ACNUR
UNHCR
Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
United Nations High Comissioner for Refugees

60 YEARS • AÑOS

POLÍTICAS LEGALES Y DE PROTECCIÓN
SERIES DE INVESTIGACIÓN

La exclusión en una encrucijada: La interacción entre el derecho penal internacional y el derecho de refugiados en el ámbito de la responsabilidad extendida

Joseph Rikhof

Consejero, Sección sobre Crímenes de lesa Humanidad y Crímenes de Guerra, Ministerio de Justicia, Canadá

DIVISIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
Junio de 2011

PPLA/2011/06

DIVISIÓN DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL
ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR)
CP2500, 1211 Ginebra 2
Suiza

E-mail: hqpr02@unhcr.org
Página web: www.acnur.org

Este documento de referencia fue comisionado en noviembre de 2010 para la Reunión de Expertos sobre las complementariedades entre el derecho internacional de los refugiados, el derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, convocada por el ACNUR y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, realizada del 11 al 13 de abril de 2011 en Arusha, Tanzania.

Las opiniones expresadas en este artículo son del autor y no reflejan necesariamente las opiniones del Departamento de Justicia ni del gobierno de Canadá. Este documento incluye extractos del próximo libro del autor, *The Criminal Refugee: the Treatment of Asylum Seekers with a Criminal Background in International and Domestic Law* (Dordrecht: Republic of Letters Publishing, 2011). Este documento puede ser citado, usado como referencia y copiado con fines académicos, educativos o de otro tipo, que no sea comercial, sin la autorización previa del ACNUR a condición de que sean mencionados el autor y la fuente. El documento está disponible en http://www.acnur.org/bdl

© Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados 2011.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN **4**

2. RESPONSABILIDAD EXTENDIDA EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL **4**

2.1 ORDENAR 5
2.2 INSTIGAR 6
2.3 PLANEAR 6
2.4 AYUDAR Y ALENTAR 7
2.5 COMPLICIDAD 8
2.6 EMPRESA CRIMINAL CONJUNTA 9
2.7 COAUTORÍA 12
2.8 RESPONSABILIDAD SUPERIOR/DE MANDO 13
2.9 PERTENENCIA 14

3. DERECHO DE REFUGIADOS **16**

3.1 GENERAL 16
3.2 DESARROLLOS RECIENTES EN EL DERECHO DE REFUGIADOS 21

4. CONCLUSIÓN **27**

1. Introducción

El artículo 1F de la Convención de 1951 excluye a una persona de la obtención de los beneficios normalmente disponibles para los refugiados en el país al que han huido si:

> (a) […] ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;[1]
> (b) […] ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;[2]
> (c) […] se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.[3]

Los términos 'cometido' y 'culpable' han sido utilizados en la jurisprudencia de los nueve principales países en la aceptación de refugiados[4] para aplicar los conceptos de responsabilidad extendida. Si bien estos términos parecen ser textualmente diferentes, los tribunales y cortes encargados de temas de refugiados en estos países, por lo general, les han otorgado el mismo significado. Además, dada la referencia a los instrumentos internacionales en el artículo 1F(a), estas instituciones judiciales nacionales han buscado una relación con la noción de responsabilidad extendida desarrollada en el derecho penal internacional.

El presente trabajo examina tanto la jurisprudencia del derecho penal internacional como del derecho nacional sobre refugiados para evaluar los contornos de las diversas formas de responsabilidad indirecta, sus puntos de coincidencia, así como algunas dificultades que han sido encontradas en la aplicación de estos principios de la responsabilidad.

2. Responsabilidad extendida en el derecho penal internacional

Las áreas de responsabilidad que se discutirán son: ordenar, instigar, planificar, complicidad, empresa criminal conjunta, coautoría, responsabilidad del superior y pertenencia a una organización criminal.

---

[1] En el caso de los delitos establecidos en esta cláusula, los 'delitos de lesa humanidad' se han utilizado con mayor frecuencia, mientras que los delitos contra la paz han sido raramente aplicados, teniendo un solo caso en Bélgica en relación con un solicitante de asilo de Etiopía (*CPRR No. 99-1280/W7769, 6 de agosto de 2002*); Francia es el único país que ha utilizado el art. 1F(a), principalmente por genocidio, el art. 1F(b) por crímenes de guerra y el art. 1F(c) por delitos de lesa humanidad, ver, por ejemplo, *CRR, 15 de febrero de 2007, 564776, Mme. K. c. H; CNDA, 12 de febrero de 2009, 598383, K.,* y *CRR, 23 de mayo de 2007, 577110, A*., respectivamente.

[2] El art. 1F(b) se utiliza para delitos ordinarios como asesinato, agresión, tráfico de drogas, mientras que en algunos países, como Canadá (*Xie c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*) 2004 FCA 250) y los Países Bajos (*AbRS,* 30 de diciembre de 2009, No. 200902983/1), se utiliza también en el caso de delitos económicos como la malversación de fondos.

[3] El art. 1F(b) solía ser el pilar en el análisis de las actividades terroristas, pero esto cambió en 2001 cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en su Resolución 1373, equiparó el terrorismo con los actos contrarios a los principios de las Naciones Unidas, llevando a que varios países apliquen actualmente el art. 1F(c) para actividades terroristas, además de las violaciones de derechos humanos, a saber, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania y Países Bajos.

[4] Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Países Bajos, Nueva Zelanda, Reino Unido y Estados Unidos.

Conceptos como la conspiración, la tentativa y la incitación están fuera de los parámetros de este documento, ya que no son formas de responsabilidad indirecta, sino delitos incoados independientes.

2.1 Ordenar

Ordenar implica que una persona en posición de autoridad utiliza tal autoridad para convencer a otra a cometer una infracción[5] con la intención de que la realización de tal acto u omisión conduzca a la comisión de un delito o, a sabiendas de que existe una probabilidad substancial de que se cometería un delito con la realización de tal acto u omisión.[6]

Para que la persona que ordena el delito sea responsable se requiere que la persona que recibió la orden efectivamente proceda a cometer el delito.[7] Igualmente, debe ser demostrado un nexo causal entre el acto de ordenar y la consumación física del delito, en el sentido de que la orden debe haber tenido un efecto directo y sustancial en la comisión del acto ilícito.[8]

Si bien ordenar implica una relación superior-subordinado entre la persona que da la orden y la persona que la lleva a cabo,[9] no tendrá que probarse el control efectivo, ya que no es un elemento necesario de este modo de participación penal, ni se requiere una relación formal superior-subordinado para concluir que ha existido tal orden, siempre que la persona posea la autoridad para ordenar, incluyendo la autoridad *de facto*.[10] No es necesario que la orden se dé por escrito o en alguna forma particular.[11] No se requiere la presencia en la escena del crimen en este tipo de responsabilidad penal.[12]

---

[5] *Fiscal c. Nahimana et al*., Caso No. ICTR-99-52-A, Sentencia, 28 de noviembre de 2007, párr. 481 ('*Nahimana,* Sentencia de Apelación); *Fiscal c. Kalimanzira*, Caso No. ICTR-05-88-A, Sentencia, 20 de octubre de 2010, párr. 213 ('Kalimanzira, Sentencia de Apelación); *Procurador c. Đorđević*, Caso No. IT-05-87/1-T, Sentencia, 23 de febrero de 2011, párr. 1871 ('Đorđević, Sentencia de Primera Instancia').

[6] *Procurador c. Blaškić*, Caso No. IT-95-14-A, Sentencia, 29 de julio de 2004, párrafos 41-42 ('*Blaškić,* Sentencia de Apelación'); *Fiscal c. Kanyarukiga*, Caso No. ICTR-02-78-T, Sentencia de 1 de noviembre de 2010, párr. 620 ('*Kanyarukiga,* Sentencia de Primera Instancia'); *Đorđević,* Sentencia de Primera Instancia', nota 5, párr. 1871.

[7] *Nahimana*, Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 481 y *Đorđević,* Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1871.

[8] *Fiscal c. Kamuhanda*, Caso No. ICTR-99-54-A, Sentencia, 19 de septiembre de 2005, párr. 76 ('*Kamuhanda*, Sentencia de Apelación); *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1871.

[9] *Fiscal c. Semanza*, Caso No. ICTR-97-20-A, Sentencia, 20 de mayo de 2005, párr. 360 ('*Semanza,* Sentencia de Apelación').

[10] *Semanza*, Sentencia de Apelación, nota 9, párr. 361; *Procurador c. Boškoski y Tarčulovski*, Caso No. IT-04-82-A Sentencia, 19 de mayo de 2010, párr. 164 ('*Boškoski y Tarčulovski,* Sentencia de Apelación); Kanyarukiga, Sentencia de Primera Instancia, nota 6, párr. 620; *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1871.

[11] *Kamuhanda*, Sentencia de Apelación, nota 8, párr. 76; *Boškoski y Tarčulovski,* Sentencia de Apelación, nota 10 supra, párr. 160; *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1871.

[12] *Boškoski y Tarčulovski*, Sentencia de Apelación, nota 10 supra, párr. 125.

2.2 Instigar

La instigación implica inducir a otro a cometer una infracción[13] con la intención de que se cometa un delito o inducir un acto u omisión a sabiendas de que existe una posibilidad substancial de que se cometería un delito debido a la realización de ese acto u omisión.[14] Se requiere un nexo causal entre la instigación y la consumación física del delito en el sentido que la instigación haya contribuido sustancialmente a la conducta de la persona que cometió el delito.[15] Sin embargo, no será necesario probar que el delito no habría sido perpetrado sin la instigación.[16]

Tanto la conducta expresa como implícita puede constituir instigación.[17] No se requiere la presencia en la escena del delito para este tipo de responsabilidad penal.[18]

2.3 Planear

La planeación requiere que una o más personas planeen o diseñen una conducta delictiva que constituya uno o más delitos que luego son efectivamente perpetrados, al menos con el conocimiento de que existe una probabilidad substancial de que se cometerá un delito en la ejecución de ese plan.[19] Esto implica que una o varias personas contemplan el diseño de la comisión de un delito, tanto en la fase preparatoria como ejecutiva.[20]

El nivel de participación de los acusados en la planificación debe ser sustancial, como formular efectivamente el plan criminal o apoyar un plan propuesto por otro.[21] La persona que perpetró el *actus reus* del delito debe haber actuado en cumplimiento del plan.[22] En este sentido, será suficiente demostrar que la planificación fue un factor que contribuyó sustancialmente a esta conducta

---

[13] *Nahimana,* Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 440; *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1870.
[14] *Procurador c. Kordic y Čerkez*, Caso No. IT-95-14/2-A, Sentencia, 17 de diciembre de 2004, párrafos 27, 30 ('*Kordić y Čerkez,* Sentencia de Apelación'); *Fiscal c. Fofana y Kondewa*, Caso No. SCSL-04-14-A, Sentencia, 28 de mayo de 2008, párr. 51 ('*CDF,* Sentencia de Apelación'); *Kanyarukiga*, Sentencia de Primera Instancia, nota 6, párr. 619 y *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1870.
[15] *Nahimana*, Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 678 y *Fiscal c. Munyakazi*, Caso No. ICTR-97-36A-T, Sentencia, 5 de julio de 2010, párr. 428; *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1870.
[16] *Kordić y Čerkez,* Sentencia de Apelación, nota 14 supra, párr. 27; *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1870.
[17] *Kamuhanda*, Sentencia de Apelación, nota 8, párr. 593; *Boškoski y Tarčulovski,* Sentencia de Apelación, nota 10 supra, párr. 157.
[18] *Boškoski y Tarčulovski,* Sentencia de Apelación, nota 10 supra, párr. 125.
[19] *Nahimana*, Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 479; *Fiscal v, Brima, Kamara y Kanu*, Caso No. SCSL-2004-16-A, Sentencia, 22 de febrero de 2008, párr. 301 ('*AFRC* Sentencia de Apelación'); *Đorđević*, Sentencia de Primera Instancia, nota 5, párr. 1869.
[20] *Kordić y Čerkez,* Sentencia de Apelación, nota 14 supra, párr. 26.
[21] *Fiscal c. Seromba*, Caso No. ICTR-2001-66-T, Sentencia, 13 de diciembre de 2006, párr. 303 ('*Seromba*, Sentencia de Primera Instancia); *AFRC* Sentencia de Apelación, nota 19 supra, párr. 301.
[22] *Procurador c. Galić*, Caso No. IT-98-29-T, Sentencia, 5 de diciembre de 2003, párr. 168.

criminal.[23] No se requiere la presencia en la escena del crimen para este tipo de responsabilidad penal.[24]

2.4 Ayudar y alentar[25]

El *actus reus* de ayudar y alentar consiste en la asistencia práctica, la motivación o el apoyo moral que tienen un efecto substancial en la comisión de un delito internacional.[26] Ayudar y alentar por sí solos son suficientes para que el autor sea penalmente responsable.[27] El hecho de ayudar y alentar puede ser cometido en un momento y lugar diferentes a los del delito efectivo.[28]

La mera presencia en la escena del delito puede ser un ejemplo de omisión. Mientras que dicha presencia de un individuo en posición de autoridad superior no es suficiente para concluir que ha alentado o ayudado en la comisión del delito, la presencia de una persona con autoridad superior, como un comandante militar, puede ser un indicio probatorio para determinar si esa persona ayudó o alentó a los autores del crimen.[29] Cuando la presencia de una persona otorga legitimidad o proporciona apoyo al autor material, esto puede ser suficiente para constituir la figura de ayudar y alentar.[30] También es posible ayudar y alentar cuando un comandante permite el uso de los recursos bajo su control, incluyendo personal, para facilitar la comisión de un delito.[31]

---

[23] *Procurador c. Popović et al*., Caso No. IT-05-88-T, Sentencia, 10 de junio de 2010, párr. 1006 ('*Popović et al*, Sentencia de Apelación'); *Kanyarukiga*, Sentencia de Apelación, nota 6, párr. 618.

