

LA NUEVA JUSTICIA PENAL SUPRANACIONAL

Desarrollos post-Roma

KAI AMBOS
(Coordinador)

Autores:

KAI AMBOS	JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER
ÓSCAR JULIÁN GUERRERO	KNUT DÖRMANN
HANS-PETER KAUL	CLAUS KREß
OTTO TRIFFTERER	IRENE GARTNER
ALICIA GIL GIL	ANA BELTRÁN
	MÓNICA P. KARAYÁN

tirant lo blanch

Valencia, 2002

Copyright © 2002

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

© KAI AMBOS y otros

2003/0593

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPOSITO LEGAL: V - 5429 - 2001
I.S.B.N.: 84 - 8442 - 478 - 2
IMPRIME: GUADA LITOGRAFIA, S.L. - PMc

Índice

Presentación.....	9
<i>Kai Ambos</i>	
Primera Parte	
INTRODUCCIÓN	
- Domésticos de ratificación e implementación	13
<i>Otto Triffterer</i>	
- «Elementos del crimen» así como reglas de procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional	49
<i>Kai Ambos</i>	
Segunda parte	
DERECHO PENAL SUSTANTIVO	
- Los crímenes contra la humanidad y el genocidio en el Estatuto de la Corte Penal Internacional a la luz de «Los Elementos de los Crímenes»	65
<i>Alicia Gil Gil</i>	
- Crímenes de Guerra en los «Elementos de los Crímenes»	105
<i>Knut Dörmann</i>	
- La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional	159
<i>Kai Ambos</i>	
Tercera parte	
DERECHO PENAL PROCESAL, INCL. JURISDICCIÓN Y COOPERACIÓN	
- Algunos aspectos del procedimiento penal en el Estatuto de Roma de la CPI	231
<i>Oscar Julian Guerrero</i>	
- Aspectos generales sobre la prueba y su práctica en el proceso ante el Tribunal Penal Internacional	273
<i>Juan Luis Gómez Colomer / Ana Beltrán Montoliu</i>	
- Jurisdicción y cooperación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: Principios y Compromisos	297
<i>Hans-Peter Kaul / Claus Kreß</i>	

establecimiento de un sistema de justicia penal internacional que sea capaz de responder a las necesidades de la comunidad internacional en materia de justicia penal. Este sistema debe ser capaz de abordar los delitos más graves que afectan a la humanidad en su conjunto, como el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. El sistema debe ser capaz de garantizar la imparcialidad y la independencia de la justicia penal internacional, y debe ser capaz de garantizar la cooperación entre los Estados miembros de la Corte Penal Internacional (CPI).

El sistema debe ser capaz de garantizar la cooperación entre los Estados miembros de la CPI, y debe ser capaz de garantizar la cooperación entre los Estados miembros de la CPI y los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). El sistema debe ser capaz de garantizar la cooperación entre los Estados miembros de la CPI y los Estados miembros de la Unión Europea (UE).

El sistema debe ser capaz de garantizar la cooperación entre los Estados miembros de la CPI y los Estados miembros de la Unión Europea (UE). El sistema debe ser capaz de garantizar la cooperación entre los Estados miembros de la CPI y los Estados miembros de la Unión Europea (UE).

«Elementos del crimen» así como Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional*

KAI AMBOS

En la 5ª Sesión de la Comisión Preparatoria („Preparatory Commission» — PrepCommis) de la Corte Penal Internacional (CPI) se han aprobado con carácter provisional los «elementos del crimen» y las reglas de procedimiento y prueba («Rules of Procedure and Evidence»). A continuación se pretende exponer una visión general de estos dos instrumentos auxiliares del Estatuto de Roma, que son los más importantes y que van a ser aprobados definitivamente por la Asamblea de Estados, la cual se reúne por vez primera desde la entrada en vigor del Estatuto (art. 112 Estatuto de Roma).

I. ELEMENTOS DEL CRIMEN

Según el art. 9¹ los elementos del crimen² deben «ayudar» a la Corte en la interpretación y aplicación de los arts. 6 al 8, esto es, del núcleo de crímenes recogidos en el Estatuto («core crimes»). Constituyen una

* Artículo publicado en su versión original en «Neue Juristische Wochenschrift» (NJW) Vol 54 (2001), 405-410; en español (versión anterior) en *La Ley* — Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía 21 (26.12.2000), 1-4. — Traducción de Teresa Manso Porto, colaboradora científica en el Instituto Max Planck, Friburgo de Brisgovia. Revisión del autor.

¹ Los artículos sin designación expresa corresponden al Estatuto de Roma.

² Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Elements of Crimes (PCNICC/2000/INF/3/add.2, 6.7.2000); confr. también <www.un.org/law/lcc>

fuente jurídica secundaria frente a los crímenes del Estatuto y están sometidos a la interpretación por parte de la Corte³. Por último, cumplen una función declarativa y de sistematización. Sistematizan los arts. 6 al 8 en tanto que sus elementos típicos se estructuran en varios párrafos. La introducción general a los elementos prevé la siguiente configuración: en primer lugar, se exponen comportamiento (típico), resultados y circunstancias típicas; a continuación, si es necesario, presupuestos subjetivos especiales de la responsabilidad („mental element») y, por último, los llamados elementos o circunstancias contextuales („contextual circumstances»)⁴.

En el caso del art. 6 (*genocidio*) se diferencian primero sus alternativas típicas y se desdoblan respectivamente en 4, 5 ó 7 «elementos». Así, por ejemplo, el art. 6 (a) —«genocide by killing»— contiene los cuatro elementos siguientes:

1. Que el autor dé muerte a una o varias personas.
2. Que esas personas pertenezcan a un grupo nacional, étnico, racial o religioso determinado.
3. Que el autor haya tenido la intención de destruir, total o parcialmente, a ese grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de una pauta manifiesta de conducta similar dirigida contra ese grupo o haya podido por sí misma causar esa destrucción⁵.

Los elementos 3 y 4 se encuentran también en las otras alternativas típicas del genocidio, ya que se refieren al requisito general de la intención de destrucción (elemento núm. 3) o al contexto de comisión del comportamiento genocídico, el llamado «elemento contextual» (núm. 4). Estos elementos se completan con otros elementos (de validez general)

³ Confr. también Elementos, supra nota, Introducción General, pág. 5 (núm. 1). En la doctrina, confr. Gadirov, en: Triffterer (ed.), *Commentary of the Rome-Statute etc.*, 1999, art. 9 núm. marg. 30; Dörmann/Kreß, HuV 1999, 203; Lindenmann, HuV 1999, 213; von Hebel/Robinson, en: Lee (ed.), *The International Criminal Court*, 1999, pág. 87 y s.; Robinson/von Hebel, *Yearbook of International Humanitarian Law* 1999, 206; Caracciolo, en: Lattanzi/Schabas (eds.) *Essays on the Rome Statute etc.*, 1999, pág. 226; Schabas, *Genocide in International Law*, 2000, pág. 173.

⁴ Confr. elemento núm. 4 del art. 6 (a) infra en nota; elementos 2 y 3 del art. 7 (1) (a), infra nota; elemento 4 del art. 8 (2) (a) (i), infra nota.

⁵ Confr. elementos supra nota, pág. 6.

que se contienen en la introducción al art. 6. Así, se definen los conceptos «in the context of» como «initial acts in an emerging pattern» y «manifest» como cualificación objetiva, respectivamente. En relación al elemento contextual, en la introducción aparece la fórmula salomónica de que las exigencias subjetivas, en la medida en que sean necesarias, deberán ser decididas por la CPI en cada caso particular⁶. El trasfondo de esta fórmula se encuentra en una disputa acerca de si dicho elemento contextual es en principio necesario en el genocidio. En opinión de quienes son contrarios a esta postura, tendría que darse en todo caso sólo de manera objetiva.

De manera similar se codifican los elementos de los crímenes de lesa humanidad (art. 7) y los crímenes de guerra (art. 8). Así, por ejemplo, para el crimen de lesa humanidad de asesinato (art. 7 (1) (a)) se señalan los siguientes:

1. Que el autor dé muerte a una o varias personas.
2. Que la conducta haya tenido lugar como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido contra una población civil.
3. Que el autor haya tenido conocimiento de que la conducta era parte de un ataque introducciónizado o sistemático dirigido contra una población civil o haya tenido la intención de que la conducta fuera parte de un ataque de ese tipo⁷.

El elemento 1 se refiere aquí a la alternativa típica específica del asesinato y los elementos 2 y 3 se aplican a todas las alternativas típicas de los crímenes de lesa humanidad. Mientras que los elementos específicos de cada alternativa típica se extraen ya del texto literal del Estatuto de Roma y por eso su codificación —dejando a un lado acciones típicas especialmente complicadas como la desaparición forzada de personas (art. 7 (1) (i))— apenas presentó dificultades, los elementos generales fueron, en cambio, muy discutidos. Tal y como se desprende de la introducción al art. 7, los dos últimos elementos de cada alternativa

⁶ Confr. Elementos, supra nota, pág. 6, Introducción, tercer guión: «...el conocimiento de las circunstancias generalmente se tendrá en cuenta al probar la intención de cometer genocidio, el requisito eventual de que haya un elemento de intencionalidad con respecto a esta circunstancia [el elemento contextual, K.A.] es algo que habrá de decidir la Corte en cada caso en particular» (énfasis del autor).

⁷ Confr. Elementos, supra nota, pág. 9, así como págs. 10 y ss. para los elementos de las otras alternativas típicas del art. 7, que se desdoblan en varios elementos cuya cifra oscila entre ocho y cuatro.

típica se refieren al contexto de comisión («context») del comportamiento típico. Más adelante, se dice:

«Esos elementos aclaran la participación requerida en un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y el conocimiento de dicho ataque. No obstante, el último elemento no debe interpretarse en el sentido de que requiera prueba de que el autor tuviera conocimiento de *todas* las características del ataque ni de los *detalles precisos* del plan o la política del Estado o la organización. En el caso de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil que esté comenzando, la cláusula de intencionalidad del último elemento indica que ese elemento *existe* si el autor tenía la *intención de promover un ataque de esa índole*⁸».

Esta fórmula —que no es de fácil comprensión a simple vista— contiene un compromiso que fue objeto de lucha vehemente con respecto a las exigencias subjetivas del crimen de lesa humanidad. Mientras que era indiscutible que este hecho debe ser realizado en un determinado contexto comisivo, es decir, como parte de una agresión extendida o realizada de manera sistemática contra la población civil, era prácticamente imposible llegar a un acuerdo unánime acerca de las exigencias que se debían imponer en cuanto a conocimiento por parte del autor de dicho contexto. Mientras que por un lado el art. 7 (1) presupone conocimiento de la agresión, por otro lado sería demasiado exigir que se espere de un partícipe un conocimiento de los detalles exactos de la política que esté detrás de dichos crímenes. Con ello, una condena se tornaría prácticamente imposible. La fórmula de compromiso citada tiene esto en cuenta en tanto que expresamente prescinde de un conocimiento de *todas* las características de la agresión o de los detalles *exactos* de una política (en el sentido de una «policy» entendida de un modo amplio) o de un plan. Además, el dolo se puede demostrar por la vía de la prueba indiciaria cuando el autor únicamente quería favorecer una agresión extendida o sistemática.

Otro problema resulta de una contradicción entre los apartados 1 y 2 (a) del art. 7. Mientras que en el apartado 1 se exige una agresión generalizada o sistemática, el apartado 2 (a) define la agresión como modo de comportamiento que consiste en la comisión repetida de las acciones que se mencionan en el apartado 1 (es decir, «generalizada») y

⁸ Confr. Elementos, supra nota, pág. 9, Introducción, Nr. 2 (Énfasis del autor).

que se realiza bajo encomienda o en apoyo de un Estado o una organización (o sea, «sistemática»). Con ello, la primera formulación de tipo alternativo del apartado 1 se convierte en un requisito de tipo cumulativo y se exige más que en el apartado 1. Bajo el número 3 de la introducción a los elementos del art. 7 se define la agresión contra una población civil como «course of conduct involving the multiple commission of acts ... pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack». Con ello, finalmente resulta que se sigue la formulación cumulativa del art. 7 (2) (a), si bien las acciones repetidas no deben constituir una agresión militar y la «policy to commit such attack» implica que el Estado o la organización afectada favorece dicha agresión o alienta a su comisión⁹.

Las exigencias subjetivas también constituyen el mayor problema en los *crímenes de guerra* (art. 8). Pongamos de nuevo atención, por ejemplo, en los elementos del primero de los crímenes de guerra, del «war crime of willful killing» del art. 8 (2) (a) (i):

1. Que el autor haya dado muerte a una o más personas.
2. Que esa persona o personas hayan estado protegidas en virtud de uno o varios de los Convenios de Ginebra de 1949.
3. Que el autor haya conocido las circunstancias de hecho que establecían esa protección.
4. Que la conducta haya tenido lugar en el contexto de un conflicto armado internacional y haya estado relacionada con él.
5. Que el autor haya tenido conocimiento de que había circunstancias de hecho que establecían la existencia de un conflicto armado¹⁰.

Los elementos específicos de este crimen se contienen en los núms. 1 al 3, mientras que los números 4 y 5 contienen los elementos generales que se aplican a todas las alternativas típicas de los crímenes de guerra, si bien es obvio que en los casos de crímenes de guerra aplicables a un conflicto armado no internacional del art. 8 (2) (c) y (e) el elemento 4 debe referirse a dicho «conflict not of an international character». De los dos

⁹ Confr. Elementos, supra nota, pág. 9, Introducción, Nr. 3: «... that the state or organisation actively promote or encourage such an attack against the civilian population.»

