

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 superior (1)—, 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:

(*) Traducción del inglés de Óscar Julián Guerrero (Colombia) y Mónica Karayán (Argentina, citas); revisión de M. Soledad Saux y del autor.

(**) Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional encargado de las secciones Derecho penal internacional e Hispanoamérica; asistente científico de la Universidad de Freiburg. Doctor por la Universidad de Múnich (1992).

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

es un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*) y un delito de peligro (*Gefährdungsdelikt*).

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

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

II. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO CONSUETUDINARIO

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

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

Los orígenes de la doctrina de la responsabilidad del superior se pueden remontar al siglo xv (3). 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 responsabilidad (4) penal y desde allí se obtuvo una mayor precisión de su significado, el cual ha servido como base para el Estatuto de Roma.

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 doctrina (5) 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 (700.000 habitantes) (6). Otras atrocidades fueron cometidas en la provincia de Batangas y en Luzón (7). Durante la defensa de Manila, el general Yamashita estaba en Baguio y, de acuerdo con lo dicho por su abogado defensor, no se conocía nada del ataque ya que sus comunicaciones habían sido completamente interrumpidas. Su orden inicial de evacuar Manila encontró resistencia de parte de las fuerzas del Ejército y de las fuerzas navales japonesas. Solamente 1.600 soldados abandonaron la ciudad en enero de 1945 cuando el Estado Mayor Imperial los puso bajo las

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

(4) Cfr. PARKS, p. 19.

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

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

(7) LANDRUM, pp. 294-95.

órdenes directas de Yamashita. Los 20.000 hombres de la fuerza naval permanecieron en la ciudad. El 25 de septiembre de 1945 Yamashita fue detenido por las Fuerzas Armadas norteamericanas bajo los siguientes cargos:

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

El juicio ante la Comisión Militar de los EE.UU. empezó el 29 de octubre y terminó el 7 de diciembre de 1945, con una sentencia de muerte para el acusado. La Comisión no llegó a una conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y solamente encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que Yamashita había «incumplido disponer un control efectivo... tal cual lo requerían las circunstancias» (9). Yamashita apeló primero ante la Corte Suprema de Filipinas, la cual se declaró incompetente, en razón de que podía «interferir con los actos del Ejército de los EE.UU....» (10). La Corte Suprema 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 *habeas corpus* y competencia, debe ser, y es, *rechazada*» (11).

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

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

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

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

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 asunto (12). En lo que se refiere a las bases que habían permitido ejercer la acción, la Corte Suprema 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...

... 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 judiciales (16), aunque también encontraron simpatizan-

(12) *Ibíd.*, p. 18 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) *Ibíd.*, véase también p. 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». *Ibíd.*, p. 14. Véase también p. 18.

(15) «The allegations of the charge, tested by any reasonable standard, adequately allege a violation of the law of war...». *Ibíd.*, pp. 17-18 (disidencia del juez Murphy, p. 31).

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

tes (17). 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).

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 Rutledge (20), 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 personal (21), no se puede subestimar la importancia de la siguiente crítica expresada por el Juez Murphy de la Corte Suprema de Justicia:

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

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

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

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

(21) Este principio fue reconocido como «uno de los más importantes (principios del Derecho)» («one of the most important [legal principles]»); por lo tanto, «el Tribunal debería proclamar tal declaración de culpabilidad (de una organización o grupo) de manera tal que se asegure que no serán castigadas personas inocentes.»

«... 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 aquellas practicadas en naciones menos respetadas en años recientes» (22).

Aunque el conocimiento efectivo no fue probado, no puede afirmarse que la culpabilidad de Yamashita estuviese basada sobre una teoría estricta de la responsabilidad penal (23). 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 atrocidades (24), 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 atrocidades (25). 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

(«the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organisation or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished.»), *The Trial of the Major War Criminals*, London, HMSO, 1950, vol. 22, p. 469.

(22) «... there was no serious attempt to charge or to prove that he [Yamashita] committed a recognized violation of the laws of war. He was not charged with personally participating in the acts of atrocity or with ordering or condoning their commission. Not even knowledge of these crimes was attributed to him. It was simply alleged that he unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit the acts of atrocity. The recorded annals of warfare and the established principles of international law afford not the slightest precedent for such a charge. This indictment in effect permitted the military commission to make the 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 US, p. 28.

(23) Cfr. PARKS, p. 37 y pp. 87-8.

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

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

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 adelante (27). 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 Lai (28).

b) OTRA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (29)

aa) *Nüremberg*

Mientras que el Tribunal Militar Internacional (en adelante TMI) se ocupó solamente de la doctrina de la responsabilidad del superior, «de la manera más indirecta» (30), ésta fue invocada en tres procesos ante las Cortes Marciales de los EE.UU. en Nüremberg. En el caso *US 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).

(26) «Total ignorance raised unacceptable general risk of *future* subordinate criminality, those crimes becoming chargeable to him as soon as they occurred», HESSLER, p. 1283.

(27) Véase *infra* 3. y III.2.a).

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

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

(30) GREEN, 1995, p. 333.

(31) «The law of war imposes on a military officer in a position of command an *affirmative* duty to take such steps as are within his power and appropriate to the circumstances to control those *under his command* for the prevention of acts which are violations of the law of war.» *US v POHL et al.* (caso 4), *Trials of Criminal War* (TWC), vol. V, pp. 958-1163, p. 1011 (énfasis nuestro).

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, Mumenthey, era un administrador civil (32). En el caso USv. Brandt *et al.* también fue reconocida la responsabilidad de civiles superiores (33). Con relación a la guerra agresiva, la jurisprudencia sentó el requerimiento de que el acusado debía ser «jefe», «planificador» (34) (TMI) o haber pertenecido al «nivel político» (35).

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

(32) *Ibid.*, p. 1054.

(33) Véase *US v. BRANDT et al.* («Medical case», caso 1), TWC, vol II, *supra* nota 11, pp. 171-300; (212- 213).

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

(35) Cfr. *US v. KRAUCH et al.* («IG Farben», caso 6), TWC, vol. VIII, pp. 1081-1210, p. 1124; 1126; *US v. VON LEEB et al.* («High Command case», caso 12), TWC, vol. XI, pp. 462-697, p. 489.

(36) *US v. VON LIST et al.* (caso 7), TWC, vol. XI, *supra* nota 11, p. 1230 ss., pp. 1256-7. Véase también el extenso análisis de PARKS, p. 58 ss.

(37) *US v. VON LIST et al.*, *supra* nota 35, p. 1281 («obliged to know»).

(38) *US v. VON LEEB et al.*, *supra* nota 34, en particular p. 510; 533-544; 555. Véase también el profundo análisis de PARKS, p. 38 ss.; también DOUGLASS, *passim*.

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 adquiescencia. 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 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 contenido (40). Tampoco se aplica a los oficiales superiores («staff officers») ya que tales oficiales normalmente no poseen poder de mando (41). 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,

(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.» *Ibíd.*, p. 544.

(40) *Ibíd.*, 510 («for the transmittal in any manner whatsoever of a criminal order»). Véase también *US v. VON LIST et al.*, *supra* nota 32, p. 1281 ss., p. 1286.

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

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

(43) Véase *O'BRIEN*, pp. 286-87.

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 superior (44). 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 civil (45). En primer lugar, se impusieron obligaciones de supervisión y control sobre el personal de mando, civil y militar, con respecto al tratamiento apropiado de los prisioneros de guerra. En consecuencia, los abusos frente a los prisioneros de guerra fueron atribuidos tanto a los acusados civiles como militares, en el caso en que ellos faltaran al deber de impedir tales abusos. La doctrina de la responsabilidad del superior fue, además, extendida al Gobierno (civiles), arguyendo para el caso un modelo de responsabilidad *colectiva*:

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

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

(45) «The Tokyo Judgement», *The International Military Tribunal for the Far East* (IMTFE), vol. I, Amsterdam 1977 (Roling/ Ruter eds.), pp. 29-30. Cfr. FENRICK, 1995, p. 118.

(46) «A cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the cabinet thereby continuing to participate in its *collective responsibility*... [,] he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future.» *The Tokyo Judgement*, *supra* nota 45, p. 30 (énfasis nuestro).

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 culpable (47). En el mismo sentido, el Tribunal afirmó con respecto a la responsabilidad de *Koki Hirota*, ministro de Asuntos Exteriores de marzo de 1933 a marzo de 1936, que: «su inacción corresponde al grado de una negligencia criminal» (48). El juez Röling criticó acertadamente éste y otros casos particulares en su disidencia (49). 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 (UNWCC)*

La jurisprudencia de Tokio fue confirmada en los juicios por crímenes de guerra de británicos, canadienses, australianos y chinos, como lo documenta el UNWCC (United Nations War Crimes Comision) (51). Concretamente, los tribunales competentes –*grosso modo*– consideraron como un factor crucial la posición o el «status» del acu-

(47) *Ibid.*, pp. 457-58.

(48) «His inaction amounted to criminal negligence». *Ibid.*, pp. 447-48.

(49) *The Tokyo Judgment, supra nota 44*, vol. II, p. 1043 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.*, p. 1127.

(51) Véase, por ejemplo, la referencia explícita al caso YAMASHITA en *Law Reports TWC*, vol. XV (UNWCC, HM Stationery Office, London, 1949), p. 66. Para otros juicios véase también PARKS, pág 69 ss.

sado 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 respecto (52). La UNWCC tomó esta posición, no obstante considerar que «los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad aún no se encuentran plenamente establecidos» (53) y formuló los siguientes interrogantes:

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

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 mencionado (55) 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 atrocidades (56). Esta decisión

(52) *Law Reports TWC*, vol. IV, *supra* nota 50, pp. 98-99. Véase también GREEN, 1989, p. 186 ss.; id., 1995, p. 337 ss.; BASSIOUNI, *supra* nota 3, pp. 431-32.

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

(54) *Ibíd.*

(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 p. 475; véase también LANDRUM, p. 299; CROWE, p. 223; ECKHARDT, p. 11 ss. y pp. 32-4 (Resumen del material probatorio elaborado por el juez Howard); BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 434. Una evaluación del papel de los EE.UU. en Vietnam es provisto por W. O'BRIEN, p. 641 ss., p. 663.

