenir crímenes; (ii) protestar contra o criticar la conducta criminal; (iii) insistir ante una autoridad superior acerca de las acciones inmediatas que deben tomarse; (iv) posponer operaciones militares; (v) suspender, excluir o reubicar a subordinados violentos; (vi) conducir operaciones militares de modo tal que se disminuya el riesgo de comisión de crímenes específicos o bien que se eliminen las oportunidades para su comisión.

4.2. Incumplimiento del deber de reprimir la comisión de los crímenes o de poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes para su investigación y enjuiciamiento

Para la Sala, *reprimir* implica un cierto grado de prevención particularmente en términos de un deber de prevenir crímenes en progreso y crímenes que envuelven elementos de continuidad que son cometidos en un período de tiempo prolongado. El *deber de reprimir*, por su parte, implica la obligación de castigar a las fuerzas después de la comisión de los crímenes⁴².

La falta de competencia formal para tomar ciertas medidas no releva al superior del deber de tomar tomas medidas necesarias y razonables dentro de sus atribuciones para reprimir los crímenes. En el evento de que un superior tenga facultades disciplinarias, debe ejercerlas dentro de los límites de su competencia. En este sentido, señaló que el deber de castigar incluye al menos la obligación de

³⁹ Párrafo 202 de la sentencia.

⁴⁰ Párrafo 202 de la sentencia,

⁴¹ Párrafo 204 de la sentencia.

⁴² Párrafo 205 de la sentencia.

investigar posibles crímenes para efectos de establecer los hechos⁴³. Si el superior no tiene facultades para sancionar a aquellos que cometieron los crímenes, tiene la obligación de someter el asunto a las autoridades competentes⁴⁴.

La Sala consideró, en definitiva, que el objetivo del deber de reprimir o someter el asunto a las autoridades competentes es lograr que los ofensores sean llevados ante la justicia para efectos de evitar la impunidad y prevenir futuros crímenes. Estos deberes surgen con posterioridad a la comisión de los crímenes⁴⁵.

4.3. Bamba falló en tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de dichos crímenes o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento

En cuanto a las medidas razonables y necesarias para prevenir los crímenes, la Sala estimó que éstas fueron limitadas en cuanto a su mandato, ejecución y resultados, y que a pesar de la nutrida información acerca de actos de asesinato, violación y saqueos atribuidos a las tropas del MLC, las medidas adoptadas por Bamba sólo tenían por objeto proteger la imagen del MLC⁴⁶.

La defensa argumentó que Bamba se enfrentaba a dificultades prácticas para conducir las investigaciones ante las autoridades competentes de la RCA cuando el General Bozizé tomó el poder del Estado. Sin embargo, la Sala estimó irrelevantes sus alegaciones, teniendo además en cuenta que Bamba tenía la autoridad disciplinaria sobre el contingente del MLC en la RCA. En tales circunstancias, no podría decir que su incumplimiento en cuanto al deber de someter a investigación y enjuiciamiento a los oficiales del MLC se debió a la situación política del país⁴⁷.

La Sala estimó, en consecuencia, mas allá de toda duda razonable, que Bamba incumplió su obligación de tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro de sus atribuciones para prevenir o reprimir la comisión de crímenes cometidos por sus subordinados durante la operación del contingente del MLC en la RCA entre 2002 y 2003.

⁴³ Párrafo 207 de la sentencia.

⁴⁴ Párrafo 208 de la sentencia.

⁴⁵ Párrafo 209 de la sentencia.

⁴⁶ Párrafos 719 a 728 de la sentencia. Se señala, a modo de ejemplo, la creación de comisiones investigadoras que sólo se limitaron a los saqueos y no se refirieron a los asesinatos ni a las violaciones o el enjuiciamiento de siete soldados de bajo rango, omitiendo investigar a personas con alto rango.

⁴⁷ Párrafo 732 de la sentencia.