[24] *Boškoski y Tarčulovski*, Sentencia de Apelación, nota 10 supra, párr. 125.

[25] Si bien los términos 'ayudar y alentar' se utilizan generalmente en conjunto, las dos nociones son ligeramente diferentes en tanto que la ayuda se refiere a algún tipo de asistencia física en la comisión del delito, mientras que alentar connota motivación u otra forma de persuasión moral, ver W.A. Schabas, *La Corte Penal Internacional: Un comentario del Estatuto de Roma* (Oxford: OUP, 2010) 434.

[26] *Nahimana*, Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 482 y *Popović et al*., Sentencia de Primera Instancia, nota 23, supra, párr. 1014; *Fiscal c. Rukundo*, Caso No. ICTR-2001-70-A, Sentencia, 20 de octubre de 2010, párr. 52 ('*Rukundo*, Sentencia de Apelación') y *Kanyarukiga*, Sentencia de apelación, nota 6, párr. 621. No ha habido desacuerdo a nivel de la Cámara de Primera Instancia en cuanto a si la contribución debía ser 'directa y substancial'. El requisito de 'directa' se añadió en los casos: *Procurador c. Tadić*, Caso No. IT-94-1-T, Sentencia, 7 de mayo de 1997, párrafos 730, 738 y *Procurador c. Mucić et al*., Caso No. IT-96-21-T, Sentencia, 16 de noviembre de 1998, párrafos 325-327, mientras que no estaba presente en el *Procurador c. Furundzija*, caso No. IT-95-17/1-T, Sentencia, 10 de diciembre de 1998, párrafos 225, 234; *Procurador c. Aleksovski*, Caso No. IT-95-14/1-T, Sentencia, 25 de junio de 1999, párr. 61; *Fiscal c. Rutaganda*, Caso No. ICTR-96-3-T, Sentencia, 6 de diciembre de 1999, párr. 42; *Fiscal c. Musema*, Caso No. ICTR-96-13-T, Sentencia, 27 de enero de 2000, párr. 126 y *Procurador c. Blaškić*, Caso No. IT-95-14-T, Sentencia, 3 de marzo de 2000, párr. 283 a 288. El requisito de contribución 'directa' fue eliminado en: *Procurador c. Tadić*, Caso No. IT-94-1-A, Sentencia, 15 de julio de 1999, párr. 229 ('*Tadić*, Sentencia de Apelación'), ver también *Fiscal c. Kayishema y Ruzindana*, Caso No. ICTR-95-1-A, Sentencia, 1 de junio de 2001, párrafos 191 a 194.

[27] *Procurador c.Vasiljević*, Caso No. IT-98-32-A, Sentencia, 25 de febrero de 2004, párr. 102 ('*Vasiljević,* Sentencia de Apelación').

[28] *Procurador c. Blagojević y Jokić*, Caso No. IT-02-60-T, Sentencia, 17 de enero de 2005, párrafos 154, 157-158 ('*Blagojević y Jokić*, Sentencia de Apelación'); CDF Sentencia de Apelación, nota 14, supra, párr. . 72.

[29] *Procurador c. Boškoski y Tarčulovski*, Caso No. IT-04-82-T, Sentencia, 10 de julio de 2008, párr. 402 ('*Boškoski y Tarčulovski*, Sentencia de Primera Instancia'); *Seromba*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 308.

[30] *Boškoski y Tarčulovski* Sentencia de Apelación, nota 29 supra, párr. 402; *Fiscal c. Mpambara*, Caso No. ICTR-01-65-T, Sentencia, 11 de septiembre de 2006, párr. 22.

[31] *Fiscal c. Bagosora y et al.*, Caso No. ICTR-98-41-T, Sentencia, 18 de diciembre de 2008, párr. 2009.

El *mens rea* requerido para ayudar y alentar es el conocimiento de que la asistencia práctica, la motivación o el apoyo moral asisten o facilitan la comisión del delito aunque el acusado no tenga la intención de cometer el delito.[32] No es necesario que el ayudante y alentador conozca el delito exacto que se pretendía cometer y que fue cometido, sino que debe conocer los elementos esenciales del delito cometido por el autor principal, incluyendo el estado mental del autor principal.[33] Sin embargo, el ayudante y alentador no tiene que compartir la intención de los autores principales[34] ni tampoco tiene que saber quién está cometiendo el delito.[35]

Con respecto al concepto de ayudar y alentar el genocidio, en el caso *Akayesu* se encontró que este tipo de comisión está presente si una persona sabía que ayudaba o alentaba a una o más personas en la comisión del genocidio, aún sabiendo que tal persona o personas habían perpetrado el genocidio, aún cuando el ayudante y alentador no tuviera la intención específica de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.[36]

2.5 Complicidad

Aunque los términos complicidad y ayudar y alentar parecen ser similares,[37] han sido objeto de debate en la jurisprudencia del TPIY y el TPIR. Puesto que los Estatutos del TPIY y el TPIR contienen una disposición específica con respecto a la complicidad en el genocidio[38] y al mismo tiempo cuentan con una disposición general sobre responsabilidad extendida que incluye ayudar y alentar el genocidio,[39] surgió la cuestión de si estos dos conceptos se superponen.

La respuesta proporcionada por la jurisprudencia fue que la figura de ayudar y alentar es sólo un aspecto de la noción más amplia de complicidad y que respecto al genocidio el *mens rea* de la complicidad, que va más allá de ayudar y alentar, podría ser la intención más restringida y específica de genocidio.[40] Se ha dicho también que la complicidad en el genocidio requiere un acto positivo,

---

[32] *Procurador c. Brđanin*, Caso No. IT-99-36-A, Sentencia, 3 de abril de 2007, párr. 484 ('*Brđanin*, Sentencia de Apelación'), *Popović et al*., Sentencia de Primera Instancia, nota 23, supra, párr. 1016. Parecería que el art. 25 (3) (c) del Estatuto de la CPI impone un mayor nivel de *mens rea* añadiendo las palabras 'con el propósito de facilitar la comisión'.

[33] *Nahimana*, Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 482 y *AFRC,* Sentencia de Apelación, nota 19 supra, párrafos 242-243; CDF Sentencia de Apelación, nota 14 supra, párr. 367.

[34] *Seromba*, Sentencia de Primera Instancia, nota 21 supra, párr. 309

[35] *Brđanin*, Sentencia de Apelación, nota 32 supra, párr. 355.

[36] *Fiscal c. Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia, 2 de septiembre de 1998, párr. 545 ('*Akayesu*, Sentencia de Primera Instancia'); *Procurador c. Krstić*, Caso No. IT-98-33-A sentencia, 19 de abril de 2004, párr. 140 ('*Krstić,* Sentencia de Apelación'); *Rukundo*, Sentencia de Apelación, nota 26, párrafos 52, 61 y *Kalimanzira*, Sentencia de Apelación, nota 5, párr. 220, ver, Tribunal Especial para el Líbano, Decisión interlocutoria sobre la legislación aplicable: Terrorismo, conspiración, homicidio, ejecución, cargos acumulados, Caso No. STL-II-OI/I/AC/RI76bis, Sala de Apelaciones, 16 de febrero de 2011, párr. 249

[37] *Procurador c. Blagojević*, Caso No. IT-02-60-T, Sentencia, 27 de enero de 2005, párr. 777.

[38] Art. 4 (3) (e) del Estatuto del TPIY y 2 (3) (e) del Estatuto del TPIR.

[39] Art. 7 (1) del Estatuto del TPIY y el art. 6 (1) del Estatuto del TPIR.

[40] *Krstić*, Sentencia de Apelación, nota 36 supra, párrafos 137-139; *Fiscal c. Ntakirutimana*, Caso No. ICTR-96-10-A y el ICTR-96-17-A sentencia, 13 de diciembre de 2004, párr. 371; *Blagojević y Jokić*, Sentencia de Apelación, nota 28 supra, párrafos 679, 784 y *Procurador c. Krajišnik*, Caso No. IT-00- 39 y 40-T, Sentencia, 28 de noviembre

mientras que en el caso del ayudar y alentar el mismo delito puede lograrse incumpliendo una acción o absteniéndose de tomar medidas.[41]

La cuestión sigue sin resolverse en el TPIY y el TPIR[42] pero se ha dirimido en el Estatuto de la CPI separando el crimen de genocidio de los medios de cometer tal delito y suprimiendo el término 'complicidad'.

2.6 Empresa criminal conjunta

Con respecto a los aspectos legales de este concepto, la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del TPIY, en general, ha distinguido tres tipos de ECC.[43]

En la primera forma de empresa criminal conjunta, todos los coautores tienen la misma intención de influir en el propósito común, es decir, el delito. La segunda forma de empresa criminal conjunta, la forma 'sistémica', una variante de la primera forma, se caracteriza por la existencia de un sistema delictivo organizado, particularmente en el caso de campamentos de concentración o detención. Esta forma de empresa criminal conjunta requiere el conocimiento personal del sistema organizado y la intención de promover los fines delictivos de tal sistema.

La tercera forma 'extendida' de empresa criminal conjunta conlleva la responsabilidad por los delitos cometidos más allá del propósito común, pero que, no obstante, son una consecuencia natural y previsible del propósito común. El requisito del *mens rea* en la forma extendida es doble. En primer lugar, el acusado debe tener la intención de participar y contribuir al propósito delictivo común. En segundo lugar, con el fin de ser considerado responsable de delitos que no eran parte del propósito delictivo común, pero que, sin embargo, eran una consecuencia natural y previsible del mismo, el acusado también debe tener conocimiento de que un miembro del grupo podría cometer este delito e intencionalmente tomar el riesgo de que tal delito pudiera ocurrir al incorporarse o continuar participando en la empresa.

Los requisitos generales para este tipo de responsabilidades son las siguientes:

- una pluralidad de personas, quienes no necesitan estar organizadas en una estructura militar, política o administrativa;

2006, párrafos 864-866. Ver, sin embargo, Opinión Disidente Parcial del Juez Shahabuddeen en *Krstić,* Sentencia de Apelación, nota 36 supra, párrafos 59-68; *Procurador c. Milosević*, Caso No. IT-02- 54-T, Decisión sobre Moción de de Sentencia Absolutoria, 16 de junio de 2004, párr. 290 a 297 y *Fiscal c. Karemera et al*., Caso No. ICTR-98-44-T, Decisión sobre Mociones de la Defensa que cuestionan el alegato de empresa criminal conjunta por el cargo de complicidad en genocidio en la acusación enmendada, 18 de mayo de 2006, párr. 6.

[41] *Akayesu*, Sentencia de Primera Instancia, nota 36 supra, párrafos 547-548; *Fiscal c. Musema*, Caso No. ICTR-96-13-T, Sentencia, 27 de enero de 2000, párr. 183 ('*Musema*, Sentencia de Primera Instancia').

[42] *Krstić*, Sentencia de Apelación, nota 36 supra, párr. 142, nota 247.