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 crímenes (57) y en un contacto estrecho con Calley (58). Además, el requerimiento de conocimiento efectivo no resultaba consistente con el derecho de los EE.UU. (59). Aunque la doctrina de la responsabilidad del superior no fue aplicada en el juicio criminal acerca del caso *My Lai*, ella sí jugó un papel importante en la investigación contra el Mayor General Koster, quien 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

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

(58) Véase Lieutenant Calley. His own story as told to John Sack, 1970. Véase también PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 329, nota 152. Hasta antes de 1998 el Ejército de los EE.UU. no reconoció públicamente que en *My Lai* no existía enemigo, sino una «masacre ilegal de no-combatientes a manos de fuerzas norteamericanas» («unlawful massacre of noncombatents by American forces»), *Guardian Weekly/Washington Post*, 15 de marzo de 1998.

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

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

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

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 perpetradores (62).

c) *La Jurisprudencia de los tribunales ad hoc*

En el caso *Delalić et al.* –también conocido como «*Čelibići*» por el campo de prisioneros del mismo nombre– el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) caracterizó los requerimientos de la doctrina de la responsabilidad del superior de la siguiente manera (63):

- 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 *Blaskić* (65) básicamente confirmó o complementó los principios desarrollados en *Delalić et al.* y por lo tanto se estudiará junto con esta decisión. 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» (66). Una posición de mando no

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

(63) T. Ch., decisión del 16 de noviembre de 1998, DELALIĆ/MUCIĆ/DELIĆ/LANDŽO («*ČELIBIĆI*»), 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 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, BLAŠKIĆ, IT-95-14-T (original en francés), párr. 289 ss. (294).

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

puede ser determinada «únicamente con referencia al *status* formal» («reference to a formal status alone») sino «por la posesión efectiva o la falta de poderes de control efectivo sobre las acciones de sus subordinados» (67). En este sentido, la 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» (68). Esto significa que varias personas –como superiores– pueden ser responsables de delitos cometidos por un subordinado (69). Sin embargo, la responsabilidad se excluye si tal control estaba «ausente o era demasiado remoto» (70), o si el superior carecía de «la capacidad material para impedir y castigar la comisión de estos delitos» (71). La decisión *Blaškić* 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 cosas (72). Por otra parte, el no castigar los crímenes cometidos puede ser considerado como auxilio o instigación para su comisión en el sentido del artículo 7 1 del Estatuto para el TPIY (73). 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 civiles (74).

En el plano *subjetivo* el superior debe:

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

(68) «Only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates similar to that of military commanders». DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62., párr. 355 ss., 363, 378; ALEKSOVSKI, *supra* nota párr. 75, 78.

(69) ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 106; BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 303.

(70) «Absent or too remote». DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62, párr. 377.

(71) «The material ability to prevent and punish the commission of the[se] offences.» *Ibid.*, párr. 378; (énfasis agregado) ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 81; BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 302, 335: «capacidad material» («capacité matérielle»).

(72) BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 336.

(73) *Ibid.*, párr. 337 ss. (339).

(74) Sobre este punto, vale la pena citar la afirmación completa de la Sala: «Exiger d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir de sanction semblable à celui détenu par un militaire limiterait le champ d'application de la doctrine du supérieur hiérarchique au point de la rendre pratiquement inapplicable aux autorités civiles. La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité, de jure ou de facto, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit...», ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 78.

- 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 cometidas (75).

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 determinados (76). La posición del superior como tal constituye una presunción certera de que él tenía conocimiento acerca de los delitos de los subordinados (77). 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 Delalić *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 punto (78). Sin embargo, en la decisión Blaškić, la Sala intentó desarrollar una regla de derecho consuetudinario con fundamento en la jurisprudencia y una interpretación de los artículos 86 y

(75) DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62 párr. 379 ss., 383; 386; 393.

(76) *Ibid.*, párr. 386; también BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 307. El número, la clase y el fin de los actos ilegales; el tiempo durante el cual los actos ilegales ocurrieron; el número y la clase de tropas involucradas; componentes logísticos involucrados, así como la localización geográfica de los actos; la amplia ocurrencia de los actos; tiempo táctico de las operaciones; *modus operandi* de actos ilegales similares; los oficiales y el grupo de mando involucrado; la localización del comandante al tiempo de la ocurrencia de los hechos. Estos indicios han sido desarrollados por la Comisión de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia (UN Doc. S/1994/674 del 27 de mayo de 1994), citado en BASSIOUNI, *supra* nota 3, pp. 437-38. Cfr. ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 80 y 114: «Il ne pouvait donc ignorer les mauvais traitements répétés subis par les détenus». Ver también FENRICK, 1999, núm. 10.

(77) ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 80; BLAŠKIĆ *supra* nota 64, párr. 308.

(78) DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62, párr. 393.

87 del PA I (79). Con respecto al primero, siguió la conclusión esbozada por *Parks*, de acuerdo con la cual el superior es responsable si «incumplió al no ejercer los medios disponibles para conocer los delitos y, bajo las circunstancias determinadas, él hubiera debido conocer que dicho incumplimiento constituía una omisión criminal» (80). Con respecto al último, la Sala interpretó ampliamente la expresión «en posesión de información» («possédaient des informations») del artículo 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 crímenes (81). 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 responsabilidad (82).

Aparte de Delalić *et al.* Aleksovski y Blaškić, el TPIY ha confirmado la responsabilidad individual de jefes civiles y superiores militares en varias decisiones concernientes a la Regla 61 que han sido analizadas en otras contribuciones (83) Más aún, en la acusación contra Milosević *et al.* (84), confirmada por la apelación ante el Juez Hunt (85), los acusados Milosević, Milutinović, Ojdanić y Stojilkić fueron también considerados, *prima facie*, responsables por crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior (86).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se ocupó por primera vez de la responsabilidad del superior en el caso *Akaye-*

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

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

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

(82) *Ibid.*, párr. 332

(83) Cfr. AMBOS, «Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», G. K. McDonald/O. Swaak Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, pp. 26-28.

(84) PROSECUTOR v. MILOSEVIĆ/MILUTINOVIĆ/SAINOVIĆ/OJDANIĆ/STOJILKOVIĆ, decisión emitida el 22 de mayo de 1999. Ver VETTER, p. 138 ss.

(85) PROSECUTOR v. MILOSEVIĆ/MILUTINOVIĆ/SAINOVIĆ/OJDANIĆ/STOJILKOVIĆ, decisión en *Review of Indictment and Application for Consequential Orders*, 24 de mayo de 1999.

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

su (87). Aunque la aplicación de la doctrina a superiores no militares (civiles) –antes de la decisión del caso Delalić *et al.* del TPIY– se señaló como «discutible» (88), la Sala no rechazó esta posibilidad, pero sostuvo que «resulta apropiado valorar caso por caso el poder de autoridad efectivamente desarrollado por parte del acusado para determinar si él tenía o no tenía la facultad de tomar todas las medidas necesarias y razonables» (89). 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 subordinado (90) 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 perpetradores (91).

En cuanto al elemento subjetivo (*mental element*), el TPIR rechazó el punto de vista –basado sobre una concepción estricta de la responsabilidad penal– según el cual la responsabilidad del superior es independiente de su propósito criminal (92). 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» (93).

En *Kayishema et Ruzindana* el TPIR, confirmó esencialmente la decisión *Celibici* y se refirió al artículo 28 del Estatuto de Roma (94). Se afirmó que la responsabilidad penal individual de acuerdo con el artículo 6.º (1) del Estatuto del Tribunal y la responsabilidad del superior de acuerdo con el artículo 6.º (3) del mismo Estatuto no son mutuamente excluyentes (95). El principio también se aplica a la responsabilidad de superiores no militares (96). En cualquier caso, la

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

(88) *Ibid.*, párr. 491. Ver la visión crítica de VETTER, p. 132 ss.

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

(90) *Ibid.*, párr. 691.

(91) *Ibid.*, párr. 193.

(92) *Ibid.*, párr. 488.

(93) «Malicious intent, or, at least, ... negligence ... so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent». *Ibid.*, párr. 489.

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

(95) *Ibid.*, párr. 210.

(96) *Ibid.*, párr. 213 ss.

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 este último decisiva (97). 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 concreto (98). Frente al requerimiento del *mens rea*, la Sala consideró la distinción que trae el Estatuto de Roma entre militares y superiores civiles «instructiva» («an instructive one») (99). De acuerdo con el Estatuto, el acusado, por ejemplo un superior civil, es responsable «si hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos» (100).

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 codificaciones son los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra del 8 de julio de 1977 (101). El artículo 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 artículo 86, párr. 2 del PA I a los Convenios de Ginebra describe la situación del incumplimiento del deber de actuar de la siguiente manera:

(97) *Ibid.*, párr. 216, 217 ss.

(98) «Inherently linked with the factual situation». *Ibid.*, párr. 229 ss. (229, 231).

(99) *Ibid.*, párr. 227.

(100) *Ibid.*, párr. 228.

(101) Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Geneva (1974-1977) vol. I, Berna, 1978, p. 115. Para el Antiguo Derecho Internacional Humanitario el cual puede ser considerado como base de la doctrina, véase en particular el artículo 1.º de las regulaciones de La Haya de 1907 y el artículo 43 del Protocolo (Fuerzas Armadas: DE PREUX, núm. 3531, 3540; CROWE, pp. 196-7; GREEN, 1995, 325; FENRICK, 1999, núm. 1.

«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» (102).

Así, tres condiciones deben ser reunidas para que un superior se tenga como responsable (103):

- 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 concluir (104) que una infracción fue cometida o iba a ser cometida;
- que el superior no tome las medidas a su alcance para impedir o reprimir las infracciones.

