



Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Penal

**LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN EL**  
**DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y  
Sociales de la Universidad de Chile

AUTOR:

JAIME ALFREDO WINTER ETCHEBERRY

PROFESOR GUÍA:  
MIGUEL SOTO PIÑEIRO

Santiago, Chile  
2009

**A mi abuelo, Alfredo Etcheberry, de quien aprendí el amor por lo  
justo, la pasión por el Derecho Penal y la elegancia del rigor  
intelectual.**

## **AGRADECIMIENTOS**

Mis más sinceros agradecimiento a todos quienes me ayudaron a llevar a cabo la presente investigación y que fueron constante fuente de retroalimentación de los conceptos e ideas aquí desarrollados.

En especial, al profesor Gonzalo Medina, que fue un verdadero guía en la investigación, que me ayudó a corregir, revisar y estructurar gran parte de lo que aquí se presenta. Al profesor Gabriel Zaliasnik, por su apoyo en el desarrollo de esta investigación. Al profesor Miguel Soto Piñeiro, por su generosidad al ser el profesor guía de este trabajo.

Asimismo, a mi madre y toda mi familia que me ayudaron en general al desarrollo de la investigación.

Por último, quiero agradecer a María Paz, mi mujer, apoyo constante y que desde su perspectiva compartió conmigo todas las propuestas que se convirtieron en esta tesis.

## ÍNDICE

Introducción.....	1
1. La Responsabilidad del Superior en el Derecho Penal Internacional y su Recepción en Chile	1
2. Legitimidad del Derecho Penal Internacional y el Estatuto de Roma	5
3. Los Desafíos del Derecho Penal Internacional	8
3.1. Confluencia de Distintas Tradiciones Jurídicas	8
3.2. Objeto de Regulación	10
4. El Concepto de Responsabilidad por el Mando	14
5. Otra Clase de Responsabilidad por el Mando (Promoción de la Comisión de Crímenes).	17
Capítulo I: Reconocimiento de la Responsabilidad del Superior en el Orden Penal Internacional.....	19
1. Generalidades	19
2. El Caso del General <i>Tomoyuki Yamashita</i>	21
3. Críticas al Caso <i>Yamashita</i>	26
4. Juicios de Nüremberg	29
5. Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente	31
6. Protocolo Adicional Número I a la Cuarta Convención de Ginebra	34
7. Inclusión en Estatutos de Tribunales <i>Ad-hoc</i>	35
8. Adopción de la Institución en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	40
9. Generalidades sobre la Responsabilidad del Superior en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	43

10.Elementos de la Responsabilidad del Superior en el Estatuto de Roma	45
Capítulo II: La Relación Superior Subordinado.....	49
1. Antecedentes Previos	49
2. Situación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional	52
3. La Organización Compleja como Presupuesto de la Relación Superior Subordinado	55
4. Superiores Civiles y Militares como Destinatarios de la Norma	60
5. Diferentes Posiciones en la Jerarquía Institucional	63
6. Superiores <i>de iure</i> y <i>de facto</i> como Parte de la Organización	65
7. Relación Superior-Subordinado en Organizaciones no Formales	71
8. Mando o Autoridad Efectivos	74
9. Control Efectivo	81
10.Vinculaciones Múltiples: Existencia de más de un Superior Competente	87
11.Superiores Inmediatos y Superiores Mediatos: A Quiénes se Puede Alcanzar con el Concepto de Superior.	89
12.Efectos de la Delegación de Funciones	91
13.Subordinados “Indirectos”	92
14.Conclusiones del Capítulo	97
15.Sobre la Relación Superior-Subordinado en el Derecho Chileno	99
Capítulo III: Naturaleza de la Responsabilidad del Superior.....	103
1. Generalidades	103

2. Tipo por el que Responde el Superior	105
2.1. La Responsabilidad del Superior como Delito Especial	108
2.1.1. Relación entre la Conducta del Superior y los Crímenes de Base	109
2.1.2. Los Crímenes de Base como Condición Objetiva de Punibilidad o Forma de Acreditar la Falta	109
2.1.3. La Conducta Exigida al Superior: Prevenir o Reprimir los Crímenes de los Subordinados	118
2.1.4. Doble Fragmentariedad del Derecho Penal Internacional y su Incompatibilidad con una Mera Falta al Deber de Vigilancia	119
2.2. Responsabilidad por el Mando como Forma de Comisión o Colaboración al Delito Base.	121
3. Consideraciones sobre el Origen de la Posición de Garante del Superior	127
3.1. Clasificación de la Omisión	127
3.2. La Responsabilidad por el Mando como Conducta que Exige una Posición de Garante.	130
3.3. Fuentes de la Posición de Garante Extra-Penal	134
4. Forma de Vinculación Atribuible al Superior	137
4.1. El Superior como Autor Mediato	138
4.2. El Superior como Inductor	141
4.3. El Superior como Autor (Ejecutor)	141
4.4. El Superior como Cómplice	144
4.5. Caso del Superior como Coautor	148
4.6. ¿La Denuncia como Hipótesis de Encubrimiento Punible?	150
5. Conclusiones del Capítulo	151

6. La Naturaleza de la Responsabilidad por el Mando en la Ley Chilena	152
Capítulo IV: Elemento Interno.....	158
1. Generalidades	158
2. Intención y Conocimiento en el Derecho Penal Internacional	161
3. El elemento Volitivo: Dolo	162
4. Dolo Eventual y Culpa en el Estatuto de Roma	166
5. Ámbito de Aplicación del Elemento Intencional en la Responsabilidad por el Mando.	167
6. Elemento Cognoscitivo en el Artículo 30 del Estatuto de Roma	168
7. Elemento Cognoscitivo Especial del Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional	171
8. Interpretaciones que aceptan que el Superior puede Actuar sin Dolo	174
8.1. Responsabilidad Objetiva	174
8.2. Culpa por Infracción de Deber	178
8.3. Pluralidad de Figuras	183
8.4. Hubiere Debido Saber como “Conocimiento Constructivo”	186
9. El Elemento Cognoscitivo como Dolo	189
9.1. Ceguera Voluntaria ( <i>Wilful Blindness</i> ): Caso de los Superiores no Militares	190
9.2. “Hubiere Debido Saber” como expresión de una regla probatoria (Superiores Militares).	192
10. Conclusiones de Capítulo	196
11. El Tipo Subjetivo de la Responsabilidad del Superior en el	

Derecho Chileno	198
Capítulo V: Prevención, Represión y Denuncia.....	202
1. Generalidades	202
2. Prevenir	204
3. Reprimir	209
4. Poner el Asunto en Conocimiento de las Autoridades Competentes	211
5. Conclusiones del Capítulo	216
6. Prevención, Represión y Denuncia en la Responsabilidad del Superior en el Derecho Chileno	217
Conclusiones Generales.....	219
Bibliografía.....	222

## **INTRODUCCIÓN**

### **1. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU RECEPCIÓN EN CHILE.**

Con la reciente ratificación de Chile al Estatuto de Roma<sup>1</sup> se abre un proceso que no va a estar exento de complejidad, pero que debiera resultar

---

<sup>1</sup> La Ley 20.352 de 30 de Mayo de 2009 estableció la reforma constitucional que permitió, con fecha 29 de Junio, la ratificación de Chile al Estatuto de la Corte Penal Internacional, para su entrada en vigencia el 1º de Septiembre del mismo año. Esto, tras un largo proceso que comenzó con la firma del tratado en 1998 y que se retrasó debido a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno de fecha 8 de abril de 2002, que consideró necesaria una reforma constitucional para que Chile pudiera ser parte, basados principalmente en una supuesta vulneración a la soberanía del Estado. Para un análisis crítico a esta decisión del Tribunal Constitucional vid. en general, BASCUÑÁN y CORREA.

fructífero para la actualización del Derecho Penal en un Estado que todavía está regido por un Código que sigue siendo en lo fundamental el mismo que se promulgó en 1874. Dicho proceso es el de la recepción de las normas contenidas en el Estatuto de Roma en nuestro Derecho interno.

Esto significó hacerse cargo en la parte especial de tipificar aquellos delitos establecidos en el Estatuto de Roma, y que representaban una deuda de nuestro Derecho<sup>2</sup>, pero también tendrá influencia en nuestra parte general<sup>3</sup>.

Una de esas implicancias en la parte general será el que es tema de esta investigación y consiste en una adecuada interpretación de la regulación de la responsabilidad de los superiores. El presente trabajo analizará el estado actual de la figura de la responsabilidad por el mando en el Derecho Penal Internacional, de modo de ser una guía en la reciente recepción de la institución que hace el artículo 35 de la ley 20.357 de 18 de Julio de 2009 en los siguientes términos:

---

<sup>2</sup> La deuda era de larga data. La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 entró en vigor el año 1951. En el artículo V de la misma se señala que: “*Las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.*” Sin perjuicio de que Chile es parte de esa Convención desde 1953, recién con la Ley 20.357 de Julio de 2009 se sanciona esta figura, en el artículo 7 n° 1.

<sup>3</sup> Señala BASCUÑÁN que “*Las relaciones de la adecuación de la parte general del derecho penal interno a la Parte General del derecho penal internacional, incluyendo los artículos 25 a 33 del Estatuto de Roma, es sin duda una cuestión exponencialmente más compleja que los planteados por la Parte Especial. Pues en este caso lo que está en juego es la rivalidad de paradigmas alternativos de atribución de responsabilidad penal.*” Asimismo, señala que hay tres cuestiones generales que analizar al respecto: Primero se refiere al problema de la comisión por omisión y el actuar en lugar de otro, en segundo lugar, a problemas relativos a las causales de justificación y de exculpación y, en tercer lugar, se refiere a problemas de *iter criminis* y participación criminal. Pues bien, los problemas que presenta en primer y en tercer lugar serán centrales en el análisis de este trabajo. Cfr. BASCUÑÁN, páginas 121 y 122.

*“Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.*

*La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.”<sup>4</sup>*

La responsabilidad de los superiores o responsabilidad por el mando<sup>5</sup> se ha convertido en una de las más importantes instituciones de Derecho Penal Internacional, toda vez que, aunque normalmente son los soldados “rasos” o “de a pie (*foot soldiers*)” quienes realizan los crímenes, dada la naturaleza de los mismos -extendidos y parte de políticas institucionales- son los superiores quienes tienen mayor grado de responsabilidad que los propios ejecutores en la comisión de los actos punibles.<sup>6</sup> Este tipo de responsabilidad se vincula con la **obligación del superior de evitar que sus subordinados cometan crímenes** sancionados por el Derecho Penal Internacional, entendiéndose que, aunque no haya ordenado su comisión, será responsable por su **omisión de evitarlos**.

En la práctica, la institución no ha tenido la aplicación que debiera, toda vez que normalmente hay bastante evidencia para establecer la responsabilidad del superior por hechos positivos.<sup>7</sup>

La forma en que aquí será considerada la responsabilidad por el mando está indisolublemente unida al desarrollo moderno del Derecho Penal Internacional, y, por tanto, comparte con éste sus dificultades y problemas.

---

<sup>4</sup> Artículo 35 Ley 20.357.

<sup>5</sup> Aquí se utilizará indistintamente las denominaciones “Responsabilidad por el Mando” o “Responsabilidad del Superior”, respecto a la razón para optar por una u otra, véase *Infra* Capítulo II, 4.

<sup>6</sup> Cfr. MARTÍNEZ, Página 639.

<sup>7</sup> Vid. BANTEKAS *et al*, Página 108

Al respecto, difícilmente podemos hablar de un verdadero Derecho Penal Internacional hasta después de la Segunda Guerra Mundial. A pesar de que durante la primera mitad del Siglo XX ya existieron algunos atisbos de reconocimiento<sup>8</sup>, sólo a partir de los juicios que siguieron a este enfrentamiento bélico es que se han podido crear las bases dogmáticas para hablar de un verdadero sistema punitivo universal. En efecto, a partir del Estatuto del Tribunal Militar Internacional, creado por los aliados al término de la Segunda Guerra Mundial para juzgar a los grandes criminales de guerra es que se identifica el Derecho Penal Internacional con el “Derecho de *Nüremberg*”, en referencia a la ciudad en que funcionó dicho Tribunal que juzgó a los mayores criminales de guerra nazis<sup>9</sup>. Hoy en día, se considera que el Derecho de *Nüremberg*, es decir, las normas contenidas en su estatuto, han pasado a ser Derecho Internacional Consuetudinario.<sup>10</sup>

Dicho Tribunal, en todo caso, no basó ninguna sentencia en la doctrina de la responsabilidad por el mando<sup>11</sup>, la cual surge de manera casi paralela en el juicio seguido contra el general del ejército japonés *Tomoyuki*

---

<sup>8</sup> En 1919 el Tratado de Versalles, que puso fin a la Primera guerra Mundial, señaló expresamente que debía crearse un tribunal internacional penal especial a efectos de juzgar al Káiser, así como también que las potencias aliadas podían juzgar en sus propios tribunales a otros responsables de transgredir las normas que regulan las costumbres y leyes de la guerra. Sin embargo, el Káiser recibió asilo en los Países Bajos, por lo que nunca llegó a ser juzgado, mientras que Alemania se negó a extraditar a sus nacionales a efecto de ser juzgados, realizando ella misma los llamados Juicios de Leipzig, que no fueron más que una “parodia de justicia”, a efectos de calmar los requerimientos de juzgamiento de las potencias aliadas. Sin embargo, tienen la importancia de instalar la idea de que las personas naturales y no sólo los Estados, pueden ser sujetos de Derecho Internacional. Vid. BANTEKAS *et al.* Páginas 69 y 70.

<sup>9</sup> WERLE señala que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg es el “*acta de nacimiento del Derecho penal Internacional*”. Cfr. WERLE, página 49.

<sup>10</sup> Cfr. WERLE, página 50.

<sup>11</sup> Esto, principalmente porque la evidencia en los casos que persiguió dicho Tribunal era suficiente para que fuera innecesario recurrir a la institución. Cfr. BANTEKAS *et al.*, página 108.

*Yamashita*<sup>12</sup>, aunque sí fue utilizada en juicios llevados por comisiones militares también en *Nüremberg* luego de la Segunda Guerra Mundial.<sup>13</sup>

De todos modos, la importancia del Tribunal Militar Internacional de *Nüremberg* es que permite el desarrollo del Derecho Penal Internacional hasta su forma actual.

## **2. LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**

La existencia del Derecho Penal Internacional no ha estado exenta de complicaciones. En primer lugar, su legitimidad ha sido puesta en duda constantemente<sup>14</sup> por razones bastante atendibles. Por una parte, hasta el año 2002 todos los Tribunales Penales Internacionales han sido creados *Ad-hoc*<sup>15</sup>, luego de la existencia de algún conflicto bélico particular<sup>16</sup>, lo que vulnera la garantía del establecimiento del Tribunal previo al hecho, así como el procedimiento y sus respectivas garantías<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> Vid. *infra*, capítulo I, 2.

<sup>13</sup> Vid. *infra*, capítulo I, 4.

<sup>14</sup> Sólo como ejemplo, Cfr. CURY, página 226 y GARRIDO MONTT, Tomo I, página 153.

<sup>15</sup> Incluso después de la creación de la Corte Penal Internacional, se han creado tribunales *ad-hoc*, como es el caso de los Tribunales de Sierra Leona, Cambodia y el Líbano.

<sup>16</sup> Así, luego de la Segunda Guerra Mundial se creó el Tribunal de *Nüremberg* y Tokio, Posteriormente se han creado Tribunales especiales para distintos conflictos, entre los cabe destacar el de Ruanda, Ex-Yugoslavia, además de algunos Tribunales que podríamos llamar híbridos, en que el Estado crea el tribunal en conjunto con organismos internacionales. Incluso en estos casos, la crítica es válida, toda vez que también son sus estatutos los que crean el Derecho aplicable y son los vencedores los que administran justicia.

<sup>17</sup> Señala BINDER que a medida que el Estado comienza monopolizar el poder el concepto de “Juez Natural” comienza a tomar significado en cuanto a que debe haber una “predeterminación legal del juez”, es decir, luego de la Edad Media, este principio comienza a tener su forma actual. Como fundamento indica que: “*Lo que se quiere evitar es que luego, el mismo legislador, por razones políticas o circunstanciales,*

Por otro lado, todos los estatutos que crean estos tribunales establecen también las normas de Derecho Penal sustantivo que servirán de base para el juzgamiento de los respectivos criminales, en una flagrante vulneración principio de legalidad, tanto en lo referido al reconocimiento de la conducta incriminada, como al establecimiento previo de la pena.<sup>18</sup>

Estas críticas han tratado de superarse señalándose que los tribunales de Derecho Penal Internacional sólo juzgan las conductas más graves, y

---

*modifique la distribución de la competencia y que de esta manera, pueda provocar intencionalmente que una determinada causa pase a manos de un juez más o menos favorable a los intereses de una de las partes...*” cfr. BINDER, página 143. Sobre esto, señala el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.*” Igualmente señala el artículo 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*”

<sup>18</sup> Señala ROXIN que “*El principio de legalidad se encuentra por primera vez en 1776 en las Constituciones de algunos estados federados americanos (Virginia, Maryland), a continuación en el Código Penal Austriaco de José II, de 1787, en la célebre declaración francesa de los Derecho del hombre y del ciudadano de 1789...*”. Agrega que “*Actualmente el principio de legalidad también tiene en el ámbito internacional una vigencia extendida por casi todo el mundo como principio fundamental del Estado de Derecho*”. ROXIN, *Derecho Penal*, página 142 y 143. Señala, asimismo, que “*El principio “no hay crimen o delito sin ley” (nullum crime sine lege) es un postulado básico del Estado de Derecho...*”. ROXIN, *Derecho Penal*, página 137. Al respecto, señala la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 7.2: “*2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.*” Asimismo, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*”

*2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*”

Como se puede observar esta excepción cobra relevancia para el tema en análisis.

que en mayor o menor medida, dichas conductas están incriminadas en todos los ordenamientos o que, en otra línea argumental, los delitos y sus penas pertenecerían al Derecho Internacional consuetudinario<sup>19</sup>.

Dicha explicación dista mucho de ser completamente satisfactoria, por lo cual dentro de la comunidad jurídica y política internacional comenzó a crearse la conciencia de la necesidad de un tribunal penal internacional que tuviera el carácter de permanente.

El proceso de discusión terminó finalmente con la creación, en Roma, de la Corte Penal Internacional en el año 1998, entrando en vigencia el 2002 con la ratificación del número de países que requería el propio Estatuto.

La responsabilidad de los superiores, tal como se concibe en esta investigación, tiene su desarrollo aparejado al desarrollo del Derecho Penal Internacional: La institución fue recogida en el artículo 28 del Estatuto de Roma y, sin perjuicio de la relevancia del proceso anterior, nuestro análisis se referirá principalmente a la forma que fue concebida la referida norma para la Corte Penal Internacional.

### **3. LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.**

Las dificultades del Derecho Penal Internacional no han tenido sólo que ver con el reconocimiento de su legitimidad y, por lo demás, hoy día aquel dista mucho de ser el problema principal.

Actualmente, los mayores desafíos del Derecho Penal Internacional tienen que ver con al menos dos problemas: En primer lugar, la confluencia

---

<sup>19</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 131. Refuerza esta posición El ya citado artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “*Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.*”

de **distintas tradiciones jurídicas** y, en segundo lugar, en cuanto al **objeto de su regulación** y los **contextos** en que se producen las conductas que regula. Ambos temas los trataremos a continuación.

### **3.1 CONFLUENCIA DE DISTINTAS TRADICIONES JURÍDICAS.**

Uno de los mayores desafíos en el ámbito del Derecho Penal Internacional tiene que ver con el hecho de que debe representar las distintas tradiciones jurídicas imperantes en el mundo<sup>20</sup>.

Valga señalar que ya han ratificado el Estatuto de Roma la mayoría de los Estados europeos y de los latinoamericanos, todos de la tradición continental; Estados de tradición anglosajona, como el Reino Unido, Sudáfrica y Australia<sup>21</sup>; otros Estados con sus propios sistemas como algunos asiáticos<sup>22</sup>. En el futuro, se espera que también se unan otros Estados con sistemas propios, como Rusia o China, quienes todavía no son Estados parte.

En general, el análisis de las figuras ha fluctuado entre el sistema continental y el sistema anglosajón<sup>23</sup>. Considerando que una de las

---

<sup>20</sup> Ha señalado al respecto BASCUÑÁN: “*La Parte General del derecho penal internacional es la cancha donde compiten las distintas matrices culturales de la teoría general del delito.*” BASCUÑÁN, página 121.

<sup>21</sup> Al respecto, cabe señalar que, sin perjuicio de que los Estados Unidos de América firmaron en su oportunidad el Estatuto de Roma, nunca lo ratificaron y, por el contrario, se han convertido en un férreo opositor al mismo. Esto se encuadra en la reciente política exterior de dicho Estado, durante la administración de George Bush en que, utilizando una lógica que podríamos equiparar a la idea de Derecho Penal del Enemigo, postulada por JAKOBS, han vulnerado de manera organizada y permanente las normas que expresan los tipos del Derecho Penal Internacional. Esto implicaría, en definitiva, un peligro para sus altos mandos, dado que podrían ser hechos responsables de los crímenes cometidos por sus tropas, precisamente por incurrir en responsabilidad de los superiores tal como es concebida en este trabajo o, derechamente por autoría mediata. Al respecto, Vid. en general, HANSEN.

<sup>22</sup> Ver listado completo en <http://www2.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>, consultado el día 5 de marzo de 2009.

<sup>23</sup> Los aportes de la tradición anglosajona al Estatuto de Roma son bastante claros, baste aquí señalar que ha diferencia de lo que pasa en el derecho continental la *conspiracy* es

finalidades de la presente investigación es servir como una guía para la recepción del Estatuto de Roma en el Derecho Interno, aquí hemos preferido mantener una estructura propia del Derecho continental, es decir, considerar el delito en base a Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad y no en base al *Mens rea* y *Actus Reus* utilizado por los anglosajones, pero que también ha sido adoptado por tratadistas de tradición continental<sup>24</sup>. Sin perjuicio de esto, en cuanto sea relevante, haremos referencia al análisis en base a categorías anglosajonas.

### 3.2 OBJETO DE REGULACIÓN

El Derecho Penal Internacional surge como expresión de una necesidad de la comunidad internacional. Dentro de los conflictos armados o situaciones de excepción institucional es cuando se cometen los crímenes más atroces y de manera más masiva. Igualmente, en virtud del involucramiento de quienes detentan el poder en dichos actos es que generalmente estos hechos quedan sin sanción. Es decir, irónicamente, los crímenes más terribles suelen estar destinados a la impunidad.<sup>25</sup>

El elemento más relevante dentro de este fenómeno es la existencia de un aparato organizado de poder; la existencia de una jerarquía dentro de la cual están inmersas los partícipes de la institución, a través de la cual son cometidos los crímenes. Del catálogo de crímenes genéricos existentes de Derecho Penal Internacional, todos requieren de la existencia de estos

---

generalmente punible, además, los tipos penales y el propio Estatuto se han estructurado de la manera de las legislaciones anglosajonas, es decir, empezar por la parte especial y luego la parte general del Derecho Penal. A esto se suma la tendencia al casuismo en descripciones típicas.

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, cfr. AMBOS, *La parte general...*, Página 302.

<sup>25</sup> Recordemos a este respecto aquella noción tan difundida en el Derecho occidental de que la posición oficial funciona como una eximente de responsabilidad, noción basada, a su vez, en la idea de que el Derecho Penal es impuesto por el monarca a sus súbditos, razón por la cual no puede alcanzar al monarca mismo.

grupos organizados ya sea por su propia naturaleza, como en el caso del genocidio y el crimen de agresión, o por su formulación normativa, como en el caso de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, los que se persiguen normalmente cuando son “*parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil* (crímenes de lesa humanidad)”<sup>26</sup> o “*cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte del a comisión a gran escala de tales crímenes* (crímenes de guerra)”<sup>27</sup>, al tenor de los artículos 7 y 8 del estatuto de Roma, al igual que instrumentos anteriores, como los estatutos de los tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda.<sup>28</sup>

En este sentido, es que la responsabilidad del superior sólo puede concebirse si se desarrolla dentro del ámbito de una organización, lo que servirá como elemento importante dentro del análisis que se hará.

En general, en el Derecho, se ha producido un fenómeno que SCHÜNEMANN ha llamado “*extender la responsabilidad Penal lo más posible hacia arriba*”<sup>29</sup>. Aunque no es un fenómeno exclusivo del Derecho Penal Internacional<sup>30</sup>, esto significa según señala SCHÜNEMANN con

---

<sup>26</sup> Artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

<sup>27</sup> Artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

<sup>28</sup> Ver los artículos 2, 3 y 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y los artículos 3, 4 y 5 del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia.

<sup>29</sup> Vid. SCHÜNEMANN, página 10 y siguientes.

<sup>30</sup> Precisamente la denominación de la responsabilidad penal lo más posible “hacia arriba” ha sido acuñada por SCHÜNEMANN para referirse a temas relacionados con el Derecho Penal de la empresa. Vid. En general, SCHÜNEMANN. La verdad es que el paralelo entre el Derecho Penal de la empresa y el Derecho Penal Internacional es bastante notable. Son dos áreas del Derecho Penal que comparten el desarrollo tardío. Ambas se desarrollan mayoritariamente en el S. XX y representan áreas de extrema gravedad un tanto olvidadas en el Derecho Penal. Asimismo, son las dos áreas donde posiblemente esté más justificada una expansión del Derecho Penal para cubrir los desafíos modernos del Derecho. De este modo, muchas instituciones que se aplican con comodidad en ambos ámbitos. Un claro ejemplo es la noción de deber de vigilancia. En definitiva, lo que hace que tengan tanto en común es que comparten el elemento fundamental que caracteriza a ambas ramas del Derecho Penal: Que en el centro de la regulación existe una organización compleja y jerarquizada vinculada directamente con el ilícito cometido. Sin perjuicio de ello, sus diferencias han llevado a una regulación y

recelo, que se intenta preferir la responsabilidad de los superiores por sobre la de los subordinados, siendo estos últimos quienes normalmente realizan de propia mano las conductas típicas.<sup>31</sup>

En ese sentido, como lo ha señalado ROXIN<sup>32</sup>, el centro de la teoría de la autoría mediata no se encuentra ya, como en sus orígenes, en la instrumentalización de individuos impunes, si no que hoy en día el centro de la teoría del autor mediato se encuentra en la utilización del aparato de poder como medio de cometer el delito, a través de la existencia de un ejecutor fungible, es decir, quien detenta el poder en una organización no realiza normalmente los delitos de propia mano, sino que se vale de los recursos de dicha organización a efecto de procurarse de un agente que realice la conducta punible. Un agente que de no realizar la acción por negarse, por fracasar o por alguna imposibilidad puede ser perfectamente reemplazado por otro. En definitiva, en la teoría del autor mediato ha

---

procesos completamente contrarios en cuanto al tratamiento de las organizaciones en uno y otro caso. Así, en Derecho Penal de la empresa, en el Derecho continental se partía del dogma de la imposibilidad de acción de las personas jurídicas, tema absolutamente superado hoy en día, de modo que, tal como sucede en el Derecho anglosajón, se contemplan sanciones para las personas jurídicas. La discusión, hoy día, gira más alrededor de la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas y, por tanto, de la naturaleza de sus sanciones. En el caso del Derecho Penal Internacional, el derecho de Nüremberg contemplaba expresamente la posibilidad de establecer sanciones para organizaciones. Sin embargo, el desarrollo posterior ha ido en sentido contrario. De este modo, en el Estatuto de Roma se señala expresamente en el artículo 25 número 1 que “... *la Corte tendrá competencia respecto de personas naturales*”. Respecto al Derecho Penal de la empresa, Vid. en general, SILVA SÁNCHEZ, *La Responsabilidad...*, páginas 149 y siguientes.