[43] *Tadić*, Sentencia de Apelación, nota 26, párr. 227; *Vasiljević*, Sentencia de Apelación, nota 27 supra, párr. 100; *Procurador c. Stakić*, caso No. IT-97-24-A, Sentencia, 22 de marzo de 2006, párr. 64 ('*Stakić*, Sentencia de Apelación').

- la existencia de un plan, diseño o propósito común que equivale o involucra la comisión de un delito. No es necesario que este plan, diseño o propósito haya sido previamente organizado o articulado. El plan o propósito común puede materializarse extemporáneamente y se infiere del hecho que una pluralidad de personas actúa al unísono para poner en práctica una empresa criminal conjunta;
- la participación del acusado en el diseño conjunto, involucrando la comisión de uno de los delitos internacionales. Esta participación no implica necesariamente la comisión de un delito específico bajo alguna de esas disposiciones, sino que puede tomar la forma de asistencia o contribución en la ejecución del plan o propósito común; la participación en la empresa debe ser significativa, representando un acto u omisión que hace que una empresa sea eficiente o efectiva, por ejemplo, una participación que permita que el sistema funcione mejor o sin contratiempos.[44]

Recientemente se han realizado algunas mejoras y aclaraciones sobre estos principios generales. En general, la doctrina de la empresa criminal conjunta puede aplicarse a los funcionarios de alto nivel[45] y no se limita a los casos a pequeña escala, sino que también puede aplicarse a grandes empresas criminales.[46] Por otro lado, cuando el propósito común incluye delitos cometidos en una extensa zona geográfica, una persona puede ser penalmente responsable por su participación en la empresa aún cuando su contribución en la empresa ocurriera sólo en una pequeña zona geográfica.[47]

Con respecto a las dos primeras categorías, se ha dejado en claro que la mera pertenencia a un grupo que tiene un propósito delictivo común no es suficiente.[48] Sin embargo, no se requiere que cada miembro de la ECC sea identificado por su nombre, sino que puede ser suficiente la referencia a categorías o grupos de personas.[49] El objetivo delictivo común de la ECC también puede evolucionar con el tiempo, siempre que los miembros acuerden esta modificación de significados. Esto quiere decir que los delitos que constituyen el objetivo común pueden evolucionar y cambiar con el transcurso del tiempo y, como tal, la ECC puede tener diferentes participantes en diferentes momentos.[50]

No es necesario que las personas que llevan a cabo el *actus reus* del delito formen parte del propósito común siendo participantes o miembros de la ECC. En consecuencia, las personas que llevan a cabo el delito no tienen que compartir la intención del delito con los participantes en el propósito común. El estado mental de las personas que llevan a cabo el delito tampoco es un factor determinante para establecer la intención requerida para los participantes en una ECC. Sin embargo, si un miembro de la

---

[44] *Tadić*, Sentencia de Apelación, nota 26, párr. 227; *Vasiljević*, Sentencia de Apelación, nota 27 supra, párr. 100; *Stakić*, Sentencia de Apelación, nota 43 supra, párr. 64.
[45] *Procurador c. Krajišnik*, Caso No. IT-00-39-A, Sentencia, 17 de marzo de 2009, párr. 194 ('*Krajišnik,* Sentencia de Apelación').
[46] *Brđanin*, Sentencia de Apelación, nota 32 supra, párr. 425.
[47] *Tadić*, Sentencia de Apelación, nota 26, párr. 199 y *Popović et al*., Sentencia de Primera Instancia, nota 23, supra, párr. 1024.
[48] *Procurador c. Brđanin*, Caso No. IT-99-36, Sentencia, 1 de septiembre de 2004, párr. 263.
[49] *Krajišnik*, Sentencia de Apelación, nota 45 supra, párr. 156.
[50] *Krajišnik*, Sentencia de Apelación, nota 45 supra, párr. 163.

ECC utiliza un no miembro para cometer un delito, tal delito debe remontarse al miembro de la ECC.[51]

Con respecto al factor de contribución, la participación o contribución del acusado al propósito común no tiene que ser fundamental, pero por lo menos debería ser una contribución significativa a los delitos cometidos.[52] El hecho de que diferentes personas pueden tener diferentes niveles de participación no niega la existencia de una ECC y el diferente grado de implicación puede resolverse en la etapa acusatoria.[53]

Con respecto a la tercera categoría de ECC una persona:

> […] sólo puede ser considerada responsable de un delito extraño al objetivo común, si bajo las circunstancias del caso: (i) era previsible que tal delito podía ser cometido por uno u otros miembros del grupo, y (ii) el acusado asumió el riesgo por su propia voluntad (*dolus eventualis*). Se debe demostrar que el delito era previsible para el acusado en particular.[54]

Asumir un riesgo por voluntad propia encarna la decisión de participar en una ECC con el conocimiento de que un acto delictivo sería una consecuencia posible de la implementación de esa empresa.[55] Según la tercera categoría de responsabilidad por ECC, el acusado no tiene que poseer la intención requerida para el delito cometido fuera del propósito común. Esto también se aplica a los delitos con intención específica. El estado mental de la persona o personas que realizan el delito extendido no es relevante para determinar el estado mental del acusado, pero es determinante para concluir cuál delito extendido fue cometido.[56] Según la jurisprudencia del TPIY, la ECC también puede ser base para la responsabilidad en el genocidio, incluyendo la tercera categoría.[57]

La ECC ha sido utilizada fuera del contexto del TPIY y el TPIR en los procedimientos del Tribunal Especial para Sierra Leona[58], así como en las Salas Extraordinarias de los Tribunales de Camboya, aunque en esta última institución se decidió que la tercera categoría no era parte del derecho internacional consuetudinario y no fue incluida en la legislación de Camboya durante el tiempo de jurisdicción de las Cámaras, en la década de 1970.[59]

---

[51] *Krajišnik*, Sentencia de Apelación, nota 45 supra, párrafos 225-226.
[52] *Krajišnik*, Sentencia de Apelación, nota 45 supra, párr. 215. Esto implica un menor nivel de contribución en la ECC, en comparación con la figura de ayudar y alentar.
[53] *Brđanin*, Sentencia de Apelación, nota 32 supra, párr. 432.
[54] *Brđanin*, Sentencia de Apelación, nota 32 supra, párr. 365
[55] *Brđanin*, Sentencia de Apelación, nota 32 supra, párr. 411.
[56] *Popović et al*., Sentencia de Primera Instancia, la nota 23, supra, párr. 1031.
[57] *Procurador c. Brđanin*, Caso No. IT-99-36-A, Decisión sobre Apelación Interlocutoria, 19 de marzo de 2004, párr. 50 a 10
[58] *AFRC*, Sentencia de Apelación, nota 19 supra, párrafos 72-86 y *Fiscal c. Sesay et al*., Caso No. SCSL-04-14-A sentencia, 26 de octubre de 2009, párrafos 295-306 y 312 a 318.
[59] *Co-Fiscales c. Nuon*, expediente No. 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC38), Decisión sobre las Apelaciones contra la Orden los Jueces de co-instrucción sobre la empresa criminal conjunta (ECC), 20 de mayo de 2010, párrafos 69 a 72 en relación con la ECC I y II y los párr. 77, 83 y 87 para la ECC III; ver también *Kaing Guek Eav alias Duch*. Expediente 001/18-07-2007/ECCC/TC, Sentencia, 26 de julio de 2010, párr. 504-513

El Estatuto de la CPI incluye un concepto similar al de ECC, es decir, una finalidad común, cuya formulación se basa en el Convenio Internacional para la represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas de 1997 y que en general se considera que incluye los conceptos de la ECC I y II, pero no los 'límites externos'[60] de la ECC III.[61]

2.7 Coautoría

Mientras que el TPIY y, en menor medida, el TPIR han utilizado la ECC como una herramienta fundamental para determinar la responsabilidad de personas por la comisión de delitos internacionales,[62] la CPI parece haber adoptado el concepto de coautoría.[63]

Existen tres formas de cometer un delito como autor en el marco del Estatuto de la CPI, a saber, cuando una persona:

(a) físicamente lleva a cabo los elementos objetivos del delito (comisión del delito en persona, o comisión directa);

(b) tiene, junto con otros, el control sobre el delito en razón de las tareas que le han sido asignadas (comisión del delito junto con otros, o coautoría); o

(c) controla la voluntad de aquellos que llevan a cabo los elementos objetivos del delito (comisión del delito a través de otra persona, o comisión indirecta).[64]

---

[60] Art. 25.3 (d). Ver R. Cryer, H. Friman, D. Robinson y E. Wilmhurst, *Introducción al derecho y procedimiento penal internacional*, 2ª ed. (Cambridge: CUP, 2010) 374; E. van Sliedregt, *La responsabilidad penal de los individuos por violaciones al derecho internacional humanitario* (La Haya: T.M.C. Asser Press, 2003) 108-109; y F. Lafontaine, 'Partes de delitos previstos en ley sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra de Canadá: Un análisis de la principal responsabilidad y complicidad' (2009) 50 *Les Cahiers de Droit* 967, 998.

[61] Existiría una posible aclaración sobre este tema en una de los más reciente mandatos de arresto emitida por la CPI basada exclusivamente en la disposición sobre finalidad común contenida en el Estatuto de la CPI, acusando al Secretario Ejecutivo de las FDLR en la República Democrática del Congo por delitos de guerra y de lesa humanidad cometidos por este grupo armado, ver *Fiscal c. Mbarushimana*, Caso No. ICC-01/04-01/10, mandato de arresto contra Callixte Mbarushimana, 28 de septiembre de 2010, párr. 8.

[62] G. Boas, J.L. Bischoff y N.L. Reid, *Formas de responsabilidad en el derecho penal internacional* (Cambridge: CUP, 2007) 420-422.

[63] Art. 25 3 (a) del Estatuto de la CPI, sobre coautoría directa ('con otro') o la coautoría indirecta ('por conducto de otro'), y se ha utilizado en casi la mitad de los mandatos de arresto emitidos. La coautoría fue rechazada por la mayoría de jueces de la Cámara de Apelaciones del TPIY en la Sentencia de Apelación en *Stakić*, nota 43 supra, párrafos 58-63; Opinión Separada del Juez Shahabuddeen en *Fiscal c. Gacumbitsi*, Caso No. ICTR-2001-64-A, Sentencia, 7 de julio de 2006, párrafos 42-52; Opinión Separada del Juez Schomburg sobre la responsabilidad penal del recurrente por la comisión de genocidio en *Fiscal c. Gacumbitsi*, Caso No. ICTR-2001-64-A, Sentencia, 7 de julio de 2006, los párrafos 17 a 27; Opinión disidente del juez Schomburg en *Procurador c. Simić*, Caso No. IT-95-9-A, Sentencia, 28 de noviembre de 2006, párrafos 11-21.

[64] *Fiscal c. Lubanga*, *Situación en la RDC*, Caso No. ICC-01/04-01/06-803, Decisión sobre la confirmación de los cargos, 29 de enero de 2007, párr. 332 ('*Lubanga*, Decisión sobre la confirmación de cargos'); *Fiscal c. Katanga y Chui*, *Situación en la RDC*, Caso No. ICC-01/04-01/07-717, Decisión sobre la confirmación de cargos, 30 de septiembre de 2008, párr. 488 ('*Katanga y Chui*, Decisión sobre la confirmación de cargos'); *Fiscal c. Abu Garda*, *Situación en Darfur, Sudán*, Caso No. ICC-02/05-02/09-243, Decisión sobre la confirmación de cargos, 8 febrero de 2010, párr. 153 ('*Abu Garda*, Decisión sobre la confirmación de cargos').