Estos requerimientos serán analizados con más detalle posteriormente. Por ahora es suficiente puntualizar que el artículo 86, párr. 2 del PA I, establece no solamente la responsabilidad del superior (incluida la de superiores civiles) (105), sino que también define la responsabilidad paralela del subordinado. Esto debe ser subrayado, ya que el artículo 85 y subsiguientes del PA I parecen implicar únicamente la responsabilidad exclusiva del superior. Sin embargo, la expresión «haya sido cometida por un subordinado» del artículo 86, párr. 2 explícitamente se refiere a la infracción de la Convención o del PA I por parte de un subordinado. Por lo tanto, el subordinado (106) es directamente responsable como perpetrador inmediato.

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

(103) Véase también, DE PREUX, núm. 3543 ss.

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

(105) Cfr. HESSLER, p. 1277; WU/KANG, pp. 291-92.

(106) Cfr. WOLFRUM, «Durchsetzung des humanitären Völkerrechts», en *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, D. Fleck (ed.), 1994, pp. 413-440 (423); véase también SOLF/CUMMINGS, «A Survey of Penal Sanctions under

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

Artículo 87.—Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su *autoridad*, impidan las infracciones de los convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las Fuerzas Armadas bajo sus órdenes *tengan conocimiento* de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga *conocimiento* de que sus subordinados u otras personas bajo su *autoridad* van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas *necesarias* para *impedir* tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, *promueva* una *acción* disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones (107).

b) OTROS

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

Protocol I to the Geneva Conventions of August 12», 1949, *Case Western Reserve Journal of International Law* 9 (1977), pp. 242-3. Este punto de vista también resuelve la crítica de PARTSCH, p. 524, quien afirmaba que el artículo 86 (2) es incompleto, ya que allí no se considera la responsabilidad del subordinado.

(107) El énfasis es nuestro.

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

«El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad *criminal*, si sabían o tenían *motivos para saber*, dadas las *circunstancias del caso*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias* a su alcance para *impedir o reprimir* ese crimen» (109).

La responsabilidad del superior tiene, otra vez, tres requerimientos: la comisión de delitos por parte de los subordinados, el incumplimiento del superior respecto a tomar todas las posibles medidas en contra de la comisión de estos crímenes y su efectivo o *posible* conocimiento de los mismos (110). Las diferencias entre los proyectos de 1991 y 1996 muestran claramente dónde se ubican los problemas: por una parte, se plantea si el superior debe tomar medidas «necesarias» o «factibles» y si existe una diferencia entre las dos; por otra parte, sorprende el problema de si las diferentes formulaciones con respecto al posible conocimiento están presupuestadas para crear criterios diferentes. De acuerdo con la ILC los cambios no implicaban diferencias sustantivas (111). La mayoría de los miembros de la comisión aceptó —a pesar de las críticas (112)— la propuesta del relator especial para mantener el artículo 12 del proyecto de Código de 1991 (113).

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

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

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

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

(112) El profesor Tomuschat criticó la responsabilidad extensiva creada por el artículo 12. Véase YILC 1994, vol. I, pág. 112.

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

El proyecto alternativo de Siracusa (114) posee una leve variación con respecto al proyecto de Código de 1996 de la ILC:

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

Una comparación del artículo 86, párr. 2 del PA I con las disposiciones de los proyectos de Código de la ILC 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 ILC y el proyecto de Siracusa– a tomar todas las medidas «necesarias», más que las medidas «factibles». La diferencia, si es que existe alguna, será analizada posteriormente. Finalmente, mientras que el proyecto de Código de 1991 de la ILC introduce solamente un cambio menor con respecto al elemento subjetivo (*mental element*), el proyecto de Código de 1996 de la ILC 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

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

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

este último es un concepto mucho más amplio y menos preciso. En la medida de lo posible este lenguaje fue adoptado por los estatutos de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas. El artículo 7.º, párr. 3.º del Estatuto del TPIY (116) así como el artículo 6.º, párr. 3.º del Estatuto del TPIR (117) 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 perpetraron» (118).

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

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

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

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

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» (119). Dado que el PA I ha sido ratificado por más de 150 países (120), 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 haberlo tenido, a través de los informes* recibidos por él o *a través de otros medios* de que las tropas u otras personas sujetas a su control van a cometer o han cometido un crimen de guerra y él omite tomar las medidas necesarias y razonables para impedirlos o para reprimir a los autores de esas violaciones» (121).

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

(120) En septiembre de 2000 el número de ratificaciones era de 155 <www.icrc.org>.

(121) «Such a responsibility [of a commander] arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order... The commander is also responsible if he has actual knowledge, or *should have knowledge, through reports* received by him or *through other means*, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or punish violators thereof...». Departamento del Ejército, Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare, párr. 501, 1956 [hereinafter FM 27-10]. Énfasis nuestro. Cfr. RÖLING, *supra* nota 118, p. 16; CROWE, pp. 223-24; E. O'BRIEN, p. 288. Para las críticas al derecho de los EE.UU. véase HESSLER, p. 1287 ss. Sobre derecho norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase Law Reports TWC, vol. III, p. 103 ss.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el Manual Militar de Operaciones no tiene fuerza jurídica vinculante; sólo constituye una «guía autorizada» (122). Más aún, el propio Departamento Militar consideró que el estándar «debió haber conocido» es muy amplio (123). 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 estructura (124).

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» (125).

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

«Cuando el subordinado es perseguido como el verdadero perpetrador del crimen de guerra, pero sus superiores no pueden ser sindicados como igualmente responsables, ellos deben ser considerados cómplices, en tanto y en cuanto hayan organizado o tolerado los actos criminales de los subordinados» (126).

En *Alemania* el artículo § 357, párr. 1, numeral 3.º del Código Penal (*Strafgesetzbuch-StGB*) sanciona al superior que intencional-

(122) Manual Militar de Operaciones («Field Manual»), *op. cit.*, 3.

(123) US Dept. Of Army, Pamphlet núm. 27-1-1, Protocolos a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, p. 65. Ver también ECKHARDT, p. 18.

(124) Véase W. O'BRIEN, p. 640.

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

(126) «Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dès la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés». Pelletier/Perfetti (eds.), *Code Pénal 1998-1999* (1998), pp. 1118-19. En inglés en *Law Reports TWC*, vol. III, p. 94: «Where the subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have organised or tolerated the criminal acts of the subordinates.»

mente «permita que se realice un acto ilícito a través de sus subordinados». El artículo 41 del Código Penal Militar (*Wehrstrafgesetz-WStG*) sanciona al superior que incumpla con el deber de supervisar o delegar apropiadamente la supervisión de sus subordinados y, por consiguiente, cause una grave consecuencia, por ejemplo, la comisión de un delito por parte de los subordinados. La norma es un delito propio de omisión (*Echtes Unterlassungsdelikt*) (127) que consiste en dos actos: el incumplimiento de supervisar debidamente y la generación de una consecuencia grave (128). 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 supervisión (129). La obligación de supervisión corresponde a la competencia para dar órdenes (130). 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 supervisión (131). Así, puede decirse que la obligación de supervisión se convierte en una obligación de selección acertada, instrucción y control de seguimiento. La obligación de supervisión está basada sobre el § 10, 2 de la Ley Militar alemana (*Soldatengesetz-SG*) (132). Se reconoce generalmente que este deber crea la obligación para el superior de impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados (133). 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 grave (134).

Finalmente, el § 28 ss. del Código Disciplinario Militar (*Wehrdisziplinarordnung*) contienen reglas sobre el ejercicio de la competencia

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

(128) *Ibid.*, núm. 2.

(129) *Ibid.*, núm. 13.

(130) *Ibid.*, núm. 7.

(131) *Ibid.*, núms. 9, 11.

(132) Cfr. SCHERER/ALFF, Soldatengesetz. Kommentar, 1988, § 10 núm. 7; STAUF, Soldatengesetz: Taschenkommentar, 1998, § 10 núm. 3.

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

(134) SCHÖLZ/LINGENS, *supra* nota 124, § 41 núm. 2, 16.

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

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 artículo 13 1:

«Si uno de los delitos anteriormente descritos... ha sido cometido..., el jefe de los negocios es también penalmente responsable, y cualquier otra persona con poderes de control o 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» (136).

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

(136) «If one of the offences defined above... has been committed..., the head of the business is also criminally liable, and any other person with powers of decision or control within the business, if he has knowingly given orders, allowed the offence to be committed or *omitted to exercise the necessary supervision*». Delmas Marty (ed.), *Corpus Juris*, 1997, p. 68 (énfasis nuestro). Véase también la más reciente versión del artículo 12, en: DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. 1, Antwerp *et al.*, 2000, p. 193:

«1) If one of the offences under Artículo 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 Artículo 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.»

También una propuesta alternativa, elaborada por el profesor Tiedemann (137), 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 garante (138). 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 considerados como un delito propio de omisión (139). La obligación del propietario de una empresa (y otras personas responsables dentro de la compañía) (140) proviene de su posición, la cual se asimila a la del «garante»; esta posición, a su vez, se desarrolla a partir de los varios deberes de cuidado que ellos están legalmente obligados a cumplir (141). 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 ade-

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

(138) Esta disposición establece:

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

2) The following persons, in particular, are responsible according to paragraph (1):

a) Members of a government, public officials and soldiers for acts that have been committed by subordinates (*Weisungsabhängige, Untergebene oder Befehlsempfänger*);» véase TIEDEMANN, pp. 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 iwS*, 1995, pp. 268 ss. (279; 280-81).

(139) GÖHLER, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1998¹², § 130 núm. 9; ROGALL, p. 588.

(140) Véase GÖHLER, *supra* nota, núm. 4 ss.

(141) *Ibid.*, núm. 2. ROGALL, p. 613 ss. Este autor argumenta acertadamente que el propietario de una empresa tiene la posición de un garante.

cuadramente supervisados. Así, la omisión del propietario causa la realización de un peligro concreto inherente al trabajo y al funcionamiento de la empresa (lo cual implica que la empresa opera en un tipo de negocios que es ínsitamente peligroso). La realización de este peligro no es un elemento del delito, sino solamente una condición objetiva de punibilidad del propietario (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) (142). En este sentido podemos hablar de un delito de peligro concreto (*konkretes Gefährungsdelikt*) (143).