¹⁰ Confr. Elementos supra nota, pág. 18 y s., así como 19 y ss. con los elementos para los demás crímenes de guerra.

elementos mencionados en último lugar se deduce que se está ante un crimen de guerra cuando el comportamiento estaba en relación con un conflicto armado internacional o no internacional (núm. 4) y el autor — en el aspecto subjetivo — era consciente de las circunstancias *facticas* de existencia de dicho conflicto armado. De modo inverso, de esto se deduce que *no* se exige una valoración *jurídica* del conflicto como internacional o no internacional. Esto también se comprueba en la introducción a los elementos del artículo 8¹¹, pero se establece además que el autor *ni siquiera* tiene que haber sido consciente de los *hechos* que convirtieran a un conflicto en internacional o no internacional. Por otra parte, debe haber sido consciente de las circunstancias *facticas* del estatus de la víctima como persona protegida (confr. supra elemento 3) y de la *existencia* de un conflicto armado (elemento 5). Aquí se refleja la discusión entre una postura más bien favorable a la persecución y otra que por razón del principio de culpabilidad sostiene la necesidad de mayores exigencias con respecto al dolo, en el sentido de un conocimiento más amplio de los hechos. Sea cual sea la postura que se siga, en cualquier caso no resulta muy convincente establecer una diferencia entre la existencia de un conflicto armado y su clasificación como internacional o no internacional, si el propio artículo 8 mantiene la — hoy ciertamente discutible, pero todavía clásica — diferenciación entre un conflicto internacional y uno no internacional. Si los redactores del Estatuto de Roma, como se exigió especialmente por la parte no gubernamental, hubiesen tenido el valor de prescindir de la diferenciación existente hasta ahora en favor de una categoría unitaria del crimen de conflicto armado, también resultaría más sencilla en el aspecto subjetivo la diferenciación entre conocimiento fáctico y valoración jurídica.

Sea como fuere, la problemática revela la enorme necesidad de claridad en el ámbito de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal internacional. Dicho de manera más sencilla, el autor debe poseer conocimiento de los hechos, pero no conocimiento jurídico. Así, en la introducción general a los elementos del crimen también se establece con respecto al conocimiento de los elementos normativos del tipo («elements involving value judgement») que el autor no tiene que

¹¹ Elementos supra nota, pág. 18, Introducción, primer guión: «There is no requirement for a legal evaluation by the perpetrator as to the existence of an armed conflict or its character as international or non international»; (Énfasis del autor).

realizar un determinado juicio de valor¹². Por lo demás, es de aplicación¹³ la disposición general del artículo 30 —que exige *dolus directus*— y la existencia de dolo puede ser inferida de determinados hechos y circunstancias fácticas¹⁴.

II. REGLAS DE PROCEDIMIENTO Y PRUEBA

Las reglas de procedimiento y prueba («Regeln»)¹⁵ deben ser, al igual que los elementos, compatibles con el Estatuto y tienen carácter subsidiario con respecto al mismo (art. 51 (4) (5)). Esto lo confirma también la «explanatory note» introductoria, que establece sobre esto que las reglas no afectan al derecho nacional¹⁶. Por lo demás, las reglas constituyen una concretización y un desarrollo de las disposiciones sobre competencia, organización judicial y procedimiento contenidos en el Estatuto. El total de 225 reglas se divide en 12 capítulos: disposiciones generales (reglas 1 a 3); composición y administración de la Corte (4 a 43); competencia y admisibilidad (44 a 62); disposiciones relativas a distintas etapas del procedimiento (63 a 103); investigación y enjuiciamiento (104 a 130); procedimiento en el juicio (131 a 144); penas (145 a 148); apelación y revisión (149 a 161); faltas de conducta en la Corte y delitos contra la administración de justicia (162 a 172); indemnización a personas detenidas o condenadas (173 a 175); cooperación internacional y asistencia judicial (176 a 197) y, finalmente, ejecución de la pena

¹² Elementos, supra nota, pág. 5, Introducción General, Núm. 4: «With respect to a mental elements associated with elements involving value judgement, such as those using the terms, inhuman "or, civilian", it is not necessary that the perpetrator personally completed a particular value judgement, unless otherwise indicated».

¹³ Confr. más detalladamente sobre esto Schabas, Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J. 1988, 419 y ss.; Ambos, Criminal Law Forum 1999, 20 y ss.; en español en Actualidad Penal 2000 (No. 44), 925-948.

¹⁴ Elementos supra nota, pág. 5, General Introducción, Núms. 2 y 3. Confr. acerca de la jurisprudencia, en este sentido, Ambos/Ruegenberg, Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport (NSTZ-RR) 2000, 201 en nota 179 (Aleksowski) y 205 en nota 255 (Kayishema/Ruzindana).

¹⁵ Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalised Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence (PCNICC/2000/INF/3/add.1, 12.7.2000); confr. igualmente <www.un.org.law/icc>.

¹⁶ Confr. Rules, supra nota, pág. 1.

(198 a 225). Por motivos de espacio solamente se pueden exponer aquí algunas generalidades y las reglas especialmente importantes.

En general llama la atención que tanto los derechos de la *defensa* (14 (2), 20 y ss., 47 (2), 116) como los de la *víctima* (16 y ss., 85 y ss.) son aquí objeto de mayor atención que en el Estatuto de Roma. Por otro lado, la «unidad de víctima y testigo» («Victim and Witnesses Unit») ocupa un lugar prominente en el ámbito de las reglas sobre *organización judicial* (cap. 2). En adelante, sólo la regla 7 merece una mención especial, pues se establece que el magistrado único, que cumple en determinados casos las tareas de la Sala de Cuestiones Preliminares, deberá ser nombrado por ésta sobre la base de «objective pre-established criteria». Esto supone una concretización frente al art. 61 (11), pues según éste la presidencia de la CPI deberá constituir una Sala de Primera Instancia. Por otro lado, esta regla —al igual que el art. 36— deja claro que los Estados parte en lo relativo a la elección de los magistrados tienen interés en criterios que sean objetivos en la medida de lo posible, evitando así cualquier síntoma de politización de la Corte.

En el ámbito de la *competencia y admisión* (cap. 3) llama la atención en primer lugar una modificación interesante de las reglas 44 y 45 con respecto al art. 12 (3): mientras que éste prevé el reconocimiento ad hoc de la competencia de la Corte Penal Internacional por parte de un Estado en relación a un *crimen* determinado, las reglas hablan de una «acceptance of jurisdiction with respect to the crimes ... of relevance to the situation». Con ello se amplía el punto de referencia de un crimen determinado y una situación criminal —totalmente en el sentido del capítulo 7 del Reglamento de Naciones Unidas. Con ello parece que se pretende evitar que se produzcan investigaciones parciales en perjuicio de un Estado determinado. Efectivamente, si un Estado sólo puede reconocer una «situación», esto significa que todos los crímenes cometidos en el marco de dicha «situación», incluyendo los de sus propios nacionales, pueden ser contenido de un procedimiento penal. Esto, por su parte, le persuadirá de no hacer un uso abusivo del reconocimiento de competencia¹⁷.

Es evidente que quien se esperaba a través de las reglas un esclarecimiento del poco concretizado *principio de complementariedad* se verá

¹⁷ Con ello también se toman en cuenta los reparos de E.E.U.U., que temen, no sólo debido al art. 12, que sus nacionales —independientemente de la ratificación del Estatuto— puedan ser llevados ante la Corte.

decepcionado. La correspondiente regla 51 no concreta los criterios de la voluntad de persecución y de la capacidad de persecución de un Estado concreto. Solamente se refiere a las informaciones que dicho Estado debe presentar ante la Corte para justificar que sus procedimientos penales se ajustan a los estándares internacionales, o bien para confirmar que un caso concreto se investiga judicialmente. Con ello naturalmente no se ha obtenido nada desde el punto de vista material y la significación *concreta* del principio de complementariedad sigue permaneciendo abierta.

El capítulo 4 contiene disposiciones de *derecho de prueba*, relativos a la revelación de pruebas por parte del Fiscal y la defensa así como a *víctimas y testigos*. El principio de libre valoración de la prueba se confirma (63 (2)), si bien se relativiza en caso de delitos contra la libertad sexual a través de determinadas reglas de prueba y prohibiciones de prueba (70, 71). Las impugnaciones con respecto a la relevancia o admisibilidad de pruebas han de ser interpuestas sin demora (64). Los testigos han de poder ser obligados a declarar (65), si bien queda abierto en qué modo. Conforme al art. 69 (2) las declaraciones de testigos también pueden ser tomadas con ayuda de técnicas de audio y vídeo (67). Determinados hechos pueden ser presentados como fuera de controversia por razón de un acuerdo entre el Fiscal y la defensa y estimarse, en consecuencia, como probados por parte de la Sala, sin embargo, ésta puede ser de la opinión de que sea exigible una exposición más amplia de los hechos en interés de la justicia (69). Con ello se confirma la fuerte posición que ocupa el magistrado en el sentido del proceso acusatorio de instrucción (confr. también art. 65 (3)-(5)). Por lo que respecta a la publicidad de los medios de prueba, tanto el Fiscal como la defensa deben garantizarse el acceso a los mismos de manera recíproca (76 y ss.); la obligación de publicidad no afecta en cambio a documentos internos (actas), así como a las informaciones confidenciales del Fiscal, en el sentido del art. 54 (3) (e) (81 y s.). Las disposiciones relativas a *víctimas y testigos* están sujetas al principio general de que en cada decisión deben ser observadas suficientemente las necesidades de todas las víctimas y testigos (86, detalladamente 87 y ss.).

En el capítulo 5 se tratan en primer lugar regulaciones de carácter formal acerca de la apertura de *investigaciones* y del papel del Fiscal y de la Sala de Cuestiones Preliminares en este ámbito. Para la reunión de pruebas se prevé la obligación de documentación en la forma de «record» o, en casos especiales, a través de técnicas de audio y vídeo (111 y s.). En caso de que sean necesarias medidas de instrucción en el territorio de soberanía de un Estado Parte (art. 57 (3) (d)), el Fiscal deberá dirigir una

solicitud de cooperación en forma escrita a la Sala de Cuestiones Preliminares, la cual debe entonces instar al Estado en cuestión a una toma de postura (115). La *detención* de un sospechoso puede producirse en un Estado Parte o en la sede de la Corte. En el primer caso, según la regla 117 el detenido debe recibir una copia de la orden de detención, designar asesoramiento jurídico y poder recurrir judicialmente ante la Sala de Cuestiones Preliminares. En el otro caso, parece que el detenido puede realizar un requerimiento de «interimrelease» y, por lo demás, la detención debe ser revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares cada 120 días o bien a instancia del afectado o del Fiscal (118). La libertad condicional puede entrar en consideración bajo ciertos requisitos (119).

El procedimiento relativo a la *confirmación de los cargos* según el art. 61 («confirmation hearing») se configura más detenidamente en las reglas 121 y ss. La audiencia puede tener lugar en ausencia de la persona afectada (124 y s.). La fase de Cuestiones Preliminares concluye mediante la confirmación de los cargos o el requerimiento judicial de nuevos medios de prueba (art. 61 (7) (c)). En este caso, la Sala puede establecer un plazo (127). Si con posterioridad el Fiscal desea modificar puntos de la acusación ya confirmados, debe solicitarlo por escrito ante la Sala; ésta informa a las posturas y les solicita una toma de postura. Si se trata de puntos de la acusación adicionales o que van más lejos, el procedimiento debe en tal medida repetirse de nuevo (128).

En el *juicio* (cap. 6) existe la posibilidad de llevar a cabo un procedimiento común contra varios acusados o procedimientos separados (136). Tras la *confesión* del acusado de conformidad con el Art. 65 la Sala de Primera Instancia que lleva a cabo el juicio debe pedir alegaciones al Fiscal y a la defensa para decidir si dicha confesión es suficiente o si el procedimiento debe continuar con realización ordinaria de pruebas (art. 65 (4)). La dirección del juicio compete según el art. 64 (8) al magistrado presidente de la Sala de Primera Instancia. Sin embargo, si éste prescinde de ello, el Fiscal y la defensa pueden acordar el transcurso y el modo en que debe realizarse la toma de pruebas (140 (1)). En cualquier caso, un testigo siempre debe ser oído en primer lugar por la parte que lo ha designado; a continuación, por el Fiscal y la defensa, por la Sala de Primera Instancia y, por último, una vez más por la defensa (140 (2)). También aquí se manifiesta la naturaleza mixta del procedimiento, que fluctúa entre el modelo continental-europeo del procedimiento de instrucción dirigido judicialmente y el modelo angloamericano del proceso acusatorio.

En el *fallo* la Sala de Primera Instancia ha de hacer referencia especial a cada uno de los puntos de la acusación y a cada acusado (142

(2)). Si conforme al art. 76 (2) y (3) es necesario otro juicio para la determinación de la pena o de la indemnización, el presidente señalará una fecha (143).

Por lo que se refiere a las *penas* (cap. 7), en primer lugar la regla 145 (1) (a) obliga al Tribunal a regirse por el principio de culpabilidad. Además, la CPI deberá referirse en una valoración conjunta a todos los *factores de medición de la pena* y tener en cuenta las circunstancias especiales del condenado y del crimen. Además de las causas de graduación de la pena mencionadas en el art. 78 (1), deberán observarse entre otros la medida del daño provocado, el tipo de comportamiento antijurídico, los medios del crimen, el tipo de participación, el grado de dolo, las circunstancias individuales, así como la edad, formación y condiciones de tipo socio-económico del condenado (145 (1) (c)). La regla 145 (2) nombra al respecto de manera ejemplificadora determinadas *causas de graduación de la pena*, como el esfuerzo de reparación y la cooperación con la Corte, así como *causas de agravación*, como abuso de cargo público, una forma de comisión especialmente cruel o con cierto móvil de índole discriminatorio, según lo que establece el art. 21 (3). Esta causa de agravación arroja un problema en el sentido de la prohibición de doble valoración, pues en ciertos tipos penales como, por ejemplo, el genocidio o la persecución como crimen de lesa humanidad, estos motivos constituyen ya elementos especiales de la intención.

En el caso de una condena —eventualmente añadida— a la *pena de multa* según el art. 77 (2) (a) la Corte deberá atender especialmente a si con el crimen iba vinculada una ganancia económica determinada. Por lo demás, la pena de multa no debe superar el 75 % del valor del patrimonio del condenado. Si se impone una multa, se deberá advertir al condenado de que el impago puede conducir a un aumento de la privación de libertad (146).

