

DOCTRINA EXTRANJERA

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL

Un análisis jurisprudencial - De Nuremberg a La Haya
Kai Ambos***

I. Introducción

En el juicio contra los mayores criminales de guerra, el Tribunal Militar Internacional (International Military Tribunal - "IMT") en forma bastante clara estableció que la responsabilidad penal individual había sido "hacia tiempo reconocida" y más aun que "suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al Derecho Internacional. Crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y solo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del

Derecho Internacional pueden hacerse valer"¹.

A pesar de que esta opinión no fue justificada en detalle— el IMT simplemente hizo referencia a la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Ex Parte Quirin*² y así infirió, podría argumentarse, una "analogía doméstica"³ —, ha sido históricamente confirmada en los diversos juicios por crímenes de guerra desde la Segunda Guerra Mundial⁴, el reciente establecimiento de una Corte Penal Internacional Permanente (International Criminal Court - "ICC")⁵ y, en particular, la creciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia

* Versión original ("*Individual criminal responsibility in International Criminal Law: A jurisprudential analysis - From Nuremberg to The Hague*") publicada en: Gabrielle Kirk McDonald/Olivia Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and procedural aspects of International Criminal Law. The experience of international and national courts. Volume I. Commentary. The Hague et al. 2000*, pág. 1-31. Esta versión ha sido revisada y actualizada.

Dr. jur. (München); Referente científico Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, encargado de las secciones d.p.inter-nac. y Hispanoamérica; Asistente científico, Universidad de Freiburg im Breisgau. Este artículo es parte de una investigación más amplia acerca de una "Parte General" del Derecho penal supranacional dentro del marco de un escrito de Habilitation en la Universidad de München. Estoy agradecido a Emily Silverman, J.D. (Berkeley), LL.M. (Freiburg) por mejorar la versión inglesa que sirvió de base a esta traducción llevada a cabo por Mónica Karayan (Argentina); revisión por el autor.

1. *The Trial of the Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22, pág. 447 (London, HMSO 1950) ("El Juicio").
2. *Ex Parte Quirin*, U.S. 317(1942) 1-48. La Corte Suprema reseñó varios ejemplos históricos y sostuvo en la pág. 27 y s.: "Desde el mismo inicio de su historia esta Corte ha reconocido y aplicado las leyes de la guerra como inclusivas de aquella parte de la ley de las naciones que prescribe, para la conducción de la guerra, el status, los derechos y los deberes de las naciones enemigas al igual que de los individuos enemigos". (énfasis del autor).
3. *Conf. Appeals Chamber (App.Ch.), Prosecutor v. Blaskic, Judgement on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997*, 29.10.1997 (IT-95-14-AR 108bis), pág. 40.
4. Ver el excelente trabajo histórico de Timothy L.H. McCormack, *From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime*, en: McCormack/Simpson (eds.), *The law of war crimes: national and international approaches*, The Hague et al. 1997, págs. 31-63; Marschik, en *ibíd.*, págs. 65-101 (informes sobre Europa); Wenig, en *ibíd.*, pág. 103/22 (sobre Israel); Triggs, en *ibíd.*, pág. 123-49 (sobre Australia) y Williams, en *ibíd.*, págs. 151-70 (sobre Canadá).
5. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios para el Establecimiento de una Corte Penal Internacional*, 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/Conf. 183/9 ("Estatuto de Roma", <www.un.org/law/icc>); publicado en *International Legal Materials (ILM)* 37 (1998), 999; en castellano en: Ambos/Guerrero (eds.), *El Estatuto de Roma. Análisis por expertos internacionales*. Bogotá (Universidad Externado de Colombia) 1999, pág. 429 ss. - Ver Ambos, *Zur Rechtsgrundlage des neuen Internationalen Strafgerichtshofs*, 111 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 111 (1999), pág. 175 ss. = *Revista de Derecho Procesal (España)* n.º: 3 (1999), 553 ss.— y *Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia)*, 2da. Época, n.º: 5 (enero 2000), 127 ss; Casese, *The Statute of the ICC etc.*, *Eur. Journal of International Law* 10 (1999), 144 ss.; Ambos/Guerrero (eds.), *op. cit.*; Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Baden-Baden 1999; Lattanzi/Schabas (eds.), *Essays on the Rome Statute of the ICC*, vol. I, Ripa Fagnano Alto (Italia) 1999; Sadat-Wexler, *A first look at the 1998 Rome Statute etc.*, en: Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. III, 2da ed. 1999, pág. 655 ss. Sobre la implementación del Estatuto ver KreB/Lattanzi (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, Baden-Baden/Ripa Fagnano Alto (Italia) 2000.

(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia — "ICTY") y del de Rwanda (International Criminal Tribunal for Rwanda — "ICTR")⁶. De allí que no sea una novedad que esta afirmación clásica del IMT fuera citada en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del ICTY en el caso Tadic de modo tal que fijara los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones al art. 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949 y otras reglas consuetudinarias pese a la existencia de un conflicto internacional o interno, con la Sala de Apelaciones concluyendo en que:

*"Todos estos factores confirman que el derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad individual por serias violaciones al artículo 3º común, complementado por otros principios y reglas generales para la protección de víctimas de conflicto armado interno, y por violación de ciertos principios y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil"*⁷.

Frente a esto es justo concluir en que el concepto de responsabilidad penal individual por violaciones a normas humanitarias y de derechos humanos es universalmente reconocido. Sin embargo, otra cuestión que debe ser abordada aquí es la de determinar cuáles son los elementos constitutivos de semejante responsabilidad. En lo que respecta a la doctrina reciente, solo Bassiouni ha tratado el tema de un modo más o menos completo, aunque no conclusivo⁸. Casi toda la doctrina restante se concentra en el desarrollo histórico y en cuestiones de organización y procedimiento relativas a una corte penal internacional o a los crímenes específicos, pero soslayan el desarrollo y el análisis de los elementos de la responsabilidad penal individual. El enfoque más promisorio para se-

mejante tarea es el de retrotraerse a las fuentes primarias del Derecho Penal supranacional, es decir, a la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra desde Nuremberg, por un lado, y a las convenciones de Derecho Penal supranacional y otras fuentes escritas, por el otro. Por razones de extensión solo las primeras pueden ser tratadas aquí.

El análisis de la jurisprudencia abarcará, en primer lugar, los juicios de Nuremberg y de Tokio y los juicios documentados por la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (United Nations War Crimes Commission - "UNWCC"). En segundo lugar, son examinadas ciertas decisiones de tribunales nacionales sobre crímenes cometidos durante el nazismo (Eichmann, Barbie, Touvier y Finta)⁹ y otras criminalidades toleradas o auspiciadas por el estado My Lai (USA); Comandantes (Argentina); Letelier/Moffitt (Chile); muertes en la frontera (GDR). Finalmente, será analizada la jurisprudencia del ICTY, que está fuertemente fundada en los precedentes antes mencionados.

En las tres partes de este comentario, serán examinados los elementos objetivos de responsabilidad individual seguidos de los elementos subjetivos, partiendo de la premisa de que se debe distinguir entre imputación objetiva y subjetiva, es decir, imputación de una lesión o de un acto determinado desde un criterio objetivo (*actus reus*) y desde un criterio subjetivo (*mens rea*)¹⁰.

II. Los juicios de Nuremberg, Tokio y UNWCC

Mientras que los juicios ante el IMT y el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este (International Military Tribunal for the Far East - "IMTFE")¹¹ eran verdaderamente internacionales, los doce juicios subsiguientes

6. Ver los resúmenes de Ambos/Ruegenberg, *Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht, Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report(NStZ-RR)*, 1998, pág. 167 ss.; 1999, 200 ss.; 2000, 198 ss.

7. Ver App. Ch., *Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2.10.1995 (IT-94-1-AR72), pág. 128-37, 134.

8. Conf. Bassiouni, *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht 1992, pág. 339 ss., 2da. ed. 1999, pág. 369 ss. Ver también Tornaritis, *The Individual as a Subject of International Law and International Criminal Responsibility*, en Bassiouni (ed.), *A treatise on international criminal law: crimes and punishment*, 1973, pág. 103y ss. Una selección más bien mixta de materiales es presentada en Paust et al., *International criminal law: cases and materials* 21-72 (1996).

9. Los casos *Menten* (*International Law Reports [ILR]* tomo 75, pág. 331y ss. [Países Bajos]), *Polyukhovich* (*ILR* 91, 1 ss. [Australia]), *Kappler/Priebke* (*Trib. Militare di Roma, Sentenza del 1 agosto 1996 y del 22 de julio 1997; Corte Militare app., sentenza del 7 marzo 1998; Corte Suprema di Cass., sentenza del 16 noviembre 1998 [Italia]*) no contienen consideraciones sustanciales sobre la responsabilidad individual.

10. Sobre imputación objetiva y subjetiva ver Roxin; *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 3era. ed. 1997, § 10 nota marginal ("nm") 55, § 11 nm 39 ss., § 12 nm 140 ss.; ver también Fletcher, *Rethinking criminal law*, Boston 1978, § 6.7 p. 492.

11. *Roling/Rüter* (eds.), *The Tokyo judgment: the international military tribunal for the Far East (IMTFE)*, Amsterdam 1977, tres tomos ("The Tokyo judgment"); el tomo I contiene la opinión de la mayoría; el tomo II las opiniones en disidencia. Ver también Pritchard/Zaide (eds.), *The Tokyo war crimes trial*, 22 tomos, New York/London 1981.

de Nuremberg¹² y la gran mayoría de los documentados por la UNWCC¹³ tuvieron lugar ante tribunales nacionales o ante aquellos de las fuerzas ocupantes. Pese a la diferencia organizativa¹⁴ la ley aplicable fue, grosso modo, la misma, es decir, los Estatutos de Nuremberg y de Tokio y el Acta n° 10 del Consejo de Control (Control Council Law N° 10 - "CCL 10"). Aun cuando se trataron casos que involucraban crímenes cometidos en distintas culturas legales (hablando en líneas generales sistemas del "common law" y "continentales" o "civiles"), los juicios, tal como documentados por la UNWCC, no se apartaron, salvo algunas diferencias de detalle, de las bases comunes de la legislación de Nuremberg y de Tokio. Esto justifica y facilita un análisis en común de esta jurisprudencia aunque ciertamente tiene que reconocerse que tanto las decisiones del IMT como las del IMTFE son las fuentes históricas de mayor autoridad de Derecho Penal supranacional.

En general, los tribunales han reconocido que el principio de culpabilidad (individual) exige el conocimiento por parte del acusado de las circunstancias del delito. El IMT se refirió al principio de culpabilidad en el contexto de la cuestión de responsabilidad criminal de ciertas organizaciones nazis, consagrando que "uno de los más importantes [principios legales]... es que la culpabilidad penal es personal, y que los castigos en masa deben ser evitados" y que "el tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad [de un grupo u organización] en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas"¹⁵.

En los juicios subsiguientes frecuentemente se repitió que la responsabilidad individual presupone culpabili-

dad individual¹⁶, sin embargo, el principio de culpabilidad ha estado sujeto a algunas limitaciones considerables como se demostrará en el análisis que sigue.

