

XIV^A, 128 A

KAI AMBOS

PROFESOR DOCTOR. REFERENTE CIENTÍFICO DEL INSTITUTO MAX-PLANCK
DE DERECHO PENAL EXTRANJERO E INTERNACIONAL; ASISTENTE CIENTÍFICO
DE LA UNIVERSIDAD DE FREIBURG. DOCTOR POR LA UNIVERSIDAD DE MUNICH
(1992). MIEMBRO DE LA DELEGACIÓN ALEMANA DE LA
CONFERENCIA DIPLOMÁTICA DE ROMA

TRADUCCIÓN DE
FERNANDO DEL CACHO
MÓNICA KARAYÁN
OSCAR JULIÁN GUERRERO

Temas del derecho penal internacional

Universidad Externado de Colombia
Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

2003/1190

ISBN 958-616-566-3

- © KAI AMBOS, 2001
 - © FERNANDO DEL CACHO, MÓNICA KARAYÁN,
OSCAR JULIÁN GUERRERO (Traducción), 2001
 - © UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2001
- Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra
Calle 12 N° 1-17 Este, Bogotá - Colombia. FAX 2843769
[Http: //www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

Primera edición: noviembre de 2001

Diseño de portada y composición: Departamento de Publicaciones,
Universidad Externado de Colombia
Impresión y encuadernación: CARGRAPHICS - Impresión Digital,
con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Universidad Externado de Colombia

Rector
Fernando Hinestrosa

Secretario General
Hernando Parra Nieto

COLECCIÓN DE ESTUDIOS N° 24

Serie orientada por

Eduardo Montealegre Lynett

Director del

**Centro de Investigaciones de Derecho Penal
y Filosofía del Derecho**

CONTENIDO

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL	
I. INTRODUCCIÓN	13
II. PRINCIPIOS GENERALES EN SENTIDO ESTRICTO	16
III. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL (ARTS. 25, 28, 30)	22
A. Elementos objetivos de la responsabilidad penal individual (<i>actus reus</i>)	22
1. Reglas básicas de la responsabilidad penal individual	23
a. Formas de autoría	24
b. Otras formas de participación	26
B. Extensiones de la imputación	30
1. Contribución al delito colectivo o su tentativa	30
2. La incitación al genocidio	32
3. Tentativa y desistimiento	34
4. Responsabilidad del superior	37
C. Elementos subjetivos de la responsabilidad penal individual (<i>mens rea</i>)	43
IV. DEFENSAS Y CAUSAS ESPECIALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL (ARTS. 26, 27, 29, 31-33)	46
A. Defensas procesales	46
B. Causas generales de exclusión de responsabilidad	49
C. Causas de justificación y exoneración	52
CONCLUSIÓN	61

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN EL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL. UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE NUREMBERG A LA HAYA	
I. INTRODUCCIÓN	63
II. LOS JUICIOS DE NUREMBERG, TOKIO Y UNWCC	67
A. Elementos objetivos de la responsabilidad individual (<i>actus reus</i>)	69
1. ¿Conexión casual?	69
2. Participación/Complicidad	70
3. Expansión de la imputación	75
a. Responsabilidad por mando	75
b. Conspiración	78
c. Pertenencia a una organización criminal	79
B. Elementos subjetivos de la responsabilidad individual (<i>mens rea</i>)	81
III. DECISIONES DE CRÍMENES NAZIS Y OTRAS ACTIVIDADES CRIMINALES AUSPICADAS POR EL ESTADO	83
A. Elementos objetivos y subjetivos del crimen contra la humanidad	84
B. Otros elementos subjetivos de responsabilidad (<i>actus reus</i>)	87
1. Participación/complicidad	87
2. Otros	93
C. Elementos subjetivos de responsabilidad (<i>mens rea</i>)	94
IV. LA JURISPRUDENCIA DE TPIY	96
A. Responsabilidad individual propia (art. 7(1) del Estatuto del TPIY)	97
1. Plano objetivo: criterio para la participación criminal, en particular complicidad y coautoría	98
2. Plano subjetivo: intención	102
B. Expansión de la responsabilidad: responsabilidad por mando (art. 7(3) del Estatuto del TPIY)	104
V. CONCLUSIÓN: HACIA UN CONCEPTO INTEGRAL DE RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL EN DERECHO PENAL SUPRANACIONAL	110
ANEXO (ESTATUTO DE ROMA)	113

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL	
I. INTRODUCCIÓN	117
II. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO CONSUETUDINARIO	119
A. Jurisprudencia nacional e internacional	120
1. El caso Yamashita: el difícil debut de la doctrina de la responsabilidad del superior	120
2. Otra jurisprudencia posterior a la segunda guerra mundial	127
a. Nüremberg	127
b. Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente-Tokio	131
c. Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC)	133
d. Otros procesos por crímenes de guerra	134
3. La jurisprudencia de los tribunales ad hoc	136
B. Intentos de codificación	143
1. Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra	143
2. Otros	147
C. Aspectos del derecho comparado	152
1. Derecho Militar	152
2. Aspectos relacionados con el derecho penal económico	156
3. Conclusiones preliminares	161
III. ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA	164
A. Descripciones de la norma y comparación con las anteriores codificaciones	164
B. Análisis crítico e interpretación	168
1. Consideraciones generales	168
2. Actus reus	177
a. El "Status" del Superior	177
b. "Mando y control" efectivo o "Autoridad y control"	181
c. Crímenes como resultado del incumplimiento de actuar por parte del superior	187
d. Medidas "necesarias y razonables" a "su alcance"	190
e. "Impedir", "reprimir" o "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes"	192
3. Mens Rea	194
a. Superiores militares y no militares: conocimiento efectivo	195

b. Superior militar: "debió haber sabido"	196
c. Superiores no militares que deliberadamente hubieren hecho caso omiso de información que claramente indicase	207
D. Conclusión	209
BIBLIOGRAFÍA	210

PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO PENAL EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL*

I. INTRODUCCIÓN

Más de cincuenta años después de los juicios de Nuremberg, la comunidad internacional ha creado una Corte Penal Internacional (CPI) permanente. La dramática votación de Roma del día 17 de julio de 1998, que se prolongó hasta altas horas de la noche, aprobó por una abrumadora mayoría el Estatuto para la creación de una CPI por 120 votos a favor y 7 en contra, con 21 abstenciones¹. Esta votación supuso un gran avance

* Originalmente publicado en *Criminal Law Forum* 10 (1999), pp. 1-32. Traducción del inglés de FERNANDO DEL CACHO (CEU, San Pablo), revisión y actualización del autor. Este artículo expresa únicamente la opinión personal del autor.

¹ Rome Statute of the International Criminal Court, aprobado por "the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court" de 17 de julio de 1998, U.N. Doc. A/Conf.183/9 (1998) <http://www.un.org/icc>. Véase para una visión general AMBOS, "Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional", *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación

histórico y la conclusión inequívoca de la voluntad de frenar decididamente la impunidad de graves violaciones de Derechos Humanos.

Sin embargo, un examen más detenido del Estatuto de Roma nos lleva rápidamente de vuelta a complejos tecnicismos legales e insuficiencias, resultado del "espíritu de compromiso" presente en las negociaciones diplomáticas que tuvieron lugar en el edificio de la FAO de Roma. El Estatuto de Roma no es precisamente un depurado código de derecho penal y procesal penal desde el punto de vista dogmático, ni podía serlo. Pero es un intento de hacer concurrir los modelos de justicia criminal de más de 150 Estados dentro de un sistema legal más o menos aceptable para la mayoría de las delegaciones presentes en Roma. Esto se puede afirmar de todo el Estatuto, pero en especial de la Parte III, titulada "Principios Generales". Para los penalistas, la Parte General es el centro de reflexiones dogmáticas y el punto de partida de todo modelo de justicia criminal. De momento lo anterior está experimentando una aceptación cada vez mayor en los llamados países del *Common Law* desde que recientes trabajos han tomado más en serio las consideraciones dogmáticas².

El presente trabajo tiene un objetivo limitado que consiste en describir y analizar críticamente los principios generales del

a Distancia. Facultad de Derecho) 2ª Época, Nº 5 (enero 2000), pp. 127-169. En este momento (11 de mayo de 2000) 37 Estados han ratificado el Estatuto y 113 lo han firmado, <http://www.igc.org/icc/>

² Véase en especial GEORGE FLETCHER, *Rethinking Criminal Law* (1978); GEORGE FLETCHER, *Basic concepts of Criminal Law* (1998); PAUL ROBINSON, *Fundamentals of Criminal Law* (1988); ANDREW ASHWORTH, *Principles of Criminal Law* (1999, 3ª ed.). Para un acercamiento estructural ver: PAUL ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law* (1997).

Estatuto de Roma (arts. 22 a 33). Los antecedentes de estas disposiciones legales ya han sido tratados en otro lugar³. El análisis puede dividirse en tres partes. Primero es necesario tratar los principios generales en sentido estricto. Complementando los principios de *nullum crimen* y *nulla poena* (arts. 22 a 24) se incluyen algunas disposiciones en la Parte II del Estatuto ("Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law"): el principio *ne bis in idem* (art. 20) y el de ley aplicable (art. 21). En segundo lugar se encuentran las normas que prevén la responsabilidad penal individual (arts. 25, 28, 30), que se pueden a su vez dividir en elementos objetivos (*actus reus*) y elementos subjetivos de responsabilidad criminal (*mens rea*). La tercera categoría incluye las denominadas defensas (*defences*) y en especial fundamentos sustantivos de exclusión de responsabilidad criminal (arts. 26, 27, 29, y 31 a 33). Ciertamente, se podría hablar de una "doble estructura" siguiendo la tradicional distinción delito (*offence*) - causa de exclusión de la responsabilidad (*defence*). En este caso, los principios en sentido estricto serían considerados también como *defences*. Sin embargo, dado que el concepto de *defence* incluye demasiadas doctrinas legales diferentes⁴, parece más convincente limitarlo a las defensas procesales y a las causas materiales de exclusión de la responsabilidad criminal. Esta posición está acorde con la decisión de la Conferencia de Roma de no utilizar el término *defences* y sustituirlo por el de "circunstancias eximentes de responsabilidad penal" (*grounds for excluding criminal responsibility*).

³ Véase WILLIAM A. SCHABAS, General principles of Criminal Law in the Icc Statute, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* (Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.) 6 (1998), pp. 400 y ss.

⁴ Véase PAUL ROBINSON (1997), *supra* nota 2, pp. 11-12.

II. PRINCIPIOS GENERALES EN SENTIDO ESTRICTO

Los principios generales en sentido amplio comprenden todos los principios y reglas de la Parte General; es decir, que además de los principios *stricto sensu* también comprenden las reglas específicas de imputación. El Estatuto de Roma no hace esta distinción pero sitúa algunos principios en sentido estricto al comienzo de los principios generales y otros dos en la Segunda Parte. Esta singular disposición surgió durante las deliberaciones del Comité Preparatorio (PrepCom), sin que fuera modificada en Roma⁵.

El artículo 21 (ley aplicable) establece una jerarquía para el *derecho aplicable*: en primer lugar deben aplicarse el Estatuto, los elementos del delito y las normas sobre procedimiento y prueba⁶; en segundo lugar los tratados que sean de aplicación y los principios y reglas de derecho internacional; si lo anterior no fuera posible, serían de aplicación los principios generales de las leyes nacionales de los Estados con jurisdicción sobre los delitos, siempre y cuando sean compatibles con la ley internacional. Así, el Tribunal puede ir de una fuente a otra hasta que encuentre la ley aplicable. En la práctica tendrá que recurrir con frecuencia a los principios generales de la ley nacional en tanto que la ley internacional penal no prevé reglas en muchas áreas, en especial en relación con la Parte General.

⁵ Draft Statute for the International Criminal Court, U.N. Doc. A/Conf.183/2/Add.1 (1998), art. 18-22.

⁶ The Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Evidence deben ser adoptadas más tarde por la Asamblea de Estados parte, de conformidad con los artículos 9º y 51 respectivamente y con base en las reuniones de la Preparatory Commission que terminara su trabajo a finales de 2000.

La defensa puede invocar el principio *ne bis in idem* (art. 20)⁷ ante cualquier Tribunal nacional o ante la CPI cuando haya sentencia condenatoria o absolutoria de la CPI por hechos que constituyen delitos comprendidos en la jurisdicción de la CPI (art. 20 (1), (2)), es decir, genocidio, delitos contra la Humanidad, crímenes de guerra y agresión (arts. 5-8). Excepcionalmente, sin embargo, una persona puede ser juzgada ante la CPI si un Tribunal nacional no se ha conducido de modo independiente o imparcial (art. 20.3). Esta excepción se sigue de la regla de complementariedad (art. 17). Por consiguiente, un juicio ante la CPI sólo es admisible si el Estado en cuestión no quiere o no puede acusar a una determinada persona. El artículo 20.3 contempla esencialmente los principios del artículo 17.2 (a) y (c) que permite a la CPI el ejercicio de jurisdicción incluso cuando los tribunales nacionales hayan juzgado o estén juzgando el mismo caso. En consecuencia, lo criticable del artículo 20 (3) se halla en la imprecisión de los criterios utilizados conforme al principio de complementariedad⁸.

El principio *nullum crimen (sine lege scripta, praevia, certa et stricta)* está explícitamente contemplado en sus cuatro diferentes formas⁹ (arts. 22, 24): una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión (*lex scripta*), que fuera cometida tras

⁷ EDWARD WISE. "General Principles of Criminal Law", en Sadat-Wexler (ed.), *Model-Draft-Statute for the ICC based on the Preparatory Committee's Text to the Diplomatic Conference*, Toulouse, 1998, pp. 61-63.

⁸ Véase por ejemplo ANDREAS ZIMMERMANN, *Die Schaffung eines ständigen internationalen Strafgerichtshofs*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 58 (1998) 47, 97-99.

su entrada en vigor (*lex praevia*), que estuviera definida con suficiente claridad (*lex certa*) y que no fuera ampliable por analogía (*lex stricta*). Los últimos principios de ley cierta y de prohibición de la analogía tienen por consecuencia que las ambigüedades han de ser resueltas en favor del inculpado. Además, los principios de ley escrita (*statute law*) y de no retroactividad (*lex praevia*)¹⁰ dan al inculpado el derecho de ampararse en la ley en vigor al tiempo de la comisión. En caso de cambio de ley, antes de dictar sentencia, se ha de aplicar la que sea más favorable al acusado.

Esta aparente estricta comprensión del principio *nullum crimen*, en especial del principio de no retroactividad, encuentra un sólido fundamento en derecho penal comparado¹¹ y se halla también reconocida en derecho internacional¹². Sin

⁹ CLAUS ROXIN, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, T. I, 3ª ed., 1997, pp. 97-99.

¹⁰ Véase también sobre jurisdicción "*ratione temporis*", art. 11: "1. 1. La Corte tendrá competencia únicamente respecto de crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto".

¹¹ ROXIN, *supra* nota 9, pp. 99 a 101; FLETCHER (1998), *supra* nota 2, p. 207; MAURO CATENACCI, "Nullum crimen sine lege", en FLAVIA LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court, Comments on the Draft Statute*, 1998, pp. 159-170.

¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 999 U.N.T.S. 171, en vigor el 23 de marzo de 1976, artículo 15; Convención Europea de Derechos Humanos, 213 U.N.T.S. 221, en vigor el 3 de septiembre de 1953, artículo 7º; Convención Americana de Derechos Humanos, 1144 U.N.T.S. 123, en vigor el 18 de julio de 1978, artículo 9º; Declaración Universal de Derechos Humanos, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), artículo 11 (2); Carta Africana de Derechos Humanos y de Pueblos, O.A.U. Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, en vigor el 21 de octubre de 1986, artículo 7 (2); Convención de Ginebra de 12 de agosto, 1949, relativa al tratamiento de prisioneros de guerra, 75 U.N.T.S. 135, en vigor el 21 de octubre de 1950, artículo 99; Convención de Ginebra de 12 de agosto, 1949, en relación con la protección de civiles, 75 U.N.T.S. 135, en vigor el 21 de octubre de 1950, artículos 64, 67; Protocolo Adicional I to the 1949 Convención de Ginebra relativa a la Protección de Víctimas de Conflictos Internacionales Armados, 1125 U.N.T.S. 3, en vigor el 7 de diciembre de 1978, artículo 74 (4) (c); Protocolo Adicional II 1949 Convención de Ginebra relativa a la Protección de Víctimas de Conflictos Armados.

embargo, desde Nuremberg el principio ha sido interpretado de forma más liberal¹³. El Tribunal Internacional Militar rechazó el argumento de la defensa que sostenía que la acusación de los principales crímenes de guerra era una acusación *ex post facto*, vulnerando por tanto el principio *nullum poena sine lege praevia* (y *scripta*) en cuanto que la agresión no era delito en el momento de su comisión por los nazis. El Tribunal de Nuremberg no siguió esta interpretación positivista del principio y se inclinó por un "principio de justicia":

"Afirmar que es injusto castigar a aquellos que desafiando tratados y garantías han atacado Estados vecinos sin advertencia alguna es obviamente falso, pues en tales circunstancias el agresor debe saber que está haciéndolo mal, y no sólo no sería injusto castigarle, sino que se haría injusticia permitiendo su equivocación con la impunidad"¹⁴.

Esta idea presidió los esfuerzos codificadores de Naciones Unidas que siguieron a Nuremberg. Mientras Nuremberg¹⁵ y el Código de 1954¹⁶ no se pronunciaron sobre tan delicado extremo, los Códigos de 1991 y 1996 sin embargo siguieron básicamente el planteamiento del Tribunal Internacional

¹³ KAI AMBOS, Nuremberg revisited. Das Bundesverfassungsgericht, Das Völkerstrafrecht und das Rückwirkungsverbot, *Strafverteidiger* 1997, 39-43.

¹⁴ FRANCE ET AL. V. GÖRING ET AL., *Trial of the major war criminals before the International Military Tribunal*, T. 23 (1946), p. 444.

¹⁵ "Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal", *Yearbook Ilc* 1950, T. II, pp. 374-378.

¹⁶ Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind, *Yearbook Ilc* 1954, T. II, pp. 151-152 (también *Yearbook Ilc* 1983, T. I, p. 4; *Yearbook Ilc* 1953, T. II, p. 11; *Yearbook Ilc* 1984, T. I, pp. 4-5; *Yearbook Ilc* 1984, T. II, pp. 2, 8).

Militar de 1946. De hecho, el enviado especial de la Comisión Internacional de Derecho (International Law Commission - ILC), DOUDOU THIAM, dejó buena constancia en su cuarto informe de que "la palabra 'ley' (en el principio *nullum crimen sine lege*) debe ser entendida en su más amplio sentido, incluyendo no sólo la ley sino también la costumbre y los principios generales del derecho"¹⁷. En consecuencia, la codificación de la ILC del principio de no retroactividad mantiene e incluso hace hincapié en la posibilidad de una acusación "según diferentes criterios legales"; por ejemplo, una acusación no sólo basada en el Código Penal sino también en acuerdos y costumbres de derecho internacional¹⁸. Por tanto, el artículo 10 (2) del Proyecto de Código de 1991¹⁹ y el artículo 13 (2) del Proyecto de 1996²⁰ adoptan esencialmente la famosa cláusula de Nuremberg que se encuentra en el artículo 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás acuerdos de Derechos Humanos²¹. La única diferencia sustancial radica en que la mayoría de la ILC

¹⁷ DOUDOU THIAM, Fourth Report on the Draft Code Offences against the Peace and Security of Mankind, Yearbook ILC 1986, T. II, para. 163.

¹⁸ Véase para el Draft Code de 1991: Yearbook ILC 1988, T. II, p. 70; para el Draft Code de 1996: "Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, Jun. 5-Aug. 26, 1996, "GAOR. 51th Session, Supp. No. 10 (A/51/10), en 72, para. 1, 73, para. 5.

¹⁹ Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, Yearbook ILC 1991, tomo II, págs. 94-97 = "Draft Code 1991".

²⁰ Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, U.N. Doc. A/51/332, Report ILC (1996), *supra* nota 18; también 18 Hum. Rts L. J. 96 (1997) = "Draft Code 1996".

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *supra* nota 12, artículo 15 (2): "Este artículo no supondrá prejuzgamiento alguno del juicio ni castigo por hechos u omisiones que al tiempo de su comisión fueran legalmente acordes con los principios generales de la ley reconocidos por la Comunidad de Naciones". Véase también: Declaración Universal de Derechos Humanos, *supra* nota 12, artículo 7º (2). Obsérvese sin embargo que el principio no se encuentra en las previsiones del *nullum crimen* de la Convención Americana de Derechos Humanos, *supra* nota 12, artículo 9º, y la Carta Africana de Derechos Humanos y de Pueblos, *supra* nota 12, artículo 8º (2).

rechazó la referencia a "los principios generales de Derecho" como demasiado imprecisos, prefiriéndose la ley nacional o internacional para fundamentar la acusación²². La ley de Roma confirma la histórica discusión sobre el alcance y límites del principio *nullum crimen* afirmando que el reconocimiento del principio "no afectará la caracterización de ninguna conducta como delictiva bajo la ley internacional *independientemente de este Estatuto*" (art. 22 (3), enfatizado).

Finalmente el artículo 23 prevé un limitado principio *nulla poena (sine lege scripta, praevia, certa y stricta)*, al declarar que el condenado sólo lo puede ser a penas establecidas en el Estatuto. Sin embargo, dada la naturaleza general de las penas previstas en el Estatuto –prisión superior a treinta años o cadena perpetua, por un lado, y multa y confiscación, por otro (arts. 77-80)– el principio *nulla poena* sólo se cumple parcialmente. Se puede afirmar que los artículos 77 y siguientes si bien cumplen con las exigencias de ley escrita y con el principio de irretroactividad, no lo hacen, sin embargo, con los criterios de *lex certa* y *lex stricta* de las penas comunes a la ley penal nacional por cuanto no especifican las distintas sanciones correspondientes a los delitos comprendidos en la jurisdicción del Tribunal (arts. 5-8). El Estatuto de Roma va más allá todavía que todos los anteriores documentos de derecho penal internacional al especificar penas para todo supuesto, cumpliendo por tanto las exigencias del principio *nulla poena* tal y como es entendido en la ley penal internacional²³.

²² *Supra* nota 18.

²³ Véase OTTO TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, 1966, p. 139 (demostrando que una norma general sobre penas es suficiente).

III. RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL (ARTS. 25, 28, 30)

A. Elementos objetivos de la responsabilidad penal individual (*actus reus*)

Los conceptos básicos sobre responsabilidad penal individual se encuentran en el artículo 25 (3) (a), (b) y (c)²⁴. El resto de la norma reafirma lo obvio: reconociendo la responsabilidad penal individual (pars. 1, 2) y la consiguiente validez de las reglas de la responsabilidad estatal (par. 4)²⁵; o bien establece determinadas formas de participación y/o extensión de la imputación: contribuir a la comisión o intento de comisión de un delito por un grupo, incitación al genocidio, tentativa (art. 25 (3) (d), (e) y (f)). Así, un individuo es responsable por un delito comprendido en el Estatuto (arts. 5-8) si realiza, toma parte o intenta un delito de conformidad con los subparágrafos (a) a (f). Este amplio margen de responsabilidad se complementa con una regla específica sobre el mando y responsabilidad del superior (art. 28). Considerándolos conjuntamente, los artículos 25 (3) y 28 contienen un complejo conjunto de reglas objetivas de autoría que pueden dividirse en reglas básicas de responsabilidad penal individual y en reglas de extensión de la imputación (que pueden ser caracterizadas o no como formas específicas de participación).

²⁴ Sobre el artículo 25 ver también el análisis de este autor, en: TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute*, Baden-Baden, 1999.

²⁵ Estas declaraciones son tan antiguas como la historia de la codificación: véase el Proyecto de Código de 1954, *supra* nota 16, artículo 1; Proyecto de Código de 1991, *supra* nota 19, artículo 3 (1), Proyecto de Código de 1996, *supra* nota 20, artículos 2 (1), y 4. Véase también THOMAS WEIGEND, artículo 3: Proyecto de Código 1991 113 (M.C. Bassiouni, ed. 1993).

²⁶ U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/L.3 (1998), artículo 23(5), (6). Véase también WISE, *supra* nota 7, en 42; ANDREA SERENI, *Individual criminal responsibility*, en FLAVIA LATTANZI (ed.), *supra* nota 11, pp. 145-6.

La responsabilidad penal de las *personas jurídicas* fue planteada por Francia²⁶. La propuesta final presentada por el grupo de trabajo²⁷ se limitó a las sociedades privadas, excluyendo Estados y otras organizaciones públicas y no lucrativas. Pero además, se relacionó con la responsabilidad penal individual de quienes siendo los principales miembros de una sociedad mercantil ocupan una posición de control y cometen el delito actuando en nombre y con el explícito consenso de la misma y en el decurso de sus actividades. A pesar de tan limitada responsabilidad, la propuesta fue rechazada básicamente por diversas y convincentes razones. La inclusión de responsabilidad colectiva no es compatible con la jurisdicción de la Corte, que se centra en los individuos. Aún más, el Corte se enfrentaría con graves y a la larga insuperables problemas de prueba. En resumen, puede afirmarse que no hay todavía un reconocimiento universal de criterios comunes sobre responsabilidad de las personas jurídicas y de hecho no siempre se reconocen en la mayoría de los modelos penales²⁸. En consecuencia, tal ausencia de responsabilidad penal en la mayoría de los Estados hace inaplicable este concepto complementario.

1. Reglas básicas de la responsabilidad penal individual

En contraposición con los proyectos, el artículo 25 (3) (a), (b) y (c) parece distinguir entre la autoría del delito (subparágrafo a) y otras formas de participación (subparágrafos b y c).

²⁷ U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGCP/L.5 (1998).

²⁸ Cf. Recientemente: A. ESER, B. HUBER, K. CORNILS (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht. European Colloquium on Individual, Participatory and Collective Responsibility in Criminal Law*, Freiburg i.Br. 1998.

a. Formas de autoría

El subpárrafo (a) distingue claramente entre tres formas de autoría: directa o inmediata ("por sí solo"), coautoría ("con otro") y autoría mediata ("por conducto de otro"). De este modo la coautoría no se comprende en el concepto de complicidad (*complicity*) sino que se reconoce como una forma autónoma de autoría. La redacción original (inglés) del proyecto del subpárrafo (a) (*commits ... as an individual*), sin embargo, no es muy afortunada. En primer lugar, de esta manera la autoría directa se refiere a la comisión "individual" de un delito, lo cual es confuso porque parece repetir únicamente el principio de responsabilidad individual y no muestra suficientemente la importancia de la propia conducta individual actuando por uno mismo o utilizando otra persona²⁹. La versión francesa anterior ("... a titre individuel") y la versión española son más claras en este sentido.

En segundo lugar, el subpárrafo (a) tipifica la comisión "con otro" o "por conducta de otro" ("*jointly with another or through another person*") "sin consideración a si esa otra persona es criminalmente responsable", lo que no tiene sentido en cualquier caso. La autoría mediata presupone que la persona que comete el delito puede ser utilizada como un

²⁹ Véase *Model Penal Code* (American Law Institute, 1985, hereinafter *Mpc*), sec. 2.06 (1): "*committed by his own conduct*"; *Código Penal español* (Ley Orgánica 10/1995, de 23.11.1995, hereinafter *CP esp.*), artículo 28: "por sí solos"; *CP alemán* (*Strafgesetzbuch-StGB*) § 25 (1): "*selbst... begeht*". En la ley penal francesa el "auteur mediat" no está codificado, pero sí se reconoce excepcionalmente que el autor directo sea utilizado como un "simple instrumento" (cfr. ANNA KATHERINA CZEPLUCH, *Täterschaft und Teilnahme im französischen Strafrecht*, 1994, pp. 30-33).

instrumento o herramienta (*WERKZEUG*) por el autor mediato que actúa como cerebro o "hombre detrás" (*HINTERMANN*). Normalmente se trata de un agente inocente, no responsable del acto delictivo. El *Common Law* considera al autor mediato como "principal"³⁰. Un ejemplo típico es el del agente individual que actúa erróneamente o que no es culpable por ser menor de edad o padecer una deficiencia mental. Así, como la autoría mediata implica que la persona utilizada ("el instrumento") no es penalmente responsable, el reconocimiento expreso en el Estatuto de este hecho deviene superfluo.

Por otro lado, la coautoría se caracteriza por una división funcional de las acciones delictivas entre los diferentes coautores, que están normalmente interrelacionados por un plan común o acuerdo. Todo coautor realiza cierta tarea que contribuye a la comisión del delito y sin la cual la comisión no sería posible. El plan común o acuerdo constituye la base de una recíproca o mutua comunidad de esfuerzos que hace a todo coautor responsable del delito en su integridad. Es casi impensable que uno de los coautores no sea criminalmente responsable. La referencia del Estatuto a "aquella otra persona" muestra una laguna en la comprensión del concepto de coautoría. En suma, esta referencia sitúa a la misma altura conceptos que son estructuralmente muy diferentes y que por tanto deberían ser tratados en diferentes párrafos o secciones³¹.

³⁰ Véase comentarios al *Mpc*, supra nota 28, p. 2.06.

³¹ *Ibid.*; también *CP esp.*, artículo 28; *StGB*, § 25 (1) y (2).

b. Otras formas de participación

Los subparágrafos (b) y (c) se refieren a otras formas de participación que en sí mismas sin embargo suponen diferentes grados de responsabilidad. El subparágrafo (b) se refiere a una persona que ordena, solicita o induce a la comisión o tentativa de delito. El subparágrafo (c) preceptúa cualquier otra forma de auxilio ("ayuda", encubrimiento o cualquier otra forma de asistencia... incluyendo la provisión de medios) en la comisión o tentativa de delito "por el propósito de facilitarlos". En líneas generales, la participación en el caso del subparágrafo (b) supone un grado mayor de responsabilidad que en el caso del subparágrafo (c).

De hecho las formas de participación previstas en el subparágrafo (b) son muy diferentes. Quien *ordena* un delito no es un mero cómplice sino realmente un autor mediato que se sirve de un subordinado para cometer el delito. En realidad, el mismo artículo 2 (1) (b) en el Proyecto de Código de 1996 intentó prever la responsabilidad criminal de oficiales que ordenaron a sus subordinados cometer crímenes³². En este sentido la primera alternativa del subparágrafo (b) ("ordenar") complementa la responsabilidad contemplada en el artículo 28: en el último caso el superior es responsable por omisión; en el supuesto de ordenarlo, lo será por comisión. Así, la primera alternativa del subparágrafo (b) pertenece a las formas de autoría previstas en el subparágrafo (a), tratándose de una forma de comisión "a través de otra persona".

³² "Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, Jun. 5-Aug. 26, 1996", *supra* nota 18, en 25 (par. 14).

Instigar a la comisión de un delito significa, entre otras cosas, ordenar, alentar, rogar o incitar a otra persona a realizar determinada conducta tipificada penalmente³³. *Inducir* significa básicamente influir en otra persona para que cometa un delito³⁴. Inducir es una especie de "paraguas" terminológico que comprendería la instigación, que a su vez tiene un significado más preciso que la inducción. La inducción es suficientemente amplia para comprender cualquier conducta que conduzca a otra persona a cometer un delito, incluyendo la instigación. De hecho, la versión francesa del Estatuto habla de *sollicite ou encourage*, utilizando por tanto una forma de instigación que expresa el término inglés *induce*.

El subparágrafo (c), como forma más débil de complicidad, comprende *colaborar de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión* del crimen³⁵. La única limitación es de índole subjetiva en cuanto que el cómplice debe ayudar o facilitar de alguna forma la comisión del delito. Esta expresión se tomó del Código Modelo Americano ("Model Penal Code"). Aun cuando la necesidad de que concorra esta exigencia fue discutida en el American Law Institute, está claro que generalmente implica un requisito específico subjetivo más estricto que el mero conocimiento³⁶. De otro lado, el subparágrafo (c) comprende toda forma de complicidad que no se contempla en el subparágrafo (b). A primera vista surgen

³³ *Black's Law Dictionary*, 6th ed. 1990, p. 1392; Mrc, *supra* nota 28, s. 5.02 (1).

³⁴ *Black's Law Dictionary*, 6th ed. 1990, p. 774.

³⁵ Art. 25 (3) (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".

³⁶ Mrc, *supra* nota 28, sec. 2.06.

dos cuestiones. En primer lugar, debe ser suficiente y más razonable limitar la regla de complicidad a la inducción, al auxilio y al encubrimiento. Estas formas de complicidad comprenden toda conducta que implica responsabilidad penal. En segundo lugar, y más importante, tiene que cuestionarse en qué consisten los requisitos mínimos de complicidad. El artículo 2 (3) (d) de Proyecto de Código de la Ilc de 1996 exige que tanto el auxilio como el encubrimiento sea "directo y sustancial"; es decir, la contribución facilitaría la comisión de un delito de "forma significativa"³⁷. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia-ICTY) se refirió a estos criterios en el caso TADIĆ y sostuvo que el hecho en cuestión debía constituir una contribución directa y sustancial para la comisión del delito³⁸. "Sustancial" significa que la contribución tiene su efecto en la comisión, o en otras palabras, que debe tener –de un modo u otro– una relación causal con el resultado³⁹. Sin embargo, no exige necesariamente la presencia física en el lugar de los hechos. En TADIĆ, la Sala II ("Trial Chamber II") siguió un amplio concepto de complicidad basado en la teoría inglesa de la "concerned in the killing"⁴⁰. De hecho, la Sala no tomó el criterio "directo y

³⁷ Report of the Ilc on the work of its forty-eighth session, Jun. 5-Aug. 26, 1996, *supra* nota 18, en 24 (par. 10).

³⁸ PROSECUTOR V. TADIĆ (IT-94-1-T), mayo 7, 1997, pars. 674, 688-692 www.un.org/icty.

³⁹ *Ibid.*, par. 688.

⁴⁰ *Ibid.*, par. 687: "... no sólo que no se tiene que estar presente sino que la conexión entre el hecho que contribuye a la comisión y el hecho de comisión por sí mismo pueden ser distantes en el tiempo y en el espacio. Para la "concerned in the killing doctrine", véase: *United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals*, Vols. I-XV, London 1947-1949, aquí T. XV, pp. 49-51; también: *Prosecutor v. Tadic*, *supra* nota 37, par. 691.

sustancial" muy en serio en tanto incluyó en el concepto de ayuda y encubrimiento "todo acto de asistencia por medio de palabras o gestos que sirvan para alentar o apoyar"⁴¹. Así, tras el silencio del Estatuto de Roma sigue la jurisprudencia internacional dejando abierta la cuestión. Queda por tanto (¡todavía!) para la futura jurisprudencia o para la doctrina la tarea de desarrollar directrices más concretas que permitan construir los requisitos mínimos de complicidad. Hay que decir, con todo, que en este momento no hay límites al concepto de responsabilidad del cómplice en el campo de los delitos internacionales.

El Estatuto de Roma no ofrece una solución para *actos* de complicidad *posteriores* a la comisión del delito. La CDI sólo incluye tales hechos en el concepto de complicidad si se basan en un plan de común acuerdo; de otra manera, la persona sería responsable por un delito distinto ("por favorecer el delito")⁴². El TPY, sin embargo, extiende la responsabilidad penal también a estos hechos, y siempre a "todos los que naturalmente resulten de la comisión del hecho en cuestión"⁴³.

Por supuesto, nadie puede ser único responsable por su contribución al delito sin tener en cuenta la responsabilidad

⁴¹ *Prosecutor v. Tadic*, *supra* nota 37, par. 689.

⁴² *Yearbook...* 1991, T. II, p. 98; *Yearbook...* 1991, T. I, p. 188, par. 21 (Mr. Pawlak, chairman of the Drafting Committee). Véase también: *Yearbook...* 1990, T. I, pp. 17, 23, 28, 48; *Yearbook...* 1990, T. II, pp. 28 y ss. (pars. 28 y ss.). Cf. también: MRC, *supra* nota 28, sec. 2.06; CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, *The Structure of the Draft Code and the General Part*, in *Commentaries on the Ilc's 1991 Draft Code* 55-56 (M.C. Bassiouni, ed., 1993); WEIGEND, *supra* nota 24, en 116-7.