En el procedimiento de *apelación y revisión* (cap. 8) son de aplicación las disposiciones contenidas en los apartados 5 y 6 del Estatuto de Roma, así como en las reglas mencionadas anteriormente (149). La apelación contra una condena o declaración de inocencia, una determinación de la medida de la pena o una orden de indemnización debe presentarse dentro del plazo de 30 días (150 (1)). La apelación puede ser retirada en cualquier momento (152).

En cuanto a los *delitos contra la administración de justicia* y las faltas de conducta (cap. 9) hay que establecer diferencias: en el primer caso, la Corte tiene jurisdicción automática en virtud del art. 70 (1), si bien

establece la regla 162 que en el caso oportuno deberá trasladar el procedimiento al Estado Parte que sea competente. Por lo demás, esto es aplicable también a los procedimientos que se siguen en los crímenes ordinarios (163), si bien la prescripción del delito y la prescripción de la pena se producen a los 5 y 10 años, respectivamente (164). Como sanción entra en consideración una multa que no debe superar el 50 % del patrimonio del condenado y —como ultima ratio— puede ejecutarse como privación de libertad (166). El principio *ne bis in idem* se recoge expresamente (168). En el caso de una falta de conducta, si se produce una negativa a dar cumplimiento a la orden de la Corte, se puede imponer una multa que puede llegar hasta los 2000 Euros (170, 171).

La indemnización de una persona condenada o detenida injustamente (cap. 10) debe solicitarse por escrito en el plazo de 6 meses y será emplazado por una cámara integrada por tres magistrados (173). En la determinación de la cantidad indemnizatoria deberán tenerse en cuenta las consecuencias de la privación injusta de libertad o de la condena para la situación personal del solicitante (175).

Para la cooperación internacional y asistencia judicial (art. 86 y ss., cap. 11) son competentes por parte de la Corte la Secretaría y el Fiscal como órganos de recepción y transmisión de las solicitudes correspondientes. Si una persona se opone a la entrega con motivo de una lesión del principio *ne bis in idem* (art. 89 (2)) la Corte deberá obtener primeramente todas las informaciones relevantes del Estado requerido (181). Si en el Estado requerido ya se está investigando acerca de la persona afectada, entra en consideración una entrega temporal a la Corte (183). Si el tribunal considera que un procedimiento según el art. 17 (1) (a) —de acuerdo al principio de complementariedad— es inadmisibles, entonces la persona afectada debe ser entregada al Estado que ya lleva a cabo investigaciones contra la misma; esto no se aplica cuando el Estado que inicialmente entregó a la persona exige su devolución (185 (2)). Esta última posibilidad resulta problemática, pues el Estado que investiga, el cual ha suscitado la inadmisibilidad del procedimiento ante el tribunal, solamente podría llevar a cabo un juicio en rebeldía contra la persona afectada, lo que a menudo es inadmisibles.

De especial trascendencia resulta, por último, la regla 195 dictada en relación al Art. 98 (2)¹⁸. El art. 98 (2) prohíbe a la Corte Penal Interna-

cional llevar a cabo una petición de extradición cuando a través de la misma el Estado destinatario, es decir, el Estado cuyos nacionales han de ser extraditados incurriera en una violación de sus obligaciones de derecho internacional. En este caso, la CPI debe primero recabar del Estado destinatario su conformidad con la extradición. La regla 195 (2) confirma esto en cuanto que hace depender la admisibilidad de tal petición de extradición de la conformidad por parte del Estado destinatario. Una regla propuesta por Estados Unidos preveía más aún que ante la CPI sólo pudiesen realizarse aquellas peticiones de extradición que fueran compatibles con sus obligaciones de derecho internacional. Con ello, Estados Unidos pretendía obligar a la CPI, con vistas a su futuro tratado con la ONU («Relationship Agreement»), a observar una exigencia allí prevista de conformidad. En cambio, el art. 98 (2) y la regla 195 (2) no se refieren en modo alguno a obligaciones de la CPI, sino únicamente de los Estados entre sí, acaso por razón de acuerdos bilaterales, los cuales además deben haber sido celebrados —en virtud del principio Estoppel¹⁹ de derecho internacional— antes de la promulgación del Estatuto de Roma. En consecuencia, la Comisión Preparatoria ha advertido igualmente que la regla 195 (2) «should not be interpreted as requiring or in any way calling for the negotiation of a provision in any particular international agreement by the Court [especialmente el «Relationship Agreement», K.A.] or by any other international organization or State²⁰». Con esta fórmula el tema parece ser resuelto porque Estados Unidos no lo planteó mas en la 6ª Sesión de la PrepCommis en diciembre de 2000.

La ejecución de las penas impuestas por la CPI (cap. 12) depende de la disposición de los Estados de albergar a los condenados. Así, las reglas 200 y ss. concretan las disposiciones ya contenidas en el Estatuto de Roma acerca de un listado estatal, que vele por un reparto geográfico igualitario de los condenados. En relación a esto, el condenado tiene al menos el derecho a manifestar su opinión ante la Presidencia; sin embargo, no está prevista asistencia jurídica (203). Para la supervisión de la ejecución de acuerdo al art. 106, la Presidencia puede nombrar a un magistrado o a otro funcionario de la Corte (211 (1)(c)). El enjuiciamiento o sanción por otros delitos en el Estado de ejecución por parte de

¹⁹ Confr. Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Ed., 1984, § 615.

²⁰ PCNICC/2000/WGRPE(9)/RT.3; confr. asimismo el diario alemán FAZ de 3-7-00, 16; SZ de 3-7-00, 8 así como la crítica toma de postura de la ONG-Coalición en la dirección <www.iccnw.org/html/cicc20005a.html>

¹⁸ Por mayores detalles ver el artículo de Gartner en este volumen, sub. I.9.

éste, sólo es posible cuando se autoriza por la CPI (art. 108). El Estado de ejecución ha de informar a la Corte acerca de su intención y especialmente aportar justificación exacta de los hechos y de su calificación jurídica (214). El cumplimiento de una pena privativa de libertad adicional sólo entra en consideración después del cumplimiento íntegro de la pena impuesta por la CPI (215 (2)).

En el marco de las ejecuciones, se regula además la posibilidad de una *revisión y reducción de la pena de cárcel* según lo dispuesto en el art. 110. En este supuesto, tres magistrados de la Sala de Apelaciones deberán observar el comportamiento del condenado durante el período de prisión, sus posibilidades de resocialización, los efectos de una liberación prematura sobre la estabilidad social, conductas en beneficio de la víctima, así como las circunstancias personales del condenado (223). Cuando el condenado haya cumplido 2/3 de la pena de prisión o bien 25 años, la revisión deberá llevarse a cabo en el marco de una vista oral en presencia de tres magistrados de la Sala de Apelaciones; excepcionalmente, dicha vista oral puede realizarse también con ayuda de una videoconferencia o en el Estado de ejecución a través de un magistrado nombrado por la Sala de Apelaciones (224 (2)). En el caso de que no se produzca una decisión positiva, la pena ha de ser revisada cada tres años (224 (3)).

Los criterios sobre la permanencia y el
quedado en el Sistema de la Corte
Penal Internacional a la luz de las
Directrices de los Crímenes

Alfonso G. G.

SEGUNDA PARTE

DERECHO PENAL SUSTANTIVO

El artículo 108 de la Ley de la Corte Penal Internacional establece que la CPI podrá, por su propia iniciativa o a solicitud de un Estado parte, determinar la situación de la Corte y de la Cámara de Apelaciones en el momento de la ejecución de la pena de prisión, y podrá, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión, y podrá, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión.

La Corte Penal Internacional, en consecuencia, podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión, y podrá, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión. La Corte Penal Internacional, en consecuencia, podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión, y podrá, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión.

La Corte Penal Internacional, en consecuencia, podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión, y podrá, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución de la pena de prisión.

La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional*

KAI AMBOS

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 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 (*Gefährungsdelikt*).

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

* 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, pág. 110, nota 21.

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 art. 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (III.). Finalmente, esta parte del documento contiene también sugerencias para la interpretación del mencionado art. 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 art. 38 párr. 1 literal b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), 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 art. 38, párr. 1, literal c) del Estatuto de la C.I.J.

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 ligada 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 Cf. Bernhardt, E.P.I.L. I (1992), pág. 898 y ss.; Brownlie, *Principles of Public International Law*, 1998, pág. 4 y ss.; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 1984, §§ 549 y ss.

³ Cf. Parks, pág. 2 y ss.; Green, 1995, pág. 320 y ss.; Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, pág. 423 y ss. Véase también Levie, pág. 1, refiriéndose a Grotius.

⁴ Cf. Parks, pág. 19.

1. Jurisprudencia nacional e internacional

a) 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 los EE.UU. 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 (700000 habitantes)⁶. Otras atrocidades fueron cometidas en la provincia de Batangas y en Luzon⁷. 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 1600 soldados abandonaron la ciudad en enero de 1945 cuando el Estado Mayor Imperial los puso bajo las órdenes directas de Yamashita. Los 20000 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 los Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas;...»⁸.

⁵ La información sobre los hechos está basada sobre *Prevost*, pág. 309 y ss., *Landrum*, pág. 293 y ss. y *Crowe*, págs. 194-95.

⁶ *Parks*, pág. 25 y *Landrum*, pág. 295, informan sobre una cifra superior a los 8000 asesinatos y 7000 torturados o heridos; *Landrum* también cita 500 violaciones. *Prevost*, pág. 314, y *Crowe*, pág. 195, dan cuenta de una cifra cercana a los 100000 muertos.

⁷ *Landrum*, págs. 294-95.

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., págs. 13-14, 1945: original (énfasis nuestro).

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 sobre su teoría de la limitación 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 hábeas corpus y competencia, debe ser, y es, rechazada»¹¹.

Con respecto al derecho de Yamashita a un juicio con todas las garantías legales (debido proceso), de acuerdo a 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 mando, a efecto de prevenir actos concretos ... [y] ... puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas ...»

⁹ «failed to provide effective control ... as was required by the circumstances». Cf. 327 U.S. pág. 51, 1945 (el énfasis es nuestro).

¹⁰ Citado de acuerdo con *Prévost*, *supra* nota 5, pág. 320.

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., págs. 25-26, 1945: original (énfasis del texto original).

¹² Ibid., pág. 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 pág. 18.

«... 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 subordinados»¹⁴.

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 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 racismo»¹⁸.

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., pág. 14. Véase también pág. 18.

¹⁵ «the allegations of the charge, tested by any reasonable standard, adequately allege a violation of the law of war ...». Ibid., págs. 17-18 (disidencia del juez Murphy, pág. 31).

¹⁶ *Prévost*, *supra* nota 5, págs. 317-9; 325-9; *Bassiouni*, *supra* nota 3, pág. 426 y ss.; *Landrum*, págs. 297 y 300; *Hessler*, pág. 1283. Véase también la reseña positiva del libro de Lael, *The Yamashita precedent*, 1982, por *Branstetter* en M.L.R. 98, 1982, pág. 159 y ss.; también crítico *W. O'Brien*, pág. 637; conf. *Lippman*, *Conundrums of armed conflict: Criminal defenses to violations of the humanitarian law of war*, Dickinson Journal of International Law 15, 1996, págs. 1-111, y págs. 75-76; y *Schabas*, *The General Principles of the Rome Statute*, Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J. 6, 1998, págs. 400-428, y pág. 417.

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

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

Aunque no se puede ir tan lejos como para negar *algún* valor como precedente a la decisión del caso *Yamashita*¹⁹, 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 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 recientes»²².

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, pág. 337 (énfasis tomado del original). Véase también la fuerte crítica en la disidencia del juez Murphy, 327 U.S., pág. 27 y ss.; para críticas a esta opinión, véase *Levie*, en nota 13. En este sentido *Prévost, supra* nota 5, pág. 338.

20 327 U.S. en pág. 41 y ss., especialmente pág. 53 en lo que respecta a la «admisión de evidencia no confiable, no verificada y no auténtica...» o pág. 61 en relación con la denegatoria de un juicio debido («apartamiento de los principios más elementales de justicia...»). 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, H.M.S.O., 1950, vol. 22, pág. 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

Aunque el conocimiento efectivo no fue probado, no puede afirmarse que la culpabilidad de Yamashita estuviese basada sobre 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 a 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, 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.

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 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., pág. 28.

23 Cf. *Parks*, pág. 37 y págs. 87-8.

24 En este sentido *Crowe*, págs. 206-07; también *Levie*, pág. 5, argumentan que el conocimiento de las atrocidades por parte de Yamashita, no podía negarse.

25 Véase también la crítica de *Crowe*, págs. 207-08.

26 «total ignorance raised unacceptable general risk of future subordinate criminality, those crimes becoming chargeable to him as soon as they occurred», *Hessler*, pág. 1283.

27 Véase *infra* 3. y III.2.a).

28 Véase *infra* b.bd), nota 54 y texto que acompaña. También *Landrum*, pág. 300: «Even in United States courts, Yamashita has lost favor.»

b) Otra jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial²⁹

aa) Nürnberg

Mientras que el Tribunal Militar Internacional (en adelante T.M.I.) 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 una obligación *afirmativa* para 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, para la prevención de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra»³¹.

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. Con relación a la guerra agresiva, la jurisprudencia sentó el requerimiento de que el acusado debía ser «jefe», «planificador»³⁴ (T.M.I.) o haber pertenecido al «nivel político»³⁵.

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*, págs. 2-4). *Green*, 1995, pág. 333.

³⁰ «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.» *U.S. v Pohl et al.* (caso 4), *Trials of Criminal War* (T.W.C.), vol. V, págs. 958-1163, pág. 1011 (énfasis nuestro).

³¹ *Ibid.*, pág. 1054.

³² Véase *U.S. v. Brandt et al.* («Medical case», caso 1), T.W.C., vol II, *supra* nota 11, págs. 171-300; (212-213).

³³ 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»).

³⁴ Cf. *U.S. v. Krauch et al.* («IG Farben», caso 6), T.W.C., vol. VIII, págs. 1081-1210, pág. 1124; 1126; *U.S. v. von Leeb et al.* («High Command case», caso 12), T.W.C., vol. XI, págs. 462-697, pág. 489.

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; al contrario, se aplicó el criterio 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 «deserción personal» («personal dereliction») y prueba del conocimiento efectivo.