<sup>31</sup> En ese sentido, la posición oficial ya no es considerada como una eximente de responsabilidad penal. Al respecto, por ejemplo, el artículo 27 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, titulado “Imprudencia del cargo oficial” señala que:

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

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

<sup>32</sup> ROXIN, *El dominio...*, página 1.

cochado mucha más relevancia la organización como instrumento que la persona como instrumento.

Esto se reconoce expresamente en el número 3 literal a) del artículo 25 del Estatuto de Roma que se titula “Responsabilidad Penal Individual” y que señala:

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

*“a) Cometa el crimen por sí solo, con otro o **por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.**”<sup>33</sup>*

Dentro de este contexto y como algo totalmente distinto a la autoría mediata surge la Responsabilidad del Superior, o Responsabilidad por el Mando, tema central del presente trabajo, en que no se requiere para hacer responsable al superior que haya ordenado los crímenes ni que los haya instigado, sino que simplemente no hubiera evitado su comisión, lo que representa el necesario complemento de las instituciones señaladas anteriormente.

#### **4. EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO**

Definir exactamente en qué consiste la responsabilidad del superior no es una tarea simple y va a estar determinada por las opciones respecto de las características de la institución que tomemos al analizar cada uno de sus elementos. Así, desde que aparece por primera vez siendo aplicada en el

---

<sup>33</sup> Artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El literal b de la misma norma se refiere a los que ordenan la comisión, a decir de AMBOS esto “*se corresponde estructuralmente más con la categoría de la autoría mediata que con la de la participación*”. AMBOS, La parte general..., página 197. WERLE no se pronuncia al respecto, analizándolo de manera separada a la autoría mediata. Cfr. WERLE, página 219.

caso *Yamashita*, hasta su formulación en el Estatuto de Roma, tal como en su recepción en ordenamientos nacionales, los análisis dogmáticos y jurisprudenciales, la verdadera naturaleza de la responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando no es un tema que todavía esté resuelto y será, precisamente, la finalidad de este trabajo hacer un aporte a esta discusión.

Valga en este punto, considerar que la responsabilidad por el mando se construye, al menos, sobre los siguientes elementos:

1. Relación de superior-subordinado que implique mando y control efectivo.
2. Conocimiento de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer los crímenes de base.
3. El superior omite tomar las medidas necesarias para evitar dicha comisión.<sup>34</sup>

Estos elementos, tal como hemos señalado, representan sólo la base de la responsabilidad por el mando. Asimismo, ni siquiera estos elementos están expuestos aquí en su forma definitiva, sino que de manera suficiente

---

<sup>34</sup> Así lo han señalado las sentencias de la Cámara de Apelación y de la Cámara de enjuiciamiento, respectivamente, del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en los casos contra Kordić y el juicio contra *Delalić (Mucić et al.)*, por sus acciones en la prisión de “Čelebici”, así también se reconoce en Blaskić. Kordić (IT-95-14/2) Appeals Chamber, 17 de Diciembre de 2004, párrafo § 834; Čelebici (IT-96-21) Trial Chamber, 16 de Noviembre de 1998, párrafo § 346; Blaskić (IT-95-14) Appeals Chamber, 24 Julio de 2004, párrafo § 484. Los mismos elementos considera MARTÍNEZ: “(i) *the existence of a de iure or de facto superior-subordinate relationship of effective control; (ii) the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; (iii) the superior failed to take necessary steps to prevent or punish the offences*”, es decir, “(i) *la existencia de una relación superior subordinado de control efectivo, ya sea de facto o de iure; (ii) el superior sabía o debía saber que el acto criminal iba a ser o había sido cometido; (iii) el superior omite tomar las medidas necesarias para prevenir o castigar el ilícito.*” Se diferencia con la formulación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia únicamente en que agrega que la relación superior subordinado puede ser de facto. MARTÍNEZ, Página 642.

para otorgar un concepto que pueda ser comprensivo de distintas visiones de la institución. Una configuración que no deje espacio a ambigüedades ni vaguedades sólo será posible al final de este trabajo.

Como se puede observar, a diferencia de otras formas de imputación de un superior, en esta institución el rol del superior consiste en una **omisión**: no hacer todo lo que está a su alcance para evitar que los subordinados realicen los ilícitos.

El tercer elemento expuesto, la evitación del ilícito, ha sido considerado de manera diversa a la aquí señalada, estableciéndose como criterio de imputación el no ejercer de manera adecuado el deber de vigilancia. Nosotros consideramos que, al menos para el Estatuto de Roma, un análisis adecuado nos debe llevar a que la responsabilidad es por no evitar la comisión de los ilícitos, sin perjuicio de que eso sea una falta al deber de vigilancia. Este problema será central en la presente investigación, dado que tendrá importantes implicancias considerar que un hecho es delito independiente de su resultado, que si se castiga al superior por haber causado ese resultado, siendo en el primer caso un delito autónomo y en el otro una forma de participación en el delito de los subordinados.<sup>35</sup>

Por otra parte, dependiendo de la formulación, también se suele incluir en la sanción por la responsabilidad por el mando el hecho de no haber castigado adecuadamente la conducta con posterioridad a su ejecución. Efectivamente dentro de la regulación de la responsabilidad del superior se incluye la obligación de castigo o denuncia posterior al hecho, sin embargo, consideramos que la naturaleza de dicha obligación es completamente distinta a la de la obligación de evitación del hecho y que, en definitiva, desnaturaliza la institución.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Este tema será tratado ampliamente más adelante. Vid. *infra* Capítulo III.

<sup>36</sup> *Infra* capítulo V, 4.

En principio, podríamos decir que la **responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando** consiste en una forma de imputación penal de un superior por no haber hecho todo lo que estaba a su alcance para prevenir que sus subordinados cometieran determinados crímenes, sin haberlos ordenado o inducido directamente, y conociendo el hecho de que iban a ser cometidos o se estaban cometiendo.

## **5. OTRA CLASE DE RESPONSABILIDAD POR EL MANDO (PROMOCIÓN DE LA COMISIÓN DE CRÍMENES)**

Existe otra figura que también se ha llamado responsabilidad por el mando, pero que es distinta a la aquí tratada. Ella consiste en promover (*encourage*) mediante actos positivos la comisión de ilícitos por parte de los subordinados.

En general, estas conductas no caerán dentro de lo que aquí consideramos como responsabilidad del superior, sino que serán formas más o menos claras de inducción o autoría mediata o, en menos casos, sería un problema de complicidad. Aunque el tema puede resultar interesante, su estudio corresponderá a esas formas de participación y no se justifica la denominación especial.

Para diferenciarlas, se ha dicho que esta forma de responsabilidad por el mando, promoviendo los ilícitos, sería “directa” o “activa”, mientras que la que tratamos en este trabajo sería “indirecta” o “pasiva”<sup>37</sup>. Como ya lo hemos dicho, no parece adecuado usar la misma denominación para ambas situaciones, pero, al menos, creemos que la denominación de “indirecta” está totalmente injustificada: la intervención del superior es bastante directa, al menos como la de cualquier otro partícipe. Sí, en cambio, es

---

<sup>37</sup> Vid. MARTSON y MARTÍNEZ, página 43. También, caso *Mucic et al.*, *Trial chamber*, párrafo 333.

adecuada la denominación de “pasiva”, precisamente por que la conducta del superior en este caso consiste propiamente en una omisión. En todo caso, como han señalado MARSTON y MARTÍNEZ, la responsabilidad omisiva es “...aquella a la gente se refiere usualmente cuando hablan genéricamente de “responsabilidad por el mando””<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> MARTSON y MARTÍNEZ, página 43.

**CAPÍTULO I:**  
**RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL**  
**SUPERIOR EN EL ORDEN PENAL INTERNACIONAL.**

**1. GENERALIDADES**

La institución de la responsabilidad penal por el mando tiene su origen en el Derecho Penal Internacional<sup>39</sup>, sin perjuicio de que la noción de que el comandante debe tener el control de sus tropas tiene larga data.

Se señala que puede rastrearse hasta el siglo XV o incluso antes<sup>40</sup>. La idea de que un superior tiene la obligación de controlar sus tropas está de mayor o menor medida presente en todos los ejércitos a través de la historia. En ese sentido, también se ha señalado como primera fuente de la responsabilidad por el mando las convenciones IV y X de la Haya de 1907, la primera referida al Derecho de la guerra terrestre y la segunda al Derecho de la guerra marítima. En ambas se señala que es aplicable a grupos de voluntarios o militares que entre otras cosas sean comandados por una persona responsable por sus subordinados.

La asunción de que la responsabilidad por el mando tiene su primera fuente directa en dichas convenciones es errada por varias razones: En primer lugar, no pretende establecer que responsabilidad sea penal, más bien pretende señalar que existe una jerarquía dentro de la organización beligerante, que permite legitimarla como objeto regulado en las convenciones. En segundo lugar, a la época de la convención no estaba establecido que los particulares pudieran ser objeto de regulación directa del Derecho Internacional, por lo que mal podría querer establecer la responsabilidad de particulares. Por el contrario, esa responsabilidad debía

---

<sup>39</sup> Cfr. AMBOS, *La parte general...*, página 296.

<sup>40</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 807, HANSEN, página 15.

existir para que la organización estuviera obligada por las leyes de la guerra, por lo que si pretendía que esa responsabilidad fuera penal, implicaría que era totalmente inaplicable, por no tener correlato en el Derecho interno. Por último, la responsabilidad del superior no se reduce a la responsabilidad por omisión, sino que también por los hechos que hubiere promovido u ordenado y es más correcto pensar que a ese tipo de responsabilidad se podría haber considerado en las convenciones antes que la responsabilidad por omisión.

En definitiva, del texto expreso a la responsabilidad del superior por omisión parece haber un largo trecho. Por otra parte, el artículo 3 de la convención que señala que establece la obligación de compensación del Estado por los actos de los miembros de fuerzas armadas no tiene ninguna relación con asuntos penales, sino que con criterios civiles y administrativos no punitivos, cuyas reglas de imputación son diferentes. Sin perjuicio de eso, las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 son fundamentales en el desarrollo del Derecho Penal Internacional y representan un antecedente útil al analizar la responsabilidad por el mando.<sup>41</sup>

El verdadero reconocimiento de la institución se produce luego de la Segunda Guerra Mundial y su evolución se ha dado principalmente a través del desarrollo jurisprudencial, siendo su primer reconocimiento el de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso del general *Yamashita*, que comentamos a continuación. Además, haremos mención a otras sentencias que han considerado la institución, posteriores al caso del general *Yamashita*, como es el caso de los juicios de *Nüremberg*, paralelos al los principales criminales de guerra y el Tribunal Penal Internacional Para el

---

<sup>41</sup> Una posición similar a la que aquí se expresa, es decir, que las convenciones son antecedentes y no realmente reconocimiento de la responsabilidad por el mando, aunque sin expresar argumentos diferenciadores, sino que similitudes, en cfr. HANSEN, página 17.

Lejano Oeste que funcionó en la ciudad de Tokio. En este punto, también nos referiremos a los casos en que la responsabilidad del superior ha sido considerada en los estatutos de tribunales penales internacionales *ad-hoc* actualmente en funcionamiento (sin referirnos a las sentencias dictadas en virtud de esa normativa, a la que haremos menciones al tratar los elementos de la institución), así como también analizaremos el Protocolo Adicional Número I a la Cuarta Convención de Ginebra que ha tenido especial importancia en la formulación actual de la institución de la responsabilidad del superior. Finalmente se explicarán los problemas centrales de la disposición contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

## **2. CASO DEL GENERAL *TOMOYUKI YAMASHITA***

La primera vez que la responsabilidad por el mando se reconoció como tal, fue en la sentencia de fecha 4 de febrero de 1946 de la Corte Suprema de Estados Unidos, al conocer del recurso presentado por la defensa del General *Tomoyuki Yamashita*, del ejército japonés.<sup>42</sup>

El general *Yamashita* se hizo cargo de las fuerzas japonesas en las Filipinas en Octubre de 1944. Por su decisión, el mando central operativo del ejército japonés en las filipinas fue transferido a las montañas del Baguio, distante de Manila, capital de las filipinas, en alrededor de 200 kilómetros.

En febrero de 1945, las tropas norteamericanas lograron llegar a Manila. Los enfrentamientos con las tropas japonesas duraron cerca de un mes, luego del cual las fuerzas navales niponas habían sido completamente exterminadas.

---

<sup>42</sup> Vid. en general, *Trial of General Tomoyuki Yamashita*.

Sin embargo, durante los enfrentamientos las tropas japonesas torturaron y asesinaron a alrededor de 700.000 civiles en la ciudad de Manila, en lo que fue conocido como la “Masacre de Manila”.

No queda claro si *Yamashita* dio o no la orden a sus fuerzas de evacuar la ciudad de Manila. Lo que es claro es que sólo una cantidad menor de las tropas japonesas efectivamente evacuó la ciudad.

*Yamashita* se entregó a las fuerzas estadounidenses en septiembre de 1945 y fue puesto a disposición de una comisión militar de Estados Unidos para ser juzgado, formulándose el cargo de cometer crímenes de guerra (*violation of the law of war*):

*“Ignorar y omitir ilegalmente realizar su deber como comandante de controlar las operaciones de miembros de su comando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros altos crímenes contra el pueblo de los Estados Unidos y de sus aliados y dependencias, particularmente, las Filipinas”*.<sup>43</sup>

La defensa de *Yamashita* alegó que al momento de producirse los crímenes las comunicaciones entre Manila y el centro de mando en las montañas del Baguio se encontraban cortadas, de modo que no solo no pudo ordenar la comisión de los ilícitos sino que no podría haber evitado su comisión por desconocer, precisamente, que se estaban cometiendo.<sup>44</sup> Ante esto, el Tribunal de primera instancia señaló que :

*“La fiscalía ha presentado evidencia para demostrar que los crímenes fueron tan extendidos y extensivos, tanto en cuanto a duración y*

---

<sup>43</sup>*Yamashita*, página 3. “unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as a commander to control the operations of the members of his 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”.

<sup>44</sup> Sobre el relato del caso: vid. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 807

*área, que ellos por lo menos debieron haber sido conscientemente permitidos por el acusado o secretamente ordenados por el acusado”.*<sup>45</sup>

Este párrafo expresa con claridad que el elemento cognoscitivo se daba por acreditado, pero dejando dos opciones distintas a efectos de determinar como de ese conocimiento se derivaba la imputación.

Una primera posibilidad era agregar un nuevo elemento fáctico al hecho, una conducta positiva del acusado, consistente en sostener que el general *Yamashita* habría **ordenado secretamente** la comisión de los crímenes. Sin embargo, como es evidente, el uso del término “secretamente” representa un conocimiento que no llegó a manos de la fiscalía o que no le fue posible acreditar.

De este modo, queda sólo una segunda opción en que no se agregan nuevos elementos fácticos a lo ya acreditado: el **mero conocimiento** de *Yamashita* de la comisión de los ilícitos.

De la sola inacción no nace la responsabilidad penal, de modo que el tribunal requería fundamentar un deber de garante (o al menos una simple obligación de actuar), lo que hizo en los siguientes términos:

*“Claramente, la asignación del mando de tropas militares viene acompañada por una autoridad específica y responsabilidades de peso. Esto ha sido así en todos los ejércitos a través de historia. Es absurdo, en todo caso, considerar a un comandante como asesino o violador porque uno de sus soldados cometió un asesinato o una violación. Sin embargo, donde el asesinato y la violación y actos viciosos, vengativos son ofensas extendidas, y no hay un intento efectivo por un comandante para descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser hecho responsable, incluso puede perseguirse penalmente, por las ilicitudes de*

---

<sup>45</sup> *Yamashita*, página 34. “The Prosecution presented evidence to show that the crimes were so extensive and widespread, both as to time and area, that they must either have been wilfully permitted by the accused, or secretly ordered by the accused”

*sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias concomitantes.”*<sup>46</sup>

Tal como aquí está planteado es más o menos como hasta hoy se concibe la responsabilidad por el mando: bajo la noción de que el superior debió evitar que los crímenes se cometieran.

*Yamashita* fue condenado a morir en la horca, pena infamante para un militar, ante lo cual, la defensa del general japonés intentó apelar a las cortes superiores filipinas, las que se declararon incompetentes. Esto llevó a que apelaran a la Corte Suprema de Estados Unidos de América.

Aunque la Corte Suprema no se pronuncia directamente sobre el contenido de la sentencia de la comisión militar que condenó a *Yamashita*, si hace varios alcances, que se han convertido en el punto de partida de la institución en estudio.

En cuanto al planteamiento del problema, lo hace en los siguientes términos:

*“La pregunta es si el Derecho de los conflictos armados impone a un comandante militar el deber de tomar las medidas apropiadas que estén dentro de su poder de control de las tropas bajo su mando para prevenir actos específicos que son las violaciones del Derecho de los conflictos armados, las cuales son de probable ocurrencia en la ocupación de un territorio hostil por una milicia no controlada, y si él puede ser imputado con responsabilidad por su omisión para tomar dichas medidas cuando se*

---

<sup>46</sup> *Yamashita*, página 35. “Clearly, assignment to command military troops is accompanied by broad authority and heavy responsibility. This has been true in all armies throughout recorded history. It is absurd, however, to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape. Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them.”

*produzcan las violaciones. Que este fue el asunto específico a ser discutido fue establecido claramente por la fiscalía en la apertura del juicio.”<sup>47</sup>*

La Corte Suprema de Estados Unidos de América contesta, en definitiva, de manera afirmativa la interrogante planteada, cuando señala que:

*“Es evidente que la conducción de operaciones militares de tropas cuyos excesos no son limitados por las órdenes o esfuerzos de su comandante, pueden casi con seguridad resultar en violaciones cuya prevención es el propósito del Derecho de los conflictos armados. Su propósito de proteger a la población civil y prisioneros de guerra de las brutalidades de la guerra va a fracasar ampliamente si el comandante de un ejército invasor puede omitir impunemente tomar las medidas razonables para su protección. Por lo tanto, el Derecho de los conflictos armados presupone que sus violaciones serán evitadas a través del control de las operaciones de guerra por comandantes que son responsables por sus subordinados.”<sup>48</sup>*

### **3. CRÍTICAS AL CASO YAMASHITA.**

El caso *Yamashita* ha sido objeto de diversas críticas y defensas a través del tiempo. Las críticas han seguido dos sentidos distintos; en primer lugar, existen críticas relacionadas con la competencia de las comisiones

---

<sup>47</sup> *Yamashita*, página 43. “*The question then is whether 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 which are violations of the Law of War and which are likely to attend the occupation of hostile territory by an uncontrolled soldiery, and whether he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result. That this was the precise issue to be tried was made clear by the statement of the Prosecution at the opening of the trial.*”

<sup>48</sup> *Yamashita*, página 43. “*It is evident that the conduct of military operations by troops whose excesses are unrestrained by the orders or efforts of their commander would almost certainly result in violations which it is the purpose of the Law of War to prevent. Its purpose to protect civilian populations and prisoners of war from brutality would largely be defeated if the commander of an invading army could with impunity neglect to take reasonable measures for their protection. Hence the Law of War presupposes that its violations is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates*”

militares para juzgar a *Yamashita*<sup>49</sup>, problema general del Derecho Penal Internacional en su primera etapa, por lo que no vale la pena analizarlo en este punto. Sin embargo, mayormente las críticas se refieren a la culpabilidad de *Yamashita*. A su vez, estas críticas las podemos ver desde dos puntos de vista distintos.

En primer lugar, preguntarnos si materialmente la sentencia tenía elementos de convicción suficientes para que la condena se hiciera efectiva. En efecto, tal como hemos señalado con anterioridad, el argumento de la comisión militar respecto al conocimiento que tenía *Yamashita* de los crímenes que se estaban cometiendo era que los crímenes eran tan extendidos que no era posible que lo supiera o, incluso, que lo hubiera ordenado. Si es efectivo o no es efectivo el único aporte que hace la crítica es señalar la mala calidad de la judicatura norteamericana, lo que no tiene mayor relevancia a efectos del análisis de la institución a la luz del Derecho Penal Internacional.

Sin perjuicio de que un estándar probatorio similar ha sido adoptado en el Estatuto de Roma, creemos que no representa una diferencia con el régimen probatorio general.<sup>50</sup>

Mucho más importante ha sido la discusión en torno al estándar relativo a la imputación. En ese sentido, se ha criticado que el estándar adoptado por las comisiones militares, y refrendado por la Corte Suprema de Estados Unidos, no es el de la culpabilidad, considerada como la piedra angular del Derecho Penal moderno, si no que sería un caso de responsabilidad objetiva.

Esta crítica surge de la misma fuente de la anterior: la imposibilidad de vincular a *Yamashita* con los crímenes de base cometido por sus subordinados.

---

<sup>49</sup> Cfr. *Yamashita*, página 11.

<sup>50</sup> Vid. *infra* Capítulo IV, em especial, 9.2.

Básicamente, si no es posible imputar el conocimiento del hecho, tampoco es posible lograr un estándar de culpabilidad: No es posible que alguien sea culpable, al menos a título doloso, sin tener conocimiento del hecho.<sup>51</sup>

Respecto a la posibilidad de imputar a título de culpa, también surgen ciertos problemas: en primer lugar, no es posible la participación culposa en un hecho doloso<sup>52</sup> y, en segundo lugar, parece ser excesivo imputar hacer responsable de un crimen a quien sólo ha tenido una intervención (desde un punto de vista meramente objetivo) culposa, especialmente tomando en consideración la gravedad de un crimen de guerra.

El problema está en concebir el hecho imputable como **omitir ejercer correctamente el deber de vigilancia** sobre los subordinados en lugar de un **forma de participación** en el hecho de ellos: El primer hecho no se vincula causalmente al los hechos de base, por tanto, no puede significar una colaboración con los mismos.

Estos problemas se mantendrán presentes hasta hoy al analizar la responsabilidad por el mando, sin embargo, creemos que en el caso de la sentencia de *Yamashita* el problema está dado por el estándar probatorio y no por el estándar de culpabilidad.

En efecto, el Tribunal señala que no era posible el desconocimiento de *Yamashita* respecto a la comisión de crímenes por parte de sus

---

<sup>51</sup> El acuerdo dogmático es prácticamente unánime en este punto. Al respecto, señala TIEDEMANN: “*Las cuestiones referentes al error constituyen para la dogmática jurídico-penal el banco de pruebas de la coherencia y validez de la teoría jurídica del delito. La proyección subjetiva de datos objetivamente existentes representa el supuesto normal en el cual la congruencia entre “lo objetivo” y “lo subjetivo” confirman la estructura del sistema penal*” TIEDEMANN, página 113. Lo que se señala es simplemente el reconocimiento de que el tipo subjetivo en cuanto a dolo tiene un elemento cognoscitivo, es decir, se exige que haya conocimiento de las circunstancias fácticas que rodean al hecho.

<sup>52</sup> Sólo como ejemplos, cfr. CURY, página 628 y cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II páginas 77 y siguientes.

subordinados, por ser estos extendidos de tal manera que esa ignorancia es meramente ilusoria.

No existe una “obligación” de conocimiento incumplida, que sería decir que el superior estaba obligado jurídicamente a mantenerse al tanto de las actividades de sus subordinados y que al no hacerlo se vincula directamente con la comisión de los ilícitos, sino que se considera que ese conocimiento efectivamente existió.

Esto fija bastante bien la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad del superior, estableciendo dos criterios: Uno que lo hace consistir en una participación en el crimen de base, que es la que nosotros adoptamos a propósito del Estatuto de Roma y otra, que lo considera como una ofensa independiente, consistente en no ejercer adecuadamente su deber de vigilancia. Más adelante nos haremos cargo de este problema.<sup>53</sup>

#### **4. JUICIOS DE NÜREMBERG**

Como ya señalamos, ninguna de las sentencias de los juicios del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg terminó con una condena basada en la responsabilidad por el mando, sin embargo, paralelo a los juicios llevados a cabo por este Tribunal, se realizaron otros 12 procesos en Nüremberg por comisiones militares norteamericanas.

Algunos de estos juicios reconocen expresamente a la responsabilidad por el mando como una forma de imputación. Su existencia sirvió para determinar de manera más adecuada el Derecho de *Yamashita*, contradiciéndolo en algunos casos.

En el llamado “*High Command Case*”<sup>54</sup> se persiguió a *Wilhelm von Leeb* y otros oficiales de alto rango en el ejército alemán. En dicho juicio se

---

<sup>53</sup> Vid. *Infr*, en general, Capítulo III.

<sup>54</sup> Vid. en general, *High Command Trial*.

hace expresa referencia al caso *Yamashita*, pero se critica el estándar de conocimiento que se consideró, exigiéndose conocimiento directo, en los siguientes términos:

*“Somos de la opinión, de todos modos, como lo hemos señalado más arriba al tratar otros aspectos del caso, que el comandante de la ocupación debe tener conocimiento de los delitos y consentirlos o participar o criminalmente omitir interferir en su comisión y que los delitos cometidos deben ser evidentemente criminales.”*<sup>55</sup>

En el “*Hostage Case*”<sup>56</sup> también se persiguió a oficiales de alto rango del ejército alemán, entre ellos a *Wilhelm von List* por crímenes cometidos en territorios ocupados, asumiendo una posición específica en relación al aspecto cognoscitivo. Los acusados recibieron constantes reportes de que los crímenes se estaban cometiendo en los territorios ocupados, pero rechazaron revisar dichos reportes, porque no se consideraban obligados a ello. Ante esto, el Tribunal señala que eso no les permite eximirse de responsabilidad.<sup>57</sup>

En *Pohl et al.*<sup>58</sup> se juzgó a *Oswald Pohl* y otros miembros de la SS, encargados de la administración de los campos de concentración, y en *Brandt et al.*<sup>59</sup> se juzgó a *Karl Brandt* y otras personas, casi todos médicos envueltos en experimentación humana durante el régimen nazi. En ambos casos se reconoce que la responsabilidad por el mando también se aplica a civiles y no sólo a jefes militares.

---

<sup>55</sup> High Command Trial, página 77. “*We are of the opinion, however, as above pointed out in other aspects of this case, that the occupying commander must have knowledge of these offences and acquiesce or participate or criminally neglect to interfere in their commission and that the offences committed must be patently criminal .*”

<sup>56</sup> Vid. en general, *The Hostages Trial*.

<sup>57</sup> Cfr. *The Hostages Trial*, página 70.

<sup>58</sup> Vid. en general, *Pohl et al.*

<sup>59</sup> Vid. en general, *Brandt et al.*

## 5. TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL PARA EL LEJANO ORIENTE

Los juicios posteriores a la Segunda Guerra Mundial no sólo involucraron al ejército alemán en los juicios de *Nüremberg*, sino que también se siguieron juicios contra los altos mandos japoneses en el Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, conocido como el Tribunal de Tokyo.

En el listado de acusaciones reconocía expresamente la responsabilidad por el mando en el cargo 55:

*“Ignorar deliberadamente e imprudentemente el deber legal de tomar medidas adecuadas para asegurar la observancia de las leyes y costumbres de la guerra y para prevenir su quebrantamiento.”*<sup>60</sup>

También el cargo 54 implicaba el reconocimiento de la responsabilidad por el mando, en cuanto señalaba:

*“Ordenado, autorizado y **permitido** tratamientos inhumanos de prisioneros de guerra y otros.”*<sup>61</sup>

Se hace una diferencia entre autorizar y permitir, así, permitir sólo puede ser entendido como una forma omisiva de conducta.