⁴³ *Prosecutor v. Tadic*, *supra* nota 37, par. 692 (enfaticado).

de otros participantes. Aunque esto no se encuentre expresamente en el Estatuto, se puede inferir del principio de culpabilidad y del principio de responsabilidad penal individual. Esto implica que la responsabilidad de cada participante tiene que determinarse individualmente sobre la base de su contribución de hecho al delito en cuestión. Esto también excluye una forma de responsabilidad para actos de una tercera persona (*vicarious responsibility*). Por el contrario, el cómplice es responsable por su contribución al delito. Esta contribución determina el alcance de la imputación y de la culpa⁴⁴.

B. Extensiones de la imputación

1. Contribución al delito colectivo o su tentativa

El subpárrafo (d) del artículo 25 (3)⁴⁵ significa la más ilimitada expansión del concepto de autoría, criminalizando "cualquier otra forma" de contribución a la comisión o tentativa de delito por un grupo de personas actuando con un mismo fin. Exceptuando los requisitos generales subjetivos —que se tratarán después— tal contribución tiene que ser hecha "con el propósito de llevar a cabo la actividad o

⁴⁴ Cfr. Wise, *supra* nota 7, en 42.3; SERENI, *supra* nota 25, 139-146. Véase también: *Draft Statute for the International Criminal Court*, *supra* nota 5, artículo 23 (3): "La responsabilidad penal es individual y no puede ir más allá de la persona y bienes".

⁴⁵ "(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 otra 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";

propósito delictivo del grupo", suponiendo que tal actividad o propósito comprende la comisión de un delito. Esta formulación está basada en una Convención antiterrorista recientemente adoptada⁴⁶ y representa un compromiso con las anteriores disposiciones acerca de la "conspiración"⁴⁷, que desde Nuremberg han sido objeto de controversia⁴⁸. El Proyecto de Código de la CDI de 1991 entiende que debe castigarse al individuo que "conspira para" la comisión de un delito, de donde convierte la conspiración en una forma de "participación en un plan común para la comisión de un delito contra la paz y la seguridad de la humanidad"⁴⁹. El Proyecto de Código de 1996 se extiende a una persona que "directamente participa en planear o conspirar para cometer tal delito que de hecho tiene lugar"⁵⁰. De este modo se limita la responsabilidad si se compara con las tradicionales disposiciones sobre la conspiración por las que se exige una participación directa —ya referida anteriormente— y una efec-

⁴⁶ International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, U.N. Doc. A /Res/ 52/164 (1998), annex, art. 2 (3)(c).

⁴⁷ Por ejemplo: *Draft Statute for the International Criminal Court*, *supra* nota 5, artículo 23 (7) (e) (ii).

⁴⁸ Véase, por ejemplo, VESPASIAN PELLA, Memorandum, Yearbook ILC 1950, T. II, pp. 278-362, 357; JEAN GRAVEN, *Les Crimes contre l'Humanité*, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International* 433-605, 502-503 (1950); HANS-HEINRICH JESCHECK, *Die internationale Genocidium-Konvention vom 9. Dezember 1948 und die Lehre vom Völkerstrafrecht*, 66 ZStW 193-217, 213 (1954); recientemente: ROSEMARY RAYFUSE, *The Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind: Eating Disorders at the International Law Commission*, 8 Crim. L.F. 52 (1997). - Véase también el comunicado del delegado alemán KATHOLNIGG en la Conferencia Diplomática para la Adopción del Acuerdo sobre Drogas de 1998 (United Nations Conference for the Adoption of a Convention against illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Vienna, 1988, Official Records, T. II, par. 52: "concepto desconocido en los modelos legales civiles". Sin embargo, se reconoció en un principio por el ILC Special Rapporteur DOUDOU THIAM (Yearbook ILC 1990, T. II, p. 16, par. 66).

⁴⁹ Yearbook ILC 1991, T. II, p. 99 (comentario al art. 3).

⁵⁰ *Supra* nota 20, artículo 2 (3) (e).

tiva comisión del delito. El Estatuto de Roma toma esta limitación más allá, eliminando totalmente el término conspiración y exigiendo al menos una contribución al intento colectivo de cometer un delito. Esto, de hecho, suprime el concepto de conspiración en favor de otra amplia forma de complicidad similar al auxilio y encubrimiento con el significado del subparágrafo (c)⁵¹. La única diferencia entre los subparágrafos (c) y (d) –desde el punto objetivo– consiste en el objeto de la contribución: se trata en ambos casos de un delito (o de su tentativa), si bien en el caso del subparágrafo (c) no necesita planearse y realizarse por un grupo. Sin embargo, es difícil imaginar situaciones en las que las conductas punibles de conformidad con el subparágrafo (d) no estén ya contempladas por el subparágrafo (c). En otras palabras, el subparágrafo (d) resulta –a la luz de la amplia responsabilidad establecida en el subparágrafo (c)– sencillamente superfluo.

2. La incitación al genocidio

El subparágrafo (e) del artículo 25 (3) tipifica penalmente la incitación directa y pública pero sólo en relación con el genocidio. Su paralelismo con el artículo III (c) de la Convención sobre el genocidio de 1948⁵² provoca la misma crítica. Algunas

⁵¹ De modo semejante, Mrc, *supra* nota 28, § 2.06. que no tiene a la “conspiracy” como base de la responsabilidad si bien cuestiona el comportamiento del acusado como constitutivo de complicidad.

⁵² RAFAEL LEMKIN, *Genocide as a Crime under International Law*, 41 Am. J. Int. L. 145 (1947); JOSEF L. KUNZ, *The United Nations Convention on Genocide*, 43 Am. J. Int. L. 732, 738 (1949); HANS-HEINRICH JESCHECK, *supra* nota 47, en 203 y ss. Recientemente salió el análisis profundo de ALICIA GIL GIL, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, 1999. - Ver también la sentencia histórica de la Bundesgerichtshof, en: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1999, 396 ff. con comentario de

delegaciones argumentaron que la incitación, como especial forma de complicidad en el delito de genocidio, no debería incluirse en la Parte General del Estatuto sino en la disposición específica del delito de genocidio (art. 6º), para dejar claro así que la misma no se reconoce para otros delitos. Este argumento es cuestionable, sin embargo, en cuanto que la incitación está contemplada bajo otras formas de complicidad, y en especial, en el caso del Estatuto de Roma, bajo la inducción como ha sido tratado antes. Normalmente la diferencia entre una forma ordinaria de complicidad –por ejemplo la instigación– y la incitación, se halla en el hecho de que la primera se enfoca especialmente a cierta persona o grupo de personas en particular mientras que la última se dirige al público en general. La ICJ hace –con razón– referencia al uso de los medios de comunicación para promover la comisión del genocidio en Ruanda en orden a justificar la inclusión de la incitación directa y pública como subparágrafo (f) del artículo 2 (3) del Proyecto de Código de 1996⁵³. “Directo” en este contexto significa que una persona es especialmente acuciada a llevar a cabo de forma inmediata la acción criminal de modo que no es suficiente una vaga sugestión⁵⁴. Así, la calificación de “directo” supone un concepto de incitación más estrecho que las formas normales de

AMBOS; ver también el comentario de GIL GIL, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la UNED, 2ª época, Nº 4 (1999).

⁵³ Informe del CDI en su 40 sesión. Jun. 5-Aug. 26, 1996, *supra* nota 18, en 26-7 (par. 16). Véase también sobre la importancia de la incitación en relación con el genocidio en Ruanda: ICTR-Trial Chamber I, *Prosecutor v. Jean Paul Akayesu*. Case Nº ICTR 96-4-T. Judgement. 2 September 1998, par. 672-5; *Prosecutor v. Jean Kambanda*. Case Nº ICTR 97-223-S. Judgement and Sentence. 4 September 1998, par. 40 (count 3). Ambas decisiones disponibles en www.ictor.org.

⁵⁴ Informe CDI 1996, *supra* nota 18, en 26.

complicidad, como la instigación o la inducción. El concepto pierde su original sentido, que no es otro que la prevención de un incontrollable e irreversible peligro de comisión de ciertos delitos masa. Si un individuo insta a otro conocido suyo a llevar a cabo una acción criminal, tiene el mismo control sobre el actual autor que un instigador o cualquier otro cómplice. Aún más, el subparágrafo (e) contiene una diferencia mayor si se compara con las formas de complicidad de los subparágrafos (b), (c) y (d): la incitación en relación con el genocidio no exige la comisión o intento de comisión del delito, en este caso del genocidio. Así, el subparágrafo (e) rompe con la dependencia del acto de complicidad abandonando el principio de accesoriedad (*Akzessorietätsgrundsatz*) que preside los parágrafos (b) a (d). Es punible el hecho de que alguien incite directa y públicamente a la comisión del genocidio aun cuando dicho delito no se cometa de hecho⁵⁵.

3. Tentativa y desistimiento

La tentativa se contempla en el parágrafo (f) del artículo 25 (3)⁵⁶. El concepto no se restringe a determinados delitos (como se propuso en la CDI⁵⁷) pero generalmente se define

⁵⁵ Cfr. WEIGEND, *supra* nota 24, en 115-116 (regarding the 1991 Draft Code, *supra* nota 19, artículo 2 (3) distinguiendo entre "soliciting" y "aiding" por un lado, e incitación y conspiración por otro).

⁵⁶ "(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 podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo".

⁵⁷ El CDI no pudo alcanzar el consenso para aprobar una lista de delitos que pudieran ser intentados en cuanto que muchos miembros y gobiernos consideraron que el intento sólo era posible en el caso de crímenes de guerra o de crímenes contra la humanidad (Yearbook

como el "inicio de ejecución" de cierto delito por medio de una "acción sustancial". Esta definición es una combinación de derecho norteamericano y francés⁵⁸, y se utilizó ya en el Proyecto de Código de 1991 (art. 3 (3)) y en el Proyecto de Código de 1996 (art. 2 (3) (g)). La cuestión consistió y todavía consiste en saber, de acuerdo con esta definición, cuándo comienza de hecho la tentativa. Está claro que los actos preparatorios no se incluyen en cuanto que no representan un "comienzo de ejecución". De hecho, éste fue el único tema no controvertido en la ILC al discutir la tentativa⁵⁹. No está claro, sin embargo, si el concepto alemán de inicio de tentativa por "dar principio directamente a la realización del tipo" ("unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung") se encuentra en el ámbito del artículo 25 (3) (f). A primera vista el concepto alemán parece diferir del "commencement of execution" en cuanto que para el primero el autor sólo debe estar muy próximo a la ejecución del delito pero no tiene que haberlo ejecutado en parte. Sin embargo, según la ILC ese "commencement of execution" indica que el individuo ha desarrollado un acto que constituye un paso decisivo para la consecución del delito⁶⁰. En consecuencia no se exige que el delito en discusión sea ejecutado en parte, y así la persona en cuestión no necesita haber realizado uno o más elementos del delito. La versión francesa del Estatuto tam-

ILC 1986, T. II, Part. 2), p. 49, par. 128; Yearbook ILC 1990, T. I, pp. 6, 21, 70; Yearbook ILC 1990, T. I, p. 188; Yearbook ILC 1991, T. II, (Part. 2), p. 99; Yearbook ILC 1994, T. II, (Part. 2), pp. 77, 85 (par. 196); Yearbook ILC 1994, T. I, pp. 110, 121, 145 (par. 10).

⁵⁸ Código Penal francés, artículo 121-5: "commencement d'exécution"; Mrc, *supra* nota 28, o 5.01 (1) (c): "substantial step". Cfr. Wise, *supra* nota 7, en 44.

⁵⁹ Yearbook ILC 1986, T. II, p. 49 (par. 129).

⁶⁰ Informe del ILC en su 40 sesión, Jun. 5-Aug. 26, 1996, *supra* nota 18, p. 27 (par. 17).

bién se refiere a "un comienzo de ejecución" empleando la terminología del artículo 121-5 del Código Penal. En Francia el concepto siempre se ha entendido en un amplio sentido, comprendiendo "todo acto que tiende directamente al delito"⁶¹. Esto se corresponde con la definición de la CDI y significa que, siendo prácticos, no hay diferencia entre "comienzo de ejecución" y "dar principio directamente a la realización del tipo". Aún más, la última definición supone una exigencia de responsabilidad por el intento de comisión delictiva por cuanto –al menos teóricamente– resulta claramente diferenciado de los delitos consumados.

La posibilidad del *desistimiento* no se previó para el proyecto de Código Penal de la CDI⁶², pero se tuvo en cuenta en el PrepCom⁶³. Se incluyó en el Estatuto de Roma en el último minuto tras la propuesta japonesa. La formulación está basada en la Parte General del actualizado proyecto de Siracusa⁶⁴ y recompensa a la persona que –en términos objetivos– desiste de cometer el delito o de cualquier otro modo impide su comisión y en términos subjetivos –abandona completa y voluntariamente el propósito de delinquir. El requisito esencial de exención en caso de desistimiento es que el autor abandone voluntariamente la ejecución o impida la

⁶¹ Cf. HERV PELLETIER/JEAN PERFETTI. *Code Penal 1997-1998*, 10th ed., 1997, p. 20.

⁶² De modo similar los comentaristas franceses consideran el desistimiento como parte de la definición de intento (cf. STEFANI/LEVASSEUR/BOULOC. *Droit penal general*, 16th ed., 1997, p. 203).

⁶³ Decisiones del Comité Preparatorio en sus sesiones del 11 al 21 de febrero de 1997, U.N. Doc. A/AC. 249/1997/L.9/Rev.1, p. 22, nota de pie de p. 12.

⁶⁴ Association Internationale de Droit Penal (AIDP)/Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law (MPI) et al., 1994 ILC Draft Statute for an International Criminal Court with proposed modifications (updated Siracusa Draft), 1996, artículo 33-8.

consumación del hecho. Esto implica que ha de abandonarse de un modo u otro el propósito de delinquir. Resulta superfluo hacer mención más específica sobre esta materia.

4. Responsabilidad del superior

El tantas veces reconocido principio de responsabilidad de mando se encuentra previsto en el artículo 28⁶⁵. Esta previsión legal distingue entre la responsabilidad de militares (par. 1) y de superiores civiles (par. 2)⁶⁶. Las codificaciones previas

⁶⁵ Véase la decisión de la Supreme Court de los Estados Unidos en *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, 13-14 (1945): "...ignorando ilegalmente en contra de su deber como comandante el control de las actuaciones de sus subordinados, permitiéndoles cometer brutales atrocidades..." (traduc. del inglés). Para más referencias véase AMBOS, "Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law", en: G. K. McDONALD/O. SWAAK GOLDMAN (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law The Hague* (KLUWER) 1999. Recientemente, ANN MARIE PROVOST que muestra que el precedente Yamashita estuvo fuertemente influenciado por motivos raciales de U.S. contra los japoneses (Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita, 14 Human Rights Quarterly 1992, 303).

⁶⁶ Resulta conveniente reproducir el texto del artículo 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 cometerlos; 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:

—o proyectos— a las Convenciones de Ginebra⁶⁷, en especial el artículo 86 (2) del Protocolo Adicional I, no hacen esta distinción si bien tratan más equitativamente a los militares y a los superiores civiles⁶⁸. La distinción hecha en el Estatuto de Roma vuelve a la propuesta de los Estados Unidos, cuyo fundamental objetivo fue introducir distintos límites subjetivos de responsabilidad civil y militar⁶⁹. De acuerdo con ello, el comandante militar sería tenido por responsable —conforme al estándar reconocido— por conocimiento (“o porque deba saber”) o negligencia, mientras que al superior civil sólo por conocimiento. Esto último no fue aceptado por muchas delegaciones que tomaron parte en las discusiones de carácter informal. Una propuesta no oficial de Argentina, Canadá y Alemania apuntó en favor de utilizar un criterio de negligencia en ambos casos⁷⁰. Las posturas contrarias concluyeron finalmente a modo de discusión informal presidida

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.

⁶⁷ Véase *supra* nota 12. Comp. generalmente A. P. V. ROGERS, *Law on the Battlefield*, 1996, pp. 138-142.

⁶⁸ Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, U.N. Doc. S/Res./827 (1993), Annex, artículo 7º (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 no 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”.

⁶⁹ U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/L.2 (1998).

⁷⁰ Propuesta de Argentina, Canadá y Alemania, jun. 17, 1998 (archivo del autor).

por Canadá con el compromiso de reemplazar el criterio de negligencia del superior civil por el texto “deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. La palabra “claramente” fue incluida más tarde en el texto oficial⁷¹. Por ello, en una versión posterior el texto fue simplificado por “ignorando conscientemente la información que claramente indicaba que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer tales delitos”⁷².

Dado lo anterior resulta claro que el artículo 28 establece distintos criterios subjetivos para militares y para civiles. Sigue en pie la cuestión de cómo extender el tradicional criterio de “debería saber” (*should have known*) que difiere del nuevo criterio para los superiores civiles del artículo 28 (2) (a). En respuesta, resulta que este nuevo criterio repite el conocido criterio del *Common Law* y de los juicios sobre crímenes de guerra consistente en “meter la cabeza debajo del ala” (*wilful blindness*)⁷³. El criterio de “ciego voluntario” tiene su excepción en el requisito del conocimiento positivo al considerarse que concurre este último —en relación con un hecho particular— “cuando una persona es consciente de la alta probabilidad de su existencia a menos que crea que no existe”⁷⁴. El conocimiento no se presume aunque implique el

⁷¹ U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPF/L.7 (1998).

⁷² U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPF/L.7/Rev. 1 (1998).

⁷³ Véase, por ejemplo, R. v. FINTA (1990), 92 D.L.R. (4th) 1, 1 O.r. (e ed) 183, 98 I.L.R. 520 (Ontario C.A.), en 595 (I.L.R.).

⁷⁴ Véase MRC, *supra* nota 28, o 2.02 (7). Véase también WAYNE R. LAFAVE/AUSTIN W. SCOTT, *Criminal Law* 1 307-8 (1986).

resultado de la conducta defensiva⁷⁵. El ciego voluntario y por tanto el nuevo criterio del artículo 28 (2) (a) se encuentra entre el conocimiento y la imprudencia. En otras palabras, se está ante una exigencia mayor que la negligencia⁷⁶. De este modo, el Estatuto de Roma cambia la ley de responsabilidad del mando en relación con los superiores civiles y hace más difícil la acusación por no ejercer adecuadamente el control. Además, se ignora la reciente aplicación de la tradicional doctrina de la responsabilidad del mando a los superiores civiles⁷⁷.

Por un lado, la restricción del Estatuto de Roma a la responsabilidad del mando, al menos en el caso de los civiles, es el resultado de ciertas contradicciones dogmáticas de esta doctrina. En primer lugar se duda de si la negligencia –todavía suficiente para los mandos militares (de facto)– puede relacionarse lógicamente con el intento de cometer un delito. ¿Cómo, por ejemplo, puede un mando militar cometer por negligencia un delito contra la humanidad que exige, aparte de la *mens rea* general (véase *infra* art. 30), un específico conocimiento para la comisión “como parte de un ataque extenso o sistemático” (art. 7)? ¿Cómo puede haber intención de destruir (art. 6) si no se sabe que los subordinados están

⁷⁵ Comentario a Mrc, *supra* nota 28, 0 2.02.

⁷⁶ Véase también SCHABAS, *supra* note 3, p. 419, que considera el nuevo criterio como una “exigencia de pleno conocimiento”.

⁷⁷ Véanse las decisiones del TPIY bajo la regla 61, Rules of Procedure and Evidence, U.N. Doc., IT/32: *Prosecutor v. Nikolic* (Case N° IT-94-2-R 61), oct. 20, 1995, par. 24; *Prosecutor v. Karadzic and Mladic* (Cases N° IT-95-5-R 61/IT-95-18-R 61), jul. 11, 1996, pars. 42. 65-85. Véanse también las últimas decisiones del TPIR: *Prosecutor v. Kamukama*, *supra* nota 52, par. 40; *Prosecutor v. Akayesu*, *supra* nota 52, par. 487-91, donde, sin embargo, se afirma que la responsabilidad de mando de los civiles “queda en discusión” (par. 491).

cometiendo el delito? El profesor WILLIAM A. SCHABAS ha afirmado correctamente que “lógicamente es imposible cometer un delito de intención por negligencia”⁷⁸. El nuevo criterio para los superiores civiles parece mostrar un camino fuera de la lógica.

En segundo lugar, debe hacerse hincapié en que la responsabilidad del mando comprende también la responsabilidad por omisión⁷⁹. El superior puede ser castigado por su falta de control sobre los subordinados y por no impedir o reprimir la comisión de atrocidades. Ciertamente el superior sólo es responsable en caso de ostentar una efectiva autoridad y control (lo cual ocurre especialmente en el caso del superior civil) (art. 28 (2) (b))⁸⁰ –y sólo si no adopta todas las medidas necesarias y razonables–; el superior es, por tanto, conceptualmente responsable por omisión, por no impedir las atrocidades cometidas por sus tropas, y fundamentalmente por perder el control sobre las mismas en el supuesto de ser posible conservar tal control. Esta responsabilidad por omisión es única en derecho penal internacional. El Estatuto de Roma confirma esta regla al eliminar⁸¹ la disposición general sobre hechos y/u omisiones⁸² basado en el argumento de que sólo el artículo 28 contempla la responsabilidad por omisión⁸³. Sin embargo, esta responsabilidad por no actuar

⁷⁸ SCHABAS, *supra* nota 3, p. 417. También crítico: WISE, *supra* nota 7, en 46.

⁷⁹ Véase la discusión crítica de FLETCHER (1998), *supra* nota 2, en 45-50.

⁸⁰ Artículo 28 (2) (b) es innecesario en cuanto que sólo repite la exigencia de efectivo control ya mencionada en la primera frase del subparágrafo 2.

⁸¹ U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGCP/L.4/Add.1 (1998).

⁸² Draft Statute for the International Criminal Court, *supra* nota 5, artículo 28.

⁸³ WISE, *supra* nota 7, en 48-50, afirma la regla general por omisión.

se contrapone, desde un punto de vista objetivo, a la efectiva autoridad y control del superior; la posibilidad de control constituye la base legal y legítima sobre la que descansa la responsabilidad del superior, lo que justifica su deber de intervención (*Garantenpflicht*) y, finalmente, implica la equivalencia moral entre la falta de evitación del daño y la causación activa del mismo.

No obstante ello, en los casos en que la legitimidad de la responsabilidad del mando se cuestiona considerablemente (en el caso de conocimiento positivo del superior), la delimitación entre la responsabilidad por omisión (*command responsibility*) y la actuación como cómplice (*complicity*) es vaga. Al margen de las similitudes existentes entre estas dos formas de responsabilidad derivada⁸⁴, la prueba en los juicios sobre crímenes de guerra permite normalmente concluir en ambas direcciones. Un superior que tenga conocimiento de las atrocidades cometidas por sus tropas puede ser tenido por responsable como cómplice (ayudando y encubriendo) por, al menos psicológicamente, alentar y animar a las tropas; el superior también puede ser responsable mediato del mando por no impedir las atrocidades. De hecho, el TPIY en sus resoluciones de Regla 61⁸⁵ ha utilizado ambas formas de responsabilidad. Por ejemplo, KARADZIC y MLADIC fueron juzgados responsables como comandantes⁸⁶ de planear el genocidio y de no impedirlo, así como por otros delitos. Esta responsabilidad paralela puede inducir a confusión⁸⁷ pero es

⁸⁴ Comp. FLETCHER (1978), *supra* nota 2, en 582-583.

⁸⁵ Rules of Procedure and Evidence, *supra* nota 2, en 582-583.

⁸⁶ PROSECUTOR V. KARADZIC and MLADIC, *supra* nota 76, pars. 84, 94.

una consecuencia del reconocimiento de la responsabilidad de mando. La aparente contradicción puede reconciliarse arguyendo una prevalencia de la responsabilidad por hechos sobre la responsabilidad por omisión (principio de subsidiariedad) si las diferentes formas de conducta en cuestión se encuentran temporal y subjetivamente interrelacionadas⁸⁸.

C. Elementos subjetivos de la responsabilidad penal individual (*mens rea*)

Además de los especiales requisitos subjetivos ya mencionados, el artículo 30 exige que los elementos materiales de un delito perteneciente a la jurisdicción de la Corte se realicen con intención y conocimiento⁸⁹. La fórmula "salvo disposición en contrario" reconoce excepciones, en especial las menores exigencias del artículo 28 (*command responsibility*).

⁸⁷ SCHABAS, *supra* nota 3, p. 416 nota de pie de p. 133.

⁸⁸ Tal prevalencia se encuentra en PROSECUTOR V. KARADZIC and MLADIC, *supra* nota 76, par.

83: "Las pruebas y testimonios coinciden en demostrar que RADOVAN KARADZIC y RADKO MLADIC no sólo estaban informados de los crímenes supuestamente cometidos bajo su autoridad, sino también y, en especial, que ejercían su poder para planear, instigar, ordenar y de cualquier otro modo ayudar y alentar la preparación, planeamiento o ejecución de los mencionados delitos" (trad. del inglés).

⁸⁹ "Artículo 30. Elemento de intencionalidad (*mens rea*).

1. Salvo disposición en contrario, una persona será penalmente responsable y podrá ser penada por un crimen de la competencia de la Corte únicamente si actúa con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen.

2. A los efectos del presente artículo, se entiende que actúa intencionalmente quien:

a) En relación con una conducta, se propone incurrir en ella;

b) En relación con una consecuencia, se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

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

El Proyecto de Código de 1996 no prevé tal excepción y establece sin embargo exigencias menores de carácter subjetivo para algunos delitos⁹⁰. ALLAIN y JONES han puntualizado que el requisito de la "intencionalidad" utilizado en muchos textos de las Convenciones de Ginebra⁹¹ (art. 8 (2) (a) (iv) del Estatuto de Roma) corresponde más a *recklessly* que a *intentionally* y por tanto supone una exigencia menor⁹². Así, la fórmula "a no ser que se prevea otra cosa" es un *caveat* necesario.

La cuestión consiste entonces en determinar si el artículo 30 excluye por definición un más bajo nivel de exigencia que la tentativa y el conocimiento. De acuerdo con el párrafo 2, tentativa significa que una persona realiza cierta conducta o desea producir ciertas consecuencias o es consciente de que la misma tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos. ¿Excluye esta definición alguna exigencia de menos importancia? Ciertamente, la "falta de diligencia" no puede ser la base de la responsabilidad una vez suprimida la correspondiente previsión⁹³. Lo mismo es de aplicación para el dolo eventual: éste es un tipo de "intención condicional" que engloba un amplio conjunto de actitudes positivas dirigidas a la producción de un resultado y por ello supone una exigencia mayor que la "falta de diligencia"⁹⁴. El autor puede

⁹⁰ *Supra* nota 20, artículo 2 (3) (a).

⁹¹ Por ejemplo, la Convención de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativa a la protección de civiles, *supra* nota 12, artículo 147.

⁹² ALLAIN/JONES. "A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", 8 *European Journal of International Law* (EJIL) 1997, pp. 100, 106.

⁹³ Véase Draft Statute for the International Criminal Court, *supra* nota 5, artículo 29 (4). No se ha alcanzado el consenso sobre una definición común.

ser indiferente al resultado o no dar importancia al daño producido en el bien jurídico (*sich mit der Rechtsgutsverletzung abfinden*)⁹⁵. Sin embargo, el autor no es consciente, como exige el artículo 30 (2) (b), del resultado o consecuencia que tendrá lugar en el curso ordinario de los acontecimientos. Él o ella sólo piensa que el resultado es posible. Así, el texto del artículo 30 apenas deja espacio para una interpretación que incluya el dolo eventual en el concepto de tentativa como una especie de "dolo indirecto"⁹⁶. Finalmente existe una cuestión terminológica. Ser consciente significa que el autor sabe que el resultado dañoso tendrá lugar. De hecho, el artículo 30 (3) define conocimiento como "consciencia de que una circunstancia existe o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos". Esto muestra que el artículo 30 ignora la diferencia entre "tentativa" y "conocimiento", mezclando dos diferentes categorías de conducta caracterizadas en la doctrina alemana como conocer y querer ("Wissen und Wollen")⁹⁷. También en la moderna *Common Law* se distingue entre "propósito", "conocimiento", "falta de diligencia" y "negligencia"⁹⁸.

⁹⁴ La "recklessness" se encuentra entre el dolo eventual y la negligencia consciente (*bewusste Fahrlässigkeit*). Véase WEIGEND, "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", 93 *ZStW* 657, 673 y s. (1981).

⁹⁵ Comp. FLETCHER (1978), *supra* nota 2, en 446, y FLETCHER (1998), *supra* nota 2, en 123. Para las diversas teorías en Alemania véase ROXIN, *supra* nota 9, en 372-400.

⁹⁶ Pero compárese WISE, *supra* nota 7, en 52-4, que da una definición que incluye el dolo eventual pero excluye el "recklessness".

⁹⁷ De modo similar WISE, *supra* nota 7, en 51.

⁹⁸ Comp. MPC, *supra* nota 28, o 2.02.

IV. DEFENSAS Y CAUSAS ESPECIALES DE EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL (ARTS. 26, 27, 29, 31-33)

Para lograr los objetivos de nuestro análisis nos ha parecido interesante hacer una distinción entre las defensas de índole procesal (arts. 26, 27, 29), las causas generales de exclusión de responsabilidad (parágrafos (a) y (b) del artículo 31 (1)) y las causas de justificación y exoneración (artículos 31 (1) (c) y (d), 32 y 33).

A. Defensas procesales

El artículo 26 prevé una solución jurisdiccional en relación con la edad de responsabilidad penal debido a la imposibilidad de llegar a un consenso en este punto. Las propuestas rondaron desde los 13 hasta los 21 años. Ahora el Tribunal carece de jurisdicción sobre personas menores de 18 años al tiempo de comisión de los hechos. Así, se ha omitido definir de manera general la edad de responsabilidad.

La capacidad oficial, invocada por un Jefe de Estado o persona que ocupe otra posición pública, se excluye como defensa o como un motivo de reducción de la pena por el artículo 27⁹⁹. La inmunidad u otras reglas procesales tampo-

⁹⁹ "Artículo 27. Improcedencia del cargo oficial

1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basado en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena.

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella".

co pueden considerarse obstáculos procesales. Ésta es una de las pocas previsiones que ha sobrevivido desde Nuremberg sin haber sido modificada ni rechazada¹⁰⁰. Uno de los pocos trabajos en discusión durante los esfuerzos de codificación tras la segunda guerra mundial ha tratado de si la regla se extiende a todos los oficiales públicos, desde el primero en graduación hasta el último. La Convención del genocidio de 1948 limitó la regla a "todos los legisladores constitucionalmente responsables" considerando las reglas de inmunidad nacional¹⁰¹; por otro lado, resultó controvertido si entre los "oficiales públicos" también debía incluirse a los miembros electos del Parlamento¹⁰². El Proyecto de Código de la Ilc de 1991 (art. 13) y de 1996 (art. 7) extiende la previsión a Jefes de Estado, ministros y oficiales públicos, aunque el Proyecto de 1954 (art. 3) no incluyó de forma clara a los ministros¹⁰³. Por otro lado, inicialmente la CDI no quiso excluir la posibilidad de mitigación del castigo explícitamente: se rechazó una pro-

¹⁰⁰ Véase: Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the *Charter of the International Military Tribunal (IMT)*, aprobado el 8 de agosto de 1945, 82 U.N.T.S. 279, artículo 7°; *Control Council Law N° 10*, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, December 20, 1945, Official Gazette Control Council for Germany, art. II (4) (a); *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgement of the Tribunal*, *supra* nota 15, Principle III; *Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, adopted Dec. 9, 1948, 78 U.N.T.S. 277 (entered into force Jan. 12, 1951), art. IV; *ICTY-Statute*, *supra* nota 67, art. 7 (2); *Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*, U.N. Doc. S/Res./955 (1994), Annex, art. 6 (2).

¹⁰¹ *Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *ibid.*, artículo IV. Crit. GRAVEN, *supra* nota 47, en 508 y s.; PLANZER, *Le crime du genocide* 136-137 (1956).

¹⁰² Véase PETER N. DROST, *The Crime of State*, T. 2, Genocide 8, 94 (1959) (proponiendo el término "agente del Estado"); véase también N. ROBINSON, *The Genocide Convention* 70-71 (1960).

¹⁰³ D. H. N. JOHNSON, "The Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind", 4 *International & Comparative Law Quarterly*, 1955, pp. 462-463 (462-3).

puesta¹⁰⁴ durante las deliberaciones del Proyecto de Código de 1954¹⁰⁵. La decisión tuvo que dejarse en manos del Tribunal. Esta posición fue mantenida en el Proyecto de 1991, si bien el de 1996 (art. 7) excluyó cualquier reducción del castigo. La Comisión de Derecho Internacional, sin embargo, no consideró necesario excluir la inmunidad procesal explícitamente. Su exclusión fue considerada un lógico corolario a la falta de inmunidad sustantiva¹⁰⁶. Todos estos puntos fueron incluidos en el artículo 27 del Estatuto de Roma, y resueltos en favor de una acusación sin límites contra aquéllos que actúen amparándose en su oficialidad¹⁰⁷.

Cualquier plazo de prescripción para los delitos comprendidos en la jurisdicción de la Corte está excluida en el artículo 29. Tal regla es posible a causa de que la jurisdicción del Tribunal está limitada a los delitos definidos en los artículos 5 a 9, es decir, crímenes de extrema gravedad. En anteriores instrumentos o proyectos, o bien no se excluía la prescripción o bien quedaba la duda acerca de los delitos que se debían incluir en el instrumento¹⁰⁸. SCHABAS puntualizó acertadamente que podía surgir un problema de complementariedad cuando la acusación de un delito fuera obstaculizada por

¹⁰⁴ JEAN SPIROPOULUS, Report, in Yearbook ILc 1950, T. II, pp. 253-278, 273.

¹⁰⁵ Yearbook ILc 1954, T. I, p. 138; Yearbook ILc 1951, T. II, pp. 51-52.

¹⁰⁶ "Report of the ILc on the work of its forty-eighth session, 5 de junio-26 de agosto, 1996, supra nota 18, en 41 (par. 6).

¹⁰⁷ Sobre el caso Pinochet al respecto ver AMBOS, "El caso Pinochet y el derecho aplicable", *Revista Penal* (España) 1999, N° 1, pp. 3 y ss. (11 ss.).

¹⁰⁸ El Proyecto de Código de 1991, supra nota 19, artículo 7, excluyó un plazo de prescripción pero la previsión fue suprimida durante las discusiones sobre el Proyecto de Código de 1996 (supra nota 20), porque se consideró que tal regla no se aplicaría a todo delito previsto en el Código (Véase Yearbook ILc 1994, T. II, pp. 80-81, pars. 147 y ss.; Yearbook ILc 1994, T. I, p. 146, par. 16).

plazos de prescripción contemplados en el derecho nacional pero su persecución fuera posible por la CPI¹⁰⁹. En tales casos, la regla de complementariedad (art. 17), si la CPI asumiera la jurisdicción, sería eludida. Puede afirmarse, sin embargo, que hoy en día con la posición predominante del derecho internacional no se admiten plazos de prescripción para tales delitos, por lo cual se debe corregir la legislación nacional en estos casos. Si un Estado no lo admitiera, demostraría su desinterés en la persecución de tales delitos, no pudiéndose invocar el principio de complementariedad.

B. Las causas generales de exclusión de responsabilidad

Los subparágrafos (a) y (b) del artículo 31 (1) prevén la exclusión de responsabilidad con base en la capacidad de controlar y determinar su propia conducta¹¹⁰. Hay sin embargo una diferencia fundamental entre las dos disposiciones que apunta al grado de imputabilidad del autor: en caso de padecer una dolencia o incapacidad mental (subparágrafo (a)), el autor no puede ser culpado por su conducta

¹⁰⁹ Ver SCHABAS, supra nota 3, p. 419.