Si el propietario delega su obligación en otro personal de la empresa, él es el responsable por la apropiada selección y supervisión de estas personas. Esta obligación disminuye en la medida en que se incrementa el nivel de cualificación de los delegados (144). La relación *causal* entre la falta de supervisión y la infracción existe si la supervisión adecuada con mayor probabilidad hubiese impedido la infracción o al menos hubiese tenido mayor dificultad para realizarse. Así, la fórmula generalmente reconocida de la *conditio sine qua non* —en la doctrina angloamericana también conocida como test «but for» (145)— es aplicada en una versión más amplia, ya que algún incremento probable del riesgo (*Risikoerhöhung*) causado por la ausencia de la propia supervisión se considera suficiente (146).

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

(142) ROTBERG, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, 1975, § 130 núm. 8. Crítico SCHÜNEMANN, p. 48.

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

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

(145) Cfr. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 62-3

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

será cometida como consecuencia de la falta de supervisión (147). Aun así, este umbral bajo es altamente sospechoso desde el punto de vista de los principios de culpabilidad (*Schuldgrundsatz*) e igualdad (*Gleichheitsgrundsatz*) (148).

Por lo demás, la construcción de la norma como una infracción imprudente (*negligent*) al deber de supervisión señala su subsidiariedad con respecto a cualquier otra conducta del propietario que constituya participación *intencional* en los delitos cometidos. En otras palabras, si el propietario participa a título personal en una infracción, es responsable penalmente por esta participación, pero no por el —menos grave— incumplimiento del deber de supervisión, en el cual su participación también pueda estar implicada (149).

Finalmente, resulta digna de atención la Resolución II.1 de la sesión I del XVI Congreso Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) realizado en Budapest en el año 1999, 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» (150).

(147) GÖHLER, *supra* nota 136, núm. 9, 16 a; ROTBERG, *supra* nota 139, núm. 16; ROGALL, pp. 588-89; 600-01.

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

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

(150) «Because it is often difficult to prove that leaders and members of organized 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 cautio[u]ns

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* (151) es un principio bien establecido del Derecho internacional consuetudinario (152). Sin embargo, *Yamashita* también aclaró que los superiores no deben ser tenidos por responsables en contravención a los requerimientos de culpabilidad personal. Desde la perspectiva de un Derecho penal internacional compatible con los principios generales de los derechos humanos y los principios generales del Derecho penal, este principio es de la mayor importancia y no puede ser subestimado. Además, una serie de obligaciones excesivas impuestas a los superiores puede también llevar a indeseables reacciones, tal como fue demostrado en el caso del *Capitán Rockwood* (153).

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

modernisation based on the *principle of organisational responsibility*. In hierarchically structured organisations, persons with decision and control power can be made responsible for acts of other members under their control if they have *ordered* these acts to be committed or have *consciously omitted* to prevent their commission.» Énfasis nuestro.

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

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

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

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

las negociaciones del PA I (155) y reemplazado por el criterio de «motivos para conocer» («had reasons to know») de la ILC y los estatutos del TPIY y TPIR, así como por la decisión *Delalić 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 depuración (156).

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» (157) no han perdido completamente su validez, en particular con respecto a los problemas de Derecho penal inherentes a la doctrina (158).

A pesar de la aplicación recurrente de la doctrina desde la Segunda Guerra Mundial, en particular con respecto al elemento subjetivo, sus componentes no han sido definidos en forma suficientemente precisa como para disipar las dudas en relación con el principio *nullum crimen* tal y como quedó estipulado en el Estatuto de Roma (arts. 22 y 24) (159), especialmente frente a sus requerimientos de exactitud y limitación jurídica (160). Esto ha dado por resultado que el efecto disuasivo de la doctrina sea débil (161).

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

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

(156) Así, la afirmación de HESSLER (p. 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.

(157) Véase *supra* nota 52.

(158) Véase DE PREUX, núm. 3527.

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

(160) Cfr. HESSLER, p. 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, p. 591; SCHÜNEMANN, p. 48.

(161) Cfr. *Ibíd.*

III. ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA

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

La disposición (162), objeto de intensas negociaciones y acuerdos delicados (163), 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 artículo 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 *subjetivo* para la responsabi-

(162) Artículo 28 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional («Responsabilidad de los jefes y otros superiores»):

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

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

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

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

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

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

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

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

(163) UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1, p. 2. Véase también SALAND, p. 202 ss.; SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417.

lidad de los militares y de los civiles (164). 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 casos (165). Las posiciones opuestas fueron finalmente conciliadas en las consultas informales dirigidas por Canadá, en una fórmula compromisoria, que reemplazó el criterio de negligencia para los superiores civiles por la redacción «deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que le hubiera permitido concluir (claramente) en las circunstancias del momento que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos...» (166). Después, en una versión posterior, la redacción fue simplificada a «deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos» (167). Así, una nueva fórmula fue inventada para el requerimiento del propósito doloso (*mens rea*) de los superiores civiles, con lo cual se enfatiza la mayor diferencia entre su responsabilidad y la responsabilidad de los superiores militares (168). 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 ser tenidas en cuenta. En este sen-

(164) UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.2 (1998); también SALAND, p. 204.

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

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

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

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

tido, 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 ILC en los proyectos de códigos.

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

- El perpetrador o agente del delito es un militar (de facto) o superior no-militar (civil) que tiene «fuerzas» o «subordinados» bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del 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 artículo 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 Estatuto (169) fue suprimida en Roma (170). La razón que se argumentó, *inter alia*, fue que el artículo 28 solamente creaba y crearía responsabilidad penal por omisión (171). Los delegados secundaron la perspectiva francesa que rechaza la responsabilidad general por omisión impropia (*omission par omission*) debido a una interpretación estricta del principio de legalidad (172). 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 incierta (173).

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

(169) Draft Statute for the International Criminal Court, *supra* nota 5, artículo 28.

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

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

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

(173) Véase la discusión crítica de FLETCHER, Concepts, *supra* nota pp. 47-8; también las críticas de PRADEL, *supra* nota, pp. 236-37.

(174) Véase para mayor información sobre los terminología y las diferencias entre «echt» y «unecht»: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, pp. 605-08; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1998, pp. 299-301;

al superior únicamente por la ausencia de supervisión y control propios de sus subordinados, mas no, al menos no «directamente», por los crímenes que ellos cometan. Estos crímenes son «directamente» imputados a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la ausencia de prevención de aquellos que tengan efectiva ocurrencia; esto significa que el superior *no* es responsable por una omisión impropia o –para usar un término más adecuado– por una comisión por omisión (*unechtes Unterlassungsdelikt*). Un clásico ejemplo de aquélla es el acto en el que el padre permite que su niño se ahogue; por consiguiente, el padre sería responsable de un homicidio por omisión. Esta caracterización del artículo 28 se apoya también en el hecho de que disposiciones estructuralmente similares, tales como el artículo 41 del Código Penal Militar Alemán (*WStG*) y el § 130 de la Ley alemana de infracciones administrativas (*OwiG*) también son consideradas como delitos de omisión (175). Finalmente, el artículo 28 es mucho más preciso que las disposiciones generales que estructuran la norma básica de los delitos de comisión por omisión, como por ejemplo el artículo § 13 del Código Penal alemán (176).

El artículo 28 del Estatuto de Roma es un delito de omisión (177) 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 delitos (178). A diferencia del caso del propietario de la empresa, el dolo (*mens rea*) del superior no se limita

también PRADEL, *supra* nota 3, pp. 233-34.; KREB, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, *Humanitäres Völkerrecht* 12, 1999, pp. 4-10 (9) toma el punto de vista, según el cual el artículo 28 es un «*unechtes Sonderunterlassungsdelikt*», es decir, un delito especial de omisión impropia o –mejor expresado– un crimen de comisión por omisión. Como lo demostraremos en esta contribución, este punto de vista no es acertado.

(175) Véase *supra* nota 124.

(176) § 13 (1) se lee: «Quien 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).

(177) Cfr. WU/KANG, p. 289.

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

únicamente al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes (179), sino también a los mismos crímenes derivados. Esto claramente se infiere de la redacción del artículo 28 (180). En efecto, el artículo 28 tiene una estructura peculiar en la que el *mens rea* del superior se extiende más allá de su propia falta de supervisión hasta los actos concretos de los subordinados. Esta estructura no es tenida en cuenta por quienes consideran la responsabilidad del superior como una de las modalidades de complicidad (181). Por lo demás, este aspecto no está lo suficientemente reflejado en los antecedentes jurisprudenciales, los cuales, como ha sido mostrado antes (182), 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 subsidiaria (183).

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

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

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

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

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

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

los subordinados en cuanto a la comisión de los delitos. En tal caso estamos tratando, como correctamente lo ha puntualizado (184) Schabas con la comisión de «un crimen de intención por negligencia» (185): el superior incumple *negligentemente* su deber de supervisión apropiada de los subordinados quienes cometen sus delitos *dolosamente*, en el sentido expresado por el artículo 30 del Estatuto de Roma. De esta manera, se plantea la cuestión de cómo los delitos dolosos de los subordinados pueden ser imputados directamente al superior. En tales casos, debería considerarse una disminución del grado de punibilidad, toda vez que la conducta del superior resulta menos lesiva que en el caso de las conductas dolosas, esto es, si el superior está enterado de la comisión de delitos por parte de los subordinados. En efecto, sería más lógico *no* considerar al superior responsable penalmente por los crímenes dolosos de sus subordinados, pero esta solución es incompatible con —de hecho contradice— la letra del artículo 28. En lo que respecta a la clasificación de la conducta del superior en semejante supuesto, el superior puede ser considerado un simple cómplice (partícipe) por omisión respecto de los crímenes de los subordinados, según lo dispuesto en el artículo 25 (3) (c), ya que la complicidad exige intención (art. 30) y aquél sólo actúa negligentemente. De allí que, de hecho, el superior es responsable por una mera falta negligente de supervisar. Ésta es ciertamente una responsabilidad muy amplia.