También se puede hacer la distinción entre principales y accesorios en una situación con una pluralidad de personas a través de un espectro en el cual se enfaticen los diferentes aspectos de la participación. Si la manifestación objetiva del delito (donde todos los elementos son llevados a cabo por la misma persona) es el punto focal de la investigación, esto puede llamarse un enfoque objetivo con una persona responsable como principal. El enfoque subjetivo no examina principalmente el nivel de contribución, sino la intención común de llevar a cabo un delito, como propone la doctrina de la ECC o propósito común. La coautoría se centra en el grado de control ejercido por una persona que se aparta de la escena del crimen, pero tiene el control o es el cerebro detrás de la comisión de los delitos.[65]

El *actus reus* de la coautoría es doble, la existencia de un acuerdo o plan común entre dos o más personas y la contribución esencial coordinada por cada una de estas personas, que conduce a la comisión de un delito.[66] El *mens rea* de este tipo de responsabilidad tiene tres componentes, a saber, el elemento subjetivo de coautores con respecto al delito subyacente; en segundo lugar, el hecho de que los coautores son mutuamente conscientes y aceptan mutuamente que la implementación de su plan común puede dar lugar a la realización de los elementos objetivos del delito; y en tercer lugar, el hecho de que las personas son conscientes de las circunstancias de hecho que les permiten controlar el delito de forma conjunta.[67]

2.8 Responsabilidad superior/de mando

Un superior estará sujeto a responsabilidad penal individual si existen los siguientes elementos: una relación de superior-subordinado; el superior sabía o tenía razones para saber que se iba a cometer un acto delictivo, que estaba siendo cometido o que había sido cometido; y el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir la conducta en cuestión.[68]

Una relación superior-subordinado existe cuando un superior tiene el control efectivo sobre un subordinado, lo que significa que el superior tiene la capacidad material de prevenir o reprimir la conducta criminal del subordinado.[69] La responsabilidad superior puede surgir en virtud del poder *de*

---

[65] *Lubanga*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, párrafos 327-331.

[66] *Lubanga*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, párrafos 343-348; *Katanga y Chui*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, párrafos 519-526; *Fiscal c. Bemba*, situación en la República Centroafricana, la sentencia No. ICC-01/05-01/08-424, la confirmación de la Decisión de Cargos, 15 de junio de 2009, párr. 350 ('Bemba, Decisión sobre la confirmación de cargos'); *Abu Garda*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, para.160.

[67] *Lubanga*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, párrafos 349-350; *Katanga y Chui,* Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, párrafos 527-528, 533-534 y 538-539; *Bemba*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 66 supra, párr. 351, *Abu Garda*, Decisión sobre la confirmación de cargos, nota 64 supra, párr. 161.

[68] *Procurador c. Orić*, Caso No. IT-03-68-A, Sentencia, 3 de julio de 2008, párr. 18 ('*Orić,* Sentencia de Apelación'). Para una descripción más detallada ver el art. 28 del Estatuto de la CPI.

[69] *Orić*, Sentencia de Apelación, nota 68 supra, párr. 20. En el contexto de Ruanda, se consideró que un sacerdote puede tener un control efectivo, ver *Fiscal c. Nsengimana*, Caso No. ICTR-01-69-T, Sentencia, 17 de noviembre de 2009, párrafos 819-828.

jure o *de facto* del superior sobre el subordinado pertinente.[70] La posesión del poder *de jure* no será suficiente para determinar la responsabilidad superior si no se manifiesta en el control efectivo.[71] Un superior no puede incurrir en responsabilidad por delitos cometidos por un subordinado antes de asumir su posición como superior.[72] Sin embargo, un superior puede incurrir en responsabilidad superior sin importar cuán lejos de la cadena de autoridad pueda estar el subordinado[73] e incluso si el subordinado ha participado en la comisión de delitos a través de intermediarios.[74]

Con respecto al segundo requisito, este elemento se cumple si el superior sabía o tenía razones para saber que el acto delictivo de un subordinado fue cometido, se estaba cometiendo o estaba por cometerse.[75] Un superior tenía razones para saber sólo si tuvo acceso a la información que le habría puesto sobre aviso de los delitos cometidos por los subordinados.[76] La 'razón para saber estándar' se cumple si el superior poseía información suficientemente alarmante como para justificar una investigación posterior.[77]

En lo que respecta al tercer requisito, las medidas necesarias representan la acción apropiada que demuestra que el superior realmente trató de impedir o sancionar, mientras que las medidas razonables son las que están razonablemente bajo el poder material del superior.[78] No se espera que el superior realice lo imposible pero debe utilizar todos los medios de los que sea capaz.[79] Dichas medidas podrán incluir la realización de una investigación; la transmisión de la información en posesión de un superior a las autoridades administrativas o judiciales competentes; dar órdenes especiales destinadas a implantar que prácticas ilegales de los subordinados se ajusten a las reglas de la guerra; criticar o protestar contra la acción delictiva; reportar el asunto a las autoridades competentes; o insistir ante una autoridad superior para que se tomen medidas inmediatas.[80]

2.9 Pertenencia

Después de la Segunda Guerra Mundial, la pertenencia fue tanto una forma de responsabilidad accesoria como un delito incoado.[81] El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg le permitió declarar la ilegalidad de una organización y cuatro organizaciones recibieron este título: el

---

[70] *Procurador c. Mucić et al*., Caso No. IT-96-21-T, Sentencia, 16 de noviembre de 1998, párrafos 195-197.
[71] *Procurador c. Halilović*, Caso No. IT-01-48-A sentencia, 16 de octubre de 2007, párr. 204
[72] *Procurador c. Hadžihasanović et al*., Caso No. IT-01-47-AR72, Decisión sobre la Apelación Interlocutoria que cuestiona la competencia en materia de responsabilidad de mando, 16 de julio de 2003, párrafos 37-56 y *Procurador c. Halilovic*, Caso No. IT -01-48-A, Sentencia, 16 de octubre de 2007, párr. 67;
[73] Enfoque sobre ECC, *Blaškić*, Sentencia de Apelación, nota 6, párr. 67
[74] *Orić*, Sentencia de Apelación, nota 68 supra, párr. 20
[75] *Kordić y Čerkez*, Sentencia de Apelación, nota 14 supra, párr. 839.
[76] *Procurador c. Krnojelac*, Caso No. IT-97-25-A, Sentencia, 17 de septiembre de 2003, párr. 156.
[77] *Procurador c. Strugar*, Caso No. IT-01-42-A, Sentencia, 17 de julio de 2008, párr. 298, *Popović et al*., Sentencia de Primera Instancia, nota 24, párr. 1041.
[78] *Orić*, Sentencia de Apelación, nota 68 supra, párr. 177.
[79] *Popović et al.,* Sentencia de Primera Instancia, nota 23, supra, párr. 1043.
[80] *Popović et al*. Sentencia de Primera Instancia, nota 23, supra, párr. 1045.
[81] Para un análisis detallado, ver van Sliedregt, nota 60, 20-28 y S. Darcy, *Responsabilidad y rendición de cuentas colectivas en el derecho internacional* (Leiden: Transnational Publishers, 2007) 257-291.

Liderazgo del Partido Nazi, la Gestapo, el SD y la SS[82], aunque este concepto también fue aplicado a otras organizaciones en la legislación y la jurisprudencia nacionales.[83] En virtud de este sistema una persona se hace responsable si se encuentra que pertenecía a una designada organización y tuvo conocimiento de que la organización era utilizada para propósitos delictivos.

Este concepto ha caído en desuso desde entonces[84], pero el razonamiento judicial para no aplicar este concepto no es claro. La discusión de la pertenencia era parte del desarrollo del enfoque de ECC y en ese contexto, se ha dejado en claro que la mera pertenencia a una ECC, sin otro plan o actividades, no es suficiente para suscitar la responsabilidad.[85]

Se expresó un comentario inequívoco acerca de la noción de pertenencia en la jurisprudencia del TPIY en el caso *Stakić* cuando la Cámara declaró que:

> […] la empresa criminal conjunta no puede ser vista como la pertenencia a una organización porque esto constituiría un nuevo delito no previsto en el Estatuto y, por lo tanto, constituiría una infracción flagrante del principio *nullum crimen sine lege*.[86]

Esta sentencia se refiere a una decisión de la Cámara de Apelaciones, que llega a la misma conclusión, pero, al hacerlo, hace mención al informe explicativo sobre la creación del TPIY del Secretario General, incluyendo la siguiente frase: 'el Secretario General considera que este concepto no debe *conservarse* en lo que respecta al Tribunal Internacional'.[87] Esto podría interpretarse como un reconocimiento de que la pertenencia a organizaciones criminales era parte del derecho penal internacional en 1993, pero que por razones jurisdiccionales se consideró que no era conveniente incluirlo en el Estatuto del TPIY.[88] La decisión en *Stakić* no se refiere a esta parte de la decisión de la

---

[82] Juicio de los principales criminales de guerra del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, 14 de noviembre de 1945 – 1 de octubre de 1946, Tomo XXII, 505, 511 y 516-517; Darcy, nota 81 supra, 278.

[83] Van Sliedregt, nota 60, 20-28 y Darcy, nota 81, 26-28 en referencia a la legislación de Noruega, Francia y Países Bajos y las decisiones de los tribunales de Polonia y de los tribunales militares de EE.UU. en la Alemania ocupada con respecto a los campos de concentración como organizaciones criminales.

[84] Se han presentado algunas reflexiones sobre este tipo de responsabilidad en la literatura académica y como resultado de una propuesta de Francia de incluir este concepto en el Estatuto del TPIY; ver Darcy, nota 81, 282-284 y A. M. Danner y J.S. Martínez, '*Asociaciones ilícitas: Empresa criminal conjunta, responsabilidad de mando y el desarrollo del derecho penal internacional*' (2005) 93 *California Law Review* 75, 118.

[85] *Procurador c. Kvočka*, Caso No. IT-98-30/1-T, Sentencia, 2 de noviembre de 2001, párr. 281; *Procurador c. Simić*, Caso No. IT-95-9-T, Sentencia, 17 de octubre de 2003, párr. 158; *Procurador c. Brđanin*, Caso No. IT-99-36-T, Sentencia, 1 de septiembre de 2004, párr. 263. Ver también C. Damgaard, *Responsabilidad penal individual para los principales delitos internacionales*, Cuestiones pertinentes seleccionadas (Berlín-Heidelberg: Springer Verlag, 2008) 192-193.

[86] *Procurador c. Stakić*, caso No. IT-97-24-T, Sentencia, 31 de julio de 2003, párr. 433

[87] *Procurador c. Milutinović*, Caso No. IT-99-37-AR72, Decisión sobre la Moción de Dragoljub Ojdanić para la impugnación de la jurisdicción - Empresa criminal conjunta, 21 de mayo de 2003, párrafos 24-26 ('*Milutinović*, Decisión de Apelación por jurisdicción, ECC'); el informe hace referencia al Informe del Secretario General de conformidad con el Párrafo 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 808 (1993), Doc. ONU. S/25704, 3 de mayo de 1993, párr. 51.

[88] *Milutinović,* Decisión sobre Jurisdicción ECC, nota 87 supra, párr. 26.

Cámara de Apelaciones y no ofrece ningún análisis pormenorizado de esta afirmación, ni hace referencia a la práctica en este sentido después de la Segunda Guerra Mundial.[89]

Durante las negociaciones del Estatuto de la CPI, Francia hizo una propuesta para incluir una disposición relativa a las organizaciones criminales como parte del debate acerca de que personas dentro de la ley estuvieran bajo jurisdicción de la CPI, pero no hubo suficiente apoyo para que se realizara una variación del Estatuto.[90]

3. Derecho de refugiados

3.1 General

Los tipos más comunes de responsabilidad extendida utilizados en el ámbito nacional han sido la figura de ayudar y alentar y el propósito común/compartido, aunque a veces se ha considerado la presencia en la escena del delito y la responsabilidad de mando. Hasta hace poco, se realizaron muy pocas referencias al derecho penal internacional en el desarrollo de los conceptos de responsabilidad extendida en el derecho sobre refugiados a nivel nacional,[91] a diferencia del enfoque adoptado con respecto a los parámetros de los delitos internacionales de guerra y de lesa humanidad.

La jurisprudencia de Canadá, los Países Bajos, Nueva Zelanda y EE.UU. y un manual en el Reino Unido son de la opinión que la presencia en el caso de un delito internacional puede equivaler a complicidad si dicha presencia se ejercía con autoridad (Canadá,[92] Francia[93]), con influencia (Países Bajos[94]), era de larga duración y con el fin de alentar a los autores (Nueva Zelanda[95]), o si tal presencia impedía el movimiento de los perseguidos o de otra manera los sometía a un mayor riesgo de daño (EE.UU.[96]). La aquiescencia o inacción no dan lugar a responsabilidad de acuerdo con la jurisprudencia de Canadá[97] y EE.UU.[98].