¹¹⁰ "1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta:

a) Padeciere de una enfermedad o deficiencia mental que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley;

b) Estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley, salvo que se haya intoxicado voluntariamente a sabiendas de que, como resultado de la intoxicación, probablemente incurriría en una conducta tipificada como crimen de la competencia de la Corte, o haya hecho caso omiso del riesgo de que ello ocurriera".

ilegal ya que normalmente no se ha causado dicha dolencia o incapacidad, o al menos no en orden a cometer un delito sin culpabilidad. El autor no puede "apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta" (art. 31 (1) (a)), o bien carece de capacidad para controlarla dentro del margen que permite la ley a causa de una dolencia o enfermedad. El autor no sabe lo que está haciendo y por tanto no actúa culpablemente¹¹¹. En caso de intoxicación (art. 31 (1) (b)) la situación es sustancialmente diferente, porque quien toma de forma libre y autónoma la decisión de beber alcohol sabe normalmente que afectará a su capacidad de control y apreciación. Partiendo de esta premisa, es comprensible la controversia suscitada en relación con las consecuencias legales de un estado de intoxicación. La mayoría de los países árabes, regidos por la ley islámica, consideran el (excesivo) consumo de alcohol como un factor agravante, mientras los países occidentales, como consecuencia de la legalización del consumo de alcohol, en principio lo consideran como un factor de reducción o incluso de exclusión del castigo. Así, el consenso en la Conferencia de Roma sólo fue posible incluyendo una nota a pie en la que se especifica que "la intoxicación voluntaria como causa de exoneración de responsabilidad criminal no se aplicaría generalmente en casos de genocidio o crímenes contra la humanidad, pero podría aplicarse a casos aislados que supusieran asimismo crímenes de guerra"¹¹². El campo de aplicación del subpárrafo (b) está limitado por la adopción del principio de la *actio libera in causa* ("salvo que se haya intoxicado voluntariamente..."). La idea fundamental de este

¹¹¹ Véase también la parecida previsión de Mrc, *supra* nota 28, o 4.01.

¹¹² U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGCP/L. 4/Add. 1/Rev. 1 (1998), p. 4, fn. 8.

principio consiste en prevenir la intoxicación de mala fe; por ejemplo, la intoxicación con el objetivo de cometer un delito en un estado de no responsabilidad y después invocar este estado como causa de exclusión de responsabilidad. Este principio está generalmente reconocido tanto en el derecho continental como en el del *Common Law*¹¹³ y codificado en muchos códigos nacionales¹¹⁴. Sin embargo es bastante difícil probar que alguien ha bebido voluntariamente para cometer un delito. Por esta razón y a causa de que la conducta humana se encuentra bajo los efectos del alcohol, el *Common Law* no reconoce en principio la intoxicación como defensa¹¹⁵ al menos cuando uno mismo se coloca en dicha situación, mientras el modelo continental prevé un delito específico en caso de crímenes cometidos en estado de intoxicación¹¹⁶. Este delito está basado en la negligencia (como riesgo de cometer un delito en estado de intoxicación) y está en conflicto con el elemento subjetivo de los delitos comprendidos en la jurisdicción del Estatuto, como contemplado extensamente el artículo 28. Esto muestra que la posición de los Estados árabes no era del todo descartable y que la nota a pie estaba bien fundada. De hecho, si el alcance del subpárrafo (b) está realmente limitado a "actos aislados constitutivos de

¹¹³ Comp. FLETCHER (1978), *supra* nota 2, en 846-7. Véase también Mrc, *supra* nota 28, o 2.08 (2) y comentarios en 357.

¹¹⁴ Véase por ejemplo el CP alemán, § 12, el CP italiano, artículo 92 –más recientemente– el CP esp., artículo 20, núm. 1 (2): "El trastorno mental transitorio no exime de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o hubiera podido prever su comisión".

¹¹⁵ Véase Mrc, *supra* nota 28, 2.08, y comentario en 350 y ss. por un lado, y 4.01 por otro. Véase también FLETCHER (1978), *supra* nota 2, en 847-52.

¹¹⁶ Véase por ejemplo el CP alemán, § 323 a: "Quien intencional o negligentemente llegue a un estado de intoxicación... será castigado... si mientras se encuentra en dicho estado comete un hecho antijurídico y no puede ser castigado..." (trad. del alemán).

crímenes de guerra", es realmente apropiado para la CPI conocer tanto de la acusación de soldados que cometen crímenes de guerra en estado de embriaguez, como de juzgar a las autoridades y superiores civiles y militares responsables generalmente del planeamiento y organización de las atrocidades¹¹⁷.

C. Causas de justificación y exoneración

El Estatuto reconoce en el artículo 31 (1) (c)¹¹⁸ la proporcional *legítima defensa* propia y de terceros contra un inminente e ilegal uso de la fuerza. Aunque se reconoció por la CDI¹¹⁹, con anterioridad no existía codificación alguna, excepto en conexión con delitos contra la paz¹²⁰. Más controvertida fue la inclusión de la defensa de la *propiedad* propuesta por los Estados Unidos de América y por Israel, invocando previsiones constitucionales e insistiendo en que "la defensa de la propia casa puede estar perfectamente legitimada". Los Estados Unidos propusieron un tratamiento igualitario de defensa de la vida y de la integridad física, por un lado, y de la propiedad, por otro¹²¹. La posición de los Estados Unidos

¹¹⁷ Incluso más drástica: SCHABAS, *supra* nota 3, p. 423: "... la previsión... alcanza el absurdo" (trad. del inglés).

¹¹⁸ Art. 31 (1) (c):

c) Actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero o, en el caso de los crímenes de guerra, de un bien que fuese esencial para su supervivencia o la de un tercero o de un bien que fuese esencial para realizar una misión militar, contra un uso inminente e ilícito de la fuerza, en forma proporcional al grado de peligro para él, un tercero o los bienes protegidos. El hecho de participar en una fuerza que realizare una operación de defensa no bastará para constituir una circunstancia eximente de la responsabilidad penal de conformidad con el presente apartado.

¹¹⁹ Yearbook ILI, 1994, T. II, p. 84.

¹²⁰ Véase el Proyecto de Código de 1954, *supra* nota 16, artículo 2 (1), (3).

¹²¹ U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L.2 (1988).

no fue bien acogida, y el texto final del subpárrafo (c) muestra que la protección de la propiedad se limita a las situaciones de crímenes de guerra en las que resulta esencial "para la supervivencia de la persona o de terceros" o asimismo "esencial para cumplir una misión militar"¹²². Otras limitaciones adicionales, como las propuestas por Alemania (separando las frases relativas a la propiedad de las demás para que la redacción resulte más clara), fueron rechazadas por la delegación de los Estados Unidos.

La última frase del subpárrafo (c) aclara la diferencia entre la propia defensa individual y la colectiva¹²³. La participación en la defensa colectiva¹²⁴ no excluye por sí misma la responsabilidad penal a menos que la persona en cuestión se haya comportado dentro de los límites de la propia defensa individual, como expresa la primera frase del subpárrafo (c). La propia defensa colectiva se rige por el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas¹²⁵.

La eximente por *duress* (estado de necesidad por coacción o amenaza) se encuentra contemplada en el artículo 31 (1) (d). Se exige: (1) una amenaza de muerte inminente o de continuos y graves daños corporales contra la persona en cuestión o

¹²² Comp. U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L. 4/Add. 1 (1988), págs. 4-5 y U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L.4/Add. 3 (1988), p. 2.

¹²³ Véase también Yearbook ILI 1994, T. II, p. 84 (par. 178); DOUDOU THIAM, *Twelfth Report*, U.N. Doc. A/CN. 4/460 (1994), par. 159.

¹²⁴ Algunas delegaciones eran del punto de vista de que esto sólo se aplicara a lícitas operaciones defensivas (U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L. 4/Add. 3 (1998), p. 2, fn. 3).

¹²⁵ Véase también la nota a pie de página de "accomplishing a military mission which declares that the use of force by States is governed by the applicable international law". (U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGPP/L. 4/Add. 3 (1998), p. 2, nota de pie de p. 1).

una tercera persona; (2) una reacción necesaria y razonable dirigida contra dicha amenaza; (3) a nivel subjetivo, el correspondiente *dolus* (no pretender causar un daño mayor que el que debe ser evitado). Esta eximente ha sido reconocida por la CdR¹²⁶, el Comité ad hoc de la Asamblea General y por el PrepCom¹²⁷. El Proyecto, sin embargo, confunde diferentes conceptos relacionados con la *duress* por un lado, y con la necesidad, por el otro¹²⁸. Se reconoce generalmente que *duress* se refiere a una ausencia de libertad de voluntad o de elección en relación con una amenaza inmediata¹²⁹, mientras que la necesidad se basa en elegir de entre todos el mal menor¹³⁰. En caso de necesidad la incriminación desaparece en favor de la protección de un bien mayor; la necesidad justifica una conducta por sí misma ilegal¹³¹. Por otro lado, en el caso de *duress* no puede invocarse tal justificación; sólo puede argüirse que el acusado no puede resistir la amenaza de ninguna otra manera. En otras palabras, la base racional de *duress* no es la ponderación de diferentes intereses legales, sino el criterio de *Zumutbarkeit* (puede esperarse razonablemente que la persona en cuestión resistirá la amenaza)¹³². Por tanto *duress* es una causal de exculpación¹³³.

¹²⁶ Yearbook Ilc 1994, T. II, p. 87 (pars. 206-207).

¹²⁷ Véanse las referencias de SCHABAS, *supra* nota 3, p. 425.

¹²⁸ Véase también WISE, *supra* nota 7, en 57.

¹²⁹ Cfr. ROBINSON, *Criminal Law defences* II 351 (1984): "relative impairment of the psychological control mechanisms".

¹³⁰ Comp. Mrc, *supra* nota 28, 2.09 y 3.02.

¹³¹ Véase Mrc, *supra* nota 28, 3.02, comentario, en 9: "...un principio de necesidad... exige una justificación general de conducta, que de cualquier otro modo constituiría un delito".

¹³² Véase el CP alemán, § 35, y FLETCHER (1978), *supra* nota 2, en 833. Véase también Mrc, *supra* nota 28, 2.09 (1), que sin embargo emplea un mejor criterio objetivo ("reasonable firmness").

¹³³ Véase generalmente para la necesaria diferencia entre justificación y eximente: ESER,

El subparágrafo (d) utiliza elementos de ambos conceptos. La "amenaza" se refiere tanto a la necesidad como a la *duress*, mientras que la "reacción razonable y necesaria" se refiere sólo a necesidad, introduciendo un nuevo requisito subjetivo relacionado con la elección de un mal menor. Así, la distinción entre una amenaza hecha por personas y una amenaza constituida por otras circunstancias fuera del control de la persona amenazada se refiere a *duress* (en el primer caso) y a necesidad (en el segundo)¹³⁴. En suma, el Proyecto confirma la vaguedad conceptual de esta materia en derecho penal internacional¹³⁵. La disposición, no obstante, constituye un avance en cuanto reconoce *duress* como eximente, dejando a un lado la desafortunada jurisprudencia del TPIY¹³⁶. Final-

"Justification and excuse: A key issue in the concept of crime", en: ESER/FLETCHER (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung. Justification and Excuse*, T. I, 1987, pp. 17 y ss.; FLETCHER (1978), *supra* nota 2, at 759-774; Robinson, *supra* nota 129, § 24, 25; en contra de la distinción: GREENAWALT, "The perplexing borders of justification and excuse", in: ESER/FLETCHER (eds.), *Op. cit.*, at 265; también escéptico: HUSAK, *The Serial View of criminal Law Defences*, 3 Crim. L.F. 369 (1992).

¹³⁴ Cfr. ESER, "Defences", in *War Crime Trials*, 24 Israel Yearbook of Human Rights 1995, 201-202, 213.

¹³⁵ Recientemente, CHRISTIANE NILL-THEOBALD ha intentado desarrollar algunas reglas generales ("Defences" bei Kriegsverbrechen am Beispiel Deutschlands und der USA, Freiburg i. Br. 1998).

¹³⁶ PROSECUTOR V. ERDEMOVIC (IT-96-22-A), oct. 7, 1997, par. 19, y disposición 4 (véase OLIVIA SWAAK-GOLDMAN, *American Journal of International Law* 1998, 282). Véase en especial -contra una defensa- el voto particular de McDONALD/VOHRAH, pars. 59 y ss. (en 66-7, 72, 75, 78, 88). Sin embargo, CASSESE argumenta mucho más convincentemente en favor de una defensa, pars. 11 y ss. (en 12, 16-7, 21 y ss., 41 y ss., 49-50). -Véase también, sobre la decisión de la Trial Chamber (en favor de una defensa): YEE, *The Erdemovic Sentencing Judgment: A Questionable Milestone for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Georgia Journal of Int. & Comp. L. 1997, 263, 295-302. - Contra *duress* (o necesidad) como eximente de asesinato o de genocidio véase DINSTEIN, *The Defence of "Obedience to Superior Orders"* en *International Law* 80 (1965); EL MISMO, *International Criminal Law*, 20 Israel L. Rev. 206, 235 (1985); seguido por MEZZETI, *Grounds for excluding criminal responsibility*, en LATTANZI, *supra* nota 11, 147-157 (152-153).

mente la CPI podrá minimizar el daño causado con el texto del Proyecto al aplicar "las causas de exclusión de responsabilidad penal previstas en este Estatuto en todos los casos" (art. 31 (2)).

La solución prevista en el artículo 32, en relación con el *error de hecho o de derecho*, se basa en la tradición del *Common Law* por la que un error es sólo admisible si constituye la negación del *mens rea*¹³⁷. Así, un error de hecho normalmente excluye la responsabilidad criminal mientras que un error de derecho sólo de manera excepcional ya que sólo el primero niega el *mens rea*¹³⁸. El error legal sólo se reconoce explícitamente en el caso de errónea comprensión de la licitud de una orden (art. 33 (1) (b), véase *infra*). Por tanto el Estatuto sigue la doctrina del *error iuris nocet*. Pero ello no cubre todos aquellos supuestos en los que, por consideraciones de justicia, el error debería considerarse como eximente. El artículo 32 es similar al 2.04 Mpc en la medida en que considera el elemento mental como factor determinante de la relevancia o irrelevancia de un error. Se trata, sin embargo, de una previsión más estricta que la del Mpc en cuanto reconoce la legalidad de la propia conducta sólo en el caso de obediencia a una orden superior

137 "Artículo 32. Error de hecho o error de derecho

1. El error de hecho eximirá de responsabilidad penal únicamente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por el crimen.

2. El error de derecho acerca de si un determinado tipo de conducta constituye un crimen de la competencia de la Corte no se considerará eximente. Con todo, el error de derecho podrá considerarse eximente si hace desaparecer el elemento de intencionalidad requerido por ese crimen o si queda comprendido en lo dispuesto en el artículo 33 del presente Estatuto".

138 LAFAYE/SCOTT, *supra* nota 73, en 575 y ss.; SMITH/HOGAN, *Criminal Law*, 9th ed., 1999, pp. 79 y ss.; véase también JENS WATZEK, *Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht* 275 y ss. Freiburg im Breisgau, 1997.

y no, como en el caso del párrafo 2.04 (3) Mpc, en el supuesto de ignorancia de la ley o de actuación en consonancia razonable con lo legalmente determinado. Aunque el Mpc siga una práctica no del todo definida¹³⁹, se reconoce al menos que la referencia al elemento mental no cubre todos los casos posibles. Sin embargo, tanto el Mpc como el Estatuto de Roma son limitados en la medida en que no contemplan toda posible falta y así no permiten a los jueces encontrar soluciones dogmáticamente correctas y justas. Dado el limitado espacio de este artículo no es posible extenderse más sobre toda posible situación donde un error pueda ser de relevancia¹⁴⁰; un caso histórico y reciente puede servir como ejemplo. En ERDEMOVIC, el acusado reconoció su culpa pero al mismo tiempo invocó la eximente de *duress*¹⁴¹. Como ya se mencionó, la Cámara de Apelación rechazó esta defensa por consideraciones generales¹⁴². La solución correcta habría consistido en examinar si ERDEMOVIC actuó objetivamente en una situación de *duress*: si no era éste el caso, debería haberse considerado si el acusado creía estar actuando bajo *duress*.

139 Véase FLETCHER (1998) *supra* nota 2, pp. 153-4.

140 Pero véase FLETCHER (1998) *supra* nota 2, pp. 146-167, quien distingue entre seis tipos de errores y muestra que el Mpc, *supra* nota 28, falta por reconocer aquellos no comprendidos en el criterio del elemento mental, en especial errores sobre normas de justificación (*Erlaubnisirrtum*) o excusa (*direkter o indirekter Verbotsirrtum*). Para un análisis extenso de la doctrina alemana, véase por ejemplo ROXIN, *supra* nota 9, § 12 II, 21; KRISTIAN KOHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2nd ed., 1997, p. 13. Véanse también las acertadas observaciones críticas de WISE, *supra* nota 7, en 54-55.

141 ERDEMOVIC dijo: "Vuestro honor - Tuve que hacerlo. Si hubiera rehusado habría muerto con las víctimas. Al rehusar me dirían: 'Si lo sientes por ellos, levántate, alíneate con ellos y te mataremos también'. No lo siento tanto por mí como por mi familia, mi esposa y mi hijo que entonces contaba tan sólo nueve meses de edad, y no pude rehusar, pues me habrían matado". (Prosecutor v. Erdemovic, IT-96-22-T, Nov. 29, 1996, para. 10; traduc. del inglés).

142 Véase *supra* nota 135.

Tal error respecto de una causal de exculpación¹⁴³ sería irrelevante de acuerdo con el artículo 32 del Estatuto porque no niega el *mens rea* de ERDEMOVIC concerniente al delito que cometió. Considerado como error, puede eliminar la imputabilidad o culpabilidad de la conducta en cuestión, como ocurre con cualquier eximente (por ejemplo, enajenación mental). Subyace con todo la cuestión de si resulta justo castigar a quien piensa haber actuado de acuerdo con las exigencias éticas de la ley. Ciertamente, resulta controvertido clasificar este ejemplo y el consiguiente reconocimiento del *duress* como una eximente relevante. El argumento es mucho más evidente cuando se trata de normas de justificación. Si por ejemplo un acusado cree, erróneamente, haber actuado en legítima defensa, estado de necesidad o basado en consentimiento de la víctima, estamos ante una creencia de que se está actuando conforme a la ley. ¿Puede tal persona sólo ser eximida del castigo si como consecuencia del error actúa sin *mens rea*? ¿Sería justo condenar al acusado a pesar de tal error? Parece ser claro de éste y de otros casos y está aceptado generalmente en la doctrina actual que el error tal y como anteriormente se ha expuesto no puede aplicarse sin excepciones. Esto es todavía más evidente en derecho penal internacional al contemplarse los tipos penales de forma más vaga (art. 5-9, del Estatuto de Roma)¹⁴⁴. Así parece que la Corte tendrá que emplear principios generales de la ley nacional (art. 21 (1) (c)) porque el artículo 32 no contempla todos los casos posibles.

¹⁴³ *Duress* es una causal de exculpación, véase *supra* nota 132 y texto principal.

¹⁴⁴ Véase recientemente también CHRISTIANE NILL-THEOBALD, *supra* nota 134, en 347-8.

La disposición relativa a las *órdenes superiores*, contemplada en el artículo 33, fue una de las más controvertidas de la Parte III¹⁴⁵. La delegación de los Estados Unidos asistida por el profesor THEODOR MERON intentó convencer a las otras delegaciones en una reunión informal para que la conducta acorde con la orden del superior fuera reconocida como una defensa propia en derecho internacional. Esta posición se fundamentó en una referencia a la actual doctrina militar de los Estados Unidos y en una declaración de MERON que situó a Nuremberg como precedente dentro de un contexto histórico. La posición de los Estados Unidos fue especialmente criticada por el Reino Unido, Nueva Zelanda y Alemania, que argumentaron que las órdenes superiores *per se* no pueden ser consideradas como defensa, como un subordinado puede, en un determinado caso, invocar otras defensas, tales como *DURESS* y error de hecho o legal. La previsión adoptada es una fórmula de compromiso entre estas dos posiciones. Se afirma el principio de que las órdenes del superior no son una defensa, aunque puede invocarse excepcionalmente en casos de crímenes de guerra bajo estrictas y limitadas condiciones. La previsión sigue el "principio de ilegalidad manifiesta"¹⁴⁶, mientras que las actuales tendencias en derecho

¹⁴⁵ "Artículo 33. Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:

a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".

¹⁴⁶ Véase GREENSPAN. *The Modern Law of Land Warfare* 440-2, 490-496 (1959); L.C. GREEN. *Superior Orders in National and International Law* 237-8, 243 y ss. (1976); véase recientemente

internacional se decantan mejor por el principio *mens rea*¹⁴⁷, rechazando considerar las órdenes del superior como argumento defensivo *per se*¹⁴⁸. Mientras las más antiguas doctrinas están hoy rechazadas de plano¹⁴⁹, existe todavía una interesante controversia entre los dos principios mencionados. Ciertamente ambos se basan en argumentos convincentes (aunque la diferencia en la práctica es difícil de establecer)¹⁵⁰.

De esta controversia se sigue que hay casos en los que una actuación subordinada basada en las órdenes de los superiores no merece castigo. El ejemplo más reciente es el caso de ERDEMOVIC. La única cuestión consiste en saber si, en tales casos, una defensa (*per se*) de las órdenes superiores es o no necesaria. Se argumenta que la orden es sólo un elemento de hecho de otra forma de defensa denominada *duress* o error de hecho o de derecho, y que esta defensa puede ayudar al subordinado. Esto parece ser correcto a partir de la compa-

MEZZETI, *supra* nota 135, en 155-7, quien, sin embargo, parece ignorar el "principio *mens rea*".

147 Véase DINSTEIN, *supra* nota 134, pp. 87-90, en 88: "...el hecho de obediencia a órdenes constituye no un argumento defensivo *per se* sino sólo un elemento de hecho que puede ser tenido en cuenta en conjunción con las otras circunstancias del caso dado en el marco de una defensa basada en una falta de *mens rea*, que es, error de ley o hecho o coacción".

148 Véase más recientemente el Proyecto de Código de 1996, *supra* nota 20, artículo 5. Véase para un análisis del derecho positivo y de la jurisprudencia: NILL-THEOBALD, *supra* nota 134, en 73-107; véase también A. P. V. ROGERS, *supra* nota 66, 143-148; WISE, *supra* nota 7, en 58; AMBOS, Zur strafbefreienden Wirkung des "Handelns auf Befehl" aus deutscher und völkerstrafrechtlicher Sicht, *Juristische Rundschau* 221-226, 223 y ss. (1998); en castellano en *La Ley. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía* 20 (8.12.1999), 1-5.

149 Para la doctrina de "respondeat superior" por un lado y la "doctrina de absolute liability", por otro, véase: NILL-THEOBALD, *supra* nota 134, en 69-72; también ESER, *supra* nota 133, pp. 204, 206-8.

150 Cfr. ROGERS, *supra* nota 66, en 146-8.

ración de los valores legales en cuestión. El concepto de orden superior proviene de la necesidad de mantener la disciplina así como el orden en las organizaciones jerárquicamente estructuradas. Pero tales objetivos ceden ante valores legales protegidos por el derecho penal internacional y codificados en el Estatuto de Roma así como por la especial gravedad de los crímenes. De hecho, el artículo 33 (2) asume esta posición respecto al genocidio y crímenes contra la humanidad, porque las órdenes de cometer tales delitos están consideradas *per se* manifiestamente ilegales. Sin embargo, esto no es suficiente. La frase correcta fue propuesta por el profesor EDWARD WISE: "Una persona no quedará exenta de responsabilidad criminal por el simple hecho de estar siguiendo órdenes de [...] un superior..."¹⁵¹.

Aparte de otros argumentos defensivos establecidos en el Estatuto de Roma, el Tribunal puede considerar *formas supralegales de exclusión* de la responsabilidad criminal distintas de aquellas referidas en el artículo 31 (1) de acuerdo con las reglas de procedimiento y prueba, haciendo uso del principio de ley aplicable de acuerdo con el artículo 21 (art. 31 (3))¹⁵².

CONCLUSIÓN

Este análisis preliminar de los principios generales del Estatuto de Roma muestra que es más que necesario continuar

151 WISE, *supra* nota 7, en 58.

152 Véase también artículo 31 (1): "Sin perjuicio de las demás circunstancias..." (énfasis del autor).

con el desarrollo de un sistema suficientemente concreto y diferenciado de reglas de imputación en derecho penal internacional. Un trabajo de este tipo tiene que partir de una base sólida de derecho penal comparado sin perder de vista el hecho de que los delitos internacionales no siguen los mismos patrones que los delitos nacionales. Las distintas formas de criminalidad nacional e internacional pueden identificarse en el crimen transnacional organizado, de modo que esto puede servir de base para desarrollar reglas que permitan seguir avanzando en la construcción del derecho penal internacional.

RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL
EN EL DERECHO PENAL SUPRANACIONAL.
UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL -
DE NUREMBERG A LA HAYA*

I. INTRODUCCIÓN

En el juicio contra los mayores criminales de guerra, el Tribunal Militar Internacional (*International Military Tribunal* -TMI) en forma bastante clara estableció que la responsabilidad penal individual había sido "conocida desde hace

* 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, pp. 1-31. Esta versión ha sido revisada y actualizada. 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 con 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 KARAYÁN (Argentina); revisión por el autor.

tiempo" y más aún que "suficiente se ha dicho para demostrar que los individuos pueden ser castigados por violaciones al derecho internacional. Los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por individuos no por entidades abstractas, y sólo castigando a los individuos que cometen tales crímenes las disposiciones del derecho internacional pueden tener vigencia"¹.

A pesar de que esta opinión no fue justificada en detalle –el TMI 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-CPI*)⁵ y, en particular,

¹ The Trial of the Major War Criminals. Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany, vol. 22, p. 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 las pp. 27 y ss.: "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 estatus, los derechos y los deberes de las naciones enemigas al igual que de los individuos enemigos" (énfasis del autor).

³ Cf. Appeals Chamber (App. Ch.), *Prosecutor v. Bla_kic*, 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), párr. 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: b McCormack/Simpson (eds.), *The law of war crimes: national and international approaches*, The Hague et al. 1997, pp. 31-63; MARSCHIK, en *ibid.*, pp. 65-101 (informes sobre Europa); WENIG, en *ibid.*, pp. 103/22 (sobre Israel); TRIGGS, en *ibid.*, pp. 123-49 (sobre Australia) y WILLIAMS, en *ibid.*, pp. 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/

la creciente jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-TPIY*) y del de Ruanda (*International Criminal Tribunal for Rwanda-TPIR*)⁶. De allí que no sea una novedad que esta afirmación clásica del TMI fuera citada en la decisión jurisdiccional de la Sala de Apelaciones del TPIY en el caso *Tadic* fijando los fundamentos de la responsabilidad penal individual por violaciones al artículo 3º 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 se puede concluir:

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

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, pp. 429 y ss. - Ver AMBOS, "Zur Rechtsgrundlage des neuen Internationalen Strafgerichtshofs", 111 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 111 (1999), pp. 175 y ss. = *Revista de Derecho Procesal (España)* N° 3 (1999), 553 y ss. y *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Universidad Nacional de Educación a Distancia), 2ª Época, N° 5 (enero 2000), 127 y ss.; CASSESE, *The Statute of the ICC, etc.*, *Eur. Journal of International Law* 10 (1999), 144 y ss.; AMBOS/GUERRERO (eds.), *Op. cit.*; TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the CPI*, 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, 2ª ed., 1999, pp. 655 y ss. Sobre la implementación del Estatuto ver KREß/LATTANZI (eds.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. I, Baden-Baden/Ripa Fagnano Alto (Italia) 2000.

⁶ Ver los resúmenes de AMBOS/RUEGENBERG, "Rechtsprechung zum internationalen Straf- und Strafverfahrensrecht", *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungs-Report (NSiZ-RR)*, 1998, pp. 167 y ss.; 1999, 200 ss.; 2000, 198 ss.

y reglas fundamentales concernientes a medios y métodos de combate en conflicto civil⁷.

Frente a estos desarrollos es justo concluir 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, sólo 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 soslaya el desarrollo y el análisis de los elementos de la responsabilidad penal individual. El enfoque más promisorio para semejante tarea es el de retrotraerse a las fuentes primarias del derecho penal supranacional, es decir, la jurisprudencia internacional y nacional sobre crímenes de guerra desde Nuremberg, por un lado, y las convenciones de derecho penal supranacional y otras fuentes escritas, por el otro. Por razones de extensión sólo las primeras pueden ser tratadas aquí.

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

⁸ Conf. BASSIOUNI, *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht 1992, pp. 339 y ss., 2ª ed., 1999, pp. 369 y 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, pp. 103 y ss. Una selección más bien mixta de materiales es presentada en PAUST et al., *International criminal law: cases and materials* 21-72 (1996).

El análisis de la jurisprudencia comprenderá, 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 se examinarán 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). Por último será analizada la jurisprudencia del TPIY, 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 TMI y el Tribunal Militar

⁹ Los casos MENTEN (*International Law Reports* [ILR] T. 75, pp. 331 y ss. [Países Bajos]), POLYUKHOVICH (ILR 91, 1 ss. [Australia]), KAPPLER y 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*, T. I, 3ª 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.

Internacional para el Lejano Este (*International Military Tribunal for the Far East-IMTFE*)¹¹ eran verdaderamente internacionales, los 12 juicios subsiguientes 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 la documentan 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 TMI como las del IMTFE son las fuentes históricas de mayor autoridad del derecho penal supranacional.

¹¹ RÖLING/RÜTER (eds.), *The Tokyo judgement: the International Military Tribunal for the Far East (IMTFE)*, Amsterdam 1977, tres tomos ("The Tokyo judgement"); 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.

¹² *Trials of War Criminals (TWC) before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law N° 10*, vols. I-XV (Us-Gro, 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 de 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, pp. 283-94.

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

A. Elementos objetivos de responsabilidad individual (*actus reus*)

1. ¿Conexión causal?

En cuanto a la imputación de resultados (más o menos ciertos) de una conducta, la jurisprudencia de NUREMBERG ha

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

¹⁶ *U.S. v. KRAUCH et al.* (caso 6), TWC VIII, *supra* nota 12, pp. 1.081-210, 1.155-56, 1.157, 1.158-59, 1.160; *U.S. v. KRUPP et al.* (caso 10), TWC IX, pp. 1.327-484, 1.331, 1.448; *U.S. v. VON LEEB et al.* (caso 12), TWC XI, pp. 462-697, 484. Ver también *U.S. v. FLICK et al.* (caso 5), TWC VI, pp. 1.187-223, 1.208 ("estándares racionales y prácticos" para la determinación de culpabilidad).

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 IMT y de la UNWCC no dijeron mucho más acerca de esta cuestión. Sólo se refirieron al criterio de causalidad en el contexto de la participación¹⁹.

2. Participación/complicidad

La jurisprudencia de Nuremberg no distinguió entre autor principal y accesorio²⁰, sino que más bien estimó cualquier forma de participación actual en el crimen como suficiente para considerar al partícipe responsable. Así, cualquier cooperación en los planes de guerra de HITLER y cualquier

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., pp. 495 y ss.).
¹⁸ U.S. v. VON WEIZSÄCKER et al., TWC XIV, *supra* nota 12, pp. 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., p. 637. Ver también Model Penal Code, § 2.06, p. 299 (American Law Institute 1985) distinguiendo "diferentes modos de complicidad para un crimen".

conocimiento de estos planes dio origen a la participación en el crimen contra la paz:

HITLER no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Necesitó 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 haciendo²¹.

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 TMI. 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 considerado suficiente no sólo para el crimen contra la paz sino también en lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad. En el juicio de los Juristas (*Justice Trial*) estos criterios fueron aplicados de tal modo que los acusados, que

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

²² U.S. v. VON LEEB et al., *supra* nota 16, p. 510.

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 daga del asesino fue concebida bajo el ropaje del juez²³.

Confirmando la línea adoptada por el TMI, 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* al 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:

²³ *U.S. v. ALTSTÖTTER et al.*, *supra* nota 22, p. 1.063 (énfasis del autor).

²⁴ *U.S. v. ALTSTÖTTER et al. (Justice Trial)* (caso 3), TWC III, *supra* nota 12, pp. 954-1.201, 985. Ver también UNWCC Law Reports XV, *supra* nota 13, pp. 53 y ss.

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 botín de este programa y que lo inventarié y dispuse de él, pero no lo robé ni maté a sus propietarios. Yo sólo 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 fue aplicada en los juicios británicos de crímenes de guerra, como documenta la Umwcc. 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

²⁵ *U.S. v. POHL et al.* (caso 4), TWC V, *supra* nota 12, pp. 958-1.163, 1.173, sentencia suplementaria (énfasis del autor).

²⁶ Cf. SMITH & HOGAN. *Criminal law*, 9th ed., 1999, pp. 141 y ss.

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 sólo 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 consa-

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

²⁸ UNWCC Law Reports XI, *supra* nota 13, Trial of MAX WIELEN *et al.* (caso 62), pp. 31-52, aquí 46 (énfasis del autor).

gra esta distinción²⁹. Sin embargo, en otros países todas las formas de participación fueron tratadas de igual manera. 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.

3. Expansión de la imputación

a. 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:

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), pp. 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), pp. 427 y ss.; ver también UNWCC Law Reports IV, *supra* nota 13, pp. 1, 35.

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 guerra³².

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 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

³² U.S. v. POHL *et al.*, *supra* nota 24, p. 1.011 (énfasis del autor).

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

³⁴ Ver, por ejemplo, U.S. v. VON LIST *et al.* (Hostages trial) (caso 7), TWC XI, *supra* nota 12, en 1.230-319, 1.281 ("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 1.281 y ss., 1.286.

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 TMI y los tribunales militares exigieron, en lo que concierne a la guerra de agresión, que el acusado fuera un "jefe" o "planificador" (TMI) 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 luego extendida al gobierno (civil), argumentando un tipo de responsabilidad colectiva: "Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del maltrato a prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro maltrato, pero si elije permanecer en el gabinete y así continuar participando de su *responsabilidad colectiva*...[,] voluntariamente asume responsabilidad por cualquier maltrato en el futuro"³⁸.

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).

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.

b. Conspiración

Con respecto a la conspiración, el TMI interpretó el artículo 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 sólo punible si está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto

³⁹ Ver *infra* 2.

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

⁴¹ El Juicio, *supra* nota 1, pp. 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 cualquiera 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, pp. 272-76, 409 s.

actual y esté motivado por intención criminal. El artículo II (1)(a) del Acta N° 10 del Consejo de Control y el IMTFE⁴³ confirmaron que la conspiración es punible sólo 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 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 sólo 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 y una pertenencia voluntaria con participación activa en actos criminales de la organización⁴⁴.

c. Pertenencia a una organización criminal

La pertenencia a una organización criminal (art. 9° del Estatuto

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

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

del TMI) puede acarrear responsabilidad sólo 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 declaraciones⁴⁵.

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 Internacional⁴⁶.

⁴⁵ El Juicio, *supra* nota 1, p. 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.*, p. 477).

B. 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 reproachable* 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 conciencia de cualquier hombre decente. Son delictuales *per se*⁴⁹.

En forma similar, la decisión en *IG Farben* se refirió a la habilidad personal y la posición de los acusados:

⁴⁶ *U.S. v. OHLENDORF et al.*, TWC IV, *supra* nota 12, pp. 411-589, p. 496. Ver también *U.S. v. VON WEIZSÄCKER et al.*, *supra* nota 18, p. 855 ("la mera pertenencia no constituye prueba de culpabilidad").

⁴⁷ *U.S. v. BRANDT et al.*, *supra* nota 33, pp. 194, 201, 209, 222; *U.S. v. MILCH* (caso 2), TWC II, *supra* nota 12, pp. 773-878, 814; *U.S. v. ALTSTÖTTER et al.*, *supra* nota 23, p. 1.093; *U.S. v. POHL et al.*, *supra* nota 25, pp. 984, 994, 998, también opinión disidente p. 1.159; *U.S. v. KRAUCH et al.*, *supra* nota 16, p. 1.102 (referencias al IMT), p. 1.108; *U.S. v. LIST et al.*, *supra* nota 34, p. 1.286; *U.S. v. VON LEEB et al.*, *supra* nota 16, p. 545.

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

⁴⁹ *U.S. v. VON WEIZSÄCKER et al.*, *supra* nota 18, p. 339 (énfasis en el original). En forma similar, *U.S. v. VON LEEB et al.*, *supra* nota 15, p. 617.