1. Elementos objetivos de responsabilidad individual (actus reus)

a) ¿Conexión causal?

En cuanto a la imputación de resultados (más o menos ciertos) de una conducta, la jurisprudencia de Nuremberg ha seguido una línea bastante directa de causa-efecto (en el sentido de la teoría de la equivalencia o de la fórmula *conditio sine qua non*). No se han desarrollado limitaciones a este concepto ilimitado de imputación, por ejemplo, en el sentido de teorías normativas de imputación (objetiva)¹⁷. De allí que no sea sorprendente que la jurisprudencia no ofrezca un fundamento teórico; todo lo que se puede encontrar es una referencia lacónica del juez Powers a una "conexión causal"¹⁸. En suma, el enfoque de Nuremberg puede ser llamado pragmático más que dogmático, y orientado a la evidencia más que a una cuestión de principios.

Los juicios del IMTFE y de la UNWCC no dijeron mucho más acerca de esta cuestión. Solo refirieron al criterio de causalidad en el contexto de la participación¹⁹.

b) Participación/Complicidad

La jurisprudencia de Nuremberg no distinguió entre autor principal y accesorio²⁰, sino que más bien consideró cualquier forma de participación actual en el crimen como suficiente para considerar al partícipe responsable.

12. *Trials of War Criminals (TWC) before de Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law n° 10, vols. I-XV (US-GPO, Washington D.C. 1950-1953) ("TWC").*

13. *UNWCC, Law Reports of Trials of War Criminals, vols. I-XV (London 1947-1949) ("UNWCC Law Reports").*

14. *La doctrina alemana posguerra, sin embargo, no consideró la naturaleza legal de los tribunales como una mera cuestión formal; ver el trabajo fundamental de Jescheck, Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht, Bonn 1952, pág. 283-94.*

15. *El Juicio, supra nota 1, en pág. 469.*

16. *U.S. v. Krauch et al. (caso 6), TWC VIII, supra nota 12, pág. 1081-210, 1155-56, 1157, 1158-59, 1160; U.S. v. Krupp et al. (caso 10), TWC IX, pág. 1327-484, 1331, 1448; U.S. v. von Leeb et al. (caso 12), TWC XI, pág. 462-697, 484. Ver también U.S. v. Flick et al. (caso 5), TWC VI, pág. 1187-223, 1208 ("standards racionales y prácticos" para la determinación de culpabilidad).*

17. *Estas teorías tratan de limitar la imputación mediante criterios normativos (cf. Roxin, supra nota 10, § 11 nm 39-136; ver también Fletcher, supra nota 10, § 6.7.2., pág. 495 s.).*

18. *U.S. v. von Weizsäcker et al., TWC XIV, supra nota 12, pág. 308-942, 888 (opinión disidente).*

19. *Ver infra sección II. 1.b).*

20. *Ver para una correcta distinción, desde un punto de vista de derecho comparado: Fletcher, supra nota 10, § 8.5., pág. 637. Ver también Model Penal Code, § 2.06, pág. 299 (American Law Institute 1985) distinguiendo "diferentes modos de complicidad para un crimen".*

Así, cualquier cooperación en los planes de guerra de Hitler y cualquier conocimiento de estos planes dio origen a la participación criminal en el crimen contra la paz:

*"Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Tuvo que tener la cooperación de hombres de estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocio. Cuando ellos, con conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo"*²¹.

Estos requerimientos, en alguna medida específicos, concernientes al crimen contra la paz fueron luego desarrollados en los juicios subsiguientes y extendidos a otros crímenes incluidos en el Estatuto del IMT. Posiblemente la afirmación más concreta pueda encontrarse en U.S. v. von Leeb et al., donde se sostuvo que "para ser considerado penalmente responsable, debe haber alguna violación a alguna obligación moral consagrada por el derecho internacional, un hecho personal voluntario llevado a cabo con conocimiento de su intrínseca criminalidad según el derecho internacional"²².

En suma, cualquier forma de participación, desde el mero consentimiento a la conducta activa, fue considerada suficiente no solo para el crimen contra la paz sino también para los crímenes de guerra y contra la humanidad. En el juicio de los juristas ("Justice Trial") estos criterios fueron aplicados de modo tal que los acusados, que no habían cometido directamente crímenes, fueron considerados responsables como cómplices por estar, burocrática o funcionalmente, involucrados en crímenes del sistema nazi. Por primera vez se desarrolló un tipo de responsabilidad basada en ciertas funciones organizativas dentro de un aparato burocrático:

"La imputación... es la de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia organizado por el gobierno a nivel nacional [sic], en violación a las leyes de la guerra y de la humanidad, perpetrado en nombre de la ley por la autoridad del Ministro de Justicia, y a través de la instrumentalidad de las cortes. La da-

ga del asesino fue concebida bajo el ropaje del juez.

Confirmada la línea adoptada por el IMT, autoría (directa) y complicidad (indirecta) fueron tratadas de igual forma, de modo tal que "[la] persona que persuade a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos principales o accesorios a delito"²⁴.

En forma similar, en U.S. v. Pohl et al. la responsabilidad en la participación se basó en la división de funciones para la realización de distintas tareas que tomadas en conjunto facilitan o promueven la comisión de un delito:

*"Una operación elaborada y compleja, tal como la deportación y exterminación de los judíos y el apoderamiento de todas sus propiedades, es obviamente una tarea para más de un hombre. Como puede esperarse, encontramos a los distintos participantes en el programa pasándose uno al otro la pelota ("tossing the shuttlecock"). El que lo originó dice: 'Es cierto que pensé en el programa, pero no lo llevé a cabo'. El que le sigue en la línea dice: 'Yo diseñé el plan por escrito y designé el modus operandi pero no fue mi plan y yo de hecho no lo llevé a cabo'. El tercero en la línea dice: 'Es cierto que disparé contra personas, pero yo estaba simplemente ejecutando órdenes superiores'. El que le sigue en línea dice: 'Es cierto que yo recibí el botón de este programa y que lo inventarié y dispuse de él, pero no lo robé ni maté a sus propietarios. Yo solo estaba ejecutando órdenes de un nivel superior". Para invocar un paralelismo, asumamos que cuatro personas son acusadas de robar un banco... [Los] actos de cualquiera de los cuatro, dentro del marco del plan general, se convierten en los actos de todos los demás"*²⁵

El argumento de los Tribunales de Nuremberg en lo que respecta a la imputación recíproca es reminiscencia de la doctrina inglesa del "designio común" ("common design"), habitualmente conocido como "emprendimiento conjunto" ("joint enterprise")²⁶. En efecto, esta doctrina

21. El Juicio, supra nota 1, aquí pág. 448 (énfasis del autor).

22. U.S. v. von Leeb et al., supra nota 16, pág. 510.

23. U.S. v. Altstötter et al., supra nota 22, pág. 1063 (énfasis del autor).

24. U.S. v. Altstötter et al. (Justice Trial) (caso 3), TWC III, supra nota 12, pág. 954-1201, 985. Ver también UNWCC Law Reports XV, supra nota 13, pág. 53y ss.

25. U.S. v. Pohl et al. (caso 4), TWC V, supra nota 12, pág. 958-1163, 1173, sentencia suplementaria (énfasis del autor).

26 Cf. Smith & Hogan, Criminal law, 9th ed. 1999, pág. 141 y ss.

fue aplicada en los juicios británicos de crímenes de guerra, como documenta la UNWCC. Mientras que como regla general se consideró suficiente que el acusado estuviera "involucrado en la comisión" ("concerned in the committing") del crimen, en el caso de varios partícipes el fundamento para una imputación recíproca de contribuciones individuales al delito (principal) se basó en que los partícipes habían tenido un propósito y un plan común dentro del significado de la doctrina del designio común. Una imputación recíproca fue también reconocida en casos en que existió una división funcional de las tareas entre los cómplices. Esto implica responsabilidad por actos preparatorios que dan inicio a la comisión al igual que por actos posteriores a la consumación del delito. En el juicio de Karl Adam Golkel et al, por ejemplo, el Auditor de Guerra argumentó la responsabilidad por actos preparatorios:

"[Un] hombre estará involucrado en los fusilamientos si estando a 50 millas los ha ordenado y ha tomado los pasos ejecutivos para poner los fusilamientos en movimiento. Se deben considerar no solo actos físicos llevados a cabo en la escena de los fusilamientos, sino también si un acusado en particular... tuvo cualquier intervención en su organización²⁷".

Sin embargo, la participación debe tener un efecto real en la comisión, tal como que: "la persona en cuestión debe haber sido parte de la maquinaria haciendo algún deber, llevando a cabo alguna actuación que se dirigió directamente a lograr la muerte... tuvo real relevancia en la muerte"²⁸.

A diferencia de la jurisprudencia angloamericana, la jurisprudencia francesa distinguió entre la autoría directa y la participación (indirecta) ya que la legislación francesa consagra esta distinción²⁹. Sin embargo, en otros países todas las formas de participación fueron tratadas de igual

forma. Por último, incluso actos más bien distantes del resultado final (tales como la denuncia que conducía a la muerte en un campo de concentración) fueron atribuidos a sus "autores primarios", es decir, a las personas cuya conducta fue la causa original de los ulteriores resultados criminales³⁰. El resto de la jurisprudencia continental más bien siguió el concepto angloamericano tratando por igual a autores y cómplices, en el nivel de imputación de responsabilidad criminal.

c) Expansión de la imputación

i) Responsabilidad por mando

En los juicios contra miembros directivos de la Wehrmacht y de la SS, los Tribunales Militares norteamericanos consagraron la doctrina de responsabilidad por mando según se desarrolló en el caso Yamashita³¹. En U.S. v. Pohl et al. el Tribunal se refirió explícitamente a Yamashita y afirmó:

"Las leyes de la guerra imponen a un oficial militar, en una posición de mando, un deber positivo de adoptar aquellas medidas que están dentro de sus potestades y apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos bajo su mando para prevenir actos que sean violaciones de las leyes de la guerra"³².

De este modo, se reafirmó la responsabilidad por omisión en el caso de acusados con cierto estatus militar o civil³³. Se argumentó que la posición de mando implica ciertos deberes de control y de supervisión en lo concerniente a la respectiva esfera de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta esfera de competencia, el oficial responsable debe intervenir. Si fracasa en hacerlo, a pesar de su "conocimiento actual" acerca de estos

27. UNWCC Law Reports V, supra nota 13, pág. 53 (énfasis del autor). Ver también UNWCC Law Reports V, Trial of Werner Rohde & Eight Others (caso 31), págs. 54-59, 56.

28. UNWCC Law Reports XI, supra nota 13, Trial of Max Wielen et al. (caso 62), págs. 31-52, aquí 46 (énfasis del autor).

29. El art. 4º de la Ordenanza dice: "Cuando un subordinado es perseguido como el autor actual de un crimen de guerra, y sus superiores no pueden ser acusados de ser igualmente responsables, deben ser considerados como cómplices en la medida en que han organizado o tolerado los actos criminales de sus subordinados" (citado en UNWCC Law Reports III, supra nota 13, en 94; énfasis del autor).