La responsabilidad penal del superior por su inacción se establece y se enmarca —a nivel objetivo— en el contexto de la autoridad efectiva y control por parte del superior: la posibilidad de control constituye la base legal y legítima de la responsabilidad del superior; ella justifica su deber de intervención. En efecto, la *Garantenpflicht* tal y como quedó descrita anteriormente se puede inferir directamente del artículo 87 del PA I a los Convenios de Ginebra toda vez que allí se establece la obligación de los comandantes de prevenir los delitos cometidos por sus subordinados. En este sentido, se puede hablar de una obligación de carácter legal, o positiva de actuar, ya que la «obligación de garante» (*Garantenpflicht*) está basada sobre una norma de carácter positivo codificada en un Tratado Internacional, el cual además está

(184) SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417.

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

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 I (186). 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 moneda (187). La similitud práctica de las dos formas de conducta penal están reflejadas también en la jurisprudencia que hemos analizado en este artículo (188). Normalmente los casos de responsabilidad penal del superior están acompañados por órdenes dadas a efectos de realizar ciertos actos; si tales órdenes no pueden ser probadas o atribuidas al acusado, la responsabilidad del superior sirve como una especie subsi-

(186) DE PREUX, núm. 3536; para más fuentes sobre obligaciones de los comandantes, ver BANTEKAS, p. 576-7. Véase para el caso de interpretaciones similares con respecto a la responsabilidad del propietario de la empresa (§ 130 *OwiG*), *supra* nota 142.

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

(188) Véase, por ejemplo, U.S. v. LIST *et al.*, *supra* nota, p. 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...»).

diaria de la responsabilidad penal (189). 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 crimen (190). La ILC distingue entre una contribución directa e indirecta a la comisión de un crimen (191). En forma similar, una resolución reciente del Congreso de la AIDP reconoció la importancia paralela de ordenar y faltar al deber de impedir delitos en el marco de las organizaciones delictivas (192). 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 criminal (193). 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 internacional (194), mientras que la segunda aún necesita desarrollarse.

Aunque la responsabilidad del superior es legal y lógicamente concomitante con la justificación de «obediencia a las órdenes del superior» (195), no existe una paradoja entre la responsabilidad paralela del superior por dar una orden ilegal y la de el subordinado por ejecutar esta orden. Este punto de vista, que es defendido por D'Amato y correctamente rechazada por Levie (196), pasa por alto las diferentes formas de participación desarrolladas en la doctrina del Derecho penal, especialmente en el denominado «modelo diferenciado del continente europeo», el cual también está reconocido en el artículo 25 del Estatuto de Roma (197). Una diferenciación de tal naturaleza con res-

(189) Véase también WU/KANG, p. 274.

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

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

(192) Véase Resolution II. 1. *supra* nota 139 y texto que la acompaña.

(193) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1994, pp. 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.

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

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

(196) Véase bibliografía.

(197) Véase AMBOS, Article 25. Individual criminal responsibility, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, O. Triffterer (ed.), 1999, núm. 2, p. 7 ss.

pecto 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 Nüremberg limitó la responsabilidad criminal por los actos de otros a los comandantes generales y oficiales, excluyendo al personal militar sin poder de mando (198). Con respecto a la guerra de agresión, el acusado debía ser un «líder» o «ideólogo» o haber pertenecido al «nivel político» (199). El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente limitó la responsabilidad a los miembros del gabinete (200), la Jurisprudencia del TPIY requirió «una posición de autoridad» (201) o «poder jerárquico» (202). En resumen, los antecedentes jurisprudenciales internacionales no tienen realmente una interpretación unívoca del problema referente a si el superior tiene que pertenecer a cierto nivel jerárquico y, siendo así, a qué nivel. Aunque la jurisprudencia de la posguerra parece limitar la responsabilidad a los jefes o al nivel político, ello excluye implícitamente, y no explícitamente, a los comandantes pertenecientes a este nivel. En Pohl et al. los «staff officers» estaban excluidos, toda vez que ellos no poseían poder de mando.

En cuanto a los esfuerzos de codificación, la ILC claramente afirmó que el artículo 6.º 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 determinada (203). De igual forma, el artícu-

(198) Véase US v. POHL & OTHERS, II. 2. b) *supra* nota 30 ss.

(199) Véase *supra* II. 2.b) aa).

(200) Véase *Ibid.*, *supra* nota 45.

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

(202) ALEKSOVSKI, *supra* nota 64.

(203) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, pág 37, párr. 4.

lo 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 bajo su mando» (204). Esto implica que la relación superior-subordinado exige una cadena de mando (205), 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 involucrada (206), sino que solamente clarifica el concepto de responsabilidad del superior, en el sentido, de que éste no está *per se* limitado a los más altos escalones del mando. Esta observación se sustenta por la redacción de las disposiciones respectivas en otras codificaciones. El artículo 6.º del Proyecto de Código de Crímenes de la ILC de 1996, por ejemplo, se refiere a la responsabilidad de todos los superiores (en plural) por los subordinados que cometan un crimen (207). Análogamente, el artículo 28, b) del Estatuto de Roma se refiere a las relaciones entre superior y subordinado; la más importante característica de esta relación es el poder de mando del superior (control/autoridad) sobre los subordinados, no el rango particular del superior (208).

En otras palabras, el requerimiento mínimo de la responsabilidad de mando es que el superior respectivo tenga *mando* (209). Aunque esto resulta evidente, dado que el término «mando» es parte del mismo concepto, esto no significa necesariamente que el mando acarree responsabilidad. Esta implicación sólo puede ser consecuencia del

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

(205) BANTEKAS, pp. 580-1, 584.

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

(207) Véase *supra* II. 1. b).

(208) Cfr. FENRICK, 1999, núm. 4, p. 15. De manera similar, ello se afirmó en *US 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 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»).

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

vínculo existente entre los dos, tal como se afirma en el Field Manual de los EE.UU.: «el comandante militar posee completa y total *responsabilidad* por todas las actividades de su unidad» (210). Por otra parte, en el caso de los superiores no militares, el Estatuto de Roma habla de «autoridad y control» y consecuentemente el título del artículo 28 no es «responsabilidad del mando» sino «responsabilidad de los comandantes y otros superiores». Si se desea usar un título más conciso que comprenda ambos tipos de superiores, se podría hablar de «*responsabilidad por la autoridad y control*», ya que este criterio es utilizado para ambos tipos de superiores; una fórmula manejable que ha sido usada a través de este texto podría ser simplemente «responsabilidad del superior». El requerimiento de mando también le da una nueva calificación a la relación entre superior y subordinado. La cuestión en este caso ya no es la clase de mando que el superior debe ejercer, sino si el superior posee «autoridad y control» sobre los subordinados, lo cual no excluye que el mismo superior sea un subordinado (211).

Se podría argumentar que es una clara consecuencia del hecho de que una persona tenga subordinados, que al mismo tiempo tenga autoridad o control sobre ellos. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto. El argumento es demasiado formal: el artículo 28 –así como la jurisprudencia del TPIY y TPIR– no hacen referencia al «status» formal del superior aisladamente, sino a «status» de *facto* (el que efectivamente actúe como) (212). Así, la disposición no hace referencia a una situación del «deber ser» (en el mundo ideal-normativo) sino más bien a la situación que realmente es (en el mundo real). En conclusión, el sujeto o agente del concepto de la responsabilidad del superior, tal y como lo entiende el artículo 28, es el superior que tiene «autoridad y control» efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su «status» formal (213); el concepto de un superior debe ser observado «en términos de una jerarquía que acompaña el concepto de con-

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

(211) FENRICK, 1999, núm. 17.

(212) Cfr. FENRICK, 1999, núm. 5, 18; véase también WU/KANG, pp. 292-3 y BANTEKAS, pp. 579-80.

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

trol» (214). 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. Mientras el mando se refiere en un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para dominar y controlar (215), la «autoridad» parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y/o derecho a ejercitar poderes, derecho a mandar, etc. (216). Ambos términos implican control: «mando» explícitamente como poder para controlar; «autoridad», implícitamente como derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad, normalmente controla sus «fuerzas» (217) o sus subordinados (218) y tiene capacidad de expedir órdenes (219).

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 disposición (220). Este criterio se aplica *viceversa* si el comandante tiene control administrativo pero carece de control operacional. En este caso, se espera de él

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

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

(216) *Ibíd.*, p. 133.

(217) 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, p. 6).

(218) Cfr. PARKS, p. 83.

(219) Véase BANTEKAS, pp. 582-3.

(220) PARKS, pp. 84-5; BANTEKAS, pp. 585-6.

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. Éste 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 aislados (221). 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 posición (222). 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, aun cuando este territorio trascienda su propia área de mando (formal) (223). Este punto de vista está confirmado por la referencia a la «autoridad y control» que aparece en el párr. *a)* y *b)* del artículo 28 (224). A ello hay que añadir que el superior debe supervisar activamente ciertas zonas de conflicto (225).

El control (mando, autoridad) debe ser «efectivo» (226). De acuerdo con Fenrick, este término «pretende abarcar tanto el mando de *iure* como el de *facto* y asegurar que cuando existan varias cadenas de mando, la responsabilidad esté asignada a la cadena de mando en la que resida el poder de dar órdenes...» (227). Como lo muestra el artículo 28, *b)* ii), el requerimiento de control efectivo es particularmente importante con respecto a los superiores no militares (228). 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 subordinados (229). En este sentido, Wu/ Kang argumentan que el

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

(222) Cfr. PARKS, p. 86. Véase también DE PREUX, núm. 3557, quien acertadamente enfatiza que los asesores están para asesorar, no «para reemplazar» al comandante, también PARTSCH, p. 529.

(223) PARKS, pp. 85-6; también DE PREUX, núm. 3555, ROGERS, *supra* nota 202, p. 141; BANTEKAS, p. 586.

(224) FENRICK, 1999, núm. 8.

(225) Véase ECKHARDT, pp. 23-4 con varios ejemplos.

(226) Véase también BANTEKAS, p. 580.

(227) FENRICK, 1999, núm. 7.

(228) Ver también VETTER, p. 115 ss.