En definitiva, de los 25 juicios seguidos ante el Tribunal Militar para el Lejano Oriente, en 10 se condenó por los cargos 54 y/o 55 (sin perjuicio que el cargo 54 no necesariamente implicaba responsabilidad por el mando como aquí está tratada, toda vez que pudo ser ordenar o autorizar, que son

---

<sup>60</sup> *The Tokio War Crimes Trial*, “Deliberately and recklessly disregarded their legal duty to take adequate steps to secure the observance of the laws and customs of war and to prevent their breach”

<sup>61</sup> *The Tokio War Crimes Trial*. “ordered, authorized, and permitted inhumane treatment of Prisoners of War (POWs) and others”

conductas positivas), aunque sólo en un caso la condena fue solamente por responsabilidad por el mando<sup>62</sup>. Ese fue el caso del general *Matsui*, a cargo de las tropas japonesas en China durante la que fue conocida como la Masacre de *Nanking* (también se conoce como *the Nanking Rape*) en que las tropas cometieron innumerables atrocidades en contra de la población China.

El estándar utilizado por el Tribunal de Tokyo ha sido fuertemente criticado y no sin razón. La responsabilidad de los civiles fue extendida de manera excesiva. AMBOS<sup>63</sup> hace referencia al caso de *Mamoru Shigemitsu*, quien era el Ministro de Relaciones Exteriores de Japón en la época de la guerra, durante la cual los aliados protestaron contra el tratamiento de los prisioneros de guerra que eran nacionales de sus países. La condena en lo que se refería a la responsabilidad por el mando estableció que era deber de *Shigemitsu* haber tomado las medidas necesarias para evitar los tratamientos inhumanos a los prisioneros de guerra. Aquí falta el tipo de relación superior-subordinado que fundamenta la institución e implica un criterio de atribución no por aportación causal o cuasi-causal, sino que por mera capacidad de evitación, a pesar de que el Tribunal estableció que esta responsabilidad derivaba de ser parte del gabinete. Una situación parecida fue la de *Koki Hirota*, Ministro de Relaciones Exteriores que siguió a *Shigemitsu*, y que también fue condenado por el Tribunal Militar para el Lejano Oriente.

## **6. PROTOCOLO ADICIONAL NÚMERO I A LA CUARTA CONVENCION DE GINEBRA.**

---

<sup>62</sup> Vid. en general, *The Tokio War Crimes Trial*.

<sup>63</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 813.

De gran importancia ha resultado ser el Protocolo Adicional número I a la cuarta Convención de Ginebra. Ésta establece, tal como las tres primeras, normas sobre Derecho Internacional Humanitario, siendo la primera convención el año 1864 y la cuarta el año 1949.

El año 1977 se adoptan tres protocolos adicionales a la convenciones de Ginebra. El primer Protocolo Adicional reconoce expresamente la responsabilidad por el mando en sus artículos 86 y 87 en los siguientes términos:

**“Artículo 86: Omisiones**

*1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.*

*2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del 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 permitiera 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 estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.*

**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.*"<sup>64</sup>

La adopción de este protocolo ha sido de alta importancia, ya que en esta formulación se han basado las propuestas de Códigos modelos de la comisión de Derecho Penal Internacional de los años 1991 y 1996, así como la normativa de los Estatutos de los Tribunales *ad-hoc*, actualmente en funcionamiento.

## **7. INCLUSIÓN EN ESTATUTOS DE TRIBUNALES INTERNACIONALES AD-HOC**

Posterior a su debut en el caso *Yamashita*, la Responsabilidad por el Mando o Responsabilidad del Superior ha sido considerada en diversos instrumentos internacionales.

Tal vez las inclusiones más importantes, que han dado a una rica jurisprudencia en la materia y que han posicionado a la institución como una de las más importantes del Derecho Penal Internacional, son aquellas en los estatutos de las cortes creadas para los conflictos de de la ex-Yugoslavia<sup>65</sup> y Ruanda<sup>66</sup>, ambas actualmente en funcionamiento.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Protocolo Adicional Número I a la Cuarta Convención de Ginebra, artículos 86 y 87.

<sup>65</sup> La Corte Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se crea el 25 de Mayo de 1993 por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para perseguir los crímenes contra el Derecho Internacional Humanitario cometidos desde 1991 en el territorio de esa nación.

<sup>66</sup> La Corte Penal Internacional para Ruanda se crea el 8 de Noviembre de 1994 por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para perseguir los crímenes internacionales cometidos entre el primero de enero de 1994 hasta el 31 de Diciembre del mismo año, en el territorio de esa nación. Al igual que la Corte Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda sigue en funcionamiento.

<sup>67</sup> Por Resolución número 1503 de 2003 de 28 de agosto de ese año, El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas conminó a la Corte para terminar con todos los casos de primera instancia a finales de 2008 y terminar con la totalidad de las apelaciones el

Los estatutos para ambos Tribunales contemplan expresamente a la responsabilidad por el mando en términos casi idénticos. El Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia lo hace en el artículo 7 número 3 mientras que el Tribunal Penal Internacional para Ruanda lo hace en su artículo 6 número 3. Transcribimos la norma contemplada en el Estatuto para el Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, señalando que la única diferencia es la referencia que se hace en el primer párrafo a los artículos 2 a 5, se hace a los artículos 2 a 4 en el caso de la Corte para Ruanda, aunque ambas referencias son hechas a la totalidad de los delitos que contemplan los respectivos estatutos:

*“El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente estatuto fuera cometido por un subordinado no releva al superior de responsabilidad criminal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer dichos actos o ya los había cometido y el superior omitió en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o para castigar a los perpetradores posteriormente.”<sup>68</sup>*

En ambos Tribunales han existido sentencias que se han basado en la responsabilidad por el mando a efectos de atribuir la responsabilidad, lo que ha generado una rica jurisprudencia en la materia, que será analizada al tratar los elementos específicos de la institución.

Posteriormente, por un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de dicha nación de fecha 16 de enero de 2002 se creó la Corte Especial para

---

año 2010. Esta resolución hace referencia tanto al tribunal para la ex Yugoslavia como al de Ruanda. La última resolución del Consejo de Defensa de las Naciones Unidas en refrendar esta posición fue de fecha 20 de Febrero de 2008 (resolución 1800).

<sup>68</sup> Estatuto de la Corte Penal para la ex Yugoslavia, artículo 7 número 3. “3. *The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 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.*”

Sierra Leona. Dicho Tribunal se crea para perseguir los hechos acaecidos en dicha nación a partir de 1993 y tiene un carácter de corte especial o híbrida, en cuanto se establece a partir de un acuerdo entre las Naciones Unidas y el Estado en que funciona, conformándose por jueces extranjeros y nacionales.

Este Tribunal, a pesar de establecerse en fecha posterior a la firma del Estatuto de Roma en 1998 y ser muy poco anterior a la entrada en vigencia del mismo en Julio de 2002, prefiere la formulación hecha en los Estatutos de las Cortes para Ruanda y la Ex-Yugoslavia (la formulación es idéntica a la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, también en el artículo 6 número 3).

Posterior a la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional se han creado dos tribunales híbridos más, el de Cambodia<sup>69</sup> y el del Líbano<sup>70</sup>.

En la Ley para el Establecimiento de Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Cambodia para la Persecución de Crímenes Cometidos Durante el Periodo de la Kampuchea Democrática, se adopta el estándar de responsabilidad en el artículo 29 inciso 3º en los siguientes términos:

*“El hecho de que los actos señalados en los artículos 3 nuevo, 4, 5, 6, 7 y 8 de esta ley fueran cometidos por un subordinado no releva al superior de responsabilidad penal individual si el superior tenía efectivo mando y control o autoridad y control sobre el subordinado, y el superior sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer dichos actos o que lo había hecho y el superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o castigar a los perpetradores”.*<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Creada por ley del año 2001, para juzgar los crímenes cometidos por el régimen gobernante entre 1975 a 1979, llamada la Kampuchea Democrática, que desembocó en un guerra civil que duró hasta 1998.

<sup>70</sup> Que entró en vigencia el año 2007 principalmente para perseguir a los responsables del bombardeo que terminó con la muerte de, entre otros, el Primer Ministro *Rafiq Hariri*, el 14 de Febrero de 2005

<sup>71</sup> Ley para el Establecimiento de Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Cambodia para la Persecución de Crímenes Cometidos Durante el Periodo de la Kampuchea Democrática, artículo 29 inciso 3º. *“The fact that any of the acts referred to in Articles 3 new, 4, 5, 6, 7 and 8 of this law were committed by a subordinate does not relieve the*

El Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, el estándar se adopta mediante la siguiente norma contenida en el artículo 3 número 2:

*“Respecto a la relación superior subordinado, un superior será responsable por cualquiera de los crímenes establecidos en el artículo 2 de este Estatuto cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivos, como resultado de su omisión de ejercer apropiadamente el control sobre dichos subordinados, cuando:*

- (a) El superior o sabía, o conscientemente hubiere hecho caso omiso a la información que claramente le indicaba que los subordinados estaba cometiendo o se proponía cometer dicho crímenes.*
- (b) Los crímenes guardaban relación con actividades bajo responsabilidad y control efectivo del superior; y*
- (c) El superior hubiere omitido adoptar 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 para su investigación y enjuiciamiento.”<sup>72</sup>*

Ambas disposiciones se acercan más a la fórmula contemplada por el Estatuto de Roma, manteniendo al menos sus principales elementos.

---

*superior of personal criminal responsibility if the superior had effective command and control or authority and control over the subordinate, and the superior 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.”*

<sup>72</sup> Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano, artículo 3 número 2. “2. *With respect to superior and subordinate relationships, a superior shall be criminally responsible for any of the crimes set forth in article 2 of this Statute committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:*

- (a) The superior either knew, or consciously disregarded information that clearly indicated that the subordinates were committing or about to commit such crimes;*
- (b) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and*
- (c) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.”*

## 8. ADOPCIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.

El Estatuto de Roma contempla la figura de la Responsabilidad del Superior en su artículo 28 en los siguientes términos:

### ***“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.”<sup>73</sup>*

---

<sup>73</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28. Aunque el español es idioma oficial del Estatuto (junto con el árabe, chino, inglés, francés y ruso), según señala el artículo 50.1, el artículo 50.2 señala que los idiomas de trabajo son el inglés y el francés. Dada la relevancia de esos idiomas para efecto del desenvolvimiento de las

---

funciones de la Corte, transcribimos su texto del artículo 28. La versión en inglés señala:

*Responsibility of commanders and other superiors*

*In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court:*

*(a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where:*

*(i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; and*

*(ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*

*(b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where:*

*(i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes;*

*(ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and*

*(iii) The superior failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution.*

La versión en francés, a su vez, señala:

*Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques*

*Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la compétence de la Cour :*

*a) Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs, selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces forces dans les cas où :*

*i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait Du savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et*

*ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes lès mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ;*

*b) En ce qui concerne les relations entre supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où :*

*i) Le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ;*

La entrada en vigencia del Estatuto de Roma, significa una verdadera revolución en el Derecho Penal Internacional, y todas las discusiones jurídicas existentes hasta el momento deben ahora referirse a los términos en que dicho Estatuto contempla las diferentes instituciones.

De este modo, la forma de resolver los conflictos que plantea la responsabilidad por el mando hoy día tiene que estar necesariamente referida a la manera en que dicho cuerpo legal resuelve el problema o, al menos, lo plantea.

En los siguientes capítulos, analizaremos cada uno de los elementos de la institución que se extraen de este artículo 28 del Estatuto de Roma.

## **9. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**

La institución de la responsabilidad del superior genera disputas en cuanto a su naturaleza y a la determinación y extensión de sus elementos. En ese sentido, aquí pretendemos ofrecer una interpretación de la institución que permita comprender de manera coherente cada uno de sus elementos, en cuanto ello sea posible y criticando aquellos alcances que parecen ser poco adecuados o inconvenientes a la naturaleza y finalidad del Derecho Penal Internacional.

Es conveniente tener en consideración que el Derecho Penal Internacional, como ya hemos señalado, se diferencia de los Estatutos

---

*ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité ET de son contrôle effectifs ; et*

*iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites.*

Nacionales en cuanto las conductas que incrimina son sólo aquellas de mayor de gravedad (una doble intervención mínima)<sup>74</sup>.

Considerando que de por sí el Derecho Penal tiene el carácter de fragmentario, un ordenamiento nacional tiene que tener al menos cierto grado de compenetración entre las distintas figuras de su parte especial que permitan un orden en cuanto a la concreción de los fines del Derecho Penal, existiendo cierta extensión en el catálogo de conductas incriminadas. En el Derecho Penal Internacional sólo se han tomado las figuras más graves o, incluso, se han creado ciertas figuras que se puede considerar como casos agravados de figuras de los ordenamientos nacionales.<sup>75</sup>

De este modo, no debieran ser punibles figuras que representan, en realidad, ilícitos de una menor entidad a las que no se les imputa un resultado lesivo de relevancia. En este aspecto, meras faltas a deberes administrativos, por sí mismas, no pueden ser capaces de fundar la responsabilidad penal internacional de un individuo, si no en cuanto a ellas se les puede imputar un determinado resultado lesivo.

---

<sup>74</sup> Entendemos intervención mínima como una conjunción, como señala MIR PUIG de los principios de *ultima ratio* y fragmentariedad. En especial, este último postula que el Derecho no sanciona todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos que protege, sino que los ataques más peligrosos. Señala AMBOS que en el caso del Derecho Penal Internacional se preocupa de la “macrocriminalidad”, por referirse a actos vinculados a organizaciones o aparatos delictivos. En ese sentido, aunque protege bienes jurídicos similares a los ordenamientos internos, los protege de atentados más graves que los de Derecho Interno o las formas de comisión más graves. Así, no protege a la vida de un atentado aislado, pero sí la protege a través de incriminar Genocidio. Cabe señalar que tal como señala BASCUÑÁN, en el Estatuto de Roma no se agota el catálogo de delitos de Derecho Penal Internacional, sino que son reglas de competencia de la Corte, sin perjuicio de lo cual consideramos que lo anteriormente señalado sigue siendo plenamente válido. Cfr. MIR PUIG, páginas 89 y 90. Cfr. AMBOS, *La parte general...*, páginas 44 y siguientes. Cfr. BASCUÑÁN, páginas 112 y 113.

<sup>75</sup> Una misma figura puede cumplir con ambas características. En el caso del Derecho chileno hasta Julio de 2009 con la dictación de la Ley 20.357, los delitos de competencia del Corte Penal Internacional correspondían, en general, a formas agravadas (no tipificadas) de delitos contenidos en el Derecho Interno. Con la dictación de dicha ley, ahora pasaron a ser los tipos más graves del Derecho Interno.

Así, no podemos concebir la responsabilidad por el mando en Derecho Penal Internacional como una mera infracción al deber de vigilancia, sino que realmente como una forma de participación en un crimen internacional.

Por otro lado, no es sólo un resultado lesivo lo que genera la gravedad del hecho, si no que también desde un punto de vista subjetivo, la actitud mental del delincuente respecto del hecho. De este modo, creemos que un Derecho Penal Internacional, en general, sólo puede referirse a figuras dolosas, excluyendo figuras culposas de responsabilidad, por lo que parece aceptable exigir que la responsabilidad del superior sólo pueda concebirse en forma dolosa.

Esto no es un problema de mera *lege ferenda*, de simples directrices de como debiera desarrollarse en el futuro la institución, sino que el Estatuto de Roma se adecua a la noción que proponemos de forma positiva, sin perjuicio de algunas críticas que haremos en su oportunidad, además de servir, a la vez, como un principio de interpretación de las figuras.

## **10. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**

Anteriormente hemos hecho una revisión preliminar de los elementos de la responsabilidad por el mando. Ahora podemos especificarlo a la luz de la forma en que lo regula el Estatuto de Roma.

Como sistema de análisis, hemos preferido guiarnos a través de la estructura misma del artículo 28, señalando en cada punto a qué elemento del tipo se está refiriendo.

De este modo, los elementos que podemos identificar son los siguientes:

- i.* Relación superior subordinado y mando o control efectivo o autoridad o control efectivo. En este punto, también y dada la distinción que hace el Estatuto, revisaremos la diferencia entre jefes militares y otros superiores, de la forma en que lo hace el propio Estatuto.
- ii.* El deber de vigilancia (control apropiado), punto en el cual se analizará la naturaleza de la responsabilidad como una forma de intervención por omisión en el hecho de los subordinados y el rol que tiene la cooperación del superior en ella.
- iii.* El elemento subjetivo en su aspecto cognoscitivo: Hubiere sabido o hubiere debido saber o hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información.
- iv.* Análisis de las conductas nucleares:
  - a.* Prevención
  - b.* Represión y
  - c.* Poner el asunto en conocimiento de las autoridades.

Cada elemento será analizado de forma pormenorizada en los capítulos siguientes, poniendo nuestra atención en aquellos problemas prácticos y dogmáticos que permitan una adecuada comprensión de la institución.

Así, en el capítulo II nos referiremos a la **relación superior subordinado** donde el principal problema tendrá relación con entender cuál es el contenido específico de los distintos elementos de esta relación y, en especial, entender que el mero control sobre los subordinados (la capacidad de evitar el resultado), aunque necesario, no es fundamento suficiente de la responsabilidad del superior. Para esto entenderemos que lo que fundamenta su punibilidad es la posición que ocupa dentro de una **organización compleja**, concepto del que nos haremos cargo en ese mismo capítulo. Asimismo, esto nos llevará a que materialmente, podremos

realizar de forma adecuada la distinción entre las distintas clases de superiores, de acuerdo a si lo que poseen es autoridad o mando, diferenciando ambas en grados de control.

En el capítulo III nos avocaremos a resolver el problema de la **naturaleza de la conducta** incriminada, entendiendo, a diferencia de como lo hace parte de la doctrina, que la responsabilidad por el mando no es un delito especial, sino que una forma de contribución en los delitos que cometen los subordinados, lo que implicará, posteriormente, entender que la contribución sólo puede ser dolosa. Asimismo, veremos un asunto que genera cierta discusión y que tiene que ver con cuál es la forma de participación que tiene el superior en relación al hecho de los subordinados. Aquí aplicaremos las estructuras actuales de imputación y no será entendido como una forma de responsabilidad *sui generis*, sino que simplemente estaremos frente a una forma de complicidad.

En el capítulo IV veremos uno de los asuntos más controvertidos de la institución que tiene que ver con la exigencia desde el punto de vista **subjetivo** que tiene el superior. El tema más complejo tiene que ver con el elemento conocimiento del tipo interno. Según parte de la doctrina el texto del Estatuto establecería que la ignorancia del superior puede ser culposa. En cambio, se sostendrá en este trabajo que la colaboración del superior sólo puede ser a título doloso, con ciertas particularidades. Esta es la única interpretación acorde con entender la conducta del superior como una forma de participación.

Por último, en el capítulo V, se analizarán cuáles son las conductas que omite realizar el superior: **la prevención, represión y poner el asunto en conocimiento de la autoridad**. El análisis estará enfocado a mostrar qué función cumplen dentro la estructura planteada. Esto no generará problemas desde el punto de vista de la prevención, mientras que, en el caso de la represión, se explicará como no representa el antiguo concepto

de “castigo”, si no que de evitación de un suceso en desarrollo, lo que hace que se entienda adecuadamente como una contribución al hecho. Se verá, en cambio, que la denuncia cumple un rol impropio dentro de la figura, parecido a como se consideraba al encubrimiento como una forma de participación.

## CAPÍTULO II

### LA RELACIÓN SUPERIOR SUBORDINADO

#### 1. ANTECEDENTES PREVIOS.

Con razón se ha dicho que “*la relación superior subordinado se encuentra en el corazón del principio de responsabilidad por el mando*”<sup>76</sup>, no sólo porque ya de su denominación se evidencia que lo que justifica ese tipo de responsabilidad es la existencia de tal relación, sino que también por su íntima vinculación con la existencia de una organización compleja dentro de la cual o en vinculación con la cual se encuentren los subordinados y el superior. De ahí que el primer elemento que requiera ser analizado sea el de la relación superior-subordinado.

En el caso de los estatutos de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda la relación superior subordinado se formula en los siguientes términos:

*“El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto fuera cometido por un **subordinado no libera a superior de responsabilidad penal**”*<sup>77</sup>

Como se puede observar, no se establecen expresamente las características de la relación superior-subordinado que permiten imputar al

---

<sup>76</sup> KITTICHAISEAREE, página 252. Posiblemente en referencia a *Mucić et al.*, trial chamber párrafo 364, en que señala: “*The Trial Chamber now turns to the issue which lies at the very heart of the concept of command responsibility for failure to act, the requisite character of the superior-subordinate relationship.*”, es decir, “*Ahora el tribunal de enjuiciamiento se vuelca al asunto que descansa en el corazón mismo del concepto de responsabilidad por el mando por omisión de acción, el requisito de la relación superior-subordinado*”. Asimismo, se encuentra casi textual en *Kayishema, Trial Chamber*, párrafo 217: “*This superior-subordinate relationship lies at the heart of the concept of command responsibility.*”

<sup>77</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, artículo 7 n° 3: “*The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility...*”

aqué con el hecho de éstos, sino que simplemente se señala que el superior será responsable por los crímenes del subordinado. Sin embargo, esta falta de especificación del concepto de superior ha sido resuelto por estos tribunales *ad-hoc* señalando que el elemento fundamental es el **mando o control** sobre las tropas.<sup>78</sup>

Por otro lado, no se hace diferencia entre jefes militares y civiles, lo que no ha obstado a que el concepto se haya aplicado a ambas clases de superiores<sup>79</sup>. Por último, no se reconoce expresamente la posibilidad de que los superiores que sólo lo son *de facto* y no *de iure* sean responsables de los crímenes cometidos por sus subordinados, aunque nuevamente la jurisprudencia se ha hecho cargo del asunto, señalando expresamente que los superiores de facto también pueden ser hechos responsables.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Así, en *Mucić et al.* se señaló que:“(in) order for the principle of superior responsibility to be applicable, it is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences.” Es decir, “Para efectos de que el principio de la responsabilidad del superior sea aplicable, es necesario que el superior tenga control efectivo sobre las personas que cometen las violaciones base al Derecho Internacional Humanitario, en el sentido de que tengan la habilidad material de prevenir y castigar la comisión de esas ofensas”. *Mucić et al.*, Trial Chamber, párrafo 378.

<sup>79</sup> “(Article) 7(2), clearly indicates that its applicability extends beyond the responsibility of military commanders to also encompass political leaders and other civilian superiors in positions of authority”. Es decir: “El artículo 7 (2) claramente indica que su aplicación se extiende más allá de los comandantes militares para incluir también a líderes políticos y otros superiores civiles en posición de autoridad”. *Mucić et al.* trial chamber, párrafo 356.

<sup>80</sup> “(a) superior, whether military or civilian, may be held liable under the principle of superior responsibility on the basis of his *de facto* position of authority,” “Un superior, ya sea militar o civil, puede ser perseguido por el principio de responsabilidad por el mando en base a su posición de autoridad *de facto*”. *Mucić et al.*, trial Chamber, párrafo 378. También, “(formal) designation as a commander is not a necessary prerequisite for superior responsibility. Such responsibility may be imposed by virtue of a person’s *de facto* as well as *de jure* position of authority or power of control.” Es decir, “La designación formal como comandante no es un prerequisite necesario para la responsabilidad del superior. Dicha responsabilidad puede imponerse en base a la posición tanto *de facto* como *de iure* de autoridad y poder de control”. *Blaskic*, Appeal Chamber, párrafo 296

Generalmente, desde el punto de vista dogmático, no han existido mayores problemas para determinar la existencia de una relación superior-subordinado, lo que sí ha dado problemas desde el punto de vista probatorio<sup>81</sup>.

En general, la discusión ha tendido a relacionarse con los superiores *de facto*, aquellos que formalmente no tienen la posición de superior necesaria para fundar la responsabilidad por el mando. En estos casos los tribunales *ad-hoc* en su argumentación formal han tendido a renunciar a la posición de superior en favor de un concepto de **mero control efectivo**, sin que exijan la necesidad de una posición de superior. Sin embargo, lo que subyace a ese argumento es que tanto la **posición de superior**, como el **control efectivo** son elemento que necesariamente deben concurrir de forma copulativa para que nos encontremos ante una relación superior subordinado relevante para el Derecho Penal Internacional.

## **2. SITUACIÓN EN EL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**

A la luz del Estatuto de Roma, la distinción entre **posición de superior** y **control efectivo** se hace clara, en cuanto ambas cosas son específicamente consideradas por separado.

El artículo 28 del Estatuto de Roma establece la relación superior-subordinado como el primer requisito de la responsabilidad por el mando, considerando normas diferenciadas para los jefes militares, en el literal a y para otros superiores en el literal b:

---

<sup>81</sup> Cfr. MARTSON y MARTÍNEZ, páginas 53 y 54. Se comenta brevemente la situación de los casos de *Delalic*, relacionado con la prisión de *Čelebići*, y el caso *Delic*. En ambos los acusados fueron absueltos por no poder probarse su carácter de superior *de facto*. Estos autores consideran que son, en realidad, casos de *Joint Criminal Enterprise*.

“a) El jefe militar (*military commander*) 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...”

“b) 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...”<sup>82</sup>

A diferencia de lo que sucedía con los estatutos de los tribunales para Ruanda y para la ex Yugoslavia, aquí expresamente se contempla la posibilidad de que el superior lo sea *de facto* y no *de iure*, desvinculándolo del concepto de **control efectivo**, que se trata por separado y que es necesario para fundamentar la responsabilidad de ambas clases de superior.

La diferencia de las disposiciones para militares y no militares es mínima: En primer lugar, como es evidente, hay una distinción de destinatario. En el literal a) se refiere a los jefes militares y el b) a los superiores no militares. Además, a los subordinados de jefes militares los denomina “fuerzas” (*forces*) y a los demás simplemente “subordinados”.

En segundo lugar, hace la diferencia entre “**autoridad**” y “**mando**” (*command*). La autoridad la hace aplicable tanto a superiores militares como a superiores no militares, mientras que el mando lo hace aplicable solamente a superiores militares.

Aquí cabe señalar que las ideas de mando y autoridad no son poseídas por todo superior, así como de la idea de control efectivo no deriva necesariamente del mando o autoridad, por lo que representan elementos distintos dentro de la noción de superior y de ese modo serán analizados a continuación.

---

<sup>82</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28 a y b.

La relevancia del análisis en cuanto a la relación superior-subordinado tiene que ver con tomar todos los elementos que ella contempla y observar cómo se relacionan entre ellos, de manera que a la luz del Estatuto de Roma puedan especificarse los trazos gruesos que ya han sido trazados por los tribunales *ad-hoc* (en especial aceptación de superiores *de facto*<sup>83</sup> y la exigencia de un control efectivo<sup>84</sup>). En efecto, el trabajo de los tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda ha dado cuenta de todos los elementos necesarios para que estemos frente a una relación superior subordinado relevante, sin embargo, el concepto ha sido depurado por el Estatuto de Roma, por lo que a cada elemento se le debe asignar un lugar específico.

Así, se determinará el concepto de superioridad y de subordinación en atención a los siguientes elementos: Primero, la existencia de una **organización compleja** dentro de la cual se produzca la relación superior-subordinado. En segundo lugar, que existan **posiciones relativas** diferentes dentro de la estructura de la organización. Luego, será conveniente determinar el concepto de **superior de facto**, que, como se verá, también posee una posición relacionada con la organización y en ningún caso puede ser ajeno a ella. También se observará lo que sucede con las **organizaciones no formales**, como grupos paramilitares o terroristas, que también pueden tener superiores tanto *de iure* como *de facto*. Con esto se llegará a los elementos más importantes de la relación superior-subordinado que son el **mando** (o **autoridad**) y el **control efectivos**, que trataremos por separado y que representan el elemento que hace procedente que el superior pueda ser hecho responsable por los hechos de sus

---

<sup>83</sup> Así, en el *Mucić et al*, párrafo 348:” (the) essential requirement of the doctrine of command responsibility is proof of the superior’ s control over his subordinates and his ability to prevent them from committing violations or punish them for such violations.”, es decir, “(el) requisito esencial de la doctrina de la responsabilidad por el mando es probar el control del superior sobre sus subordinados y su habilidad para evitar que cometan violaciones o sancionar dichas violaciones.”