Es discutible si el hecho de que los *acusados debían haber conocido* ... [C]onocido 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 planeado⁵⁰.

Un empleo así de generoso de las presunciones en el plano subjetivo no sólo 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 conocimiento como el TPY lo ha hecho recientemente⁵¹. Por último, una distinción entre dolo común y dolo específico, basada en el derecho penal norteamericano, fue desarrollada en el caso KRUPP sin, sin embargo, claramente delimitarse entre sí estas formas de *mens rea*⁵².

⁵⁰ U.S. v. KRAUCH et al. (IG Farben), *supra* nota 16, p. 1.113 (énfasis del autor).
⁵¹ Ver sección IV.2. *infra*.

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, y requirió sólo 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

⁵² Sólo 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, p. 1.378, con referencia a MILLER, *Handbook on Criminal Law*, St. Pauls 1934, 57 s.).

⁵³ The Tokyo Judgement, *supra* nota 11, p. 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, pp. 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, p. 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, pp. 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.*, pp. 314-21; Cass.crim. 27.11.1992, Bull. crim. 1992, 1.082-1.116, ILR 100, 341, 358-64; *Cour d'appel de Versailles*,

contra la humanidad según el artículo 6° del Estatuto del TMI. 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 demás elementos (objetivos y subjetivos) de responsabilidad individual serán analizados, teniendo en cuenta algunas decisiones sobre otras actividades criminales auspiciadas por el Estado⁵⁵.

A. 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

2.6.1993, en Bédarida, *Op. cit.*, pp. 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), pp. 417-544 = Supreme Court Review 1994, 701-877 = ILR 104, 284-404.

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, *Apellant, 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, pp. 556-73. - COMMANDANTES (Argentina): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, 9.12.1985, 309-I/II Colección Oficial de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Fallos") 33-1657 ss.; CSJN, 30.12.1986, Fallos 309-II, pp. 1.689-923. - LETELIER/MOFITT (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.), *Strafrechtsentwicklung in Europa*, 5/1, Freiburg i. Br. 1997, pp. 157-256 (172-205).

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 existe 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 artículo 6 (b) y (c) del Estatuto del TMI 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 dirigidos no sólo contra la raza y la religión sino también 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

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

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

été comis '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'humanité⁵⁸.

La participación en tales persecuciones colectivas no es un delito separado uno 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

⁵⁸ BARBIE (France), Cass. crim. 3.6.1988, *supra* nota 54, par. 39 (énfasis del autor). Ver también TOUVIER (France), Cass. crim. 27.11.1992, *supra* nota 54, p. 1.116.

un Estado, porque una organización o un grupo pueden ser suficientes; 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 sólo quiere violar los intereses legales clásicos pero también persigue intencionalmente el objetivo criminal del Estado, organización o grupo (BARBIE, TOUVIER). Se discute si acaso es o no necesario que el autor también tenga una intención discriminatoria⁶⁰.

B. Otros elementos objetivos de responsabilidad (*actus reus*)

1. Participación/complicidad

La clara referencia del CCL 10 para un concepto uniforme de autoría (*Einheitstätermode*ll) 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

⁵⁹ Para mayor discusión, ver SWAAK-GOLDMAN, en McDONALD/SWAAK-GOLDMAN (eds.), *supra* nota, p. 141 y ss.; ver también VAN SCHAAK, "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), pár. 281 ss. (283, 287, 292). En contra la inclusión de este requisito también SWAAK-GOLDMAN, *supra* nota 55.

contribuciones son castigadas independientemente una de la otra. Diferencias en el peso cualitativo y cuantitativo de semejanate contribución son consideradas sólo al momento de la determinación de la pena.

En forma similar, en el caso EICHMANN, cualquier tipo de participación en la "solución final" fue considerado 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 macrocrímenes 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 juicio de los *Juristas*:

Pero más importante, con un crimen tan vasto y complicado como el que consideramos ahora [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 con su rango– tiene poco sentido utilizar los conceptos ordinarios de aconsejar (*counselling*) y procurar la comisión de un delito. Ya que estos crímenes fueron cometidos en masa, no sólo en lo que respecta a la cantidad de víctimas sino también en la cantidad de quienes participaron... y en 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 del tipo de 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 cuanto 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*: aquél que capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o aquél que las hizo trabajar allí⁶¹.

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 basados en la teoría de ROXIN de autoría mediata a través del dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder (*mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*)⁶⁴. Así, la

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

⁶² Con respecto 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), p. 90.

⁶³ De acuerdo con este concepto, llamado en alemán "mittelbare Täterschaft" (CP alemán, § 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 éste último tiene un defecto (ya sea mental o cualquier otro legal) (ver FLETCHER, *supra* nota 10, § 8.5.1., p. 639; FLETCHER, *Basic concepts of criminal law*, Oxford 1998, pp. 197-200). El concepto es también reconocido en el *Common Law*, ver *Model Penal Code*, § 2.06 (2) (a) (American Law Institute 1985).

⁶⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000, pp. 242-52, 677 y ss. Ver también AMBOS, "Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate", *Goldsammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 1998, pp. 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

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 aquéllos 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 sólo 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, el cual 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 sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

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 más 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

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

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

se refirió a "las bases legales sustantivas de la sentencia del TMI" 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 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.

⁶⁷ BGHSt 41, 101, 109.

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".

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* (*Befehlsherrschaft*)- 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*.

2. Otros

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

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 307, 316 s.

⁷⁰ BGH NJW 1996, pp. 2.042, 2.043. 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, T. 2, Deutschland (H. KREICKER/M. LUDWIG/K. ROSSIG/A. ROST/S. ZIMMERMANN), Freiburg im Br. 2000.

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

Según el OGHBRZ, el crimen contra la humanidad requiere en el plano subjetivo sólo 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 sólo 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 conciencia 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 sólo 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 cono-

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 rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit", en: ESER (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Band 5, Baden-Baden 1998, pp. 145-156 (151 s.).

cimiento de los planes criminales y una intención específica. Así, en TOUVIER el tribunal dudó de 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 poner en marcha 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* 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:

⁷² FINTA (Canadá), Court of Appeal, 29.4.1992, *supra* nota 54, p. 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".

[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 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 cabo⁷³.

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TPIY

Fue primero en el caso TADIC⁷⁴ que el TPIY prestó atención sustancial a la cuestión de la responsabilidad individual. *Grosso modo*, esta decisión fue confirmada por la decisión más sofisticada de *Furundžija*⁷⁵. En *celebici*,⁷⁶ el TPIY se centró en la doctrina de la responsabilidad por mando. Esta decisión

⁷³ *My Lai* (CALLEY), Court of Military Review, 16.2.1973, *supra* nota 55, p. 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 Judgement, 7.5.1997 (IT-94-I-T). Ver también T. Ch. II, *Prosecutor v. TADIC*, Sentencing Judgement, 14.7.1997 (IT-94-I-T); App. Ch., Judgement 15.7.1999 (IT-94-1-A), *supra* nota 60; T. Ch. II, Sentencing Judgement 11.11.1999 (IT-94-1); App. Ch., Judgement 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 Judgement, 7.10.1997 (IT-96-22-A).

⁷⁵ T. Ch. II, *Prosecutor v. Furundžija*, Judgement, 10.12.1998 (IT-95-17/1-T), párs. 190 y ss.; confirmado por App. Ch., Judgement 21.7.2000 (IT-95-17/1-A).

⁷⁶ T. Ch. II, *Prosecutor v. DELALIC et al.* ("Celebici"), Judgement, 16.11.1998 (IT-96-21-T), párs. 330 y ss.

fue seguida y confirmada por las sentencias en ALEKSOVSKI⁷⁷ y BLASKI⁷⁸ que no necesitan ser analizadas aquí en detalle.

A. Responsabilidad individual propia (art. 7(1) del Estatuto del TPIY)

En TADIC, al interpretar el artículo 7° del Estatuto del TPIY⁷⁹ 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 artículo 7° del Estatuto tienen una base en el derecho internacional consuetudinario⁸⁰. En lo que respecta a la

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

⁷⁸ T. Ch. I, *Prosecutor v. Blaski*, Judgement 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), p. 1.159; en castellano en: en AMBOS/GUERRERO, *supra* nota 5, pp. 383 y 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 inculcado, 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 inculcado 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*, Judgement 7.5.1997, *supra* nota 74, p. 663-69.

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 claramente consagrada en el artículo 7º, 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.

1. 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 artículo 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

⁸¹ *Ibid.*, pág. 674.

⁸² Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en AMBOS/GUERRERO, *supra* nota 5, pp. 371 y ss.

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 sólo 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 aún, la complicidad incluye todos los actos de asistencia por medio 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 *Furundžija*, el TPIY 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 CDI al calificar la proximidad de la asistencia, se presta a "confusión", porque implica que la asistencia necesita ser "tangible"⁸⁸. Con respecto al efecto de

⁸³ *Ibid.*, pág. 674, 678-92.

⁸⁴ Cf. UNWCC Law Reports XV, *supra* nota 13, pp. 49-51. Ver también PROSECUTOR V. TADIC, *Opinion and Judgement*, *supra* nota 74, pág. 691.

⁸⁵ *Prosecutor v. TADIC*, Judgement 7.5.1997, *supra* nota 74, pág. 687.

⁸⁶ *Prosecutor v. Delalic et al.*, Judgement, *supra* nota 76, párs. 325-29.

⁸⁷ *Prosecutor v. Furundžija*, Judgement, *supra* nota 75, párs. 190-249.

⁸⁸ *Ibid.*, párs. 199, 232.

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 sólo "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 a la autoría inmediata individual y la complicidad- y con ello ha confirmado el artículo 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 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.

⁸⁹ *Ibid.*, párs. 217, 233 s.

⁹⁰ *Ibid.*, párs. 235, 249. Ver también el fallo del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR), *Prosecutor v. AKAYESU*, Judgement (ICTR-96-4-T), 2.9.1998, pár. 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, NSIZ-RR 2000, pp. 202 y ss. y el más reciente fallo en *Prosecutor v. MUSEMA*, Judgement and Sentence 27.1.2000 (TPIR-96-13-T), párs. 118 ss.

⁹¹ *Prosecutor v. TADIC*, Judgement 15.7.1999, *supra* nota 74, párs. 178 ss., 192.

⁹² *Ibid.*, pár. 191.

- En el *primer grupo*⁹³, 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 (*intention*)⁹⁴, pudiéndose dar el caso de que cada coautor individual haya desempeñado un rol distinto.

- En el *segundo grupo*⁹⁵, 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 grupo*⁹⁶ 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 artículo 25, párr. 3 (d) del Estatuto de Roma. En definitiva, se adhiere a la conocida dogmática continental

⁹³ *Ibid.*, párs. 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*, Judgement 15.7.1999, *supra* nota 74, párs. 202 s.

⁹⁶ *Ibid.*, párs. 204 al 219.

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 hecho⁹⁷. Mientras que en la coautoría independiente cualquier aporte al hecho es suficiente, en la *complicidad* tiene éste que incidir de manera directa en el hecho principal. La coautoría se considera, pues, accesoria⁹⁸.

2. *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 consciente 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, sólo 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.

⁹⁷ *Ibid.*, pár. 227.

⁹⁸ *Ibid.*, pár. 229.

⁹⁹ *Prosecutor v. Furundzija*, Judgement, *supra* nota 75, pár. 674-77, 689, 692.

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 cuestión¹⁰⁰.

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 distintos tipos de

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

¹⁰¹ *Prosecutor v. DELALIC et al.*, Judgement, *supra* nota 76, pár. 326, 328.

¹⁰² *Prosecutor v. Furundzija*, Judgement, *supra* nota 75, pár. 190-249.

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.

B. Expansión de la responsabilidad: responsabilidad por mando (art. 7(3) del Estatuto del TPIY)

En CELEBICI, confirmado por BLASKI?¹⁰⁴, el TPIY caracterizó los requisitos de la responsabilidad superior o por mando como sigue¹⁰⁵:

- existencia de una relación superior-subordinada;
- el conocimiento del superior o el 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.

Con respecto 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 "sólo por referencia a un estatus formal" sino por "la posesión

¹⁰³ *Ibid.*, pár. 228.

¹⁰⁴ *Prosecutor v. Blaski?*, *supra* nota 78, pár. 289 y ss.

¹⁰⁵ *Prosecutor v. DELALIC et al.*, *Judgement*, *supra* nota 76, pár. 346.

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

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 aún, la responsabilidad por mando se extiende también a *civiles*, superiores no militares, pero "sólo al punto que ejerzan un grado de control sobre sus subordinados que sea similar al de los comandantes militares"¹⁰⁹. Esta posición confirma el artículo 28 del Estatuto de Roma¹¹⁰ y es de particular significancia si se lo confronta con el trasfondo del pronunciamiento en AKAYESU dictado por el TPIR 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

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

¹⁰⁸ *Ibid.*, pár. 377 s.

¹⁰⁹ *Ibid.*, pár. 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*, *Judgement*, *supra* nota 90, pár. 491. Sin embargo, el TPIR 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, pár. 132 ss.

adicional con el fin de afirmar si fueron cometidos o estaban por ser cometidos¹¹².

Mientras que 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 TPIY 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 tal de obligarlo a investigar más allá. Así, el TPIY 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 TPIY confirmó la responsabilidad individual de los líderes civiles y comandantes militares ya incluida en las cinco decisiones acerca de la Regla 61 dictadas previo a publicarse este trabajo, como responsabilidad directa en el sentido del artículo 7(1) del Estatuto del TPIY o como responsabilidad por mando en el sentido del artículo 7(3). En

¹¹² *Prosecutor v. DELALIC et al.*, Judgement, *supra* nota 76, pár. 379 ss., 383, 393.

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

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

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 sólo determina si hay fundamentos razonables para creer que el acusado cometió los crímenes incluidos en la acusación.

En el caso *NIKOLIC*¹¹⁵ la acusación fue confirmada, sosteniendo que el acusado, como comandante responsable de un campo de detención, no sólo directamente participó en los crímenes cometidos contra los detenidos del campo (art. 7(1) del Estatuto del TPIY) sino que también incurrió en responsabilidad en el sentido del artículo 7(3) del Estatuto del TPIY por haber fracasado en evitar los crímenes a pesar de que le fue posible hacerlo. La Sala de Primera Instancia trató de distinguir los párrafos 3° y 1° del artículo 7° sosteniendo que "la posición de autoridad de *NIKOLIC* [...] lo hace responsable no a través de sus subordinados 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 de 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 artículo 3° del Estatuto del TPIY, el

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.

acusado es individualmente responsable de acuerdo con el artículo 7(1) y (3) del Estatuto del TPIY.

En *Prosecutor v. Msksis, Radis & Sljivansanin*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 Msksis fue el comandante de la brigada de guardia cuya jurisdicción territorial cubría toda la zona de Vukovar. Radis fue el jefe de una unidad de infantería especial de esta brigada. Sljivansanin, quien actuó bajo la autoridad de Msksis, 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 Sljivansanin es punible de acuerdo con el artículo 7(1) del Estatuto del ICTY y que los otros dos acusados de acuerdo con el artículo 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-Herzegovina (PDS) y luego de la llamada República Serbia de Bosnia-Herzegovina, poseía "poderes institucionales amplios que lo convertían en la cabeza de una

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

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

organización política y de las fuerzas armadas"¹¹⁹. Ejerció control efectivo sobre el citado territorio y sabía que los delitos fueron cometidos dentro 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-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 artículo 7(3) del Estatuto del TPIY. Sin embargo, la Sala de Primera Instancia incluso consideró, extendiéndose más allá de la acusación, que ambos acusados no sólo eran penalmente responsables por omisión y negligencia penal sino también por comisión directa en el sentido del artículo 7(1) del Estatuto del TPIY:

Toda la evidencia y el testimonio brindados concurren en demostrar que Radovan Karadzic y Ratko Mladic no sólo habrían sido informados de los crímenes alegados cometidos bajo su autoridad, sino que también, y en particular, 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 confir-

¹¹⁹ *Ibid.*, párs. 70.

¹²⁰ *Ibid.*, párs. 83.

¹²¹ T. Ch. II, *Prosecutor v. Rajic*, Review of Indictment 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), párs. 58-61, 71.

mada, 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 los artículos 7(1) y (3) del Estatuto del TPIY.

En la acusación contra MILOZEVIC *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

¹²² *Prosecutor v. MILOZEVIC, MILUTINOVIC, SAINOVIC, OJDANIC, STOJILKOVIC*, acusación ("Indictment") presentada el 22.5.1999, párs. 55 ss., 84-88; *Prosecutor v. MILOZEVIC, MILUTINOVIC, SAINOVIC, OJDANIC, STOJILKOVIC*, Decision on Review of Indictment and Application for Consequential Orders, 24.5.99.

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 complementan entre sí.

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

¹²³ Para facilitar la referencia, las disposiciones de los artículos 25 y 28 del Estatuto de Roma, *supra* nota 5, serán reproducidas en el anexo. - En lo que respecta al artículo 25, ver AMBOS, en TRIFFTERER, *supra* nota 5; en cuanto al artículo 28, ver FENRICK, en *ibid.* Ver también, por ejemplo, Estatuto del TPIY, *supra* nota 79, artículos 7° y 2° (3) del Proyecto de Código de Crímenes de 1996 de la CDI, *supra* nota 82.

¹²⁴ Cf. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP)/International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences (IISCS)/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/

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 refinar 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 CPI. El artículo 25 del Estatuto de Roma es ciertamente un avance comparado

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 bajo 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*, vol. I. Antwerp et al. 2000.

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

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 Corte 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;

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, pp. 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, pp. 43-52.

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 podrá 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 cometerlos; 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. Con respecto 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.

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL*

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de responsabilidad de mando—o mejor dicho, de responsabilidad del superior¹—, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad *directa* por la ausencia de supervisión, y por la otra, una

*Traducción del inglés de OSCAR JULIÁN GUERRERO (Colombia) y MÓNICA KARAYÁN (Argentina, citas); revisión de M. SOLEDAD SAUX y del autor.

¹ Mientras el término "mando" parece limitar la doctrina al contexto militar, el término "superior" es mucho más amplio y se extiende también a los civiles. En esta forma fue adoptado por el Estatuto de Roma. Véase infra III.2.b) aa); véase también al respecto FENRICK, 1995, p. 110, nota 21.

responsabilidad *indirecta* por las conductas delictivas de otros. Finalmente, como tendremos oportunidad de explicarlo, la responsabilidad del superior tiene un doble carácter: es un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*) y un delito de peligro (*Gefährdungsdelikt*).

Estas consideraciones, más bien teóricas, asumen importancia práctica si se observan, por ejemplo, los problemas de carácter probatorio que se encuentran en los casos de responsabilidad del superior: primero, debe probarse que el superior estaba en una posición de mando y control que le posibilitaba impedir o detener los delitos de los subordinados. Segundo, el superior debía tener conocimiento de estos crímenes, o debía, al menos, conscientemente ignorarlos. El último punto es especialmente controvertido.

Este artículo mostrará en primer lugar, que la doctrina de la responsabilidad del superior está reconocida en el derecho internacional consuetudinario (II) como se evidencia a través de la jurisprudencia (II.1), los esfuerzos de codificación (II.2) y el derecho comparado (II.3). Un análisis de estas fuentes mostrará, sin embargo, que esos elementos de la doctrina están lejos de ser claros y uniformes. La mayor parte del trabajo estará dedicada a aclarar y depurar estos elementos, así como los establecidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (III.). Finalmente, esta parte del documento contiene también sugerencias para la interpretación del mencionado artículo y donde quiera que fuese necesario, para su perfeccionamiento.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO

El derecho consuetudinario, en el sentido del artículo 38 párr. 1 literal b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se define como una práctica estatal general, la cual es expresión de una *opinio iuris vel necessitatis*². A través del análisis del derecho positivo, la jurisprudencia nacional e internacional y el derecho comparado, incluyendo la doctrina, se puede identificar a la costumbre, aunque el derecho comparado, también puede ser expresión de principios generales en el sentido en que lo entiende el artículo 38, párr. 1, literal c) del Estatuto de la CIJ.

Los orígenes de la doctrina de la responsabilidad del superior se pueden remontar al siglo XV³. Sin embargo, el panorama que ofrecemos aquí, sólo atiende los desarrollos posteriores a la segunda guerra mundial, pues sólo a partir de ese momento, la doctrina fue claramente vinculada a la responsabilidad⁴ penal y desde allí se obtuvo una mayor precisión de su significado, el cual ha servido como base para el Estatuto de Roma.

² Cfr. BERNHARDT, EPIL I (1992), pp. 898 y ss.; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 1998, pp. 4 y ss.; VERDROSS/SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 1984, §§549 y ss.

³ Cfr. PARKS, pp. 2 y ss.; GREEN, 1995, pp. 320 y ss.; BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, pp. 423 y ss. Véase también LEVIE, p. 1, refiriéndose a Grotius.

⁴ Cfr. PARKS, p. 19.

A. Jurisprudencia nacional e internacional

1. El caso YAMASHITA: el difícil debut de la doctrina de la responsabilidad del superior

El juicio contra el general del Ejército japonés TOMOYUKI YAMASHITA produjo la primera decisión basada sobre la doctrina⁵ de la responsabilidad del superior. YAMASHITA tomó el mando del ejército japonés en las Filipinas el 9 de octubre de 1944. Él transfirió su comando de operaciones a las montañas del Baguio, 125 millas al norte de Manila, en diciembre de 1944. El 4 de febrero de 1945, las tropas de Estados Unidos alcanzaron la capital, Manila, y el 3 de marzo todas las fuerzas navales japonesas que intentaron defender la ciudad fueron eliminadas. Durante el ataque, las fuerzas japonesas torturaron y asesinaron a miles de ciudadanos civiles (700.000 habitantes)⁶. Otras atrocidades fueron cometidas en la provincia de Batangas y en Luzón⁷. Durante la defensa de Manila, el general YAMASHITA estaba en Baguio y, de acuerdo con lo dicho por su abogado defensor, no se conocía nada del ataque ya que sus comunicaciones habían sido completamente interrumpidas. Su orden inicial de evacuar Manila encontró resistencia de parte de las fuerzas del ejército y de las fuerzas navales japonesas. Solamente 1.600 soldados abandonaron la ciudad en enero de 1945

⁵ La información sobre los hechos está basada sobre PRÉVOST, pp. 309 y ss., LANDRUM, pp. 293 y ss. y CROWE, pp. 194 y 195.

⁶ PARKS, p. 25 y LANDRUM, p. 295, informan sobre una cifra superior a los 8.000 asesinatos y 7.000 torturados o heridos; LANDRUM también cita 500 violaciones. PRÉVOST, p. 314, y CROWE, p. 195, dan cuenta de una cifra cercana a los 100.000 muertos.

⁷ LANDRUM, pp. 294 y 295.

cuando el Estado Mayor Imperial los puso bajo las órdenes directas de YAMASHITA. Los 20.000 hombres de la fuerza naval permanecieron en la ciudad. El 25 de septiembre de 1945 YAMASHITA fue detenido por las fuerzas armadas norteamericanas bajo los siguientes cargos:

omitir *ilícitamente* y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...⁸.

El juicio ante la Comisión Militar de los EE. UU. empezó el 29 de octubre y terminó el 7 de diciembre de 1945, con una sentencia de muerte para el acusado. La Comisión no llegó a una conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y solamente encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que YAMASHITA había incumplido disponer un control efectivo... tal cual lo requerían las circunstancias".⁹ Yamashita apeló primero ante la Corte Suprema de Filipinas, la cual se declaró incompetente, en razón de que podía "interferir con los actos del ejército de los EE. UU..."¹⁰. La Suprema Corte de los EE. UU. aceptó la apelación, pero restringió su decisión—basándose en la teoría de la limitación

⁸ "Unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of this command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against the people of the United States and of its allies and dependencies, particularly the Philippines...". Citado de acuerdo con 327 U.S., pp. 13-14, 1945: original (énfasis nuestro).

⁹ "Failed to provide effective control... as was required by the circumstances". Cfr. 327 U.S. p. 51, 1945 (el énfasis es nuestro).

¹⁰ Citado de acuerdo con PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 320.

judicial, aplicada en los casos previos de crímenes de guerra-a cuestiones meramente procedimentales, afirmando que:

La detención del reo..., sujeta a la prescripta revisión por las autoridades militares, resultaría ajustada a derecho, y [...] la solicitud para que esta instancia superior se manifieste sobre las irregularidades en el procedimiento, y resuelva sobre las acciones de *habeas corpus* y competencia, debe ser, y es, rechazada¹¹.

Con respecto al derecho de YAMASHITA a un juicio con todas las garantías legales (debido proceso), de acuerdo con la quinta enmienda de la Constitución de los EE. UU., la Corte se inhibió para emitir una decisión de fondo declarándose incompetente para revisar el asunto¹². En lo que se refiere a las bases que habían permitido ejercer la acción, la Suprema Corte reconoció, ante todo, que los crímenes en cuestión constituían "violación a las leyes de la guerra"¹³. Estas violaciones se imputaron al acusado por la doctrina de la responsabilidad del superior en razón de que:

... las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su

¹¹ "Detention of petitioner for trial... subject to the prescribed review by the military authorities, were lawful, and... the petition for certiorari, and leave to file in this Court petitions for writs of habeas corpus and prohibition should be, and they are denied" 327 U.S., pp. 25 y 26, 1945: original (énfasis del texto original).

¹² *Ibid.*, pp. 18 y ss. (23): "...we hold that the commission's ruling on evidence and on the mode of conducting these proceedings against petitioner are not reviewable by the courts, but only by reviewing military authorities".

¹³ *Ibid.*, véase también p. 18.

mando, a efecto de prevenir actos concretos... [y]... puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas...

... en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados¹⁴.

De esta forma, la Corte sostuvo que "las pretensiones de la acusación, probadas en un sentido normalmente razonable, resultan adecuadamente alegadas como violación de las leyes de la guerra..."¹⁵.

El juicio y la decisión recibieron fuertes críticas, en los círculos académicos y judiciales¹⁶, aunque también encontraron simpatizantes¹⁷. Las críticas se pueden resumir de la

¹⁴ "...the law of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified acts... [and]... he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result...

Hence the law of war presupposes that its violation is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates". *Ibid.*, p. 14. Véase también p. 18.

¹⁵ "The allegations of the charge, tested by any reasonable standard, adequately allege a violation of the law of war..." *Ibid.*, pp. 17 y 18 (disidencia del juez MURPHY, p. 31).

¹⁶ PRÉVOST, *supra* nota 5, pp. 317-9; 325-9; BASSIOUNI, *supra* nota 3, pp. 426 y ss.; LANDRUM, pp. 297 y 300; HESSLER, p. 1283. Véase también la reseña positiva del libro de LAEL, *The Yamashita precedent*, 1982, por BRANSTETTER en M.L.R. 98, 1982, pp. 159 y ss.; también crítico W. O'BRIEN, p. 637; conf. LIPPMAN, "Conundrums of armed conflict: Criminal defenses to violations of the humanitarian law of war", *Dickinson Journal of International Law* 15, 1996, pp. 1-111, y 75-76; y SCHABAS, "The General Principles of the Rome Statute", *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.* 6, 1998, pp. 400-428, y 417.

¹⁷ Ver especialmente PARKS, pp. 22 y ss., 87 y ss., quien, *inter alia*, rechaza una teoría estricta de la responsabilidad. En forma similar CROWE, pp. 198-99, se refiere a la orden de cometer atrocidades en *Yamashita*. Véase también LEVIE, *passim*.

siguiente manera, de acuerdo con el reciente estudio de PRÉVOST:

Es un principio general del derecho que las sanciones penales no deberían ser impuestas a nadie sin que exista prueba de la culpabilidad de su parte. Sin embargo, YAMASHITA, fue condenado y ejecutado por un crimen, por el cual no existía prueba de su culpabilidad, en un juicio en el cual se obviaron las garantías constitucionales más elementales. Este estudio ha mostrado que, aún bajo la estricta teoría objetiva de la responsabilidad del superior, el comandante YAMASHITA no hubiera sido condenado. En suma, este trabajo ha demostrado que el veredicto y la decisión de la Corte Suprema fueron en gran parte influidos por el racismo¹⁸.

Aunque no se puede ir tan lejos como para negar *algún* valor como precedente a la decisión del caso YAMASHITA¹⁹, no se puede tampoco negar que la combinación de sus vertientes técnico-legales, como lo criticó particularmente la disidencia del juez RUTLEDGE²⁰, y los prejuicios ideológico-raciales, han impedido severamente reconocerle su valor legal y, sobre todo, su valor ético. En ese sentido, para la misma doctrina de

¹⁸ "It is a basic rule of law that criminal sanctions should not be imposed on anyone without some showing of culpability on their part. However, Yamashita was convicted and hanged for a crime for which there was no showing of culpability, in a trial which eliminated basic Constitutional guarantees. Nonetheless, this study has shown that even under this strict liability theory of command responsibility, Yamashita should not have been convicted. In addition, this study has demonstrated that the conviction and the Supreme Court decision which followed were influenced in large part by racism". PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 337 (énfasis tomado del original). Véase también la fuerte crítica en la disidencia del juez Murphy, 327 U.S., pp. 27 y ss.; para críticas a esta opinión, véase LEVIE, en nota 13.

¹⁹ En este sentido PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 338.

²⁰ 327 U.S. en pp. 41 y ss., especialmente p. 53 en lo que respecta a la "admisión de evidencia no confiable, no verificada y no auténtica ..." o p. 61 en relación con la denegatoria de un juicio debido ("apartamiento de los principios más elementales de justicia...").

la responsabilidad del superior y para el principio de responsabilidad personal²¹, no se puede subestimar la importancia de la siguiente crítica expresada por el juez MURPHY de la Corte Suprema de Justicia:

...No existió un serio intento de acusar o probar que él [YAMASHITA] cometió una violación reconocida en las leyes de la guerra. Él no fue acusado de haber participado personalmente en los actos atroces o de ordenar o condonar su comisión. Ni siquiera el conocimiento de estos crímenes le fue atribuido. Lo que se alegó fue que él, ilícitamente, desatendió y faltó a su obligación como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer los actos atroces. Los anales históricos de la guerra y los principios establecidos por el derecho internacional no disponían del más mínimo precedente para un cargo de tal naturaleza. Esta acusación, en efecto, permitió a la comisión militar conformar el crimen como ellos querían, haciéndolo depender de su desfavorable opinión sobre las obligaciones del apelante y su consecuente descuido, una costumbre que rememora a aquéllas practicadas en naciones menos respetadas en años recientes²².

²¹ Este principio fue reconocido como "uno de los más importantes (principios del derecho)" ("one of the most important [legal principles]"); por lo tanto, "el Tribunal debería proclamar tal declaración de culpabilidad (de una organización o grupo) de manera tal que se asegure que no serán castigadas personas inocentes". ("the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organisation or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished"), *The Trial of the Major War Criminals*, London, HMSO, 1950, Vol. 22, p. 469.

²² "...there was no serious attempt to charge or to prove that he [YAMASHITA] committed a recognized violation of the laws of war. He was not charged with personally participating in the acts of atrocity or with ordering or condoning their commission. Not even knowledge of these crimes was attributed to him. It was simply alleged that he unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit the acts of atrocity. The recorded annals of warfare and the established principles of international law afford not the slightest precedent for such a charge. This indictment in effect permitted the military commission to make the

Aunque el conocimiento efectivo no fue probado, no puede afirmarse que la culpabilidad de YAMASHITA estuviese basada en una teoría estricta de la responsabilidad penal²³. Por el contrario, a la Comisión le parecía, por una parte, que no podía otorgarle toda la credibilidad a la alegación de ignorancia hecha por YAMASHITA, dada la magnitud de las atrocidades²⁴, y por otra, podía tener dudas respecto al criterio de conocimiento que debía ser aplicado. Así, no es posible decir hoy en día, si la comisión creyó que YAMASHITA conoció o debió haber tenido conocimiento de las atrocidades²⁵. De acuerdo con la interpretación de HESSLER, la Comisión y la Corte Suprema estaban convencidas de que "la total ignorancia,... generaba riesgos inaceptables con respecto a la futura criminalidad de los subordinados, de tal manera que estos crímenes le deberían ser imputados en la medida en que ellos ocurrieron"²⁶. De esta manera, aunque YAMASHITA no conoció las atrocidades, su ignorancia creaba riesgos que le eran atribuibles. Este enfoque orientado al riesgo está confirmado por la estructura general de los delitos donde existe responsabilidad del superior, como lo observaremos más adelante²⁷. En cualquier caso, las codificaciones anteriormente examinadas, así como los fallos posteriores al caso YAMASHITA,

crime whatever it willed dependent upon its biased view as to the petitioner's duties and his disregard thereof, a practice reminiscent of that pursued in certain less respected nations in recent years". 327 U.S., p. 28.

²³ Cfr. PARKS, pp. 37 y 87-88.

²⁴ En este sentido CROWE, pp. 206-07; también LEVIE, p. 5, argumentan que el conocimiento de las atrocidades por parte de YAMASHITA, no podía negarse.

²⁵ Véase también la crítica de CROWE, pp. 207-208.

²⁶ "Total ignorance raised unacceptable general risk of future subordinate criminality, those crimes becoming chargeable to him as soon as they occurred", HESSLER, p. 1.283.

²⁷ Véase *infra* 3. y III. 2. a).

muestran que el amplio criterio de responsabilidad establecido por el caso *Yamashita*, no ha sido desarrollado; en particular, la jurisprudencia militar de los EE. UU. no aplicó este mismo criterio en el proceso por la masacre de My Lai²⁸.

2. Otra jurisprudencia posterior a la segunda guerra mundial²⁹

a. Nüremberg

Mientras que el Tribunal Militar Internacional (en adelante TMI) se ocupó solamente de la doctrina de la responsabilidad del superior, "de la manera más indirecta"³⁰, ésta fue invocada en tres procesos ante las cortes marciales de los EE. UU. en Nüremberg. En el caso *U.S. vs POHL et al* el Tribunal se refirió explícitamente al caso *Yamashita* y afirmó:

Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante el deber positivo de tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están *bajo su mando*, a efecto de prevenir de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra³¹.

²⁸ Véase *infra* b. b d), nota 54 y texto que acompaña. También LANDRUM, p. 300: "Even in United States courts, Yamashita has lost favor".

²⁹ Los juicios de LEIPZIG no pueden aducirse en apoyo de la doctrina de la responsabilidad del mando. El *Reichsgericht* alemán no conocía aún esta doctrina y únicamente juzgó a los acusados basándose sobre las reglas ordinarias de participación del *Strafgesetzbuch* alemán (esto es ignorado por LEVIE, pp. 2-4).

³⁰ GREEN, 1995, p. 333.

³¹ "The law of war imposes on a military officer in a position of command an affirmative duty to take such steps as are within his power and appropriate to the circumstances to control those under his command for the prevention of acts which are violations of the law of war".

Fuera de la responsabilidad penal por omisión, la cual permaneció confinada a los superiores militares, los precedentes judiciales extendieron la doctrina a los superiores civiles. En POHL *et al.*, por ejemplo, uno de los acusados, MUMMENTHEY, era un administrador civil³². En el caso *U.S.v. BRANDT et al.* también fue reconocida la responsabilidad de civiles superiores³³. En relación con la guerra agresiva, la jurisprudencia sentó el requerimiento de que el acusado debía ser "jefe", "planificador"³⁴ (TM) o haber pertenecido al "nivel político"³⁵.

En el caso de los *Rehenes*³⁶ la Corte argumentó que una posición de mando implica ciertas obligaciones de control y supervisión con respecto al área de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta área de competencia, el oficial responsable debe intervenir. En cuanto al elemento subjetivo (*mental element*), la Corte argumentó que un comandante está "obligado a conocer" (*obliged to know*)³⁷ si recibe información confiable acerca de las atrocidades cometidas por sus subordinados. De esta forma, el conocimiento efectivo no fue requerido; por el contrario, se aplicó el criterio

U.S. v. POHL et al. (caso 4), *Trials of Criminal War (TWC)*, Vol. V, pp. 958-1.163, 1.011 (énfasis nuestro).

³² *Ibid.*, p. 1.054.