30. Ver, por ejemplo, UNWCC Law Reports VII, supra nota 13, Trial de Gustav Becker, Wilhelm Weber & 18 Others (caso 40), Pág. 67-73, aquí 70.

31. Ver el caso Yamashita, 327 U.S. 1-81, 13-14 (1945), en el cual la Corte Suprema de Estados Unidos discutió que el acusado hubiera "ilegalmente dejado de lado y fracasado de desvincularse de su deber como comandante para controlar las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades" (énfasis del autor); crit. Bassiouni, supra nota 8 (1999), pág. 427y ss.; ver también UNWCC Law Reports IV, supra nota 13, pág. 1, 35.

32. U.S. v. Pohl et al., supra nota 24, pág. 1011 (énfasis del autor).

33. Ver U.S. v. Brandt et al. (the Medical caso) (Caso 1), TWC II, supra nota 12, pág. 171-300, 212, 213.

delitos (que puede ser inferido de la posición del acusado)³⁴, es responsable por omisión criminal. Sin embargo, el deber de control o supervisión disminuye con un decreciente poder de mando. De este modo, estas reglas se aplican a un comandante general y aun a un oficial de mando; no se aplican, sin embargo, cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido³⁵. Ni tampoco se aplican a los oficiales superiores ("staff officers") ya que tales oficiales normalmente no tienen poder de mando. Pero los oficiales superiores también pueden incurrir en responsabilidad penal, de modo que "si la idea básica es criminal según el derecho internacional, el oficial superior que puso esa idea bajo la forma de una orden militar... o actúa en forma personal para ver que sea adecuadamente distribuida ... comete un acto criminal según el derecho internacional"³⁶.

En general, el IMT y los Tribunales Militares exigieron, en lo que concierne a la guerra de agresión, que el acusado fuera un "jefe" o "planificador" (IMT) o que perteneciera al "nivel político".

El IMTFE confirmó y extendió esta jurisprudencia al personal civil³⁷. Primero, impuso deberes de supervisión y de control sobre el personal de mando civil y militar en lo que respecta al trato apropiado de prisioneros de guerra. Consecuentemente, los abusos a los prisioneros fueron atribuidos a los acusados si fracasaban en su prevención. La responsabilidad por mando fue ulteriormente extendida al gobierno (civil), argumentando un tipo de responsabilidad colectiva: "Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del mal trato a prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro mal trato, pero si elige permanecer en el gabinete y así continuar participando de su responsabilidad colectiva...volun-

tariamente asume responsabilidad por cualquier mal trato en el futuro"³⁸.

La pertenencia al gabinete fue considerada para justificar la conexión causal, al menos en el caso de ignorancia voluntaria o negligente³⁹, entre la omisión de actuar y los abusos cometidos. También, los deberes de supervisión e investigación fueron aumentados.

Esta jurisprudencia fue confirmada por los juicios de crímenes de guerra británicos, canadienses, australianos y chinos documentados por la UNWCC⁴⁰. En concreto, los tribunales competentes, grosso modo, consideraron crucial la posición o el estatus del acusado al momento de determinar la responsabilidad penal basada en la responsabilidad por mando.

ii) Conspiración

En lo que respecta a la conspiración, el IMT interpretó el art. 6 de su Estatuto (última oración) en sentido restrictivo⁴¹; esto generó una feroz crítica por parte de los abogados de la defensa alemana⁴². Así, una conspiración para involucrarse en una guerra de agresión es solo punible si está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto actual y esté motivado por intención criminal. El art. II (1)(a) del Acta n° 10 del Consejo de Control y el IMTFE⁴³ confirma que la conspiración es punible solo en el caso de crímenes contra la paz, no en el caso de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. El IMTFE luego exigió la posibilidad real de participar en la planificación, también en un estadio ulterior; esta posibilidad puede ser presumida si el acusado pertenece al "nivel político". Sin embargo, semejante presunción contra el acusado puede ser considerada una

34. Ver, por ejemplo, *U.S. v. von List et al. (Hostages trial) (caso 7)*, TWC XI, supra nota 12, en 1230-319, 1281 ("obligado a conocer"). Sin embargo, semejante presunción de conocimiento puede ser considerada una violación del principio de culpabilidad.

35. *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 15, 510 ("por la transmisión de cualquier modo de cualquier orden criminal"). Ver también *U.S. v. von List et al.*, supra nota 33, en 1281 y ss., 1286.

36. *U.S. v. von Leeb et al.*, supra nota 15, en 513.

37. *The Tokyo Judgement*, supra nota 11, en 29-30.

38. *The Tokyo Judgement*, supra nota 11, en 30 (énfasis agregado).

39. Ver infra 2.

40. Ver, por ejemplo, la referencia explícita al caso Yamashita en UNWCC Law Reports XV, supra nota 13, pág. 66.

41. El Juicio, supra nota 1, pág. 447-49. La última oración del art. 6° del Estatuto del IMT reza: "Líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participen en la formulación o ejecución de un plan común o conspiren para cometer cualquier de los crímenes siguientes son responsables por todos los actos llevados a cabo por cualesquiera personas que ejecuten semejante plan".

42. Ver por la crítica continental contra la conspiración: Jescheck, supra nota 14, pág. 272-76, 409 s.

43. *The Tokyo Judgement*, supra nota 11, pág. 31 s.

violación del principio de culpabilidad.

La jurisprudencia británica, documentada por la UNWCC, intentó distinguir entre conspiración, designio común y pertenencia a una organización criminal. Concordantemente, la diferencia entre un cargo de conspiración y uno de designio común es que el primero requiere la celebración de un acuerdo para cometer delitos mientras que el último exige no solo el acuerdo sino también la comisión de actos conforme a él. La pertenencia a una organización criminal está más cercanamente relacionada a la doctrina del designio común, ya que la pertenencia sola no es punible; en cambio, se requiere el conocimiento de una pertenencia voluntaria con participación activa en actos criminales de la organización⁴⁴.

iii) Pertenencia a una organización criminal

La pertenencia a una organización criminal (art. 9° del Estatuto del IMT) puede conllevar responsabilidad solo si el acusado intervino activamente en los actos de organización y sabía de su carácter criminal. Así, la mera pertenencia no es suficiente:

"Una organización criminal es análoga a una conspiración criminal en el hecho de que la esencia de ambas es cooperar con fines criminales. Tiene que haber un grupo unido y organizado para un propósito común ... Toda vez que la declaración acerca de la voluntad de las organizaciones y de los grupos, como ya se destacó, fija la criminalidad de sus miembros, esa definición debería excluir a las personas que no tenían conocimiento de los propósitos criminales o actos de la organización y aquellos que fueron proyectados por el Estado para asociarse, salvo que estuvieran personalmente implicados en la comisión de actos declarados criminales por el artículo 6° del Estatuto como miembros de la organización. La mera pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por

*el marco de estas declaraciones."*⁴⁵

Los juicios subsiguientes adoptaron la posición del IMT. En U.S. v. Ohlendorf et al. Se consagró que:

*"Para evitar la repetición innecesaria de sentencias individuales, el Tribunal declara aquí que cuando encuentre a un acusado culpable del cargo tres [pertenencia a organizaciones criminales] será porque ha encontrado en los registros más allá de una duda razonable que devino o se mantuvo como miembro de la organización criminal involucrada a partir del 1° de septiembre de 1939 en las condiciones declaradas criminales en la sentencia del Tribunal Militar Internacional"*⁴⁶.

2. Elementos subjetivos de responsabilidad individual (mens rea)

En general, se exigió conocimiento de los crímenes o de los planes criminales⁴⁷. Sin embargo, en el caso de los juristas un tipo de imprudencia o ignorancia reprochable fue considerada suficiente⁴⁸. En el supuesto de crímenes de guerra y de crímenes contra la humanidad, el conocimiento fue, en alguna medida, presumido por la evidente criminalidad de los actos:

*"Mientras que sostenemos que el conocimiento de que las guerras de Hitler... eran agresivas es un elemento esencial de la culpabilidad... [, una situación muy distinta surge con respecto a ... crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Quien a sabiendas se unió o implementó, ayudó o instigó...no puede decir que no sabía que los actos en cuestión eran delictuales. Medidas que resultan en la muerte, el maltrato, la esclavización... son actos que violentan ("shock") la consciencia de cualquier hombre decente. Son delictuales per se"*⁴⁹. En forma similar, la decisión en IG Farben se re-

44. UNWCC Law Reports XV, *supra* nota 13, pág. 97-99.

45. *El Juicio*, *supra* nota 1, pág. 469 (énfasis agregado). Así, en el caso de la Gestapo, la declaración de criminalidad no incluyó "personas empleadas... para trabajos puramente clericales, estenográficos, de mantenimiento o similares trabajos de rutina no oficiales" (*ibid.*, pág. 477).

46. U.S. v. Ohlendorf et al., TWC IV, *supra* nota 12, pág. 411-589, pág. 496. Ver también U.S. v. von Weizsäcker et al, *supra* nota 18, pág. 855 ("la mera pertenencia no constituye prueba de culpabilidad").

47. U.S. v. Brandt et al., *supra* nota 33, pág. 194, 201, 209, 222; U.S. v. Milch (caso 2), TWC II, *supra* nota 12, pág. 773-878, 814; U.S. v. Altstötter et al., *supra* nota 23, pág. 1093; U.S. v. Pohl et al., *supra* nota 25, pág. 984, 994, 998, también opinión disidente pág. 1159; U.S. v. Krauch et al., *supra* nota 16, pág. 1102 (referencias al IMT), pág. 1108; U.S. v. List et al., *supra* nota 34, pág. 1286; U.S. v. von Leeb et al., *supra* nota 16, pág. 545.

48. U.S. v. Altstötter et al., *supra* nota 23, pág. 977 ("debería haber sabido").

49. U.S. v. von Weizsäcker et al., *supra* nota 18, pág. 339 (énfasis en el original). En forma similar, U.S. v. von Leeb et al., *supra* nota 15, pág. 617.

firió a la habilidad personal y la posición de los acusados:

"Es discutible si el hecho de que los acusados debían haber conocido... [Conocido en retrospectiva...la producción de armamentos puede considerarse imputarle conocimiento... Si estuviéramos juzgando a expertos militares... [,] Semejante conclusión podría estar justificada. Ninguno de los acusados, sin embargo, era experto militar. No eran siquiera hombres de la milicia. El campo de su vida laboral ha sido íntegramente dentro de la industria.... La evidencia no demuestra que alguno de ellos supiera el alcance con el cual el rearmamento general había sido planeado"⁵⁰.

Un empleo así de generoso de las presunciones en el plano subjetivo no solo afecta el principio de culpabilidad, como lo hace cualquier presunción en contra del acusado, sino que también implica limitaciones sustanciales en lo que respecta a la posibilidad de un error de derecho o de prohibición ("mistake of law") como una defensa válida. Si los acusados tienen que saber lo permitido y lo prohibido, tienen que reconocer la antijuridicidad de sus actos y no pueden tener una clara conciencia. Si a pesar de ello erraron sobre la antijuridicidad de sus actos, este error tiene que ser considerado evitable y por ende irrelevante. Por estas razones, el punto de vista correcto es de rechazar todas las presunciones de conoci-

miento como el ICTY lo ha hecho recientemente⁵¹.