<sup>84</sup> Vid. *Supra* nota al pie 78.

subordinados. Derivado de esto se analizará la situación en que existen **diversos superiores** con mando y control efectivo respecto de un subordinado. Por último, se analizarán tres problemas que se han presentado en la doctrina y que dicen relación con (1) Los superiores directos e indirectos, es decir, si existe un límite en la cadena de mando de superiores a los que se puede imputar por responsabilidad por el mando; (2) La delegación de funciones y sus efectos; (3) Situación de los llamados subordinados “indirectos”, específicamente la población civil sometida por superiores militares.

### **3. LA ORGANIZACIÓN COMPLEJA COMO PRESUPUESTO DE LA RELACIÓN SUPERIOR SUBORDINADO.<sup>85</sup>**

Las relaciones superior-subordinado que son relevantes para el Derecho Penal Internacional no se producen en cualquier ámbito. No es extraño que en cualquier relación interpersonal exista una posición dominante de una persona respecto de otra. Aquella que tiene la posición “dominante” podrá tener la expectativa, con un alto grado de probabilidad, de que el “dominado” va a realizar las conductas que el “dominante” le solicita<sup>86</sup>, lo que posiblemente no sea muy distinto que lo que pasa entre un comandante militar y su subordinado. Así, si la persona con la posición dominante le exige a la otra que se abstenga de realizar una conducta (por ejemplo, un crimen), seguramente la persona dominada lo hará.

---

<sup>85</sup> Respecto al concepto de organización compleja y sus alcances, aunque referido al Derecho Penal de la Empresa, vid. FEJOO SÁNCHEZ, páginas 121 y siguientes.

<sup>86</sup> Valga señalar que los vocablos dominante y dominado no se relacionan aquí con la idea de dominio de la voluntad relativo a la autoría mediata, sino que con una forma de dominio menos profunda en términos jurídicos, y que, de hecho, no tiene relevancia jurídica alguna. Se habla simplemente de situaciones que pueden relacionarse con personas enamoradas, con relaciones de admiración, padres con hijos mayores de edad, etc.

Sin embargo, la responsabilidad por el mando no se vincula con la mera posibilidad de evitación de un resultado. En efecto, no todo aquel que tiene el poder de evitar un resultado está obligado jurídicamente a dicha evitación y, más aún, no todo aquel que está obligado a realizar una conducta puede considerársele como causante de un resultado.

La responsabilidad del superior nace de una posición de garante o al menos de una obligación de evitar un resultado<sup>87</sup>, la cual no es general, es decir, no opera en todas las circunstancias. Si así fuera, no tendría sentido la creación dogmática y judicial de la responsabilidad por el mando. Simplemente se podría decir que es responsable por un hecho quien pudiendo evitarlo no lo hizo. Esta idea es contraria a la noción actual tanto de responsabilidad en general<sup>88</sup> como en el ámbito penal<sup>89</sup> y escapa del

---

<sup>87</sup> Dependiendo de la naturaleza que se le atribuya a la responsabilidad por el mando y de la teoría que se siga sobre la clasificación de los delitos de omisión, será posible sostener que existe o no posición de garante. Sin perjuicio de eso, incluso si se cree que la responsabilidad por el mando se basa simplemente en una infracción de deber y no en la generación de un resultado, es posible entender que la obligación del superior de evitar los delitos de sus subordinados no nace sólo de la capacidad de evitarlos, sino que de la vinculación con la estructura organizacional. Sobre este punto, vid. *Infra* Capítulo III.

<sup>88</sup> En materia civil, por ejemplo, también se acepta que no existe un deber genérico de evitar que los demás sufran daños, en base al principio de libertad. En ese sentido, señala BARROS: “(es) correcta la intuición de que existe una diferencia significativa entre el sentido normativo de la actividad y de la inactividad. La razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona pretendidamente responsable.

A ello se suma el principio normativo de libertad, que es especialmente importante en el derecho privado. La libertad se expresa esencialmente en reglas que establecen límites negativos a nuestra acción, pero que no nos prescriben positivamente deberes de conducta para evitar el mal o procurar el bien de los demás.” BARROS, página 125.

<sup>89</sup> Precisamente, en Derecho Penal, esto es la posición de garante. Entre dos personas que realizaron una acción será castigada la que tenga la posición de garante y la otra no. Más que con la idea de libertad, que fundamenta la omisión en Derecho Civil, mucho más importante en Derecho Penal es el problema de la tipicidad: Sin un deber de garante, lo realizado no puede ser típico. Así, ETCHEBERRY “(la) doctrina en algún punto converge en la necesidad de que una persona se encuentre jurídicamente obligada a obrar, para que el no-obrar pueda ser jurídicamente calificado de omisión y eventualmente sancionado a tal título” ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I,

sentido de la inclusión de la responsabilidad por el mando como una forma de imputación de Derecho Penal Internacional, como veremos en este capítulo.

Para que estemos frente a una relación-superior subordinado relevante, debe ser porque la posición de superioridad viene dada por una estructura organizativa compleja, que tiene la capacidad de asignación de roles al interior de ella, con cierta independencia de quien detenta la posición en un momento determinado.<sup>90</sup>

En efecto, la naturaleza de los crímenes de Derecho Penal Internacional, que se refiere a conductas graves y extendidas, requiere normalmente de la existencia de una estructura que permita llevar a cabo los delitos. Esta estructura normalmente se referirá a grupos armados que son capaces de realizar las conductas prohibidas. La comunidad jurídica internacional reconoce, entonces, la peligrosidad intrínseca de estas organizaciones, de modo que establece sobre sus miembros o personas vinculadas con poder

---

página 205. MIR PUIG señala que *“El tipo de comisión por omisión muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura) situación típica; b) ausencia de acción determinada; c) capacidad de realizarla; pero complementada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: las posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo”*. MIR PUIG, página 305. Como se puede observar, la capacidad de evitación sólo representa uno de los elementos del tipo de comisión por omisión.

<sup>90</sup> En este trabajo se fundamenta la relevancia organización compleja en base a la peligrosidad de la misma por la posibilidad de imposición de decisión o creación de peligros a través de ella con independencia de los individuos determinados. Esto parece ser lo más adecuado para el Derecho Penal Internacional. FEIJOO SÁNCHEZ, en materia de empresas lo fundamenta en la dificultad de la imputación por la división de tareas y los distintos ámbitos de funciones de los individuos. Esta apreciación no parece ser del todo correcta para las estructuras relevantes en Derecho Penal Internacional, toda vez que las estructuras y distribución de funciones tienden a ser bastante claras y rígidas, lo que no dificulta de igual manera la imputación. Entendiendo, entonces, que el fundamento de FEIJOO SÁNCHEZ no funciona en Derecho Penal Internacional, sí parece funcionar el fundamento que aquí se expone en el Derecho Empresarial, en que la estructura misma representa un peligro, posiblemente y en general, no tan grave como una organización militar, pero sí mayor al de una persona física. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, páginas 125 a 131.

de manejar dichas estructuras el controlar esa fuente de peligro, evitar que se utilice para la comisión de los ilícitos.<sup>91</sup>

En ese sentido, no es la ascendencia que tiene un individuo sobre otro lo que crea una relación superior subordinado, sino que el hecho de que esos roles estén contemplados dentro de la estructura organizativa en que se produce la relación: es el hecho de ocupar una posición dentro de la organización que otorgue el poder de mando sobre los subordinados.

Así, relaciones fuera del ámbito institucional nunca podrán generar la relación superior-subordinado que justifica la responsabilidad por el mando. Por ejemplo, un caudillo que no pertenece a la organización, pero que es admirado por miembros de ella que están cometiendo los crímenes de base, posiblemente podría evitar que los individuos cometieran los crímenes respectivos con tan solo solicitarles que se abstengan de hacerlo. Sin embargo, el hecho de que su ascendencia sobre ellos no es proporcionada por la estructura organizativa implica que no tiene sobre sí la obligación de evitar los ilícitos que impliquen la concreción de un peligro generado por la existencia de la organización, por lo que no es posible hacerlo responsable del hecho. La conducta no podía esperarse como impuesta por su posición.

---

<sup>91</sup> A propósito de esta clase de responsabilidad WERLE ha señalado que: “*La necesidad de esta ampliación de la responsabilidad penal de los superiores se fundamenta en la estructura marcadamente jerárquica de la organización que por lo general determina el escenario de los crímenes de derecho internacional. A través de este escenario, por una parte, se dificulta la prueba de la implicación directa del hecho, aunque el grado de responsabilidad es, por lo general, indirectamente proporcional a la cercanía con la ejecución del hecho. La figura de la responsabilidad del superior funciona aquí en cierto modo como último recurso cuando fracasa la prueba de la responsabilidad directa del superior. Por otra parte, precisamente conductas que se encuentran por debajo de los límites de la participación directa en el hecho encierran un mayor potencial de peligrosidad...*” Aunque tiene razón en poner el foco de atención en la estructura compleja (marcadamente jerárquica) y en cuanto a que ésta genera peligrosidad, no se puede concordar que sea una forma de castigar casos en que no llega a probarse la existencia de una orden por parte del superior. Esto se acerca a la responsabilidad objetiva. Sobre esto volveremos en *Infra* capítulo III. WERLE, páginas 225 y 226.

Tampoco habrá responsabilidad por el mando en estructuras de baja complejidad, en donde lo que genera la ascendencia de un individuo sobre otro no sea la estructura organizativa, sino que la persona específica que detenta el poder. Este es el caso de, por ejemplo, una banda de escasos miembros en que todos hacen caso de lo que señale el cabecilla, al que reconocen como líder. En ese caso, lo que genera la adhesión no es la estructura organizativa, sino que la personalidad del cabecilla y, por tanto, tampoco genera responsabilidad por el mando, en cambio en una organización compleja el subordinado hará lo que el superior le diga, precisamente, porque es superior el que se lo está ordenando y si el superior fuera una persona diferente, de todos modos llevaría a cabo la conducta. En ese sentido, se ha hablado comúnmente de la fungibilidad del ejecutor<sup>92</sup>, pero también hay relevancia en la fungibilidad del superior, es decir, que no es importante quién sea el superior, sino que el hecho de que lo sea.

A través de esto podemos entender el real alcance de la relación superior-subordinado, pudiendo diferenciarlo de la mera posibilidad de evitación de un resultado antijurídico. Asimismo, a través de entender la responsabilidad por el mando vinculada con la estructura de una organización compleja y como una forma de imputación derivada de esa estructura es que podemos entender adecuadamente el concepto de superior *de facto*, que veremos más adelante<sup>93</sup>.

#### **4. SUPERIORES CIVILES Y MILITARES COMO DESTINATARIOS DE LA NORMA**

---

<sup>92</sup> Vid. ROXIN, *El dominio...*, páginas 17 y siguientes.

<sup>93</sup> Vid. *Infra* Capítulo II, 6.

Tradicionalmente la institución en estudio ha sido conocida como *command responsibility* (responsabilidad por el mando). La noción de *command* o mando se vincula con la jerarquía dentro de una institución militar, toda vez que implica la existencia de capacidad del superior para entregar órdenes que no pueden ser rechazadas por el subordinado destinatario.

En general, dada la naturaleza del Derecho Penal Internacional, los responsables de los crímenes suelen actuar dentro de una organización de características militares.

Bajo esta premisa, la responsabilidad del superior surge vinculada con la existencia de una jerarquía militar, por lo que no es extraña la denominación de la responsabilidad por el mando.

En el caso *Yamashita*, primera aplicación de esta institución, la Corte Suprema de los E.E.U.U. formula este tipo de responsabilidad en los siguientes términos:

*“Las leyes de la guerra imponen al **comandante militar** el deber de tomar las medidas apropiadas que estén dentro de su poder de control la **tropa** bajo su mando para la prevención de los actos especificados.”*<sup>94</sup>

Como se puede observar, el pronunciamiento de la Corte Suprema de los E.E.U.U. señala específicamente que está refiriéndose a las obligaciones de **mandos militares**, para controlar **a sus tropas**.

Cabe señalar, eso sí, que dicho pronunciamiento se refería al general *Yamashita* quien era parte de una estructura militar, por lo que dicho pronunciamiento no implica, necesariamente, que se excluyan a los superiores civiles, sin perjuicio de que, entonces, se requeriría una construcción diferente para hacerlos responsables.

---

<sup>94</sup> *Yamashita*, página 43. “... the law of war imposes an **army commander** a duty to take such appropriate measures as are within his power to control de **troop** under his command for the prevention of the specified acts...”

Sin embargo, el Derecho Penal Internacional nunca ha estado ajeno a la intervención de civiles en los actos punibles. Ya en los Juicios de *Nüremberg* se condenó a muerte a *Julius Streicher* quien dirigió el periódico “*Der Stürmer*” hasta el año 1940 y no tuvo una vinculación directa con el genocidio, ni era parte de la milicia del *Reich*, sino que fue acusado de promover el genocidio a través de su periódico.<sup>95</sup>

Tanto en los juicios del Tribunal Militar para el Lejano Oriente, como en los juicios seguidos ante comisiones militares en *Nüremberg*, se reconoció expresamente que los superiores no militares también podían ser responsables por responsabilidad por el mando.<sup>96</sup>

El desarrollo posterior de la institución ha implicado su reconocimiento en instrumentos internacionales en forma expresa. En el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en su artículo 7 (Responsabilidad penal individual) número 3<sup>97</sup> señala que:

*“El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente estatuto fuera cometido por un subordinado no releva al superior de responsabilidad criminal...”*<sup>98</sup>

La voz “*superior*” reemplaza a la de “*commander*”, lo que implicó que también en las causas seguidas en los Tribunales para la ex Yugoslavia como para Ruanda se han dictado sentencias contra civiles basadas en la responsabilidad del Superior.

Finalmente, en el Estatuto de Roma se reconoce expresamente que los superiores no militares pueden ser responsables, estableciendo distintos,

---

<sup>95</sup> Vid. Encyclopædia Britannica, consultada el 10 de agosto de 2009.  
[www.britannica.com/holocaust/article-9069948](http://www.britannica.com/holocaust/article-9069948)

<sup>96</sup> Vid. *Supra* Capítulo I, 4 y 5.

<sup>97</sup> Una norma casi idéntica está en el artículo 6 número 3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

<sup>98</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Artículo 7 número 3. “*The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility...*”

estándares para ambas clases de superiores (aunque como veremos en este mismo capítulo, lo relevante no es la calidad de civil o militar, sino las facultades de control que tenga el respectivo superior).

De este modo, esta clase de responsabilidad no es una forma de imputación aplicable sólo a jefes militares y se ha convertido en una forma de imputación de cualquier persona que detente la calidad de superior. Esto hace conveniente referirse a la institución como “responsabilidad del superior”. Sin embargo, como ya hemos señalado, dada la alta aceptación en la doctrina que todavía tiene la denominación “responsabilidad por el mando”, en este trabajo usaremos indistintamente ambas<sup>99</sup>.

## **5. DIFERENTES POSICIONES EN LA JERARQUÍA INSTITUCIONAL.**

El segundo elemento que debe concurrir para que estemos ante una relación superior subordinado jurídico-penalmente relevante es que dentro de la estructura compleja a la que se encuentran vinculados los individuos ocupen posiciones relativas distintas, en la que uno esté jerárquicamente bajo el otro. Esto implica un orden institucional interno de las posiciones relativas dentro de la organización, es decir, la existencia de una jerarquía.

Así, por ejemplo, si A y B pertenecen a una organización compleja, pero sin embargo, ocupan una posición relativa del mismo nivel, nunca se podrá configurar una relación de superior subordinado entre ellos. Por ejemplo, si A es un soldado de mucha más experiencia, preparación e inteligencia, es posible que B siga ciegamente los postulados de A. Así, A tendrá control sobre B, sin embargo, ese control por sí no implica una relación de subordinación. Para que la relación de subordinación justifique la

---

<sup>99</sup> Han preferido la denominación Responsabilidad del Superior: cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*; cfr. NERLICH, entre otros. WERLE ha preferido la denominación del Estatuto de Roma. Cfr. WERLE, página 224.

responsabilidad del superior es necesario que se dé dentro de la jerarquía institucional.

Normalmente esto se identifica con la idea de “rango” dentro de las organizaciones militares<sup>100</sup>, pero sería un error hacerlos sinónimos. El rango es un aspecto meramente formal, que puede ser desechado en la práctica. Por ejemplo, una persona de bajo rango puede hacerse cargo de otra de rango superior y dirigirle órdenes, si para un caso concreto así lo determinan, por ejemplo, los superiores de ambos. En ese caso, dentro de la jerarquía institucional, se encontrará en una posición superior.

En ese sentido, la jerarquía es un asunto normativo no formal, es decir, lo relevante es que dentro de la estructura de la organización pueda considerarse que uno está por sobre la posición del otro, al menos para el asunto específico. Si esta diferencia de dentro de la jerarquía existe, podemos estar frente a una relación superior subordinado.

## **6. SUPERIORES *DE IURE* Y *DE FACTO* COMO PARTE DE LA ORGANIZACIÓN.**

El artículo 28 en su literal a) se refiere al “El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar”, haciendo una diferencia que equivale a la del superior *de iure* y el superior *de facto*<sup>101</sup> ya presente en las sentencias de los tribunales *ad-hoc*.<sup>102</sup>

La denominación, aunque correcta, puede ser inductiva a error en cuanto a los superiores *de iure*, toda vez que su posición no debe

---

<sup>100</sup> *Mucić et al.*, trial chamber, párrafo 646. “(the) perpetrator of the underlying offence must be the subordinate of the person of higher rank and under his direct or indirect control”, es decir, “El perpetrador de la ofensa correspondiente debe ser el subordinado de una persona de más alto rango y bajo su control directo o indirecto”.

<sup>101</sup> Cfr. MARTSON y MARTÍNEZ, página 54

<sup>102</sup> Vid. *Hostage Case, High Command Case, Mucić et al., Blaskic, Kayishema*. De manera errada *Musema* como veremos más adelante.

necesariamente ser avalada por el Derecho. El artículo solamente se refiere a “los jefes militares” y a los que actúen como tales.

Los superiores *de iure* no lo serán por que el Derecho de un Estado les asigne una posición, ni siquiera por delegación normativa. A pesar de esto, el concepto de jefe o superior sí es plenamente normativo, pero se vincula con la regulación o autorregulación de la organización. Así, si dentro de la estructura organizativa **formal** puede ser considerado como superior, entonces será un superior *de iure*, es decir, si una organización reconoce la existencia de una posición, por ejemplo, de general y establece los requisitos y formalidades para detentar dicha posición, quien haya cumplido con los requisitos y formalidades será considerado un superior *de iure*.

Además de los superiores *de iure*, actualmente se reconoce plenamente la posibilidad de los superiores *de facto* de ser responsables por el mando. Sin embargo, se ha tendido a confundir la noción de **control** con la de superior *de facto*, siendo que ambas cosas –posición de superior y control– representan elementos distintos dentro de la relación superior-subordinado. Como ya se ha señalado, tanto la posición de **superior** como el **control efectivo** deben concurrir para que un individuo determinado pueda ser responsable y si cualquiera de ellas falta, no estaremos frente a responsabilidad por el mando.

Dentro de la doctrina, ninguno de los autores expresamente señala que no es necesario que haya relación de superior-subordinado en el caso de los superiores *de facto*, pero la dan por sentando, y si dicha relación superior-subordinado no es formal, la fundan en el control efectivo<sup>103</sup>. Esto implica, necesariamente que dicha relación, entonces, nace del control efectivo, lo que es un error. Por ejemplo, equivocadamente, WERLE señala que “*Este control puede existir de iure y derivarse por ejemplo del contexto jurídico;*

---

<sup>103</sup> Por ejemplo, cfr. MARTSON y MARTÍNEZ, página 53;

*sin embargo es suficiente que el superior ostente de hecho las facultades efectivas de control.*”<sup>104</sup>

Lo que se hace es derivar de la posición de control la existencia de una relación superior subordinado.

En *Mucić et al.* se expresa adecuadamente la problemática. El tribunal de primera instancia, refiriéndose a la acusación de la fiscalía, señala que:

*“La fiscalía afirma que el requisito esencial de la doctrina de la responsabilidad por el mando es probar el control del superior sobre sus subordinados y su habilidad para evitar que cometan violaciones o sancionar dichas violaciones. Más específicamente señalan que dado que la situación más común en la que la doctrina se aplica es en relación fuerzas armadas comunes bajo la subordinación directa de un oficial llamado comandante militar, los deberes legales de un superior (y, en consecuencia, la aplicación de la doctrina de la responsabilidad por el mando) no depende sólo en autoridad de iure (formal), sino que también puede surgir como resultado de mando y control de facto (informal) o una combinación de ambas.”*<sup>105</sup>

De aquí se extrae lo siguiente: en primer lugar, la relevancia del control sobre las fuerzas, como elemento típico y, a la vez, la irrelevancia de que la posición de mando sea formal o informal.

Sin embargo, el mero hecho del control no implica, necesariamente, que exista una posición de superior. Si el mero hecho del control implicara que se puede incurrir en responsabilidad por el mando lo que se estaría

---

<sup>104</sup> WERLE, página 228.

<sup>105</sup> *Mucić et al.*, Trial Chamber, párrafo 348. “The Prosecution asserts that the essential requirement of the doctrine of command responsibility is proof of the superior’s control over his subordinates and his ability to prevent them from committing violations or punish them for such violations. More specifically, it contends that although the more common situation in which the doctrine is applied is in relation to regular armed forces under the direct subordination of an officially designated military commander, the legal duties of a superior (and therefore the application of the doctrine of command responsibility) do not depend only on de jure (formal) authority, but can arise also as a result of de facto (informal) command and control, or a combination of both.”

condenando es la mera posibilidad de evitación, que por si misma no es capaz de fundamentar la responsabilidad penal.

Normalmente, eso sí, ambas cosas irán juntas, de modo que el mero control es indiciario de la posición de superior y eso es lo que debemos entender de lo señalado por la fiscalía en *Mucić et al.*

Sin embargo, no se identifican plenamente. En definitiva, la idea de control viene a señalar qué superiores podrán ser responsables, pero no establece quiénes son superiores. Así, siguiendo la posición que aquí sostenemos, en respuesta a lo señalado por la fiscalía, la *Trial Chamber* en *Mucić et al.* señala:

*“El punto de vista de la fiscalía de que una persona puede, en ausencia de unidad subordinada a través de la cual ejerce su autoridad incurrir en responsabilidad por el ejercicio de autoridad como superior le parece a este Tribunal una proposición novedosa claramente discordante con el principio de responsabilidad por el mando. El Derecho no conoce un superior universal sin su correspondiente subordinado. La doctrina de la responsabilidad por el mando está claramente articulada y anclada en la relación entre un superior y subordinado, y la responsabilidad del comandante por acciones de miembros de sus tropas.”*<sup>106 107</sup>

Se exige, por tanto, que siempre haya una relación superior subordinado, lo que no se satisface con un mero concepto de control.

---

<sup>106</sup> En realidad, aunque el tribunal es bastante claro, también se está refiriendo a una supuesta falta de control del superior, que se deriva de no tener, precisamente, la posición de superior, respecto de quienes cometieron los crímenes de base. En todo caso, el concepto de control que utiliza el tribunal en sólo este punto no es el de mera posibilidad de evitación de los crímenes, sino que el de vinculación subjetiva que veremos más adelante y que es parte del concepto de superior.

<sup>107</sup> *Mucić et al.*, párrafo 647, “(The) view of the Prosecution that a person may, in the absence of a subordinate unit through which the authority is exercised, incur responsibility for the exercise of superior authority seems to the Trial Chamber a novel proposition clearly at variance with the principle of command responsibility. The law does not know of a universal superior without a corresponding subordinate. The doctrine of command responsibility is clearly articulated and anchored on the relationship between superior and subordinate, and the responsibility of the commander for actions of members of his troops.”

Pareciera entonces, que el concepto de superior *de facto* se quedara vacío, toda vez que no es una posición formal (como la de los superiores *de iure*) ni un elemento meramente fáctico (como el control efectivo).

Esto no es así, y, en realidad, el concepto tiene una importancia tremenda. Dado que es imposible concebir la relación superior-subordinado fuera del ámbito organizacional, el superior *de facto* también debe participar de ese ámbito, es decir, debe estar vinculado con la organización.

Evidentemente no tiene las características del superior *de iure*, de detentar formalmente la calidad de superior, pero de todas maneras la detenta vinculado con la organización. Esto sucede en aquellos casos en que el individuo asume el rol de superior fuera de las formalidades propias de la organización, pero existe un reconocimiento organizacional a su posición de poder. Por ejemplo, si se asigna a una persona que no es parte de la organización para dirigir un determinado operativo o se le asignan determinadas funciones o si una persona que sí es parte de la organización se le asigna un ámbito de funciones diferente al que tiene *de iure* y esas funciones implican el control sobre subordinados.

La persona no ha asumido la calidad formal de superior ya sea porque no cumple los requisitos para detentarla, porque no pertenece a la institución o simplemente porque no se han cumplido con las formalidades requeridas para que la detente, pero podemos considerarlo un superior *de facto* si dentro de la organización se entiende como una necesidad normativa el reconocimiento del poder *de facto* de ese individuo, es decir, si los individuos a su cargo sepan que deben obedecerlo por ser parte de la institucionalidad de la organización. El concepto es muy amplio y puede incluir, por ejemplo, a mercenarios a cargo de unidades militares.

Como se ve, las personas a cargo de este individuo entenderán que dentro de la estructura de la organización deben obedecer las órdenes que

les imparta (si es el caso), es decir, la estructura organizacional lo sitúa como superior, aunque no se den los requisitos o formalidades.

Para mayor claridad al respecto, en el caso *Musema* el Tribunal Penal Internacional para Ruanda hace una curiosa distinción entre superior *de iure* y *de facto*. *Musema* dirigía una importante fábrica de Té, de extrema relevancia en la zona de conflicto. Aunque su responsabilidad parece ser más clara como comportamiento positivo, se consideró su responsabilidad como superior por no haber evitado crímenes en los que estuvo presente y que fueron realizados por trabajadores de la fábrica que él dirigía. Por la extrema pobreza de la región la fábrica de té era muy importante, lo que le significó a *Musema* gran poder e influencia entre la población y las autoridades<sup>108</sup>. Ante esto, el tribunal considera que:

*“Todo tiende a demostrar que al tiempo de los eventos alegado en la acusación, Musema ejercía autoridad de iure y de facto sobre los empleados de las fábrica en su posición oficial como Director de la Compañía de Té”*.<sup>109</sup>

El Tribunal asegura que *Musema* tiene, a la vez, poder *de iure* y *de facto*, sobre los empleados de la fábrica que dirige. Sin duda que por el mero hecho de su autoridad *de iure* ya podría establecerse con claridad su responsabilidad por el mando. Sin embargo, la autoridad *de facto* que señala la sentencia no puede ser considerada como tal. Lo que existen son influencias personales en distintos ámbitos. Esas influencias, que pueden ser bastante potentes, pueden fundar una responsabilidad por hechos positivos, toda vez que puede implicar mayores grados de control. Sin embargo, esa situación fáctica no sirve para fundamentar la responsabilidad

---

<sup>108</sup> Vid. *Musema, Trial Chamber*, párrafos 868 a 877.

<sup>109</sup> *Musema, trial Chamber*, párrafo 878. “... (all) tend to demonstrate that at the time of the events alleged in the Indictment, Musema exercised de jure and de facto authority over tea factory employees in his official capacity as Director of the Tea Factory.”

por el mando, toda vez que no hay un reconocimiento normativo sobre ese tipo de autoridad, lo que no lo hace superior. Dicho de otra manera, el hecho de que tenga influencias relevantes sobre varias personas no implica que esté obligado a evitar que cometan delitos, no tiene una posición de garante respecto de ellos.

En realidad, lo que el Tribunal refiere como autoridad *de facto*, es simplemente la determinación exacta de su control efectivo, entendiendo que la posición de garante se fundamenta en la autoridad *de iure* que posee.