«La comisión del delito no liga 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 acquiescencia. 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.

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

³⁶ *U.S. v. von List et al.* (caso 7), T.W.C., vol. XI, *supra* nota 11, pág. 1230 y ss., págs. 1256-7. Véase también el extenso análisis de *Parks*, pág. 58 y ss.

³⁷ *U.S. v. von List et al.*, *supra* nota 35, pág. 1281 («obliged to know»).

³⁸ *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra* nota 34, en particular pág. 510; 533-544; 555. Véase también el profundo análisis de *Parks*, pág. 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.*, pág. 544.

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 internacional»⁴².

Resumiendo, estas fuentes muestran que la jurisprudencia de Nüremberg no depuró el precedente de *Yamashita*, tal y como lo dice *O'Brien*⁴³, 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 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.

bb) Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente-Tokio

El Tribunal de Tokio confirmó y extendió la jurisprudencia de Nüremberg al personal civil⁴⁵. En primer lugar, se impusieron obligaciones de supervisión y control sobre el personal de mando, civil y militar,

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, pág. 1281 y ss., pág. 1286.

⁴¹ *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra* nota 34, pág. 514. Sobre la responsabilidad de los «staff officers», véase *Douglass*, pág. 698 y ss. (702-03); también *E. O'Brien*, pág. 90; *Bantekas*, pág. 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., pág. 513.

⁴³ Véase *O'Brien*, págs. 286-87.

⁴⁴ Cf. *Crowe*, págs. 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.), págs. 29-30. Cf. *Fenrick*, 1995, pág. 118.

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 futuro»⁴⁶.

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

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

⁴⁷ Ibid., págs. 457-58.

⁴⁸ «his inaction amounted to criminal negligence.» Ibid., págs. 447-48.

Röling criticó 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.

cc) Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (U.N.W.C.C.)

La jurisprudencia de Tokio fue confirmada en los juicios por crímenes de guerra de británicos, canadienses, australianos y chinos, como lo documenta el U.N.W.C.C. (United Nations War Crimes Commission)⁵¹. Concretamente, los tribunales competentes —a *grosso modo*— consideraron como un factor crucial la posición o el «status» 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 (*Abbey Ardenne Case*) es de particular importancia a este respecto⁵². La U.N.W.C.C. 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?

⁴⁹ The Tokyo Judgment, *supra* nota 44, vol. II, pág. 1043 y ss. (1126-28; 1137-38).

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.*, pág. 1127.

⁵¹ Véase, por ejemplo, la referencia explícita al caso *Yamashita* en Law Reports T.W.C., vol. XV (U.N.W.C.C., H.M. Stationery Office, London, 1949), pág. 66. Para otros juicios véase también *Parks*, pág. 69 y ss.

⁵² Law Reports T.W.C., vol. IV, *supra* nota 50, págs. 98-99. Véase también *Green*, 1989, pág. 186 y ss.; *id.*, 1995, pág. 337 y ss.; *Bassiouni*, *supra* nota 3, págs. 431-32.

⁵³ «The principles governing this type, of liability ... are not yet settled». Law Reports T.W.C., vol. XV, *supra* nota 50, pág. 67. Véase *Brand*, *The War Crimes and the Laws of War*, B.Y.I.L., vol. XXVI, 1949, págs. 414-427 (424).

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

dd) 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 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

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Véase *supra*, nota 27.

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 pág. 475; véase también *Landrum*, pág. 299; *Crowe*, pág. 223; *Eckhardt*, pág. 11 y ss. y págs. 32-4 (Resumen del material probatorio elaborado por el juez Howard); *Bassiouni*, *supra* nota 3, pág. 434. Una evaluación del papel de los EE.UU. en Vietnam es provisto por *W. O'Brien*, pág. 641 y ss., pág. 663.

⁵⁷ Véanse las afirmaciones del coronel Howard ante el jurado, así como la referencia de *Green*, 1995, pág. 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, pág. 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 noncombatents by American forces»), *Guardian Weekly/Washington Post*, 15 de marzo de 1998.

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 jugó 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 deber 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 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 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.

c) La Jurisprudencia de los tribunales ad hoc

En el caso *Delali et al.*—también conocido como «*elibi i*» por el campo de prisioneros del mismo nombre—el Tribunal Penal Internacio-

⁵⁹ *Crowe*, págs. 223-24; *Bassiouni*, *supra* nota 3, pág. 434. Véase también *infra* 3.

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, pág. 355. Véase también la acusación relativa al caso *Medina* como la reproduce *Eckhardt*, págs. 30-2.

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, pág. 359.

⁶² Véanse las extensas citas del informe de la comisión en *Green*, 1995, pág. 361 y ss.; véase también *id.*, 1989, págs. 22-01; *Bassiouni*, *supra*, nota 3, págs. 439-430; *Fenrick*, 1995, pág. 12 y ss.

nal para la Ex Yugoslavia (TPIY) caracterizó los 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 *Aleksovski*⁶⁴ y *Blaskic*⁶⁵ básicamente confirmó o complementó los principios desarrollados en *Delalic et al.* y por lo tanto se estudiará junto con esta decisión. Más recientemente, la Cámara de Apelaciones también confirmó el fallo *elibi i*⁶⁶.

Con respecto al primer requerimiento, el TPIY 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»⁶⁷. 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»⁶⁸. En *Delalic et al.*, la Cámara de Apelaciones ha confirmado que el control *de facto* o efectivo sobre los subordinados es decisivo en la determinación de la

⁶³ T.Ch., decisión del 16 de noviembre de 1998, *Delali / Muci / Deli / Land o («elibi i»)*, 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, *Bla_ki*, IT-95-14-T (original en francés), párr. 289 y ss. (294).

⁶⁶ App.Ch., sentencia del 20 de febrero de 2001, *Delali et al.*, IT-96-21-A, para. 182 y ss.; idéntico T. Ch., sentencia del 22 de febrero de 2001, *Kunara et al.*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, para. 394 y ss.; ver también T.Ch., sentencia del 26 de febrero de 2001, *Kordi_ & Cerkez*, IT-95-14/2-T, para. 367 y ss., 401 y ss.

⁶⁷ «individuals in positions of authority may incur criminal responsibility on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors.» *Delalic et al.*, *supra* nota 62, párr. 354 (énfasis del original); también *Bla_ki*, *supra* nota 64, párr. 300.

⁶⁸ «the actual possession, or non-possession, of powers of [effective] control over the actions of subordinates.» *Delalic et al.*, *supra* nota 62, párr. 370; véase también párr. 377 (énfasis agregado); también *Aleksovski*, *supra* nota 63, párr. 76; *Bla_ki*, *supra* nota 64, párr. 301, 335.

autoridad real y del poder para prevenir y castigar⁶⁹. Aunque los medios a través de los cuales debe ejercitarse este control no están precisamente definidos por el derecho internacional consuetudinario, está claro que la mera «influencia sustancial como medio de control» carece de apoyo suficiente en la práctica estatal y en las decisiones judiciales⁷⁰. Además, es importante señalar que el acusado correspondiente debe ser «senior in some sort of formal or informal hierarchy to the perpetrator»⁷¹. En este sentido, la responsabilidad del superior se extiende a *civiles*, vale decir, superiores no militares, pero «solamente se extiende a aquellos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares»⁷². Esto significa que varias personas —como superiores— pueden ser responsables de delitos cometidos por un subordinado⁷³. Sin embargo, la responsabilidad se excluye si tal control estaba «ausente o era demasiado remoto»⁷⁴, o si el superior carecía de «la capacidad material para impedir y castigar la comisión de estos delitos»⁷⁵. La decisión *Bla_ki_* 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 cosas⁷⁶. Por otra parte, el no castigar los crímenes cometidos puede ser considerado como auxilio o instigación para su comisión en el sentido del art. 7 (1) del Estatuto para el TPIY⁷⁷. 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 civiles⁷⁸.

⁶⁹ *Delalic et al.*, *supra* nota 66, para. 186 et seq. (193, 197), 248 et seq. (256).

⁷⁰ *Ibid.*, para. 258 et seq. (266). Así también *Kordi_ & Cerkez*, *supra* nota 66, para. 412, 415.

⁷¹ *Delalic et al.*, *supra* nota 66, para. 303.

⁷² «only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates similar to that of military commanders». *Delalic et al.*, *supra* nota 62., párr. 355 y ss., 363, 378; *Aleksovski*, *supra* nota párr. 75, 78.

⁷³ *Aleksovski*, *supra* nota 63, párr. 106; *Bla_ki_*, *supra* nota 64, párr. 303.

⁷⁴ «absent or too remote». *Delali_ et al.*, *supra* nota 62, párr. 377.

⁷⁵ «the material ability to prevent and punish the commission of the[se] offences.»

Ibid., párr. 378; (énfasis agregado) *Aleksovski*, *supra* nota 63, párr. 81; *Bla_ki_*, *supra* nota 64, párr. 302, 335: «capacidad material» («capacité matérielle»).

⁷⁶ *Bla_ki_*, *supra* nota 64, párr. 336.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 337 y ss. (339).

⁷⁸ 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 militaire limiterait le champ d'application de la doctrine du supérieur hiérarchique

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 cometidas⁷⁹.

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 determinados⁸⁰. La posición del superior como tal constituye una presunción certera de que él tenía conocimiento acerca de los delitos de los subordinados⁸¹. Por el 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

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.

⁷⁹ *Delalic et al.*, *supra* nota 62 párr. 379 y ss., 383; 386; 393.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 386; también *Bla_ki_*, *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, págs. 437-38. Cf. *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.

⁸¹ *Aleksovski*, *supra* nota 63, párr. 80; *Bla_ki_*, *supra* nota 64, párr. 308.

Delalic 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 punto⁸². Sin embargo, en la decisión *Bla_ki*, la Sala intentó desarrollar una regla de derecho consuetudinario con fundamento en la jurisprudencia y una interpretación de los arts. 86 y 87 del Protocolo Adicional (en adelante PA I)⁸³. 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»⁸⁴. Con respecto al último, la Sala interpretó ampliamente la expresión «en posesión de información» («possédaient des informations») del art. 86 (2) del PA I. De esta forma, 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 crímenes⁸⁵. 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 responsabilidad⁸⁶. Finalmente, en *Delalic et al.*, la Cámara de Apelaciones confirmó que el superior debe, al menos, poseer información general, oral o escrita, que lo ponga en conocimiento de posibles actos ilegales cometidos por sus subordinados; el superior está obligado sólo en este caso a seguir investigando, aunque no existe una obligación general de saber⁸⁷. El conocimiento debe ser probado separadamente por cada acusado, el conocimiento de otro no puede ser imputado⁸⁸.

Aparte de *Delalic et al.*, *Aleksovski* y *Bla_ki*, 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

⁸² *Delalic et al.*, *supra* nota 62, párr. 393.
⁸³ *Bla_ki*, *supra* nota 64, párr. 309 y ss. (314 y ss.).
⁸⁴ «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*, párr. 90, referido en el caso *Bla_ki*, *supra* nota 64, párr. 322 (traducido del francés).
⁸⁵ *Ibid.*, párr. 325 y ss. (328-9), apoyándose en el comentario sobre los Protocolos del Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.).
⁸⁶ *Ibid.*, párr. 332.
⁸⁷ *Delalic et al.*, *supra* nota 66, para. 216 et seq. (232, 235, 238-39, 241).
⁸⁸ *Ibid.*, para. 313.

otras contribuciones⁸⁹. Más aún, en la acusación contra *Milosevi et al.*⁹⁰, confirmada por la apelación ante el Juez Hunt⁹¹, 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 superior⁹².

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se ocupó por primera vez de la responsabilidad del superior en el caso *Akayesu*⁹³. Aunque la aplicación de la doctrina a superiores no militares (civiles) — antes de la decisión del caso *Delalic et al.* del TPIY — se señaló como «discutible»⁹⁴, la Sala no rechazó esta posibilidad, pero sostuvo que «resulta apropiado valorar caso por caso el poder de autoridad efectivamente desarrollado por parte del acusado para determinar si él tenía o no tenía la facultad de tomar todas las medidas necesarias y razonables»⁹⁵. 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 subordinado⁹⁶ y por consiguiente no podía esperarse que aquél tuviese un control efectivo sobre éste. La existencia de la posibilidad material para controlar o intervenir es, sin embargo, irrelevante si el acusado no intentó impedir y, por el contrario, colaboró directamente con los perpetradores⁹⁷.

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 indepen-

⁸⁹ Cf. *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, págs. 26-28; en español en Revista Penal no. 7 (2001), pág. 5 y ss. (21 y s.).

⁹⁰ *Prosecutor v. Milosevi/Milutinovi/Sainovi/Ojdani/Stojilkovi*, decisión emitida el 22 de mayo de 1999. Ver *Vetter*, pág. 138 y ss.

⁹¹ *Prosecutor v. Milosevi/Milutinovi/Sainovi/Ojdani/Stojilkovi*, decisión en Review of Indictment and Application for Consequential Orders, 24 de mayo de 1999.

⁹² Decisión, *supra* nota 84, párr. 55 y ss., 84-88.

⁹³ T.Ch., juicio del 2 de septiembre de 1998, *Akayesu*, I.C.T.R.-96-4-T, párr. 486 y ss.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 491. Ver la visión crítica de *Vetter*, pág. 132 y ss.

⁹⁵ «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.

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 691.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 193.

diente de su propósito criminal⁹⁸. Más bien, el superior debe haber actuado con «malicia o al menos con ... negligencia tan seria que esté a la altura de la aquiescencia o, incluso, de la malicia»⁹⁹.

En *Kayishema et Ruzindana* el TPIR, confirmó esencialmente la decisión *elibi i* y se refirió al art. 28 del Estatuto de Roma¹⁰⁰. Se afirmó que la responsabilidad penal individual de acuerdo con el art. 6º (1) del Estatuto del Tribunal y la responsabilidad del superior de acuerdo con el art. 6º (3) del mismo Estatuto no son mutuamente excluyentes¹⁰¹. El principio también se aplica a la responsabilidad de superiores no militares¹⁰². 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 decisiva¹⁰³. 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 concreto¹⁰⁴. 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») ¹⁰⁵. 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»¹⁰⁶.