³³ Véase *U.S. v. BRANDT et al.* ("Medical case", caso 1), *TWC*, Vol. II, *supra* nota 11, pp. 171-300; (212-213).

³⁴ El Tribunal Militar Internacional, *supra* nota 37, también afirmó en el contexto de la criminalidad de ciertas organizaciones nazis que "los castigos masivos deben ser evitados" ("that mass punishments should be avoided").

³⁵ Cf. *U.S. v. KRAUCH et al.* ("IG Farben", caso 6), *TWC*, Vol. VIII, pp. 1.081-1.210, 1.124; 1.126; *U.S. v. von LEEB et al.* ("High Command case", caso 12), *TWC*, Vol. XI, pp. 462-697, 489.

³⁶ *U.S. v. von LIST et al.* (caso 7), *TWC*, Vol. XI, *supra* nota 11, pp. 1.230 y ss., 1.256-7. Véase también el extenso análisis de PARKS, pp. 58 y ss.

³⁷ *U.S. v. von LIST et al.*, *supra* nota 35, p. 1.281 ("obliged to know").

del "debería haber conocido". Éste difiere del caso *Yamashita* en que la existencia *objetiva* de amplias atrocidades no fue considerada suficiente para imputar conocimiento *subjetivo*, a menos que el superior hubiese contado con información concreta acerca de las atrocidades.

La decisión en el caso del *Alto Comando de la Wehrmacht*³⁸ aplicó un criterio aún más restrictivo, requiriendo una "descuido personal" (*personal dereliction*) y prueba del conocimiento efectivo.

"La comisión del delito no vincula a todos los individuos de la cadena de mando, por este solo hecho. Debe existir un descuido personal. Ello sólo puede ocurrir, allí donde el acto le es directamente atribuible a él, o donde la propia ausencia de supervisión sobre sus subordinados constituye una negligencia punible de su parte. En este último caso, la negligencia debe ser de tal magnitud que resulte injustificada, una desatención inmoral de la acción de sus subordinados que esté al nivel prácticamente de la aquiescencia. Ninguna otra interpretación del derecho internacional puede ir más allá de los principios básicos del derecho penal, tal y como lo conocen las naciones civilizadas"³⁹.

³⁸ *U.S. v. von LEEB et al.*, *supra* nota 34, en particular pp. 510; 533-544; 555. Véase también el profundo análisis de PARKS, pp. 38 y ss.; también DOUGLASS, *passim*.

³⁹ "Criminality does not attach to every individual in this chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case, it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence. Any other interpretation of international law would go far beyond the basic principles of criminal law as known to civilized nations". *Ibid.*, p. 544.

Además, se afirmó que la obligación de control o supervisión disminuye en la misma medida en que disminuye el poder del comandante. De tal forma que la responsabilidad del superior puede aplicarse al mando general y, en el mismo plano, a los oficiales de mando; sin embargo, ella no aplica cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido⁴⁰. Tampoco se aplica a los oficiales superiores (*staff officers*) ya que tales oficiales normalmente no poseen poder de mando⁴¹. No obstante, bajo determinadas circunstancias, los *staff officers* pueden incurrir en responsabilidad penal:

Si la idea esencial es criminal bajo el derecho penal internacional, el oficial que le da a esa idea forma de orden militar [...] o toma personalmente las acciones a efectos de observar que la orden esté adecuadamente impartida [...] comete un delito a la luz del derecho internacional⁴².

Resumiendo, estas fuentes muestran que la jurisprudencia de Núremberg no depuró el precedente de YAMASHITA, tal y como lo dice O'BRIEN⁴³, sino que más bien, desarrolló, por primera vez, un estándar general. En efecto, el tribunal en el caso *Alto Comando de la "Wehrmacht"* claramente rechazó el precedente YAMASHITA, aplicando, por el contrario, un criterio de conocimiento efectivo, mientras que en el caso *Rehenes* se

⁴⁰ *Ibid.*, 510 ("for the transmittal in any manner whatsoever of a criminal order"). Véase también *U.S. v. von LIST et al.*, *supra* nota 32, pp. 1.281 y ss., 1.286.

⁴¹ *U.S. v. von LEEB et al.*, *supra* nota 34, p. 514. Sobre la responsabilidad de los *staff officers*, véase DOUGLASS, pp. 698 y ss. (702-03); también E. O'BRIEN, p. 90; BANTEKAS, p. 581.

⁴² "[i]f the basic idea is criminal under international law, the staff officer who puts that idea into the form of a military order ...or takes personal action to see that it is properly distributed... commits a criminal act under international law". *Ibid.*, p. 513.

⁴³ Véase O'BRIEN, pp. 286-87.

optó por el criterio de "deber tener conocimiento", basado sobre la información concreta recibida por el superior⁴⁴. El último criterio probó ser de suma importancia en los fallos judiciales posteriores y en las codificaciones.

b. Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente-Tokio

El Tribunal de Tokio confirmó y extendió la jurisprudencia de Núremberg al personal civil⁴⁵. En primer lugar, se impusieron obligaciones de supervisión y control sobre el personal de mando, civil y militar, con respecto al tratamiento apropiado de los prisioneros de guerra. En consecuencia, los abusos frente a los prisioneros de guerra fueron atribuidos tanto a los acusados civiles como militares, en el caso en que ellos faltaran al deber de impedir tales abusos. La doctrina de la responsabilidad del superior fue, además, extendida al gobierno (civiles), arguyendo para el caso un modelo de responsabilidad *colectiva*:

El miembro de un gabinete puede renunciar. Si afirmativamente él tenía conocimiento de los malos tratos irrogados a los prisioneros, es impotente para impedir futuros maltratos, pero su elección es permanecer en el gabinete, entonces continúa participando en la *responsabilidad colectiva*... él voluntariamente asume la responsabilidad por cualquier otro maltrato que se presente en el futuro⁴⁶.

⁴⁴ Cfr. CROWE, pp. 194; 209 y ss. (213; 215; 219-20), 232.

⁴⁵ The Tokyo Judgement, The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), Vol. I, Amsterdam 1977 (ROLING/RUTER eds.), pp. 29-30. Cfr. FENRICK, 1995, p. 118.

⁴⁶ "A cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the cabinet thereby

La pertenencia a un gabinete fue apreciada para justificar el nexo de causalidad –al menos en casos de “ignorancia voluntaria o imprudente” (*wilful or negligent ignorance*)– entre el incumplimiento de actuar y los abusos cometidos. También, las obligaciones de supervisión y averiguación fueron incrementadas.

De hecho, la amplia atribución de responsabilidad penal a civiles superiores por atrocidades militares merece alguna crítica. Tomemos, por ejemplo, el caso de MAMORU SHIGEMITSU. SHIGEMITSU fue ministro de Asuntos Exteriores entre abril de 1943 y abril de 1945. Durante este período los aliados protestaron en forma vehemente contra el trato que recibían sus prisioneros de guerra. Las pruebas mostraban que SHIGEMITSU conocía la situación en los campos de prisioneros. De acuerdo con el Tribunal, él tenía una responsabilidad especial como miembro del gobierno por el bienestar de los prisioneros y, en consecuencia, él debía haber tomado medidas adecuadas para investigar la situación o dimitir, a efectos de ejercer presión política sobre el asunto. Como él no hizo ninguna de las dos cosas, mostró un grave desacato a las leyes de la guerra y fue considerado culpable⁴⁷. En el mismo sentido, el Tribunal afirmó con respecto a la responsabilidad de KOKI HIROTA, ministro de Asuntos Exteriores de marzo de 1933 a marzo de 1936, que: “su inacción corresponde al grado de una negligencia criminal”⁴⁸. El juez RÖLING criticó

continuing to participate in its collective responsibility... [.] he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future”. The Tokyo Judgement, *supra* nota 45, p. 30 (énfasis nuestro).

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 457-458.

⁴⁸ “His inaction amounted to criminal negligence”. *Ibid.*, pp. 447-448.

acertadamente éste y otros casos particulares en su disidencia⁴⁹. RÖLING argumentó, como en el caso HIROTA, que él no debía tenerse por responsable, ya que se había puesto personalmente en contacto con quien sí lo era, el ministro de Guerra. En general, de acuerdo con RÖLING, “un Tribunal debería ser muy cuidadoso al tener a los funcionarios oficiales del gobierno como responsables por el comportamiento del ejército en el campo de operaciones”. Además la responsabilidad por omisiones debería solamente reconocerse “en un sentido muy restringido”⁵⁰.

c. Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC)

La jurisprudencia de Tokio fue confirmada en los juicios por crímenes de guerra de británicos, canadienses, australianos y chinos, como lo documenta el UNWCC (United Nations War Crimes Commission)⁵¹. Concretamente, los tribunales competentes –*grosso modo*– consideraron como un factor crucial la posición o el “estatus” del acusado a efectos de decidir sobre el grado de responsabilidad criminal, basados sobre la responsabilidad de mando. El proceso canadiense contra el comandante de brigada KURT MEYER (*Abbay Ardenne Case*) es de particular importancia a este respecto⁵². La UNWCC

⁴⁹ The Tokyo Judgement, *supra* nota 44, Vol. II, pp. 1.043 y ss. (1.126-28; 1.137-38).

⁵⁰ “A Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the Army in the field”; “in a very restricted sense”. *Ibid.*, p. 1.127.

⁵¹ Véase, por ejemplo, la referencia explícita al caso Yamashita en *Law Reports TWC*, Vol. XV (UNWCC, H. M. Stationery Office, London, 1949), p. 66. Para otros juicios véase también PARKS, pp. 69 y ss.

⁵² *Law Reports TWC*, Vol. IV, *supra* nota 50, pp. 98-99. Véase también GREEN, 1989, pp. 186 y ss.; *id.*, 1995, pp. 337 y ss.; BASSIOUNI, *supra* nota 3, pp. 431-432.

tomó esta posición, no obstante considerar que "los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad aún no se encuentran plenamente establecidos"⁵³ y formuló los siguientes interrogantes:

- 1) ¿Hasta qué punto puede responsabilizarse a un comandante por no tomar medidas antes de la comisión de los delitos, en orden a impedir su posible perpetración?
- 2) ¿Hasta qué punto debe demostrarse que se tenía conocimiento de la comisión de delitos, para ser tenido por responsable por no haber intervenido a efectos de detener los delitos que ya habían sido perpetrados?
- 3) ¿Hasta qué punto el comandante tiene el deber de descubrir si se han cometido delitos?⁵⁴

d. Otros procesos por crímenes de guerra

En lo que respecta a otros procesos o investigaciones nacionales concernientes a este tema, resulta interesante el tratamiento judicial del caso conocido como *la masacre de My Lai*. Como ya lo habíamos mencionado⁵⁵ anteriormente, la justicia militar norteamericana no aplicó la doctrina de la responsabilidad del superior en el proceso contra el capitán MEDINA y el teniente WILLIAM CALLEY Jr. Mientras que CALLEY fue condenado por una Corte Marcial, bajo el cargo de dirigir la masacre, MEDINA, su superior inmediato, fue absuelto

⁵³ "The principles governing this type, of liability... are not yet settled". *Law Reports TWC*, Vol. XV, *supra* nota 50, p. 67. Véase BRAND, *The War Crimes and the Laws of War*, BYIL, Vol. XXVI, 1949, pp. 414-427 (424).

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Véase *supra*, nota 27.

debido a la falta de un conocimiento (efectivo) de las atrocidades⁵⁶. Esta decisión sorprendió, toda vez que MEDINA —a diferencia de YAMASHITA, quien había alegado que la comunicación con sus tropas había sido cortada completamente— estuvo presente en la escena de los crímenes⁵⁷ y en un contacto estrecho con CALLEY⁵⁸. Además, el requerimiento de conocimiento efectivo no resultaba consistente con el derecho de los EE. UU.⁵⁹. Aunque la doctrina de la responsabilidad del superior no fue aplicada en el juicio criminal acerca del caso *My Lai*, ella sí desempeñó un papel importante en la investigación contra el mayor general KOSTER, quien se desempeñaba como comandante general de la división a la cual MEDINA estaba asignado. En este contexto, el secretario general del ejército dijo:

... Un comandante debe ser declarado responsable claramente por estos asuntos, los cuales él sabe que son graves, y con respecto a los cuales él asume obligaciones de carácter personal. Cualquier otra conclusión conduciría esencialmente a dejar sin

⁵⁶ Véase HAMMER, *The Court-Martial of Lt. Calley*, 1971, *passim*; véase también GOLDSTEIN/MARSHALL/SCHWARTZ, *The My Lai massacre and its cover-up: beyond the reach of law?*, 1976, reproduciendo las decisiones de Review y Appeals contra Calley en p. 475; véase también LANDRUM, p. 299; CROWE, p. 223; ECKHARDT, pp. 11 y ss. y 32-34 (resumen del material probatorio elaborado por el juez HOWARD); BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 434. Una evaluación del papel de los EE. UU. en Vietnam es provisto por W. O'BRIEN, pp. 641 y ss., 663.

⁵⁷ Véanse las afirmaciones del coronel HOWARD ante el jurado, así como la referencia de GREEN, 1995, p. 353. HOWARD fue el abogado defensor de MEDINA (el artículo se encuentra en la bibliografía).

⁵⁸ Véase LIEUTENANT CALLEY. His own story as told to John Sack, 1970. Véase también PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 329, nota 152. —Hasta antes de 1998 el ejército de los EE. UU. no reconoció públicamente que en My Lai no existía enemigo, sino una "masacre ilegal de no-combatientes a manos de fuerzas norteamericanas" ("unlawful massacre of noncombatants by American forces"), *GUARDIAN WEEKLY/WASHINGTON POST*, 15 de marzo de 1998.

⁵⁹ CROWE, pp. 223-24; BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 434. Véase también *infra* 3.

sentido y fuerza jurídica, los conceptos de responsabilidad del alto mando que acompañan a la posición de autoridad...⁶⁰.

Finalmente, la doctrina de la responsabilidad del superior fue confirmada por la jurisprudencia israelí en el incidente *Kafr Qassem* y en la masacre en los campos de refugiados de *Sabra y Shatila*, en el Líbano. En el primer caso, la Corte Militar de Apelaciones de Israel, encontró responsable a un teniente, entre otras cosas, porque "él estaba enterado de lo que estaba ocurriendo [...] y no tomó ninguna medida para detener los asesinatos"⁶¹. En el caso de las masacres de Sabra y Shatila, una comisión de investigación dirigida por el presidente de la Corte Suprema encontró que el ministro de Defensa israelí y las autoridades militares estaban enteradas de las masacres cometidas por los falangistas en los campos de refugiados, pero no intervinieron adecuadamente o no castigaron a los perpetradores⁶².

3. La jurisprudencia de los tribunales ad hoc

En el caso *DELALI et al.* –también conocido como *elibii* por el campo de prisioneros del mismo nombre– el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPY) caracterizó los

⁶⁰ "[A] commander clearly must be held responsible for those matters which he knows to be of serious import, and with respect to which he assumes personal charge. Any other conclusion would render essentially meaningless and unenforceable the concepts of great command responsibility accompanying senior positions of authority..." Citado de acuerdo con GREEN, 1995, p. 355. Véase también la acusación relativa al caso *Medina* como la reproduce ECKHARDT, pp. 30-32.

⁶¹ "He was aware of what was taking place... and did not take any measures to stop the killings". Citado de acuerdo con GREEN, 1995, p. 359.

⁶² Véanse las extensas citas del informe de la comisión en GREEN, 1995, pp. 361 y ss.; véase también *id.*, 1989, pp. 22-01; BASSIOUNI, *supra*, nota 3, pp. 439-430; FENRICK, 1995, pp. 12 y ss.

requerimientos de la doctrina de la responsabilidad del superior de la siguiente manera⁶³:

- La existencia de una relación entre superior y subordinado.
- El conocimiento del superior; o que el superior tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o se había cometido.
- Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables, para impedir los actos criminales o castigar consecuentemente a quienes los perpetraron.

La jurisprudencia más reciente en ALEKSOVSKI⁶⁴ y BLASKIC⁶⁵ básicamente confirmó o complementó los principios desarrollados en *DELALI et al.* y por lo tanto se estudiará junto con esta decisión. Con respecto al primer requerimiento, el TPY sostuvo que: "los individuos en posición de autoridad [...] pueden incurrir en responsabilidad penal [...] sobre las bases de su propio hecho *de facto* así como *de jure* por su posición como superiores"⁶⁶. Una posición de mando no puede ser determinada "únicamente con referencia al *status* formal" (*reference to a formal status alone*) sino "por la posesión efectiva o la falta de poderes de control efectivo sobre las acciones de sus subordinados"⁶⁷. En este sentido, la respon-

⁶³ T. Ch., decisión del 16 de noviembre de 1998, *DELALI/MUCI/DELI/LANDO* ("elibii"), IT-96-21-T, párr. 346.

⁶⁴ T. Ch., decisión del 25 de junio de 1999, ALEKSOVSKI, IT-95-14/1 (original en francés), párr. 69 y ss. (69); confirmada por la Sala de Apelaciones, decisión del 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, párr. 69-77.

⁶⁵ T. Ch., decisión del 3 de marzo de 2000, BLAKI, IT-95-14-T (original en francés), párr. 289 y ss. (294).

⁶⁶ "Individuals in positions of authority may incur criminal responsibility on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors." *DELALI et al.*, *supra* nota 62, párr. 354 (énfasis del original); también BLAKI, *supra* nota 64, párr. 300.

⁶⁷ The actual possession, or non-possession, of powers of [effective] control over the actions

sabilidad del superior se extiende a *civiles*, vale decir, superiores no militares, pero "solamente se extiende a aquéllos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares"⁶⁸. Esto significa que varias personas—como superiores—pueden ser responsables de delitos cometidos por un subordinado⁶⁹. Sin embargo, la responsabilidad se excluye si tal control estaba "ausente o era demasiado remoto"⁷⁰, o si el superior carecía de "la capacidad material para impedir y castigar la comisión de estos delitos"⁷¹. La decisión *BLASKI* recalca que el hecho de no impedir la comisión de los crímenes *ex ante* no puede ser compensada por su castigo *ex post*, es decir, el superior está obligado en general a hacer ambas cosas⁷². Por otra parte, el no castigar los crímenes cometidos puede ser considerado como auxilio o instigación para su comisión en el sentido del artículo 7 (1) del Estatuto para el TPIY⁷³. Finalmente, como se afirmó en el caso *Aleksovski*, un superior civil no necesita tener el mismo poder de sanción que un superior militar; si éste fuera el caso, la doctrina resultaría virtualmente inaplicable a los superiores civiles⁷⁴.

of subordinates". *DELALI et al.*, *supra* nota 62, párr. 370; véase también párr. 377 (énfasis agregado); también *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 76; *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 301, 335.
⁶⁸ "Only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates similar to that of military commanders". *DELALI et al.*, *supra* nota 62., párr. 355 y ss., 363, 378; *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 106; *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 303.
⁶⁹ *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 106; *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 303.
⁷⁰ "Absent or too remote". *DELALI et al.*, *supra* nota 62, párr. 377.
⁷¹ "The material ability to prevent and punish the commission of the[se] offences". *Ibid.*, párr. 378; (énfasis agregado) *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 81; *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 302, 335; "capacidad material" (*capacité matérielle*).
⁷² *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 336.
⁷³ *Ibid.*, párr. 337 y ss. (339).
⁷⁴ Sobre este punto, vale la pena citar la afirmación completa de la Sala: "Exiger d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir de sanction semblable à celui détenu par un

En el plano *subjetivo* el superior debe:

- Tener un conocimiento efectivo de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer crímenes; o
- Poseer una información de tal naturaleza que lo ponga en conocimiento del riesgo de que tales delitos se cometan, indicándole la necesidad de una investigación adicional, para averiguar si las violaciones fueron cometidas o iban a ser cometidas⁷⁵.

Mientras que estos requerimientos no fueron "discutibles" en principio, sí suscitó controversia lo concerniente a cómo puede ser probado el conocimiento efectivo. El TPIY rechazó una presunción de conocimiento, pero permitió el establecimiento de dicho conocimiento por intermedio de evidencias circunstanciales tomadas en cuenta a título de indicios determinados⁷⁶. La posición del superior como tal constituye una presunción certera de que él tenía conocimiento acerca de los delitos de los subordinados⁷⁷. Por el

militaire limiterait le champ d'application de la doctrine du supérieur hiérarchique au point de la rendre pratiquement inapplicable aux autorités civiles. La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité, de jure ou de facto, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit..." *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 78.

⁷⁵ *DELALI et al.*, *supra* nota 62 párr. 379 y ss., 383; 386; 393.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 386; también *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 307. El número, la clase y el fin de los actos ilegales; el tiempo durante el cual los actos ilegales ocurrieron; el número y la clase de tropas involucradas; componentes logísticos involucrados, así como la localización geográfica de los actos; la amplia ocurrencia de los actos; tiempo táctico de las operaciones; *modus operandi* de actos ilegales similares; los oficiales y el grupo de mando involucrado; la localización del comandante al tiempo de la ocurrencia de los hechos. Estos indicios han sido desarrollados por la Comisión de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas para la Ex-Yugoslavia (UN Doc. S/1994/674 del 27 de mayo de 1994), citado en *BASSIOUNI*, *supra* nota 3, pp. 437-438. Cfr. *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 80 y 114: "Il ne pouvait donc ignorer les mauvais traitements répétés subis par les détenus". Ver también *FENRICK*, 1999, nm. 10.

⁷⁷ *ALEKSOVSKI*, *supra* nota 63, párr. 80; *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 308.

contrario, el contenido específico del "requerimiento relativo a los motivos para conocer" (*had reason to know*) quedó sin resolver. Mientras es claro que un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada (*wilfully blind*) frente a los actos de sus subordinados, es menos claro cuál es el alcance del deber del superior de conocer y cuán específica debe ser la información en poder del superior a efectos de obligarlo a adelantar la investigación. Así, en la decisión *DELALI et al.*, el TPIY fue cuidadoso en su formulación de un criterio abstracto y no hizo innovaciones con respecto al contenido *actual* del derecho consuetudinario en este punto⁷⁸. Sin embargo, en la decisión *BLASKI*, la Sala intentó desarrollar una regla de derecho consuetudinario con fundamento en la jurisprudencia y una interpretación de los artículos 86 y 87 del PAI⁷⁹. Con respecto al primero, siguió la conclusión esbozada por *PARKS*, de acuerdo con la cual el superior es responsable si "incumplió al no ejercer los medios disponibles para conocer los delitos y, bajo las circunstancias determinadas, él hubiera debido conocer que dicho incumplimiento constituía una omisión criminal"⁸⁰. Con respecto al último, la Sala interpretó ampliamente la expresión "en posesión de información" (*possédait des informations*) del artículo 86 (2) del PAI. De esta manera, un superior debe estar siempre informado acerca de la forma en la cual sus subordinados cumplen sus tareas y tomar las medidas necesarias para prevenir la comisión de crímenes⁸¹.

⁷⁸ *DELALI et al.*, *supra* nota 62, párr. 393.

⁷⁹ *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 309 y ss. (314 y ss.).

⁸⁰ "He failed to exercise the means available to him to learn of the offense and, under the circumstances, he should have known and such failure to know constitutes criminal dereliction". *PARKS*, p. 90, referido en el caso *BLASKI*, *supra* nota 64, párr. 322 (traducido del francés).

⁸¹ *Ibid.*, párr. 325 y ss. (328-9), apoyándose en el comentario sobre los protocolos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

A modo de conclusión, si el superior ha cumplido debidamente con sus deberes, pero aún así no conoce acerca de los crímenes cometidos por los subordinados, dicha ignorancia no le puede ser endilgada a título de responsabilidad⁸².

Aparte de *DELALI et al.* *ALEKSOVSKI* y *BLASKI*, el TPIY ha confirmado la responsabilidad individual de jefes civiles y superiores militares en varias decisiones concernientes a la Regla 61 que han sido analizadas en otras contribuciones⁸³. Más aún, en la acusación contra *MILOSEVI et al.*⁸⁴, confirmada por la apelación ante el juez *HUNT*⁸⁵, los acusados *MILOSEVI*, *MILUTINOVI*, *OJDANI* y *STOJILKOVI* fueron también considerados, *prima facie*, responsables por crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior⁸⁶.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se ocupó por primera vez de la responsabilidad del superior en el caso *AKAYESU*⁸⁷. Aunque la aplicación de la doctrina a superiores no militares (civiles) —antes de la decisión del caso *DELALI et al.* del TPIY— se señaló como "discutible"⁸⁸, la Sala no rechazó esta posibilidad, pero sostuvo que "resulta apropiado valorar caso por caso el poder de autoridad efectivamente desa-

⁸² *Ibid.*, párr. 332.

⁸³ Cfr. *AMBOS*, "Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law", G. K. McDONALD/O. SWAAK GOLDMAN (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Vol. I, 2000, pp. 26-28.

⁸⁴ *PROSECUTOR v. MILOSEVI/MILUTINOVI/SAINOVI/OJDANI/STOJILKOVI*, decisión emitida el 22 de mayo de 1999. Ver *VETTER*, pp. 138 y ss.

⁸⁵ *Prosecutor v. MILOSEVI/MILUTINOVI/SAINOVI/OJDANI/STOJILKOVI*, decisión en Review of Indictment and Application for Consequential Orders, 24 de mayo de 1999.

⁸⁶ Decisión, *supra* nota 84, párr. 55 y ss., 84-88.

⁸⁷ T. Ch., juicio del 2 de septiembre de 1998, *AKAYESU*, ICTR-96-4-T, párr. 486 y ss.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 491. Ver la visión crítica de *VETTER*, pp. 132 y ss.

rollado por parte del acusado para determinar si él tenía o no tenía la facultad de tomar todas las medidas necesarias y razonables⁸⁹. Así, por ejemplo, uno de los cargos contra AKAYESU basado sobre la responsabilidad del superior fue rechazado por la Sala ya que el paramilitar INTERAHAMWE no podía ser considerado su subordinado⁹⁰ y por consiguiente no podía esperarse que aquél tuviese un control efectivo sobre éste. La existencia de la posibilidad material para controlar o intervenir, sin embargo, irrelevante si el acusado no intentó impedir y, por el contrario, colaboró directamente con los perpetradores⁹¹.

En cuanto al elemento subjetivo (*mental element*), el TPIR rechazó el punto de vista –basado sobre una concepción estricta de la responsabilidad penal– según el cual la responsabilidad del superior es independiente de su propósito criminal⁹². Más bien, el superior debe haber actuado con “intención o al menos con [...] negligencia tan seria que esté a la altura de la aquiescencia o, incluso, de la intención”⁹³.

En KAYISHEMA ET RUZINDANA el TPIR, confirmó esencialmente la decisión *elibi* y se refirió al artículo 28 del Estatuto de Roma⁹⁴. Se afirmó que la responsabilidad penal individual

⁸⁹ “It is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all necessary and reasonable measures...”. *Ibid.*, párr. 491.

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 691.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 193.

⁹² *Ibid.*, párr. 488.

⁹³ “malicious intent, or, at least, ... negligence... so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent”. *Ibid.*, párr. 489.

⁹⁴ T. Ch. II, juicio del 21 de mayo de 1999, *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, párr. 208-231.

de acuerdo con el artículo 6° (1) del Estatuto del Tribunal y la responsabilidad del superior de acuerdo con el artículo 6° (3) del mismo Estatuto no son mutuamente excluyentes⁹⁵. El principio también se aplica a la responsabilidad de superiores no militares⁹⁶. En cualquier caso, la responsabilidad depende del “grado de autoridad” (*degree of authority*) sobre los subordinados, el cual a su vez está basado sobre el control *de jure y/o de facto*, resultando la existencia de éste último decisiva⁹⁷. La capacidad material para controlar las acciones de los subordinados es la piedra de toque de la doctrina de la responsabilidad del superior; ella está “inherentemente ligada a la situación fáctica” en cada caso concreto⁹⁸. Frente al requerimiento del *mens rea*, la Sala consideró la distinción que trae el Estatuto de Roma entre militares y superiores civiles “instructiva” (*an instructive one*)⁹⁹. De acuerdo con el Estatuto, el acusado, por ejemplo un superior civil, es responsable “si hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”¹⁰⁰.

B. Intentos de codificación

1. Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra

Las más importantes disposiciones que codifican el concepto

⁹⁵ *Ibid.*, párr. 210.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 213 y ss.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 216, 217 y ss.

⁹⁸ “Inherently linked with the factual situation”. *Ibid.*, párr. 229 y ss. (229, 231).

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 227.

¹⁰⁰ *Ibid.*, párr. 228.

de responsabilidad del superior y que sirven de base para todas las demás codificaciones son los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I (PAI) a los Convenios de Ginebra del 8 de julio de 1977¹⁰¹. El artículo 86, párr. 1 establece la obligación general de los Estados Parte para reprimir las infracciones graves "que resulten del incumplimiento del deber de actuar". De esta forma, un superior puede ser solamente responsable si no toma las medidas adecuadas contra las graves infracciones cometidas por los subordinados, y si el superior tenía un deber de actuar. Concordantemente, el artículo 86, párr. 2 del PAI a los Convenios de Ginebra describe la situación del incumplimiento del deber de actuar de la siguiente manera:

El hecho de que la infracción a los convenios o al presente protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían *información que les hubiera permitido concluir*, en las *circunstancias del momento*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas *factibles* que estaban a su alcance *para impedir* o reprimir esa infracción¹⁰².

¹⁰¹ Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Geneva (1974-1977) Vol. I, Berna, 1978, p. 115. Para el Antiguo Derecho Internacional Humanitario el cual puede ser considerado como base de la doctrina, véase en particular el artículo 1º de las regulaciones de la Haya de 1907 y el artículo 43 del Protocolo (Fuerzas Armadas: DE PREUX, nm. 3531, 3540; CROWE, pp. 196-197; GREEN, 1995, 325; FENRICK, 1999, nm. 1).

¹⁰² "The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from *penal or disciplinary* responsibility, as the case may be, if they knew, or had *information which should have enabled them to conclude* in the *circumstances at the time*, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all *feasible* measures within their *power to prevent or repress* the breach". Énfasis nuestro.

Así, tres condiciones deben ser reunidas para que un superior se tenga como responsable¹⁰³:

- que la infracción haya sido cometida por uno de los subordinados del superior;
- que el superior haya conocido o haya tenido información de la cual se pudiese concluir¹⁰⁴ que una infracción fue cometida o iba a ser cometida;
- que el superior no tome las medidas a su alcance para impedir o reprimir las infracciones.

Estos requerimientos serán analizados con más detalle posteriormente. Por ahora es suficiente puntualizar que el artículo 86, párr. 2 del PAI, establece no solamente la responsabilidad del superior (incluida la de superiores civiles)¹⁰⁵, sino que también define la responsabilidad paralela del subordinado. Esto debe ser subrayado, ya que el artículo 85 y subsiguientes del PAI parecen implicar únicamente la responsabilidad exclusiva del superior. Sin embargo, la expresión "haya sido cometida por un subordinado" del artículo 86, párr. 2 explícitamente se refiere a la infracción de la Convención o del PAI por parte de un subordinado. Por lo tanto, el subordinado¹⁰⁶ es directamente responsable como perpetrador inmediato.

¹⁰³ Véase también, DE PREUX, nm. 3543 y ss.

¹⁰⁴ El artículo 76, párr. 2 del ICRC propuso un "should have known", pero fue rechazado por considerarse demasiado amplio (véase DE PREUX, nm. 3526; también LEVIE, p. 8; LANDRUM, p. 249; CROWE, p. 225).

¹⁰⁵ Cfr. HESSLER, p. 1.277; WU/KANG, pp. 291-292.

¹⁰⁶ Cfr. WOLFRUM, "Durchsetzung des humanitären Völkerrechts", en *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, D. FLECK (ed.), 1994, pp. 413-440 (423); véase también SOLF/CUMMINGS. A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva

El artículo 86, párr. 2 debe leerse conjuntamente con el artículo 87, el cual describe el deber de un comandante de impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados y, por lo tanto, establece tanto la posición como el deber de garante (*guarantor*) del superior (*Garantenstellung und -pflicht*) de acuerdo con la lectura que sigue:

Artículo 87.- Deberes de los jefes

1. Las altas partes contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los convenios y del presente protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.
2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las altas partes contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los convenios y en el presente protocolo.
3. Las altas partes contratantes y las partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los convenios o del presente protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los

Conventions of August 12, 1949, *Case Western Reserve Journal of International Law* 9 (1977), pp. 242-243. Este punto de vista también resuelve la crítica de Partsch, p. 524, quien afirmaba que el artículo 86 (2) es incompleto, ya que allí no se considera la responsabilidad del subordinado.

convenios o del presente protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones¹⁰⁷.

2. Otros

Las codificaciones posteriores han estado basadas exclusivamente en el artículo 86, párr. 2 del PAI y han variado solamente con respecto a las consecuencias legales y al elemento subjetivo (*mental element*). El artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad de 1991 (Draft Code 1991) elaborado por la Comisión Internacional de Derecho de la Organización de las Naciones Unidas y el artículo 6° del Proyecto de Código de 1996—"responsabilidad del superior"—traen, respectivamente, la siguiente redacción:

"El hecho de que un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si sabían o tenían información que les permitiera concluir en las circunstancias del caso, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas factibles a su alcance para impedir o reprimir ese crimen"¹⁰⁸.

"El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad criminal, si

¹⁰⁷ El énfasis es nuestro.

¹⁰⁸ Para la versión inglesa: artículo 12 ILC Draft Code 1991, en YILC 1991, Vol. II, segunda parte, pp. 94-97.

sabían o tenían *motivos para saber*, dadas las *circunstancias del caso*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias* a su alcance para *impedir o reprimir* ese crimen"¹⁰⁹.

La responsabilidad del superior tiene, otra vez, tres requerimientos: la comisión de delitos por parte de los subordinados, el incumplimiento del superior respecto a tomar todas las posibles medidas en contra de la comisión de estos crímenes y su efectivo o *posible* conocimiento de los mismos¹¹⁰. Las diferencias entre los proyectos de 1991 y 1996 muestran claramente dónde se ubican los problemas: por una parte, se plantea si el superior debe tomar medidas "necesarias" o "factibles" y si existe una diferencia entre las dos; por otra parte, sorprende el problema de si las diferentes formulaciones con respecto al posible conocimiento están presupuestadas para crear criterios diferentes. De acuerdo con la CDI los cambios no implicaban diferencias sustantivas¹¹¹. La mayoría de los miembros de la comisión aceptó –a pesar de las críticas¹¹²– la propuesta del relator especial para mantener el artículo 12 del proyecto de código de 1991¹¹³.

¹⁰⁹ Para la versión inglesa: article 6 ILC-Draft Code 1996, en Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 6 de mayo al 26 de julio de 1996. GAOR Fifty-first Session. Supplement N° 10 (A/51/10), pp. 14y ss. (párr. 50y ss.). Énfasis nuestro.

¹¹⁰ Véase también YILC 1988, Vol. I, pp. 288-9 (Mr. TOMUSCHAT, vocero del Comité Redactor); Vol. II 2, pp. 70-71. Véase también el cuarto y el quinto informe del relator especial, DOUDOU THIAM, YILC 1986, Vol. II 1, pp. 53-86 (65-6) y YILC 1987, Vol. II 1, pp. 1-13 (9) respectivamente, quienes consideran erróneamente esta disposición como "un caso específico de la teoría de participación".

¹¹¹ Cfr. Report ILC 1996, *supra* nota 108, p. 38, párr. 5 y 6.

¹¹² El profesor TOMUSCHAT criticó la responsabilidad extensiva creada por el artículo 12. Véase YILC 1994, Vol. I, p. 112.

¹¹³ THIAM, *Twelfth Report*, 1994, párr. 127; ILC 1994, Vol. II 2, p. 83; 1994, Vol. I, p. 111 (Mr. Al-Baharna).

El proyecto alternativo de Siracusa¹¹⁴ posee una leve variación con respecto al proyecto de código de 1996 de la CDI:

El hecho de que un crimen contemplado en este Estatuto haya sido cometido por un subordinado no exime a sus superiores de responsabilidad *criminal* si sabían o tenían motivos para saber en las circunstancias del momento que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias*¹¹⁵.