## **7. RELACIÓN SUPERIOR-SUBORDINADO EN ORGANIZACIONES NO FORMALES.**

Los ejemplos más claros de organizaciones en que se puede dar la relación de superior subordinado son aquellas que son parte de un determinado Estado, como sus fuerzas armadas, caso que posiblemente constituye el núcleo en que se produce la responsabilidad por el mando. Sin embargo, las relaciones superior subordinado y, por tanto, la responsabilidad por el mando, no se agotan en ellas.

Evidentemente el concepto incluye a organizaciones no gubernamentales con reconocimiento jurídico expreso, como fundaciones, sociedades u otras personas jurídicas.

Pero además incluye también a organizaciones no reconocidas por la institucionalidad jurídica. Esto sucederá con grupos subversivos o paramilitares, que evidentemente no habrán solicitado reconocimiento expreso del Estado para su funcionamiento o que de haberlo hecho se les haya negado.

El concepto de organización no requiere para ser fundamento de la responsabilidad por el mando un reconocimiento jurídico expreso, sino la mera existencia de una institucionalidad compleja, que es simplemente un

fenómeno social. Como hemos explicado, la existencia de la organización es lo que crea el peligro<sup>110</sup>, de modo que fundamenta la existencia de la responsabilidad del superior por el poder que la misma organización ejerce sobre sus miembros. El poder sobre los miembros no requiere de ningún tipo de formalidad, de modo que la organización existirá si podemos observar un reconocimiento de la institucionalidad compleja y que ella puede ejercer ciertos grados de control sobre algunos de sus miembros.

Puede surgir la duda respecto a la calidad con que actúan los superiores de esos grupos, si son superiores de *de facto* o *de iure*. Como hemos venido señalando, lo relevante no es la institucionalidad jurídica del Estado sino que la conciencia normativa interna de la organización, de modo que no tiene ninguna relevancia para el análisis si la organización tiene o no reconocimiento formal por el Derecho vigente en el Estado.

Sin embargo, el problema que sí existe es que normalmente será difícil acceder a la normativa institucional de dichas organizaciones, de modo que será más difícil probar la calidad de superior *de iure*. Por otro lado, es posible que ni siquiera exista una estructura clara al interior de la organización. La Corte de Apelaciones del Tribunal para la ex Yugoslavia, en *Mucić et al.* ha señalado que:

*“En muchos conflictos contemporáneos, puede que existan gobiernos de facto autoproclamados y, por tanto, ejércitos de facto y grupos paramilitares subordinados. Estructuras de mando, organizadas apresuradamente, bien pueden ser desordenadas y primitivas. Para reforzar la ley en estas circunstancias requiere una determinación imputación de responsabilidad no sólo para ofensores individuales, sino que también para sus comandantes u otros superiores que estuvieren, basados en la evidencia, en control de ellos, sin que, de todos modos, exista un encargo formal.”<sup>111</sup>*

---

<sup>110</sup> Vid. *Supra* Capítulo II, 3.

<sup>111</sup> *Mucić et al.*, Appeal Chamber, párrafo 193. “*In many contemporary conflicts, there may be only de facto, self-proclaimed governments and therefore de facto armies and paramilitary groups subordinate thereto. Command structure, organised hastily, may*

El tribunal reconoce que en estructuras “apresuradas” es posible que no se haya establecido todavía la formalidad requerida para tener superiores *de iure*, por lo que lo normal será que, entonces, los superiores lo sean *de facto*.

Dado que el tratamiento de los superiores *de iure* y *de facto* no presenta ninguna diferencia (ambos son superiores), la labor probatoria debiera tender a establecer la posición *de facto* del individuo, antes que la *de iure*.

## 8. MANDO O AUTORIDAD EFECTIVOS

Tal como ha señalado AMBOS: “*Uno puede argumentar que del hecho que una persona tenga subordinados claramente se sigue que tiene autoridad y control sobre ellos. Sin embargo, eso no es necesariamente cierto. El argumento es demasiado formal.*”<sup>112</sup>

Hasta este punto hemos establecido en qué consiste una relación superior-subordinado, pero no hemos establecido en qué casos esa relación será suficiente para fundamentar la responsabilidad del superior.

El concepto de mando o autoridad y el control efectivo (que veremos a continuación)<sup>113</sup> es lo que en definitiva viene a establecer los casos en que el superior puede ser hecho responsable por responsabilidad por el mando. En ese sentido, la idea de mando y control efectivo viene a ser un límite a los superiores que pueden ser hechos responsable, a la vez que la inclusión de los superiores *de facto* había sido una forma de ampliarla.

---

*well be in disorder and primitive. To enforce the law in these circumstances requires a determination of accountability not only of individual offenders but of their commanders or other superiors who were, based on evidence, in control of them without, however, a formal commission or appointment.”*

<sup>112</sup> AMBOS, *Superior Responsibility*, página 838. “*One may argue that it clearly follows from the fact that a person has subordinates that he or she also has authority or control over them. However, this is not necessarily true. The argument is too formal.*”

<sup>113</sup> Vid. *Infra*, capítulo II, 8 y 9.

Lo primero que hay que establecer es que mando o autoridad no representan lo mismo que el control, por lo que analizaremos los conceptos por separado, aunque indudablemente están íntimamente vinculados<sup>114</sup>

El **mando** y la **autoridad** vienen a complementar a la relación superior subordinado. Con eso ya no sólo existen posiciones relativas distintas dentro de la organización, sino que se establece la facultad del superior de impartir órdenes respecto de los subordinados.

La noción de **mando** se diferencia de la de **autoridad** más bien en cuanto a la intensidad que a su naturaleza. En ambos casos lo que existe es la potestad del superior de impartir órdenes, pero en el caso del mando esas órdenes deben ser cumplidas por el subordinado y normalmente están acompañadas de una amenaza de sanción. La autoridad, tiene más que ver con un reconocimiento de estructuras normativas propias de la organización, donde se acepta que el superior puede impartir instrucciones al subordinado. La desobediencia, en ambos casos, implica un conflicto con la organización, pero en el caso del mando pareciera que el conflicto escapa el ámbito del mero funcionamiento organizativo, afectando al individuo en un ámbito más amplio que el meramente laboral. Sin perjuicio de esto, en ningún caso puede entenderse que hay una dominación que coaccione la voluntad del individuo.

Las estructuras en que se dan situaciones de mando, como es evidente y así lo deja en claro el artículo 28 del Estatuto de Roma al hacer aplicable el mando solamente a los casos de jefes militares, son, precisamente, las

---

<sup>114</sup> En la versión en castellano del Estatuto de Roma se habla de “*mando (autoridad) y control efectivo*” (artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional). El hecho de que no se use el plural efectivos podría hacer pensar que la palabra sólo se vincula con el control y no con el mando. Esto se desvirtúa al revisar la versión en Inglés que habla de “*effective command and control*” donde el problema de interpretación podría producirse de manera inversa, es decir, considerar que sólo el mando debe ser efectivo. La versión francesa, en cambio, si utiliza el plural: “*sous son commandement et son contrôle effectifs*”. La explicación para estas diferencias es que el Estatuto de Roma, al menos en sus versiones en inglés y en castellano ha considerado el mando y el control como un solo concepto conjunto, que, como tal, tiene dos elementos.

organizaciones militares. Vinculado con el uso preponderante de armamento y el peligro que eso significa para los bienes jurídicos más importantes como lo son la vida y la integridad física es que las estructuras de poder se ven reforzadas ya sea con sanciones disciplinarias o incluso con tipos penales que castigan la desobediencia. Más importante todavía es que, más allá de la amenaza concreta, hay una conciencia interna que reconoce la obligatoriedad de la obediencia. Esto implica, además, que el poder del superior con mando puede involucrar el comportamiento del subordinado incluso fuera de su ámbito de funciones.

El artículo 28, al señalar en el literal a) que el jefe militar puede ser responsable por tener mando o autoridad, reconoce que dentro de las estructuras militares también son posibles relaciones de autoridad. Esto se entiende si se acepta que dentro de la estructura militar existen distintas formas de vinculación y relaciones de poder, dentro de las cuales algunas pueden representar una forma de autoridad, antes que una forma de mando. AMBOS lo vincula al poder administrativo y operativo, estableciendo que el poder administrativo implica autoridad, mientras que el operativo, mando<sup>115</sup>. Lo normal será que el superior militar tenga ambas facultades, pero podría producirse situaciones en que no sea así. Es posible imaginar un superior militar que dadas las circunstancias tenga sólo poder administrativo sobre sus subordinados, por ejemplo, si maneja un centro de detención o, derechamente, tiene a su cargo a funcionarios que realizan labores administrativas. Esto significa que para determinar si existe mando o autoridad debe observarse la relación entre el superior y el subordinado, pudiendo tener mando respecto de algunos y autoridad respecto de otros.

La relevancia de la distinción tiene que ver con la exigencia de que puede ser objeto cada uno de los superiores, que serán mayores para quien tiene mando y menores para quien tiene autoridad. El superior con mando

---

<sup>115</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 839.

podrá tomar medidas más intensas contra el subordinado, a la vez que controlarlo en ámbito ajenos a la realización de sus funciones. Sin embargo, esto será relevante en relación al concepto de control efectivo, así como a la posibilidad de evitación del hecho. En definitiva, será un aspecto fáctico que deberá ser acreditado ante la Corte, más que un mero problema formal vinculado con los poderes otorgados al agente.

Será más importante, entonces, determinar cuáles eran las facultades concretas (y más aún el grado de control efectivo) que un individuo tenía, más allá de si es militar o no militar. En ese sentido, el tribunal de primera instancia en *Mucić et al.*, citando la acusación de la fiscalía, ha señalado que:

*“Ha sido sometido a consideración que la responsabilidad criminal del superior dependerá de el grado y forma de control que ejercite y los medios a su disposición para controlar a sus subordinados.”*<sup>116</sup>

La referencia aquí está hecha al control y no al mando o autoridad, sin embargo, ambos conceptos están íntimamente ligados toda vez que se determinan mutuamente. Si no se hace referencia al mando, es porque ya ha sido considerado dentro del concepto de control.

Llama la atención, en ese sentido, que en el literal b del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, referido a los superiores que no son jefes militares, se establezca un límite a la obligación del superior que no existe en el caso de los jefes militares, en cuanto señala que el superior será responsable cuando *“ii) Los crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”*.

Esto deja claro que el superior militar tiene facultades que van más allá de las simples funciones del subordinado, de modo que el superior puede

---

<sup>116</sup> *Mucić et al.*, Trial Chamber, párrafo 349. *“It is submitted that the criminal responsibility of the superior will depend upon the degree and form of the control which he exercises and the means at his disposal to control his subordinates”*

ser hecho responsable por un agente que comete crímenes actuando sobrepasando o fuera de esas funciones. A la vez, significa que el superior no militar cesa en su obligación cuando el subordinado está actuando fuera del ámbito de sus funciones organizacionales.

Sin embargo, lo dicho respecto al jefe militar sólo es cierto cuando el ámbito de funciones que ejerce son de mando, mientras que si son de autoridad, debiera aplicarse la limitación establecida para los superiores no militares.

Sin perjuicio de eso, por otras vías debiera llegarse a la misma solución, si consideramos que su autoridad no alcanza la conducta realizada por los subordinados o que en el ámbito en que el subordinado realizó las conductas no había control efectivo por parte del superior.

La disposición, en definitiva, debió haber estado referida a las relaciones de autoridad, en desmedro de las de mando, en lugar de estar referida a los superiores no militares, en desmedro de los militares.

De todos modos, la inclusión de la disposición otorga claridad respecto al límite de la responsabilidad de los superiores y es un aporte interpretativo que puede utilizarse igualmente en el caso de los superiores militares.

Por otro lado, este elemento también tiene un contenido relativo a la **vinculación subjetiva** entre un superior y determinados subordinados. El Estatuto de Roma se refiere a “fuerzas (subordinados) bajo **su** mando (autoridad) y control efectivo”. En ese sentido, la obligación de evitar las conductas de los subordinados sólo nace con una asignación organizativa de esos subordinados al superior determinado. Esto quiere decir que dentro de la organización existe una **expectativa** de que ese superior dirija el comportamiento de los subordinados, ya sea de manera directa (dando el mismo las órdenes) o de manera indirecta (por posición en la cadena de mando o por delegación de funciones).

Es posible que un individuo que está en una posición relativa superior a las fuerzas criminales que cometen ciertos ilícitos dentro de la organización compleja tenga el poder fáctico de impedir que cometan determinados ilícitos, pero que no tenga una vinculación directa con esos subordinados. Por ejemplo, un comandante se encuentra asignado a una zona territorial y se entera que soldados de su ejército están cometiendo crímenes en una zona que no le ha sido asignada. Tal vez tenga el poder de evitar que esa comisión continúe. Podría viajar al lugar de los hechos y dar directamente órdenes a los subordinados, podría hablar con el comandante que está a cargo de esa zona o con sus superiores. Lo normal, en la práctica, será que aquí falte la capacidad de evitación, pero puede darse que la tenga. En estos casos no podemos decir que estemos ante un caso de mando o autoridad respecto de los individuos que están cometiendo los ilícitos (y mucho menos podremos hablar de que exista control efectivo).

Aceptar la tesis contraria equivaldría a extender la responsabilidad por el mando a todos los miembros de cierto rango en la organización. Lo cierto es que es sin duda deseable que todo superior busque impedir que subordinados, incluso que no están a su cargo, cometan crímenes, pero no es posible construir respecto de ellos una posición de garante que justifique su sanción por el Derecho Penal Internacional. No es la mera pertenencia a la institución lo que explica el deber de garante, sino el hecho que, vinculado con la organización, se tengan bajo su cargo (expectativa de ejercicio de la autoridad y control) a cierto grupo de subordinados<sup>117</sup>. Posiblemente, en estos casos, no existan más que meras faltas administrativas (si omite ciertos deberes de informar o denunciar), o incluso ninguna conducta que se le pueda sancionar al superior.

---

<sup>117</sup> Se verá más adelante que esto no obsta a que el superior no sea directo, es decir, que haya un superior “intermedio”, entre aquél y los subordinados. Vid. *Infra* capítulo II, 11.

## 9. CONTROL EFECTIVO

Si la relación superior-subordinado es el corazón de la responsabilidad por el mando,

*“La doctrina de la responsabilidad por el mando predica finalmente en el poder del superior de controlar los actos de sus subordinados.”<sup>118</sup>*

El mismo Tribunal para la ex- Yugoslavia señala con claridad en qué consiste el control efectivo:

*“(Es) necesario que el superior tenga control efectivo sobre las personas que cometen la violaciones subyacentes al Derecho internacional humanitario, en el sentido de **tener la capacidad material de prevenir y castigar la comisión de esas ofensas.***<sup>119</sup>

El control efectivo se relaciona con la mera situación fáctica de tener la capacidad de evitar la comisión de los ilícitos por parte de los subordinados, siendo esta también la posición ampliamente aceptada por la doctrina<sup>120</sup>.

Así concebido el concepto de control, y como ya lo hemos señalado al tratar los superiores *de facto*, no puede fundamentar la responsabilidad del

---

<sup>118</sup> Mucić et al., Trial Chamber, párrafo 377. “The doctrine of command responsibility is ultimately predicated upon the power of the superior to control the acts of his subordinates.” También citado por KITTICHAISEAREE, página 252.

<sup>119</sup> Mucić et al., Trial Chamber, párrafo 378. “(it) is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of **having the material ability to prevent and punish the commission of these offences.**”

<sup>120</sup> Así, cfr. MARTSON y MARTÍNEZ, página 54 cita el mismo párrafo; cfr. WERLE, página 228; También lo cita cfr. KITTICHAISEAREE, página 253. AMBOS señala que “la capacidad de emitir e imponer órdenes representa un indicio importante de la existencia de tal mando o autoridad” AMBOS, *La parte general...*, página 305. Cita la sentencia de Mucić et al: *Kayishema*, párrafo 230.

superior, sino que tiene que ser un complemento a la posición de superior, ya sea *de iure* o *de facto*.<sup>121</sup>

El requisito del **control efectivo** hace que la institución no sea una forma de sancionar “posiciones”, acercándose a la noción de la responsabilidad objetiva, sino que realmente sancionar situaciones fácticas relevantes.

Cabe preguntarse qué lugar ocupa dentro de los elementos del delito el requisito de control efectivo. Al respecto se pueden sostener al menos dos posibles explicaciones.

(1) La primera sería considerar que se encuentra dentro de la **culpabilidad**. Habría que decir que la responsabilidad por el mando nace por la mera posición de superior y que la falta de control efectivo sería una forma de exculpación, por no existir un contexto situacional normal.

Sostener aquello significaría que el control no formaría parte de la relación superior subordinado, que se configuraría con la mera posición formal o informal del superior. Esto implica un peligroso acercamiento a la responsabilidad objetiva y, en cierto grado, una inversión de la carga probatoria<sup>122</sup>.

(2) Entendiendo la estructura de la omisión como se hace actualmente de forma mayoritaria<sup>123</sup>, esta proposición parece errónea y mucho más

---

<sup>121</sup> Una posición distinta parece sostener AMBOS, en cuanto señala que: “Desde una perspectiva jurídico-material éste (deber de intervención del superior) sólo se puede justificar en que el superior en razón de su mando y autoridad tiene la posibilidad efectiva de control sobre sus subordinados”. AMBOS, *La parte general*, página 305.

<sup>122</sup> Esto último es algo solamente relativo, toda vez que dado el contexto de los delitos, las circunstancias que pueden servir como presunciones legítimas son muchísimas. Cabe aquí señalar que de la posición de superior *de iure* se suele derivar el mando y control efectivos, así como del control efectivo normalmente se seguirá la existencia de una posición de superior al menos *de facto*, además de esto en el elemento cognoscitivo se puede derivar de las circunstancias.

<sup>123</sup> La omisión se entiende hoy día no ya como un simple no hacer, si no que se entiende desde un punto de vista normativo como un no hacer teniendo la obligación jurídica de actuar. Esa obligación jurídica de actuar sólo existe si efectivamente podía lograr la evitación del resultado. Si no es así, no se cumple con el tipo penal, toda vez que no se

correcto sería señalar que el control efectivo pertenece al tipo objetivo. Es decir, que no existe conducta típica y antijurídica por parte del superior que no evita la comisión de los ilícitos si no tenía la habilidad material de evitarla. En *stricto sensu* no hay ni siquiera una conducta, toda vez que sólo podemos estar ante una omisión cuando se tenía un deber jurídico de actuar y no es posible sostener que aquí exista uno. En otras palabras, no podemos decir que el superior estaba obligado a realizar algo imposible y que no haberlo hecho es contrario a Derecho, pero que dadas las circunstancias no se considera exigible. Lo cierto es que nunca existió la obligación si ello era imposible. El problema es que no se cumple con la (cuasi)causalidad requerida para provocar un resultado. Si causalmente no se puede reconducir la conducta al resultado lesivo, simplemente no se cumple con el tipo objetivo, del cual el resultado forma parte. En contrario, Ambos sostiene que:

*“Un deber de actuar se puede negar tan solo cuando el superior no posee ningún tipo de control. Éste puede ser el caso, por ejemplo, si los subordinados cometen excesos de considerable dimensión, actuando completamente “fuera de quicio” y no cumpliendo ya las órdenes del superior”*<sup>124 125</sup>.

---

establece la (cuasi)causalidad entre la conducta del individuo y el resultado: por muy infraccional que sea su conducta, si no es reconducible al resultado, no puede entenderse que cumpla con el tipo objetivo. MIR PUIG señala que *“El planteamiento propuesto, ampliamente compartido por la doctrina actual, ha de llevar a una consecuencia que a menudo se desconoce: si en el Derecho Penal la presencia de una omisión no depende del carácter físico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, sino de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una norma penal preceptiva, no podrá decidirse la existencia de una omisión en el sentido del Derecho penal antes de contemplar el tipo legal.”* MIR PUIG, página 296. Dentro de la estructura del delito de comisión por omisión señala también que *“(junto) a la capacidad de realizar la acción debida, en los de comisión por omisión, es preciso que el autor **hubiese podido evitar el resultado, de haber interpuesto la acción indicada.**”* MIR PUIG, página 317.

<sup>124</sup> AMBOS, *La parte general...*, página 309.

<sup>125</sup> Lo cierto es que incluso en el caso señalado por AMBOS, extraño, es posible que el superior sea responsable, si es el mismo quien dolosamente ha procurado la situación de ausencia de control.

Sin embargo, el control efectivo debe estar vinculado a la situación específica. Esto significa que si en el caso específico, con sus circunstancias particulares, el superior no tenía la habilidad de evitar los crímenes, entonces no se configura el tipo. En contra de lo que señala AMBOS, no es necesario que no posea “ningún tipo de control” para que no exista la conducta, sino que, simplemente, no tenga el control suficiente para evitar los crímenes de base.

Este requisito se vincula directamente con la obligación del superior de prevenir o reprimir la comisión de los crímenes (conducta exigida), toda vez que se entiende que nadie puede estar obligado a lo imposible, de modo que sólo puede nacer la obligación cuando es posible que el superior pueda llevarla a cabo.

Esto es un problema absolutamente fáctico y tiene que ver no sólo con las facultades de control reconocidas al interior de la organización (lo cual tiene bastante relación con la idea de mando o autoridad) para una función específica, sino que la capacidad concreta de ese individuo –el superior- de tener el poder de ejercer esas facultades.

Se puede tener mando o autoridad y no control en distintas situaciones. Puede ser que esas facultades contempladas dentro de la organización no sean respetadas en la práctica, de modo que la mera formalidad es insuficiente. Por ejemplo, se sabe que en la práctica las sanciones que se aplican son ilusorias o son dejadas sin efecto por instancias superiores, por lo que a los subordinados los tiene sin cuidado la orden de un superior. Asimismo, puede ser que por las características de un individuo o por las circunstancias concretas sus facultades no sean respetadas. Por ejemplo, un superior que se haya desacreditado frente a sus dirigidos por alguna circunstancia fáctica (no supo responder frente a un reto concreto), por lo que no genera confianza en sus subordinados; o un superior que se

encuentra en circunstancias de anomia<sup>126</sup>, donde los crímenes son tan extendido y la situación tan descontrolada que nada puede hacer para evitarla<sup>127</sup>; o casos en que el superior es nombrado por mera formalidad, pero no asume realmente funciones.

En estos casos no estamos frente a control efectivo, por lo que no cabe exigir del superior una conducta completamente intrascendente y mucho podemos hacerlo penalmente responsable por ella.

Sin perjuicio de esto, en el caso de los superiores *de iure* hay una tendencia a asumir que por el mero hecho de existir las facultades del superior (mando o autoridad) se acepta su control efectivo.

Este requisito ha sido mucho más fuerte, por el contrario, en el caso de los superiores *de facto* donde, a la inversa, se ha tendido a relacionar la existencia de un control efectivo con la existencia de una posición de superior.<sup>128</sup>

En definitiva, hacer la diferencia entre una u otra clase de superior no es un problema dogmático, sino que probatorio, en que se presume que de la posición de mando existirá control efectivo y que del control efectivo se

---

<sup>126</sup> Según DURKHEIM en toda sociedad existe una reglamentación suficientemente desenvuelta que determina la forma en que esa sociedad se va a relacionar. Así, la forma en que se van a producir los encuentros sociales más frecuentes está predeterminada. Si no existiera esta expectativa, cada contacto social implicaría un conflicto (aunque, de todos modos, existen espacios para que hayan zonas que no son socialmente reglamentadas). DURKHEIM sostiene que estas reglas se derivan funciones sociales mismas, lo que hoy en día está más bien superado, en virtud de las tesis del multiculturalismo. Sin embargo, puede suceder que, por diversas razones (DURKHEIM se refiere principalmente a las económicas) estas reglas no existan, en el sentido de que no existe una normalidad o una expectativa. En el caso de los conflictos armados suele producirse esta situación, toda vez que las estructuras tradicionales de control social se ven sustituidas por otras que tienen que ver con formas de poder distintas, principalmente por ausencia de mecanismos de control: quien tiene el poder puede hacer lo que desee sin esperar una represalia. Sobre el concepto de anomia, cfr. DURKHEIM, páginas 428 y siguientes.

<sup>127</sup> Esta discusión se presentó en el caso *Yamashita*, en que la defensa del general japonés alegó que dada la extensión de los ilícitos era imposible que *Yamashita* hubiera podido evitarlos, vid. *supra*, Capítulo I, 2 y 3.

<sup>128</sup> Cfr. *Delalić*, página 63 párrafo 197.

presume la existencia de la posición de superior. Desde un punto de vista dogmático, sin control efectivo no es posible que se configure el delito.

Por último, esto parece estar más acorde con el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que señala que el superior será responsable por los crímenes “cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivos...”, estableciendo que la imputación sólo puede hacerse si existía, precisamente, control efectivo.

## **10. VINCULACIONES MÚLTIPLES: EXISTENCIA DE MÁS DE UN SUPERIOR COMPETENTE.**

Muchas veces no se está frente a mandos únicos. A veces el mando se ejerce en forma conjunta entre superiores de una misma jerarquía, a veces se ejerce conjuntamente por superiores de distinta jerarquía y a veces se ejerce por distintos superiores en distintos ámbitos. El caso del grupo de soldados aislados en la selva bajo el mando de un solo oficial es hoy en día más bien extraño y lo normal será que se dependa de distintas instancias.

El hecho de no tener la totalidad y exclusividad en el mando de ciertos subordinados no implica una forma de no hacerse responsable por los hechos. Aunque las vinculaciones subjetivas sean múltiples el superior deberá realizar las conductas tendientes a impedir la comisión de los ilícitos. Nada obsta a que el control efectivo se encuentre dividido, pero eso hace nacer la obligación de evitación en cada uno de los superiores.

Se puede hacer un paralelo con la división del dominio del hecho que hoy se acepta en la coautoría: que dicho dominio se encuentre dividido en varias personas no implica que ninguna de ellas tenga el dominio, sino que todas.<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> Vid. ROXIN, *Autoría...*, página 303 y siguientes.

Sin embargo, en ningún caso esto implica la utilización de medios extraordinarios para la evitación de los ilícitos, pero sí requiere que ejerzan su porción de mando o autoridad. Si de un inicio es evidente que involucrarse no presentará ninguna relevancia y los hechos seguirán cometiéndose de todos modos, entonces más bien lo que sucede es que no se tenía realmente control efectivo.<sup>130</sup>

Veamos dos ejemplos para clarificar esto: Un superior sabe que fuerzas bajo su mando van a cometer crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, sabe que la orden la dio un general superior a él en la escala jerárquica. Su intervención está desde el principio destinada al fracaso. Lo que ha sucedido en este caso es que el superior intermedio ha perdido el control efectivo<sup>131</sup>. Si, en cambio, resulta que un superior está a cargo de sus tropas en conjunto con otro oficial de igual rango y que para tomar decisiones es necesario que concorra la voluntad de ambos, no será posible que ellos se excusen de no haber realizado las conductas de evitación, señalando que su conducta por sí sola no era suficiente para causalmente obtener el resultado de evitación. En este caso la obligación de

---

<sup>130</sup> Es interesante en este punto hacer una comparación con el directorio de las empresas, ámbito donde se ha discutido sobre la responsabilidad de los miembros de los órganos colegiados. Sería posible que uno de los directores alegara falta de responsabilidad, toda vez que de no concurrir con su aprobación de un ilícito, de todos modos con la concurrencia de los demás directores se habría logrado el mismo objetivo. Este argumento se ha superado señalando que el que realiza la conducta es el órgano y que contribuir a la conducta del órgano es suficiente para ser responsable con ella, sin importar si la decisión ya estaba tomada: la conducta no surge con la votación, sino que con el pronunciamiento. Se excluye aquí el problema de la causalidad. Lo cierto es que esto no siempre se aplicará en el caso de la responsabilidad por el mando, por que las organizaciones militares tienen una tendencia menor a tener órganos colegiados. Al respecto, vid. GARCÍA, páginas 350 a 356.