El concepto de ayudar y alentar está universalmente aceptado bajo los títulos de participación, promoción, participación personal y con conocimiento, asistencia, estar integral o activamente

---

[89] En la sentencia no está claro si la pertenencia es un delito o una forma de responsabilidad. Aunque en el fragmento que habla de la pertenencia como un crimen, también equipara esta noción con la ECC.
[90] Darcy, nota 81, 283-284; Schabas, nota 25, 425-427.
[91] El caso fundamental que aborda la complicidad, el caso *Ramírez* ([1992] 2 F.C. 306 en 317) también se basó en el Estatuto del IMT que establece los parámetros de complicidad, incluyendo la disposición relativa a la pertenencia (aunque de manera indirecta refiriéndose a Grahl-Madsen, *La condición de refugiado en el derecho internacional*, Volumen I, *La condición de refugiado en el derecho internacional* (Leiden: A.W. Sijthoff, 1966) 277. Además, el enunciado sobre la finalidad común en varios países guarda cierta similitud con un caso del TPIY, *Procurador c. Kvočka* Caso No. IT-98-30/1-T, Sentencia, 2 de noviembre de 2001, párrafos 285 a 286, aunque este caso no se ha mencionado en la jurisprudencia nacional sobre refugiados.
[92] *Ramírez c. Canadá* (Ministerio de Trabajo e Inmigración), [1992] 2 FC 306.
[93] *CNDA*, 15 de julio de 2009, 549950/05024108, N. alias N.
[94] *AbRS,* 12 de diciembre 2003, No. 200305099/1.
[95] *RSAA*, Apelación No. 72.635, 6 de septiembre de 2002.
[96] *Doe c. González*, 484 F.3d 445 (7º Circuito, 2007); *Ntamack c. Holder*, 372 Fed. Apéndice 407 (4º Circuito, 2010).
[97] *Moreno c. Canadá* (Ministro de Trabajo e Inmigración) (C.A.), [1994] 1 FC 298.
[98] Caso *Rodríguez-Majano*, 19 I&N Dic. 811, 814-15 (BIA 1988).

involucrado en una organización, todo lo cual requiere una contribución sustancial en los delitos internacionales con el conocimiento que estos delitos ocurrirían. Actividades que producen un daño, como suministrar información o inteligencia sobre una persona, han sido consideradas como complicidad por las cortes o tribunales de todos los países[99], excepto Francia, Alemania y el Reino Unido, mientras que actividades como financiamiento (Canadá,[100] Nueva Zelanda[101]), arresto y entrega de una persona (Bélgica,[102] Canadá,[103] Países Bajos,[104] Nueva Zelanda,[105] y EE.UU.[106]) y suministrar funciones de apoyo (Australia,[107] Canadá,[108] Francia,[109] Alemania,[110] Países Bajos[111] y EE.UU.[112]) también han suscitado la atención negativa de los tribunales.

La responsabilidad de mando ha sido someramente considerada en Canadá, afirmando que mientras más alta es la jerarquía de una persona más probable es que esa persona sea cómplice,[113] y en Australia, donde los tribunales han examinado la cuestión de que una persona tuviera una posición de autoridad para determinar la complicidad.[114]

Cuando se empleó el enfoque de propósito común/compartido, los órganos jurisdiccionales nacionales no usaron el análisis de ECC del derecho penal internacional para encontrar responsabilidad, al menos hasta el año 2009. Esta categoría de complicidad, llamada en la jurisprudencia propósito común o compartido (Australia, Canadá, Nueva Zelanda) o, algunas veces, objetivo conjunto (Australia), que también ha sido articulada bajo la categoría general de participación personal y con conocimiento (Bélgica y Países Bajos) o incluso, más generalmente, como cometida bajo el artículo 1F (a) (Francia), no ha sido conceptualmente analizada en ninguno de los países que hacen uso de esta noción, pero en cambio ha sido evaluada una serie de factores para determinar si la presencia de tales factores daría lugar a responsabilidad. Al parecer, en los casos examinados, cuando se utilizan estos factores para evaluar, casi intuitivamente, si una asociación con un grupo o una organización nefastos equivale a la exclusión culpable, produciría un resultado similar a cuando se utiliza un análisis formal de ECC.

---

[99] *SRNN y Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales* [2000] AATA 983 (Australia); CE No. 186.913, 8 de octubre de 2008 (Bélgica); *Harb c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2003 FCA 39 (Canadá); *AbRS 2 de agosto 2004,* No. 200401637/1 (Países Bajos); *RSAA*, Apelación No. 73.823, 11 de agosto de 2003 (Nueva Zelanda); *Higuit c. Gonzales*, 433 F.3d 417 (4º Circuito, 2006) (EE.UU.).
[100] *Pushpanathan c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2002 FCT 867
[101] *RSAA,* Apelación No. 75896, 10 de noviembre de 2006.
[102] *CCE No. 30.244*, de 31 de julio de 2009.
[103] *Januario c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*) 2002 FCT 527.
[104] *AbRS, 31 de agosto de 2005*, No. 200502650/1.
[105] *RSAA,* Apelación No. 73343, 28 de noviembre de 2002.
[106] *Singh c. Gonzales*, 417 F.3d 736, 740 (7º Circuito, 2005).
[107] *SZCWP c. Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas* [2006] FCAFC 9.
[108] *Ordóñez c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*), IMM-2821-99
[109] *CRR,* 13 de abril de 2005, 375.214, S.
[110] Ley de procedimiento de asilo, sección 3 (2), última frase.
[111] *Rb, La Haya, Awb 02/63919*, 15 de septiembre de 2005.
[112] *Im c. Gonzales*, 497 F.3d 990 (9º Circuito, 2007); *Parlak c. Holder*, 578 F. 3d 457 (6 º Circuito 2009).
[113] *Sivakumar c. Canadá* (Ministro de Trabajo e Inmigración), [1994] 1 F.C. 433.
[114] *WAKN c. el Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas* [2004] FCA 1245

Los factores examinados han sido: la manera en que una persona se unió a una organización (Bélgica,[115] Canadá, [116] Países Bajos,[117] Reino Unido[118]); la naturaleza de la organización (Bélgica,[119] Canadá,[120] Francia,[121] Países Bajos,[122] Reino Unido[123]), el tamaño de la organización (Reino Unido[124]); si la organización fue prohibida y por quién (Reino Unido[125]); el rango obtenido en la organización (Bélgica,[126] Canadá,[127] Francia,[128] Nueva Zelanda,[129] Países Bajos,[130] Reino Unido[131]); el prestigio o influencia en la organización (Países Bajos,[132] Reino Unido[133]); el tiempo de servicio (Bélgica,[134] Canadá,[135] Países Bajos,[136] Nueva Zelanda,[137] Reino Unido[138]); la edad de la persona (Canadá[139]); la manera en que una persona se separó de la organización (Canadá,[140] Francia,[141] Nueva Zelanda,[142] Países Bajos,[143] Reino Unido[144]). No todos los factores tienen la misma importancia (Canadá[145]) ni son exhaustivos (Reino Unido[146]). Los EE.UU. no han examinado esta noción en sus tribunales, probablemente debido al texto de su estatuto orgánico.

---

[115] *CCE No. 2055,* 27 de septiembre de 2007.
[116] *Fabela c. Canadá* (*Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2005 FC 1028.
[117] *Rb, La Haya,* Awb 01/8334, 2 de junio de 2003.
[118] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15.
[119] *CCE No. 25.649*, 3 de abril de 2009.
[120] *Ponce Vivar c. Canadá (Seguridad Pública y Protección Civil*) 2007 FC 286
[121] *CRR,* 15 de febrero de 2007, 564.776, la señora K. veuve H.
[122] *Rb, La Haya,* Awb 01/17246, 13 de noviembre de 2002.
[123] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15.
[124] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15.
[125] Ibíd.
[126] *CCE No. 25.061*, 26 de marzo de 2009.
[127] *Justino c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*) 2006 FC 1138.
[128] *CRR, 21 de marzo de 2003, 352817, Ntilikina*.
[129] *RSAA,* Apelación No. 1248/93, 31 de julio de 1995.
[130] *AbRS, 23 de julio 2004*, No.. 200402639 / 1.
[131] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15.
[132] *Rb, La Haya*, Awb 03/38359, de 31 diciembre de 2004.
[133] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15.
[134] *CCE No. 2055*, 27 de septiembre de 2007.
[135] *Torres Rubianes c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2006 FC 1140
[136] *Rb, La Haya*, Awb 01/8334, 2 de junio de 2003.
[137] *RSAA,* Apelación No. 74.129, 29 de julio de 2005.
[138] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15.
[139] *Bedoya c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*) 2005 FC 1092.
[140] *Ardila c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*) 2005 FC 1518
[141] *CRR, 16 de diciembre de 2003, 420 926, Rwamucyo.*
[142] *RSAA*, Apelación No. 71.398, 10 de febrero de 2000.
[143] *Rb, La Haya*, Awb 10/4388, 23 de diciembre de 2010.
[144] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)* [2010] UKSC 15
[145] *Kasturiarachchi c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración*) 2006 FC 295.
[146] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)*, [2010] UKSC 15

La pertenencia como una forma de responsabilidad extendida está en proceso de cambio. Canadá,[147] Nueva Zelanda[148] y el Reino Unido[149] habían aceptado sin reparos que la pertenencia a una organización dedicada a un limitado propósito brutal podía equivaler a una presunción refutable de complicidad hasta que se produjo una decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en 2010 (donde este concepto fue rechazado *obiter*), mientras que los tribunales de los EE.UU. están divididos sobre esta cuestión, donde a pesar de que se ha repetido en varios casos la afirmación de que la pertenencia no es participación, dos tribunales opinan que la pertenencia a una organización, cuya completa existencia tenía como premisa la persecución, podría equivaler al concepto de ayudar y alentar.[150]

Los tribunales de Australia han rechazado esta noción, aunque de nuevo en *obiter* y mientras lo hacían proporcionaban una definición de asociación como una forma de complicidad (un vínculo con una organización),[151] que es muy similar a la noción de pertenencia (vínculo institucional acompañado por más que una participación nominal) dictada por la Corte Federal de Apelaciones de Canadá.[152]

En el continente europeo, la jurisprudencia de Bélgica[153] y Francia[154] ha rechazado esta noción, mientras que en los Países Bajos se ha desarrollado un enfoque particular al margen del sistema judicial. En este último país, el ministro encargado de temas de refugiados y migración puede designar ciertas categorías de funcionarios a regímenes específicos donde la participación personal y con conocimiento se puede equiparar a una presunción refutable.[155]

La jurisprudencia examinada en nueve países en todo el mundo con respecto a la responsabilidad extendida en el art. 1F (a), además de la pertenencia, es increíblemente coherente acerca de la utilización de las diversas formas de responsabilidad, como la presencia en la escena del delito, el tipo de complicidad en la figura de ayudar y alentar y la asociación ilícita con un propósito común, como es el hecho de que dentro de la categoría de ayudar y alentar todos los países encontraron que la entrega de personas o información a sabiendas del daño equivalía a complicidad.

Dado que las situaciones de hecho subyacentes, como la determinación legal, se mueven a lo largo de un amplio espectro, se pueden observar variaciones en los resultados, especialmente en los confines de la complicidad. Aún así, es sorprendente ver que, por ejemplo, los intérpretes que realizan un

---

[147] *Ramírez c. Canadá (Ministerio de Trabajo e Inmigración*), [1992] 2 FC 306.
[148] *Sequeiros Garate* c. *Órgano de Apelación sobre la Condición de Refugiado*, M826/97, Corte Suprema, 9 de octubre de 1997.
[149] *JS (Sri Lanka) y Secretario de Estado del Ministerio del Interior* [2009] EWCA Civ 364.
[150] *Singh c. Gonzales*, 417 F.3d 736, 740 (7º Circuito, 2005) y Gao c. *Fiscal General de EE.UU.*, 500 F.3d 93 (2º Circuito 2007).
[151] *Ministro de Inmigración y Ciudadanía c. Haneef* [2007] FCAFC 203.
[152] *Harb c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* [2003] FCA 39.
[153] *CPRR No. 04-2088/E666*, 22 de febrero de 2006.
[154] *CE, 25 de marzo de 1998, 170172, Mahbub.*
[155] *Vreemdelingencirculaire (Manual de extranjería)* 2000 (C), artículo C4/3.11.3.3.

trabajo para personas involucradas en abusos de derechos humanos fueron excluidos tanto en los Países Bajos[156] como en los EE.UU.[157]

Mientras que en la mayoría de los casos (con excepción de Francia) el art. 1F (b) se aplicó a las personas implicadas personalmente en delitos graves, ha habido un poco de vacilación del poder judicial en la ampliación del alcance de esta cláusula a las personas que llevaron a cabo tales actividades de modo indirecto. Los contornos de la complicidad fueron concretamente abordados por Australia,[158] Bélgica,[159] Canadá,[160] Francia,[161] Países Bajos[162] y Nueva Zelanda,[163] sobre todo afirmando que los mismos principios que se aplican al art. 1F (a) deberían ser utilizaros de la misma manera para el art. 1F (b), mientras que Alemania empleó el término 'contribución substancial' para describir el nivel de participación requerido para las actividades del art. 1F (b).[164] El extremo más bajo en la participación indirecta como proporcionar alimento y alojamiento a grupos armados, como los LTTE, se interpretó como complicidad en los EE.UU.[165], pero no en Francia.[166] En Australia, se concluyó que las funciones periféricas de apoyo de las tripulaciones de barcos involucrados en el tráfico de personas no equivalían a complicidad.[167]

En este contexto, la cuestión de si la pertenencia puede ser una forma de complicidad fue abordada en algunos pocos países y se resolvió positivamente, en general, en Canadá,[168] negativamente, en general, en Francia[169] y Alemania,[170] mientras que en Nueva Zelanda y los EE.UU., la pertenencia a organizaciones terroristas está prohibida por la legislación (en los EE.UU. en general, en Nueva Zelanda[171] para las organizaciones que así han sido designadas[172]).