Finalmente, una distinción entre dolo común y dolo específico, basado en el Derecho Penal norteamericano, fue desarrollado en el caso Krupp, sin embargo, claramente delimitar, entre sí, estas formas de mens rea⁵².

El IMTFE, como ya se mencionó, diluyó el elemento subjetivo. Concordantemente, los acusados que desplegaron una ignorancia negligente actuaron con mens rea porque "[e]llos están en falta por haber fallado en la adquisición de ese conocimiento"⁵³.

La jurisprudencia británica, canadiense, australiana y china documentada por la UNWCC, confirmó el estándar estricto del IMTFE, requiriendo solo un conocimiento posible de los delitos punibles, sancionando también así la ignorancia negligente.

III. Decisiones de crímenes nazis y otras actividades criminales auspiciadas por el Estado

Las distintas decisiones sobre crímenes nazis aquí examinadas⁵⁴ trataron principalmente con el delito de crímenes contra la humanidad según el art. 6° del Estatuto del IMT. Por ende, el análisis de la imputación en esta parte del comentario se concentrará en este crimen. Concordantemente, los elementos constitutivos de este crimen serán considerados en primer lugar. Luego, los

50. *U.S. v. Krauch et al. (IG Farben)*, supra nota 16, pág. 1113 (énfasis del autor).

51. Ver sección IV.2. infra.

52. Solo se especificó que "un dolo penal general es suficiente en todos los casos en los cuales un dolo o un elemento mental específico o de algún otro modo particular no es requerido por la ley que define el crimen". (cf. *U.S. v. Krupp et al*, supra nota 15, pág. 1378, con referencia a Millar, *Handbook on Criminal Law*, St. Pauls 1934, 57 s.).

53. *The Tokyo Judgement*, supra nota 11, pág. 30.

54. *Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, Entscheidungen des Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Strafsachen (OGHSt)*, tomos 1-3, Berlin/Hamburg 1948-1950. - *Eichmann (Israel)*, Jerusalem District Court, 12.12.1961, ILR 36, pág. 5-14, 18-276; *Supreme Court*, 29.5.1962, ILR 36, 14-17, 277-344. - *Barbie (Francia)*, Cour d'assises du département du Rhône, 4.7.1987, en: *Le Monde*, 5/6.7.1987, pág. 1; *Cass.crim.*, 3.6.1988, *Juris-Classeur Périodique/La Semaine Juridique ("J.C.P.")* 1988 II n°21149, ILR 100, 330-37; ver también *Cass.Crim.*, 6.10.1983, *Gazette du Palais* 1983, 710 = ILR 78, 126, 128-31; *Cass. Crim.* 26.1.1984, *J.C.P.* 1984 II n° 20.197, ILR 78, 126 s., 132-36; *Cass. Crim.* 20.12.1985, *Bulletin des Arrêts de la Cour de Cassation, chambre criminelle ("Bull. Crim")*, 1985, 1038-55 = *J.C.P.* 1986 II n° 20655 = ILR 78, 127 s., 136-47. - *Touvier (Francia)*, Cour d'assises de Yvelines, 20.3.1994, en: *Bédarida (ed.)*, *Touvier. Le dossier de l'accusation*, Paris 1996, pág. 353 s. ("*Bédarida*"); *Cass. Crim.* 1.6.1995, *Bull. Crim.* 1995, 547-58; ver también *Cour d'Appel de Paris*, 13.3.1992, extractos en: ILR 100, 339 s., 341-58, también en *Bédarida*, op. cit, pág. 314-21; *Cass.crim.* 27.11.1992, *Bull. Crim.* 1992, 1082-1116, ILR 100, 341, 358-64; *Cour d'appel de Versailles*, 2.6.1993, en: *Bédarida*, op. cit, pág. 322-50; *Cass. Crim.*, 21.10.1993, *Bull. Crim.* 1993, 770-74. - *Finta (Canadá)*, Ontario Court of Appeal, 29.4.1992, ILR 98, 520-663; *Supreme Court of Canada*, 24.3.1994, *Canadian Criminal Cases (3d)* 88 (1994), pág. 417-544 = *Supreme Court Review* 1994, 701-877 = ILR 104, 284-404.

demás elementos (objetivos y subjetivos) de responsabilidad individual serán analizados, teniendo en cuenta algunas decisiones sobre otras actividades criminales auspiciadas por el Estado⁵⁵.

1. Elementos objetivos y subjetivos del crimen contra la humanidad

El Tribunal Supremo para la Zona Británica (Oberste Gerichtshof für die Britische Zone - "OGHBrZ"), establecido por la fuerza de ocupación británica en 1948 como sucesor del Tribunal del Reich ("Reichsgericht") y predecesor del Tribunal Supremo ("Bundesgerichtshof"⁵⁶), desarrolló una jurisprudencia rica en los elementos constitutivos de crímenes contra la humanidad⁵⁷. Ella permite algunas conclusiones generales en lo que respecta a la responsabilidad individual.

Según esta jurisprudencia un crimen contra la humanidad requiere un acto que esté dirigido contra la humanidad y la condición humana como tal y relacionada con el sistema de terror y violencia nazi. Incluso actos aislados contra individuos pueden ajustarse a este criterio si son cometidos dentro del contexto de un estado de terror y persecución. Un nexo causal o una conexión entre un acto determinado y un resultado existen si un acusado toma parte en el acto de persecución que en sí mismo es parte de una persecución a gran escala.

En Barbie y Touvier, la Corte de Casación (Cour de Cassation) aplicó el art. 6 (b) y (c) del Estatuto del IMT y lo interpretó extensivamente. Crímenes contra la humanidad son considerados como delitos cometidos en nombre de una política oficial de hegemonía ideológica ("hégémonie idéologique") y dirigida no solo contra la raza y la reli-

gión sino además contra opiniones políticas opuestas:

"qu'il y ait crime contre l'humanité, que les actes énumérés à l'article 6 c du Statut du Tribunal militaire International aient été commis 'de façon systématique', 'au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique'... En demandant si l'accusé a, en commettant son crime 'pris part à l'exécution d'un plan concerté...', les questions critiquées caractérisent cet élément constitutif du crime contre l'humanité"⁵⁸.

La participación en tales persecuciones colectivas no es un delito separado pero es en sí un elemento constitutivo del crimen contra la humanidad.

En Finta los tribunales canadienses sostuvieron que el crimen contra la humanidad persigue la discriminación o la persecución de un grupo definido de personas.

Estas consideraciones demuestran que el crimen contra la humanidad sobrepasa el injusto penal de los delitos nacionales comparables desde que representa un ataque contra la humanidad como tal y es utilizado para obtener un propósito político ideológico específico. Tales actos tienen lugar en el contexto de un sistema dictatorial de violencia y terror (OGHBrZ), en el nombre de una política de hegemonía ideológica (Barbie, Touvier) o están dirigidos hacia la persecución política de ciertos grupos religiosos, raciales o culturales (Finta). Así, estos actos, clasificados como crímenes contra la humanidad, representan la continuación por medios criminales de una política estatal dictatorial y terrorista. Sin embargo, es importante reconocer que según el derecho internacional vigente no es necesario que la política sea la de un Estado, porque una organización o un grupo pueden ser sufi-

55. *My Lai (Calley): Court Martial, 31.3.1971; Convening Authority, 20.8.1971; ver por ambos: Hammer, The Court-Martial of LT. Calley, New York 1971; U.S. v. Calley, Court of Military Review, 16.2.1973, Court Martial Reports (CMR) 46 (1972/3), 1131-200, 1163 ss.; Appellee v. Calley, Appellant, Court of Military Appeals, 21.12.1973, CMR 48 (1973/74), 19-33; Calley v. Gallaway, US District Court, M.D. Georgia, Columbus Division, 25.9.1974, F. Supp. 382 (1974), 650-713; US Court of Appeals for Fifth Circuit, 10 Sept. 1975, en Goldstein et al., The My Lai massacre and its cover-up, beyond the reach of law?, New York 1976, pág. 556-73. - Commandantes (Argentina): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9.12.1985, 309-III Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Fallos") 33-1657 ss.; CSJN, 30.12.1986, Fallos 309-II, pág. 1689-923. - Letelier/Moffitt (Chile) ("el juicio chileno"): Juez de Instrucción Bañados, 12.11.1993, Fallos del Mes, año XXXV, noviembre 1993, edición suplementaria; CSJ, 30.5. y 6.6.1995 (archivo del autor). - GDR (National Defence Council, "Generals") ("los juicios alemanes"): BGHSt 40, 218; BGH NJW 1994, 2703; LG Berlin, 10 Sept. 1996, AZ (536) 2 Js 15/92 Ks (2/95); BGH, 30 Apr. 1997, 5 StR 42/97; ver también Arnold, Strafrechtsprobleme der deutschen Vereinigung, en: Eser/Huber (eds.), Strafrechtswissenschaft in Europa, 5/1, Freiburg i. Br. 1997, pág. 157-256 (172-205).*

56. Para más detalles ver Storz, Die Rechtsprechung des OGH in Strafsachen 2 y ss. (Tübingen 1969); más reciente Rüping, Das 'kleine Reichsgericht'. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Symbol der Rechtseinheit, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2000, pág. 355-359.

57. Ver, por ejemplo, OGHSt I, supra nota 54, 1, 3; 11, 12 s.; 122, 123; 152, 156 s.; 238, 241.

58. Barbie (France), Cass. Crim. 3.6.1988, supra nota 54, pág. 39 (énfasis del autor). Ver también Touvier (France), Cass. Crim. 27.11.1992, supra nota 54, pág. 1116.

cientes; adicionalmente, la política no necesita ser de "hegemonía ideológica"⁵⁹.

En el plano subjetivo, un *dolus ordinario* es suficiente (OGHBrZ) si el autor voluntariamente promueve los objetivos descritos y somete a su víctima a violencia arbitraria. El dolo específico consiste en el hecho de que el autor no solo quiere violar los intereses legales clásicos sino que también persigue intencionalmente el objetivo criminal del Estado, organización o grupo (Barbie, Touvier). Se discute si acaso es o no necesario que el autor además tenga una intención discriminatoria⁶⁰.

2. Otros elementos objetivos de responsabilidad (actus reus)

a) Participación/Complicidad

La clara referencia del CCL10 para un concepto uniforme de autoría (Einheitstätermodell) que no distingue entre autoría y complicidad dejó a los tribunales continentales con poco espacio para aplicar esa distinción. Consecuentemente, el OGHBrZ tuvo que reconocer que el CCL 10 le asigna igual valor a cada contribución para un acto criminal y que esas contribuciones son castigadas independientemente una de la otra. Diferencias en el peso cualitativo y cuantitativo de semejante contribución son considerados solo al nivel de la determinación de la pena.