<sup>131</sup> Muy distinto es el caso en que el individuo no realiza una omisión, sino que una conducta positiva, por ejemplo, transmitiendo la orden del superior. Aquí ya no estamos en un caso de responsabilidad por el mando y los criterios de imputación son distintos. En general, pueden ser considerados partícipes de los crímenes realizados por intermedio de los ejecutores. En cuanto a los ejecutores, la actual estado de la teoría de la autoría mediata los hace plenamente responsables, aunque esto se puso en duda en las primeras formulaciones de esta teoría.

evitación subsiste como tal, sin perjuicio de que su resultado (la evitación de los ilícitos) sea eventual, toda vez que requiere que concurra otra voluntad.

## **11. SUPERIORES INMEDIATOS Y SUPERIORES MEDIATOS: A QUIÉNES SE PUEDE ALCANZAR CON EL CONCEPTO DE SUPERIOR.**

Esto nos lleva a la pregunta de si el propio concepto de superior impone un límite en la imputación dentro de la cadena de mando. Esta pregunta puede hacerse en dos sentidos. En primer lugar, puede preguntarse si es posible que impute la conducta de los subordinados a un superior cuyo vínculo parece lejano y, en segundo lugar, si puede imputarse a superiores directos, siendo que quienes tienen realmente el control de los hechos son los más altos dirigentes.

Respecto al primer punto de vista, volvemos a la idea de SCHÜNEMANN de “la responsabilidad todo lo posible hacia arriba”<sup>132</sup>. Desde los juicios de *Nüremberg* que el objetivo del Derecho Penal Internacional han sido los grandes criminales de guerra y no los meros ejecutores. Así, en principio, parece no existir bases para excluirlos *a priori*. Con mayor razón, quien está más alto en la estructura jerárquica más posibilidades tendrá de evitar la comisión por crímenes por parte de subordinados de la organización. Es contraria a la idea de Derecho Penal Internacional la exclusión de la punibilidad de aquellos quienes tienen mayor grado de responsabilidad en los hechos que se juzgan.

En cuanto a los superiores inmediatos de bajo rango, no existe ninguna razón de política criminal que nos lleve a no sancionarlo. Ya desde la formulación de la teoría del autor mediato por utilización del aparato

---

<sup>132</sup> Cfr. SCHÜNEMANN, página 10 y siguientes.

organizado de poder se comprueba que los agentes ejecutores, y con mayor razón sus superiores, no actúan bajo niveles de coacción suficientes como para hacer desaparecer su culpabilidad.<sup>133</sup>

Sin embargo, en ambos casos, el problema no puede ser solamente formal y tendrá que recurrirse a la prueba del control efectivo, así como a los otros elementos de la responsabilidad por el mando. En definitiva, el mero hecho de la mediatez o inmediatez del vínculo no tiene relevancia alguna en este ámbito que permita determinar *a priori* que un individuo no pueda imputársele responsabilidad por el mando.

Podrá suceder que un superior ignore la circunstancia de estarse cometiendo los crímenes, como alegó *Yamashita* en su momento, o puede ser que su control se diluya en la cadena de mando, haciendo imposible su actuar con respecto a los subordinados. Asimismo, puede resultar que tenga todas las atribuciones para detener los hechos de los subordinados, caso en el que sí será responsable. Similar situación sucede con los “mandos medios” o los superiores de bajo rango jerárquico. Su obligación desaparecerá si, por ejemplo, están actuando bajo coacción o si las órdenes han sido impartidas por un superior de más alto rango. Por el contrario, será su responsabilidad si tenía el poder de evitar el hecho y siendo superior no lo hizo.

## 12. EFECTOS DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES.

---

<sup>133</sup> ROXIN señala que “*Por lo que respecta a la coacción, se ha averiguado, investigando la documentación de los procesos de Nuremberg, que no se encontraba “ni un solo caso” en que alguien “hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Lo máximo, una nota desfavorable en el expediente, una negación de ascensos o un traslado. No se han comprobado consecuencias más graves, ni siquiera amenazas de condenar a muerte o de internar en un campo de concentración.*” ROXIN, *Autoría...*, página 269.

Es posible que dentro de la organización se produzca una delegación de funciones del superior a otro individuo, perteneciente o ajeno a la misma.

La delegación de funciones no siempre tendrá el efecto de hacer desaparecer la responsabilidad del superior ni de legitimar su actuar. Por el contrario, puede ser el fundamento mismo de la responsabilidad.

En principio, el acto de delegación en sí mismo no representa una infracción al deber de cuidado y puede ser completamente legítimo. Sin embargo, sí puede implicar que el superior sea hecho responsable. En general esto tiene ver con la elección del delegado. Elegir un delegado que no tiene las facultades o capacidades necesarias para la función específica hará incurrir en responsabilidad al superior. Como señala Ambos:

*“Una delegación de funciones de supervisión no libera de responsabilidad al superior, más bien su deber se convierte en un deber de selección apropiada, instrucción, y sujeción al control.”*<sup>134</sup>

Cabe señalar que es posible que ante una delegación no se pueda llegar al superior por problemas de tipo subjetivo, en vista que consideramos que el tipo no se satisface con una conducta meramente culposa.<sup>135</sup> En todo caso, se puede entender que una mala elección del delegado puede ser una forma de evitar cumplir con sus deberes eventuales, caso en que, de todos modos, el superior será responsable.

### **13. SUBORDINADOS “INDIRECTOS”**

Vinculado con el problema de los superiores *de facto* surge el relacionado con los llamados subordinados “indirectos”. Éstos serían

---

<sup>134</sup> AMBOS, Superior Responsibility, página 840. “A delegation of the duty of supervision does not absolve the superior of responsibility, rather this duty is converted into a duty of proper selection, instruction and follow up control”

<sup>135</sup> Vid. *Infra* capítulo IV, 8.2.

aquellos **habitantes de las zonas ocupadas** por las fuerzas del superior, con quienes no tienen un vínculo formal. Así, si los superiores de las fuerzas ocupantes podrían ser hechos responsables por acciones de la población sometida si no impidieron que esa población sometida cometiera ciertos crímenes (Es decir, parte de la población civil de la zona ocupada ataca a otra parte de la población civil de la zona ocupada).

Esto no debiera ser considerado un problema de responsabilidad por el mando, dado que falta el elemento esencial que es la relación superior-subordinado. Su inclusión dentro de esto es comprensible, si se considera como una forma de evitar los problemas de prueba de la autoría mediata, pero desde un punto de vista dogmático es una posición inaceptable: Sólo se puede sancionar al individuo por la responsabilidad que pueda ser acreditada, ya sea como autor de una conducta positiva u omisiva.

Quienes aceptan este tipo de subordinación “indirecta” tienden a confundir la noción de control efectivo con el concepto de superior *de facto*. KITTISHAISAREE, por ejemplo, asume esta afirmación sin más, aunque lo vincula a la idea de los superiores *de facto*, que es realmente el tema del que se hace cargo, aunque asume que la relación existe en la forma de “presión psicológica”<sup>136</sup>, lo que equivale a decir que lo existe es una voluntad coaccionada de los sometidos. Esta afirmación la hace como referencia al caso de *Musema*<sup>137</sup>. Originalmente la responsabilidad por el mando de los subordinados indirectos se sostuvo en el *Hostage Case*, en los siguientes términos:

*“El problema de la subordinación de las unidades como base de establecer la responsabilidad criminal se vuelve importante en el caso de los jefes militares que poseen solamente mando táctico. Pero para el jefe general de un territorio ocupado quien está a cargo de mantener la paz y*

---

<sup>136</sup> Cfr. KITTICHAISEAREE, página 253

<sup>137</sup> Vid. En general, *Musema*.

*el orden, castigar el crimen y proteger las vidas y la propiedad, la subordinación es relativamente irrelevante. Su responsabilidad es general y no limitada al control de las unidades directamente bajo su mando.”*<sup>138</sup>

En la sentencia citada, sin embargo, el problema no es propiamente el que aquí exponemos, ya que no hay una desvinculación del subordinado a la institución, como en el caso de las poblaciones ocupadas. Lo que parece estar ausente es la vinculación subjetiva entre el superior y el subordinado, es decir, que los subordinados no se encontraban formalmente a cargo de ese determinado superior. Es evidente que los elementos de pertenencia a la institución compleja en distintos niveles jerárquicos está presente, pero no hay una asignación subjetiva de mando sobre los individuos específicos. Lo cierto es que este problema es más bien aparente, toda vez que el superior puede serlo *de facto*, de modo que incluso si se reconoce su mando o autoridad respecto de un aspecto de las funciones de los subordinados, de todos modos podrá ser hecho responsable por el mando.

En ese sentido, el Tribunal establece un deber de protección de la población sometida, pero en ningún caso establece la responsabilidad de los superiores por lo que haga esa población civil. Lo que hay ahí es una obligación diferente: Si parte de la población ocupada ataca a otra parte de la población ocupada, el superior podría ser responsable por su obligación de proteger a la población civil atacada, no por el mando sobre la población civil atacante.

---

<sup>138</sup> Citado en Mucić et al, trial chamber, 372. “[t]he matter of subordination of units as a basis of fixing criminal responsibility becomes important in the case of a military commander having solely a tactical command. But as to the commanding general of occupied territory who is charged with maintaining peace and order, punishing crime and protecting lives and property, subordination are [sic] relatively unimportant. His responsibility is general and not limited to a control of units directly under his command.”

Situaciones similares se han presentado en otros casos<sup>139</sup> y en ninguno ha sido la población civil ajena a la organización la que cometiera los crímenes.

El Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra es posiblemente la fuente de esta posición, en cuanto señala en su artículo 87 que:

*“Las Altas Partes Contratantes y las Partes del conflicto deben requerir de sus comandantes militares, con respecto a los miembros de las fuerzas armadas bajo su mando y otras personas bajo su control, prevenir y, cuando fuere necesario, suprimir y reportar a las competentes autoridades vulneraciones de la convención y este protocolo.”*<sup>140</sup>

Aquí se establece la obligación del comandante militar respecto de miembros de las fuerzas armadas bajo su mando, pero también de **otras personas bajo su control**. En los comentarios al Protocolo Adicional se ha entendido que la población civil de las zonas ocupadas sería propiamente a quienes se refiere con “otras personas bajo su control”. Señala:

*“El comandante del lugar (que ha sido ocupado por sus fuerzas) debe considerar que la población local que le ha sido confiada es sujeto de su autoridad en el sentido del artículo 87, por ejemplo, en el caso en que algunos habitantes tomaran algún tipo de acciones contra grupos minoritarios. El es responsable de reestablecer y asegurar el orden público y la seguridad tanto como le sea posible, y debe tomar todas las medidas que estén en su poder para lograrlo, incluso en relación con tropas que no están directamente subordinadas a él, si ellas están operando en su sector. Con mayor razón debe considerarlos a ellos como bajo su autoridad si cometen o intentan cometer cualquier quebrantamiento de las reglas de las Convenciones en contra de personas por las que es responsable”*<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Vid. En general, Pohl, Musema, Mucić et al, Toyoda, High command case.

<sup>140</sup> Protocolo Adicional Número I a la Cuarta Convención de Ginebra, art. 87. “The High Contracting Parties and the Parties to the conflict shall require military commanders, with respect to members of the armed forces under their command and **other persons under their control**, to prevent and, where necessary, to suppress and to report to competent authorities breaches of the Conventions and of this Protocol.”

<sup>141</sup> Comentarios del Protocolo Adicional. “(T)he commander on the spot must consider that the local population entrusted to him is subject to his authority in the sense of

Es interesante observar que aunque reconoce explícitamente la responsabilidad por los subordinados “indirectos”, lo fundamenta en el deber de protección sobre las zonas ocupadas e incluso, deriva su cometario a la situación en que subordinados parte de la institución cometieran crímenes contra dicha población. La diferencia, aplicando la clasificación de KAUFMANN<sup>142</sup>, sería que el superior respecto de los subordinados “directos” estaría vigilando una fuente de peligro, en cambio, respecto de los “indirectos”, estaría en obligación de proteger un bien jurídico. Esto parece apoyar la idea de que no estamos realmente frente a un caso de responsabilidad por el mando.

Más aún, esta posición no es posible reconciliarla con el texto del artículo 28 del Estatuto de Roma, toda vez que éste exige claramente la existencia de una relación superior-subordinado, mientras que el protocolo se refiere a “otras personas bajo su **control**”, entendiendo el control como algo distinto de un posición de superior.<sup>143</sup>

En definitiva, los subordinados indirectos no son realmente subordinados. Para que estemos frente a subordinados es necesario que ellos se encuentren en una vinculación con la organización compleja y que sea en virtud de la estructura organizativa, y no de la fuerza o coacción, que

---

*Article 87, for example, in the case where some of the inhabitants were to undertake some sort of pogrom against minority groups. He is responsible for restoring and ensuring public order and safety as far as possible, and shall take all measures in his power to achieve this, even with regard to troops which are not directly subordinate to him, if these are operating in his sector. A fortiori he must consider them to be under his authority if they commit, or threaten to commit, any breaches of the rules of the Conventions against persons for whom he is responsible.”*

<sup>142</sup> Cfr. KAUFMANN, páginas 289 y 290. Vid. también la referencia en GARCÍA CAVERO, página 338.

<sup>143</sup> En todo caso, si interpretamos control como una forma de vincular al superior *de facto* con los subordinados, nos encontraremos, entonces, que se excluiría a los subordinados “indirectos”. Sin embargo, aquí hemos expresado el desacuerdo con la identificación de la posición de control con la calidad de superior, tal como los comentarios del protocolo han excluido la interpretación de que estaríamos hablando de subordinados de superiores *de facto*.

se encuentren en la obligación de seguir órdenes de un superior. En el caso de los subordinados “indirectos”, en realidad estamos frente a un caso de personas “sometidas” al control de otro y no de subordinados.

Si este “sometimiento” entrega obligaciones de control y si del incumplimiento de esas obligaciones de control se puede derivar la responsabilidad penal del superior que no la ha ejercido no es un asunto que corresponda abordar en esta investigación.

#### **14. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO**

A través del presente capítulo se ha podido definir exactamente en qué consiste la relación superior-subordinado, comprendiendo todos sus elementos y qué rol juega cada uno, así como su ubicación sistemática dentro del tipo objetivo.

En ese sentido, se puede entender que el concepto de superior tiene elementos normativos y fácticos.

En primer lugar, tenemos que en el centro de la relación superior subordinado está la vinculación de los individuos con una organización compleja y que sólo en relación a dicha organización es que justifica la existencia de la institución de la responsabilidad del superior. Esto se debe a que las órdenes del superior son impuestas principalmente por el hecho de que detenta una posición jerárquica superior que la del subordinado y no sólo por sus características personales.

Esto nos permite concluir que los superiores pueden ser militares o no militares, mientras que estén vinculados con la organización (sin perjuicios que, precisamente por la naturaleza de esa vinculación, puedan tener reglas distintas).

En el mismo sentido, no hay problema en entender que los superiores *de facto* pueden ser igualmente hechos responsables, siempre que al interior de

la organización sean reconocidos como superiores: el fundamento de punibilidad sigue siendo el mismo.

Por otro lado, se ha establecido que es fundamental distinguir entre los conceptos de mando (o autoridad) y de control efectivo. El mando se refiere a la capacidad jurídica del superior de imponer órdenes a los subordinados, lo que es el fundamento normativo del tipo: si no tiene esa capacidad, es irrelevante la existencia de la organización compleja. El control efectivo, en cambio, simplemente es un presupuesto fáctico de (cuasi)causalidad, en relación a que el superior tenga la capacidad de evitar la comisión de los crímenes de base.

En base a esta estructura, las conclusiones de los problemas específicos resultan evidentes, en cuanto a que no hay problema en hacer responsable a los superiores cuando existen vinculaciones múltiples, inmediatez o mediatez en el mando y casos de delegación de funciones.

Por último, cabe excluir de la institución los casos de subordinados indirectos, por no cumplirse el presupuesto de vinculación a la organización compleja.

## **15. SOBRE LA RELACIÓN SUPERIOR SUBORDINADO EN EL DERECHO CHILENO.**

La ley chilena no desconoce el concepto de superior y, en distintas formas lo había recogido en el Código Penal<sup>144</sup>. En distintos artículos se habla de caudillos<sup>145</sup>, jefes<sup>146</sup>, jefes principales<sup>147</sup> y subalternos<sup>148</sup>. Incluso

---

<sup>144</sup> Vid. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 99.

<sup>145</sup> Artículos 122 y 129 del Código Penal chileno.

<sup>146</sup> Artículo 293 del Código Penal chileno.

<sup>147</sup> Artículo 131 del Código Penal chileno.

<sup>148</sup> Vid. Nota al pie anterior.

reconoce a los superiores *de facto* como “los que hubieran ejercido el mando en ella (la asociación ilícita)”.<sup>149</sup>

Sin embargo, la responsabilidad por el mando como está concebida en este trabajo sólo aparece con el artículo 35 de la ley 20.357 en los siguientes términos:

*“Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.*

*La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.”<sup>150</sup>*

El artículo 35 de la ley recoge todos los elementos de la relación superior subordinado en los términos en que aquí ha sido descrita.

En primer lugar, no cabe duda que la disposición requiere tener como telón de fondo la existencia de la organización compleja como lo hemos explicado en este capítulo.

Asimismo, se reconoce expresamente la posibilidad de que sean responsables los superiores militares y no militares, al referirse a “*autoridades o jefes militares*”.

Respecto a las distintas posiciones en la jerarquía institucional no se hace mención expresa, por el contrario, pareciese que se prescinde de ella. En lugar de decirse que deben impedir los crímenes cometidos por sus subordinados se refiere a los crímenes cometidos por “otros”. Esto pareciere establecer una posición de garante general para el superior. Sin embargo, una interpretación adecuada nos debe llevar que el vocablo “otros” se refiere a que son personas distintas al superior, que el superior

---

<sup>149</sup> Artículo 293 del Código Penal chileno.

<sup>150</sup> Artículo 35 Ley 20.357.

no participa directamente en el hecho, lo que sería una forma distinta de responsabilidad. Así, de la propia idea de autoridad o de jefe debe extraerse que sólo tienen la posición de garante respecto de sus propios subordinados. Si no fuera así, no tendría sentido limitar la norma a jefes militares o autoridades y se podría crear un deber general de evitar los ilícitos para quienes puedan hacerlo.

También expresamente se reconoce que los superiores pueden serlo *de facto*, lo que ya existía como hemos dicho<sup>151</sup>, en el delito de asociación ilícita. En el artículo 35 de la ley 20.357 se señala que “*Serán sancionados como autores por los delitos de esta ley las autoridades o los jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales...*”, tomando el concepto casi textual del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En cuanto a la diferencia de mando y autoridad, aunque no la establece expresamente, no puede más que extraerse de la diferenciación que hace el artículo 35 entre autoridades y jefes militares. Si no se hace la diferencia, no tendría sentido la distinción: en un sentido amplio, los jefes militares también son autoridades en su ámbito. También esto se extrae de que el artículo 35 se refiere a los jefes no militares como “autoridades”.

Finalmente, en cuanto al control efectivo, está recogido en los términos en que ha sido recogido por los tribunales *ad-hoc*<sup>152</sup>, como la capacidad de evitar el hecho, en cuanto señala: “(será considerado autor el superior que respecto a la comisión por otro) *no la impidiere, pudiendo hacerlo*”<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Vid. nota al pie 148.

<sup>152</sup> Vis. *Supra* capítulo II, 9.

<sup>153</sup> Artículo 35 de la Ley 20.357.

## CAPÍTULO III

### NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR.

#### 1. GENERALIDADES

El artículo 28 del Estatuto de Roma señala que el superior “*será penalmente responsable por los crímenes de competencia de la Corte que hubieren sido cometidos... en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas* (que cometen los crímenes de base)...”<sup>154</sup>. Esto lleva a plantearse cuál es la naturaleza de la responsabilidad de los superiores. Como señala la pregunta que da el subtítulo al artículo de NERLICH sobre el artículo 28: ¿Por qué cosa exactamente es hecho responsable el superior?<sup>155</sup>.

Existe unanimidad en cuanto a reconocer que lo que describe el artículo 28 del Estatuto de Roma es una conducta omisiva,<sup>156</sup> sin embargo, ese es el único acuerdo claro que hay respecto a la naturaleza de la conducta y el título al cual se imputa al superior.

La pregunta tiene varias aristas que serán tratadas en este capítulo. En primer lugar, corresponde determinar si la responsabilidad del superior representa un tipo autónomo, es decir, el superior es hecho responsable por el delito de infracción al deber de vigilancia, o si, en cambio, es una forma de comisión o participación de los delitos señalados en el artículo 5 del Estatuto de Roma<sup>157</sup> que realizan de propia mano los subordinados. La implicancia de tomar una u otra posición será relevante en varios sentidos.

---

<sup>154</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 28.

<sup>155</sup> Cfr. NERLICH, ya en el mismo título del trabajo.

<sup>156</sup> Cfr. AMBOS, *La Parte General...*, página 296, WERLE, página 226, BONAFE, página 604, MELONI, página 620.

<sup>157</sup> Señala el artículo 5° del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad

En primer lugar, tomar la primera opción implica que estamos frente a un tipo penal autónomo, en cambio la segunda posición significará considerarlo un autor o partícipe en los hechos de sus subordinados.

En segundo lugar, la gravedad del hecho difiere en uno y otro caso. Así, es más grave un partícipe en un crimen internacional que quien ha cometido una simple falta a sus deberes, lo que puede significar diferencias sustanciales en la cuantía de la condena.

Por otro lado, optar por la primera posición (tipo autónomo) permite explicar con claridad las obligaciones de castigo y denuncia, que son simplemente otras obligaciones que el superior puede incumplir, mientras que bajo la segunda interpretación (forma de participación) serán totalmente incoherentes con la institución<sup>158</sup>.

Por último, desde el punto de vista del tipo subjetivo, la segunda posición no puede conciliarse con una responsabilidad por culpa, dado que no se puede concebir la participación culposa en un hecho doloso. Todos estos temas serán analizados en este capítulo.

Luego de esto, se explicará como la conducta del superior no es un asunto simplemente formal, sino que requiere de la existencia de una posición de garante que fundamente su punibilidad y cuál sería la fuente de dicha posición de garante. Esto es lo que, en definitiva, le dará su verdadero alcance a la responsabilidad por el mando.

---

*internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:*

- a) El crimen de genocidio;*
- b) Los crímenes de lesa humanidad;*
- c) Los crímenes de guerra;*
- d) El crimen de agresión.*

*2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”*

<sup>158</sup> Esto lleva a NERLICH a sostener que estamos frente a “cuatro formas de responsabilidad del superior”, NERLICH página 667.

Por último, cabe preguntarse la conexión entre los crímenes de base y la conducta del superior: ¿Es el superior un autor de su propio delito, es un coautor en conjunto con los subordinados, es autor mediato de los delitos cometidos por los subordinados o un cómplice de ellos?

## 2. TIPO POR EL QUE RESPONDE EL SUPERIOR

La primera pregunta que corresponde hacerse es por cuál tipo penal responde el superior. El artículo 5 del Estatuto de Roma señala que:

*“1. La competencia de la Corte se **limitará** a los crímenes **más graves** de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:*

- a) El crimen de genocidio;*
- b) Los crímenes de lesa humanidad;*
- c) Los crímenes de guerra;*
- d) El crimen de agresión.”<sup>159</sup>*

A través de esta disposición se limita la competencia de la Corte a cuatro delitos generales, que son, a su vez, los delitos más graves para la comunidad internacional: Genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión<sup>160</sup>. Los artículos 6, 7 y 8 exponen que se entiende por esos crímenes, siguiendo el modelo anglosajón de entregar vastos ejemplos. En ninguno de esos casos se expone como delito autónomo la responsabilidad del superior. ¿Es posible sostener, de todos

---

<sup>159</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 5.

<sup>160</sup> El número del artículo 5 del Estatuto de Roma señala que: *“La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.”* Esta definición no se ha hecho, de modo que el crimen de agresión no se encuentra implementado aún.

modos, que se trata de un delito especial? La controversia está correctamente expresada por BONAFÉ:

*¿(es) la responsabilidad por el mando un medio para sostener indirectamente la responsabilidad penal del superior **por los actos criminales realizados por sus subordinados**? O, más bien ¿Es el superior perseguible **por su propia conducta punible**, esto es, por no haber prevenido dichos crímenes o por no habar castigado a sus responsables?*<sup>161</sup>

En definitiva, estamos frente a dos posiciones distintas: Una considera que en la responsabilidad por el mando es un delito especial que sólo puede cometer el superior y que consistiría en no ejercer de manera adecuada las obligaciones de vigilancia. La segunda posición considera que la responsabilidad por el mando es una forma de participación o un caso de coautoría del superior en el delito de los subordinados, es decir, es cómplice o coautor de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, etc. Esta segunda posición es la que se considera correcta a lo largo de esta investigación.

Optar por una u otra concepción no es un asunto de interés meramente dogmático: la gravedad del hecho difiere en uno y otro caso. Así, es más grave un partícipe en un crimen internacional que quien ha cometido una simple falta a sus deberes, lo que ha significado en la práctica que ha ciertos superiores se les impongan penas bajas para la participación que tuvieron.<sup>162</sup>

Por otro lado, considerar que es un delito autónomo permite aceptar las obligaciones de castigo y denuncia, que suceden luego de cometido el

---

<sup>161</sup> BONAFÉ, página 603. “...*is command responsibility a means of indirectly holding a superior responsible **for the criminal acts carried out by his o her subordinates**? Or rather, is the superior criminally liable **for his or her personal misconduct**, that is, for not having prevented such crimes or for not having punished those responsible?”*

<sup>162</sup> Más adelante en este capítulo se comentará la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso de *Hadžihasanović y Kubura*.

hecho, mientras que bajo la primera interpretación serán totalmente incoherentes con la institución y deberán interpretarse acorde con ella.

Por último, desde el punto de vista del elemento interno, si se considera que es una forma de participación en el hecho de los subordinados, necesariamente tendremos que excluir hipótesis de responsabilidad por el mando culposas<sup>163</sup>.

## **2.1LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR COMO DELITO ESPECIAL**

Esta posición, aunque más reciente, está tomando cierta fuerza en la doctrina y jurisprudencia de los tribunales *ad-hoc*<sup>164</sup>. Señala AMBOS que:

*“El artículo 28 puede ser caracterizado como un crimen especial de omisión ya que permite perseguir al superior sólo por la ausencia de una supervisión y control adecuados de sus subordinados, pero no, la menos no directamente, por los crímenes que ellos cometan.”*<sup>165</sup>

Luego, señala que dichos delitos se imputan directamente a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la omisión de prevenir que ocurrieran. Agrega que, entonces, estamos frente a una omisión simple y no ante una comisión por omisión<sup>166</sup>. Señala luego que:

---

<sup>163</sup> Este problema sólo se refiere al elemento cognoscitivo. Respecto al elemento volitivo no existe duda de que sólo se acepta la comisión dolosa. Esto se analizará en detalle *Infra* capítulo IV, 3.

<sup>164</sup> Vid. en general, *Mucić et al, Kayishema*.

<sup>165</sup> AMBOS, *Superior Responsibility*, página 833. “Article 28 can be characterized as a genuine offense of separate crime of omission, since it makes the superior liable only for a failure of proper supervision and control of his or her subordinates but not, at least not “directly”, for the crimes they commit”

<sup>166</sup> En este punto, parece aceptar el criterio de clasificación de la omisión en propia o impropia según si se le atribuye o no un resultado a la acción.

*“Entonces, el artículo 28 es un crimen de omisión separado consistente, a nivel objetivo, en la omisión (failure) del superior de supervisar adecuadamente a sus subordinados.”<sup>167</sup>*

### **2.1.1 RELACIÓN ENTRE LA CONDUCTA DEL SUPERIOR Y LOS CRÍMENES DE BASE.**

Bajo esta concepción cabe preguntarse, entonces, qué representan los crímenes de base cometidos por lo subordinados dentro de la estructura del delito de omisión de la supervigilancia de los subordinados.