Aunque el texto del art. 1F (c) con respecto a la responsabilidad difiere del art. 1F (a) y art. 1F (b) en que aquel se refiere a 'culpable' en lugar de 'cometido' esto no ha tenido ningún impacto discernible sobre la aplicación de esta cláusula, ya que todos los países lo han aplicado a personas que habían

---

[156] *ABR, 2 de junio de 2004*, nr. 200308871 / 1.
[157] *Miranda Alvarado c. Gonzales*, 449 F.3d 915 (9º Cir. 2006).
[158] *Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales c. Singh* [2002] HCA 7.
[159] *CPPR No. 99-0164/W5686*, 17 de septiembre de 1999.
[160] *Zrig c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2003 FCA 178.
[161] *CNDA, 31 de enero de 2008*, 536.076, C.
[162] *Rb, La Haya*, Awb 02/60920, 19 de julio de 2004
[163] *RSAA, Apelación No. 74.273*, el 10 de mayo de 2006.
[164] *Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo), BverwG 10 C 48.07*, 14 de octubre de 2008.
[165] *Singh-Kaur c. Ashcroft*, 385 F.3d 293 (3º Circuito, 2004).
[166] S. Kapferer, 'Cláusulas de exclusión en Europa: Una visión comparativa de la práctica estatal en Francia, Bélgica y el Reino Unido' (2000) 12 *IJRL* 200.
[167] *SRCCCC y Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas* [2004] 315 AATA
[168] *Chong c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2001 1335 FCT
[169] *CRR, 13 de septiembre de 2005, 509 227, Mlle T.*
[170] *Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Federal Contencioso-Administrativo), BverwG 10 C 48.07*, 14 de octubre de 2008, ver también *República Federal de Alemania c. B y D*, C-57/09 y C 101/09, Tribunal Europeo de Justicia, 9 de noviembre de 2010, párrafos 87 - 99.
[171] Sección 212 (a) (3) (B) (i) (VI) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad, como resultado de la referencia en la sección 208 (b) (2) (A) (v) de la misma ley.
[172] Sección 16 (1) (b) de la Ley de Inmigración de 2009.

estado involucradas indirectamente. Esto fue explícitamente claro en Canadá,[173] Francia[174] y el Reino Unido,[175] este último, a través de la legislación. En Francia, un ingeniero naval de los Tigres del Mar de los LTTE fue acusado en virtud del art. 1F (c),[176] pero en el caso de una persona que trabajaba para el MEK en Irán, quién distribuyó folletos y escribió consignas por un período de 18 meses, un juez de Canadá encontró que no era cómplice.[177]

3.2 Desarrollos recientes en el derecho de refugiados

Mientras que la conexión entre el derecho penal internacional y la exclusión en el área de la responsabilidad extendida había sido, en el mejor de los casos, tenue en el pasado, esto cambió recientemente en el Reino Unido y Nueva Zelanda, culminando en las decisiones de las cortes supremas de aquellos países en los meses de marzo y agosto de 2010.

En el Reino Unido, el Tribunal de Apelación tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de la complicidad en virtud del artículo 1F (a) de la Convención sobre refugiados, en el caso *JS*,[178] que involucraba a un miembro de los LTTE quien, entre 1997 y 2000, participó en varias operaciones militares contra el ejército de Sri Lanka. En 2000, fue herido mientras combatía como jefe de un pelotón encargado de 45 soldados tratando de proteger las líneas de suministro a la costa de los LTTE. Debió recibir tratamiento médico por 6 meses. A su regreso, se convirtió en uno de los jefes de la guardia de seguridad del líder de la División de Inteligencia de los LTTE, mientras que desde el año 2004 a septiembre de 2006, se desempeñó como segundo al mando de la unidad de combate de la División de Inteligencia.[179]

Dado que la cuestión principal en este caso giraba en torno a la noción de complicidad, el tribunal realizó un detallado escrutinio de los materiales internacionales sobre el tema, como el Estatuto de la CPI y la jurisprudencia del TPIY,[180] así como la jurisprudencia de Corte Federal de Apelación de Canadá[181] y la jurisprudencia del Tribunal de Apelación de Inmigración y los tribunales del Reino Unido en todas las áreas de exclusión[182]. El tribunal llegó a la conclusión de que debe existir una estrecha relación entre las fuentes de derecho internacional y la exclusión del artículo 1F (a) y que se debe dar prioridad a todos los aspectos de la responsabilidad indirecta regulada en el Estatuto de la CPI, incluyendo los conceptos responsabilidad de mando/superior, ayudar y alentar y propósito común/empresa criminal conjunta. Donde tales nociones no se han cristalizado por completo, podría

---

[173] *El Hayek c. Canadá (Ciudadanía e Inmigración*) 2005 FC 835.
[174] *CRR, 29 de abril de 2005*, 511158, C.
[175] Sección 54 (1) de la Ley de Inmigración, Asilo y Nacionalidad de 2006.
[176] *CNDA, 27 de junio de 2008,* 611731, M.
[177] *Bitaraf c. Canadá (Ministro de Ciudadanía e Inmigración)* 2004 FC 898.
[178] *JS (Sri Lanka) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior*, [2009] EWCA Civ 364.
[179] *Ibíd*., párrafos 8-14.
[180] *Ibíd*., párrafos 30-52.
[181] *Ibíd*., párrafos 53-58.
[182] *Ibíd*., párrafos 54-92.

tomarse en consideración la jurisprudencia del TPIY, en especial con respecto al desarrollo de la ECC.[183]

Acerca de la pertenencia a una organización brutal el tribunal afirma:

> […] una persona que se convierte en miembro activo de una organización dedicada exclusivamente a la perpetración de actos delictivos puede ser considerada como una persona que ha conspirado con otros para cometer tales actos y será penalmente responsable de los actos realizados en cumplimiento de la conspiración.[184]

El tribunal declara a continuación:

> […] se considera que la participación activa está presente cuando existe la proximidad necesaria entre la persona y el delito o delitos en cuestión, que en el caso de un miembro activo de una organización dedicada exclusivamente a actividades terroristas probablemente no representa ningún problema.[185]

El tribunal deja en claro que el análisis debe ser diferente en situaciones de organizaciones híbridas o de una organización que persigue sus fines políticos en parte a través de actos terroristas y en parte por otros medios. El tribunal no describe en detalle cómo debe llevarse a cabo este análisis, pero afirma que no hay necesidad de considerar en qué medida una organización está fragmentada.[186]

En conclusión, con respecto a la ley aplicable, el tribunal dice lo siguiente en el párrafo 119 refiriéndose a la responsabilidad de la empresa conjunta:

1. Debe haber existido un diseño común, que equivalía o involucraba la comisión de un delito previsto en el estatuto;
2. El acusado debe haber participado en el cumplimiento del propósito criminal conjunto de manera que hizo una contribución significativa a la comisión del delito; y
3. La participación debe haber tenido la intención de promover la comisión de uno de los delitos previstos en el estatuto.[187]

Indicando que la esencia de la complicidad está en 'si existen motivos fundados para considerar que el solicitante de asilo es culpable de un delito o delitos internacionales aplicando esos principios',[188]

---

[183] *Ibíd*., párrafos 115-122.
[184] *Ibíd*., párr. 107.
[185] *Ibíd*., para.107.
[186] *Ibíd*., párrafos 107 y 111-114.
[187] *Ibíd*., párrafo 119. En el párrafo 120, en referencia al artículo sobre la finalidad común del Estatuto de la CPI, el tribunal afirma: 'la cláusula que puede necesitar un mayor análisis es el artículo 25 (3) (d), relativo a la responsabilidad de la empresa criminal conjunta. En particular, la cláusula no dice nada sobre el grado de contribución requerido o sobre la tercera categoría de responsabilidad en la empresa criminal conjunta reconocida en *Tadić*, es decir, cuando el crimen fue cometido como una manera previsible de efectuar un propósito delictivo compartido y que el acusado tomó voluntariamente el riesgo de que éste ocurriera'.

el tribunal opinó que no se habían aplicado adecuadamente estos principios de ECC para el caso en cuestión.[189]

La decisión del Tribunal de Apelaciones fue apelada ante Tribunal Supremo del Reino Unido, que dictó sentencia unánime el 17 de marzo de 2010.[190] Al igual que el Tribunal de Apelaciones, el Tribunal Supremo del Reino Unido opinó que la cuestión principal en este caso era la noción de responsabilidad extendida y examinó una amplia gama de fuentes, incluyendo el Estatuto de la CPI, la jurisprudencia del TPIY, especialmente en cuanto a la ECC, jurisprudencia extranjera (incluyendo a Canadá, EE.UU. y Alemania) y las opiniones de ACNUR para determinar los parámetros deseables de este concepto.[191] Al igual que el Tribunal de Apelación, también fue de la opinión que el punto de partida en la evaluación de la responsabilidad extendida debe ser el Estatuto de la CPI.[192]

El tribunal afirmó en *obiter* que la pertenencia a una organización brutal por sí sola no es suficiente para dar lugar a la complicidad,[193] pero que la prueba esencial de la responsabilidad extendida es 'si existen motivos fundados para considerar que voluntariamente ha contribuido de manera significativa en el funcionamiento de la organización para cumplir sus fines de cometer crímenes de guerra, a sabiendas de que su asistencia promovía de hecho tal objetivo.[194]

El tribunal hace positiva mención al enfoque de seis factores desarrollado en la jurisprudencia de Canadá, diciendo que:

> […] sin duda es preferible centrarse desde el principio en lo que en última instancia demuestran ser los factores determinantes en cualquier caso, principalmente, (sin ningún orden en particular) (i) la naturaleza y (posiblemente de cierta importancia) el tamaño de la organización y sobre todo esa parte de la misma con la que el solicitante de asilo estaba más directamente involucrado, (ii) si la organización estaba proscrita, y si así fuera, por quién, (iii) cómo fue reclutado el solicitante de asilo, (iv) el periodo de tiempo que permaneció en la organización y si tuvo oportunidades de salir de ella, y si así fuera, cuáles, (v) su posición, rango, reputación e influencia en la organización, (vi) su conocimiento de las actividades de la organización en crímenes de guerra, y (vii) su propia implicación personal y su papel en la organización, incluyendo particularmente toda contribución hecha para la comisión de crímenes de guerra.[195]

---

[188] *Ibíd.,* párr. 120.
[189] *Ibíd*., párr. 123.
[190] *R (sobre la aplicación de JS) (Sri Lanka) (Acusado) c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior (Recurrente)*, [2010] UKSC 15.
[191] *Ibíd*., párrafos 9-24 (Lord Brown) y 42-43 (Lord Hope).
[192] *Ibíd.,* párr. 47 (Lord Hope).
[193] *Ibíd*., párr. 2 (Lord Brown), indicando que se trataba de motivos comunes entre las partes, mientras que en el párrafo 57, Lord Kerr dice que era prudente que el Secretario de Estado no se apoyara en este aspecto en el caso Ramírez c Canadá, ver también párr. 49 (Lord Hope).
[194] *Ibíd*., párrafos 38 (Lord Brown) y 49 (Lord Hope), aunque este último equipara los términos 'significativo' con 'substancial' para el nivel de contribución
[195] *Ibíd*., párrafos 30-31 (Lord Brown) y 54-55 (Lord Kerr), aunque este último señala que estos factores no son exhaustivos.