2. Intentos de codificación

a) Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra

Las más importantes disposiciones que codifican el concepto de responsabilidad del superior y que sirven de base para todas las demás

⁹⁸ Ibid., párr. 488.

⁹⁹ «malicious intent, or, at least, ... negligence ... so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent». Ibid., párr. 489.

¹⁰⁰ T.Ch. II, juicio del 21 de mayo de 1999, *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, I.C.T.R.-95-1-T, párr. 208-231.

¹⁰¹ Ibid., párr. 210.

¹⁰² Ibid., párr. 213 y ss.

¹⁰³ Ibid., párr. 216, 217 y ss.

¹⁰⁴ «inherently linked with the factual situation». Ibid., párr. 229 y ss. (229, 231).

¹⁰⁵ Ibid., párr. 227.

¹⁰⁶ Ibid., párr. 228.

codificaciones son los arts. 86 y 87 del Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra del 8 de julio de 1977¹⁰⁷. El art. 86, párr. 1 establece la obligación general de los Estados Partes 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 art. 86, párr. 2 del PA I 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 infracción»¹⁰⁸.

Así, tres condiciones deben ser reunidas para que un superior se tenga como responsable¹⁰⁹:

- 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 concluir¹¹⁰ que una infracción fue cometida o iba a ser cometida;

¹⁰⁷ 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, pág. 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*, págs. 196-7; *Green*, 1995, 325; *Fenrick*, 1999, nm. 1).

¹⁰⁸ «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.

¹⁰⁹ Véase también, *De Preux*, nm. 3543 y ss.

¹¹⁰ El artículo 76, párr. 2 del I.C.R.C. propuso un «should have known», pero fue rechazado por considerarse demasiado amplio (véase *De Preux*, nm. 3526; también *Levie*, pág. 8; *Landrum*, pág. 249; *Crowe*, pág. 225).

• 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 art. 86, párr. 2 del PA I, establece no solamente la responsabilidad del superior (incluida la de superiores civiles)¹¹¹, sino que también define la responsabilidad paralela del subordinado. Esto debe ser subrayado, ya que el art. 85 y subsiguientes del PA I parecen implicar únicamente la responsabilidad exclusiva del superior. Sin embargo, la expresión «haya sido cometida por un subordinado» del art. 86, párr. 2 explícitamente se refiere a la infracción de la Convención o del PA I por parte de un subordinado. Por lo tanto, el subordinado¹¹² es directamente responsable como perpetrador inmediato.

El art. 86, párr. 2 debe leerse conjuntamente con el art. 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 («garantor») del superior (*Garantenstellung und pflicht*) de acuerdo con la lectura que sigue:

Art. 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 su 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

¹¹¹ Cf. Hessler, pág. 1277; Wu/Kang, págs. 291-92.

¹¹² Cf. Wolfrum, *Durchsetzung des humanitären Völkerrechts*, en *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, D. Fleck (ed.), 1994, págs. 413-440 (423); véase también Solf/Cummings, *A Survey of Penal Sanctions under Protocol I to the Geneva Conventions of August 12, 1949*, *Case Western Reserve Journal of International Law* 9 (1977), págs. 242-3. Este punto de vista también resuelve la crítica de Partsch, pág. 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 violaciones¹¹³.

b) Otros

Las codificaciones posteriores han estado basadas exclusivamente en el art. 86, párr. 2 del PA I y han variado solamente con respecto a las consecuencias legales y al elemento subjetivo (*mental element*). El art. 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 art. 6º 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»¹¹⁴.

«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 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»¹¹⁵.

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 mismos¹¹⁶. Las diferencias entre los proyectos de 1991 y 1996 muestran claramente dónde se ubican los problemas: por una parte, se plantea si

¹¹³ El énfasis es nuestro.

¹¹⁴ Para la versión inglesa: artículo 12 I.L.C. Draft Code 1991, en Y.I.L.C. 1991, vol. II, segunda parte, págs. 94-97.

¹¹⁵ Para la versión inglesa: article 6 I.L.C.-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. G.A.O.R. Fifty-first Session. Supplement No. 10 (A/51/10), págs. 14 y ss. (párr. 50 y ss.). Énfasis nuestro.

¹¹⁶ Véase también Y.I.L.C. 1988, vol. I, págs. 288-9 (Mr. Tomuschat, vocero del Comité Redactor); vol. II 2, págs. 70-1. Véase también el cuarto y el quinto informe del relator especial, Doudou Thiam, Y.I.L.C. 1986, vol. II 1, págs. 53-86 (65-6) y Y.I.L.C. 1987, vol. II 1, págs. 1-13 (9) respectivamente, quienes consideran erróneamente esta disposición como «un caso específico de la Teoría de Participación».

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 I.L.C. los cambios no implicaban diferencias sustantivas¹¹⁷. La mayoría de los miembros de la comisión aceptó —a pesar de las críticas¹¹⁸— la propuesta del relator especial para mantener el art. 12 del proyecto de código de 1991¹¹⁹.

El proyecto alternativo de Siracusa¹²⁰ posee una leve variación con respecto al proyecto de código de 1996 de la I.L.C.:

«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 necesarias¹²¹».

Una comparación del art. 86, párr. 2 del PA I con las disposiciones de los proyectos de código de la I.L.C. 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 I.L.C. y el proyecto de Siracusa— a tomar todas las medidas «necesarias», más que las medidas «factibles». La diferencia, si es que existe alguna, será

¹¹⁷ Cf. Report I.L.C. 1996, *supra* nota 108, pág. 38, párr. 5 y 6.

¹¹⁸ El profesor Tomuschat criticó la responsabilidad extensiva creada por el artículo 12. Véase Y.I.L.C. 1994, vol. I, pág. 112.

¹¹⁹ Thiam, Twelfth Report, 1994, párr. 127; I.L.C. 1994, vol. II 2, pág. 83; 1994, vol. I, pág. 111 (Mr. Al-Baharna).

¹²⁰ Cf. A.I.D.P., I.S.I.S.C., M.P.I. et al., 1994 I.L.C., Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications, preparado por un comité de expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996.

¹²¹ «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).

analizada posteriormente. Finalmente, mientras que el proyecto de código de 1991 de la I.L.C. introduce solamente un cambio menor con respecto al elemento subjetivo (*mental element*), el proyecto de código de 1996 de la I.L.C. 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 art. 7º, párr. 3º del Estatuto del TPIY¹²² así como el art. 6º, párr. 3º del Estatuto del TPIR¹²³ 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 perpetraron¹²⁴».

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 art. 86, párr. 2 del PA I la intervención debe tener lugar cuando el subordinado «estaba cometiendo» o «iba a cometer» una infracción, de acuerdo con el art. 7º, párr. 3 del Estatuto del TPIY y el art. 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 art. 87, párr. 3º del PA I contempla un

¹²² Para la versión inglesa: SC Res. 827 (25 de mayo de 1993), reimpresso en: 32 I.L.M., 1993, pág. 1159. Véase también <<http://www.un.org/icty/basic.htm>>.

¹²³ Para la versión inglesa: SC Res. 955 (8 de noviembre de 1994), véase <<http://www.icty.org>>.

¹²⁴ «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.

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.

3. 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»¹²⁵. Dado que el PA I ha sido ratificado por más de 150 países¹²⁶, 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.

a) 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

¹²⁵ «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, págs. 8-26, pág. 16.
¹²⁶ 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»¹²⁷.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el Manual Militar de Operaciones no tiene fuerza jurídica vinculante; sólo constituye una «guía autorizada»¹²⁸. Más aún, el propio Departamento Militar consideró que el estándar «debió haber conocido» es muy amplio¹²⁹. En cuanto al grado del comandante, el Ejército enfatiza las obligaciones en concordancia con el entrenamiento recibido por cada uno de las personas que están en la cadena de mando, no obstante los diferentes niveles y responsabilidades que existen dentro de la estructura¹³⁰.

El manual *británico* de la ley militar emplea la misma redacción con una ligera variación al final que dice: «... y si él deja de emplear los medios a su disposición para asegurar el cumplimiento de las leyes de la guerra»¹³¹.

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 art. 4º de la siguiente manera:

¹²⁷ «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. Cf. Röling, *supra* nota 118, pág. 16; Crowe, págs. 223-24; E. O'Brien, pág. 288. Para las críticas al derecho de los EE.UU. véase Hessler, pág. 1287 y ss. Sobre derecho norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase *Law Reports T.W.C.*, vol. III, pág. 103 y ss.

¹²⁸ Manual Militar de Operaciones («Field Manual»), *op.cit.*, 3.
¹²⁹ U.S. Dept. Of Army, Pamphlet nº 27-1-1, *Protocolos a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, pág. 65. Ver también Eckhardt, pág. 18.

¹³⁰ Véase W. O'Brien, pág. 640.
¹³¹ «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. Cf. Röling, *supra* nota 118, pág. 16; Green, 1995, pág. 343.

«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 subordinados»¹³².

En Alemania el art. § 357, párr. 1, numeral 3º del Código Penal (*Strafgesetzbuch-StGB*) sanciona al superior que intencionalmente «permita que se realice un acto ilícito a través de sus subordinados». El art. 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 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*)¹³³ que consiste en dos actos: el incumplimiento de supervisar debidamente y la generación de una consecuencia grave¹³⁴. 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 supervisión¹³⁵. La obligación de supervisión corresponde a la competencia para dar órdenes¹³⁶. 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 supervisión¹³⁷. 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

¹³² «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 de la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés». Pelletier/Perfetti (eds.), *Code Pénal 1998-1999* (1998), págs. 1118-19. En inglés en *Law Reports T.W.C.*, vol. III, pág. 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.»

¹³³ Cf. Schölz/Lingens, *Wehrstrafgesetz* (1988), § 41 nm. 2, pág. 17. — La conducta activa esta correspondientemente cubierta por el § 33 y 34 *WStG* el cual sanciona la tentativa de inducción del subordinado por el superior para cometer un crimen.

¹³⁴ *Ibid.*, nm. 2.

¹³⁵ *Ibid.*, nm. 13.

¹³⁶ *Ibid.*, nm. 7.

¹³⁷ *Ibid.*, nm. 9, 11.

el § 10, (2) de la ley militar alemana (*Soldatengesetz-SG*)¹³⁸. Se reconoce generalmente que este deber crea la obligación para el superior de impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados¹³⁹. De acuerdo con el § 1, (4) de la SG, un superior es cualquier persona que puede dar órdenes a un 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 grave¹⁴⁰.

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)¹⁴¹.

b) 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 art. 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 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 necesaria»¹⁴².

¹³⁸ Cf. Scherer/Alff, *Soldatengesetz. Kommentar*, 1988, § 10 nm. 7; Stauf, *Soldatengesetz. Taschenkommentar*, 1998, § 10 nm. 3.

¹³⁹ Explícitamente Stauf, *supra* nota 129 nm. 3; Véase Scherer/Alff, *supra* nota 128, nm. 8.

¹⁴⁰ Schölz/Lingens, *supra* nota 124, § 41 nm. 2, 16.

¹⁴¹ Véase también Wolfrum, *supra* nota 106, párr. 1213, pág. 434.

¹⁴² «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.),

También una propuesta alternativa, elaborada por el profesor Tiedemann¹⁴³, 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 garante¹⁴⁴. En efecto, esta propuesta está basada sobre el § 130 de la ley alemana de infracciones 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 cual el § 41 *WStG*, están conside-

Corpus Juris, 1997, pág. 68 (énfasis nuestro). Véase también la mas reciente versión del art. 12, en: *Delmas-Marty/Vervaele* (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I, Antwerp et al. 2000, pág. 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 Art. 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.»

¹⁴³ El Profesor Tiedemann era uno de los miembros del grupo de expertos que elaboró el proyecto de Corpus Juris.

¹⁴⁴ 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*);»

véase Tiedemann, págs. 505-6, 511 (§ e 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, págs. 268 y ss. (279; 280-81).

rados como un delito propio de omisión¹⁴⁵. La obligación del propietario de una empresa (y otras personas responsables dentro de la compañía)¹⁴⁶ 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 cumplir¹⁴⁷. 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 insitamente peligroso). La realización de este peligro no es un elemento del delito, sino solamente una condición objetiva de punibilidad del propietario (*objektive Strafbarkeitsbedingung*)¹⁴⁸. En este sentido podemos hablar de un delito de peligro concreto (*konkretes Gefährdungsdeldikt*)¹⁴⁹.

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 delegados¹⁵⁰. 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»¹⁵¹— es aplicada en una versión más

¹⁴⁵ Göhler, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1998, § 130 nm. 9; Rogall, pág. 588.

¹⁴⁶ Véase Göhler, *supra* nota, nm. 4 y ss.

¹⁴⁷ Ibid., nm. 2. Rogall, pág. 613 y ss. Este autor argumenta acertadamente que el propietario de una empresa tiene la posición de un garante.

¹⁴⁸ Rotberg, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, 1975, § 130 nm. 8. Crítico Schünemann, pág. 48.

¹⁴⁹ Göhler, *supra* nota 136, nm. 9; Rogall, págs. 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., pág. 591). Además, establece una relación específica entre la omisión y la violación (ibid., pág. 595).

¹⁵⁰ Göhler, *supra* nota 136, nm. 11; Rogall, pág. 603.

¹⁵¹ Cf. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, págs. 62-3.

amplia, ya que algún incremento probable del riesgo (*Risikoerhöhung*) causado por la ausencia de la propia supervisión se considera suficiente¹⁵².

En lo que se refiere al *mens rea*, el propietario debe actuar intencionalmente 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 supervisión¹⁵³. Aún así, este umbral bajo es altamente sospechoso desde el punto de vista de los principios de culpabilidad (*Schuldgrundsatz*) e igualdad (*Gleichheitsgrundsatz*)¹⁵⁴.

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 implicada¹⁵⁵.

¹⁵² Göhler, *supra* nota 136, nm. 17; 22; Rotberg, *supra* nota 139, nm. 12. Véase también Schünemann, pág. 45; críticamente Rogall, pág. 608, pero en la última parte, pág. 610 y ss., en favor. El último (pág. 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, pág. 120: causalidad limitada por y basada sobre el fin protector de la norma («schutzzweckkongruente Kausalität»).