(229) FENRICK, 1999, núm. 19.

fin de la relación entre el superior y el subordinado sería considerado como una limitación del deber de control del superior «el cual es parte de su relación» (230). Esto parece ser aplicable a los civiles, mas no a las relaciones entre militares, ya que estas últimas comprenden casi toda la conducta de los subordinados. En general, el control en las jerarquías civiles es menos estricto que en las militares (231). 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 civiles (232).

Una *delegación* del deber de supervisión no absuelve al superior de responsabilidad (233); más bien, este deber se convierte internamente en un deber de selección adecuada, de instrucción y control permanente. Esta observación se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Tokio, el cual desarrolló el concepto de los deberes (234) en forma «sistemática», en la doctrina alemana del artículo 41 del *WStG* y el § 130 de la Ley de Infracciones Administrativas (*OwiG*) (235) En forma similar el artículo 13,2 del *Corpus Juris* establece:

«La delegación de poder y responsabilidad penal es válida únicamente como justificación si ella es parcial, precisa y específica... y si el delegado está realmente en una posición capaz de cumplir las funciones que se le han delegado. Dicha delegación no excluye la responsabilidad general de 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» (236).

(230) WU/KANG, p. 295.

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

(232) Véase *supra* nota 73.

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

(234) WU/KANG, pp. 293-94; véase también GREEN, 1995, p. 355 y *supra* II. 2.b).

(235) Véase II. 3., *supra* nota 128, 141 y texto que las acompaña.

(236) «The delegation of powers and criminal liability is only valid as a defence if it is partial, precise and specific... and if the delegates are really in a position to be able to fulfil the functions delegated to them. Such delegation does not exclude the general responsibility of monitoring, supervision and selection of personnel, and does not include matters proper to the head of business such as general organisation of work within the business.» Véase Delmas Marty (ed.),

Otro asunto es cuán lejos ha de ir, una vez establecido, el deber de un superior. No cabe duda de que el superior debe actuar para impedir los crímenes cometidos por los subordinados a través de actos positivos. ¿Pero qué sucede en torno a los crímenes cometidos por omisión? Tomemos el caso de un soldado responsable de la muerte de un prisionero de guerra por inanición; o el caso de un soldado que no interviene en un delito cometido por otro soldado sin que participe del *mens rea* del perpetrador, es decir, sin que exista complicidad. Admitiendo que el problema no es de una importancia práctica significativa, toda vez que el Estatuto de Roma no contiene una norma general relativa a la omisión, este aspecto solamente se reconoce en los verdaderos delitos de omisión como los establecidos en los artículos 5 a 8. Aún así, existen algunos delitos que no necesariamente requieren un acto positivo, pero para los cuales una omisión resulta suficiente (237); el deber de intervención del superior abarca estos delitos de omisión. También el artículo 28 se refiere en un sentido general a «crímenes de la competencia de la Corte». Uno puede tomar estos ejemplos adicionalmente, para imaginar una situación en la cual un soldado se rehusa a ayudar a un civil o a un compañero de armas. ¿Sería responsable este soldado por faltar al cumplimiento del deber general de prestar asistencia como lo reconoce el Derecho penal doméstico (véase por ejemplo § 323 CP)? ¿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.

supra nota 133, p. 70. Véase también artículo 12 3 de la versión revisada, DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *supra* nota 136, p. 193: «... the fact that he [the head of business] delegated his powers shall only be a defence where the delegation was partial, precise, specific, and necessary for the running of the business, and the delegates were really in a position to fulfill the functions allotted to them. Notwithstanding such a delegation, a person may incur liability under this article on the basis that he took insufficient care in the selection, supervision or control of his staff, or in the general organisation of the business, or in any other matter with which the head of business is properly concerned.» Véase también § e 3 de la propuesta de TIEDEMANN, *supra* nota 135, p. 511.

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

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 artículo 41 del *WstG* y el § 130 de la *OwiG* (238). En términos concretos, la acusación –de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida como *conditio sine qua non* o test «but for» (239)– debe probar que los crímenes no hubieran sido cometidos, si el superior hubiera supervisado apropiadamente a los subordinados. Así, la fórmula de la *conditio* debe ser invertida. Mientras que, normalmente, un acto positivo causa una consecuencia determinada, es decir, la consecuencia no hubiera tenido ocurrencia sin este acto, en el caso de la omisión el argumento va en otro sentido: el no actuar «causa» la consecuencia, toda vez que el acto omitido, hubiera impedido lo que efectivamente ocurrió. Admitiendo que esta fórmula entra en conflicto con el sentido común, basado en consideraciones filosóficas, pues es claro que la omisión no puede desplegar ninguna «energía causal» (240), debe asumirse el concepto de causación sobre bases de carácter normativo-legal (241). En efecto, la fórmula invertida de la *conditio*, está también reconocida, como se mencionó al principio de esta sección, en el artículo 41 del *WStG* y el § 130 de la *OwiG*. En cuanto al resultado, es suficiente que la falta de supervisión del superior incremente el riesgo de que los subordinados cometan ciertos crímenes. Cualquier criterio que sea más exigente hace imposible el requerimiento de causación, toda vez que nosotros estamos tratando con una causación hipotética de eventos que están «en el mundo de lo imaginario» (242): es empíricamente imposible decir lo que hubiera ocurrido, si el superior hubiera cumplido con el deber de supervisión. En otras palabras, la existencia de una relación de causalidad exacta entre el incumplimiento de supervisión y la comisión de los crímenes, puede sólo ser probada efectivamente *ex post* (243). Sólo puede decirse con seguridad que la relación causal necesaria no existe

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

(239) Cfr. FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, pp. 62-3.

(240) Cfr. *ibíd.*, p. 67.

(241) Véase al respecto la doctrina alemana predominante: JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 171, pp. 618-19.

(242) FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, pp. 62-3.

(243) Cfr. SCHÜNEMANN, p. 48; ROGALL, p. 611; GÖHLER, *supra* nota, núm. 22.

si el subordinado comete excesos y no obedece más las órdenes del superior (244).

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, aun 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 (245). En cualquier otra situación, es decir, si un grupo llegó primero al lugar de los hechos, la responsabilidad penal sería atribuida, concordantemente, a tal grupo. 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 imputación (246) (imputación objetiva), o la doctrina de la causa próxima (247) podrían ser de ayuda.

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

El superior debe tomar medidas que sean «factibles» (art. 86, 2 del PA I; artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1991), «necesarias» (art. 87, 3 PA I; artículo 6 Proyecto de Código de Crímenes de 1996; artículo 7, 3 Estatuto del TPIY y artículo 6, (3) del Estatuto del TPIR), o «razonables» (Estatutos del TPIY y TPIR). No existe una diferencia sustantiva entre estas cualificaciones. Esto ha sido confirmado por la ILC con respecto a las medidas (248) «factibles» o «necesarias». En cualquier caso, el superior debe poseer ambas: la «competencia legal» y la «posibilidad

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

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

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

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

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

material» para impedir o reprimir los crímenes (249). Es obvio que estos dos requerimientos le posibilitan al superior plantear una justificación importante (250).

De acuerdo con Fenrick (251) el comandante debe actuar de la siguiente forma:

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

En cualquier caso, ha de esperarse solamente que estas medidas estén dentro del alcance del superior (art. 86, 2 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 mando (252). 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» (253). El superior debe mostrar buena fe en el concierto de sus responsabilidades (254).

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

(249) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, pp. 38-9, párr. 6 (el énfasis es nuestro); de manera similar PARTSCH, p. 525. Véase también la posición del TPIY, *supra* nota 70.

(250) Cfr. GREEN, Article 12: Responsibility of the Superior, Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, en: Ch. M. Bassiouni (ed.), 1993, pp. 195-6 (196). Véase también HESSLER, p. 1285 ss.: ausencia de control físico o autoridad legal como una justificante.

(251) FENRICK, 1999, núm. 9.

(252) FENRICK, 1999, núm. 12.

(253) Véase WU/KANG, p. 296.

(254) FENRICK, 1999, núm. 14, 25.

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» (255) han sido empleados en las 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) (256).

Si el superior tiene que «prevenir» o «reprimir» depende de las circunstancias concretas de cada caso. En general, se puede hacer la siguiente distinción (257): 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 artículo 28 a) i) y b) i), el superior esta todavía en capacidad de «prevenir» la continuación de la comisión y de «reprimir» los crímenes ya cometidos.

El artículo 28 no refleja adecuadamente la diferencia entre las medidas preventivas y represivas en su requerimiento relativo a que el superior «prevenga o reprima su comisión». Reprimir en este contexto parece implicar solamente que el superior deba detener (más o menos) la comisión de los crímenes, pero no castigar a los perpetradores.

(255) 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 Armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, *impidan* las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo, y en caso necesario, las *repriman* y *denuncien* a las autoridades competentes.»

(256) FENRICK pasa por alto este asunto ya que los comentarios sobre esta fórmula, al menos explícitamente, se refieren únicamente a los superiores no militares (1999, núm. 25).

(257) Véase también FENRICK, 1999, núm. 12-4; BANTEKAS, pp. 591-2. Sobre el factor temporal véase *supra* II. 2 .b).

dores, ya que los crímenes aún no han sido cometidos (258). En un sentido similar, la ILC tampoco distingue entre «impedir» y «reprimir», pero afirma que ambos implican la iniciación de acciones penales y disciplinarias (259). Sin embargo, aunque el artículo 28 –al igual que las codificaciones anteriores– requiere claramente ambas, tanto acciones preventivas y represivas (260), 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 ocurran (261).

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 artículo 28 hace uso de esta opción (262). Como se anotó anteriormente, esta norma establece criterios sobre el requerimiento subjetivo diferentes para los militares y civiles que actúen como superiores, introduciendo un criterio nuevo con respecto a los últimos. Mientras que con el requerimiento del *mens rea* resulta bastante problemático saber si el superior poseía un conocimiento efectivo, cualquier otro criterio confiable que sea inferior a éste es altamente controvertible y difícil de establecer. En esta sección intentaremos aclarar y examinar los diferentes criterios, teniendo en cuenta las codificaciones anteriores, la jurisprudencia reciente y la doctrina.

aa) Superiores militares y no militares: conocimiento efectivo

De acuerdo con el párr. 3 del artículo 30 del Estatuto de Roma, por «conocimiento» se entiende «la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos». En lo que respecta al método probatorio que se

(258) Véase VAN DEN WYNGAERT, *Commentaries*, Bassiouni (ed.), 1993, p. 59, con respecto al proyecto de Código de 1991. En contraste, de acuerdo con PARTSCH, p. 524, este es el sentido de «impedir», mientras que «reprimir» se refiere solamente a medidas penales.