En el análisis final, el Tribunal Superior opinó que utilizando las nociones nacionales de responsabilidad en relación a la participación en delitos internacionales, el Tribunal de Apelación había tomado una vía muy reducida.[196]

Sobre los tipos de responsabilidad previstos en el artículo 1F, el tribunal encontró que:

> [El artículo 1F] simplemente es la expresión de lo que ya ha sido entendido en el derecho internacional. Esto también es válido para los párrafos (b), (c) y (d) del artículo 25 (3) del Estatuto de la CPI, cada uno de ellos reconoce que la responsabilidad penal es adquirida por otras personas además de la persona que realmente comete el delito (por apretar el gatillo, colocar la bomba o lo que sea) quién por sí sola, por supuesto, está incluida en el artículo 25 (3) (a). El párrafo (b) corresponde a aquellos que ordenan, proponen o inducen (en el lenguaje del artículo 12 (3) de la Directiva, 'instigan') la comisión del delito; el párrafo (c) al cómplice o encubridor o a quien colabore en su comisión (incluso suministrando los medios para ello); el párrafo (d) a quienes intencionalmente contribuyen de algún otro modo a su comisión (los párrafos (c) y (d), equivalen juntos, en el texto del artículo 12 (3) de la Directiva, a 'participar de cualquier otro modo' en la comisión del delito). Todas estas formas de merecer la responsabilidad penal se reúnen en el Estatuto del TPIY imputando la responsabilidad penal individual en virtud del artículo 7 (1) a cualquier persona que haya 'planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar' el delito en cuestión. El enunciado de estas disposiciones es notablemente amplio, apreciablemente más amplio que cualquier base reconocida para la responsabilidad por empresa criminal conjunta en el derecho interno.[197]

En cuanto a la decisión del Tribunal de Apelación, uno de los jueces encontró que:

> […] el párrafo 119 parece (...) definido muy estrictamente, pareciendo confinar con la responsabilidad del artículo 1F esencialmente a sólo el mismo tipo de empresas criminales conjuntas tener como consecuencia condenas en virtud de la legislación nacional. Ciertamente, el párrafo 119 es muy fácil de leer que estaba dirigida a los delitos específicos de identificación y no, como a mi mente que debe ser, en general los conceptos de diseño comunes, tales como la realización del propósito de la organización por todos los medios necesarios, incluida la Comisión de la guerra crímenes.[198]

El caso fue devuelto para una nueva determinación de la solicitud de asilo.[199]

---

[196] *Ibíd*., párrafos 26, 38 (Lord Brown) y 48 (Lord Hope); lo que pareció basarse en el análisis de la ECC I sobre los participantes a nivel inferior (Lord Brown en los párrafos 19 a 20, 37).
[197] *Ibíd.,* párr. 33-34
[198] *Ibíd.,* párr. 38.
[199] *Ibíd*., párr. 40.

En el primer caso ante el Tribunal Especial de Nivel Superior (Sala de Inmigración y Asilo) desde que fue emitida la decisión del Tribunal Superior, estos principios fueron aplicados en una situación en Zimbabue, donde una persona había estado involucrada en invasiones violentas de tierras de propiedad de dos agricultores blancos y en la expulsión violenta de los trabajadores agrícolas negros de sus casas y puestos de trabajo en estas fincas.[200] Con respecto a la participación de esta persona, se encontró que era excluible sobre la base de una ley interna sobre responsabilidad compartida, ya que había sido parte de violencia callejera, incluso propinando palizas.[201]

En Nueva Zelanda, la decisión del Tribunal de Apelaciones en *X & Y c. Órgano de Apelación sobre la Condición de Refugiado*[202] implicó la exclusión de una persona que era el ingeniero jefe del barco de propiedad de los LTTE y que fue hundido durante un enfrentamiento con la Marina de la India en enero de 1993. En ese momento, se encontraban a bordo varios miembros del LTTE y grandes cantidades de armas y explosivos; además, el Órgano de Apelación sobre la Condición de Refugiado concluyó que los LTTE habían cometido crímenes de lesa humanidad. El concepto de complicidad se definió una vez más, basado en la jurisprudencia de Canadá, como participar, asistir o contribuir en la promoción de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil a sabiendas de que tales actos hacen parte de ese ataque o tomando el riesgo de que esto pudiera ocurrir sin necesidad de que un evento específico esté vinculado con los propios actos del cómplice.[203]

El Tribunal de Apelaciones revocó esta decisión en 2009 por varias razones.[204] Con respecto a la complicidad, un juez del tribunal, Hammond J., opinó que en lugar de la jurisprudencia de Canadá debería seguirse la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido que contiene una aceptación menos generosa de la noción de pertenencia y una estrecha vinculación con los conceptos de responsabilidad extendida del derecho penal internacional, tal como se establecen en el Estatuto de Roma o como han sido desarrollado por los tribunales internacionales con respecto a la ECC.[205] Aplicando estos principios, el tribunal encontró que la combinación del riesgo incuantificable de que la carga del barco fuera utilizada ilícitamente y la presencia de la persona en el barco (incluso enfrentando la falta de credibilidad del solicitante), no podría resultar en la constatación de la complicidad basada en la empresa criminal conjunta.[206] Otro juez, Arnold J., fue menos ambiguo sobre la falta de importancia de la jurisprudencia canadiense en el área de la complicidad y cuando examinó esta jurisprudencia en detalle[207] junto con la reciente jurisprudencia del Tribunal de

---

[200] *SK (artículo 1F (a) - exclusión) Zimbabue c. Secretario de Estado del Ministerio del Interior* [2010] UKUT 327 (IAC).
[201] *Ibíd*., párrafos 42-43. El tribunal añadió en el párrafo siguiente, que si había un requisito legal adicional de una contribución sustancial a este concepto, este elemento también se había cumplido con la evidencia.
[202] *X & Y c. Refugiados c. Órgano de Apelación sobre la Condición de Refugiado*, CIV-2006-404-4213, Tribunal Supremo, 17 de diciembre de 2007; esta fue la revisión judicial de la apelación RSAA No. 74796 y 74797, 19 de abril de 2006.
[203] *Ibíd*., párr. 81.
[204] *X c. Órgano de Apelación sobre la Condición de Refugiado*, [2009] NZCA 488.
[205] *Ibíd.,* párrafos 95-107.
[206] *Ibíd*., párrafos 109-112.
[207] *Ibíd*., párrafos 152-155.

Apelación del Reino Unido[208] opinó que la pertenencia podría ser utilizada como una forma de complicidad. Sin embargo, estuvo de acuerdo sobre el resultado con J. Hammond[209]

La Corte Suprema de Nueva Zelanda también promulgó una resolución el 27 de agosto de 2010 que contiene una serie de conclusiones relevantes.[210] En cuanto a las fuentes de responsabilidad extendida, concluye que el Estatuto de la CPI es el instrumento internacional más autorizado para delinear los distintos modos de responsabilidad en el derecho penal internacional,[211] uno de los cuales es la empresa criminal conjunta, el cual también era el más apropiado para la situación en cuestión.[212] Tras estudiar en detalle el concepto de la ECC y la jurisprudencia del Reino Unido y Canadá[213] en el área de la responsabilidad extendida, la corte llega a esta conclusión:

> Quienes toman las decisiones sobre la determinación de la condición de refugiado deben adoptar el mismo enfoque a la aplicación de los principios de responsabilidad en empresa conjunta al establecer si existen motivos fundados para considerar que una persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado ha cometido un delito o un acto en virtud del art. 1F si ha sido cómplice de tales delitos o actos cometidos por otros. Este enfoque refleja plenamente el principio de que aquellos que contribuyen significativamente a la comisión de un delito internacional con la estipulada intención, aunque no sean autores directos de la misma, son personalmente responsables por el delito. Este principio actualmente está expresado en los artículos 25 y 30 del Estatuto de Roma y fue previamente establecido por el derecho internacional consuetudinario. Su aplicación reconoce la importancia del esfuerzo de los tribunales nacionales por desarrollar y mantener un enfoque común sobre el significado del lenguaje de un instrumento internacional que ha sido aplicado en la legislación nacional de numerosas jurisdicciones de los Estados Partes.[214]

Con base en los hechos del caso, la corte concluyó que el solicitante no debía ser excluido. Si bien era claro que apoyó a los LTTE en general y así lo había hecho en el pasado, sus actividades pasadas no alcanzaron el umbral de complicidad debido a que las actividades subyacentes del caso en cuestión no podían apoyar una conclusión de exclusión ya que las armas en el barco nunca llegaron a los LTTE para ser usadas para un posible propósito nefasto. En opinión de la corte, aunque se habían cumplido las condiciones para una ECC, no podía haber exclusión ya que la ECC requiere un delito consumado o, en palabras de la corte, 'si se hubiera demostrado que él participó en viajes con armamento que fue entregado a los Tigres Tamiles en Sri Lanka y, posteriormente, la organización hubiera cometido crímenes de lesa humanidad, la posición sería diferente.'[215]

---

[208] *Ibíd*., párrafos 156-168.
[209] *Ibíd*., párrafos 169-171.
[210] *Fiscal General (Ministro de Inmigración) c. Tamil X y el RSAA*, [2010] NZSC 107
[211] *Ibíd*., párrafos 51-53.
[212] *Ibíd*., párrafos 56 y 71, en referencia a la ECC III.
[213] *Ibíd*., párrafos 51-69; el tribunal señala en los párrafos 58 a 61 que la noción de un propósito compartido como se utiliza en la jurisprudencia de Canadá es en efecto una referencia a la ECC, mientras que en los párrafos 66 a 69 el tribunal discutió y acordó con la decisión *JS* del Tribunal Supremo del Reino Unido, discutida más adelante.
[214] *Ibíd*., párr. 70.
[215] *Ibíd*., párr. 79.

4. Conclusión

El derecho penal internacional que se ha puesto en práctica a nivel internacional ha sido bastante coherente en la aplicación de las nociones de responsabilidad indirecta con la excepción de la coautoría y la ECC III.

El TPIY y el TPIR han rechazado la coautoría como una forma de responsabilidad extendida, pero ha ocupado un lugar destacado en los mandatos de arresto emitidos por la CPI, mientras que ocurre lo contrario con la ECC, que se ha utilizada en la mayoría de los casos del TPIY, pero en menor medida por la CPI. Sin duda, tanto la CPI como el TPIY, también han considerado los cargos alternativos, junto con cualquier coautoría o ECC, pero la jurisprudencia de la CPI en relación con la responsabilidad extendida se ha concentrado en las características de los coautores, de la misma manera que la jurisprudencia sobre ECC ha dominado el debate judicial en el TPIY durante la última década. Si bien los jueces de la CPI aún no han proporcionado ningún indicio en cuanto al significado de la noción de finalidad común en el marco del Estatuto de la CPI, los comentaristas han opinado que, si bien las ECC I y II están, sin duda, incluidas en el artículo 25 (3) (d) del Estatuto, no es claro si la ECC III es parte de una finalidad común y, si así fuera, si todos los aspectos de la ECC III son concomitantes con el concepto de finalidad común.

Este debate tendrá efecto en la interpretación de la ECC en el ámbito nacional, tanto en la esfera penal como de refugiados. En el contexto penal, la mayoría de los países de derecho consuetudinario tienen disposiciones en su legislación penal respecto a la intención común, similar a la ECC III. Esto plantea interrogantes sobre si estos países aplicarán su interpretación nacional sobre la responsabilidad extendida o cederán ante la interpretación del Estatuto de la CPI, que han ratificado e implementado en su legislación nacional. Es probable que si se presentan situaciones donde las jurisdicciones nacionales puedan imputar a los individuos con formas más amplias de responsabilidad, probablemente lo harán, ya que países como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y el Reino Unido no adoptaron disposiciones excepcionales para ajustar sus formas regulares de responsabilidad o delitos incoados al implementar el Estatuto de la CPI. La conspiración, la incitación, así como la intención común, vienen a la mente en este contexto.