Una comparación del artículo 86, párr. 2 del PAI con las disposiciones de los proyectos de código de la CDI y el proyecto de Siracusa muestra, en primer lugar, que las disposiciones de los proyectos se refieren únicamente a las consecuencias penales para el superior; no se hace mención de la responsabilidad "disciplinaria". Esto, sin embargo, no excluye las sanciones de carácter disciplinario de acuerdo con el derecho militar nacional; más bien, la imposición de una sanción penal condigna a las conductas penales endilgadas, indica que las sanciones disciplinarias, por sí solas, no constituyen una sanción adecuada. En segundo lugar, el superior está obligado –según el proyecto de código de 1996 de la CDI y el proyecto de Siracusa– a tomar todas las medidas

¹¹⁴ Cf. AIDP, ISISC, MPEI et al., 1994 ILC, Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications, preparado por un comité de expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996.

¹¹⁵ "The fact that a crime under this Statute was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, under the circumstances of the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all necessary measures within their power to prevent or repress the crime". Art. 33-2, párr. 3 (énfasis nuestro).

¹¹⁶ Para la versión inglesa: SC Res. 827 (25 de mayo de 1993), reimpresso en: 32 ILM, 1993, p. 1159. Véase también <<http://www.un.org/icty/basic.htm>>.

"necesarias", más que las medidas "factibles". La diferencia, si es que existe alguna, será analizada posteriormente. Finalmente, mientras que el proyecto de código de 1991 de la CDI introduce solamente un cambio menor con respecto al elemento subjetivo (*mental element*), el proyecto de código de 1996 de la CDI y el proyecto de Siracusa introducen unos cambios mayores reemplazando la fórmula original de la "información que les permitiera concluir", por la fórmula "tener motivos para saber". La formulación precisa fue intensamente debatida en Roma. Esto es comprensible si se tiene en cuenta que el aspecto del elemento subjetivo (*mental element*) puede decirse que es el núcleo de la doctrina de la responsabilidad del superior. Aunque este punto será discutido con mayor detalle, *prima facie* parece claro que el requerimiento relativo a "tener motivos para saber" disminuye considerablemente el umbral del requisito de carácter subjetivo, en razón de que este último es un concepto mucho más amplio y menos preciso. En la medida de lo posible este lenguaje fue adoptado por los estatutos de los tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas. El artículo 7°, párr. 3° del Estatuto del TPIY¹¹⁶ así como el artículo 6°, párr. 3° del Estatuto del TPIY¹¹⁷ establecen:

El hecho de que cualquiera de los actos [...] del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no 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 perpetraron¹¹⁸.

¹¹⁷ Para la versión inglesa: SC Res. 955 (8 de noviembre de 1994), véase <http://www.icty.org>.

Además, los estatutos omiten la referencia temporal que establece "en las circunstancias del momento" e introduce la siguiente modificación con respecto a la obligación del superior para intervenir: mientras que de acuerdo con el artículo 86, párr. 2 del PAI la intervención debe tener lugar cuando el subordinado "estaba cometiendo" o "iba a cometer" una infracción, de acuerdo con el artículo 7°, párr. 3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6, párr. 3 del Estatuto del TPIR, la intervención debe tener lugar cuando el subordinado "iba a cometer" un crimen o "los había cometido". Debe recordarse, sin embargo, que el artículo 87, párr. 3° del PAI contempla un lenguaje similar refiriéndose a los crímenes que los subordinados "han cometido". En todo caso, este cambio afecta el *actus reus* de la infracción, ya que se supone que la reacción del superior a la comisión de un delito del subordinado depende del tiempo del mismo. Este es otro problema que requiere de un análisis más detallado. Además, los estatutos establecen el requerimiento de que el superior tome las medidas "necesarias y razonables", lo que agrega aún otra calificación a la forma en la cual el responsable debe actuar. Por otra parte, los estatutos de los tribunales *ad hoc* omiten la referencia de las medidas "que estén a su alcance", de tal manera que así parece extenderse más la responsabilidad penal del superior.

¹¹⁸ "The fact that any of the acts... of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had *reason to know* that the subordinate was *about to commit* such acts or *had done so* and the superior failed to take the *necessary and reasonable* measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof". Énfasis nuestro.

C. Aspectos del derecho comparado

Las normas que tratan el principio de responsabilidad del superior, se pueden encontrar por lo general en el derecho nacional militar. Ellas son, como lo ha afirmado RÖLING, "la consecuencia lógica de la obligación de todos los Estados de asegurar el respeto a las leyes de la guerra"¹¹⁹. Dado que el PAI ha sido ratificado por más de 150 países¹²⁰, es de esperarse que estos Estados, al menos de conformidad con sus obligaciones internacionales, incorporen las normas sobre responsabilidad del superior en su derecho nacional. Así, los puntos de vista mantenidos en esta contribución pueden ser limitados a unos pocos sistemas legales. Luego consideraremos los problemas paralelos relativos a la responsabilidad de los empleados que se presentan en el contexto del derecho penal económico.

1. Derecho Militar

La disposición citada con más frecuencia es el Manual Militar de Operaciones 27-10 del Ejército de los EE. UU., el cual establece:

Una responsabilidad de tal naturaleza [de un comandante] se genera cuando directamente los actos en cuestión han sido cometidos de acuerdo con una orden [...] el comandante es también responsable si tiene conocimiento efectivo o *debiera*

¹¹⁹ "The logical consequence of the duty of every State to ensure respect for the laws of war". RÖLING, *Criminal responsibility for violations of the Laws of War*, Revue Belge de Droit International, Vol. XII, 1976, pp. 8-26, 16.

¹²⁰ En septiembre de 2000 el número de ratificaciones era de 155 www.icrc.org.

*haberlo tenido, a través de los informes recibidos por él o a través de otros medios de que las tropas u otras personas sujetas a su control van a cometer o han cometido un crimen de guerra y él omite tomar las medidas necesarias y razonables para impedirlos o para reprimir a los autores de esas violaciones*¹²¹.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el Manual Militar de Operaciones no tiene fuerza jurídica vinculante; sólo constituye una "guía autorizada"¹²². Más aún, el propio Departamento Militar consideró que el estándar "debió haber conocido" es muy amplio¹²³. En cuanto al grado del comandante, el ejército enfatiza las obligaciones en concordancia con el entrenamiento recibido por cada una de las personas que están en la cadena de mando, no obstante los diferentes niveles y responsabilidades que existen dentro de la estructura¹²⁴.

El manual británico de la ley militar emplea la misma redacción con una ligera variación al final que dice: "...y si él deja de

¹²¹ "Such a responsibility [of a commander] arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order... The commander is also responsible if he has actual knowledge, or should have knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or punish violators thereof...". Departamento del Ejército, *Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare*, párr. 501, 1956 [hereinafter FM 27-10]. Énfasis nuestro. Cfr. RÖLING, *supra* nota 118, p. 16; CROWE, pp. 223-24; E. O'BRIEN, p. 288. Para las críticas al derecho de los EE. UU. véase HESSLER, pp. 1.287 y ss. Sobre derecho norteamericano posterior a la segunda guerra mundial, véase *Law Reports Twc*, Vol. III, pp. 103 y ss.

¹²² Manual Militar de Operaciones ("Field Manual"), *Op. cit.*, 3.

¹²³ U.S. Dept. Of Army, Pamphlet N° 27-1-1, *Protocolos a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, p. 65. Ver también ECKHARDT, p. 18.

¹²⁴ Véase W. O'BRIEN, p. 640.

emplear los medios a su disposición para asegurar el cumplimiento de las leyes de la guerra"¹²⁵.

En Francia, la ordenanza del 28 de agosto de 1994 relativa a la represión de crímenes de guerra, no establece una regla concreta, pero reconoce, al menos, la responsabilidad del superior en el artículo 4º de la siguiente manera:

Cuando el subordinado es perseguido como el verdadero perpetrador del crimen de guerra, pero sus superiores no pueden ser sindicados como igualmente responsables, ellos deben ser considerados cómplices, en tanto y en cuanto hayan organizado o tolerado los actos criminales de los subordinados¹²⁶.

En Alemania el artículo § 357, párr. 1, numeral 3 del Código Penal (*Strafgesetzbuch-StGB*) sanciona al superior que intencionalmente "permita que se realice un acto ilícito a través de sus subordinados". El artículo 41 del Código Penal Militar (*Wehrstrafgesetz-WStG*) sanciona al superior que incumpla con el deber de supervisar o delegar apropiadamente la supervisión de sus subordinados y, por consiguiente, cause

¹²⁵ "And if he fails to use the means at his disposal to ensure compliance with the law of war". Great Britain War Office, *The Law of War on Land: Being part 3 of the Manual of Military Law*, párr. 631, 1958; véase también párr. 507 b. Cfr. RÖLING, *supra* nota 118, p. 16; GREEN, 1995, p. 343.

¹²⁶ "Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés". PELLETIER/PERFETTI (eds.), *Code Pénal 1998-1999* (1998), pp. 1.118-119. En inglés en *Law Reports TWC*, Vol. III, p. 94: "Where the subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have organised or tolerated the criminal acts of the subordinates".

una grave consecuencia, por ejemplo, la comisión de un delito por parte de los subordinados. La norma es un delito propio de omisión (*Echtes Unterlassungsdelikt*)¹²⁷ que consiste en dos actos: el incumplimiento de supervisar debidamente y la generación de una consecuencia grave¹²⁸. El último implica que el incumplimiento de supervisión debe haber causado la ocurrencia de la consecuencia grave; esto es, la consecuencia grave no hubiese ocurrido si el superior hubiera cumplido con su obligación de supervisión¹²⁹. La obligación de supervisión corresponde a la competencia para dar órdenes¹³⁰. Si el superior delega esta obligación en otro superior (normalmente su subordinado), él debe garantizar que este superior está adecuadamente instruido y es capaz de cumplir con el deber de supervisión¹³¹. Así, puede decirse que la obligación de supervisión se convierte en una obligación de selección acertada, instrucción y control de seguimiento. La obligación de supervisión está basada sobre el § 10, (2) de la ley militar alemana (*Soldatengesetz-SG*)¹³². Se reconoce generalmente que este deber crea la obligación para el superior de impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados¹³³. De acuerdo con el § 1, (4) de la SG, un superior es cualquier persona que puede dar órdenes a un

¹²⁷ Cfr. SCHÖLZ/LINGENS, *Wehrstrafgesetz* (1988), §41 nm. 2, p. 17. -La conducta activa está correspondientemente cubierta por el §33 y 34 WStG el cual sanciona la tentativa de inducción del subordinado por el superior para cometer un crimen.

¹²⁸ *Ibid.*, nm. 2.

¹²⁹ *Ibid.*, nm. 13.

¹³⁰ *Ibid.*, nm. 7.

¹³¹ *Ibid.*, nm. 9, 11.

¹³² Cfr. SCHERER/ALFF, *Soldatengesetz. Kommentar*, 1988, §10 nm. 7; STAUF, *Soldatengesetz: Taschenkomentar*, 1998, §10 nm. 3.

¹³³ Explícitamente STAUF, *supra* nota 129 nm. 3; Véase SCHERER/ALFF, *supra* nota 128, nm. 8.

subordinado. En cuanto al criterio del *mens rea*, el § 41 del Wstg exige al menos una negligencia grave (*Leichtfertigkeit*) con respecto a la violación del deber de supervisión y una negligencia (*Fahrlässigkeit*) con respecto a la causación de la consecuencia grave¹³⁴.

Finalmente, el § 28 y ss. del Código Disciplinario Militar (*Wehrdisziplinarordnung*) contienen reglas sobre el ejercicio de la competencia disciplinaria del superior. De acuerdo con el § 28, (1), el superior debe iniciar una investigación y aclarar la situación fáctica referente a la existencia de una sospecha sobre la comisión de una falta disciplinaria. De ser necesario, el superior debe imponer una sanción disciplinaria o someter el asunto a la competencia de las autoridades encargadas de ejercer la acción penal (§ 29)¹³⁵.

2. Aspectos relacionados con el derecho penal económico

Desde el punto de vista comparativo vale la pena hacer mención de los intentos de esbozar un proyecto de Código Penal Europeo Tipo. Estos esfuerzos están aún limitados al derecho penal económico, más concretamente, a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. La propuesta correspondiente del *Corpus Juris*, establece en el artículo 13 (1):

Si uno de los delitos anteriormente descritos [...] ha sido cometido [...] el jefe de los negocios es también penalmente responsable, y cualquier otra persona con poderes de control o

¹³⁴ SCHÖLZ/LINGENS, *supra* nota 124, § 41 nm. 2, 16.

¹³⁵ Véase también WOLFRUM, *supra* nota 106, párr. 1213, p. 434.

de decisión en el marco de los negocios, si él ha dado órdenes con conocimiento de causa, ha permitido que el delito sea cometido o ha omitido ejercer la supervisión necesaria¹³⁶.

También una propuesta alternativa, elaborada por el profesor TIEDEMANN¹³⁷, es de particular interés, ya que está basada sobre un estudio comparativo de la doctrina penal europea sobre la omisión que toma en cuenta aspectos de la teoría angloamericana del *vicarious liability*, de la doctrina francesa de la *responsabilité du fait d'autrui* y de la doctrina alemana sobre la posición del garante¹³⁸. En efecto, esta propuesta está basada sobre el § 130 de la ley alemana de infracciones

¹³⁶ "If one of the offences defined above... has been committed..., the head of the business is also criminally liable, and any other person with powers of decision or control within the business, if he has knowingly given orders, allowed the offence to be committed or omitted to exercise the necessary supervision". DELMAS MARTY (ed.), *Corpus Juris*, 1997, p. 68 (énfasis nuestro). Véase también la más reciente versión del artículo 12, en: DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, Vol. I, Antwerp *et al.* 2000, p. 193.

"(1) If one of the offences under Art. 1 to 8 is committed for the benefit of a business by someone acting under the authority of another person who is the head of the business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he knowingly allowed the offence to be committed.

(2) The same applies to any public officer who knowingly allows an offences under Articles 1 to 8 to be committed by a person under him.

(3) If one of the offences under Articles 1 to 8 is committed by someone acting under the authority of another person who is the head of a business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he failed to exercise the necessary supervision, and his failure facilitated the commission of the offence".

¹³⁷ El profesor TIEDEMANN era uno de los miembros del grupo de expertos que elaboró el proyecto de *Corpus Juris*.

¹³⁸ Esta disposición establece:

"(1) Whoever must legally guarantee that another person does not commit a criminal act will be punished as a perpetrator if he knew of the commission and could have prevented or impeded it.

(2) The following persons, in particular, are responsible according to paragraph (1):
(a) Members of a government, public officials and soldiers for acts that have been committed by subordinates (*Weisungsabhängige, Untergebene oder Befehlsempfänger*);

administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz-OwiG*), la cual sanciona al propietario de la empresa si él viola el deber de supervisión en el ámbito de las personas jurídicas. Esta disposición es estructuralmente similar a las normas sobre responsabilidad del superior en el sentido en que se hace al superior responsable por una omisión; por consiguiente, la doctrina del § 130 OwiG y la responsabilidad de los empleados puede ser análogamente aplicada en forma general al concepto de responsabilidad del superior. El § 130 OwiG, tal y como el § 41 WstG, están considerados como un delito propio de omisión¹³⁹. La obligación del propietario de una empresa (y otras personas responsables dentro de la compañía)¹⁴⁰ proviene de su posición, la cual se asimila a la del "garante"; esta posición, a su vez, se desarrolla a partir de los varios deberes de cuidado que ellos están legalmente obligados a cumplir¹⁴¹. El objeto del delito es el incumplimiento del propietario de la empresa de ejecutar las medidas necesarias de supervisión. Este incumplimiento permite que ocurran infracciones de las obligaciones generales de la empresa hacia el público. Esas infracciones son cometidas por los subordinados quienes no son adecuadamente supervisados. Así, la omisión del propietario causa la realización de un peligro concreto inherente al trabajo y al funcionamiento de la empresa (lo cual implica que la empresa opera en un tipo de negocios que es ínsitamente peligroso). La realización de

Véase TIEDEMANN, pp. 505-506, 511 (Se párr. 1 y 2 de la propuesta; traducidos por el autor). Véase también TSOLKA, *Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts*, i.w.S., 1995, pp. 268 y ss. (279; 280-81).
¹³⁹ GÖHLER, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1998¹², §130 nm. 9; ROGALL, p. 588.
¹⁴⁰ Véase GÖHLER, *supra* nota, nm. 4 y ss.
¹⁴¹ *Ibid.*, nm. 2. ROGALL, pp. 613 y ss. Este autor argumenta acertadamente que el propietario de una empresa tiene la posición de un garante.

este peligro no es un elemento del delito, sino solamente una condición objetiva de punibilidad del propietario (*objektive Strafbarkeitsbedingung*)¹⁴². En este sentido podemos hablar de un delito de peligro concreto (*konkretes Gefährdungsdeldikt*)¹⁴³.

Si el propietario delega su obligación en otro personal de la empresa, él es el responsable por la apropiada selección y supervisión de estas personas. Esta obligación disminuye en la medida en que se incrementa el nivel de cualificación de los delegados¹⁴⁴. La relación *causal* entre la falta de supervisión y la infracción existe si la supervisión adecuada con mayor probabilidad hubiese impedido la infracción o al menos hubiese tenido mayor dificultad para realizarse. Así, la fórmula generalmente reconocida de la *conditio sine qua non* —en la doctrina angloamericana también conocida como test "but for"¹⁴⁵— es aplicada en una versión más amplia, ya que algún incremento probable del riesgo (*Risikoerhöhung*) causado por la ausencia de la propia supervisión se considera suficiente¹⁴⁶.

¹⁴² ROTBERG, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, 1975⁵, §130 nm. 8. Crítico SCHÜNEMANN, p. 48.

¹⁴³ GÖHLER, *supra* nota 136, nm. 9; ROGALL, pp. 599-600. Este último, sin embargo, limita más la responsabilidad del propietario por considerar las infracciones cometidas por los subordinados no solamente como una condición de la responsabilidad del propietario, sino como el punto exclusivo de referencia de su omisión (*ibid.*, p. 591). Además, establece una relación específica entre la omisión y la violación (*ibid.*, p. 595).

¹⁴⁴ GÖHLER, *supra* nota 136, nm. 11; ROGALL, p. 603.

¹⁴⁵ Cfr. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 62-63.

¹⁴⁶ GÖHLER, *supra* nota 136, nm. 17; 22; ROTBERG, *supra* nota 139, nm. 12. Véase también SCHÜNEMANN, p. 45; críticamente ROGALL, p. 608, pero en la última parte, pp. 610 y ss., en favor. El último (p. 613) argumenta en favor de un nexo estricto entre la omisión y la realización del peligro, es decir, la infracción debe aparecer como realización del peligro que el propietario hubiera prevenido a través de su obligación de supervisión (*Gefahrverwirklichungszusammenhang*). Véase también SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 120: causalidad limitada por y basada sobre el fin protector de la norma (*schutzzweckkongruente Kausalität*).

En lo que se refiere al *mens rea*, el propietario debe actuar intencional o negligentemente con respecto al elemento de omisión del delito, por ejemplo, con respecto a su incumplimiento de supervisión adecuada y las posibles consecuencias que de allí se deriven. Sin embargo, el propietario no necesita prever que una cierta infracción será cometida como consecuencia de la falta de supervisión¹⁴⁷. Aún así, este umbral bajo es altamente sospechoso desde el punto de vista de los principios de culpabilidad (*Schuldgrundsatz*) e igualdad (*Gleichheitsgrundsatz*)¹⁴⁸.

Por lo demás, la construcción de la norma como una infracción imprudente (*negligent*) al deber de supervisión señala su subsidiariedad con respecto a cualquier otra conducta del propietario que constituya participación *intencional* en los delitos cometidos. En otras palabras, si el propietario participa a título personal en una infracción, es responsable penalmente por esta participación, pero no por el —menos grave— incumplimiento del deber de supervisión, en el cual su participación también pueda estar implicada¹⁴⁹.

Finalmente, resulta digna de atención la Resolución II.1 de la sesión I del XVI Congreso Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) realizado en Budapest en el año 1999,

147 GÖHLER, *supra* nota 136, nm. 9, 16 a; ROTBERG, *supra* nota 139, nm. 16; ROGALL, pp. 588-589; 600-601.

148 Véase SCHÖNEMANN, p. 49; también ROGALL, pp. 591, 597, 607 quien argumenta una interpretación compatible con el principio de culpabilidad.

149 GÖHLER, *supra* nota 136, nm. 25 y ss.; también ROTBERG, *supra* nota 139, nm. 16, FERNER, *Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar*, Vol. II (panfleto, 47ª puesta al día, febrero de 1999) §130 nm. 2; ROGALL, p. 620.

el cual ya ha enfatizado tanto la importancia, como la dificultad, de establecer la responsabilidad penal de los superiores u "hombres de atrás" (*Hintermänner*).

En razón de que a menudo es difícil probar que los líderes y los miembros de grupos criminales organizados han participado efectivamente en la comisión de ciertos delitos, las formas tradicionales de comisión y la responsabilidad penal accesoria pueden ser insuficientes para hacer que estos individuos respondan penalmente. En cuanto a las categorías del derecho tradicional de autoría y complicidad juzgadas como insuficientes, se debería considerar una cautelosa modernización basada sobre el principio de responsabilidad organizacional. En las organizaciones estructuradas jerárquicamente, las personas con capacidad de decisión y control pueden ser responsables por actos de otros miembros bajo su control si ellos han *ordenado* que estos actos sean cometidos o han *omitido conscientemente* impedir su comisión¹⁵⁰.

3. Conclusiones preliminares

A la luz de las fuentes que hemos analizado aquí no cabe duda de que la doctrina de la responsabilidad del superior,

150 "Because it is often difficult to prove that leaders and members of organised criminal groups have actually participated in the perpetration of particular offences, traditional forms of perpetration and accessorial liability can be insufficient to make these individuals accountable. To the extent the traditional law of perpetratorship and complicity is deemed insufficient, one should consider a cautious modernisation based on the principle of organisational responsibility. In hierarchically structured organisations, persons with decision and control power can be made responsible for acts of other members under their control if they have *ordered* these acts to be committed or have *consciously omitted* to prevent their commission". Énfasis nuestro.

que fue reconocida por primera vez en el caso YAMASHITA¹⁵¹ es un principio bien establecido del derecho internacional consuetudinario¹⁵². Sin embargo, YAMASHITA también aclaró que los superiores no deben ser tenidos por responsables en contravención a los requerimientos de culpabilidad personal. Desde la perspectiva de un derecho penal internacional compatible con los principios generales de los derechos humanos y los principios generales del derecho penal, este principio es de la mayor importancia y no puede ser subestimado. Además, una serie de obligaciones excesivas impuestas a los superiores puede también llevar a indeseables reacciones, tal como fue demostrado en el caso del capitán ROCKWOOD¹⁵³.

Estas reflexiones pueden, en parte, explicar por qué los esfuerzos que se han seguido para desarrollar la doctrina de la responsabilidad del superior se han localizado en los requerimientos del dolo (*mens rea*). A partir de estos esfuerzos es claro que el *mens rea* no puede establecerse sobre la base de una teoría estricta de la responsabilidad o en la teoría del *vicarious liability*¹⁵⁴—como fue observado por algunos en el caso YAMASHITA—ni puede ser requerido un conocimiento

¹⁵¹ Cfr. PARKS, p. 37; LEVIE, p. 6. Esto es igualmente admitido por los críticos, véase LANDRUM, p. 298.

¹⁵² Véase también GREEN, 1995, pp. 350, 371; LEVIE, p. 12.

¹⁵³ Cfr. E. O'BRIEN, *passim*: Rockwood, interpretó erróneamente su responsabilidad de mando y trató de impedir directamente presuntos abusos por parte de los soldados haitianos en la Cárcel Nacional de Puerto Príncipe, en vez de permanecer en su lugar, cumpliendo con sus obligaciones e investigando el asesinato de haitianos por parte de compatriotas.

¹⁵⁴ Para más argumentos en contra de la teoría estricta de la responsabilidad, en comparación con el derecho ambiental de los EE. UU., Wu/ KANG, pp. 279-282 en particular porque los crímenes correspondientes no son delitos de estricta responsabilidad. Véase también PARKS, *passim* p. 103. Contra la teoría del "*vicarious liability*" (*pour le fait d'autrui*) véase también el alegato de la defensa en ALEKOSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 72.

efectivo, como en los casos del Alto Comando y My Lai. Más bien, el nuevo criterio del "debió saber" (*should have known*) tal y como se desarrolló en el caso Rehenes fue tomado en las negociaciones del PAI¹⁵⁵ y reemplazado por el criterio de "motivos para conocer" (*had reasons to know*) de la CDI y los estatutos del TPIY y TPIR, así como por la decisión DELALI *et al.* del TPIY. En este sentido se puede identificar un consenso en los esfuerzos de codificación posteriores a la segunda guerra mundial, aunque el concepto es todavía susceptible de clarificación y depuración¹⁵⁶.

En suma, las críticas de los tribunales para Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC) en 1949, según las cuales "los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad [...] aún no están establecidos"¹⁵⁷ no han perdido completamente su validez, en particular con respecto a los problemas de derecho penal inherentes a la doctrina¹⁵⁸.

A pesar de la aplicación recurrente de la doctrina desde la segunda guerra mundial, en particular con respecto al elemento subjetivo, sus componentes no han sido definidos en forma suficientemente precisa como para disipar las dudas en relación con el principio *nullum crimen* tal y como quedó estipulado en el Estatuto de Roma (arts. 22 y 24)¹⁵⁹,

¹⁵⁵ Cfr. CROWE, p. 225 y *supra* nota 103.

¹⁵⁶ Así, la afirmación de HESSLER (p. 1.281) según la cual no existe un consenso en la jurisprudencia de la posguerra con respecto al elemento subjetivo, no es completamente correcta si uno tiene en cuenta los esfuerzos de codificación.

¹⁵⁷ Véase *supra* nota 52.

¹⁵⁸ Véase DE PREUX, nm. 3527.

¹⁵⁹ Sobre este principio, véase AMBOS, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, CLF, 10 (1999) Actualidad Penal 44, pp. 4-6 con más referencias.

especialmente frente a sus requerimientos de exactitud y limitación jurídica¹⁶⁰. Esto ha dado por resultado que el efecto disuasivo de la doctrina sea débil¹⁶¹.

A la luz de estas conclusiones, la parte central de este documento intenta desarrollar más los elementos de la doctrina y reducir su ambigüedad.

III. ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA

A. Descripción de la norma y comparación con las anteriores codificaciones

La disposición¹⁶², objeto de intensas negociaciones y acuerdos complicados¹⁶³, distingue entre la responsabilidad del supe-

¹⁶⁰ Cfr. HESSLER, p. 1.288: "este cuerpo de leyes es demasiado inexacto e inconsistente... produce problemas de vaguedad constitucional" ("this body of law is too inexact and inconsistent... raises problems of unconstitutional vagueness"), caso §130 OWI; véase ROGALL, p. 591; SCHÜNEMANN, p. 48.

¹⁶¹ Cfr. *Ibid.*

¹⁶² Art. 28: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional ("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 cometerlos; 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

rior, comandante militar (de facto) (párr. a) y otras, como por ejemplo, superiores no militares o civiles (párr. b). Como ya lo hemos observado, las codificaciones anteriores o proyectos, en particular el artículo 86, (2) del PAI, no hacen esta distinción, por lo menos no explícitamente, pues solamente se refieren al "superior", dejando abierta la discusión sobre la condición civil o militar. La distinción en el Estatuto de Roma fue inspirada por una propuesta proveniente de la delegación de los EE. UU., cuyo objetivo fundamental era introducir niveles de exigencia distintos en el plano subjetivo para la responsabilidad de los militares y de los civiles¹⁶⁴. De acuerdo con la propuesta, los comandantes militares serían responsables -con arreglo al criterio reconocido- por el conocimiento o negligencia ("debió haber conocido"), mientras que para los superiores civiles era exigible únicamente el conocimiento. Sin embargo, el alto umbral exigido para los últimos, no fue aceptado por la mayor parte de las delegaciones que participaron en las discusiones informales. Una contrapropuesta informal proveniente de Argentina, Canadá y Alemania se mostró partidaria de un criterio de negligencia para ambos

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".

¹⁶³ UN Doc. A/Conf.183/C.1/WGPF/L.4/Add.1, p. 2. Véase también SALAND, pp. 202 y ss.;

SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417.

¹⁶⁴ U.N. Doc. A/Conf.183/C.1/L.2 (1998); también SALAND, p. 204.

casos¹⁶⁵. Las posiciones opuestas fueron finalmente conciliadas en las consultas informales dirigidas por Canadá, en una fórmula compromisoria, que reemplazó el criterio de negligencia para los superiores civiles por la redacción "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que le hubiera permitido concluir (claramente) en las circunstancias del momento que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos..."¹⁶⁶. Después, en una versión posterior, la redacción fue simplificada a "deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos"¹⁶⁷. Así, una nueva fórmula fue inventada para el requerimiento del propósito doloso (*mens rea*) de los superiores civiles, con lo cual se enfatiza la mayor diferencia entre su responsabilidad y la responsabilidad de los superiores militares¹⁶⁸. En lo que concierne a los aspectos de permanencia del elemento subjetivo (*mental element*), el Estatuto de Roma acepta la tradicional restricción temporal en "las circunstancias del momento" [art. 86, (2) del PAI], únicamente con respecto a los superiores militares empleando la frase "en razón de las circunstancias del momento". Con respecto a los superiores no militares, esta referencia se omite por completo, análogamente a los Estatutos del TPIY y

¹⁶⁵ Propuesta de Argentina, Canadá y Alemania, 17 de junio de 1998 en la que participó el autor.

¹⁶⁶ UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.7 (1998). La palabra "claramente" fue introducida posteriormente en el documento de trabajo oficial.

¹⁶⁷ UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.7/Rev. 1 (1998).

¹⁶⁸ Bassiouni, *supra* nota p. 422, explica el estándar más estricto para militares por dos razones políticas: la necesidad de mantener un estándar más alto de disciplina en una estructura militar y la ineffectividad de la disuasión.

TPIR. Sin embargo, resulta evidente que el *mens rea* pueda probarse únicamente con respecto al tiempo de la comisión de los crímenes realizados por los subordinados; por esa razón, siempre han de ser tenidas en cuenta. En este sentido, la referencia explícita es redundante. En lo que concierne al objeto del conocimiento (posible) del superior, la expresión "se proponían cometerlos" prevalece sobre la expresión "iban a cometer". De nuevo, esta fórmula, refleja la redacción de los estatutos del TPIY y TPIR, reemplazando la redacción del PAI que propuso la CDI en los proyectos de códigos.

En lo que respecta al *actus reus* del artículo 28 del Estatuto de Roma, comparado en los puntos identificados en las codificaciones precedentes, presenta cinco elementos objetivos:

- El perpetrador o agente del delito es un militar (de facto) o superior no-militar (civil) que tiene "fuerzas" o "subordinados" bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del estatus del sujeto activo dentro de la jerarquía militar; cualquier clase de "superior y relación de subordinación" parece ser suficiente.
- El "mando y control", en el caso del superior militar, o la "autoridad y control" en el caso de ambos tipos de superiores, sobre los subordinados debe ser *efectivo*; este requerimiento restrictivo de la responsabilidad del superior está reafirmado con respecto al superior civil, quien debe, además, tener "responsabilidad efectiva y control" sobre las actividades que guarden relación con los crímenes.
- Los crímenes cometidos por los subordinados deben ser un resultado del incumplimiento del superior de ejercer control

adecuado sobre ellos; este elemento puede ser denominado "requerimiento causal".

– La falta del superior al no tomar las "medidas *necesarias y razonables* que estén a su alcance" contra los crímenes cometidos; el alcance para tomar estas contramedidas obviamente se deriva del control "efectivo".

– Las medidas se adoptan para "prevenir o reprimir" la comisión de crímenes, o para que el superior ponga "el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento"; la última opción no estaba contenida en las codificaciones precedentes.

Si estos requerimientos son cabalmente cumplidos, y el superior tenía el necesario *mens rea*, su responsabilidad se concreta. Así, el derecho penal internacional no parece interesarse más por las posibles sanciones disciplinarias, tal y como originariamente lo establecía el artículo 86, (2) del PAI. En la siguiente sección, los elementos objetivos y subjetivos del delito han de ser analizados con mayor detalle, comenzando con algunas consideraciones generales.

B. Análisis crítico e interpretación

1. Consideraciones generales

La responsabilidad del superior se establece por *omisión*. El superior es sancionado por el incumplimiento de supervisión de los subordinados y por no "prevenir" o "reprimir" la comisión de sus atrocidades. Esta clase de responsabilidad penal –por omisión– es única en el derecho penal interna-

cional. Una disposición general que definía el acto y/o omisión propuesta en el proyecto de Estatuto¹⁶⁹ fue suprimida en Roma¹⁷⁰. La razón que se argumentó, *inter alia*, fue que el artículo 28 solamente creaba y crearía responsabilidad penal por omisión¹⁷¹. Los delegados secundaron la perspectiva francesa que rechaza la responsabilidad general por omisión impropia (*commission par omission*) debido a una interpretación estricta del principio de legalidad¹⁷². En efecto, si el deber de actuar (*Garantenpflicht*), el cual justifica la equivalencia moral entre la falta para prevenir el daño y la efectiva causación del daño, no estaba regulado por la ley, sino solamente soportado por precedentes judiciales y reflexiones académicas, su compatibilidad con un estricto requerimiento de legalidad resultaba más que incierta¹⁷³.

El artículo 28 puede ser caracterizado como un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*)¹⁷⁴ ya que él hace

169 Draft Statute for the International Criminal Court, *supra* nota 5, artículo 28.
170 U.N. Doc. A/Conf. 183/C.1/WGCP/L.4/Add.1 (1998).

171 EDWARD WISE, Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's text to the Diplomatic Conference, Roma, 15 de junio al 17 de julio de 1998, SADAT WEXLER (ed.), 1998, pp. 48-50, eran partidarios de una norma general sobre omisión.

172 Véase PRADEL, *Droit pénal comparé*, 1995, pp. 233 y ss. (236). La posición francesa puede ser explicada por la importancia histórica de la libertad individual y sólo el lento reconocimiento del principio de solidaridad que gradualmente permitió delitos específicos (genuinos) de omisión, por ejemplo, artículo 223-6 (2) C.P.: "no asistencia a persona en peligro" ("non-assistance à personne en péril").

173 Véase la discusión crítica de FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota, pp. 47-48; también las críticas de PRADEL, *supra* nota, pp. 236-237.

174 Véase para mayor información sobre la terminología y las diferencias entre "echt" y "unecht": JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, pp. 605-608; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 1998, pp. 299-301; también PRADEL, *supra* nota 3, pp. 233-234; KRESS, "Die Kristallisation eines Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs", *Humanitäres Völkerrecht* 12, 1999, pp. 4-10 (9) toma el punto de vista, según el cual el artículo

responsable al superior únicamente por la ausencia de supervisión y control propios de sus subordinados, mas no, al menos no "directamente", por los crímenes que ellos cometan. Estos crímenes son "directamente" imputados a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la ausencia de prevención de aquéllos que tengan efectiva ocurrencia; esto significa que el superior *no* es responsable por una omisión impropia o —para usar un término más adecuado— por una comisión por omisión (*unechtes Unterlassungsdelikt*). Un clásico ejemplo de aquélla es el acto en el que el padre permite que su niño se ahogue; por consiguiente, el padre sería responsable de un homicidio por omisión. Esta caracterización del artículo 28 se apoya también en el hecho de que disposiciones estructuralmente similares, tales como el artículo 41 del Código Penal Militar alemán (*Wstg*) y el §130 de la ley alemana de infracciones administrativas (*Owig*) también son consideradas como delitos de omisión¹⁷⁵. Finalmente, el artículo 28 es mucho más preciso que las disposiciones generales que estructuran la norma básica de los delitos de comisión por omisión, como por ejemplo el artículo § 13 del C. P. alemán¹⁷⁶.