En efecto, si lo que decimos es que se castiga al superior simplemente porque no ha ejercido adecuadamente sus obligaciones de vigilancia, no sería necesario esperar a que los subordinados cometieran crímenes de base para castigarlo. ¿Por qué, entonces, sólo se castiga el hecho si los subordinados cometen o al menos se proponer cometer los ilícitos de base?

Para explicar el rol de los crímenes de los subordinados dentro de la concepción de la responsabilidad del superior como un delito autónomo se pueden dar al menos las siguientes explicaciones: (1) Son una condición objetiva de punibilidad o, (2) son una forma objetiva de acreditar la existencia de la falta al deber de vigilancia.

### **2.1.2 LOS CRÍMENES DE BASE COMO CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD O FORMA DE ACREDITAR LA FALTA.**

Una primera posibilidad es sostener que los crímenes de base se trataría de una condición objetiva de punibilidad<sup>168</sup>, es decir, un caso en que

---

<sup>167</sup> AMBOS, *Superior Responsibility*, página 833. “Thus, Article 28 is a separate crime of omission that consists, on an objective level, of the superior’s failure properly to supervise subordinates”

las “*acciones típicamente antijurídicas y culpables no son merecedoras de pena sino a condición de que se produzcan determinados acontecimientos, ajenos a la acción misma del hechor, y por lo común no dependientes de su voluntad, pero que dotan a ese hecho de la relevancia jurídica que la ley considera indispensable para que se justifique la sanción*”<sup>169</sup>.

No son parte de la acción ni pertenecen al tipo objetivo, “*ni son de las que se suponen indispensables para la plena configuración del hecho, sino que su concurrencia aparece como eventual, pero necesaria para castigar la conducta*”<sup>170</sup>.

Hay buenas razones para rechazar esta interpretación. En primer lugar, se puede observar que en el elemento interno<sup>171</sup> se exige **conocimiento** (dependiendo de la interpretación exactamente qué tipo de conocimiento) de que se pretende cometer crímenes de base. Si los crímenes de base son simples condiciones objetivas de punibilidad, qué relevancia tendría el conocimiento del superior de la existencia de estas condiciones. En efecto, si se entiende que ya ha realizado la conducta típica, antijurídica y culpable, para qué exigir, además, que sepa de la comisión de los crímenes de base, que es una mera condición para que se considere el hecho como punible. No es posible dar una respuesta satisfactoria a esto.<sup>172</sup>

En todo caso, incluso si aceptáramos que se trata de condiciones objetivas de punibilidad, estaríamos frente a los que JESCHECK ha

---

<sup>168</sup> En la práctica, nadie dentro de la doctrina sostiene esta posición. La única referencia al respecto es cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 833, que la rechaza expresamente, en los términos que aquí se explican.

<sup>169</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 9

<sup>170</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 13.

<sup>171</sup> El artículo 28 señala al respecto que para hacer responsable al superior, es necesario que éste: “*Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*”, Vid. *Infra* capítulo IV, 7 y siguientes.

<sup>172</sup> En todo caso, el aspecto interno de la responsabilidad por el mando será analizado en el capítulo siguiente. Vid. *Infra* capítulo IV.

llamado “*condiciones de punibilidad impropias*”<sup>173</sup>. Señala que “*Un primer grupo de ellas constituyen causas de agravación encubiertas, que con arreglo a su esencia pertenecen al tipo de injusto, pero que formalmente se hallan configuradas como condiciones de punibilidad porque el legislador quiere sustraerlas de la exigencia del dolo o imprudencia. Materialmente encierran restricciones del principio de culpabilidad por razones político criminales*”<sup>174</sup>.

Agrega que “*Por otra parte, entre las condiciones de punibilidad impropias se encuentran elementos que en realidad no son más que circunstancias del hecho enmascaradas que fundamentan la pena y que también por exclusivas razones político criminales se hallan formalmente desgajadas de las esferas de injusto y culpabilidad*”<sup>175</sup>.

El primer caso de condición de punibilidad no coincide exactamente con la responsabilidad por el mando, toda vez que, en realidad, no existen propiamente agravantes en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sin embargo, sí pueden tener el efecto de que se considere como de mayor entidad una mera infracción de deber. Dogmáticamente, permite que observemos el peligro que entraña optar por una posición que implique aceptar un tipo de mera infracción que incluya un resultado.

El segundo caso de condición de punibilidad es el que más se ajusta a lo que hemos dicho. Precisamente el resultado (los crímenes de base) es una parte del tipo y, por tanto, tiene que ser objeto de los elementos del tipo, especialmente en su aspecto subjetivo, por tanto, sustraerlos del tipo, simplemente es una forma de vulnerar el principio de culpabilidad, por ausencia de tipicidad subjetiva.

---

<sup>173</sup> JESCHECK, Volumen Segundo, página 765.

<sup>174</sup> JESCHECK, Volumen Segundo, página 765.

<sup>175</sup> JESCHECK, Volumen Segundo, página 766.

Por otro lado, si observamos el artículo 28, expresamente señala que los crímenes de base deben haberse cometido “**en razón de** no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”<sup>176</sup>.

Sobre este aspecto de la exigencia legal AMBOS ha dicho que “*El significado de este elemento adicional (a la relación superior-subordinado, el conocimiento y la no evitación o represión de los hechos) y su posición dentro de la concepción general del artículo 28 del Estatuto de la CPI es aún incierto*”<sup>177</sup>.

¿Por qué agregar este requisito que no había sido necesario en las experiencias anteriores? ¿Cuál es su aporte concreto? ¿Qué problemas presenta?

Lo cierto es que del propio texto se extrae con claridad que lo que se está exigiendo es una relación de “causalidad” o al menos una aportación, entre la conducta del superior y los crímenes de base. Todavía más clara es la versión en inglés del estatuto de Roma que señala a los crímenes de base como “*as a result of* (la omisión del superior).”<sup>178</sup>

Esto es aceptado incluso por quienes sostienen la autonomía penal del tipo de responsabilidad por el mando<sup>179</sup>. ¿Cómo se explica, en ese contexto, entonces, la vinculación de la conducta del superior con la de los subordinados?

---

<sup>176</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28.

<sup>177</sup> AMBOS, *La parte general...*, página 236

<sup>178</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28.

<sup>179</sup> Señala AMBOS que “*The requirement that the crimes of the subordinates be ‘a result’ of the superior’s ‘failure to exercise control properly’ implies a causal relationship between the superior’s failure and the subordinates commission of crimes*”, es decir, “*El requerimiento de que los crímenes de los subordinados sean “en razón” de la omisión del superior ejercer adecuadamente el control implica una relación causal entre la omisión del superior y la comisión de crímenes del subordinado*”. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 842.

AMBOS señala que son un punto de referencia de la omisión de supervisión del superior, es decir, permite determinar la existencia de la omisión del deber de vigilancia<sup>180</sup>.

Sin embargo, el problema sigue siendo exactamente el mismo que considerarlo una condición objetiva de punibilidad: si es un simple asunto probatorio que permite determinar la existencia de la falta al deber de vigilancia, qué relevancia puede tener que el superior tenga conocimiento de la comisión de esos ilícitos.

La construcción que hacen quienes defienden la posición de que se trata de un delito especial normalmente suelen extender los límites de la responsabilidad por el mando a casos de mera negligencia, señalando que no es posible concebir participación culposa en un hecho doloso, porque falta el requisito de la convergencia intencional.

AMBOS sostiene que en el caso en que exista convergencia intencional, es decir, la conciencia de estar ayudando a la comisión del hecho, habría complicidad, pero que en la mayoría de los casos de responsabilidad por el mando eso no será así.<sup>181</sup> Esto implica que se puede responder por dos delitos: la falta al deber de vigilancia y complicidad en el hecho de base.

Lo mismo ha señalado el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Kayishema*:

*“El encontrar responsabilidad bajo el artículo 6(1) (responsabilidad individual) no impide encontrar responsabilidad adicionalmente, o alternativamente, bajo el artículo 6(3) (responsabilidad por el mando). Las dos formas de responsabilidad no son mutuamente excluyentes. El Tribunal debe, entonces, considerar ambas formas de responsabilidad a efecto de reflejar plenamente la culpabilidad del acusado a la luz de los hechos.”*<sup>182</sup>

---

<sup>180</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 833.

<sup>181</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 834.

<sup>182</sup> *Kayishema*, parrafo 210. “*The finding of responsibility under Article 6(1) (responsabilidad individual) of the Statute does not prevent the Chamber from finding*

Lo cierto es que esto implica asumir una extensión desmedida a la responsabilidad. Si entendemos que la responsabilidad por el mando sólo puede ser dolosa<sup>183</sup>, podemos limitar la institución a ámbitos de **cooperación**, en los que debe existir convergencia intencional. Curiosamente, entonces, lo normal sería que el superior fuera a la vez hecho responsable por ambas clases de responsabilidad. Observando un ejemplo simple: El superior sabe que sus subordinados van a cometer un ilícito. No hace nada por detenerlos. Según la tesis de AMBOS esto significaría que incurre en dos clases de responsabilidad: Una por infringir su deber de vigilancia y otra por colaborar (mediante su omisión) con los crímenes de base.

Así, siguiendo la tesis de AMBOS, toda infracción al deber de vigilancia implicaría que existe un concurso ideal de delitos y a la inversa, todo delito en que exista un superior responsable implicaría a la vez un concurso ideal con responsabilidad por el mando. En definitiva, nunca podría concebirse la responsabilidad por el mando como único delito. Esta multiplicación de las sanciones del superior no se condice con el disvalor de lo realizado e implica una elevación inaceptable de la punibilidad.

Ante los evidentes problemas de este planteamiento de AMBOS, NERLICH intenta hacer una construcción que devuelva la coherencia a la institución, estableciendo la existencia de 4 diferentes formas de responsabilidad<sup>184</sup>. La que constituye el núcleo central, en que el superior actúa de forma dolosa y antes del hecho, es la única que realmente constituye responsabilidad por el mando y representa una forma de

---

*responsibility additionally, or in the alternative, under Article 6(3) (responsabilidad por el mando). The two forms of responsibility are not mutually exclusive. The Chamber must, therefore, consider both forms of responsibility charged in order to fully reflect the culpability of the accused in light of the facts.*“

<sup>183</sup> Vid. *Infra*, capítulo IV.

<sup>184</sup> Cfr. NERLICH, página 667

participación en el ilícito de los subordinados. Las otras hipótesis (se actúa culposamente, es decir, con falta de conocimiento, antes del hecho, se actúa dolosamente después del hecho y se actúa culposamente después del hecho) no es posible considerarlas como verdaderas formas de responsabilidad por el mando, pero podrían ser delitos independientes.

Así, en definitiva, sólo en el caso de **hipótesis culposas** –para quienes aceptan que las pueda haber– la condena podría ser sólo por la responsabilidad por el mando. Lo mismo si se actúa dolosamente después del hecho.

Al final, contrario a lo que señala el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, no se reflejará correctamente la responsabilidad del superior si por una sola intervención en el hecho lo hacemos responsable de dos modos distintos. Es decir, la responsabilidad individual como participación en el hecho, es mutuamente excluyente con la responsabilidad por el mando, toda vez que representan exactamente el mismo desvalor de la acción: el aporte del superior a un hecho de los subordinados. Una interpretación distinta incluso vulneraría el principio de *ne bis in idem*, siendo antojadiza y pretendiendo extender los límites de una institución que ya nace como una forma de, precisamente, extender la responsabilidad criminal.

A la vez, en los casos que sí son de responsabilidad por el mando, se desconoce su verdadera naturaleza, sancionando de manera errada las conductas. En este sentido, la reciente sentencia de *Hadžihasanović* y *Kubura* de la Cámara de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, condenaron sólo sobre la base de responsabilidad por el mando a los dos acusados condenándolos a tres años y medio y 2 años respectivamente, en base al razonamiento del tribunal de primera instancia, que sostuvo que estábamos ante una falta al deber de vigilancia

solamente.<sup>185</sup> Una sanción sumamente baja para la naturaleza de los actos cometidos por los subordinados y que sólo se explica si se entiende que estamos frente a un tipo especial de menor lesividad.

Esta construcción jurisprudencial implica convertir la responsabilidad por el mando en una suerte de delito de peligro abstracto con resultado de lesión<sup>186</sup>. Un delito absolutamente “*sui generis*”<sup>187</sup>, como reconoce el propio tribunal, que, en realidad, no tiene ningún asidero en las consideraciones dogmáticas que existen hoy en día.<sup>188</sup>

---

<sup>185</sup> *Appeals Chamber, Hadžihasanović y Kubura*, páginas 133 y 134.

<sup>186</sup> Distinto de los delitos de peligro en que el resultado es la peligrosidad. En estos casos, se entiende que la conducta del sujeto genera, como resultado una situación de peligro (en la práctica, son delitos de peligro concreto), lo que no tiene sentido lógico en este caso, toda vez que, de existir un peligro creado por el sujeto, se concretó en una lesión, por lo que, entonces, es un delito de lesión y no de peligro, como, precisamente, se sostiene en el presente trabajo. Al respecto, Vid. MALDONADO, páginas 34 y siguientes.

<sup>187</sup> Trial Chamber caso *Halilović Trial Judgement*, párrafo 78.

<sup>188</sup> Esto no tiene que ver con la naturaleza ontológica naturalística de la responsabilidad del superior, sino que sólo en la forma en que ha sido concebido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es posible concebir una norma en que la responsabilidad sea culposa y que represente (¡por lo tanto!) un delito especial. Por ejemplo, la regulación del §130 de la OWiG alemana señala: „(1) *Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.* (2) *Betrieb oder Unternehmen im Sinne des Absatzes 1 ist auch das öffentliche Unternehmen.*“<sup>188</sup>

En este caso sí se está castigando la mera falta administrativa. ¿Por qué es distinto al artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional?

Principalmente porque no se encuentran presentes las dos razones que hemos considerado como objeciones a que sea considerado como un delito autónomo. Primero, no exige el **conocimiento** de que los subordinados van a cometer el delito y, en segundo lugar, no **conecta causalmente** la acción del superior con la de los subordinados, sino que de una manera mucho más tenue que el de la omisión impropia: los actos debieron verse dificultados.

Esto es perfectamente posible desde el punto de vista de la política criminal interna de una nación, pero no se condice ni con el texto del Estatuto de Roma, ni con su espíritu de castigar solamente las conductas más graves que afecten a la comunidad internacional.

### **2.1.3 LA CONDUCTA EXIGIDA AL SUPERIOR: PREVENIR O REPRIMIR LOS CRÍMENES DE LOS SUBORDINADOS.**

El deber de vigilancia del superior implica diversas conductas, una de las cuales es prevenir o reprimir la comisión de crímenes por parte de los subordinados. Así, si no impide los crímenes ya está faltando a su deber de vigilancia. Por el contrario, si cumple con esa obligación será impune, como expresamente reconoce el artículo 28<sup>189</sup>.

Entonces, no es difícil entender que **la única infracción relevante al deber de vigilancia será precisamente no prevenir o reprimir** la comisión de crímenes por parte de los subordinados. Veámoslo de la siguiente forma: Un superior crea las condiciones para que los subordinados cometan crímenes. Por ejemplo, ha señalado expresamente que un día determinado no habrá vigilancia sobre ellos. Posteriormente el superior se entera que los subordinados van a cometer ciertos crímenes. El superior tiene dos posibilidades, prevenir esos crímenes y quedar impune o no prevenirlos y ser responsable, no ya por haber creado las condiciones para que se cometieran, si no que por no haberlos evitado.

Ya **implica una falta al deber de vigilancia el hecho de no impedir la comisión de crímenes** de competencia de la Corte por parte de los subordinados<sup>190</sup>. Si hay dolo en esa omisión ya implica una forma de colaboración (o incluso autoría, como veremos a continuación).

---

<sup>189</sup> El artículo 28 señala a este respecto: que el superior será responsable sólo si: “*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.*”

<sup>190</sup> Así, WERLE: “*Si el superior no impide que el subordinado cometa un crimen de derecho internacional se produce al mismo tiempo una falta del control adecuado. En este supuesto no es necesario exigir una infracción adicional del deber de vigilancia*”. WERLE, página 237.

#### 2.1.4 DOBLE FRAGMENTARIEDAD DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU INCOMPATIBILIDAD CON UNA MERA FALTA AL DEBER DE VIGILANCIA.

Por otra parte, el ya referido artículo 5° señala que el Estatuto de Roma tiene competencia sólo para los delitos más graves que se puedan concebir dentro de la comunidad internacional, esto refrenda lo señalado por el artículo 1° del Estatuto de Roma:

*“La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los **crímenes más graves** de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto...”<sup>191</sup>*

Según el llamado principio de fragmentariedad, lo que justifica la intervención penal es, por un lado, la relevancia del bien jurídico y, por otro, la naturaleza del atentado en su contra<sup>192</sup>. En ese sentido, se preferirán bienes jurídicos más importantes, antes que bienes jurídicos menos importantes, y se preferirá afectaciones serias a ese bien jurídico y que sean dolosas. En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se expresa un requisito adicional: además, dentro de esas conductas que legítimamente pueden ser consideradas delitos, se eligen aquellas más graves. De algún modo hay una “doble fragmentariedad” del Derecho Penal Internacional.

Dentro de ese contexto, no parece adecuado considerar punible una mera falta al deber de vigilancia. No tiene la gravedad de ninguno de los otros delitos de competencia de la Corte y representa, en principio, un mero incumplimiento administrativo. De igual modo, pareciera concebirse como

---

<sup>191</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 1.

<sup>192</sup> Cfr. MIR PUIG, páginas 89 y 90. Vid *Supra*, Capítulo I, 9, nota al pie 72.

un delito de mero peligro, cuya gravedad debe ser considerada menor que el de uno de lesión.

Este mismo argumento debiera servir para rechazar cualquier hipótesis que considere que es posible una forma culposa de responsabilidad por el mando.

En definitiva, si aceptamos que la responsabilidad por el mando está estructurada como un delito autónomo, no queda más que considerarlo como una forma poco adecuada de responsabilidad que debe ser rechazada dentro del sistema de Derecho Penal Internacional (o al menos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional) por ser contrario a sus fines.

## **2.2 RESPONSABILIDAD POR EL MANDO COMO FORMA DE COMISIÓN O COLABORACIÓN AL DELITO DE BASE.**

Como hemos dicho, el artículo 28 es bastante claro en señalar que los crímenes de base deben haber sido cometidos “en razón” de la conducta del superior<sup>193</sup>. Esto, incluso desde un punto de vista meramente gramatical, hace evidente la exigencia de un resultado que se produzca gracias a la colaboración del superior. Ya hemos señalado que la versión en inglés exige que los crímenes sean cometidos “*as a result of*”<sup>194</sup> la falta al deber de vigilancia, lo que claramente establece el requisito de vinculación entre la acción del superior y los crímenes cometidos por los subordinados.

Ahora bien, el rechazo a esta hipótesis puede tener que ver con ciertas dudas sobre la naturaleza de la causalidad en las omisiones. La compleja pregunta de cómo un no hacer puede generar algún tipo de resultado.<sup>195</sup>

---

<sup>193</sup> Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>194</sup> Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>195</sup> Al respecto Vid. GIMBERNAT, *La causalidad...*, en general y, respecto al estado de la cuestión, páginas 9 y siguientes. Señala que, luego de analizar las posiciones actuales sobre la causalidad en la comisión por omisión, que “*De lo expuesto sobre*

En el presente trabajo consideramos adecuado un enfoque normativo al problema de la omisión, entendiendo por ésta no un simple no hacer<sup>196</sup>, si no que la vulneración misma de una norma preceptiva, es decir, un no hacer aquello a lo que se estaba jurídicamente obligado.<sup>197</sup> Esta posición es la que se considera mayoritaria hoy en día<sup>198</sup>

Así las cosas, desde un punto de vista meramente ontológico y naturalístico es imposible establecer la existencia de una omisión y mucho menos una causalidad entre la omisión y el resultado. La mayoría de los intentos en ese sentido han resultado ser fallidos.<sup>199</sup>

---

*cómo aborda la dogmática actual el problema de la (cuasi)causalidad de la omisión impropia se desprende la sensación de que estamos ante una situación sin salida...”* GIMBERNAT, *La causalidad...*, página 51.

<sup>196</sup> Una posición naturalista es la sostenida por WELZEL quien señala que “*Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación de una determinada acción.*” La posición de WELZEL no se basa en la constatación de un simple no hacer, sino que en la de no hacer una acción determinada. Sin embargo, no conecta esa acción determinada con una norma preceptiva. En ese sentido, su concepto de omisión sistemáticamente tiende a ubicarse más bien en la acción que en el tipo. WELZEL, página 240.

<sup>197</sup> CURY señala “*(omite) quien no hace aquello que de él se esperaba, porque era su deber hacerlo*”. CURY, página 674.

<sup>198</sup> Cfr. CURY, página 673, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, tomo I página 198 y 199, GARRIDO MONTT, página 235, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN, página 326, JAKOBS, con su particular concepto de acción, páginas 940 y 941,

<sup>199</sup> Entre distintas posiciones que han existido, hay algunas que destacan. Una primera, consiste en buscar la causalidad de la omisión en la conducta paralela que se realiza mientras la conducta debida se omite. Otros lo ven en la acción anterior a la omitida. Por último, otros la ven en la acción interna que desarrolla el individuo para reprimir el impulso de realizar la acción debida. GIMBERNAT expone de manera correcta las objeciones que demuestran lo ficticio de estas teorías: “*(contra la primera) se alega que si la madre deja morir de hambre al niño, entonces la causa del fallecimiento habría que buscarla... en la acción de tricotar unas medias que llevaba a cabo mientras no lo alimentaba, la cual, evidentemente, sólo se puede poner en conexión causal mecánica con las medias tejidas... (la segunda es errada porque) sólo podrían calificarse de omisión impropia... los supuesto de injerencia...*” Finalmente, contra la tercera posición, lo cierto es que ese contraimpulso es un acto meramente espiritual, pero, más importante aún, es que probablemente el impulso ni siquiera exista. Cfr. GIMBERNAT, *La causalidad...*, página 10.

Es por eso que hoy, por regla general, se recurre a criterios normativos que imputan ciertos resultados a conductas del delincuente.<sup>200</sup>

Los delitos de omisión con resultado han sido criticados en la doctrina<sup>201</sup> y, sin embargo, parece que de todos modos es necesario recurrir a dicha categorías para poder explicar algunos grupos de casos.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Existen varias posiciones que niegan que exista una conexión físico-causal entre la omisión y el resultado. La primera de ellas entiende a la causalidad como una “*categoría del pensamiento que ponen en relación antecedentes y consiguientes, como un proceso lógico cognoscitivo que explica un acontecimiento a partir de las condiciones (positivas y negativas) que lo han hecho posible.*” (GIMBERNAT, *La Causalidad...*, páginas 12 y 13). Es decir, se observa que la no concurrencia de un hecho permitió que el hecho sucediera, por lo que hay una conexión de causalidad. Una segunda posibilidad es la utilización de la *conditio sine non* a la inversa. Así, si agregando mentalmente una conducta debida se entiende evitado el hecho, ese hecho esa conducta es causante del resultado. Por otra parte, están los autores que derechamente niegan que exista un vínculo de causalidad. La base de la que parten es simplemente que un no hacer no puede causar algo. Desde un punto de vista lógico la nada no puede tener como efecto un resultado (idea ya representada en la frase latina *Nam nihil ex nihilo existere setentia est*). Así, lo que intenta hacer la doctrina es determinar que es posible conectar una omisión con el resultado si es posible que la acción debida hubiere podido evitar dicho resultado. Esto se puede llamar una relación de *causi-causalidad*. Esta noción adopta tres versiones diversas. La primera y dominante, considera que debe haber una altísima probabilidad de evitación, rayana en la seguridad. Una segunda, exige que haya derechamente seguridad. La tercera, finalmente, exige que haya un aumento del riesgo. Vid. En detalle vid. GIMBERNAT, *La Causalidad...*, páginas 11 a 53. En el artículo 28 del Estatuto de Roma se exige que el superior tenga control efectivo sobre los subordinados (Vid. *Supra* Capítulo II, 9), que ha sido entendido como la capacidad de evitar la comisión del ilícito. Esto, considero, excluye inmediatamente que pueda adoptarse la posición sobre el aumento del riesgo. Nos quedan así las posiciones que entienden que hay que tener la capacidad de evitarlo con una alta probabilidad y la que establece que tiene que existir seguridad. Entendiendo que podrían adoptarse cualquiera de las dos, consideramos que es muy raro, desde un punto de vista lógico, tener realmente la seguridad, más que en ciertos casos extremos, como el de la madre que deja de alimentar al hijo. Estos casos serán muy raros en la responsabilidad de los superiores, por lo que parece más correcto adoptar la posición relacionada con la alta probabilidad, si no queremos estar ante una disposición absolutamente inútil.

<sup>201</sup> Vid. en general, ETCHEBERRY, *Hacia el fin ....*

<sup>202</sup> JAKOBS propone el caso de la persona que saca el pie del freno en una pendiente y luego no vuelve a pisarlo causándole lesiones a un peatón. ¿Puede considerarse que hay alguna diferencia entre quien va manejando su auto y al ver a su enemigo pisa el acelerador o quien al ver a su enemigo no pisa el freno? El ejemplo busca equiparar acción y omisión, pero explica muy bien la necesidad de delitos de comisión por omisión. Cfr. JAKOBS, página 942.

Precisamente han sido las críticas a la comisión por omisión lo que ha llevado a que se excluyera de la parte general del Estatuto de Roma una norma general en ese sentido. Así, a diferencia de lo que sucede en muchos ordenamientos<sup>203</sup> **no** se establece que no evitar un resultado que se tenía el deber de evitar equivale a causar ese resultado. En muchos ordenamientos donde tampoco existe esa norma se aceptan, de todos modos, los delitos de comisión por omisión<sup>204</sup>. Este no parece ser el caso del Estatuto de Roma, toda vez que expresamente fue excluida una norma en ese sentido, principalmente por oposición francesa<sup>205</sup>.

El problema es que los delitos en los que coopera el superior son delitos de comisión, ¿Por qué entonces nos preocupa la comisión por omisión? Un tema mucho menos discutido es la participación y la coautoría por omisión. En la práctica, todas las conductas de participación y coautoría en delitos de comisión van a tener un elemento “causal” en relación a la comisión del ilícito, incluso en delitos meramente formales<sup>206</sup>. Normalmente, sin recurrir

---

<sup>203</sup> Señala el artículo 40 del Código Penal italiano: “*Non impedire un evento, che si ha l’obbligo giuridico di impedire, equivale e cagionarlo*”, es decir, “*No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo.*” El artículo 11 del Código Penal español señala que: “*Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.*” El Código Penal Alemán, señala en el § 13 que “*(1) Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal, sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produjera, y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante una acción. (2) La pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.*”

<sup>204</sup> Vid. sobre Chile ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, tomo I, páginas 201 y 202. Sobre España, Vid. MIR PUIG, página 301, sin perjuicio que el actual texto del Código Penal español establezca la equivalencia.

<sup>205</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 832.

<sup>206</sup> Vid. JESCHECK, volumen segundo, página 965. JAKOBS, página 811.

al requisito de causalidad se requiere un favorecimiento, al menos potencial.<sup>207</sup>

Así, en general se ha entendido que es una forma de participación en el hecho el caso de la “ama de llaves” que no cierra la puerta de noche para permitir que los ladrones entren en la casa.<sup>208</sup>

Estas son formas de actuación por omisión en que el resultado del delito o incluso sólo la conducta típica, se realizan de forma comisiva, pero en la que hay aportaciones omisivas.