En forma similar, en el caso Eichmann, cualquier forma de participación en la "solución final" fue considerada suficiente para justificar la responsabilidad penal. Eichmann fue condenado como "autor principal" sobre la base de varios actos de apoyo o cooperación. Curiosamente, las cortes israelíes no discreparon con la doctrina clásica de la participación pero sostuvieron que los macro crímenes en cuestión tenían que ser tratados en forma distinta. Así, argumentaron por un tipo de responsabilidad organizativa o dominio del hecho por el hombre del escritorio, un desarrollo ulterior del concepto utilizado en el ju-

icio de los juristas:

"Pero más importante, con un crimen tan vasto y complicado como el que estamos ahora considerando [la solución final], en el cual muchas personas participaron, en diferentes niveles de control y por distintos modos de actividad — los planificadores, los organizadores y los ejecutantes, de acuerdo a su rango — tiene poco sentido utilizar los conceptos ordinarios de aconsejar ("counselling") y procurar la comisión de un delito. Ya que estos crímenes fueron crímenes en masa, no solo en lo que respecta a la cantidad de víctimas sino también en lo que respecta a la cantidad de aquellos que participaron... y la medida en que cualquiera de los muchos criminales estaba cerca de o remotamente de la persona que de hecho mató a las víctimas nada dice acerca de la medida de su responsabilidad. Por el contrario, el grado de responsabilidad generalmente aumenta a medida que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los niveles de comando más altos, los consejeros ("counsellors"), en el lenguaje de nuestra ley. En lo que respecta a las víctimas que no murieron pero fueron sometidas a condiciones de vida calculadas para acarrear su muerte, es específicamente difícil definir en términos técnicos quién instigó a quién: aquel que capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o aquel que las hizo trabajar allí."⁶¹

En el juicio argentino contra los ex comandantes de la junta militar, por primera vez un Tribunal (nacional) tuvo que tratar con la responsabilidad del liderazgo político de un país por crímenes cometidos contra la oposición política sobre la base de un plan nacional de destrucción⁶². La Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema desarrollaron una forma de autoría mediata⁶³ sobre la base de la teoría de Roxin de autoría mediata a través del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de

59. Para una mayor discusión, ver Swaak-Goldman, en: McDonald/Swaak-Goldman (eds.), *supra* nota *, pág. 141 y ss.; ver también van Schaack, *The definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence*, *Columbia Journal of Transnational Law* 37 (1999), 787-850; McAuliffe de Guzman, *The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity*, *Human Rights Quarterly* 22 (2000), 335-403.

60. Ver ICTY, *Appeals Chamber, Prosecutor v. Tadić*, *Judgement* 15.7.1999 (IT-94-1-A), pág. 281 ss. (283, 287, 292). En contra la inclusión de este requisito también Swaak-Goldman, *supra* nota 55.

61. *Eichmann (Israel)*, *District Court*, 12.12.1961, *supra* nota 54, pág. 236-37, pág. 197 (énfasis del autor).

62. En lo que respecta a este plan, ver ambos, *De la estructura 'jurídica' de la represión y de la superación del pasado en Argentina por el derecho penal: un comentario desde el punto de vista jurídico*, *Jueces para la Democracia: Información y Debate (España)* 30 (Nov. 1997), pág. 90.

63. De acuerdo con este concepto, llamado en alemán "*mittelbare Täterschaft*" (CPAlemán, §25(1) *altern.* 2), el autor mediato ("el hombre de atrás") utiliza al autor directo (el autor material, el ejecutor) como un instrumento para cometer el crimen, generalmente porque este último tiene un defecto (ya sea mental o cualquier otro legal) (ver Fletcher, *supra* nota 10, § 8.5.1., pág. 639; Fletcher, *Basic concepts of criminal law*, Oxford 1998, pág. 197-200). El concepto es también reconocido en el common law, ver *Model Penal Code*, § 2.06 (2) (a) (American Law Institute 1985).

aparatos organizados de poder (mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft)⁶⁴. Así, la estructura organizativa de un aparato militar puede conferir sobre sus líderes o comandantes el poder de dominar los actos de sus subordinados quienes, como autores directos, llevan a cabo los crímenes concebidos y ordenados por los comandantes. A pesar de que los subordinados son criminalmente responsables, los comandantes están en control total ya que aquellos son fácilmente reemplazables: son mediadores fungibles del acto (fungible Tatmittler). El dominio del sistema implica el dominio de cada individuo que forma parte del sistema. La Cámara de Apelaciones sostuvo:

"Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar."...

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, que solo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento de que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres

fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre una voluntad concreta, sino sobre una "voluntad indeterminada", cualquiera que sea el ejecutor, igual se producirá el hecho.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran⁶⁵.

En el juicio chileno por los homicidios del Ministro de Relaciones Exteriores del ex presidente Allende, Orlando Letelier, y su compañero Moffit, los acusados (el ex director del servicio secreto militar, Contreras, y el oficial Espinoza) fueron también condenados como autores. Sin embargo, esta decisión no se apoyó en la doctrina del dominio de la organización sino mas bien en el concepto más tradicional de dominio del hecho sobre los autores directos por coacción (Nötigungsherrschaft)⁶⁶.

En los juicios alemanes contra líderes civiles y militares del ex-GDR (en particular miembros del Consejo de Defensa Nacional y del Comité Central del Partido Socialista), la Corte Suprema se refirió a "las bases legales sustantivas de la sentencia del IMT" y las utilizó para declarar nula la legislación correspondiente que legitimaba los disparos en la frontera este de Alemania⁶⁷. La doctrina de Roxin, por otra parte, fue utilizada para fundar una autoría mediata para las muertes en la frontera interna de Alemania por los miembros del Consejo de Defensa Nacional ("CDN") y los generales del Ejército Nacional del Pueblo. En el primer caso se sostuvo:

"Como miembros del CDN los acusados pertenecían a un cuerpo, cuyas decisiones constituían los recaudos obligatorios para las órdenes básicas, sobre las cuales el régimen de fronteras... estaba basado. Ellos conocían que las órdenes eran llevadas a cabo basadas en las decisiones del CDN. Habían sido notificados de las víctimas de las minas de fronteras y

64. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7a ed. 2000, pág. 242-52, 677 ss. Ver también Ambos, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* ("GA"), 1998, pág. 226-45 = *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n° 3 (enero de 1999), 133-165; versión más larga publicada por Universidad Externado de Colombia, *Cuadernos de conferencias y artículos* n° 20, Bogotá 1998.

65. Cámara 9.12.1985, *supra* nota 55, pág. 1601 s. (énfasis del autor).

66. Ver el juicio chileno, *supra* nota 55.

67. BGHSt 41, 101, 109.

de la orden de disparar (*Schießbefehl*). Los ejecutores de los actos que directamente condujeron a las muertes actuaron como parte de una jerarquía militar en la cual su rol fue específicamente establecido. Tampoco los acusados tuvieron un rol completamente subordinado a Honecker⁶⁸.

Autoría mediata del funcionario responsable del partido fue también admitida en casos de fraude electoral⁶⁹. Finalmente, un comandante de una patrulla de frontera, es decir, un miembro del nivel de comando medio, fue condenado como un autor mediato — por su dominio por comando (*Befehisherrschaft*) — por darle la orden a un subordinado de matar a un refugiado⁷⁰.

En suma, el concepto de dominio o control en virtud de una organización ha ganado más y más importancia. Dada su fundamentación convincente acerca de la responsabilidad penal de líderes dentro de estructuras estrictamente jerárquicas, no puede seguir ignorándose por la jurisprudencia internacional. A diferencia del concepto de responsabilidad por mando, no genera responsabilidad por omisiones sino por actos, y por ende los dos conceptos son complementarios. Su mensaje esencial puede ser sintetizado del siguiente modo: el dominio del sistema implica el dominio de los individuos que son una parte integral del sistema.

b) Otros

Otras formas de responsabilidad objetiva no fueron relevantes. Solo en el caso Eichmann, la conspiración fue interpretada tan restrictivamente como para requerir actos concretos que fueran más allá del mero acuerdo para cometer un delito.

3. Elementos subjetivos de responsabilidad (*mens rea*)

Según el OGHBrZ el crimen contra la humanidad re-

quiere en el plano subjetivo solo un *dolus eventualis* (*bedingter Vorsatz*), es decir, un requisito subjetivo desconocido para el common law que puede ser ubicado algo así como entre el propósito/conocimiento y negligencia consciente (*recklessness*)/imprudencia⁷¹. A pesar del uso práctico de este concepto en Derecho penal supranacional, es de una enorme importancia práctica que el OGHBrZ no exigiera que el acusado tuviera una intención específica de cometer el crimen contra la humanidad sino solo un *dolus ordinario*, en otras palabras, el conocimiento general de que la víctima de su acto puede ser expuesta al sistema arbitrario e injusto del nazismo. En términos de la consciencia del injusto (*Unrechtsbewußtsein*), el OGHBrZ se apoyó en un estándar objetivo: debió haber sido posible para una persona razonable reconocer el injusto y, sobre esa base, comportarse de un modo ajustado a la norma. La capacidad subjetiva del acusado no fue considerada.

En Eichmann también solo se exigió un *dolus ordinario*. Eichmann sabía de la solución final; entonces, la destrucción biológica de los judíos integró su dolo.

En Barbie y Touvier los tribunales franceses exigieron conocimiento de los planes criminales y una intención específica. Así, en Touvier el tribunal dudó que el acusado hubiera actuado con el *mens rea* necesario ya que no era ni un agente del estado Nazi ni tuvo la intención específica de implementar una política de hegemonía ideológica. El tribunal finalmente presumió el intento específico de Touvier, en forma no muy convincente, al sostener que fue instigado por un oficial de la Gestapo.

En Finta los tribunales canadienses sostuvieron que el acusado debió haber sabido o haber sido voluntariamente ciego ("*wilfully blind*") a las circunstancias o hechos que hicieron de su acto un crimen contra la humanidad⁷². Es suficiente si el acusado, desde el punto de vista de un observador común, es consciente de la cualidad fáctica

68. GDR (*National Defence Council, "Generals"*), *supra* nota 55, BGHSt 40, 218, 237-38. El original dice: "Die Angeklagten waren als Mitglieder des NVR Angehörige eines Gremiums, dessen Entscheidungen zwingende Voraussetzungen für die grundlegenden Befehle waren, auf denen das Grenzregime... beruhte. Sie wußten, daß die auf den Beschlüssen des NVR beruhende Befehle ausgeführt wurden. Die Meldungen über die Opfer der Grenzverminung und des Schießbefehls lagen ihnen vor. Die Ausführenden der Handlungen, die unmittelbar zur Tötung führten, haben als Untergebene in einer militärischen Hierarchie gehandelt, in der ihre Rolle festgelegt war." "Die Angeklagten hatten auch nicht eine gegenüber Honecker ganz untergeordnete Rolle."

69. *Ibid.*, pág. 307, 316 s.

70. BGH NJW 1996, pág. 2042, 2043. Ver los más recientes estudios de Marxen/Werle, *Die strafrechtliche Aufarbeitung von DDR-Unrecht. Eine Bilanz*. Berlin et al., 1999 así como Eser/Arnold (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, tomo 2, Deutschland (H. Kreicker/M. Ludwig/K. Rossig/A. Rost/S. Zimmermann), Freiburg im Br. 2000.