El artículo 28 del Estatuto de Roma es un delito de omisión¹⁷⁷

28 es un "*unechtes Sonderunterlassungsdelikt*", es decir, un delito especial de omisión impropia o —mejor expresado— un crimen de comisión por omisión. Como lo demostraremos en esta contribución, este punto de vista no es acertado.

175 Véase *supra* nota 124.

176 §13 (1) se lee: "Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción". Traducción de CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (*Código Penal alemán*, Universidad Externado de Colombia, 1999).

177 Cfr. WU/KANG, p. 289.

que consiste, a nivel *objetivo*, en el incumplimiento por parte del superior de supervisar apropiadamente a los subordinados. Los crímenes derivados de allí, cometidos por los subordinados no son ni un elemento del tipo, ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior. Más bien, estos delitos constituyen el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior; de esta forma, existe una relación de causalidad específica entre el incumplimiento de supervisión y la ocurrencia de los delitos¹⁷⁸. A diferencia del caso del propietario de la empresa, el dolo (*mens rea*) del superior no se limita únicamente al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes¹⁷⁹, sino también a los mismos crímenes derivados. Esto claramente se infiere de la redacción del artículo 28¹⁸⁰. En efecto, el artículo 28 tiene una estructura peculiar en la que el *mens rea* del superior se extiende más allá de su propia falta de supervisión hasta los actos concretos de los subordinados. Esta estructura no es tenida en cuenta por quienes consideran la responsabilidad del superior como una de las modalidades de complicidad¹⁸¹. Por lo demás, este aspecto no está lo suficientemente reflejado en los antecedentes jurisprudenciales, los cuales, como ha sido mostrado antes¹⁸², normalmente no hacen una distinción clara entre la

178 Véase la interpretación similar de §130 *Owig supra* II. 3. b) así como *infra* b) cc).

179 Véase *supra* II. 3., notas 123, 136 y texto que acompaña. De manera similar WU/KANG, p. 289.

180 Véase *supra* nota 151 e *infra* 3.

181 Véase más recientemente a FENRICK, 1999, nm. 2; BANTEKAS, p. 577. De manera contradictoria WU/KANG, quien argumenta, por una parte, responsabilidad a título de complicidad (pp. 278 y ss.) y continúa, por otra parte, con el punto de vista expresado en este artículo (p. 289).

182 Véase AMBOS *supra* nota 156, p. 20. Los antecedentes jurisprudenciales sostienen que el superior, o es responsable a título de cómplice (ayudando o incitando) por, al menos

responsabilidad penal de los cómplices y la responsabilidad penal por el incumplimiento de supervisar. Sin embargo, la responsabilidad simultánea puede plantearse de manera conceptual, únicamente si el objeto mental de la responsabilidad del cómplice y la responsabilidad por omisión son las mismas, esto es, los crímenes cometidos por los subordinados. Dada la estructura del delito, éste no es normalmente el caso: en el caso de la responsabilidad del superior el objeto principal del delito es el incumplimiento del superior de supervisar apropiadamente y en consecuencia, su *mens rea* necesita extenderse a este incumplimiento; por el contrario, en el caso de la complicidad, el superior se hace parte en el delito de los subordinados y debe compartir el *mens rea* de los subordinados, es decir, debe tener *mens rea* acerca de su propia contribución en relación con el delito principal. Si éste es el caso, entonces el superior podría ser responsable a título de cómplice; en tales casos, la responsabilidad del superior sería subsidiaria¹⁸³.

Adicionalmente, la peculiar estructura de la responsabilidad del superior conduce a una contradicción evidente entre la conducta *negligente* (imprudente) del superior y la *intención* (dolo directo) de los subordinados en cuanto a la comisión de los delitos. En tal caso estamos tratando, como correctamente lo ha puntualizado¹⁸⁴ SCHABAS con la comisión de "un crimen de intención por negligencia"¹⁸⁵: el superior incumple *negli-*

psicológicamente, encubrir o apoyar las tropas, o por faltar a impedir los crímenes sobre las bases de la responsabilidad del superior.

¹⁸³ Véase un punto de vista idéntico con respecto al §130 *Owić supra* II.3., notas 144-46 que acompañan el texto.

¹⁸⁴ SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417.

gemente su deber de supervisión apropiada de los subordinados quienes cometen sus delitos *dolosamente*, en el sentido expresado por el artículo 30 del Estatuto de Roma. De esta manera, se plantea la cuestión de cómo los delitos dolosos de los subordinados pueden ser imputados directamente al superior. En tales casos, debería considerarse una disminución del grado de punibilidad, toda vez que la conducta del superior resulta menos lesiva que en el caso de las conductas dolosas, esto es, si el superior está enterado de la comisión de delitos por parte de los subordinados. En efecto, sería más lógico *no* considerar al superior responsable penalmente por los crímenes dolosos de sus subordinados, pero esta solución es incompatible con—de hecho contradice—la letra del artículo 28. En lo que respecta a la clasificación de la conducta del superior en semejante supuesto, el superior puede ser considerado un simple cómplice (partícipe) por omisión respecto de los crímenes de los subordinados, según lo dispuesto en el artículo 25 (3) (c), ya que la complicidad exige intención (art. 30) y aquél sólo actúa negligentemente. De allí que, de hecho, el superior es responsable por una mera falta negligente de supervisar. Ésta es ciertamente una responsabilidad muy amplia.

La responsabilidad penal del superior por su inacción se establece y se enmarca—a nivel objetivo—en el contexto de la

¹⁸⁵ "A crime of intent by negligence". Véase también el ejemplo dado por HOWARD, "el acto punible en el caso del subordinado es la muerte injusta de... personas, mientras que en el caso del comandante... la omisión negligente... de reprimir el acto del subordinado" ("...the punishable act in the case of the subordinate is the unlawful death of the... person whereas in the case of the commander... the negligent omission... to restrain the act of the subordinate...").

autoridad efectiva y control por parte del superior: la posibilidad de control constituye la base legal y legítima de la responsabilidad del superior; ella justifica su deber de intervención. En efecto, la *Garantenpflicht* tal y como quedó descrita anteriormente se puede inferir directamente del artículo 87 del PAI a los Convenios de Ginebra toda vez que allí se establece la obligación de los comandantes de prevenir los delitos cometidos por sus subordinados. En este sentido, se puede hablar de una obligación de carácter legal, o positiva de actuar, ya que la "obligación de garante" (*Garantenpflicht*) está basada sobre una norma de carácter positivo codificada en un Tratado Internacional, el cual además está reconocido como derecho consuetudinario. Esta obligación general de actuar se complementa con varias disposiciones específicas de conducta positiva, tales como las que están reglamentadas bajo el PAI¹⁸⁶. Aunque estas disposiciones estaban originariamente dirigidas únicamente a los Estados Parte, ahora pueden ser consideradas como la base de reglas de responsabilidad relativas a la ausencia de actuación individual, en la medida en que la doctrina de la responsabilidad del superior y la mayor parte de las infracciones establecidas por el derecho de Ginebra (incluido lógicamente el PAI) han sido "individualizadas" por el Estatuto de Roma y por las leyes nacionales que lo han implementado. Como resultado de este trabajo, se ha establecido un marco amplio de la responsabilidad penal que puede ser limitado únicamente, como lo examinaremos posteriormente en detalle, por los

¹⁸⁶ DE PREUX, nm. 3536; para más fuentes sobre obligaciones de los comandantes, ver BANTEKAS, pp. 576-577. Véase para el caso de interpretaciones similares con respecto a la responsabilidad del propietario de la empresa (§ 130 Owic), *supra* nota 142.

elementos de control y el requerimiento del *mens rea* (elemento subjetivo).

Finalmente, si se desea hacer una comparación del concepto de responsabilidad del superior con un acto positivo, se ha de relacionar este concepto desde el punto de vista sistemático con la responsabilidad penal por *ordenar* un crimen. En ambos casos la responsabilidad penal del superior está en juego: en el caso de una "orden" hay responsabilidad por un acto positivo —ordenar cometer un crimen determinado— y en el caso de responsabilidad del superior por su inacción al no impedir la comisión de un crimen. En este sentido, ordenar la comisión de crímenes y faltar al deber de impedirlos, si bien conceptualmente distintos, parecen ser diferentes caras de la misma moneda¹⁸⁷. La similitud práctica de las dos formas de conducta penal están reflejadas también en la jurisprudencia que hemos analizado en este artículo¹⁸⁸. Normalmente los casos de responsabilidad penal del superior están acompañados por órdenes dadas a efectos de realizar ciertos actos; si tales órdenes no pueden ser probadas o atribuidas al acusado, la responsabilidad del superior sirve como una especie subsidiaria de la responsabilidad penal¹⁸⁹. De esta manera, el secretario general afirmó, en su informe sobre el establecimiento del TPIY, que una persona en posición

¹⁸⁷ Cfr. GREEN (1989), p. 167. Véase también ECKHARDT, pp. 4-5; W.H. PARKS, "Unas cuantas herramientas en la persecución de crímenes de guerra", *Military Law Review* 149, 1995, pp. 73, 75.

¹⁸⁸ Véase, por ejemplo, *U.S. v. List et al.*, *supra* nota, p. 1.257: "los responsables por tales crímenes por ordenarlos o autorizar su comisión, o por no tomar las medidas necesarias..." ("Those responsible for such crimes by ordering or authorizing their commission, or by a failure to take effective steps...").

¹⁸⁹ Véase también WU/KANG, p. 274.

de autoridad superior, sería responsable en cualquiera de los dos eventos: por dar una orden ilegal para cometer un crimen, o por faltar a la obligación de impedir la comisión de un crimen¹⁹⁰. La CDI distingue entre una contribución directa e indirecta a la comisión de un crimen¹⁹¹. En forma similar, una resolución reciente del Congreso de la AIDP reconoció la importancia paralela de ordenar y faltar al deber de impedir delitos en el marco de las organizaciones delictivas¹⁹². Esta resolución también nos recuerda la importancia de la doctrina denominada "dominio en virtud del control de los aparatos organizados de poder" (*Organisationsherrschaftslehre*) con respecto a la atribución de responsabilidad penal por actos positivos dentro de la organización criminal¹⁹³. Sin embargo, la diferencia entre ordenar e incumplir para impedir, en términos legales, estriba en el hecho de que la responsabilidad, en el primer caso, está aceptada en el derecho penal internacional¹⁹⁴, mientras que la segunda aún necesita desarrollarse.

Aunque la responsabilidad del superior es legal y lógicamente concomitante con la justificación de "obediencia a las órdenes del superior"¹⁹⁵, no existe una paradoja entre la responsabilidad paralela del superior por dar una orden ilegal y la de

190 S/Res. 827 (1993), 25 de mayo de 1993, impreso en p. 32, ILM 1203, 1993, párr. 56.

191 Informe CDI 1996, *supra* nota 100, p. 35, párr. 1. De manera similar WU/KANG, 289: orden como directa responsabilidad del mando; también BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 419.

192 Véase Resolución II. 1. *supra* nota 139 y texto que la acompaña.

193 Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1994, pp. 242-252; 653-654. Ya me he referido a la importancia de esta doctrina para el derecho penal internacional en el artículo "Individual Criminal Responsibility", *supra* nota 74.

194 Véase BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 441; concurrentemente WU/KANG, pp. 272; 289.

195 BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 420.

el subordinado por ejecutar esta orden. Este punto de vista, que es defendido por D'AMATO y correctamente rechazada por LEVIE¹⁹⁶, pasa por alto las diferentes formas de participación desarrolladas en la doctrina del derecho penal, especialmente en el denominado "modelo diferenciado del continente europeo", el cual también está reconocido en el artículo 25 del Estatuto de Roma¹⁹⁷. Una diferenciación de tal naturaleza con respecto a la participación criminal hace perfectamente posible considerar al superior como un cómplice (instigador) o autor indirecto (perpetración por medios) y al subordinado como un autor directo. El hecho de que la orden del superior sea ilegal y, en consecuencia, no fuese ejecutada por el subordinado es solamente una expectativa normativa y no puede absolver al superior de responsabilidad. De otra manera, un delito cometido dentro de la estructura de las relaciones jerárquicas—por ejemplo, el asesinato por parte de un sicario del líder de una revuelta en tiempos de orden—entrañaría impunidad para el "hombre de atrás" cuya conducta es normalmente considerada aún más lesiva que la del perpetrador directo.

2. Actus Reus

a. El "Status" del Superior

La jurisprudencia de Nüremberg limitó la responsabilidad criminal por los actos de otros a los comandantes generales y oficiales, excluyendo al personal militar sin poder de

196 Véase bibliografía.

197 Véase AMBOS, Article 25. Individual criminal responsibility, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, O. TRIFTERER (ed.), 1999, nm. 2, pp. 7 y ss.

mando¹⁹⁸. Con respecto a la guerra de agresión, el acusado debía ser un "líder" o "ideólogo" o haber pertenecido al "nivel político"¹⁹⁹. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente limitó la responsabilidad a los miembros del gabinete²⁰⁰, la jurisprudencia del TPIY requirió "una posición de autoridad"²⁰¹ o "poder jerárquico"²⁰². En resumen, los antecedentes jurisprudenciales internacionales no tienen realmente una interpretación unívoca del problema referente a si el superior tiene que pertenecer a cierto nivel jerárquico y, siendo así, a qué nivel. Aunque la jurisprudencia de la posguerra parece limitar la responsabilidad a los jefes o al nivel político, ello excluye implícitamente, y no explícitamente, a los comandantes pertenecientes a este nivel. En POHL *et al.* los *staff officers* estaban excluidos, toda vez que ellos no poseían poder de mando.

En cuanto a los esfuerzos de codificación, la ILC claramente afirmó que el artículo 6° del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 se refiere a cualquier superior en la cadena de mando, y no solamente al superior inmediato dentro de una jerarquía determinada²⁰³. De igual forma, el artículo 87, (1) del PAI ha sido interpretado como refiriéndose "a todas las personas que hayan tenido responsabilidad de mando, desde los comandantes al más alto nivel hasta los líderes que tienen

198 Véase *U.S. v. Pohl & Others*, II. 2. b) *supra* nota 30 y ss.

199 Véase *supra* II. 2.b) aa).

200 Véase *ibid.*, *supra* nota 45.

201 Véase DELALIC *et al.*, *supra* nota 65 y texto.

202 ALEKSOVSKI, *supra* nota 64.

203 Informe ILC 1996, *supra* nota 108, p. 37, párr. 4.

sólo unos pocos hombres bajo su mando"²⁰⁴. Esto implica que la relación superior-subordinado exige una cadena de mando²⁰⁵, pero eso no significa que todas las personas que estén en la cadena sean igualmente responsables sin tener en cuenta las circunstancias concretas y el nivel de la jerarquía que se encuentre involucrada²⁰⁶, sino que solamente clarifica el concepto de responsabilidad del superior, en el sentido, de que éste no está *per se* limitado a los más altos escalones del mando. Esta observación se sustenta por la redacción de las disposiciones respectivas en otras codificaciones. El artículo 6° del Proyecto de Código de Crímenes de la CDI de 1996, por ejemplo, se refiere a la responsabilidad de todos los superiores (en plural) por los subordinados que cometan un crimen²⁰⁷. Análogamente, el artículo 28, (b) del Estatuto de Roma se refiere a las relaciones entre superior y subordinado; la más importante característica de esta relación es el poder de mando del superior (control/autoridad) sobre los subordinados, no el rango particular del superior²⁰⁸.

204 "To refer to all those persons who had command responsibility, from commanders at the highest level to leaders with only a few men under their command". Véase DE PREUX, nm. 3553 citado en *Official Records*; véase también nm. 3561: "Todo comandante a cualquier nivel tiene la obligación de reaccionar" ("Every commander at every level has a duty to react..."). De manera similar PARTSCH, p. 528.

205 BANTEKAS, pp. 580-581, 584.

206 DE PREUX, nm. 3554; véase también ROGERS, *Law on the Battlefield*, 1996, p. 142; BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 421. De manera similar ROLING, *supra* nota 118, p. 15 se muestra partidario de una "responsabilidad especial para la materia en cuestión" ("special responsibility for the field in question").

207 Véase *supra* II. 1. b).

208 Cfr. FENRICK, 1999, nm. 4, p. 15. De manera similar, ello se afirmó en *U.S. v. VON LEEB et al.*, *supra* nota, p. 489: "no es el rango o el status de una persona, sino su poder para modelar o influir la política de su estado, lo que es relevante a la hora de determinar su culpabilidad bajo el cargo de crímenes contra la paz" ("It is not a person's rank or status, but his power to shape or influence the policy of his state, which is the relevant issue for determining his criminality under the charge of crimes against peace").

En otras palabras, el requerimiento mínimo de la responsabilidad de mando es que el superior respectivo tenga *mando*²⁰⁹. Aunque esto resulta evidente, dado que el término "mando" es parte del mismo concepto, esto no significa necesariamente que el mando acarree responsabilidad. Esta implicación sólo puede ser consecuencia del vínculo existente entre los dos, tal como se afirma en el Field Manual de los EE. UU.: "el comandante militar posee completa y total *responsabilidad* por todas las actividades de su unidad"²¹⁰. Por otra parte, en el caso de los superiores no militares, el Estatuto de Roma habla de "autoridad y control" y consecuentemente el título del artículo 28 no es "responsabilidad del mando" sino "responsabilidad de los comandantes y otros superiores". Si se desea usar un título más conciso que comprenda ambos tipos de superiores, se podría hablar de *responsabilidad por la autoridad y control*, ya que este criterio es utilizado para ambos tipos de superiores; una fórmula manejable que ha sido usada a través de este texto podría ser simplemente "responsabilidad del superior". El requerimiento de mando también le da una nueva calificación a la relación entre superior y subordinado. La cuestión en este caso ya no es la clase de mando que el superior debe ejercer, sino si el superior posee "autoridad y control" sobre los subordinados, lo cual no excluye que el mismo superior sea un subordinado²¹¹.

²⁰⁹ Sobre las fuentes del mando de *iure* véase Batekas, pp. 578-9, quien distingue entre mando político, estratégico, operacional y táctico.

²¹⁰ "The military commander has complete and overall *responsibility* for all activities within his unit". §22 FM 22-100 citado de acuerdo con HOWARD, p. 14 (el énfasis es nuestro).

²¹¹ FENRICK, 1999, nm. 17.

Se podría argumentar que es una clara consecuencia del hecho de que una persona tenga subordinados, que al mismo tiempo tenga autoridad o control sobre ellos. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto. El argumento es demasiado formal: el artículo 28 –así como la jurisprudencia del TPIY y TPIR– no hacen referencia al *status* formal del superior aisladamente, sino a *status de facto* (el que efectivamente actúe como)²¹². Así, la disposición no hace referencia a una situación del "deber ser" (en el mundo ideal-normativo) sino más bien a la situación que realmente es (en el mundo real). En conclusión, el sujeto o agente del concepto de la responsabilidad del superior, tal y como lo entiende el artículo 28, es el superior que tiene "autoridad y control" efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su *status* formal²¹³; el concepto de un superior debe ser observado "en términos de una jerarquía que acompaña el concepto de control"²¹⁴. De esta forma el *status* del superior está íntimamente ligado al elemento que se analiza en la siguiente sección.

b. "Mando y control" efectivo o "Autoridad y control"

El primer interrogante que suscita este aspecto es si existe

²¹² Cfr. FENRICK, 1999, nm. 5, 18; véase también WU/KANG, pp. 292-3 y BANTEKAS, pp. 579-580.

²¹³ Véase la convincente definición de BANTEKAS, p. 582: "ser temido por otros y ejercer el propio poder sobre otros rinde superioridad a un individuo sobre aquellos con menor poder o mayor temor [...] se necesita verdadera y efectiva subordinación como resultado del ejercicio de la propia influencia sobre los otros" ("Being feared by others and enforcing one's might over others renders an individual superior to those with lesser power or greater fear... actual and effective subordination as a result of the exercise of one's influence over persons is necessary").

²¹⁴ DE PREUX, nm. 3544. ROGERS, *supra* nota 202, p. 140, pretende distinguir entre el artículo 86 (2) y 87 (3) del PAI a este respecto. Sin embargo, las dos disposiciones deben ser leídas conjuntamente.

verdaderamente una diferencia entre los conceptos de "mando y control" [párr. (a) art. 28] y "autoridad y control" [párr. (b)]. Esta cuestión es únicamente relevante con respecto a los superiores militares, pues solamente en estos casos ambos conceptos resultan aplicables. Como los dos conceptos contienen el término "control" es claro que el control está ligado al mando, o a la autoridad, o depende de éstos. En este sentido, "el control" es una clase de término comprensivo que engloba al mando y a la autoridad. Mientras el mando se refiere en un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para dominar y controlar²¹⁵, la "autoridad" parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y/o derecho a ejercitar poderes, derecho a mandar etc.²¹⁶. Ambos términos implican control: "mando" explícitamente como poder para controlar; "autoridad", implícitamente como derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad, normalmente controla sus "fuerzas"²¹⁷ o sus subordinados²¹⁸ y tiene capacidad de expedir órdenes²¹⁹.

Esto es menos claro, por ejemplo, si las funciones militares están divididas, es decir, si un comandante solamente ejerce control operacional pero no control administrativo. En este caso, es de esperar que el comandante tome todas las medidas que estén físicamente a su alcance para impedir la comisión

²¹⁵ Black's Law Dictionary, 1990, p. 267. De manera similar FENRICK, 1995, p. 124.

²¹⁶ Ibid., p. 133.

²¹⁷ El término "fuerzas", usado en relación con los comandantes militares incluye fuerzas armadas, grupos o unidades bajo un mando (art. 43 PAI) así como unidades de policía y paramilitares (FENRICK, 1999, p. 6).

²¹⁸ Cfr. Parks, p. 83.

²¹⁹ Véase BANTEKAS, pp. 582-583.

de delitos por parte de sus subordinados. La carencia de control administrativo no redime o excluye el uso de todas las otras medidas que estén a su disposición²²⁰. Este criterio se aplica *viceversa* si el comandante tiene control administrativo pero carece de control operacional. En este caso, se espera de él que al menos emplee los medios administrativos disponibles o las sanciones para prevenir la comisión de crímenes. Un deber de actuar puede ser rehusado solamente si no existe un control sobre todos los aspectos. Este puede ser el caso en el que los subordinados están totalmente fuera del alcance del control y por esa razón no puedan obedecer las órdenes del superior, generándose la comisión de excesos amplios o aislados²²¹. Es el caso que se presenta para un asesor militar que no tiene control operacional ni administrativo. En tal caso, sólo se puede esperar del asesor el informe de la comisión de los crímenes a la autoridad que está al mando o la dimisión a su posición²²². Por otra parte, el criterio resulta aplicable frente al deber de actuar del comandante referido al ámbito territorial sobre el cual él ejerce autoridad y control, es decir, en el caso de una ocupación, aún cuando este territorio trascienda su propia área de mando (formal)²²³. Este punto de vista está confirmado por la referencia a la "autoridad y control" que aparece en el párr.

²²⁰ PARKS, pp. 84-85; BANTEKAS, pp. 585-586.

²²¹ Cfr. SCHÜNEMANN, p. 45, quien se refiere en el contexto económico a los excesos debidos a la "emancipación de los subordinados". De acuerdo con ROGALL, p. 619, en esta situación la ilicitud resultante no puede ser atribuida al superior.

²²² Cfr. PARKS, p. 86. Véase también DE PREUX, nm. 3557, quien acertadamente enfatiza que los asesores están para asesorar, no "para reemplazar" al comandante, también PARTSCH, p. 529.

²²³ PARKS, pp. 85-86; también DE PREUX, nm. 3555, ROGERS, *supra* nota 202, p. 141; BANTEKAS, p. 586.

(a) y (b) del artículo 28²²⁴. A ello hay que añadir que el superior debe supervisar activamente ciertas zonas de conflicto²²⁵.

El control (mando, autoridad) debe ser "efectivo"²²⁶. De acuerdo con FENRICK, este término "pretende abarcar tanto el mando de *iure* como el de *facto* y asegurar que cuando existan varias cadenas de mando, la responsabilidad esté asignada a la cadena de mando en la que resida el poder de dar órdenes..."²²⁷. Como lo muestra el artículo 28, (b) (ii), el requerimiento de control efectivo es particularmente importante con respecto a los superiores no militares²²⁸. La reiteración de este requerimiento da la pauta de que los proyectos deseaban limitar la responsabilidad de un civil en comparación con los superiores militares a nivel objetivo. No existe un control efectivo, por ejemplo, con respecto a las actividades que no son propias del trabajo de los subordinados²²⁹. En este sentido, WU/KANG argumentan que el fin de la relación entre el superior y el subordinado sería considerado como una limitación del deber de control del superior "el cual es parte de su relación"²³⁰. Esto parece ser aplicable a los civiles, mas no a las relaciones entre militares, ya que estas últimas comprenden casi toda la conducta de los subordinados. En general, el control en las jerarquías civiles es

²²⁴ FENRICK, 1999, nm. 8.

²²⁵ Véase ECKHARDT, pp. 23-234 con varios ejemplos.

²²⁶ Véase también BANTEKAS, p. 580.

²²⁷ FENRICK, 1999, nm. 7.

²²⁸ Ver también VETTER, pp. 115 y ss.

²²⁹ FENRICK, 1999, nm. 19.

²³⁰ WU/KANG, p. 295.

menos estricto que en las militares²³¹. Un superior civil, normalmente, no tiene poder de sanción sobre los subordinados en el mismo sentido en que lo tiene un superior militar; por consiguiente, como se ha afirmado por el TPIY en el caso ALEKSOVSKI, el mismo poder de sanción no puede ser un requerimiento de la responsabilidad del superior aplicable a los civiles²³².

Una *delegación* del deber de supervisión no absuelve al superior de responsabilidad²³³; más bien, este deber se convierte internamente en un deber de selección adecuada, de instrucción y control permanente. Esta observación se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Tokio, el cual desarrolló el concepto de los deberes²³⁴ en forma "sistemática", en la doctrina alemana del artículo 41 del WstG y el § 130 de la Ley de Infracciones Administrativas (Owic)²³⁵. En forma similar el artículo 13 (2) del *Corpus Juris* establece:

La delegación de poder y responsabilidad penal es válida únicamente como justificación si ella es parcial, precisa y específica [...] y si el delegado está realmente en una posición capaz de cumplir las funciones que se le han delegado. Dicha delegación no excluye la responsabilidad general de segui-

²³¹ Véase FENRICK, 1995, p. 117: "la mayoría de los líderes burocráticos no disponen del mismo tipo de autoridad sobre la vida y la muerte" ("Most bureaucratic leaders do not wield the same type of life and death authority").

²³² Véase *supra* nota 73.

²³³ En particular si la delegación sirve únicamente al propósito de evadir la responsabilidad penal, véase BANTEKAS, p. 585.

²³⁴ WU/KANG, pp. 293-294; véase también GREEN, 1995, p. 355 y *supra* II. 2.b).

²³⁵ Véase II. 3., *supra* nota 128, 141 y texto que la acompaña.

miento, supervisión y selección del personal, y no incluye tareas propias de la dirección del negocio tales como la organización general del trabajo dentro de la empresa²³⁶.

Otro asunto es cuán lejos ha de ir, una vez establecido, el deber de un superior. No cabe duda de que el superior debe actuar para impedir los crímenes cometidos por los subordinados a través de actos positivos. ¿Pero qué sucede en torno a los crímenes cometidos por omisión? Tomemos el caso de un soldado responsable de la muerte de un prisionero de guerra por inanición; o el caso de un soldado que no interviene en un delito cometido por otro soldado sin que participe del *mens rea* del perpetrador, es decir, sin que exista complicidad. Admitiendo que el problema no es de una importancia práctica significativa, toda vez que el Estatuto de Roma no contiene una norma general relativa a la omisión, este aspecto solamente se reconoce en los verdaderos delitos de omisión como los establecidos en los artículos 5° a 8°. Aún así, existen algunos delitos que no necesariamente requieren

²³⁶ "The delegation of powers and criminal liability is only valid as a defence if it is partial, precise and specific... and if the delegates are really in a position to be able to fulfil the functions delegated to them. Such delegation does not exclude the general responsibility of monitoring, supervision and selection of personnel, and does not include matters proper to the head of business such as general organisation of work within the business". Véase DELMAS MARTY (ed.), *supra* nota 133, p. 70. Véase también artículo 12 (3) de la versión revisada, DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *supra* nota 136, p. 193: "...the fact that he [the head of business] delegated his powers shall only be a defence where the delegation was partial, precise, specific, and necessary for the running of the business, and the delegates were really in a position to fulfill the functions allotted to them. Notwithstanding such a delegation, a person may incur liability under this article on the basis that he took insufficient care in the selection, supervision or control of his staff, or in the general organisation of the business, or in any other matter with which the head of business is properly concerned". Véase también §e (3) de la propuesta de TIEDEMANN, *supra* nota 135, p. 511.

un acto positivo, pero para los cuales una omisión resulta suficiente²³⁷; el deber de intervención del superior abarca estos delitos de omisión. También el artículo 28 se refiere en un sentido general a "crímenes de la competencia de la Corte". Uno puede tomar estos ejemplos adicionalmente, para imaginar una situación en la cual un soldado se rehusa a ayudar a un civil o a un compañero de armas. ¿Sería responsable este soldado por faltar al cumplimiento del deber general de prestar asistencia como lo reconoce el derecho penal doméstico (véase por ejemplo, §323 C. P.)? ¿Sería consecuentemente responsable el superior por no haber prevenido la falta del soldado de no prestar asistencia? Lógicamente, estos casos tendrán rara ocurrencia, dados los problemas probatorios que implica la demostración de tales supuestos. Además, el superior puede tener el necesario *mens rea* solamente con respecto a los crímenes realmente atroces y a los cometidos masivamente. No obstante, los ejemplos muestran que es necesaria una aclaración en lo concerniente a los tipos de crímenes que caen dentro de la obligación de intervenir por parte del superior.

c. Crímenes como resultado del incumplimiento de actuar por parte del superior

El requerimiento de que los crímenes de los subordinados sean "un resultado del incumplimiento de ejercer el control apropiado", implica una relación causal entre el incumplimiento del superior y la comisión de crímenes por parte

²³⁷ Por ejemplo, "infligir deliberadamente grandes sufrimientos" [art. 8, párr. 2 (a) (iii)] puede ser cometido por no alimentar a las víctimas.

del subordinado. Ésta corresponde exactamente a la clase de causación requerida por el artículo 41 del *Wstg* y el §130 de la *Owig*²³⁸. En términos concretos, la acusación –de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida como *conditio sine qua non* o test “but for”²³⁹– debe probar que los crímenes no hubieran sido cometidos, si el superior hubiera supervisado apropiadamente a los subordinados. Así, la fórmula de la *conditio* debe ser invertida. Mientras que, normalmente, un acto positivo causa una consecuencia determinada, es decir, la consecuencia no hubiera tenido ocurrencia sin este acto, en el caso de la omisión el argumento va en otro sentido: el no actuar “causa” la consecuencia, toda vez que el acto omitido, hubiera impedido lo que efectivamente ocurrió. Admitiendo que esta fórmula entra en conflicto con el sentido común, basado en consideraciones filosóficas, pues es claro que la omisión no puede desplegar ninguna “energía causal”²⁴⁰, debe asumirse el concepto de causación sobre bases de carácter normativo-legal²⁴¹. En efecto, la fórmula invertida de la *conditio*, está también reconocida, como se mencionó al principio de esta sección, en el artículo 41 del *Wstg* y el § 130 de la *Owig*. En cuanto al resultado, es suficiente que la falta de supervisión del superior incremente el riesgo de que los subordinados cometan ciertos crímenes. Cualquier criterio que sea más exigente hace imposible el requerimiento de causación, toda vez que nosotros estamos tratando con una causación hipotética de eventos que están “en el mundo de

²³⁸ Véase *supra* II. 3., nota 124 y 136 y ss. y texto que las acompaña.

²³⁹ Cfr. FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, pp. 62-63.

²⁴⁰ Cfr. *ibid.*, p. 67.

²⁴¹ Véase al respecto la doctrina alemana predominante: JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 171, pp. 618-619.

lo imaginario”²⁴²: es empíricamente imposible decir lo que hubiera ocurrido, si el superior hubiera cumplido con el deber de supervisión. En otras palabras, la existencia de una relación de causalidad exacta entre el incumplimiento de supervisión y la comisión de los crímenes, puede sólo ser probada efectivamente *ex post*²⁴³. Sólo puede decirse con seguridad que la relación causal necesaria no existe si el subordinado comete excesos y no obedece más las órdenes del superior²⁴⁴.

Esto no significa, sin embargo, que la crítica tradicional a la fórmula de la *conditio sine qua non* no sea aplicable aquí. Se puede imaginar, por ejemplo, el escenario de un territorio ocupado en el cual se han cometido crímenes, o por los subordinados impropriamente supervisados, o en su defecto, por fuerzas hostiles operando en el mismo territorio. En un caso tal de causación *alternativa*, el superior responsable afirmaría que los crímenes hubieran podido ser cometidos de todas formas, aún cuando los subordinados hubieran sido supervisados apropiadamente. Esta justificación, se aplicaría solamente si los dos grupos hubiesen actuado simultáneamente en la comisión de los crímenes, ya que solamente en este caso se podría hablar de una verdadera causación alternativa²⁴⁵. En cualquier otra situación, es decir, si un grupo llegó primero al lugar de los hechos, la responsabilidad penal sería atribuida, concordantemente, a tal grupo.

²⁴² FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, pp. 62-63.

²⁴³ Cfr. SCHÜNEMANN, p. 48; ROGALL, p. 611; GÖHLER, *supra* nota, nm. 22.

²⁴⁴ Véase *supra* nota 217 y texto que la acompaña.

²⁴⁵ Véase el ejemplo dado por FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, p. 63.

Una causación hipotéticamente alternativa no tendría impacto. El ejemplo muestra, sin embargo, que existen casos en donde la simple (invertida) fórmula de la *conditio* podría conducir a resultados insatisfactorios. En tales casos, las teorías normativas de la imputación²⁴⁶ (imputación objetiva), o la doctrina de la causa próxima²⁴⁷ podrían ser de ayuda.

d. Medidas "necesarias y razonables" a "su alcance"

El superior debe tomar medidas que sean "factibles" [art. 86, (2) del PAI; art. 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1991], "necesarias" [art. 87, (3) PAI; art. 6 Proyecto de Código de Crímenes de 1996; art. 7, (3) Estatuto del TPIY y art. 6, (3) del Estatuto del TPIR], o "razonables" (Estatutos del TPIY y TPIR). No existe una diferencia sustantiva entre estas cualificaciones. Esto ha sido confirmado por la ILC con respecto a las medidas²⁴⁸ "factibles" o "necesarias". En cualquier caso, el superior debe poseer ambas: la "competencia legal" y la "posibilidad material" para impedir o reprimir los crímenes²⁴⁹. Es obvio que estos dos requerimientos le posibilitan al superior plantear una justificación importante²⁵⁰.

²⁴⁶ Estas teorías tratan de limitar la imputación por criterios normativos (cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 1997, secc. 11, nm. 39-136; véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, pp. 495-96). Para nuestro contexto en particular véase ROGALL y SCHÖNEMANN, como aparece citado *supra* nota 143 y texto que la acompaña.

²⁴⁷ FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, pp. 64-67.

²⁴⁸ Véase *supra* II. 2. b), nota 110 y texto que la acompaña.

²⁴⁹ Informe CDI 1996, *supra* nota 108, pp. 38-39, párr. 6 (el énfasis es nuestro); de manera similar PARTSCH, p. 525. Véase también la posición del TPIY, *supra* nota 70.

²⁵⁰ Cfr. GREEN, Article 12: Responsibility of the Superior, *Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, en: Ch. M. BASSIOUNI (ed.), 1993, pp. 195-196 (196). Véase también HESSLER, pp. 1285 y ss.: ausencia de control físico o autoridad legal como una justificante.

De acuerdo con FENRICK²⁵¹ el comandante debe actuar de la siguiente forma:

- asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente instruidas en Derecho Internacional Humanitario;
- asegurarse en debida forma de que se está cumpliendo el Derecho Internacional Humanitario en la ejecución de las decisiones operativas;
- asegurarse de que un sistema efectivo de información sea establecido, de tal forma que él esté informado de los incidentes cuando las infracciones al Derecho Internacional Humanitario hayan podido ocurrir;
- controlar el sistema de información para asegurarse de su efectividad, y
- tomar las acciones correctivas cuando reciba información de que las infracciones van a ocurrir o han ocurrido.