¹⁵³ Göhler, *supra* nota 136, nm. 9, 16 a; Rotberg, *supra* nota 139, nm. 16; Rogall, págs. 588-89; 600-01.

¹⁵⁴ Véase Schünemann, pág. 49; también Rogall, pág. 591, 597, 607 quien argumenta una interpretación compatible con el principio de culpabilidad.

¹⁵⁵ 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, pág. 620.

¹⁵⁶ «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 accessory 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

Finalmente, resulta digna de atención la Resolución II.1 de la sesión I del XVI Congreso Asociación Internacional de Derecho Penal (A.I.D.P.) realizado en Budapest en el año 1999, 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 efectivamente participado 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 comisión»¹⁵⁶.

c) Conclusiones preliminares

A la luz de las fuentes que hemos analizado aquí no cabe duda de que la doctrina de la responsabilidad del superior, que fue reconocida por primera vez en el caso *Yamashita*¹⁵⁷ es un principio bien establecido del derecho internacional consuetudinario¹⁵⁸. 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

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.

¹⁵⁷ Cf. Parks, pág. 37; Levie, pág. 6. Esto es igualmente admitido por los críticos, véase Landrum, pág. 298.

¹⁵⁸ Véase también Green, 1995, pág. 350, 371; Levie, pág. 12.

los superiores puede también llevar a indeseables reacciones, tal como fue demostrado en el caso del *Capitán Rockwood*¹⁵⁹.

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»¹⁶⁰ —como fue observado por algunos en el caso *Yamashita*— ni puede ser requerido un conocimiento 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 PA I¹⁶¹ y reemplazado por el criterio de «motivos para conocer» («had reasons to know») de la I.L.C. y los estatutos del TPIY y TPIR, así como por la decisión *Delalic 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 depuración¹⁶².

En suma, las críticas de los Tribunales para Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (U.N.W.C.C.) en 1949, según las cuales «los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad ... aún no están establecidos»¹⁶³ no han perdido completamente su validez, en particular con respecto a los problemas de derecho penal inherentes a la doctrina¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Cf. 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.

¹⁶⁰ Para más argumentos en contra de la teoría estricta de la responsabilidad, en comparación con el derecho ambiental de los EE.UU., Wu / Kang, págs. 279-282 en particular porque los crímenes correspondientes no son delitos de estricta responsabilidad. Véase también Parks, *passim* y pág. 103. Contra la teoría del «vicarious liability» (*pour le fait d'autrui*) véase también el alegato de la defensa en *Aleksovski*, *supra* nota 63, párr. 72.

¹⁶¹ Cf. Crowe, pág. 225 y *supra* nota 103.

¹⁶² Así, la afirmación de Hessler (pág. 1281) según la cual no existe un consenso en la jurisprudencia de la post-guerra con respecto al elemento subjetivo, no es completamente correcta si uno tiene en cuenta los esfuerzos de codificación.

¹⁶³ Véase *supra* nota 52.

¹⁶⁴ Véase De Preux, nm. 3527.

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)¹⁶⁵, especialmente frente a sus requerimientos de exactitud y limitación jurídica¹⁶⁶. Esto ha dado por resultado que el efecto disuasivo de la doctrina sea débil¹⁶⁷.

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

III. ART. 28 DEL ESTATUTO DE ROMA

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

La disposición¹⁶⁸, objeto de intensas negociaciones y acuerdos delicados¹⁶⁹, distingue entre la responsabilidad del superior, 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 art. 86, (2) del PA I, 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

¹⁶⁵ Sobre este principio, véase Ambos, General Principles of Criminal Law in the Rome Statute, Criminal Law Forum 10 (1999), págs. 1 y ss. (4 y ss.); en español en Actualidad Penal 44 (2000), 925 y ss. (927 y ss.) con mas referencias.

¹⁶⁶ Cf. Hessler, pág. 1288: «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 OwiG; véase Rogall, pág. 591; Schünemann, pág. 48.

¹⁶⁷ Cf. Ibid.

¹⁶⁸ Por el texto del Art. 28 del Estatuto de Roma ver Anexo I.

¹⁶⁹ UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1, pág. 2. Véase también Saland, pág. 202 y ss.; Schabas, *supra* nota 16, pág. 417.

subjetivo para la responsabilidad de los militares y de los civiles¹⁷⁰. 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 casos¹⁷¹. 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...»¹⁷². 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»¹⁷³. 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 militares¹⁷⁴. 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 PA I], 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 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

¹⁷⁰ U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.2 (1998); también Saland, pág. 204.

¹⁷¹ Propuesta de Argentina, Canadá y Alemania, 17 de junio de 1998.

¹⁷² UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGLP/L.7 (1998). La palabra «claramente» fue introducida posteriormente en el documento de trabajo oficial.

¹⁷³ UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGLP/L.7/Rev. 1 (1998).

¹⁷⁴ Bassiouni, *supra* nota pág. 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.

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 PA I que propuso la I.L.C. en los proyectos de códigos.

En lo que respecta al *actus reus* del art. 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 status 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 art. 86, (2) del PA I.

En la siguiente sección, los elementos objetivos y subjetivos del delito han de ser analizados con mayor detalle, comenzando con algunas consideraciones generales.

2. Análisis crítico e interpretación

a) 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 internacional. Una disposición general que definía el acto y/o omisión propuesta en el proyecto de Estatuto¹⁷⁵ fue suprimida en Roma¹⁷⁶. La razón que se argumentó, *inter alia*, fue que el art. 28 solamente creaba y crearía responsabilidad penal por omisión¹⁷⁷. 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 legalidad¹⁷⁸. 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 incierta¹⁷⁹.

El art. 28 puede ser caracterizado como un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*)¹⁸⁰ ya que él hace responsable al superior

¹⁷⁵ Draft Statute for the International Criminal Court, *supra* nota 5, art. 28.

¹⁷⁶ U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGPP/L.4/Add.1 (1998).

¹⁷⁷ 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, págs. 48-50, eran partidarios de una norma general sobre omisión.

¹⁷⁸ Véase Pradel, Droit pénal comparé, 1995, pág. 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, art. 223-6 (2) C.P.: «no asistencia a persona en peligro» («non-assistance à personne en péril»).

¹⁷⁹ Véase la discusión crítica de Fletcher, Concepts, *supra* nota págs. 47-8; también las críticas de Pradel, *supra* nota, págs. 236-37.

¹⁸⁰ Véase para mayor información sobre los terminología y las diferencias entre «echt» y «unecht»: Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 1996,

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 art. 28 se apoya también en el hecho de que disposiciones estructuralmente similares, tales como el art. 41 del Código Penal Militar Alemán (WStG) y el § 130 de la ley alemana de infracciones administrativas (OWiG) también son consideradas como delitos de omisión¹⁸¹. Finalmente, el art. 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 art. § 13 del C.P. alemán¹⁸².

El art. 28 del Estatuto de Roma es un delito de omisión¹⁸³ 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

págs. 605-08; Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 1998, págs. 299-301; también Pradel, *supra* nota 3, págs. 233-34.; Kreß, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, Humanitäres Völkerrecht 12, 1999, págs. 4-10 (9) toma el punto de vista, según el cual el artículo 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.

¹⁸¹ Véase *supra* nota 124.

¹⁸² § 13 (1) se lee: «Quien omite 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, (Código Penal alemán, Universidad Externado de Colombia, 1999).

¹⁸³ Cf. Wu/Kang, pág. 289.

delitos¹⁸⁴. 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 crímenes¹⁸⁵, sino también a los mismos crímenes derivados. Esto claramente se infiere de la redacción del art. 28¹⁸⁶. En efecto, el art. 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 complicidad¹⁸⁷. Por lo demás, este aspecto no está lo suficientemente reflejado en los antecedentes jurisprudenciales, los cuales, como ha sido mostrado antes¹⁸⁸, normalmente no hacen una distinción clara entre la responsabilidad penal de los cómplices y la responsabilidad penal por el incumplimiento de supervisar. Sin embargo, la responsabilidad simultánea puede plantearse conceptualmente, 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 al 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 subsidiaria¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Véase la interpretación similar de § 130 OWiG *supra* II. 3. b) así como *infra* b) cc).
¹⁸⁵ Véase *supra* II. 3., notas 123, 136 y texto que acompaña. De manera similar Wu/Kang, pág. 289.

¹⁸⁶ Véase *supra* nota 151 e *infra* 3.

¹⁸⁷ Véase más recientemente a Fenrick, 1999, nm. 2; Bantekas, pág. 577. De manera contradictoria Wu/Kang, quien argumenta, por una parte, responsabilidad a título de complicidad (pág. 278 y ss.) y continúa, por otra parte, con el punto de vista expresado en este artículo (pág. 289).

¹⁸⁸ Véase Ambos *supra* nota 156, pág. 20. Los antecedentes jurisprudenciales sostienen que el superior, o es responsable a título de cómplice (ayudando o incitando) por, al menos psicológicamente, encubrir o apoyar las tropas, o por faltar a impedir los crímenes sobre las bases de la responsabilidad del superior.

¹⁸⁹ Véase un punto de vista idéntico con respecto al § 130 OWiG *supra* II.3., notas 144-46 que acompañan el texto.

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 puntualizado¹⁹⁰ Schabas con la comisión de «un crimen de intención por negligencia»¹⁹¹: el superior incumple *negligentemente* su deber de supervisión apropiada de los subordinados quienes cometen sus delitos *dolosamente*, en el sentido expresado por el art. 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 art. 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 art. 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 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 art. 87 del PA I a los Convenios de Ginebra toda vez que allí se establece la obligación de los

¹⁹⁰ Schabas, *supra* nota 16, pág. 417.

¹⁹¹ «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 ...»).

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 PA I¹⁹². Aunque estas disposiciones estaban originariamente dirigidas únicamente a los Estados Partes, 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 PA I) 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 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 moneda¹⁹³. La similitud práctica de las dos formas de conducta penal están reflejadas también en la jurisprudencia que hemos analizado en este artículo¹⁹⁴. Normal-

¹⁹² De Preux, nm. 3536; para más fuentes sobre obligaciones de los comandantes, ver Bantekas, pág. 576-7. Véase para el caso de interpretaciones similares con respecto a la responsabilidad del propietario de la empresa (§ 130 OWiG), *supra* nota 142.

¹⁹³ Cf. Green (1989), pág. 167. Véase también Eckhardt, pág. 4-5; W.H. Parks, Unas cuantas herramientas en la persecución de crímenes de guerra, *Military Law Review* 149, 1995, pág. 73, pág. 75.

¹⁹⁴ Véase, por ejemplo, *U.S. v. List et al.*, *supra* nota, pág. 1257; «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...»).

mente 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 penal¹⁹⁵. De esta manera, el secretario general afirmó, en su informe sobre el establecimiento del TPIY, que una persona en posición 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 crimen¹⁹⁶. La I.L.C. distingue entre una contribución directa e indirecta a la comisión de un crimen¹⁹⁷. En forma similar, una resolución reciente del Congreso de la A.I.D.P. reconoció la importancia paralela de ordenar y faltar al deber de impedir delitos en el marco de las organizaciones delictivas¹⁹⁸. 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 criminal¹⁹⁹. 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 internacional²⁰⁰, 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»²⁰¹, no existe una paradoja entre la responsabilidad paralela del superior por dar una orden ilegal y la de el subordinado por ejecutar esta orden. Este punto de vista, que es defendido por D'Amato y correctamente rechazada por *Levie*²⁰², pasa por alto las diferentes formas de participa-

¹⁹⁵ Véase también Wu/Kang, pág. 274.

¹⁹⁶ S/RES 827 (1993), 25 de mayo de 1993, impreso en pág. 32, I.L.M. 1203, 1993, párr. 56.

¹⁹⁷ Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 100, pág. 35, párr. 1. De manera similar Wu/Kang, 289: orden como directa responsabilidad del mando; también Bassiouni, *supra* nota 3, pág. 419.

¹⁹⁸ Véase Resolución II. 1. *supra* nota 139 y texto que la acompaña.

¹⁹⁹ Véase Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1994, págs. 242-52; 653-54. Ya me he referido a la importancia de esta doctrina para el derecho penal internacional en el artículo «Individual Criminal Responsibility», *supra* nota 74.

²⁰⁰ Véase Bassiouni, *supra* nota 3, pág. 441; concurrentemente Wu/Kang, pág. 272; 289.

²⁰¹ Bassiouni, *supra* nota 3, pág. 420.

²⁰² Véase bibliografía.

ción desarrolladas en la doctrina del derecho penal, especialmente en el denominado «modelo diferenciado del continente europeo», el cual también está reconocido en el art. 25 del Estatuto de Roma²⁰³. 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 la 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.

b) Actus Reus

aa) El «Status» del Superior

La jurisprudencia de Nürnberg limitó la responsabilidad criminal por los actos de otros a los comandantes generales y oficiales, excluyendo al personal militar sin poder de mando²⁰⁴. Con respecto a la guerra de agresión, el acusado debía ser un «líder» o «ideólogo» o haber pertenecido al «nivel político»²⁰⁵. El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente limitó la responsabilidad a los miembros del gabinete²⁰⁶, la Jurisprudencia del TPIY requirió «una posición de autoridad»²⁰⁷ o «poder jerárquico»²⁰⁸. 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 post guerra parece limitar la responsabilidad a los jefes o al nivel político, ello

²⁰³ Véase Ambos, Article 25. Individual criminal responsibility, en O. Triffterer (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Baden-Baden 1999, nm. 2, pág. 7 y ss.

²⁰⁴ Véase *U.S. v. Pohl & Others*, II. 2. b) *supra* nota 30 y ss.

²⁰⁵ Véase *supra* II. 2.b) aa).

²⁰⁶ Véase *ibid.*, *supra* nota 45.

²⁰⁷ Véase *Delalic et al.*, *supra* nota 65 y texto.

²⁰⁸ *Aleksovski*, *supra* nota 64.