71. Cf. Fletcher, *supra* nota 10, § 6.5.2.; La Fave/Scott, *Criminal Law I*, St. Pauls 1986, § 3.7. Sobre el concepto anglosajón de la *recklessness* ver también Weigend, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, ZStW 93 (1981), 657-700 (693); Perron, *Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichen-den Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, en: Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. Band 5, Baden-Baden 1998, pág. 145-156 (151 s.).

72. Finta (Canadá), *Court of Appeal*, 29.4.1992, *supra* nota 54, pág. 595: "[K]nowledge of the circumstances or facts which bring an act within the definition of a war crime or crime against humanity constitutes the mental component which must coexist with the prohibited acts to establish culpability for those acts".

de sus actos como crímenes contra la humanidad. Debe inferir de esta cualidad fáctica el reproche específico de su comportamiento.

En el juicio My Lai, la deliberación se centró en el criterio subjetivo para distinguir homicidio de asesinato en lo que respecta al Teniente Calley. Mientras que su superior, el Capitán Medina, fue absuelto por falta de conocimiento, Calley fue finalmente condenado por asesinato porque ejecutó civiles vietnamitas de acuerdo con su "malicia preconcebida", voluntaria y absolutamente consciente de sus actos:

*"[El] apelante sabía que estaba armado y qué es lo que su arma haría. Tenía el mismo conocimiento acerca de sus subordinados y de sus armas. Conocía que si uno apuntaba su arma a un campesino y disparaba, el campesino moriría. Conociendo esto, ordenó a sus subordinados a arrojar a los pobladores en el camino y desecharlos en la zanja, para emplear su propia terminología; y él mismo disparó sobre los pobladores. Estos simples hechos evidencian intención de matar, conscientemente formada y llevada a cabo"*⁷³.

IV. La jurisprudencia del ICTY

Fue primero en el caso Tadic⁷⁴ que el ICTY prestó atención sustancial a la cuestión de la responsabilidad individual. Grosso modo, esta decisión fue confirmada por la decisión más sofisticada de Furundzija⁷⁵. En Celebici⁷⁶, el ICTY se centró en la doctrina de la responsabilidad por mando. Esta decisión fue seguida y confirmada por las sentencias en Aleksovski⁷⁷ y Blaskic⁷⁸ que no necesitan ser analizadas aquí en detalle.

1. Responsabilidad individual propia (art. 7(1) del Estatuto del ICTY)

En Tadic, al interpretar el art. 7° del Estatuto del ICTY⁷⁹ y al referirse a la jurisprudencia desde Nuremberg, la Sala de Primera Instancia II correctamente sostuvo que tanto la responsabilidad penal individual como la autoría en el sentido del art. 7° del Estatuto tienen una base en el derecho internacional consuetudinario⁸⁰. En lo que respecta a la responsabilidad de Tadic, la Sala distinguió entre los delitos que él cometió directamente y aquellos que no cometió directamente pero en cuya comisión estuvo presente o de algún modo involucrado. Mientras que la responsabilidad por el primer supuesto está clara-

73. My Lai (Calley), Court of Military Review, 16.2.1973, supra nota 55, pág. 1178. El original dice: "[T]he Appellant knew he was armed and what his weapon would do. He had the same knowledge about his subordinates and their arms. He knew that if one aimed his weapon at a villager and fired, the villager would die. Knowing this, he ordered his subordinates to 'waste' the villagers at the trail and ditch, to use his own terminology; and fired upon the villagers himself. These bare facts evidence intent to kill, consciously formed and carried out." (énfasis del autor).

74. Trial Chamber (T.Ch.) II, Prosecutor v. Tadic, Opinion and Judgment, 7.5.1997 (IT-94-I-T). Ver también T.Ch. II, Prosecutor v. Tadic, Sentencing Judgment, 14.7.1997 (IT-94-I-T); App. Ch., Judgment 15.7.1999 (IT-94-1-A), supra nota 60; T.Ch. II, Sentencing Judgment 11.11.1999 (IT-94-1); App. Ch., Judgment in Sentencing Appeals 26.1.2000 (IT-94-1) - La decisión Erdemovic_ trató principalmente con la defensa de obediencia debida y coacción. Ver App.Ch, Prosecutor v. Erdemovic, Sentencing Judgment, 7.10.1997 (IT-96-22-A).

75. T.Ch.II, Prosecutor v. Furundzija, Judgment, 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), pág. 190 y ss.; confirmado por App. Ch., Judgment 21.7.2000 (IT-95-17/1-A).

76. T.Ch. II, Prosecutor v. Delalic et al. ("Celebici"), Judgment, 16.11.1998 (IT-96-21-T), pág. 330 y ss.

77. T.Ch., Prosecutor v. Aleksovski, Judgment, 25.6.1999 (IT-95-14/1) (original en francés), pág. 69 y ss.; confirmado por App.Ch., Judgment 24.3.2000 (IT-95-14/1-A).

78. T. Ch. I, Prosecutor v. Blaskic, Judgment 3.3.2000 (IT-95-14-T).

79. Estatuto del Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991, Doc. ONU S/25704, Anexo (1993) ("Estatuto del ICTY"), publicado en ILM 32 (1993), pág. 1159; en castellano en: en Ambos/Guerrero, supra nota 5, pág. 383 ss. El art. 7° dice:

"Responsabilidad penal individual

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los arts 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.

2. El cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no lo eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.

4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no lo eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad."

80. Prosecutor v. Tadic, Judgment 7.5.1997, supra nota 74, pág. 663-69.

mente consagrada en el art. 7°, en lo que respecta al último, la Sala de Primera Instancia tuvo que determinar si el acusado estaba suficientemente conectado a los crímenes como para poder ser considerado responsable penalmente. En este sentido, la jurisprudencia de Nuremberg demuestra que debe probarse, en un plano objetivo, que "hubo participación en el sentido de que la conducta del acusado contribuyó a la comisión del acto ilegal" y, en un plano subjetivo, que el acusado actuó intencional y conscientemente⁸¹.

a) Plano objetivo: criterio para la participación criminal, en particular complicidad y coautoría.

Basándose en particular en la jurisprudencia de Nuremberg y de la UNWCC y en el comentario del art. 2 (3) (a) y (d) del Proyecto de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1996 ("Proyecto de Código 1996") de la Comisión de Derecho Internacional ("CDI")⁸²-, la sala de Primera Instancia sostuvo que la complicidad requiere una contribución directa y sustancial a la comisión del crimen. "Sustancialmente" significa que la contribución tenga un efecto en la comisión; en otras palabras, debe ser, de un modo u otro, causal del resultado⁸³. Esto no necesariamente requiere presencia física en la escena del crimen. Antes bien, la Sala de Primera Instancia adelantó un concepto amplio de autoría en la línea de la teoría inglesa "involucrado en la muerte"⁸⁴, de modo tal que sostuvo que "no solo uno no tiene que estar presente sino que la conexión entre el acto que contribuye a la comisión y el acto de comisión en sí pueden estar geográfica y temporalmente distantes"⁸⁵. Más aun, la complicidad incluye todos los actos de asistencia por me-

dio de palabras o actos que brinden apoyo.

Este concepto verdaderamente amplio de la complicidad fue confirmado en la decisión celebici⁸⁶. Sin embargo, en el pronunciamiento más reciente de Furundzija, el ICTY tomó una postura más sofisticada⁸⁷. La Sala de Primera Instancia distinguió entre la naturaleza de la asistencia y su efecto en el acto del principal (autor principal). En cuanto al primero, sostuvo que la asistencia no debía ser "tangible" pero que "apoyo moral e incitación" eran suficientes. La mera presencia en la escena del crimen basta si tuvo "un efecto de legitimación o incitación suficiente en los principales". El término "directo", utilizado por la CID al calificar la proximidad de la asistencia, se presta a "confusión", porque implica que la asistencia necesita ser "tangible"⁸⁸. En lo que respecta al efecto de la asistencia, la Sala de Primera Instancia no consideró necesaria una relación causal en el sentido de la fórmula de la conditio sine qua non sino que sostuvo que los actos de asistencia deben "hacer una diferencia significativa a la comisión del acto criminal por el principal". Así, no sería suficiente para el cómplice haber tenido solo "un rol —sin influencia— en un sistema"⁸⁹. En suma, el tipo objetivo de la complicidad requiere "asistencia práctica, incitación, o apoyo moral que tenga un efecto sustancial en la comisión del crimen"⁹⁰.

En Tadic, la Sala de Apelaciones ha reconocido la figura de la coautoría como otra forma más de participación de carácter autónomo — junto con la autoría inmediata individual y la complicidad — y, con ello, ha confirmado el art. 25, párr. 3 (a) del Estatuto de Roma⁹¹. En opinión de la Sala de Apelaciones, esta forma de participación adquiere una significación especial precisamente dentro de los delitos colectivos, habituales en el Derecho

81. *Ibid.*, p. 674.

82. Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en Ambos/Guerrero, *supra* nota 5, p. 371 ss.

83. *Ibid.*, p. 674, 678-92.

84. Cf. UNWCC Law Reports XV, *supra* nota 13, p. 49-51. Ver también *Prosecutor v. Tadic, Opinion and Judgment*, *supra* nota 74, p. 691.

85. *Prosecutor v. Tadic, Judgment* 7.5.1997, *supra* nota 74, p. 687.

86. *Prosecutor v. Detalic et al, Judgment*, *supra* nota 76, p. 325-29.

87. *Prosecutor v. Furundzija, Judgment*, *supra* nota 75, p. 190-249.

88. *Ibid.*, p. 199, 232.

89. *Ibid.*, p. 217, 233 s.

90. *Ibid.*, p. 235, 249. Ver también el fallo del Tribunal Penal Internacional para Rwanda ("ICTR"), *Prosecutor v. Akayesu, Judgment (ICTR-96-4-T)*, 2.9.1998, p. 484: "... Ayudar significa asistencia... Incitar... involucraría facilitar la comisión de un acto demostrando simpatía hacia el mismo...." Confirmado por varios fallos posteriores, ver Ambos/Ruegenberg, NSZ-RR 2000, p. 202 ss. y el más reciente fallo en *Prosecutor v. Musema, Judgment and Sentence* 27.1.2000 (ICTR-96-13-T), p. 118 ss.

91. *Prosecutor v. Tadic, Judgment* 15.7.1999, *supra* nota 74, p. 178 ss., 192.

Internacional, en su delimitación con la complicidad como figura menos grave⁹². Además, en razón del *case law* existente, habría que distinguir tres grupos de casos, a los que les es característico que siempre existe un plan común, que constituye el fundamento de imputación de la actuación de los partícipes.

* En el primer grupo⁹³, se trata de casos en los que todos los procesados actuaron sobre la base de un plan común ("common design" o "common enterprise") y de un dolo común ("intención")⁹⁴, pudiéndose dar el caso de que cada coautor individual haya desempeñado un rol distinto.