5. Los crímenes cometidos por las fuerzas deben haber sido el resultado del fracaso del acusado para ejercer apropiadamente control sobre las mismas

El artículo 28 ER estipula que los jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales serán penalmente responsables por crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, “en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”⁴⁸. Para la Sala constituye un principio básico de derecho penal que una persona no debería ser considerada penalmente responsable a título de responsabilidad penal individual por un crimen cuando no existe ninguna forma de nexo personal con éste⁴⁹. Sin embargo, esto no implicaría que el artículo 28 ER establezca una *conditio sine qua non* entre la omisión del superior y los crímenes cometidos⁵⁰. Por el contrario, dada la naturaleza particular de la responsabilidad del superior y la imposibilidad de imponer un estándar que sea inconsistente con su objeto de aplicación, el nexo requerido podría verse satisfecho cuando se logre establecer: (i) que los crímenes no podrían haber sido cometidos en las circunstancias en las cuales lo fueron, si el superior hubiere ejercido un control apropiado, o (ii) que podría haberlos prevenido, si hubiere ejercido un control adecuado⁵¹.

5.1. Los crímenes cometidos por las tropas del MLC fueron el resultado del fracaso de Bemba para ejercer apropiadamente control sobre ellas

La Sala estimó que dado que Bemba tenía la autoridad para tomar medidas de prevención o represión por la comisión de crímenes, podría haber adoptado medidas tendientes al adecuado entrenamiento de las tropas del MLC; incluyendo la creación de un código de conducta más completo que reflejara los requerimientos del derecho internacional; efectuar una adecuada supervisión, emitir órdenes claras a las tropas para abstenerse de cometer crímenes; investigar de manera real y efectiva la comisión de crímenes, asegurar que los superiores y soldados del MLC implicados en la comisión de crímenes fuesen removidos, expulsados y castigados; compartir información relevante a las autoridades de la RCA y apoyar cualquier esfuerzo por investigar denuncias criminales. Según la Sala, las referidas medidas podrían haber servido para disuadir, reducir o eliminar el clima de aquiescencia que rodeaba y facilitaba la comisión de los crímenes imputados a Bemba. En

⁴⁸ “(...) as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces”, en la versión en inglés del Estatuto de Roma.

⁴⁹ Párrafo 211 de la sentencia.

⁵⁰ Párrafo 212 de la sentencia.

⁵¹ Párrafo 213 de la sentencia.

este sentido, el incumplimiento de Bemba habría contribuido directamente a la continuación y posterior comisión de crímenes⁵². Por su parte, sostuvo que si los soldados hubieran recibido pagos y alimentaciones adecuadas, se habría reducido o eliminado el riesgo de que éstos incurrieran en actos de saqueos o violaciones como formas de “autocompensación”⁵³.

Finalmente, en cuanto al *modus operandi*, dado que la evidencia demostró que la mayoría de los crímenes fueron cometidos cuando el MLC fue el único grupo armado del área, el rediseño en las operaciones militares (eliminando por ejemplo las áreas en las que exista predominantemente población civil) podría haber minimizado la oportunidad para la comisión de los crímenes⁵⁴.

La Sala estimó que si Bemba hubiere tomado las medidas señaladas, los crímenes habrían sido prevenidos o no habrían sido cometidos en las circunstancias en las que lo fueron. Sostuvo que, más allá de toda duda razonable, los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación, y los crímenes de guerra de asesinato, violación y saqueos cometidos por las fuerzas del MLC en el curso de la operación en RCA entre 2002 y 2003 son el resultado del incumplimiento de Bemba de ejercer control apropiadamente.

IV. CONCLUSIONES

La sentencia pretende clarificar criterios para la determinación de la responsabilidad del superior con la construcción de indicios e indicativos para acreditar y excluir la autoridad y control efectivo. Sin embargo, queda al debe en cuanto a la construcción y fundamentación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del superior como forma de responsabilidad, y sus diferencias en materia de imputación con otras formas de intervención delictiva que contempla el ER, es decir, a qué título se realiza la imputación y cuál es su fundamento. La Corte estableció que Bemba *contribuyó* directamente a la continuación y posterior comisión de los crímenes, mediante su incumplimiento para ejercer un control apropiado sobre las fuerzas, lo que vuelve difuso los límites y criterios de la Corte para diferenciar la responsabilidad del superior, de las formas de participación que contempla el ER (en este caso la figura de contribución del artículo 25(3)(d) ER.). Lo anterior nos lleva a cuestionarnos ¿cuál es entonces el alcance que debe darse a la contribución omisiva de Bemba en la realización comisiva de los delitos de competencia de la Corte por parte de las tropas del MLC?