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 I.L.C. claramente afirmó que el art. 6º 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 determinada²⁰⁹. De igual forma, el art. 87, (1) del PA I 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 sólo unos pocos hombres bajos su mando»²¹⁰. Esto implica que la relación superior-subordinado exige una cadena de mando²¹¹, 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 involucrada²¹², 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 art. 6º del Proyecto de Código de Crímenes de la I.L.C. de 1996, por ejemplo, se refiere a la responsabilidad de todos los superiores (en plural) por los subordinados que cometan un crimen²¹³. Análogamente, el art. 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 superior²¹⁴.

²⁰⁹ Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 108, pág. 37, párr. 4.

²¹⁰ «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*, pág. 528.

²¹¹ *Bantekas*, págs. 580-1, 584.

²¹² *De Preux*, nm. 3554; véase también *Rogers*, Law on the Battlefield, 1996, pág. 142; *Bassiouni*, *supra* nota 3, pág. 421. De manera similar *Röling*, *supra* nota 118, pág. 15 se muestra partidario de una «responsabilidad especial para la materia en cuestión» («special responsibility for the field in question»).

²¹³ Véase *supra* II. 1. b).

²¹⁴ Cf. *Fenrick*, 1999, nm. 4, pág. 15. De manera similar, ello se afirmó en *U.S. v. von Leeb et al.*, *supra* nota, pág. 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

En otras palabras, el requerimiento mínimo de la responsabilidad de mando es que el superior respectivo tenga *mando*²¹⁵. 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»²¹⁶. 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 art. 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 subordinado²¹⁷.

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 art. 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)²¹⁸. Así, la disposición no hace referencia a una situación del «deber

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»).

²¹⁵ Sobre las fuentes del mando de *iure* véase Batekas, págs. 578-9, quien distingue entre mando político, estratégico, operacional y táctico.

²¹⁶ «The military commander has complete and overall *responsibility* for all activities within his unit.» § 22 FM 22-100 citado de acuerdo con Howard, pág. 14 (el énfasis es nuestro).

²¹⁷ Fenrick, 1999, nm. 17.

²¹⁸ Cf. Fenrick, 1999, nm. 5, 18; véase también Wu/Kang, págs. 292-3 y Bantekas, págs. 579-80.

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 art. 28, es el superior que tiene «autoridad y control» efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su «status» formal²¹⁹; el concepto de un superior debe ser observado «en términos de una jerarquía que acompaña el concepto de control»²²⁰. De esta forma el «status» del superior está íntimamente ligado al elemento que se analiza en la siguiente sección.

bb) «Mando y Control» efectivo o «Autoridad y Control»

El primer interrogante que suscita este aspecto es si existe 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 nueva nota de pie de pág.²²¹. Mientras el mando se refiere en un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para dominar y controlar²²², la «autoridad» parece tener un significado formal, en el sentido de permiso y/o derecho a ejercitar poderes, derecho a mandar etc..²²³ Ambos términos implican control: «mando» explícitamente como poder para controlar; «autoridad», implícitamente

²¹⁹ Véase la convincente definición de Bantekas, pág. 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.»).

²²⁰ De Preux, nm. 3544. Rogers, *supra* nota 202, pág. 140, pretende distinguir entre el artículo 86 (2) y 87 (3) del PA I a este respecto. Sin embargo, las dos disposiciones deben ser leídas conjuntamente.

²²¹ Así también ahora Delalic et al., *supra* nota 66, para. 196; también Kordić & Cerkez, *supra* nota 66, para. 407.

²²² Black's Law Dictionary, 1990, pág. 267. De manera similar Fenrick, 1995, pág. 124.

²²³ Ibid., pág. 133.

como derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad, normalmente controla sus «fuerzas»²²⁴ o sus subordinados²²⁵ y tiene capacidad de expedir órdenes²²⁶.

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 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 disposición²²⁷. 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 aislados²²⁸. 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 posición²²⁹. 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)²³⁰. Este punto de vista está confirmado por la referencia a la

²²⁴ El término «fuerzas», usado en relación a los comandantes militares incluye fuerzas armadas, grupos o unidades bajo un mando (art. 43 PA I) así como unidades de policía y paramilitares (Fenrick, 1999, pág. 6).

²²⁵ Cf. Parks, pág. 83.

²²⁶ Véase Bantekas, págs. 582-3.

²²⁷ Parks, págs. 84-5; Bantekas, págs. 585-6.

²²⁸ Cf. Schünemann, pág. 45, quien se refiere en el contexto económico a los excesos debidos a la «emancipación de los subordinados». De acuerdo con Rogall, pág. 619, en esta situación la ilicitud resultante no puede ser atribuida al superior.

²²⁹ Cf. Parks, pág. 86. Véase también De Preux, nm. 3557, quien acertadamente enfatiza que los asesores están para asesorar, no «para reemplazar» al comandante, también Partsch, pág. 529.

²³⁰ Parks, págs. 85-6; también De Preux, nm. 3555, Rogers, *supra* nota 202, pág. 141; Bantekas, pág. 586.

«autoridad y control» que aparece en el párr. (a) y (b) del art. 28²³¹. A ello hay que añadir que el superior debe supervisar activamente ciertas zonas de conflicto²³².

El control (mando, autoridad) debe ser «efectivo»²³³. 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 ...»²³⁴. Como lo muestra el art. 28, (b) (ii), el requerimiento de control efectivo es particularmente importante con respecto a los superiores no militares²³⁵. 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 subordinados²³⁶. 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»²³⁷. 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 menos estricto que en las militares²³⁸. 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 civiles²³⁹.

Una delegación del deber de supervisión no absuelve al superior de responsabilidad²⁴⁰; más bien, este deber se convierte internamente en

²³¹ Fenrick, 1999, nm. 8.

²³² Véase Eckhardt, págs. 23-4 con varios ejemplos.

²³³ Véase también Bantekas, pág. 580.

²³⁴ Fenrick, 1999, nm. 7.

²³⁵ Ver también Vetter, pág. 115 y ss.

²³⁶ Fenrick, 1999, nm. 19.

²³⁷ Wu / Kang, pág. 295.

²³⁸ Véase Fenrick, 1995, pág. 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»).

²³⁹ Véase *supra* nota 73.

²⁴⁰ En particular si la delegación sirve únicamente al propósito de evadir la responsabilidad penal, véase Bantekas, pág. 585.

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 deberes²⁴¹ en forma «sistemática», en la doctrina alemana del art. 41 del WStG y el § 130 de la Ley de Infracciones Administrativas (OwiG)²⁴². En forma similar el art. 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 seguimiento, 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 empresa»²⁴³.

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

²⁴¹ Wu/Kang, págs. 293-94; véase también Green, 1995, pág. 355 y supra II. 2.b).

²⁴² Véase II. 3., supra nota 128, 141 y texto que las acompaña.

²⁴³ «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, pág. 70. Véase también artículo 12 (3) de la versión revisada, Delmas-Marty/Vervaele (eds.), supra nota 136, pág. 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, pág. 511.

omisión como los establecidos en los arts. 5 a 8. Aún así, existen algunos delitos que no necesariamente requieren un acto positivo, pero para los cuales una omisión resulta suficiente²⁴⁴; el deber de intervención del superior abarca estos delitos de omisión. También el art. 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.

cc) 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 del subordinado. Ésta corresponde exactamente a la clase de causación requerida por el art. 41 del WStG y el § 130 de la OwiG²⁴⁵. En términos concretos, la acusación —de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida como *conditio sine qua non* o test «but for»²⁴⁶— 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

²⁴⁴ Por ejemplo, «infligir deliberadamente grandes sufrimientos» [art. 8, párr. 2 (a) (iii)] puede ser cometido por no alimentar a las víctimas.

²⁴⁵ Véase supra II. 3., nota 124 y 136 y ss. y texto que las acompaña.

²⁴⁶ Cf. Fletcher, Concepts, supra nota 142, págs. 62-3.

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»²⁴⁷, debe asumirse el concepto de causación sobre bases de carácter normativo-legal²⁴⁸. En efecto, la fórmula invertida de la *conditio*, está también reconocida, como se mencionó al principio de esta sección, en el art. 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 lo imaginario»²⁴⁹: 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*²⁵⁰. Sólo puede decirse con seguridad que la relación causal necesaria no existe si el subordinado comete excesos y no obedece más las órdenes del superior²⁵¹.

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 *alternativa*²⁵². En cualquier otra situación, es decir, si un grupo llegó primero al lugar de

²⁴⁷ Cf. *ibid.*, pág. 67.

²⁴⁸ Véase al respecto la doctrina alemana predominante: *Jescheck/Weigend*, *supra* nota 171, págs. 618-19.

²⁴⁹ *Fletcher*, *Concepts*, *supra* nota 142, págs. 62-3.

²⁵⁰ Cf. *Schünemann*, pág. 48; *Rogall*, pág. 611; *Göhler*, *supra* nota, nm. 22.

²⁵¹ Véase *supra* nota 217 y texto que la acompaña.

²⁵² Véase el ejemplo dado por *Fletcher*, *Concepts*, *supra* nota 142, pág. 63.

los hechos, la responsabilidad penal sería atribuida, concordantemente, a tal grupo. 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 imputación²⁵³ (imputación objetiva), o la doctrina de la causa próxima²⁵⁴ podrían ser de ayuda.

dd) Medidas «necesarias y razonables» a «su alcance»

El superior debe tomar medidas que sean «factibles» (art. 86 (2) PA I; art. 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1991], «necesarias» (art. 87 (3) PA I; 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 I.L.C. con respecto a las medidas²⁵⁵ «factibles» o «necesarias». En cualquier caso, el superior debe poseer ambas: la «competencia legal» y la «posibilidad material» para impedir o reprimir los crímenes²⁵⁶. Es obvio que estos dos requerimientos le posibilitan al superior plantear una justificación importante²⁵⁷.

De acuerdo con *Fenrick*²⁵⁸ el comandante debe actuar de la siguiente forma:

²⁵³ Estas teorías tratan de limitar la imputación por criterios normativos (cf. *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3ra. Edic., 1997, secc. 11, nm. 39-136; véase también *Fletcher*, *Rethinking Criminal Law*, 1978, págs. 495-96). Para nuestro contexto en particular véase *Rogall* y *Schünemann*, como aparece citado *supra* nota 143 y texto que la acompaña.

²⁵⁴ *Fletcher*, *Concepts*, *supra* nota 142, págs. 64-67.

²⁵⁵ Véase *supra* II. 2. b), nota 110 y texto que la acompaña.

²⁵⁶ Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 108, págs. 38-9, párr. 6 (el énfasis es nuestro); de manera similar *Partsch*, pág. 525. Véase también la posición del TPIY, *supra* nota 70.

²⁵⁷ Cf. *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, págs. 195-6 (196). Véase también *Hessler*, pág. 1285 y ss.: ausencia de control físico o autoridad legal como una justificante.

²⁵⁸ *Fenrick*, 1999, nm. 9.

- 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) PA I] y además comprendidas dentro del mando y control por parte del superior [art. 87, (1), (3) PA I] como se estableció anteriormente. De esta manera, las medidas concretas dependen de la posición del superior en la cadena de mando²⁵⁹. Si el superior mismo es responsable de una situación que permita su disminución del alcance para impedir un crimen, puede resultar penalmente responsable «por admitir que tal situación se desarrolle»²⁶⁰. El superior debe mostrar buena fe en el concierto de sus responsabilidades²⁶¹.

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

ee) «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 PA I], los términos «suprimir» y «denunciar»²⁶² han sido empleados en las

²⁵⁹ Fenrick, 1999, nm. 12.

²⁶⁰ Véase Wu/Kang, pág. 296.

²⁶¹ Fenrick, 1999, nm. 14, 25.

²⁶² Estos términos están utilizados únicamente en la versión inglesa. En la traducción oficial C.I.C.R. 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

codificaciones anteriores [art. 87, (1) del PA I]. 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)²⁶³.

Si el superior tiene que «prevenir» o «reprimir» depende de las circunstancias concretas de cada caso. En general, se puede hacer la siguiente distinción²⁶⁴: 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 solamente 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 art. 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 art. 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 cometidos²⁶⁵. En un sentido similar, la I.L.C. tampoco distingue entre «impedir» y «reprimir», pero afirma que ambos

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, *repriman y denuncien* a las autoridades competentes.»

²⁶³ 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).

²⁶⁴ Véase también Fenrick, 1999, nm. 12-4; Bantekas, págs. 591-2. Sobre el factor temporal véase *supra* II. 2.b).

²⁶⁵ Véase Van den Wyngaert, Commentaries, Bassiouni (ed.), 1993, pág. 59, con respecto al proyecto de código de 1991. En contraste, de acuerdo con Partsch, pág. 524, este es el sentido de «impedir», mientras que «reprimir» se refiere solamente a medidas penales.

implican la iniciación de acciones penales y disciplinarias²⁶⁶. Sin embargo, aunque el art. 28 —al igual que las codificaciones anteriores— requiere claramente ambas, tanto acciones preventivas y represivas²⁶⁷, 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 ocurran²⁶⁸.

c) 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 art. 28 hace uso de esta opción²⁶⁹. 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 posea 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.

aa) Superiores militares y no militares: conocimiento efectivo

De acuerdo con el párr. 3 del art. 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 presumirse²⁷⁰. Si el conocimiento no es real, sino

²⁶⁶ Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 108, págs. 36-7, párr. 3-4.

²⁶⁷ De Preux, nm. 3548.

²⁶⁸ Cf. Bantekas, págs. 593-4.

²⁶⁹ Véase Piragoff, en Triffterer (ed.), *supra* nota 197, art. 30, nm. 14-5.

²⁷⁰ Véase *supra* II. 2. c), notas 71-9. Cf. Fenrick, 1999, nm. 10; Bantekas, págs. 587-9.

simplemente *posible*²⁷¹, 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 culpabilidad²⁷².

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*»).

bb) 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 PAI²⁷³ y que está contenida en los manuales operativos militares británico y americano²⁷⁴. Como se mencionó anteriormente, este criterio puede ser rastreado en el caso *Rehenes*, así como en el art. 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 idioma francés —«*des informations leur permettant de conclure*»— abarca aparentemente sólo el elemento objetivo, mientras que en idioma inglés —«*should have enabled him*»— abarca tanto el elemento objetivo, como el elemento subjetivo. De acuerdo con los comentarios, la versión francesa prevalecería²⁷⁵, a la luz del objeto y fines del Tratado²⁷⁶. Sin embargo, las dos

²⁷¹ Críticamente Green, *supra* nota 230, pág. 195.