* En el segundo grupo⁹⁵, que constituye una variante del primero, se incluyen los llamados casos de campos de concentración. Se trata de supuestos de comisión de delitos por parte de miembros de una unidad militar o administrativa. También aquí los autores actúan sobre la base de un plan común ("common purpose"), que constituye el fundamento de imputación.

* El tercer grupo⁹⁶ recoge los supuestos en los que un coautor comete un hecho que va más allá del plan común, pero que igualmente constituye una consecuencia natural y previsible ("natural and foreseeable consequence") de la realización del plan.

El tercer grupo muestra, por lo tanto, que incluso una variación con respecto al plan original por parte de uno de los partícipes no excluye la imputación de su comportamiento en perjuicio del resto de los partícipes, cuando el exceso constituye una "consecuencia natural y previsible" de la realización del plan con la que todos los partícipes se conforman, en el sentido de un dolo eventual. En este punto, la Sala se remite también al art. 25, párr. 3 (d) del Estatuto de Roma. En definitiva, se adhiere a la conocida dogmática continental europea en materia de coautoría, al emplear como criterios para la participación en coautoría la participación de varios, el plan — aunque sea informal y se haya acordado durante la ejecución — y el aporte de cada uno de los partícipes en favor del he-

cho⁹⁷. Mientras que en la coautoría independiente cualquier aporte al hecho es suficiente, en la complicidad tiene este que incidir de manera directa en el hecho principal. La coautoría se considera, pues, accesoria⁹⁸.

b) Plano subjetivo: intención

El criterio de intención complementa y restringe el criterio objetivo amplio. El acusado tiene que estar consciente del acto de participación y de que esa participación tiene un efecto directo y sustancial en la comisión del crimen. La intención está fundada en el conocimiento. Así, por ejemplo, solo la presencia en la escena del crimen no es suficiente si es una presencia ignorada o involuntaria; debe al menos demostrarse que el acusado sabía que su presencia tenía un efecto directo y sustancial en su comisión. Además, la complicidad requiere que el acusado tenga la intención de contribuir a la comisión del delito⁹⁹.

Sin embargo, el recaudo subjetivo es en sí mismo considerablemente debilitado de dos formas. Primero, conocimiento e intención pueden también inferirse de circunstancias; en otras palabras, no necesitan ser probados directamente. Segundo, la intención fundada en ese conocimiento inherente es suficiente. La Sala de Primera Instancia no necesitó sostener que había un plan preestablecido en el cual el acusado se comprometió a una conducta específica; su conexión con un esquema o sistema criminal es suficiente.

En suma, la Sala de Primera Instancia sostuvo en Tadic que:

*"[E]l acusado será considerado penalmente responsable por cualquier conducta en la que se determine que participó con conocimiento en la comisión de un delito que viola el derecho internacional humanitario y su participación directa y sustancialmente afectó la comisión del delito al apoyar la actual comisión antes, durante y luego del incidente. También será responsable por todo lo que naturalmente resulta de la comisión del acto en cuestión"*¹⁰⁰.

92. *Ibid.*, p. 191.

93. *Ibid.*, p. 196 al 201.

94. Los términos "intention" e "intent" se emplean aquí en sentido equivalente, por lo que se parte de su significado como "dolo".

95. *Prosecutor v. Tadic, Judgment 15.7.1999, supra nota 74, p. 202 s.*

96. *Ibid.*, p. 204 al 219.

97. *Ibid.*, p. 227.

98. *Ibid.*, p. 229.

99. *Prosecutor v. Furundzija, Judgment, supra nota 75, p. 674-77, 689, 692.*

100. *Ibid.*, p. 692 (énfasis del autor).

Esta posición fue confirmada en Celebici¹⁰¹ y, más explícitamente, en Furundzija. En esta última decisión se sostuvo que "no [es] necesario para el cómplice compartir el mens rea del autor, en el sentido de intención positiva de cometer el crimen" ni siquiera necesario "conocer el crimen preciso que se intentaba y... cometió"; antes bien es suficiente que el colaborador o instigador "sea consciente que uno de un número de crímenes probablemente se cometerá"¹⁰².

La Sala de Apelaciones en Tadic distinguió diferentes tipos de participación en coautoría¹⁰³. En general, se exige dolo en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo. Por el contrario, un querer en el sentido del dolo directo no es necesario.

2. Expansión de la responsabilidad: responsabilidad por mando (art. 7(3) del Estatuto del ICTY)

En celebici, confirmado por Blaskic¹⁰⁴, el ICTY caracterizó los requisitos de la responsabilidad superior o por mando como sigue¹⁰⁵:

- * existencia de una relación superior-subordinada;
- * el conocimiento del superior con razones para conocer que el acto estaba por ser o se había cometido;
- * el fracaso del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o castigar al autor por ello.

En lo que respecta al primer requisito, el ICTY sostuvo que "individuos en posiciones de autoridad...

pueden incurrir en responsabilidad penal... sobre la base de su posición de facto al igual que de jure como superiores"¹⁰⁶. De modo similar, una posición de mando no puede ser determinada "solo por referencia a un estatus formal" sino por "la posesión actual, o no posesión, de poderes de control sobre las acciones de subordinados"¹⁰⁷. Sin embargo, la responsabilidad es excluida si tal control estuvo "ausente o muy remoto", si el superior careció de "habilidad material para prevenir y castigar la comisión de estos delitos"¹⁰⁸.

Más aun, la responsabilidad por mando se extiende también a civiles, superiores no militares, pero "solo al punto que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los comandantes militares"¹⁰⁹. Esta posición confirma el art. 28 del Estatuto de Roma¹¹⁰ y es de particular significancia si se lo confronta con el trasfondo del pronunciamiento en Akayesu dictado por el ICTR en donde la cuestión fue caracterizada como "controvertida"¹¹¹.

En el plano subjetivo (mens rea), el superior debe:

- * tener conocimiento actual de que sus subordinados estaban cometiendo o estaban por cometer crímenes; o
- * poseer información de tal naturaleza que lo ponga en noticia del riesgo de tales delitos al indicar la necesidad de investigación adicional con el fin de afirmar si fueron cometidos o estaban por ser cometidos¹¹².

101. *Prosecutor v. Delalic et al., Judgment, supra nota 76, párr. 326, 328.*

102. *Prosecutor v. Furundzija, Judgment, supra nota 75, párr. 190-249.*

103. *Ibid., párr. 228.*

104. *Prosecutor v. Blaskic, supra nota 78, párr. 289 y ss.*

105. *Prosecutor v. Delalic et al., Judgment, supra nota 76, párr. 346.*

106. *Ibid., párr. 354 (énfasis en el original).*

107. *Ibid., párr. 370; ver también párr. 377.*

108. *Ibid., párr. 377 s.*

109. *Ibid., párr. 355 SS., 363, 378.*

110. *Ver Estatuto de Roma, supra nota 5, Art. 28. Para un análisis más detallado ver ambos, Superior responsibility (article 28), in: Cassese (ed.), International Criminal Law for the ICC, Oxford 2001; en castellano ver ambos, Responsabilidad del superior, Bogotá (Universidad Externado de Colombia).*

111. *Prosecutor v. Akayesu, Judgment, supra nota 90, párr. 491. Sin embargo, el ICTR no rechazó la posibilidad pero sostuvo que "es apropiado determinar caso por caso el poder de la autoridad efectivamente atribuido al acusado." De manera similar Prosecutor v. Musema, supra nota 90, párr. 132 ss.*

112. *Prosecutor v. Delalic et al., Judgment, supra nota 76, párr. 379 ss., 383, 393.*

Aunque estos requisitos no fueron discutidos en sus fundamentos, sí fue, por un lado, calurosamente debatido de qué modo podía ser probado el conocimiento actual. El ICTY rechazó la presunción de conocimiento pero permitió que ese conocimiento pudiera ser establecido por evidencia circunstancial teniendo en cuenta ciertos indicios¹¹³. Por otro lado, los contenidos específicos del recaudo de "tuvo razones para conocer" (had reason to know) no están exentos de dudas. Mientras que es claro que un superior no debe permanecer voluntariamente ciego a los actos de sus subordinados, es menos claro cuán lejos llega su deber de conocer y cuán específica la información en su poder debe ser de modo que lo obliga a investigar más allá. Así, el ICTY fue cuidadoso en su formulación de un estándar abstracto y no efectuó ninguna afirmación en cuanto al contenido actual del derecho consuetudinario sobre el punto¹¹⁴.

Aparte de Delalic et al, el ICTY confirmó la responsabilidad individual de los líderes civiles y comandantes militares ya incluida en las cinco decisiones acerca de la Regla 61 dictadas previamente a publicarse este trabajo, como responsabilidad directa en el sentido del art. 7(1) del Estatuto del ICTY o como responsabilidad por mando en el sentido del art. 7(3). En los procedimientos de la Regla 61 no hay determinación de culpabilidad, de allí que no son idénticos a los juicios in absentia. La Sala de Primera Instancia solo determina si hay fundamentos razonables para creer que el acusado cometió los crímenes incluidos en la acusación.

En el caso Nikolic¹¹⁵ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante responsable de un campo de detención, no solo directamente participó en los crímenes cometidos contra los detenidos del campo (art. 7(1) del Estatuto del ICTY) sino que también incurrió en responsabilidad en el sentido del art. 7(3) del Estatuto del ICTY por haber fracasado en evitar los crímenes a pesar de que le fue posible hacerlo. La Sala de Primera Instancia trató de distinguir el parágrafo 3° del 1° del art. 7° sosteniendo que "la posición de autoridad de Nikolic... lo hace responsable no a través de sus subor-

dinados sino por sus propios actos en cuanto se refiere al encarcelamiento, apropiación, deportación, persecución y actos inhumanos relacionados con las precisas condiciones de detención".

En *Prosecutor v. Martić*¹¹⁶ se confirmó que el acusado, ex presidente de la autodeclarada República Serbia Krajina, había ordenado con conocimiento y voluntad el bombardeo de Zagreb el 2 y 3 de mayo de 1995, causando de ese modo la muerte de civiles. Como la muerte de civiles constituye un crimen de guerra según el art. 3° del Estatuto del ICTY, el acusado es individualmente responsable de acuerdo con el art. 7(1) y (3) del Estatuto del ICTY.

En *Prosecutor v. Msksic, Radic & Slijivancanin*¹¹⁷ se estableció que los acusados participaron en posiciones de mando en muertes y castigos en el hospital Vukovar en agosto de 1991 por el Ejército del Pueblo Yugoslavo ("EPY"). El acusado Msksic fue el comandante de la brigada de guardia cuya jurisdicción territorial cubría toda la zona de Vukovar. Radic fue el jefe de una unidad de infantería especial de esta brigada. Slijivancanin, quien actuó bajo la autoridad de Msksic estuvo a cargo de un comando operacional de las fuerzas del EPY. Dada la distribución funcional de tareas entre los tres puede convincentemente argumentarse, aun cuando esto no fue explícitamente sostenido por la Sala de Primera Instancia, que Slijivancanin es punible de acuerdo con el art. 7(1) del Estatuto del ICTY y que los otros dos acusados según el art. 7(3).