⁵² Párrafo 738 de la sentencia.

⁵³ Párrafo 739 de la sentencia.

⁵⁴ Párrafo 740 de la sentencia.

Previamente, en la decisión de confirmación de cargos –al igual que en la sentencia de Lubanga–, la Corte hizo suya la teoría del dominio del hecho popularizada por Roxin en la hipótesis del dominio funcional⁵⁵, para descartar la forma de responsabilidad penal individual de Bemba a título de coautoría establecida en el artículo 25(3)(a)ER. Según la SCP II, Bemba carecía del primer requisito subjetivo de la responsabilidad como coautor establecido en el artículo 30 ER, respecto de la *intención de cometer los crímenes*, por lo que no era posible sostener que el imputado tenía *control sobre el crimen*⁵⁶. Probablemente, si la Fiscalía hubiese mantenido la figura del 25(3)(a)ER y no existiese una figura como la del 28 ER, la Corte lo habría absuelto, o bien la Fiscalía habría reconducido a la figura de la complicidad del artículo 25(3)(d)ER, en el entendido de que para la teoría del dominio del hecho “quien no aporta una contribución tan importante en el estado de la preparación, será siempre cómplice”⁵⁷. El punto es que sí existe la figura del artículo 28 ER y la Corte señaló que se trataría de una figura *sui generis*, sin explicar mayormente a qué se refiere esto⁵⁸.

Una interpretación que podría darse a lo establecido por la Corte es que lo *sui generis* vendría dado por la atribución de responsabilidad que se da a título de autor a quien sin tener dominio del hecho, incumple un deber (¿responsabilidad del superior como delito de infracción de deber?), que puede interpretarse como una *contribución* directa susceptible de ser calificada como esencial. La responsabilidad del superior sería entonces una forma de responsabilidad autónoma⁵⁹ y no una figura especial de complicidad⁶⁰.

Sin embargo, podemos formular una objeción al razonamiento formulado por la Corte, desde el punto de vista de una moderna interpretación de la teoría de las

⁵⁵ Conforme a esta concepción, se afirma que las posibilidades que tiene un sujeto para dominar un hecho no se reducen al mero dominio fáctico de la acción, sino que un sujeto puede dominar el hecho de otras maneras. Por eso Roxin distingue para afirmar la autoría del individuo entre tres formas: dominio de la acción, dominio de la voluntad del sujeto y dominio funcional. El caso en análisis se enmarcaría en esta tercera hipótesis, es decir, “es coautor quien ha ejercido una función de significación esencial en la concreta realización del delito”. Cfr.: ROXIN, Claus, *Sobre la autoría y la participación en el derecho penal*, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, (Buenos Aires, 1970), pp. 65-68.

⁵⁶ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscalía vs. Bemba, resolución sobre confirmación de cargos, 01/05-01/08, de 15 de junio de 2009, pfo. 372.

⁵⁷ ROXIN, Claus, *ob. cit.*, p. 67-68.

⁵⁸ Párrafo 172 de la sentencia.

⁵⁹ Párrafo 738 de la sentencia.