En cualquier caso, ha de esperarse solamente que estas medidas estén dentro del alcance del superior [art. 86, (2) PAI] y además comprendidas dentro del mando y control por parte del superior [art. 87, (1), (3) PAI] como se estableció anteriormente. De esta manera, las medidas concretas dependen de la posición del superior en la cadena de mando²⁵². Si el superior mismo es responsable de una situación que permita su disminución del alcance para impedir un crimen,

²⁵¹ FENRICK, 1999, nm. 9.

²⁵² FENRICK, 1999, nm. 12.

puede resultar penalmente responsable "por admitir que tal situación se desarrolle"²⁵³. El superior debe mostrar buena fe en el concierto de sus responsabilidades²⁵⁴.

El tiempo de la comisión de los delitos es también importante como lo veremos en la siguiente sección.

e. "Impedir", "reprimir" o "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes"

Al margen de "impedir" y "reprimir" [arts. 86, (2) y 87, (3) del PAI], los términos "suprimir" y "denunciar"²⁵⁵ han sido empleados en las codificaciones anteriores [art. 87, (1) del PAI]. En contraste, la fórmula "poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes" es nueva; sin embargo, esta última corresponde en lo esencial al antiguo requerimiento de "informar". La fórmula viene a llenar el vacío correspondiente a la ausencia de obligaciones específicas para aquellos superiores que no cuentan con poder disciplinario, o con facultades para "reprimir" un crimen. Es necesario aclarar que la fórmula no está limitada a los superiores que no sean militares, pues ha sido incluida, tanto en el párr. (a) (ii), como en el (b) (iii)²⁵⁶.

²⁵³ Véase WU/KANG, p. 296.

²⁵⁴ FENRICK, 1999, nm. 14, 25.

²⁵⁵ Estos términos están utilizados únicamente en la versión inglesa. En la traducción oficial CICR el texto dice: "Las altas partes contratantes y las partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los convenios y del presente protocolo, y en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes".

²⁵⁶ FENRICK pasa por alto este asunto ya que los comentarios sobre esta fórmula, al menos explícitamente, se refieren únicamente a los superiores no militares (1999, nm. 25).

Si el superior tiene que "prevenir" o "reprimir" depende de las circunstancias concretas de cada caso. En general, se puede hacer la siguiente distinción²⁵⁷: si un crimen, todavía no ha sido cometido (se proponían cometerlo) el superior está obligado a intervenir, por ejemplo, a través de la impartición de órdenes apropiadas; si el crimen ya ha sido cometido, el superior sólo puede reaccionar únicamente con medidas represivas, es decir, ordenando una investigación y castigando a los perpetradores o sometiendo el asunto a las autoridades competentes. Si los subordinados están "cometiendo" crímenes, tal y como aparece formulado en el artículo 28 (a) (i) y (b) (i), el superior está todavía en capacidad de "prevenir" la continuación de la comisión y de "reprimir" los crímenes ya cometidos.

El artículo 28 no refleja adecuadamente la diferencia entre las medidas preventivas y represivas en su requerimiento relativo a que el superior "prevenga o reprima su comisión". Reprimir en este contexto parece implicar solamente que el superior deba detener (más o menos) la comisión de los crímenes, pero no castigar a los perpetradores, ya que los crímenes aún no han sido cometidos²⁵⁸. En un sentido similar, la ILC tampoco distingue entre "impedir" y "reprimir", pero afirma que ambos implican la iniciación de acciones penales y disciplinarias²⁵⁹. Sin embargo, aunque el artículo 28 -al

²⁵⁷ Véase también FENRICK, 1999, nm. 12-4; BANTEKAS, pp. 591-2. Sobre el factor temporal véase *supra* II. 2. b).

²⁵⁸ Véase VAN DEN WYNGAERT, *Commentaries*, BASSIOUNI (ed.), 1993, p. 59, con respecto al proyecto de código de 1991. En contraste, de acuerdo con PARTSCH, p. 524, este es el sentido de "impedir", mientras que "reprimir" se refiere solamente a medidas penales.

²⁵⁹ Informe Cdi 1996, *supra* nota 108, pp. 36-37, párr. 3-4.

igual que las codificaciones anteriores— requiere claramente ambas, tanto acciones preventivas y represivas²⁶⁰, ello no debe oscurecer la línea distintiva entre las diferentes medidas que se requieran. En cualquier caso, sería ir demasiado lejos el imponer a los superiores la obligación, ya sea de descubrir o predecir la conducta de sus tropas, al menos que sea verosímil que los crímenes ocurran²⁶¹.

3. *Mens Rea*

Salvo "disposición en contrario", la cláusula general relativa al *mens rea* (art. 30 del Estatuto de Roma) permite tener en cuenta otros criterios sobre el requerimiento subjetivo: el artículo 28 hace uso de esta opción²⁶². Como se anotó anteriormente, esta norma establece criterios sobre el requerimiento subjetivo diferentes para los militares y civiles que actúen como superiores, introduciendo un criterio nuevo con respecto a los últimos. Mientras que con el requerimiento del *mens rea* resulta bastante problemático saber si el superior poseía un conocimiento efectivo, cualquier otro criterio confiable que sea inferior a éste es altamente controvertible y difícil de establecer. En esta sección intentaremos aclarar y examinar los diferentes criterios, teniendo en cuenta las codificaciones anteriores, la jurisprudencia reciente y la doctrina.

²⁶⁰ DE PREUX, nm. 3548.

²⁶¹ Cfr. BANTEKAS, pp. 593-594.

²⁶² Véase PIRAGOFF, *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, TRIFFTERER (ed.), 1999, art. 30, nm. 14-5.

a. Superiores militares y no militares: conocimiento efectivo

De acuerdo con el párr. 3 del artículo 30 del Estatuto de Roma, por "conocimiento" se entiende "la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos". En lo que respecta al método probatorio que se emplea para probar el conocimiento efectivo, el TPIY ha afirmado que el conocimiento puede ser establecido a través de evidencias circunstanciales (indicios) pero no puede presumirse²⁶³. Si el conocimiento no es real, sino simplemente *posible*²⁶⁴, la prueba de su existencia debe estar basada únicamente sobre hechos y no sobre presunciones. De otra forma, se optaría por una presunción de conocimiento del superior que sería violatoria del principio de culpabilidad²⁶⁵.

El conocimiento real probado por evidencias circunstanciales debe ser distinguido estrictamente del denominado *conocimiento constructivo*. Como lo veremos posteriormente, el conocimiento constructivo no tiene nada en común con el conocimiento real, pero corresponde a la medida más inferior del criterio del "debió haber tenido conocimiento" (*should have known*).

²⁶³ Véase *supra* II. 2. c), notas 71-9. Cfr. FENRICK, 1999, nm. 10; BANTEKAS, pp. 587-589.

²⁶⁴ Críticamente GREEN, *supra* nota 230, p. 195.

²⁶⁵ DE PREUX, nm. 3546, aparentemente apoya una interpretación de esta naturaleza cuando con referencia a la jurisprudencia de crímenes de guerra afirma: "tomando en cuenta las circunstancias, el conocimiento de los delitos cometidos por los subordinados podía presumirse" ("...taking into account the circumstances, a knowledge of breaches committed by subordinates could be presumed"). Véase también GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 1993, p. 271. BANTEKAS, en pp. 590 y 594 va más allá identificando una "regla de derecho consuetudinario emergente" ("emerging rule of customary law") a este respecto.

b. Superior militar: "debió haber sabido"

El criterio *hubiere sabido* reintroduce la fórmula que fue propuesta sin éxito por el Comité Internacional de la Cruz Roja durante las negociaciones del PAI²⁶⁶ y que está contenida en los manuales operativos militares británico y americano²⁶⁷. Como se mencionó anteriormente, este criterio puede ser rastreado en el caso *Rehenes*, así como en el artículo 86, (2) del PAI ("información que les permita concluir") y en el criterio de "tener razones para saber" del TPIY y TPIR.

La redacción del PAI se presta a confusiones, pues en el idioma francés —*des informations leur permettant de conclure*— abarca aparentemente sólo el elemento objetivo, mientras que en el idioma inglés —*should have enabled him*— abarca tanto el elemento objetivo, como el subjetivo. De acuerdo con los comentarios, la versión francesa prevalecería²⁶⁸, a la luz del objeto y fines del tratado²⁶⁹. Sin embargo, las dos versiones no tienen realmente un significado diferente en el sentido del artículo 33, (4) de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, lo cual aparece confirmado tanto por la CDI, como por el TPIY. Mientras que la CDI interpretó ambas versiones en forma equivalente²⁷⁰, el TPIY indicó en el caso *DELALI et al.* que la diferencia textual no fue considerada

²⁶⁶ Véase *supra* nota 103.

²⁶⁷ Véase *supra* II. 3., notas 120, 122 y texto que las acompaña. Para una crítica en general: ECKHARDT, pp. 19-20.

²⁶⁸ DE PREUX, nm. 3545; PARTSCH, p. 525; FENRICK, 1995, p. 119, también BASKI *supra* nota 64, párr. 326.

²⁶⁹ Cfr. artículo 33 (4) de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

²⁷⁰ YILC 1988, Vol. I, pp. 288-289 (Mr. TOMUSCHAT, vocero del Comité Redactor); también ROGERS, *supra* nota 202, p. 139.

como "algo sustancial" por los delegados de la conferencia de los protocolos²⁷¹. De hecho, la versión francesa no es puramente objetiva, ya que el superior sólo puede extraer conclusiones de cierta información si tiene un conocimiento previo²⁷². En consecuencia, ambas versiones son igualmente claras al decir que al menos la ignorancia *consciente*, en el sentido de ceguera deliberada (*wilful blindness*) no excluye la responsabilidad penal²⁷³. En último término, no estamos tratando con cualquier negligencia (*toute négligence*) sino con una modalidad de la negligencia que desde el punto de vista *normativo*, puede ser puesta en pie de igualdad con el intento doloso, esto es, una negligencia tan grave que esté a nivel del dolo²⁷⁴. Sin embargo, no se debe pasar por alto que "intento" y "negligencia" son estados mentales muy diferentes que sólo en casos excepcionales de un dolo "débil" ("weak intent", *dolus eventualis*) y negligencia "grave" (*strong*, "gross", "conscious" negligence) se aproximan.

El concepto denominado *conocimiento constructivo* también debe ser entendido como una solicitud de información concreta y confiable que le permita al superior conocer la comisión de crímenes. HESSLER afirma correctamente que el conocimiento constructivo consiste en el deber de hacer inferencias desde los hechos conocidos efectivamente y llevar adelante una razonable investigación de los hechos "sospe-

²⁷¹ Decisión del 16 de noviembre de 1998, *DELALI/MUCI/DELI/LANDO*, IT-96-21-T, párr. 392.

²⁷² PARTSCH, pp. 525-526, sin embargo, toma el punto de vista de que un estándar objetivo del texto francés difiere del inglés en que no permite consideraciones subjetivas para determinar si el superior debería haber extraído la conclusión correcta respecto de la información disponible.

²⁷³ DE PREUX, nm. 3545-6.

²⁷⁴ DE PREUX, nm. 3541.

chosos²⁷⁵ efectivamente conocidos. Sobre este fundamento, HESSLER formula su tercera regla, de acuerdo con la cual el superior tiene el deber de conocer los crímenes específicos y las políticas en las que tales hechos se basan. El conocimiento constructivo está definido con respecto a los componentes de orden mental empleados en las reglas uno y dos, es decir, conocimiento de los crímenes o políticas que deben ser prevenidos²⁷⁶. Adicionalmente, el superior tiene la obligación de eliminar los riesgos significativos de futuros crímenes, a los cuales HESSLER considera como tercer componente mental²⁷⁷.

Sin embargo, el conocimiento constructivo no corresponde a la imputación de un conocimiento fundado en hechos puramente objetivos²⁷⁸, lo cual implicaría que el superior debiera tener conocimiento de las atrocidades dada la amplia escala de su comisión. Un criterio de esta naturaleza es una ficción, ya que el conocimiento se presume aún cuando no exista, o al menos no puede ser probado. En efecto, si el conocimiento no existe o no puede ser probado, el superior puede ser responsable a título de negligencia al no tener conocimiento de los crímenes, es decir, porque él no "hubiere tenido conocimiento". Sólo una interpretación de esta suerte no entra en contradicción con el principio de culpabilidad.

²⁷⁵ HESSLER, pp. 1278-1279, 1298-1299. Véase también la definición similar de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas, *supra* nota 72, citado por BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 437; véase también FENRICK, 1995, núm. 124.

²⁷⁶ HESSLER, pp. 1295 y ss.

²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 1299 y ss. En lo que corresponde a este elemento mental, HESSLER considera al derecho como un aspecto indefinido (p. 1282); véase también sus críticas del elemento mental en pp. 1281 y ss.

²⁷⁸ Véase PARKS, p. 90; de manera similar ROGERS, *supra* nota 202, p. 139.

En cuanto al criterio de "tener razones para saber" (*have reasons to know*), no existe una diferencia sustancial con respecto a la fórmula del PAI ("información que les permitiera concluir"). Sin embargo, la ILC argumentó que el criterio de tener razones para saber permite una evaluación más objetiva que el criterio del PAI²⁷⁹. Así la comisión explica la primera fórmula con las palabras de la última, explícitamente refiriéndose al comentario del artículo 86, (1) PAI:

En esta situación, un superior no tiene conocimiento efectivo de la ilegalidad de una conducta existente, planeada o ejecutada por sus subordinados, sino que posee *suficiente información pertinente de naturaleza general* que le permitiría concluir que éste es el caso. Un superior que simplemente ignora la información que le indica claramente la probabilidad de que exista una conducta criminal de parte de sus subordinados, es seriamente negligente al faltar a su obligación de impedir o eliminar tales conductas, por no realizar un razonable esfuerzo para obtener la necesaria información que le permita tomar las medidas apropiadas²⁸⁰.

La similitud de los dos criterios se apoya en el hecho de que la fórmula "tener razones para saber" del TPIY, está basada sobre una propuesta de EE. UU. que se refería al conocimiento posible "a través de informes a la persona del acusado o a

²⁷⁹ Informe CDI 1996, *supra* nota 108, p. 38, párr. 5.

²⁸⁰ El original dice: "In this situation, a superior does not have actual knowledge of the unlawful conduct being planned or perpetrated by his subordinates, but he has *sufficient, relevant information of a general nature* that would enable him to conclude that this is the case. A superior who simply ignores information which clearly indicates the likelihood of criminal conduct on the part of his subordinates is seriously negligent in failing to perform his duty to prevent or suppress such conduct by failing to make a reasonable effort to obtain the necessary information that will enable him to take appropriate action".

través de otros medios"²⁸¹. Por consiguiente, se remitía al caso *Rehenes* y al PAI²⁸². Dado que la fórmula del Estatuto de Roma "hubiere tenido conocimiento" a su vez recupera la propuesta norteamericana, es posible decir que las dos fórmulas no son en esencia diferentes. Este punto de vista es compartido por otros autores²⁸³.

Ahora bien, si estas dos fórmulas distintas empleadas para el requerimiento del *mens rea* no implican, o no pretenden establecer una diferencia esencial, parece mucho más lógico recurrir a una interpretación del criterio "hubiere tenido conocimiento" a la luz del PAI—como la fuente originaria de la responsabilidad del superior—y a principios generales del derecho penal. El problema con esta aproximación es que la fórmula del PAI está lejos de ser clara. Se puede decir que la vaguedad del Protocolo y su ambigüedad son la causa de los frecuentes problemas de interpretación. WU/KANG, en un muy juicioso estudio, nos ofrecen cuatro interpretaciones del artículo 86, (2) del PAI²⁸⁴:

(1) Un superior tiene una obligación de control sobre los actos de los subordinados y será responsable por el conocimiento que un agente razonable, en su posición, hubiere poseído;

(2) El superior debe ser culpable a título de "ceguera consciente" para que el conocimiento sea asumido, porque la ignorancia

²⁸¹ Citado de acuerdo con CROWE, pp. 229-230.

²⁸² *Ibid.*, p. 230.

²⁸³ Véase LEVIE, p. 10: "reason to know" y "should have known" "strikingly similar". LANDRUM, p. 300: criterio del PAI y TPIY "quite similar".

²⁸⁴ WU/KANG, pp. 284-285.

deliberada y el conocimiento efectivo son punibles en la misma medida;

(3) El conocimiento debe ser imputado en forma constructiva, basado sobre la posición del superior, si no existe una forma de que no haya podido saber;

(4) El conocimiento efectivo debe ser probado, pero puede ser inferido por evidencias circunstanciales, tales como la posición del acusado.

Mientras que las interpretaciones (1) y (2) son genuinos criterios de negligencia o imprudencia, respectivamente, en los numerales (3) y (4) se nos presenta un conocimiento "construido" sobre la base de hechos objetivos o evidencias circunstanciales. Desafortunadamente, WU/KANG no examinan más a fondo estos criterios, porque consideran que "la especificación de un requerimiento del elemento intencional (*mens rea*) unitario, unívoco, rigurosamente determinado, sería una tarea infructuosa ya que es casi imposible discernir los límites precisos de la responsabilidad a partir de casos, con respecto al *mens rea* en la práctica"²⁸⁵. Sin embargo, esta claudicación por razones prácticas—sin el intento de una solución teórica menos ambigua que la que existe ahora—es altamente inconveniente. Aunque es cierto que cada caso concreto "está decidido ampliamente sobre sus peculiaridades"²⁸⁶, ello no obsta para que se prosiga en esfuerzos

²⁸⁵ "The specification of a single, rigorously defined, unambiguous *mens rea* requirement ... would be a fruitless exercise as it is almost impossible to discern the precise holdings of derivative liability cases with respect to *mens rea* in practice". *Ibid.*, p. 286.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 287.

más profundos, a efectos de desarrollar modelos teóricos que posibilitarían soluciones más previsibles. Si se toma en consideración los criterios desarrollados por WU/KANG, es posible excluir las interpretaciones (3) y (4) del presente contexto. Mientras que la interpretación (3) puede violar, como en efecto se menciona²⁸⁷, el principio de culpabilidad, por confiar la responsabilidad exclusivamente a hechos objetivos y presumir el conocimiento, a partir de estas bases, la interpretación (4), en realidad no está tratando con el requerimiento del *mens rea*, sino con el problema de la admisión de la evidencia circunstancial, como elemento de prueba para demostrar el conocimiento efectivo²⁸⁸. En cuanto a las interpretaciones (1) y (2) estos conciernen a la fórmula "debió haber tenido conocimiento", constituyen más bien una *negligence* que una *recklessness*. Estos puntos de vista son compartidos por varios estamentos oficiales y privados, de acuerdo con los cuales, la doctrina de la responsabilidad del superior genera responsabilidad por negligencia criminal²⁸⁹. Este particular ya fue discutido con respecto al PAI, dejando en claro que la fórmula del PAI fue escrita pensando en la *negligence*²⁹⁰. Además, en el informe del Secretario General de las Naciones Unidas, relativo al establecimiento del TPIY, se señala el criterio de "tener razones para saber" como "responsabilidad imputada o negligencia criminal"²⁹¹.

²⁸⁷ *Supra* nota 272 y texto que la acompaña.

²⁸⁸ Véase *supra* (a), notas 257-259 y texto que las acompaña.

²⁸⁹ Véase HESSLER, p. 1284: "type of criminal negligence"; véase también su regla tres: "duty to eliminate non-negligible risks..." (énfasis nuestro; véase *supra* nota 269 y ss. y texto que la acompaña); SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417: "liability for negligence". También BANTEKAS, p. 590.

²⁹⁰ Véase *supra* nota 267 y texto que la acompaña; también DE PREUX, nm. 3541.

²⁹¹ *Supra* nota 187, párr. 56.

Más importante que esta argumentación formal, es la observación material, según la cual el criterio de "debió haber tenido conocimiento" corresponde a la negligencia, tal y como la entiende la teoría del derecho penal general. De acuerdo con el §2.02 (2) (d) del Código Penal Modelo de EE. UU. (Model Penal Code-MPC) una persona actúa negligentemente "cuando debiera estar enterada de un riesgo sustancial e injustificable, en el que el elemento material existiera o resultara, a propósito de su conducta"²⁹². La negligencia se distingue de otras modalidades del *mens rea* (propósito, conocimiento, o *recklessness*) en que ella no involucra un estado de consciencia. Una persona actúa negligentemente cuando crea un riesgo del cual no está enterada, pero *debería* estarlo²⁹³. La persona es responsable si la ausencia de percepción del riesgo "implica una gran desviación de los criterios de cuidado que una persona razonablemente observaría en la situación del actor" [§2.02 (2) (d) MPC]. Así, existe una clara y delimitada distinción entre *negligence* y *recklessness* en términos de la conciencia del actor con respecto al riesgo involucrado²⁹⁴: un autor que procede con *negligence* falla al percibir el riesgo, es decir, no es conciente de él; un autor que procede con *recklessness* desatiende "conscientemente" el riesgo [§ 2.02 (2) (c) MPC], es decir, lo percibe, pero aún así lo ignora²⁹⁵. De esta forma, *recklessness* y *negligence* pueden ser equiparadas a los conceptos alemanes de negli-

²⁹² "When he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from its conduct". *American Law Institute*, 1985, Vol. I, p. 226.

²⁹³ *Ibid.*, p. 240.

²⁹⁴ "Involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation". *Ibid.*, p. 242.

²⁹⁵ Cfr. FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, p. 115.

gencia consciente y negligencia inconsciente (*bewußte y unbewußte Fahrlässigkeit*)²⁹⁶. Sin embargo, esta diferencia entre imprudencia consciente y negligencia inconsciente es ignorada cuando se emplean nociones contradictorias, tales como, *wilful, wanton* o aún *conscious negligence*²⁹⁷. Esta ignorancia cuenta bastante en la confusión existente con respecto al elemento subjetivo que envuelve la responsabilidad del superior²⁹⁸. Debería quedar claro que el criterio de "debió haber tenido conocimiento" debe ser entendido como *negligence* y que ella, por consiguiente, no requiere ni consciencia²⁹⁹, ni considera suficiente la imputación de conocimiento sobre la base de hechos puramente objetivos.

La crítica general a la negligencia como una forma del *mens rea*³⁰⁰ no ha impedido su reconocimiento universal³⁰¹. Aunque un análisis más profundo no es posible en este lugar, puede

296 Véase FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, p. 115, quien subraya sin embargo, que el derecho inglés utiliza el término "reckless" no para denotar un riesgo sin consciencia, sino para referirse a casos de enorme negligencia. Véase también PRADEL, *supra* nota 169, pp. 257 y ss., quien distingue entre *insouciance* y *negligence* incluyendo en la primera *recklessness* y en la última negligencia consciente e inconsciente.

297 American Law Institute, *supra* nota 285, p. 242.

298 Un buen ejemplo es el frecuentemente citado estudio de PARKS, quien opta por una "wanton negligence" comprendiendo el "doing of an inherently dangerous act or omission with a heedless disregard of the probable consequences" (p. 97) y una negligencia "so great as to be tantamount to the possession of the necessary mens rea to so become such an active party to the offense" (p. 99).

299 Como erróneamente lo sobreentiende el artículo 87 (2, 3) del PAI de acuerdo con ROGERS, p. 142, este criterio cubre el conocimiento efectivo y el conocimiento constructivo. Sin embargo, esto sólo es real si el conocimiento constructivo se entiende como construcción de conocimiento sobre la base de hechos que posibiliten al superior conocer la comisión de los crímenes.

300 Véase American Law Institute, *supra* nota 285, pp. 243-44; FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 142, pp. 117 y ss.; PRADEL, *supra* nota 169, pp. 263 y ss.

301 FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota, p. 142; PRADEL, *supra* nota 169, p. 261.

afirmarse que el vago criterio³⁰² de "hombre razonable", es posible complementarlo con determinados criterios subjetivos, es decir, éste puede ser "individualizado para alcanzar un criterio justo de juzgamiento del comportamiento individual"³⁰³.

El común denominador de todos estos intentos de definir un criterio menos exigente que el requerimiento de conocimiento efectivo, se basa sobre el hecho de que el superior debe poseer información que le permita concluir que los subordinados están cometiendo crímenes³⁰⁴. Concordantemente, el TRY se refiere a información de tal naturaleza que pondría al superior en conocimiento de los riesgos de tales delitos e indicaría la necesidad de llevar adelante una investigación para determinar si los crímenes han sido cometidos³⁰⁵. FENRICK observa que el criterio "debió haber tenido conocimiento" resulta satisfactorio si el superior "no obtiene o desatiende injustamente información de carácter general dentro de su acceso razonable, que indica la probabilidad de una conducta criminal presente o en perspectiva de ejecución por parte de los subordinados..."³⁰⁶. CROWE distingue entre "informes hechos para el comandante" y "amplios informes de prensa

302 Crítico en este contexto PARKS, p. 90; HESSLER, p. 1285. Para un criterio diferente de lo razonable en caso de militares acusados, véase GREEN, 1989, p. 169.

303 FLETCHER, *Concepts*, *supra* nota 42, p. 119; véase también el criterio subjetivo con respecto a la responsabilidad del mando propuesto por PARKS, pp. 90 y ss.; véase también BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 423.

304 Véase por ejemplo, LANDRUM, p. 301: "had reason to know" parece significar "had the information from which to conclude"; LEVIE, p. 12: información acerca de violaciones a las leyes de la guerra disponibles para un comandante; también FENRICK, 1999, nm. 11.

305 Véase *supra* II. 2. c), nota 74 y texto que la acompaña.

306 "Fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates..." FENRICK, 1999, nm. 11.

que den cuenta de las atrocidades"³⁰⁷. Sin embargo, esta distinción no es relevante, ya que la oportunidad de enterarse de las atrocidades depende de la calidad de la información, no de la fuente. Una investigación a fondo de la prensa, puede efectivamente hacer que el superior se entere de las irregularidades y lo obligue adicionalmente a ordenar la investigación. En sentido similar, el argumento que expone ROGERS, según el cual "el hecho de que los informes estén dirigidos al comandante no significa que él los observe o, aún más, que esté enterado de su existencia"³⁰⁸ no libra necesariamente al superior de responsabilidad, pues él es el responsable de mantener un efectivo sistema de información dentro de su comando³⁰⁹. A ello hay que añadir, que si el superior posee suficiente información, pero no la analiza adecuadamente y *en consecuencia* llega a una conclusión errónea, él es responsable por la reprochable ausencia de un análisis serio de la información. Ahora bien, una situación menos clara es qué consecuencias legales se desprenden de una *evaluación* errónea de la información existente. Tomemos el caso de un superior que ha analizado la información seriamente, pero se representa una conclusión errónea con respecto a la inminente comisión de crímenes por parte de los subordinados. En este caso se debe determinar, primero, las bases del error del superior. Si él ha cometido un error de hecho –aunque es un supuesto improbable si existe información suficiente (factual)– él actuaría, o más bien no actuaría (omitiría) sin *mens rea* en el sentido del artículo 30

³⁰⁷ CROWE, p. 226.

³⁰⁸ ROGERS, p. 139.

³⁰⁹ Véase *supra* (d), nota 246 y texto que la acompaña.

del Estatuto de Roma. Consecuentemente, debe ser exceptuado de responsabilidad penal. A la luz del estándar "debería haber conocido", sin embargo, el superior será penalmente responsable ya que, dada la información disponible, debió haber conocido. Si incurrió en un error de derecho (*mistake of law*), malinterpretando sus obligaciones legales, el superior será penalmente responsable, ya que el derecho penal internacional ha optado por la doctrina del *error juris* de acuerdo con la cual, un error de derecho no afecta la responsabilidad penal, excepto si ella niega el elemento subjetivo³¹⁰.

c. Superiores no militares que deliberadamente hubieren hecho caso omiso de información que claramente indicase

Este nuevo estándar repite esencialmente el criterio conocido de *wilfully blind* procedente del *Common Law* y de los juicios por crímenes de guerra³¹¹. El estándar *wilful blindness* presenta una excepción frente al requerimiento de conocimiento efectivo en que éste se considera satisfactorio –con respecto a la existencia de un *hecho* en particular– "si una persona está *enterada* de una alta *probabilidad* de su existencia, *a menos que* esta persona verdaderamente crea que no existe" (§2.07 MPC)³¹². El conocimiento no se presume, aún cuando lo que

³¹⁰ Véase artículo 32 Estatuto de Roma, *supra* nota 159; véase también mi punto de vista crítico en *supra* nota 156.

³¹¹ Véase por ejemplo, *R. v. FINTA* (1990), ILR 98 (1994) 520 (Ontario, Canadá), p. 595. Véase también ECKHARDT, en relación con los comandantes militares, p. 14: "no hay lugar... para una aproximación al problema como la del avestruz que esconde la cabeza en la tierra" ("no room... for a 'stick your head in the sand' approach"); también VETTER, p. 124.

³¹² "If a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that

se involucre sea el resultado de la conducta del acusado³¹³. El *wilful blindness* y, consecuentemente, el nuevo criterio del artículo 28 (a) (i), se sitúan entre el conocimiento y la *recklessness*. La disposición establece claramente un umbral más alto que el criterio negligente de "debió haber tenido conocimiento" para los superiores militares³¹⁴. En virtud de los *travaux preparatoires* y del hecho de que el conocimiento efectivo ya está comprendido por el primer requerimiento del *mens rea*, se establece un criterio de *recklessness*, más que un criterio de conocimiento. Esto también se infiere de la formulación similar del § 2.02 (2) (C) MPC, el cual define *recklessness* como "consciente" desatención de un riesgo. El segundo criterio desarrollado por WU/KANG también desde este punto de vista es constitutivo de imprudencia³¹⁵.

Como resultado, será mucho más difícil perseguir penalmente a superiores no-militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión³¹⁶. De acuerdo con FENRICK, el indicio usado para probar el conocimiento efectivo³¹⁷ también se puede tener en cuenta para los casos de superiores no militares; pero en ambos casos es necesario establecer³¹⁸:

it does not exist". Véase también American Law Institute, *supra* nota 286, p. 248; LAFAVE/SCOTT, *Criminal Law I*, 1986, pp. 307-308.

³¹³ American Law Institute, *supra* nota 286, p. 248.

³¹⁴ Cfr. FENRICK, 1999, nm. 21. Véase también SCHABAS, *supra* nota 16, p. 419, quien observa el nuevo criterio como establecimiento de un "full knowledge requirement".

³¹⁵ Véase *supra* nota 278 y texto que la acompaña.

³¹⁶ Ver la crítica reciente desarrollada por VETTER, pp. 94; 96; 103; 116; 141 quien toma la postura de que el estándar civil de *mens rea* del Estatuto de Roma reduce la eficacia de la Corte Penal Internacional (pero ver también su contra-hipótesis en nota al pie 171). Así, según su punto de vista, por ejemplo, el diplomático japonés HIROTA, codenado por el I.M.T.F.E., no podría ser considerado responsable con apoyo de este nuevo estándar (*ibid.*, pp. 126-127; con referencias a los casos ROECHLING, AKAYESU y MILOSEVI en pp. 128 y ss.).

³¹⁷ Véase *supra* II. 2. c), notas 74-9 y (a), nota 258 y texto que las acompañan.

- que la información indique claramente el riesgo significativo de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer delitos,

- que la información estaba disponible para el superior y,

- que el superior, en tanto conocedor de la existencia de una información de tal naturaleza, declinara remitirse a tal información.

D. Conclusión

El artículo 28 establece una responsabilidad amplia del superior militar y civil que puede ciertamente basarse sobre el derecho internacional consuetudinario, pero que, sin perjuicio de ello, genera serias preocupaciones. Debe haber una clara distinción entre responsabilidad del superior por actos de sus subordinados respecto de los cuales estaba al tanto y por aquellos actos que le eran desconocidos. En el último supuesto -dejando de lado la sutil diferencia entre el estándar de *mens rea* para el superior militar y para el no militar- la aplicación literal del Estatuto de Roma acarrearía responsabilidad por negligencia respecto de actos intencionales (dolosos), una construcción que no sólo es lógicamente imposible sino que, de mayor importancia, es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. De *lege lata* la única salida de este *impasse* lógico consiste en la creación de un delito separado de "falta de supervisión debida" que por cierto merece un castigo más benigno que la omisión

³¹⁸ FENRICK, 1999, nm. 21.

intencional del superior de evitar que sus subordinados cometan delitos internacionales. En todo caso, el trabajo futuro de la jurisprudencia internacional no es el de extender la responsabilidad del superior aún más, convirtiéndola en una forma de responsabilidad objetiva, sino el desarrollar criterios que limiten la muy amplia responsabilidad establecida por el artículo 28 del Estatuto de Roma.

BIBLIOGRAFÍA

- BANTEKAS, Ilias. "The contemporary law of superior responsibility", *American Journal of International Law* 93 (1999), pp. 573-595.
- BASSIOUNI, Cherif M. *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 2ª ed., 1999, pp. 419-446.
- CROWE, Christopher N. "Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecution", *University of Richmond Law Review* 29 (1994), pp. 191-232.
- D'AMATO, Anthony. "Superior orders vs. command responsibility", *American Journal of International Law* 80 (1986), pp. 604-608.
- DE PREUX, Jean. Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I, Y. Sandoz/Ch. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1988 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, notas marginales 3524-3563.
- DOUGLASS, John Jay. "High Command Case: A study in staff and command Responsibility", *International Lawyer* 6 (1972), pp. 686-705.

- ECKHARDT, William G. "Command criminal responsibility: a plea for a workable standard", *Military Law Review* 97 (1982), pp. 1-34.
- FENRICK, William J. "Some international law problems related to prosecutions before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Duke Journal of Comparative and International Law* 6 (1995), pp. 103-125.
- FENRICK, William J. "Article 28. Responsibility of commanders and other superiors", O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999.
- GREEN, L. C. "Command Responsibility in International Humanitarian law", *Transnational Law & Contemporary Problems* 5 (1995), pp. 319-371.
- GREEN, L. C. "Superior orders and command responsibility", *Canadian Yearbook of International Law* 27 (1989), pp. 167-202.
- HESSLER, Curt A. "Command Responsibility for War Crimes", *Yale Law Journal* 82 (1973) 1274-1304.
- HOWARD, Kenneth. "Command responsibility for war crimes", *Journal of Public Law* 21 (1972), pp. 7-22.
- LANDRUM, Bruce D. "The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now", *Military Law Review* 149 (1995), pp. 293-301.
- LEVIE, Howard S. "Command responsibility", *Journal of Legal Studies* 8 (1997/98), pp. 1-18.
- TIEDEMANN, Klaus. "Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme

im europäischen Strafrecht", A. Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 1998, pp. 496-512.

LEVIE, Howard S. "Some comments on Professor D'Amato's 'paradox'", *American Journal of International Law* 80 (1986), pp. 608-611.

O'BRIEN, Edward J. "The Nüremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood", *Military Law Review* 149 (1995), pp. 275-291.

O'BRIEN, William V. "The law of war, command responsibility and Vietnam", *Georgetown Law Journal* 60 (1972), pp. 605-664.

PARKS, William H. "Command Responsibility for War Crimes", *Military Law Review* 62 (1973), pp. 1-104.

PARTSCH, Karl Josef. "Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I", en M. Bothe/K. J. Partsch/W. A. Solf (eds.), *New rules for victims of armed conflicts*, 1982, pp. 523-529.

PRÉVOST, Ann Marie. "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", *Human Rights Quarterly* 14 (1992), pp. 302-338.

ROGALL, Klaus. Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zstw)* 98 (1986), pp. 573-623.

SALAND, Per. "International criminal law principles", en R. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, 1999, pp. 189-216.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Strafrechtsdogmatische und kriminal-politische Grundfragen der Unternehmenskriminalität", *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (Wistra)* 1 (1982), pp. 41-50.

VETTER, Greg R. "Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (Icc)", *Yale Journal of International Law* 25 (2000), pp. 89-143.

WU, Timothy/KANG, Yong-Sun. "Criminal Liability for the Actions of Subordinates-The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law", *Harvard International Law Journal* 38 (1997), pp. 272-297.