En *Prosecutor v. Karadzic & Mladic*¹¹⁸ la Sala de Primera Instancia I tuvo fundamentos razonables para creer que Radovan Karadzic, como presidente del Partido Democrático Serbio de Bosnia y Herzegovina ("PDS") y luego de la llamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, poseía "poderes institucionales amplios que lo convertían en la cabeza de una organización política y de las fuerzas armadas"¹¹⁹. Ejerció control efectivo sobre el citado territorio y sabía que los delitos fueron cometidos den-

113. *Ibid.*, pár. 386; ver ya *supra* b), después de nota 99.

114. *Ibid.*, pár. 393. Ver también *Prosecutor v. Akayesu, Judgment, supra* nota 90, pár. 488-89.

115. T.Ch. I, *Prosecutor v. Nikolic, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 20.10.1995 (IT-95-2-R61)*, pár. 24.

116. T.Ch. I, *Prosecutor v. Martić, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Order 8.3.1996 (IT-95-11-R61)*, pár.20 s.

117. T. Ch. I, *Prosecutor v. Msksic, Radic & Slijivancanin, Review of Indictment pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 3.4.1996 (IT-95-13-R61)*, pár. 15-17.

118. T.Ch. I, *Prosecutor v. Karadzic & Mladic, Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, Decision 11.7.1996 (IT-95-5-R61/IT-95-18-R61)*, pár. 42, 65-85.

119. *Ibid.*, pár. 70.

tro de ese territorio pero no hizo nada para evitarlos pese a sus obligaciones legales en ese sentido según el derecho internacional. En forma similar, Ratko Mladic, como Comandante General en Jefe del "Ejército de la República Serbia de Bosnia y Herzegovina", actuó como el paralelo militar de Karadzic, y también sabía de los delitos pero no los evitó. Por ende, ambos acusados incurrieron en responsabilidad de mando (gubernamental y/o militar) en el sentido del art. 7(3) del Estatuto del ICTY. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia incluso consideró, extendiéndose más allá de la acusación, que ambos acusados no solo eran penalmente responsables por omisión y negligencia penal sino también por comisión directa en el sentido del art. 7(1) del Estatuto del ICTY:

"Toda la evidencia y el testimonio brindado concurre en demostrar que Radovan Karadzic y Ratko Mladic no solo habrían sido informados de los crímenes alegados cometidos bajo su autoridad, sino que también y, en particular, que ejercieron su poder para planear, instigar, ordenar o de algún otro modo ayudar e instigar la planificación, preparación o ejecución de los citados crímenes."¹²⁰

Finalmente, en *Prosecutor v. Rajic*¹²¹ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante de las tropas del Consejo de Defensa Croata ("CDC") ayudó y asistió u ordenó un ataque militar en la villa civil de Stupni Do (Bosnia-Herzegovina). Así, la responsabilidad individual nuevamente estaría basada en el art. 7(1) y (3) del estatuto del ICTY.

En la acusación contra Milosevic et al., confirmada en la revisión de la decisión por el juez Hunt, los acusados fueron también considerados responsables de crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior¹²².

V. Conclusión. Hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho Penal supranacional

Queda todavía un largo camino por recorrer hacia un concepto integral de responsabilidad penal individual en Derecho Penal supranacional. La jurisprudencia de los crímenes de guerra, sin embargo, ofrece elementos de responsabilidad individual fundamentales e importantes:

* en el plano objetivo un concepto muy amplio de participación en el sentido de cualquier contribución causal a la comisión de un acto; un fundamento particularmente importante de la responsabilidad de los líderes dentro de organizaciones jerárquicas está dado por la teoría de la autoría indirecta por medio del dominio del hecho en virtud de un aparato organizado de poder (Organisationsherrschaft) o, más general, la autoría mediata;

* en el plano subjetivo el requisito de conocimiento, eventualmente probado con evidencia circunstancial (no sobre la base de una presunción), e intención;

* distintas formas de expansión de la imputación, de las cuales la responsabilidad de mando es la más importante en términos prácticos y conceptuales; a diferencia de la Organisationsherrschaft desarrolla criterios de imputación por omisiones, no actos; a partir de allí, ambos conceptos se complementen entre sí.

Estos elementos pueden ser considerados como universalmente reconocidos y como principios generales de Derecho Penal supranacional recientemente confirmados por los arts. 25 y 28 del Estatuto de Roma¹²³. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina es, como ya se dijo,

120. *Ibid.*, pág. 83.

121. T.Ch. II, *Prosecutor v. Rajic*, Review of the Indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence and Separate Opinion of Judge Sidhwa, Decision 13.9.1996 (IT-95-12-R61), pág. 58-61, 71.

122. *Prosecutor v. Milosevic, Milutinovic, Sainovic, Ojdanic, Stojilkovic*, Acusación ("Indictment"), presentada el 22.5.1999, pág. 55 ss., 84-88; *Prosecutor v. Milosevic, Milutinovic, Sainovic, Ojdanic, Stojilkovic*, Decision on Review of Indictment and Application por Consequential Orders, 24.5.99.

123. Para facilitar la referencia las disposiciones del art. 25 y 28 del Estatuto de Roma, supra nota 5, serán reproducidas en el anexo. - En lo que respecta al art. 25 ver ambos, en: Triffterer, supra nota 5; en cuanto al art. 28 ver Fenrick, en *ibid.* Ver también, por ejemplo, Estatuto del ICTY, supra nota 79, art. 7; y art. 2 (3) del Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la CDI, supra nota 82.

más bien descriptiva y a veces se apoya demasiado en el Derecho Penal nacional ("analogía doméstica"). Ciertamente, las propuestas académicas más desarrolladas pueden encontrarse en el proyecto actualizado de Siracusa y en el "Proyecto de Parte General" sobre el que se basó¹²⁴. Por otro lado, los esfuerzos recientes hacia un Derecho Penal común europeo podría también ser una contribución significativa para los elementos de responsabilidad penal individual en Derecho Penal supranacional si van más allá de la mera protección de intereses financieros de la Comunidad Europea¹²⁵. Así, una propuesta reciente para un Código Penal Europeo Modelo contempla, como ejemplo, una responsabilidad individual para miembros de un gobierno, oficiales públicos y soldados por actos cometidos por sus subordinados que fallaron en prevenir; la doctrina de la responsabilidad de mando ha sido por ende reconocida¹²⁶.

La tarea del futuro es retinar los elementos de responsabilidad penal individual (y las defensas). Esto será alcanzado en cierta medida expandiendo la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y la recientemente establecida I.C.C. El art. 25 del Estatuto de Roma es ciertamente un avance comparado con las propuestas previas; sin embargo, todavía requiere cierta clarificación y refinamiento por la futura jurisprudencia¹²⁷. Por otro lado, investigaciones académicas y escritos deberían focalizarse más en el desarrollo de una teoría de responsabilidad penal individual completa o, más ampliamente, una Parte General de Derecho Penal supranacional¹²⁸.

Anexo (Estatuto de Roma)

Art. 25 Responsabilidad penal individual

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Cor-

te tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte;

o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no po-

124. Cf. *Association Internationale de Droit Penal ("AIDP/International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences ("ISISC")/Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law ("MPI") et al, Proyecto de Estatuto de Corte Penal Internacional de la CDI del año 1994 que sugirió modificaciones, preparadas por un Comité de Expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996 ("actualización del Proyecto de Siracusa"). El original del "Proyecto de Parte General" fue preparado por el MPI en la línea de los "elementos" de una parte general incluidos en la actualización del Proyecto de Siracusa (comentario al art. 33) por Eser (Friburgo), Triffterer (Salzburgo), Koenig (Michigan), Lagodny (Friburgo/Dresden) con la asistencia de Ambos (Friburgo) y Vest (Basilea). Fue parcialmente modificado por la actualización del Proyecto de Siracusa (ver arts. 33-1 a 33-18 y 47 a 47-2). Ambos proyectos contienen reglas sobre responsabilidad penal individual ausentes en los proyectos "oficiales", por ejemplo, sobre omisión (art. 33-5 y 33(d) respectivamente), causalidad (art. 33-6 y 33(e)), tentativa (art.33-8 y 33(g)). Para el "Proyecto de Parte General" ver <www.iuscrim.mpg.de/de/forsch/straf/referate/sach/sach_index.html>.*

125. *Ver hasta ahora la propuesta de un corpus iuris, codificado con los auspicios de la Comisión Europea; comp. Delmas Marty (ed.), 1997 y recientemente Delmas-Marty/Vervaele (eds.), The implementation of the Corpus Juris in the member states. Volume I. Antwerp et al. 2000.*

126. *Comp. Tiedemann, Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im Europäischen Strafrecht, Festschrift Nishihara, Baden-Baden 1998, pág. 496-512, 511 (sección "e" de la propuesta).*

127. *Ver Schabas, General Principles of Criminal Law in the ICC Statute (Part III), 6 Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just. 6 (1998), 400; en castellano en Ambos/Guerrero, supra nota 5, pág. 269 ss. (314); Ambos, General principles of criminal law in the Rome Statute. Criminal Law Forum 10(1999), 1 SS. (6 ss.).*

128. *Ver Eser, The need of a General Part, en Bassiouni (ed.), Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the peace and security of mankind, Toulouse 1993, pág. 43-52.*

drá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

Art. 28 Responsabilidad de los jefes y otros superiores

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

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

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometer-

los; y

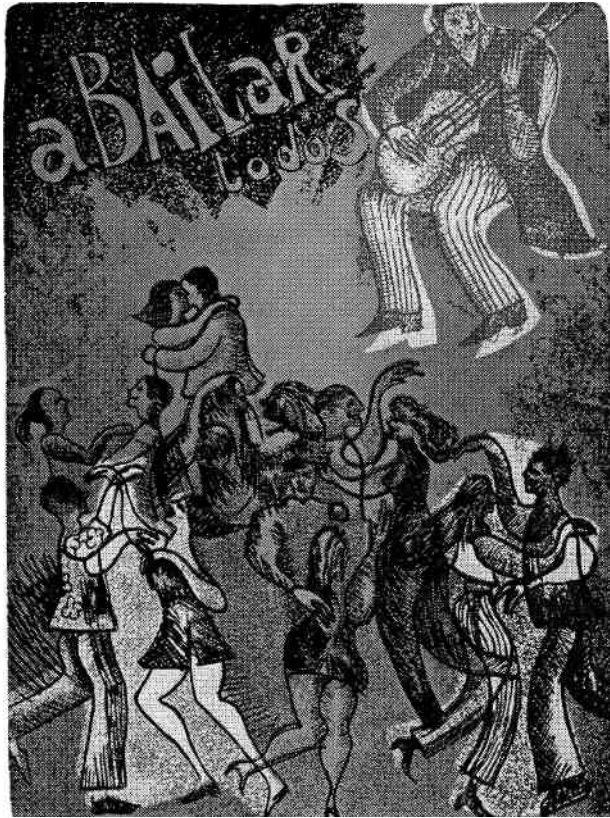
b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

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

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

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

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



"A bailar todos". Serigrafía de Juan Bernal Ponce.