(259) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, pp. 36-7, párr. 3-4.

(260) DE PREUX, núm. 3548.

(261) Cfr. BANTEKAS, pp. 593-4.

(262) Véase PIRAGOFF, *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Triffterer (ed.), 1999, artículo 30, núm. 14-5.

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 presumirse (263). Si el conocimiento no es real, sino simplemente *posible* (264), la prueba de su existencia debe estar basada únicamente sobre hechos y no sobre presunciones. De otra forma, se optaría por una presunción de conocimiento del superior que sería violatoria del principio de culpabilidad (265).

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 PA I (266) y que está contenida en los manuales operativos militares británico y americano (267). Como se mencionó anteriormente, este criterio puede ser rastreado en el caso *Rehenes*, así como en el artículo 86, 2 del PA I («información que les permita concluir») y en el criterio de «tener razones para saber» del TPIY y TPIR.

La redacción del P.A. I 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

(263) Véase *supra* II. 2. c), notas 71-9. Cfr. FENRICK, 1999, núm. 10; BANTEKAS, pp. 587-9.

(264) Críticamente GREEN, *supra* nota 230, p. 195.

(265) DE PREUX, núm. 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 p. 590 y 594 va más allá identificando una «regla de derecho consuetudinario emergente» («emerging rule of customary law») a este respecto.

(266) Véase *supra* nota 103.

(267) Véase *supra* II. 3., notas 120, 122 y texto que las acompaña. Para una crítica en general: ECKHARDT, pp. 19-20.

el elemento subjetivo. De acuerdo con los comentarios, la versión francesa prevalecería (268), a la luz del objeto y fines del Tratado (269). Sin embargo, las dos versiones no tienen realmente un significado diferente en el sentido del artículo 33, 4 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, lo cual aparece confirmado tanto por la ILC, como por el TPIY. Mientras que la ILC interpretó ambas versiones en forma equivalente (270), el TPIY indicó en el caso *Delalić et al.* que la diferencia textual no fue considerada como «algo sustancial» por los delegados de la conferencia de los Protocolos (271). De hecho, la versión francesa no es puramente objetiva, ya que el superior sólo puede extraer conclusiones de cierta información si tiene un conocimiento previo (272). 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 penal (273). 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 dolo (274). 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*» *négligence*) 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 «sospecho-

(268) DE PREUX, núm. 3545; PARTSCH, p. 525; FENRICK, 1995, pág. 119, también BASKI *supra* nota 64, párr. 326.

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

(270) Y.I.L.C. 1988, vol. I, pp. 288-9 (Mr. TOMUSCHAT, vocero del Comité Redactor); también ROGERS, *supra* nota 202, p. 139.

(271) Decisión del 16 de noviembre de 1998, DELALÍĆ/MUCIĆ/DELIĆ/LANDŽO, IT-96-21-T, párr. 392.

(272) PARTSCH, pp. 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.

(273) DE PREUX, núm. 3545-6.

(274) DE PREUX, núm. 3541.

sos» (275) efectivamente conocidos. Sobre este fundamento, Hessler formula su tercera regla, de acuerdo con la cual el superior tiene el deber de conocer los crímenes específicos y las políticas en las que tales hechos se basan. El conocimiento constructivo está definido con respecto a los componentes de orden mental empleados en las reglas uno y dos, es decir, conocimiento de los crímenes o políticas que deben ser prevenidos (276). Adicionalmente, el superior tiene la obligación de eliminar los riesgos significativos de futuros crímenes, a los cuales Hessler considera como tercer componente mental (277).

Sin embargo, el conocimiento constructivo no corresponde a la imputación de un conocimiento fundado en hechos puramente objetivos (278), 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 aun 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 P.A. I («información que les permitiera concluir»). Sin embargo, la ILC argumentó que el criterio de tener razones para saber permite una evaluación más objetiva que el criterio del PA I (279). Así la Comisión explica la primera fórmula con las palabras de la última, explícitamente refiriéndose al comentario del artículo 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

(275) HESSLER, pp. 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, p. 437; véase también FENRICK, 1995, núm. 124.

(276) HESSLER, p. 1295 ss.

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

(278) Véase PARKS, p. 90; de manera similar ROGERS, *supra* nota 202, p. 139.

(279) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, p. 38, párr. 5.

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» (280).

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» (281). Por consiguiente, se remitía al caso *Rehenes* y al PA I (282). 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 autores (283).

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 PA I —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 PA I está lejos de ser clara. Se puede decir que la vaguedad del Protocolo y su ambigüedad son la causa de los frecuentes problemas de interpretación. Wu/Kang, en un muy juicioso estudio, nos ofrecen cuatro interpretaciones del artículo 86, 2 del PA I (284):

- 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;

(280) El original dice: «In this situation, a superior does not have actual knowledge of the unlawful conduct being planned or perpetrated by his subordinates, but he has *sufficient, relevant information of a general nature* that would enable him to conclude that this is the case. A superior who simply ignores information which clearly indicates the likelihood of criminal conduct on the part of his subordinates is seriously negligent in failing to perform his duty to prevent or suppress such conduct by failing to make a reasonable effort to obtain the necessary information that will enable him to take appropriate action.»

(281) Citado de acuerdo con CROWE, pp. 229-230.

(282) *Ibid.*, p. 230.

(283) Véase LEVIE, p. 10: «reason to know» y «should have known» «strikingly similar». LANDRUM, p. 300: criterio del PA I y TPIY «quite similar».

(284) WU/KANG, pp. 284-5.

- 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;
- 4) el conocimiento efectivo debe ser probado, pero puede ser inferido por evidencias circunstanciales, tales como la posición del acusado.

Mientras que las interpretaciones 1) y 2) son genuinos criterios de negligencia o imprudencia, respectivamente, en los numerales 3) y 4) se nos presenta un conocimiento «construido» sobre la base de hechos objetivos o evidencias circunstanciales. Desafortunadamente, Wu/Kang no examinan más a fondo estos criterios, porque consideran que «la especificación de un requerimiento del elemento intencional (*mens rea*) unitario, unívoco, rigurosamente determinado, sería una tarea infructuosa ya que es casi imposible discernir los límites precisos de la responsabilidad a partir de casos, con respecto al *mens rea* en la práctica» (285). Sin embargo, esta claudicación por razones prácticas –sin el intento de una solución teórica menos ambigua que la que existe ahora– es altamente inconveniente. Aunque es cierto que cada caso concreto «está decidido ampliamente sobre sus peculiaridades» (286), ello no obsta para que se prosiga en esfuerzos 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 menciona (287), 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 efectivo (288). En cuanto a las interpretaciones 1) y 2) éstos conciernen a la fórmula «debió haber tenido conocimiento», constituyen más bien una «negligence» que una «recklessness».

(285) «The specification of a single, rigorously defined, unambiguous mens rea requirement... would be a fruitless exercise as it is almost impossible to discern the precise holdings of derivative liability cases with respect to mens rea in practice.» *Ibíd.*, p. 286.

(286) *Ibíd.*, p. 287.

(287) *Supra* nota 272 y texto que la acompaña.

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

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 criminal (289). Este particular ya fue discutido con respecto al PA I, dejando en claro que la fórmula del PA I fue escrita pensando en la «negligence» (290). Además, en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, relativo al establecimiento del TPIY, se señala el criterio de «tener razones para saber» como «responsabilidad imputada o negligencia criminal» (291).

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» (292). La negligencia se distingue de otras modalidades del *mens rea* (propósito, conocimiento, o «recklessness») en que ella no involucra un estado de consciencia. Una persona actúa negligentemente cuando crea un riesgo del cual no está enterada, pero *debería* estarlo (293). 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 involucrado (294): 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 ignora (295). De esta forma, «rec-

(289) Véase HESSLER, p. 1284: «type of criminal negligence»; véase también su regla tres: «duty to eliminate non-negligible risks...» (énfasis nuestro; véase *supra* nota 269 ss. y texto que la acompaña); SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417: «liability for negligence». También BANTEKAS, p. 590.

(290) Véase *supra* nota 267 y texto que la acompaña; también DE PREUX, núm. 3541.

(291) *Supra* nota 187, párr. 56.

(292) «When he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from its conduct». American Law Institute, 1985, vol. I, p. 226.

(293) *Ibid.*, p. 240.

(294) «Involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation». *Ibid.*, p. 242.

(295) Cf. FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 115.

klessness» y «negligence» pueden ser equiparadas a los conceptos alemanes de negligencia consciente y negligencia inconsciente (*bewußte y unbewußte Fahrlässigkeit*) (296). Sin embargo, esta diferencia entre imprudencia *consciente* y negligencia *inconsciente* es ignorada cuando se emplean nociones contradictorias, tales como, «wilful», «wanton» o aún «conscious negligence» (297). Esta ignorancia cuenta bastante en la confusión existente con respecto al elemento subjetivo que envuelve la responsabilidad del superior (298). Debería quedar claro que el criterio de «debió haber tenido conocimiento» debe ser entendido como «negligence» y que ella, por consiguiente, no requiere ni consciencia (299), ni considera suficiente la imputación de conocimiento sobre la base de hechos puramente objetivos.

La crítica general a la negligencia como una forma del *mens rea* (300) no ha impedido su reconocimiento universal (301). Aunque un análisis más profundo no es posible en este lugar, puede afirmarse que el vago criterio (302) de «hombre razonable», es posible complementarlo con determinados criterios subjetivos, es decir, éste puede ser «individualizado para alcanzar un criterio justo de juzgamiento del comportamiento individual» (303).