⁶⁰ WINTER, Jaime, *La responsabilidad por el mando en el derecho penal internacional*, Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, (Santiago, 2009), pp. 144 y 151.

normas complementada con una teoría estructuralista o formalista de la acción, construida sobre la distinción (semántica) entre acciones principales y acciones auxiliares⁶¹. Para ello, resulta fundamental señalar, en primer lugar, que una norma de prohibición puede ser entendida como una razón (jurídicamente perentoria) para la omisión de acciones que satisfacen una determinada descripción; mientras que una norma de requerimiento como una razón (jurídicamente perentoria) para la ejecución de acciones que satisfacen una determinada descripción⁶² y que, en este entendido, “una norma de prohibición o de requerimiento, puede ser caracterizada como una razón *inmediata*, es decir, como una razón para la omisión o la ejecución de una acción principal, por oposición a una acción auxiliar (...) así, como acción principal sólo cuenta una acción que satisfaga por sí misma la descripción que especifica el correspondiente tipo de acción, de modo tal que cualquiera otra acción que también pudiera hallarse causalmente conectada con el respectivo resultado exhibirá el estatus de una acción *auxiliar*, o de una acción *necesitada de complemento* y que la caracterización dogmática de esta contribución delictiva de una acción auxiliar es bajo una instancia de intervención accesoria, es decir, de participación”⁶³.

Si esto es así, pareciera ser que el análisis construido en torno a la contribución de Bemba mediante su incumplimiento se condice con una figura especial de complicidad, ya que su omisión traducida en el incumplimiento de ejercer adecuadamente un control sobre sus fuerzas (no tomó medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los delitos) sería auxiliar a la de los subordinados, dado que la omisión de Bemba sólo es relevante por la conducta realizada por las tropas del MLC. Esta interpretación implicaría aceptar, además, la posibilidad de que exista participación en la omisión (postura que por lo demás compartimos), es decir, que quien omite puede ser responsable a título de partícipe en la comisión del delito por parte de otro⁶⁴, y no que quien omite únicamente puede ser responsable a título de autor.

Siendo este el razonamiento, se podría decir que la contribución de Bemba podría ser susceptible de enmarcarse tanto dentro de la forma del 28 ER como en la figura del 25(3)(d)ER, debiendo aplicarse la primera por tratarse de una especial forma de complicidad expresamente contemplada por el Estatuto de Roma. Así,

⁶¹ Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo, Omisión del garante e intervención delictiva, en *Revista de Derecho*, U. Católica del Norte, Año 21, N° 2 (2014), p. 246.

⁶² MAÑALICH, Juan Pablo. 2012, Reglas primarias de obligación. Las “reglas del derecho penal” en El concepto de derecho de H.L.A. Hart, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11 (2012), pp. 582 y ss. [en línea] disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf

⁶³ MAÑALICH, Juan Pablo, “Omisión...”, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 250 y ss.

un razonamiento en torno a la teoría antes expuesta no alteraría el resultado final de la sentencia en los términos brevemente expuestos, es decir, seguiría siendo aplicable la figura del artículo 28 ER, pero permitiría explicar el fundamento de imputación, sin tener que recurrir al etiquetado de figura *sui generis*.

BIBLIOGRAFÍA

- CPI, Sala de Primera Instancia III, Fiscalía vs. Bemba, sentencia, 01/05-01/08, de 21 de marzo de 2016.
- CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II, Fiscalía vs. Bemba, resolución sobre confirmación de cargos, 01/05-01/08, de 15 de junio de 2009.
- GUERRERO, Camila, La responsabilidad del superior en la Corte Penal Internacional: situación de la República Centrafricana en el caso de la Fiscalía vs. Jean-Pierre Bemba. En: CÁRDENAS, C. y FERNÁNDEZ, K. (Eds.). *La Corte Penal Internacional: un enfoque práctico*, (Santiago, 2013).
- MAÑALICH, Juan Pablo, Omisión del garante e intervención delictiva, en *Revista de Derecho, U. Católica del Norte*, Año 21, N° 2 (2014).
- , 2012, “Reglas primarias de obligación. Las reglas del derecho penal en El concepto de derecho de H.L.A. Hart, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11 (2012), [en línea] disponible en: http://zis-online.com/dat/artikel/2012_11_716.pdf.
- ROXIN, Claus, Sobre la autoría y la participación en el derecho penal en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, (Buenos Aires, 1970).
- WINTER, Jaime, *La responsabilidad por el mando en el derecho penal internacional*, Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, (Santiago, 2009).