²⁷² 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, pág. 271. Bantekas, en pág. 590 y 594 va más allá identificando una «regla de derecho consuetudinario emergente» («*emerging rule of customary law*») a este respecto.

²⁷³ Véase *supra* nota 103.

²⁷⁴ Véase *supra* II. 3., notas 120, 122 y texto que las acompaña. Para una crítica en general: Eckhardt, págs. 19-20.

²⁷⁵ De Preux, nm. 3545; Partsch, pág. 525; Fenrick, 1995, pág. 119, también Baski *supra* nota 64, párr. 326.

²⁷⁶ Cf artículo 33 (4) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

versiones no tienen realmente un significado diferente en el sentido del art. 33, (4) de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, lo cual aparece confirmado tanto por la I.L.C., como por el TPIY. Mientras que la I.L.C. interpretó ambas versiones en forma equivalente²⁷⁷, el TPIY indicó en el caso *Delali et al.* que la diferencia textual no fue considerada como «algo sustancial» por los delegados de la conferencia de los Protocolos²⁷⁸. De hecho, la versión francesa no es puramente objetiva, ya que el superior sólo puede extraer conclusiones de cierta información si tiene un conocimiento previo²⁷⁹. 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 penal²⁸⁰. 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 este a nivel del dolo²⁸¹. 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 «sospechosos»²⁸² efectivamente conocidos. Sobre este fundamento, *Hessler* formula su

²⁷⁷ Y.I.L.C. 1988, vol. I, págs. 288-9 (Mr. Tomuschat, vocero del Comité Redactor); también *Rogers, supra* nota 202, pág. 139.

²⁷⁸ Decisión del 16 de noviembre de 1998, *Delalic/Muci_/Deli_/Land_o*, IT-96-21-T, párr. 392.

²⁷⁹ *Partsch*, págs. 525-26, 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.

²⁸⁰ *De Preux*, nm. 3545-6.

²⁸¹ *De Preux*, nm. 3541.

²⁸² *Hessler*, págs. 1278-79, 1298-99. Véase también la definición similar de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas, *supra* nota 72, citado por *Bassiouni, supra* nota 3, pág. 437; véase también *Fenrick*, 1995, nm. 124.

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 prevenidos²⁸³. Adicionalmente, el superior tiene la obligación de eliminar los riesgos significativos de futuros crímenes, a los cuales *Hessler* considera como tercer componente mental²⁸⁴.

Sin embargo, el conocimiento constructivo no corresponde a la imputación de un conocimiento fundado en hechos puramente objetivos²⁸⁵, 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.

En cuanto al criterio de «*tener razones para saber*» («*have reasons to know*»), no existe una diferencia sustancial con respecto a la fórmula del PA I («*información que les permitiera concluir*»). Sin embargo, la I.L.C. argumentó que el criterio de tener razones para saber permite una evaluación más objetiva que el criterio del PA I²⁸⁶. Así la Comisión explica la primera fórmula con las palabras de la última, explícitamente refiriéndose al comentario del art. 86 (1) PA I:

«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 apropiadas»²⁸⁷.

²⁸³ *Hessler*, pág. 1295 y ss.

²⁸⁴ *Ibid.*, pág. 1299 y ss. En lo que corresponde a este elemento mental, *Hessler* considera al derecho como un aspecto indefinido (pág. 1282); véase también sus críticas del elemento mental en pág. 1281 y ss.

²⁸⁵ Véase *Parks*, pág. 90; de manera similar *Rogers, supra* nota 202, pág. 139.

²⁸⁶ Informe I.L.C. 1996, *supra* nota 108, pág. 38, párr. 5.

²⁸⁷ 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

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 los EE.UU. que se refería al conocimiento posible «a través de informes a la persona del acusado o a través de otros medios»²⁸⁸. Por consiguiente, se remitía al caso *Rehenes* y al PAI²⁸⁹. 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 autores²⁹⁰.

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 art. 86, (2) del PAI²⁹¹.

(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 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;

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.

²⁸⁸ Citado de acuerdo con *Crowe*, págs. 229-230.

²⁸⁹ Ibid., pág. 230.

²⁹⁰ Véase *Levie*, pág. 10: «reason to know» y «should have known» «strikingly similar».

²⁹¹ *Landrum*, pág. 300: criterio del PAI y TPIY «quite similar».

(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»²⁹². 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»²⁹³, ello no obsta para que se prosiga en esfuerzos 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 menciona²⁹⁴, 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 efectivo²⁹⁵. 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 criminal²⁹⁶. Este particular ya

²⁹² «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., pág. 286.

²⁹³ Ibid., pág. 287.

²⁹⁴ *Supra* nota 272 y texto que la acompaña.

²⁹⁵ Véase *supra* (a), notas 257-259 y texto que las acompaña.

²⁹⁶ Véase *Hessler*, pág. 1284: «type of criminal negligence»; véase también su regla tres: «duty to eliminate non-negligible risks ...» (énfasis nuestro; véase *supra* nota 269 y

fue discutido con respecto al PA I, dejando en claro que la fórmula del PA I fue escrita pensando en la «negligence»²⁹⁷. 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»²⁹⁸.

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 los 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»²⁹⁹. 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 estarlo³⁰⁰. 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 involucrado³⁰¹: 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 ignora³⁰². De esta forma, «recklessness» y «negligence» pueden ser equiparadas a los conceptos alemanes de negligencia consciente y negligencia inconsciente (*bewußte y unbewußte Fahrlässigkeit*)³⁰³. Sin embargo, esta diferen-

ss. y texto que la acompaña); *Schabas*, *supra* nota 16, pág. 417: «liability for negligence». También *Bantekas*, pág. 590.

²⁹⁷ Véase *supra* nota 267 y texto que la acompaña; también *De Preux*, nm. 3541.

²⁹⁸ *Supra* nota 187, párr. 56.

²⁹⁹ «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, pág. 226.

³⁰⁰ *Ibid.*, pág. 240.

³⁰¹ «involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation». *Ibid.*, pág. 242.

³⁰² Cf. *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 142, pág. 115.

³⁰³ Véase *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 142, pág. 115, quien subraya sin embargo, que el derecho inglés utiliza el término «reckless» no para denotar un riesgo sin

cia entre imprudencia *conscientemente* y negligencia *inconscientemente* es ignorada cuando se emplean nociones contradictorias, tales como, «wilful», «wanton» o aún «conscious negligence»³⁰⁴. Esta ignorancia cuenta bastante en la confusión existente con respecto al elemento subjetivo que envuelve la responsabilidad del superior³⁰⁵. Debería quedar claro que el criterio de «debió haber tenido conocimiento» debe ser entendido como «negligence» y que ella, por consiguiente, no requiere ni consciencia³⁰⁶, 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*³⁰⁷ no ha impedido su reconocimiento universal³⁰⁸. Aunque un análisis más profundo no es posible en este lugar, puede afirmarse que el vago criterio³⁰⁹ 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»³¹⁰.

El común denominador de todos estos intentos de definir un criterio menos exigente que el requerimiento de conocimiento efectivo, se basa

consciencia, sino para referirse a casos de enorme negligencia. Véase también *Pradel*, *supra* nota 169, pág. 257 y ss., quien distingue entre *insouciance* y *negligence* incluyendo en la primera *recklessness* y en la última negligencia consciente e inconsciente.

³⁰⁴ American Law Institute, *supra* nota 285, pág. 242.

³⁰⁵ 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» (pág. 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.» (pág. 99).

³⁰⁶ Como erróneamente lo sobreentiende el artículo 87 (2, 3) del PA I. De acuerdo con *Rogers*, pág. 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.

³⁰⁷ Véase American Law Institute, *supra* nota 285, págs. 243-44; *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 142, pág. 117 y ss.; *Pradel*, *supra* nota 169, pág. 263 y ss.

³⁰⁸ *Fletcher*, Concepts, *supra* nota, pág. 142; *Pradel*, *supra* nota 169, pág. 261.

³⁰⁹ Crítico en este contexto *Parks*, pág. 90; *Hessler*, pág. 1285. Para un criterio diferente de lo razonable en caso de militares acusados, véase *Green*, 1989, pág. 169.

³¹⁰ *Fletcher*, Concepts, *supra* nota 42, pág. 119; véase también el criterio subjetivo con respecto a la responsabilidad del mando propuestos por *Parks*, pág. 90 y ss.; véase también *Bassiouni*, *supra* nota 3, pág. 423.

sobre el hecho de que el superior debe poseer *información* que le permita concluir que los subordinados están cometiendo crímenes³¹¹. Concordantemente, el TPIY 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 cometidos³¹². *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. ...»³¹³. *Croe* distingue entre «informes hechos para el comandante» y «amplios informes de prensa que den cuenta de las atrocidades»³¹⁴. 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»³¹⁵ no libra necesariamente al superior de responsabilidad, pues él es el responsable de mantener un efectivo sistema de información dentro de su comando³¹⁶. 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

³¹¹ Véase por ejemplo, *Landrum*, pág. 301: «had reason to know» parece significar «had the information from which to conclude»; *Levie*, pág. 12: información acerca de violaciones a las leyes de la guerra disponibles para un comandante; también *Fenrick*, 1999, nm. 11.

³¹² Véase *supra* II. 2. c), nota 74 y texto que la acompaña.

³¹³ «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.

³¹⁴ *Croe*, pág. 226.

³¹⁵ *Rogers*, pág. 139.

³¹⁶ Véase *supra* (d), nota 246 y texto que la acompaña.

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 art. 30 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 subjetivo³¹⁷.

cc) 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 guerra³¹⁸. 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)³¹⁹. El conocimiento no se presume, aún cuando lo que se involucre sea el resultado de la conducta del acusado³²⁰. El «wilful blindness» y, consecuentemente, el nuevo criterio del art. 28 (a) (i), se sitúan entre el conocimiento y la «recklessness». La disposición estable-

³¹⁷ Véase artículo 32 Estatuto de Roma, *supra* nota 159; véase también mi punto de vista crítico en *supra* nota 156.

³¹⁸ Véase por ejemplo, *R. v. Finta* (1990), I.L.R. 98 (1994) 520 (Ontario, Canadá), pág. 595. Véase también *Eckhardt*, en relación con los comandantes militares, pág. 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*, pág. 124.

³¹⁹ «if a person is aware of a high probability of its existence, unless he actually believes that it does not exist.» Véase también American Law Institute, *supra* nota 286, pág. 248; *LaFave/Scott*, Criminal Law I, 1986, págs. 307-8.

³²⁰ American Law Institute, *supra* nota 286, pág. 248.

ce claramente un umbral más alto que el criterio negligente de «debió haber tenido conocimiento» para los superiores militares³²¹. En virtud de los *travaux préparatoires* 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 imprudencia³²².

Como resultado, será mucho más difícil perseguir penalmente a superiores no-militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión³²³. De acuerdo con Fenrick, el indicio usado para probar el conocimiento efectivo³²⁴ también se puede tener en cuenta para los casos de superiores no militares; pero en ambos casos es necesario establecer³²⁵:

- 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.

4. Conclusión

El art. 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 preocupa-

³²¹ Cf. Fenrick, 1999, nm. 21. Véase también Schabas, *supra* nota 16, pág. 419, quien observa el nuevo criterio como establecimiento de un «full knowledge requirement».

³²² Véase *supra* nota 278 y texto que la acompaña.

³²³ Ver la crítica reciente desarrollada por Vetter, págs. 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 IMTFE., no podría ser considerado responsable con apoyo de este nuevo estándar (ibid., págs. 126-7; con referencias a los casos *Roechling*, *Akayesu* y *Milosevi*, en pág. 128 y ss.).

³²⁴ Véase *supra* II. 2. c), notas 74-9 y (a), nota 258 y texto que las acompañan.

³²⁵ Fenrick, 1999, nm. 21.

ciones. 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 acarreará 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 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 art. 28 del Estatuto de Roma.

Bibliografía

- Bantekas, Ilias*, The contemporary law of superior responsibility, *American Journal of International Law* 93 (1999), págs. 573-595;
- Bassiouni, Cherif M.*, Crimes against humanity in *International Criminal Law*, 2da edic. 1999, págs. 419-446;
- Crowe, Christopher N.*, Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecution, *University of Richmond Law Review* 29 (1994), págs. 191-232;
- D'Amato, Anthony*, Superior orders vs. command responsibility, *American Journal of International Law* 80 (1986), págs. 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), págs. 686-705;
- Eckhardt, William G.*, Command criminal responsibility: a plea for a workable standard, *Military Law Review* 97 (1982), págs. 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), págs. 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), págs. 319-371;
- Green, L.C.*, Superior orders and command responsibility, *Canadian Yearbook of International Law* 27 (1989), págs. 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), págs. 7-22;
- Landrum, Bruce D.*, The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now, *Military Law Review* 149 (1995), págs. 293-301;
- Levie, Howard S.*, Command responsibility, *Journal of Legal Studies* 8 (1997/98), págs. 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, págs. 496-512;
- Levie, Howard S.*, Some comments on Professor D'Amato's «paradox», *American Journal of International Law* 80 (1986), págs. 608-611;
- O'Brien, Edward J.*, The Nuremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood, *Military Law Review* 149 (1995), págs. 275-291;
- O'Brien, William V.*, The law of war, command responsibility and Vietnam, *Georgetown Law Journal* 60 (1972), págs. 605-664;
- Parks, William H.*, Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review* 62 (1973), págs. 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, págs. 523-529;
- Prévost, Ann Marie*, Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita, *Human Rights Quarterly* 14 (1992), págs. 302-338;
- Rogall, Klaus*, Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 98 (1986), págs. 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, págs. 189-216;
- Schünemann, Bernd*, Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (Wistra)* 1 (1982), págs. 41-50;
- Vetter, Greg R.*, Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (I.C.C.), *Yale Journal of International Law* 25 (2000), págs. 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), págs. 272-297.