(296) Véase FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 115, quien subraya sin embargo, que el Derecho inglés utiliza el término «reckless» no para denotar un riesgo sin consciencia, sino para referirse a casos de enorme negligencia. Véase también PRADEL, *supra* nota 169, p. 257 ss., quien distingue entre *insouciance* y *negligence* incluyendo en la primera *recklessness* y en la última negligencia consciente e inconsciente.

(297) American Law Institute, *supra* nota 285, p. 242.

(298) Un buen ejemplo es el frecuentemente citado estudio de PARKS, quien opta por una «wanton negligence» comprendiendo el «doing of an inherently dangerous act or omission with a heedless disregard of the probable consequences» (p. 97) y una negligencia «so great as to be tantamount to the possession of the necessary mens rea to so become such an active party to the offense.» (p. 99).

(299) Como erróneamente lo sobreentiende el artículo 87 2, 3 del PA I. De acuerdo con ROGERS, p. 142, este criterio cubre el conocimiento efectivo y el conocimiento constructivo. Sin embargo, esto sólo es real si el conocimiento constructivo se entiende como construcción de conocimiento sobre la base de hechos que posibiliten al superior conocer la comisión de los crímenes.

(300) Véase American Law Institute, *supra* nota 285, pp. 243-44; FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 117 ss.; PRADEL, *supra* nota 169, p. 263 ss.

(301) FLETCHER, Concepts, *supra* nota, p. 142; PRADEL, *supra* nota 169, p. 261.

(302) Crítico en este contexto PARKS, p. 90; HESSLER, p. 1285. Para un criterio diferente de lo razonable en caso de militares acusados, véase GREEN, 1989, p. 169.

(303) FLETCHER, Concepts, *supra* nota 42, p. 119; véase también el criterio subjetivo con respecto a la responsabilidad del mando propuestos por PARKS, p. 90 ss.; véase también BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 423.

El común denominador de todos estos intentos de definir un criterio menos exigente que el requerimiento de conocimiento efectivo, se basa sobre el hecho de que el superior debe poseer *información* que le permita concluir que los subordinados están cometiendo crímenes (304). 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 cometidos (305). Fenrick observa que el criterio «debió haber tenido conocimiento» resulta satisfactorio si el superior «no obtiene o desatiende injustamente información de carácter general dentro de su acceso razonable, que indica la probabilidad de una conducta criminal presente o en perspectiva de ejecución por parte de los subordinados...» (306). Croe distingue entre «informes hechos para el comandante» y «amplios informes de prensa que den cuenta de las atrocidades» (307). Sin embargo, esta distinción no es relevante, ya que la oportunidad de enterarse de las atrocidades depende de la calidad de la información, no de la fuente. Una investigación a fondo de la prensa, puede efectivamente hacer que el superior se entere de las irregularidades y lo obligue adicionalmente a ordenar la investigación. En sentido similar, el argumento que expone Rogers, según el cual «el hecho de que los informes estén dirigidos al comandante no significa que él los observe o, aún más, que esté enterado de su existencia» (308) no libra necesariamente al superior de responsabilidad, pues él es el responsable de mantener un efectivo sistema de información dentro de su comando (309). 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

(304) Véase por ejemplo, LANDRUM, p. 301: «had reason to know» parece significar «had the information from which to conclude»; LEVIE, p. 12: información acerca de violaciones a las leyes de la guerra disponibles para un comandante; también FENRICK, 1999, núm. 11.

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

(306) «Fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates...», FENRICK, 1999, núm. 11.

(307) CROWE, p. 226.

(308) ROGERS, p. 139.

(309) 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 artículo 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 subjetivo (310).

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 guerra (311). 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 M.P.C.) (312). El conocimiento no se presume, aun cuando lo que se involucre sea el resultado de la conducta del acusado (313). El «wilful blindness» y, consecuentemente, el nuevo criterio del artículo 28 a) i), se sitúan entre el conocimiento y la «recklessness». La disposición establece claramente un umbral más alto que el criterio negligente de «debió haber tenido conocimiento»

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

(311) Véase por ejemplo, R. v. FINTA (1990), ILR 98 (1994) 520 (Ontario, Canadá), p. 595. Véase también ECKHARDT, en relación con los comandantes militares, p. 14: «no hay lugar... para una aproximación al problema como la del avestruz que esconde la cabeza en la tierra.» («no room... for a “stick your head in the sand” approach.»); también VETTER, p. 124.

(312) «If a person is *aware* of a high *probability* of its existence, *unless* he actually believes that it does not exist.» Véase también American Law Institute, *supra* nota 286, p. 248; LAFAVE/SCOTT, *Criminal Law I*, 1986, pp. 307-8.

(313) American Law Institute, *supra* nota 286, p. 248.

para los superiores militares (314). En virtud de los *travaux preparatoires* y del hecho de que el conocimiento efectivo ya está comprendido por el primer requerimiento del *mens rea*, se establece un criterio de «recklessness», más que un criterio de conocimiento. Esto también se infiere de la formulación similar del § 2.02 2 C) MPC, el cual define «recklessness» como «consciente» desatención de un riesgo. El segundo criterio desarrollado por Wu/Kang también desde este punto de vista es constitutivo de imprudencia (315).

Como resultado, será mucho más difícil perseguir penalmente a superiores no-militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión (316). De acuerdo con Fenrick, el indicio usado para probar el conocimiento efectivo (317) también se puede tener en cuenta para los casos de superiores no militares; pero en ambos casos es necesario establecer (318):

- 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 artículo 28 establece una responsabilidad amplia del superior militar y civil que puede ciertamente basarse sobre el Derecho internacional consuetudinario, pero que, sin perjuicio de ello, genera serias preocupaciones. Debe haber una clara distinción entre responsabilidad del superior por actos de sus subordinados respecto de los cuales estaba al tanto y por aquellos actos que le eran desconocidos. En el último supuesto —dejando de lado la sutil diferencia entre el estándar

(314) Cfr. FENRICK, 1999, núm. 21. Véase también SCHABAS, *supra* nota 16, p. 419, quien observa el nuevo criterio como establecimiento de un «full knowledge requirement».

(315) Véase *supra* nota 278 y texto que la acompaña.

(316) Ver la crítica reciente desarrollada por VETTER, pp. 94; 96; 103; 116; 141 quien toma la postura de que el estándar civil de *mens rea* del Estatuto de Roma reduce la eficacia de la Corte Penal Internacional (pero ver también su contra-hipótesis en nota al pie 171). Así, según su punto de vista, por ejemplo, el diplomático japonés Hirota, codenado por el I.M.T.F.E., no podría ser considerado responsable con apoyo de este nuevo estándar (ibíd., pp. 126-7; con referencias a los casos ROEHLING, AKA-YESU y MILOSEVIĆ en p. 128 ss.).

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

(318) FENRICK, 1999, núm. 21.

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 solo 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 artículo 28 del Estatuto de Roma.

BIBLIOGRAFÍA

- BANTEKAS, Ilias, «The contemporary law of superior responsibility», *American Journal of International Law* 93 (1999), pp. 573-595.
- BASSIOUNI, CHERIF M., *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 2.ª edic. 1999, pp. 419-446.
- CROWE, Christopher N., «Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecution», *University of Richmond Law Review* 29 (1994), pp. 191-232.
- D'AMATO, Anthony, «Superior orders vs. command responsibility», *American Journal of International Law* 80 (1986), pp. 604-608.
- DE PREUX, Jean, «Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I», Y. Sandoz/Ch. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1988 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987*, notas marginales 3524-3563;
- DOUGLASS, John Jay, «High Command Case: A study in staff and command Responsibility», *International Lawyer* 6 (1972), pp. 686-705.
- ECKHARDT, William G., «Command criminal responsibility: a plea for a workable standard», *Military Law Review* 97 (1982), pp. 1-34.
- FENRICK, William J., «Some international law problems related to prosecutions before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Duke Journal of Comparative and International Law* 6 (1995), pp. 103-125.
- FENRICK, William J., Article 28. «Responsibility of commanders and other superiors», O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999.
- GREEN, L. C., «Command Responsibility in International Humanitarian law», *Transnational Law & Contemporary Problems* 5 (1995), pp. 319-371.

- GREEN, L.C., «Superior orders and command responsibility», *Canadian Yearbook of International Law* 27 (1989), pp. 167-202.
- HESSLER, Curt A., «Command Responsibility for War Crimes», *Yale Law Journal* 82 (1973) 1274-1304.
- HOWARD, Kenneth, «Command responsibility for war crimes», *Journal of Public Law* 21 (1972), pp. 7-22.
- LANDRUM, Bruce D., «The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now», *Military Law Review* 149 (1995), pp. 293-301.
- LEVIE, Howard S., «Command responsibility», *Journal of Legal Studies* 8 (1997/98), pp. 1-18.
- TIEDEMANN, Klaus, «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht», A. Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 1998, pp. 496-512.
- LEVIE, Howard S., «Some comments on Professor D'Amato's "paradox"», *American Journal of International Law* 80 (1986), pp. 608-611.
- O'BRIEN, Edward J., «The Nüremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood», *Military Law Review* 149 (1995), pp. 275-291.
- O'BRIEN, William V., «The law of war, command responsibility and Vietnam», *Georgetown Law Journal* 60 (1972), pp. 605-664.
- PARKS, William H., «Command Responsibility for War Crimes», *Military Law Review* 62 (1973), pp. 1-104.
- PARTSCH, Karl Josef, «Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I», en: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (eds.), *New rules for victims of armed conflicts*, 1982, pp. 523-529.
- PRÉVOST, Ann Marie, «Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita», *Human Rights Quarterly* 14 (1992), pp. 302-338.
- ROGALL, Klaus, «Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 98 (1986), pp. 573-623.
- SALAND, Per, «International criminal law principles», en: R. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, 1999, pp. 189-216.
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität», *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (Wistra)* 1 (1982), pp. 41-50.
- VETTER, Greg R., «Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (ICC)», *Yale Journal of International Law* 25 (2000), pp. 89-143.
- WU, TIMOTHY/KANG, YONG-SUN, «Criminal Liability for the Actions of Subordinates-The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law», *Harvard International Law Journal* 38 (1997), pp. 272-297.