Del mismo modo, respecto al derecho de refugiados, será necesario abordar la cuestión, dado que los nueve países estudiados en este trabajo dependerán de los conceptos de derecho penal internacional desarrollados por el TPIY, el TPIR y la CPI, cuyas nociones deben prevalecer en la caso de desacuerdo entre las instituciones internacionales de justicia penal. Una vez más, el interrogante sobre la ECC III viene en mente, ya que en 2010 los dos altos tribunales del Reino Unido y Nueva Zelanda examinaron la ECC a la luz del derecho internacional, sin embargo, la cuestión de la ECC III aún quedó por decidir, ya que la situación no requería un análisis de ese aspecto particular de la responsabilidad extendida (Reino Unido) o porque no se llevó a cabo un análisis jurídico profundo del concepto (Nueva Zelanda). La interacción entre el derecho penal internacional, el derecho penal nacional y el derecho de refugiados fue de cierta manera destacado en la decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido, cuando criticó al Tribunal de Apelaciones por depender del derecho penal del Reino Unido siendo demasiado restrictivo en la interpretación del término ‘cometido’ contenido

en el artículo 1F (a) de la Convención. De este modo llamó la atención de quienes toman las decisiones en materia de refugiados para que apliquen los conceptos más amplios que reposan en el derecho penal internacional. Este enfoque asume que el derecho penal británico es de hecho más estrecho que el derecho penal internacional consagrado en el Estatuto de la CPI, aunque, dada la disponibilidad del concepto de intención común en la ley del Reino Unido y la actual incertidumbre sobre los parámetros de la finalidad común de la CPI, a la larga podría resultar incorrecto.

Esta interacción entre el derecho penal internacional, el derecho penal nacional y el derecho de refugiados también pueden causar algunos problemas inesperados de interpretación respecto a la pertenencia. El origen del enfoque de la organización brutal en Canadá, que fue la inspiración para el mismo concepto en Nueva Zelanda y el Reino Unido, estaba directamente vinculado con la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial. Este enfoque fue adoptado en 1992 cuando la única fuente del derecho penal internacional eran las fuentes del periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial y, como tal, era totalmente legítima y legalmente válida. En interrogante pues en cuanto al uso de la pertenencia como una posibilidad de complicidad es triple, a saber: ¿En qué medida quienes toman las decisiones sobre temas de refugiados deberían seguir el derecho penal internacional, si tal derecho está cambiando? ¿Cuál es el estado actual del concepto de pertenencia en el derecho internacional? y ¿Cuál es el papel del derecho penal interno en esta ecuación?

Para comenzar con el derecho penal internacional, y como se mencionó anteriormente en este documento, el concepto de pertenencia como una forma de responsabilidad, ya sea como un delito o como responsabilidad extendida, no está del todo claro. Se reconoció como tal después de la Segunda Guerra Mundial, pero no fue revivido por ninguno de los tribunales internacionales, los tribunales mixtos o la CPI, aunque se hicieron algunos intentos por incluir este concepto en el Estatuto del TPIY y la CPI. Lo que tampoco queda claro es si el hecho de que la pertenencia no fue incluida en estos estatutos debe ser considerado como un rechazo por razones de fondo de este concepto, o sólo como un asunto de jurisdicción, es decir, que a pesar de que la participación existía en el derecho penal internacional, se consideró poco sensato integrarlos en los estatutos por motivos políticos o normativos. Este último enfoque no es inusual con respecto a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad. La conspiración, la responsabilidad de menores de 18 años y la responsabilidad colectiva no se encuentran en el Estatuto de la CPI, aunque se puede sostener que han sido y siguen siendo reconocidas en el derecho penal internacional, en particular las dos primeras formas de responsabilidad.

Esto lleva a la cuestión conexa de si, dado el hecho de que la pertenencia en algún momento, sin duda, había sido parte del derecho penal internacional, es apropiado para quienes toman decisiones en materia de refugiados utilizar los conceptos reconocidos en el derecho penal internacional, pero que han caído en desuso para la responsabilidad penal. Esto genera a su vez algunas preguntas acerca de la naturaleza del derecho penal, incluido el derecho penal internacional, en oposición a la exclusión en el derecho de refugiados. Los propósitos de estas diferentes áreas del derecho no son los mismos, puesto que el derecho penal está en general más relacionado con el castigo individual, mientras que la exclusión apoya el objetivo más amplio del derecho de refugiados al negar los beneficios de la protección de refugiados a los solicitantes que no la merecen mientras garantiza que la integridad del

sistema de asilo se mantiene intacto.[216] El disímil mérito de la prueba entre los dos sistemas ('más allá de toda duda razonable' frente a 'motivos fundados para considerar') no es sino un reflejo de estas diferencias.

Se puede argüir que tales diferencias podrían conducir a un enfoque más amplio con respecto a la responsabilidad extendida en la medida en que este enfoque debe encontrar su fuente en el artículo 1F (a) de la Convención sobre refugiados, que se refiere a los instrumentos internacionales establecidos para la regulación de los delitos internacionales, sin especificar una jerarquía entre estos instrumentos. Si un tribunal nacional se enfrenta al dilema de elegir entre varias formas de responsabilidad extendida, si existe más de una elección no compatible, como podría ser el caso de la empresa criminal conjunta III, ¿este tribunal debe seleccionar el concepto más reciente de responsabilidad o debe tratar de encontrar la compatibilidad de cualquier manera? Esta fue la solución ofrecida por el Tribunal de Apelación británico, cuando dijo que el Estatuto de la CPI debe ser el instrumento preferido para evaluar la responsabilidad extendida, pero recurriendo a la jurisprudencia del TPIY y del TPIR en caso necesario. El Tribunal Supremo del Reino Unido también examinó el Estatuto de la CPI y la jurisprudencia del TPIY en relación con la empresa criminal conjunta. Sin embargo, si se acepta la posibilidad de interpretaciones de la responsabilidad que podrían perder su vigencia después de un período de tiempo, ¿por qué debe haber un tiempo límite? ¿Porqué un tipo de responsabilidad puede utilizarse incluso si ya no estará vigente en el futuro cercano (es decir, ECC III) mientras que otra se descarta aunque fue establecida antes y no fue sustituida hasta 1993, posiblemente (como es el caso de la pertenencia)?

Este asunto se presenta con mayor contraste cuando se considera el derecho penal interno. Aunque la dependencia exclusiva en la legislación penal nacional en materia de derecho de refugiados ha sido desalentada por los tribunales de la mayoría de los países objeto de examen en este documento, puede jugar un rol en la elaboración de la discusión sobre responsabilidad. La decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido revocó la decisión del Tribunal de Apelación por haber aplicado el derecho penal interno, que era más restrictivo que el derecho penal internacional. Por el contrario, esto significaría que, en opinión del Tribunal Supremo, si el derecho penal interno fuese más amplio que el derecho penal internacional, se hubiera podido recurrir a los conceptos nacionales, incluyendo la intención común.

Es interesante notar que los dos países de derecho consuetudinario con la mayor resistencia opuesta por la judicatura a la cuestión de la pertenencia, Australia y el Reino Unido, han tipificado la pertenencia como delito.[217] Si bien se refiere a la pertenencia a una organización terrorista, no se esperaría que esto fuera un problema fatal, dado que el lenguaje del Tribunal Supremo del Reino Unido es bastante general en relación con los conceptos penales. Tampoco debe considerarse demasiado problemático el hecho de que Australia y el Reino Unido hicieron que la pertenencia sea

[216] *Fiscal General (Ministro de Inmigración) c. Tamil X y el RSAA,* [2010] NZSC 107
[217] En el caso de Australia es la sección 102.3 de la Ley del Código Penal de 1995, mientras que en el Reino Unido es el artículo 11 de la Ley sobre Terrorismo de 2000.

un delito en lugar de una forma de responsabilidad,[218] ya que se considera que un principio fundamental del derecho de refugiados generalmente abarca nociones más amplias, resultando en que un mayor nivel de responsabilidad penal con su concomitante mayor régimen acusatorio (es decir, delito) puede ser transferido a un nivel más bajo de culpabilidad personal (es decir, responsabilidad extendida en la comisión de un delito). Como cuestión de hecho, la creación de la pertenencia como un delito es mucho más amplio que considerar la pertenencia como una forma de responsabilidad, ya que sería posible ser parte o cómplice del delito de pertenencia, así como incitar a alguien a ser miembro, todas formas de lanzar la red de la implicación más allá de la pertenencia como complicidad.

En resumen, mientras que la noción de pertenencia en la exclusión ha sido puesta en duda por la influyente decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido, el razonamiento que subyace a este rechazo no es claro o convincente ya sea desde el punto de vista nacional o internacional. Se espera que cuando otro tribunal enfrente este asunto de manera más directa, se tomará en cuenta un conocimiento pleno del derecho penal internacional y el reconocimiento de la noción de criminalidad en el derecho de refugiados. Si los países no se sienten cómodos con la aplicación sistemática de la noción de pertenencia, el enfoque cauteloso del ACNUR, según lo establecido en las Directrices sobre exclusión de 2003, o la implementación legislativa por el ejecutivo en lugar de hacerlo a través del activismo judicial, como se hizo en los Países Bajos, podría ser objeto de consideración.

Ni las decisiones del Reino Unido ni de Nueva Zelanda son un dechado de claridad con respecto a su razonamiento general sobre la responsabilidad extendida. Con respecto al caso del Reino Unido, aunque el análisis se formula en términos de ECC, la prueba de complicidad sugerida por el tribunal, al no incluir como parte de tal prueba el aspecto del diseño común, se parece mucho a la noción de ayudar y alentar en el derecho penal internacional, especialmente cuando el tribunal equipara 'significativo' con 'substancial'. Esto significa que, o bien el tribunal ha proporcionado una definición incompleta de ECC, o ha desplomado todos los aspectos de la complicidad conocidos en el derecho penal internacional en un solo tipo, es decir, ayudar e alentar. La decisión de la Corte Suprema de Nueva Zelanda fue más clara en la descripción de la ECC incluyendo el elemento de intención común y restringiendo la definición general dada por el Tribunal Supremo del Reino Unido sobre el concepto de ECC. Sin embargo, esta sentencia no está libre de confusión, ya que también declaró que la situación en cuestión se refería a un patrón de hechos de la ECC III mientras utilizaba el criterio del Reino Unido y adoptaba su definición general, a pesar de que la definición se refería a la ECC I.

El resultado del análisis del Tribunal Supremo del Reino Unido en términos de la relación entre el derecho penal internacional y el derecho penal nacional a los efectos del derecho de refugiados y en términos de establecer una prueba que pretende ser una prueba general de complicidad, es que esto podría no haber ayudado a aclarar la parámetros de la complicidad tanto como se había esperado. Así

[218] En Alemania, la pertenencia a una organización delictiva o terrorista es una forma de responsabilidad en lugar de un delito sustantivo, ver secciones 129 y 129A del Código Penal; la pertenencia a una organización terrorista también es una razón de expulsión en el derecho migratorio alemán, ver sección 54.5 de la Ley de Residencia.

se desprende de la primera sentencia a nivel del tribunal desde la interpretación de la decisión del Tribunal Supremo, que establece que el solicitante es excluible con base en la ECC, mientras que los hechos habrían permitido una conclusión alrededor de la figura de ayudar y alentar o incluso la participación personal propinando golpizas a otras personas. Esto ilustra el problema de que al seguir las directrices del Tribunal Supremo, se tratará de poner los hechos en la camisa de fuerza legal del difícil concepto de ECC, ignorando otras construcciones, conceptualmente próximas pero más fáciles, sobre responsabilidad extendida.

Por lo tanto, teniendo en cuenta el hecho de que la ECC es un difícil concepto legal del derecho penal internacional y dado el hecho de que podría ser difícil encontrar evidencia del diseño común en el procedimiento de refugiados, a menudo superficial, un método que utiliza una serie de factores (que también había sido aprobado por el Tribunal Supremo del Reino Unido) para hallar a una persona responsable con base en el concepto de la finalidad común en situaciones donde no existe una relación directa entre el solicitante de asilo y la comisión de atrocidades podría ser preferible cuando se emplean conceptos de exclusión. Por último, otras dos importantes formas de responsabilidad conocidas en el derecho penal internacional, ayudar y alentar y la responsabilidad de mando, se pueden trasladar al contexto de la exclusión con menos dificultad.