La responsabilidad por el mando cae en este tipo de categorías: del superior se esperaba jurídicamente un comportamiento (la prevención o represión de los crímenes de base), pero omitió realizarla, razón por la cual los crímenes pudieron cometerse.

---

<sup>207</sup> En general, la doctrina sigue dos teorías: aquellos que consideran necesario un vínculo causal con el hecho y aquellos que sólo requieren un “favorecimiento”. Respecto a la teoría causal tiene relación con las teorías de la causalidad del resultado. La idea de favorecimiento, en cambio, tiene que ver con generar una mejor posición para el delincuente, sin que sea necesario, incluso, que sea utilizada. Ambos planteamientos pueden conciliarse si se entiende que el nexo causal o el favorecimiento deben serlo del hecho del ejecutor y no del resultado de la acción. Así, la mera “complicidad psíquica”, también implica un aporte causal, ya que compone el conjunto de elementos considerados por el autor. Si no existe conocimiento de la circunstancia de la ayuda y ella no es utilizada, no habrá complicidad (la mujer deja la puerta abierta, pero sin saberlo, el ladrón entra por una ventana). Sí la hay, en cambio si hay conocimiento de la colaboración y esta no se utiliza, como quien proporciona un arma que posteriormente no es utilizada. Sobre la distinción Vid. JESCHECK, página 964. Los ejemplos señalados en GARRIDO MONTT, tomo II, página 420.

<sup>208</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, página 100, CURY, página 629. GARRIDO MONTT, página 420. Sólo ETCHEBERRY señala expresamente que es aceptable la complicidad por omisión, siendo, curiosamente, el más reacio a aceptar la comisión por omisión. Tanto CURY como GARRIDO MONTT se refieren expresamente al caso de la criada que deja la puerta abierta, sin plantearse el problema de la omisión (entendiendo que “dejar abierta” no es lo mismo que “abrir”). Cfr. MIR PUIG, página 406, aunque duda por la exigencia del tipo de complicidad de que se trate de un “acto”. Cfr. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTON, página 638, reconoce expresamente la posibilidad de la complicidad por omisión. Cfr. AMBOS, *La parte general...*, página 258, tampoco se pronuncia sobre el problema de la omisión, pero acepta un caso de complicidad por omisión. Cfr. WERLE, página 283, en base a las sentencias de los tribunales *ad-hoc*, acepta directamente la complicidad por omisión.

En ese sentido, la causalidad no es “*sui generis*”, sino que es una forma ya conocida de aportación en el Derecho Penal, pero que necesitaba una mención expresa en el Estatuto de Roma, resolviendo ya sea una prohibición general (o al menos una falta de aprobación) de considerar la comisión por omisión como una forma de imputación, o resolviendo un problema que se podría presentar en la discusión dogmática, estableciendo con claridad el criterio que debe seguirse en un grupo de casos. En definitiva, el superior es responsable por el hecho de sus subordinados.

Disposiciones similares existen, por ejemplo, en el Código Penal Alemán, en que se señala en su § 357, titulado “Inducción de un subordinado a un hecho punible” que el superior es responsable por los delitos de sus subordinados con la misma claridad que en el Estatuto de Roma:

*“(1) Un superior que induzca o trate de inducir a sus subordinados a un hecho antijurídico en el ejercicio del cargo o que permita que suceda tal hecho antijurídico de sus subordinados, incurre en el castigo que amenaza a ese hecho antijurídico.”*<sup>209</sup>

Cabe señalar, eso sí, que la obligación de poner el asunto en conocimiento de la autoridad que tiene el superior presenta algunos rasgos distintos que analizaremos más adelante<sup>210</sup>.

### **3. CONSIDERACIONES SOBRE EL ORIGEN DE LA POSICIÓN DE GARANTE DEL SUPERIOR.**

#### **3.1 CLASIFICACIÓN DE LA OMISIÓN**

---

<sup>209</sup> Código Penal Alemán, parágrafo 357.

<sup>210</sup> Vid. *Infra*, Capítulo V, 4.

En el caso de quienes consideran a la responsabilidad por el mando como un delito autónomo buscan clasificarlo dentro de las categorías de omisión que se distinguen en doctrina.

Tradicionalmente se ha clasificado los delitos de omisión en aquellos que son de omisión propia o simple y aquellos que son de omisión impropia o de comisión por omisión.<sup>211</sup> Sin embargo, no hay absoluta claridad respecto de los criterios para distinguir un caso de otro.

Como punto de partida de este tema, podemos decir que existen dos grupos de casos simples que, por regla general, la doctrina clasifica de manera idéntica: El primer caso es el del delito que en la ley está descrito en forma omisiva y que no exige la producción de un resultado, por ejemplo, una norma que establezca una pena a quien no pague impuestos. La norma, en último término, reconoce la obligación de pagar impuestos e impone una sanción por no realizar una conducta positiva, es decir, impone una sanción por la omisión de dicha conducta. Aquí no se exige resultado alguno, el mero hecho de no realizar la conducta ya configura el tipo penal.<sup>212</sup>

El segundo caso no discutido es aquel en que la conducta está expresamente descrita en la ley en forma positiva y se vincula la conducta con un resultado, pero se reconoce que es posible realizarlo de manera omisiva<sup>213</sup>. En este grupo está todos los ejemplos clásicos de comisión por omisión, como lo son la madre que no alimenta al hijo, el guardavallas que

---

<sup>211</sup> Vid. *Infra* capítulo III, 3.2, nota al pie 220.

<sup>212</sup> Vid. *Infra* capítulo III, 3.2, nota al pie 220.

<sup>213</sup> En general, esto no crea problemas de *lege lata* en los Estados que han adoptado una cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión, como Italia, España o Alemania. Igualmente en Chile, sin cláusula de equivalencia, la generalidad de la doctrina acepta los delitos de comisión por omisión. Vid, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 203.

no desvía la dirección del tren que se estrella y el salvavidas que no rescata al bañista en peligro.<sup>214</sup>

Estos dos grupos tienen dos elementos diferenciadores: En primer lugar, la **descripción legal**. En un caso el delito está descrito típicamente como conducta omisiva (omisión simple), en cambio en el otro está descrito como conducta comisiva (comisión y por omisión) y, en segundo lugar, se diferencian porque en un caso no se requiere que la omisión provoque un **resultado** (omisión simple) y en el otro caso sí se requiere que a la conducta se pueda imputar un resultado (comisión por omisión).

La relevancia de esta clasificación se basa en que los delitos de comisión por omisión requieren que exista una **posición de garante** por parte del individuo que desarrolla la conducta, entendiendo como posición de garante la obligación que tiene el individuo de evitar que un determinado resultado se produzca, ya sea por proteger un bien jurídico o por el deber de controlar una fuente de peligro.<sup>215</sup>

Este asunto se enmarca en otro más general, que tiene que ver con el rechazo en cierta parte de la doctrina a aceptar a la omisión como equivalente a la acción en los delitos de resultado. Señala ETCHEBERRY que *“Se los ha acusado de ser una institución propia de un derecho autoritario; de reemplazar normas jurídicas por normas éticas o sociales; de no respetar estrictamente el principio de legalidad y de conducir inevitablemente a la analogía.”*<sup>216</sup> Y agrega:

*“La punibilidad de la comisión por omisión responde a la grave reprobación moral o social que merecen ciertos hechos cuya forma de comisión no está plasmada en tipos de comisión en las parte especial del derecho penal, y en las cuales la simple abstención de obrar no está tampoco sancionada en ella. Esta reprobación ético-social lleva al juzgador a asimilar la conducta reprobable a alguno de los tipos de*

---

<sup>214</sup> Vid. *Infra* capítulo III, 3.2, nota al pie 220.

<sup>215</sup> Según la clasificación de KAUFMAN. Cfr. KAUFMANN páginas 289 y 290

<sup>216</sup> ETCHEBERRY, *Hacia el fin...*, página 879.

*comisión que producen un resultado semejante al que en el caso concreto se produjo. De ello se deduce que el impulso que lleva a buscar el castigo sólo se desencadena cuando el resultado acaecido es lesivo para un bien jurídico de gran importancia (particularmente la vida, integridad corporal y otros muy valiosos).”*<sup>217</sup>

Concordamos, en general, con la crítica de ETCHEBERRY. No parece ser adecuado considerar procedente la imputación por comisión por omisión si no existe una disposición general que equipare a la omisión con la acción, aunque el autor lo rechace incluso en estos casos<sup>218</sup>. Sin perjuicio de dicha polémica, en el Estatuto de Roma no existe una norma general al respecto<sup>219</sup> y no se debe a un simple olvido o a la consideración de que no es necesaria una expresión en ese sentido, sino que a la oposición de algunos miembros de una regla en ese sentido, específicamente de Francia.<sup>220</sup>

### **3.2 LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO COMO CONDUCTA QUE EXIGE UNA POSICIÓN DE GARANTE**

Bajo la concepción de la responsabilidad por el mando en que es un delito especial y en que la causalidad juega un rol “sui generis” no es muy

---

<sup>217</sup> ETCHEBERRY, *Hacia el fin...*, página 898.

<sup>218</sup> Una opinión contraria la encontramos en WERLE, en base a dos argumentos. En primer lugar, considera que el Derecho Internacional consuetudinario aceptaría la comisión por omisión, en especial en algunas sentencias y, en segundo lugar, que la existencia de una norma general al respecto sería innecesaria. Cfr. WERLE, páginas 283 a 285.

<sup>219</sup> Sin perjuicio de esto, WERLE señala que existen ciertas normas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que sancionan omisiones. Como ejemplo señala provocar intencionalmente la inanición de la población civil en un conflicto armado, según el artículo 8.2 b) xxv). El caso es, a lo menos, discutible. El otro ejemplo sería, precisamente, el del artículo 28 del Estatuto de la Corte. Cfr. WERLE, página 283.

<sup>220</sup> Al parecer por una constante oposición de los juristas de ese Estado a considerar a la comisión por omisión como una forma de conducta punible en su propio Derecho interno. Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 832.

difícil considerar que es un delito de omisión simple, toda vez que no se exige la producción de un resultado.

Sin embargo, de la forma en que debe realmente entenderse la responsabilidad por el mando, es decir, como una forma de participación, tenemos que, por un lado, la conducta está descrita en forma omisiva (propio de la omisión simple) y que se exige un resultado (propio de la comisión por omisión)<sup>221</sup>. Por un lado, la relevancia de la distinción tiende a diluirse, pero por otra parte sigue siendo complejo determinar la naturaleza de la omisión del superior.

Entonces, teniendo características tanto de la omisión simple, como de la comisión por omisión la discusión se centra en determinar si, además de la descripción de la conducta en el Estatuto de la Corte Penal Internacional es o no necesario encontrar una posición de garante.

Por un lado, podríamos decir que con la descripción de la conducta en el Estatuto de Roma ya no se hace necesario encontrar una posición de garante y, por otro lado, podríamos decir que incluso con la descripción legal es necesario encontrar una posición de garante extra-penal.

En el primer caso podríamos entender que es la propia norma penal la que crea la posición de garante o que al menos cumple una función análoga

---

<sup>221</sup> En general, los autores optan por elegir una de las características y considerarla la relevante, así, por ejemplo, WELZEL (cfr. páginas 239 y 240) considera que lo relevante es la descripción típica, por lo que la responsabilidad por el mando sería un caso de omisión simple con resultado, y, de hecho, es de los pocos autores que señala expresamente el caso. En España, COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN (cfr. página 311), tal como MIR PUIG (cfr. página 299), se inclinan por considerar que lo relevante es el resultado. MUÑOZ CONDE (cfr. página 41) cree que los delitos de comisión por omisión deben estar, a la vez, descritos en términos positivos y exigir un resultado. Igual piensa JAKOBS (cfr. página 951) en Alemania. Mientras que la doctrina chilena (cfr. CURY, página 678. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 201) se ha inclinado por considerar que lo relevante es la exigencia de que se produzca un resultado, por lo que la responsabilidad por el mando sería un caso de delito de comisión por omisión. Interesante es el caso de GARRIDO MONTT (cfr. páginas 238 a 240) quien, conciente del problema, opta por una hacer una doble clasificación, según la formulación legal (propios e impropios) y según la necesidad de un resultado (de omisión propiamente tal y de comisión por omisión).

a la misma. En el segundo caso, con la mera descripción del tipo no podrá imputarse la responsabilidad al superior sin encontrar la fuente de la posición de garante.

El problema dogmático excede por mucho lo que se puede abordar en el presente trabajo y requiere un análisis general de la teoría de la omisión, sin embargo, es necesario hacer algunos comentarios al respecto.

Si se considera que la posición de garante o su equivalente se encuentra contenida ya en la descripción, la verdad es que no necesitaremos un elemento adicional y la conducta del superior ya será suficiente para fundar su imputación.

Ahora bien, la mera descripción del tipo no es suficiente para imputar un resultado a un individuo<sup>222</sup>. De algún modo, la norma penal puede castigar la producción de un resultado, pero no podría establecer que esa conducta es capaz de producir un determinado resultado. En el ámbito de la omisión, esa imputación sólo se puede hacer a través de una posición de garante extra-penal. Llevado a la responsabilidad por el mando, se podría establecer que el hecho de que los crímenes sean cometidos “en razón” de no ejercer adecuadamente su deber de vigilancia implica la necesidad de construir de manera extra-penal la posición de garante. En ese sentido, sólo el no haberlos evitado no es suficiente.<sup>223</sup>

Sobre la ilegitimidad de la responsabilidad de la comisión por omisión como forma de imputación jurídico-penal, con respecto a la responsabilidad de los superiores corresponde hacer algunas apreciaciones.

En primer lugar, la consideración de este tipo de responsabilidad en una norma especial permite superar, la menos formalmente la objeción sobre la equivalencia del hacer y el omitir. Aquí se considera específicamente como

---

<sup>222</sup> Vid. GIMBERNAT, *La Omisión...*, página 264 y 265.

<sup>223</sup> KAUFMANN señala que la prohibición de hacer algo sólo puede generar una contravención, pero sólo con la existencia de una posición de garante se puede realizar un tipo de resultado. Cfr. KAUFMANN, páginas 291 y 292.

una forma de participación, por lo que de *lege lata* no es posible realizar la objeción.

Aún más, de *lege ferenda* también podemos rechazar la objeción, toda vez que la especificidad de la conducta que realiza el superior, sumada a la posición de garante extra-penal permite dotar de legitimidad a la figura y entenderla propiamente como una forma de participación que ha significado un aporte relevante a la realización del hecho.

Por otra parte, la exclusión de la punibilidad general de los delitos de comisión por omisión más que significar una posibilidad de sostener la ilegitimidad de la responsabilidad por el mando es, precisamente, lo que justifica la existencia del artículo 28: Si no consideramos posible la responsabilidad por omisión en general, los casos de responsabilidad del superior restarían impunes sin una mención especial o, al menos, serían objeto de discusión.

### **3.3 FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE EXTRA-PENAL.**

Si consideramos necesaria una posición de garante extra-penal, tenemos varias opciones. Podemos decir que la posición de garante tiene una fuente “legal”, la que se evidencia en distintas normas internacionales. Tanto el protocolo adicional N° I, y otras normas de derecho internacional<sup>224</sup> reconocen expresamente la obligación del superior de controlar su subordinado.

El ámbito de la responsabilidad del superior excede el Derecho Penal Internacional y se relaciona, en general, con todas las organizaciones complejas. Esto ha llevado a que dentro del Derecho Penal Económico se

---

<sup>224</sup> Ya nos referimos a las convenciones IV y X de la Haya de 1907, la primera referida al Derecho de la guerra terrestre y la segunda al Derecho de la guerra marítima. En ambas se señala que es aplicable a grupos de voluntarios o militares que entre otras cosas sean comandados por una persona responsable por sus subordinados.

busque una justificación para la existencia de una posición de garante para los directivos de las empresas. No existe, en ese ámbito, la multiplicidad de normas que hay para establecer la responsabilidad por el mando en el Derecho Penal Internacional, de modo que su justificación se ha tenido que buscar de otras maneras.

Así, se han dado al menos tres justificaciones distintas<sup>225</sup>: la relación de autoridad sobre los dependientes, el dominio sobre la fuente de peligro y la injerencia.

Respecto a los dos primeros –control sobre los subordinados y control sobre la fuente de peligro- debemos rechazarlos inmediatamente por razones a las que ya se ha hecho referencia a lo largo de este trabajo<sup>226</sup>: La mera posibilidad de evitar un resultado no permite sostener la legitimidad de la imputación de ese resultado a una persona determinada. En ese sentido, estas justificaciones todavía tienen ausente una posición de garante, que es precisamente lo que falta aquí y aceptarla sería ampliar en exceso la imputación a título de omisión.

La tercera forma de establecer la existencia de una posición de garante – la injerencia- es un criterio aceptado en Alemania y en España, pero que ha tenido cierta oposición en Chile<sup>227</sup>, pero que permite explicar muchas situaciones. La injerencia consiste en señalar que quien ha creado un peligro debe preocuparse de evitar que dicho peligro de concrete en un resultado, que el riesgo que ha creado se convierta en la lesión de un bien jurídico<sup>228</sup>. Esto explica, por ejemplo, el caso del conductor que conduce a

---

<sup>225</sup> Vid. GARCÍA CAVERO, página 338

<sup>226</sup> Vid. *Supra*, capítulo II, 3.

<sup>227</sup> Al respecto, vid. IZQUIERDO SÁNCHEZ, páginas 329 y siguientes.

<sup>228</sup> SCHÜNEMANN, criticando la sentencia del *leaderspray* en Alemania, señala que el hacer precedente no es suficiente para fundar una responsabilidad por injerencia, sino que ese hacer precedente debe haber sido ilícito. Cfr. SCHÜNEMANN, página 31 y siguientes.

velocidad prudente y que ve a su enemigo parado en la mitad de la vía.<sup>229</sup> El individuo no necesita desplegar una nueva conducta para atropellarlo, simplemente requiere no frenar. Puede entenderse que, en ese caso, su responsabilidad se justifica en cuanto al manejar el automóvil él ha creado un peligro que está en obligación de evitar que se concrete.

Hemos visto que precisamente lo que justifica la existencia de la responsabilidad por el mando es la peligrosidad de la organización compleja, de modo que al crear la organización compleja la persona, a su vez, está creando un peligro que tiene la obligación de evitar.

Ahora bien, resulta que la mayoría de los superiores no han creado la organización compleja y, por tanto, no han creado el peligro, ¿cómo se justifica, entonces, la responsabilidad respecto de ellos? Aquí entra a jugar un complemento de la teoría de la injerencia que es la teoría de la **delegación**. Básicamente, hay que entender que las organizaciones complejas requieren de diversos individuos que las hagan funcionar, de modo que quien crea a la entidad no puede hacerse cargo de todos los ámbitos de peligro que ella crea.

Estos ámbitos de peligro son también los ámbitos de funciones de las respectivas organizaciones, donde distintos individuos realizan diferentes tareas. En principio, debido a la injerencia, quien crea la organización está a cargo del peligro creado por todos esos ámbitos, sin embargo, legítimamente puede delegar dichas funciones. En esos casos, lo que sucede es que su responsabilidad se agota en la diligente selección del delegado. El delegado, en cambio, al momento de aceptar el encargo pasa a hacerse cargo del peligro creado, de modo que la posición de garante por injerencia pasa a pesar sobre él.<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> Vid. ejemplo en JAKOBS, página 942.

<sup>230</sup> Respecto a este tema, vid. FEIJOO SÁNCHEZ, páginas 184 y siguientes.

Esta explicación es la que parece ser más coherente con el contenido propio de la responsabilidad de los superiores y permite alejar cualquier duda respecto a la posibilidad de señalar la ilegitimidad de la responsabilidad por el mando por ausencia de una posición de garante.

#### **4. FORMA DE PARTICIPACIÓN ATRIBUIBLE AL SUPERIOR.**

Ya se ha establecido que el superior responde no por un delito propio, si no por el delito que cometen los subordinados, sin embargo, todavía no se ha determinado a qué título se realiza dicha imputación. El artículo 25 del Estatuto de Roma recoge las formas de autoría y participación que se aceptan en Derecho Penal Internacional, sin establecer una verdadera escala de gravedad de las conductas. Se pueden distinguir hipótesis de autoría, coautoría y autoría mediata (art. 25 3.a)<sup>231</sup>, de inducción e instigación (art. 25 3.b)<sup>232</sup> y de colaboración o facilitación (art. 25 3.c)<sup>233</sup>.

Se analizarán las hipótesis empezando por la autoría mediata y la inducción, y luego se analizará la posibilidad de autoría (ejecutiva), para descartarlas todas y centrarnos luego en la coautoría y complicidad, en

---

<sup>231</sup> Señala el artículo 25 3.a del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “3. *De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*

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

<sup>232</sup> Señala el artículo 25 3.b del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “3. *De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*

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

<sup>233</sup> Señala el artículo 25 3.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional: “3. *De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*

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

términos amplios, para terminar con una pequeña alusión al encubrimiento, que será desarrollada posteriormente.

Debe advertirse que este análisis tendrá algo de provisorio, toda vez que las categorías de participación obedecen a problemas normativos de derecho positivo y no a categorías ónticas anteriores a la ley. Al respecto, no puede decirse que haya hoy día una teoría acabada sobre la autoría y la participación en Derecho Penal Internacional, de modo que a medida que se vayan depurando las categorías y que se vinculen con los problemas propios de la imputación en la omisión es que la respuesta podrá darse en términos más precisos.

#### **4.1 EL SUPERIOR COMO AUTOR MEDIATO**

El autor mediato, es aquel que sin tomar parte en los hechos es el que tiene el control final de la acción por utilizar a otro como instrumento, aprovechándose de su inimputabilidad, error o a través de la utilización del aparato de poder para obtener sus fines<sup>234</sup> (que es la que constituye el núcleo de la autoría mediata en el Derecho Penal Internacional<sup>235</sup>).

Esta última hipótesis tiene características diferentes a las demás, por lo que merece un comentario adicional. En cierto modo, la institución de la autoría mediata por utilización de aparato organizado de poder y la responsabilidad del superior tienen ciertas similitudes. Por una parte, y como lo hemos sostenido a través de este trabajo, la existencia de una estructura organizativa compleja es parte de la esencia de la responsabilidad por el mando, tal como lo es un requisito primordial para que estemos ante autoría mediata por dominio del aparato organizado de

---

<sup>234</sup> cfr. ROXIN, *Autoría...*, páginas 163 y 164, CURY, página 597, JESCHECK, página 919, JAKOBS, página 763.

<sup>235</sup> Cfr. ROXIN, *El dominio...*, página 12.

poder.<sup>236</sup> Asimismo, en ambos casos, estamos en presencia de posiciones jerárquicas distintas dentro de la misma organización, en las que uno ocupa el lugar de superior. Por último, y lo que constituye la base del asunto de la similitud, el autor mediato es hecho responsables por hechos que el no ha ejecutado de propia mano, tal como el superior en la responsabilidad por el mando.

Sin embargo las diferencias son también muy evidentes: La autoría mediata es una forma de dominio de la voluntad ajena en que el autor mediato dirige el actuar del instrumento. Esto se contrapone, en general con cualquier tipo de conducta omisiva, de tal manera que sólo es posible ser autor mediato por una conducta positiva<sup>237</sup>.

En efecto, del superior que deja de impedir un crimen no se puede decir que está dominando las voluntades de sus subordinados para que realicen la conducta, ni que ha utilizado a la organización para el mismo fin.

Se podría considerar que es posible la autoría mediata por omisión, pero lo cierto es que los casos que se pueden plantear representan en realidad otro tipo de forma de imputación. Por señalar un ejemplo, el enfermero que deja al paciente mental cerca de otro para que lo ataque lo podemos ver de dos formas: o que es simplemente autor por no controlar la fuente de peligro que tenía a su cargo, lo que no es un problema de autoría mediata, sino que directa o que su actuar positivo, dejar al paciente cerca del otro, es lo que fundamenta su responsabilidad.<sup>238</sup>

La omisión es esencialmente el no intervenir en un suceso, permitiendo que siga un curso causal que ya se ha iniciado. Que el omitente se encuentre de acuerdo con ese curso causal no implica nada desde el punto de vista de su responsabilidad y mucho menos implica que

---

<sup>236</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, páginas 269 y 270.

<sup>237</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, página 509

<sup>238</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, página 509

la conducta se desarrolló por el ejercicio de su control. Si ha ejercitado su control sobre el instrumento, deja de ser una omisión y deja, por lo tanto, de ser responsabilidad por el mando.

Supongamos el caso que está en el núcleo de la responsabilidad por el mando: El superior recibe la noticia de que sus subordinados van a cometer crímenes contra una población civil, por ejemplo, van a matar a todos los habitantes de un pueblo. El superior tiene la posibilidad de evitar la comisión del ilícito, pero no lo hace. Aunque esté muy conforme con el plan de sus subordinados, no podemos decir que el tenga el control sobre los crímenes que ellos cometan, ni que los esté usando como instrumentos. Estamos ante una situación completamente distinta, en que existe una forma de cooperación al retirar el obstáculo que implica intentar prevenir el hecho.

## 4.2 EL SUPERIOR COMO INDUCTOR

La doctrina<sup>239</sup> ha entendido que el inductor es aquel partícipe que hace nacer en otro la resolución delictiva.

Tal como lo que sucede con el caso de la autoría mediata, no es posible concebir la inducción mediante una omisión, toda vez que lo que se necesita de parte del inductor es, precisamente, que haga nacer el ejecutor la resolución delictiva. No es posible, mediante un no-hacer, generar dicha resolución delictiva.<sup>240</sup>

En el caso de la responsabilidad por el mando, se asume la existencia de la resolución delictiva de los subordinados y no se dice que el superior deba contribuir de alguna forma a generarla. Simplemente, debe evitar que esa resolución delictiva ya existente se concrete en un ilícito.

---

<sup>239</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 91, CURY, página 624, JESCHECK, página 957, WELZEL, página 139.

<sup>240</sup> Vid. CURY, página 624

### 4.3 EL SUPERIOR COMO AUTOR (EJECUTOR)

Entendiendo como autor ejecutor el que realiza de propia mano la conducta incriminada<sup>241</sup>, esta será la tesis que sostienen quienes consideran la responsabilidad por el mando como un tipo penal autónomo, distinto del delito cometido por sus subordinados. Bajo dicha concepción, por supuesto, considerar que el superior es un autor ejecutor es algo completamente coherente con la interpretación de la institución y el asunto no requiere mayor análisis: si el tipo consiste en no cumplir adecuadamente el deber de vigilancia, entonces, el único que puede incurrir en la conducta es el propio superior que ha incumplido su deber de vigilancia y, por tanto, será autor del delito.

Sin embargo, podría plantearse que el superior es autor ejecutor (distinto que coautor, que lo veremos a continuación) incluso por quienes sostienen que el superior es responsable del delito de sus subordinados.

Esto parte de la base de considerar que no es posible la participación por omisión y que el omitente siempre será autor del delito. Así, el sicario que lanza a su víctima al mar para que se ahogue y el salvavidas que no se lanza a rescatarlo serían ambos autores del homicidio, pero no coautores. Sus responsabilidades irían por causas paralelos. Señala KAUFMANN que si cincuenta nadadores (o salvavidas) omiten salvar a un niño, cada uno es autor del delito, pero no puede decirse que lo hayan realizado “en común”,<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Cfr. WELZEL, página 120, ROXIN, *Autoría...*, página 149, CURY, página 595, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 88.

<sup>242</sup> KAUFMANN se está refiriendo a casos de omisión simple (omisión de socorro), por eso habla de nadadores, pero nada obsta a que utilicemos salvavidas, que es un caso de comisión por omisión. Cfr. KAUFMANN, página 202. Sobre esto en detalle, también Vid. BACIGALUPO, páginas 157 y siguientes.

Si uno entiende la causalidad en la omisión como una forma inversa de la causalidad en la comisión se puede hacer el siguiente análisis: En el caso de la comisión, para determinar la causalidad, es necesario determinar qué elementos condujeron a que se produzca un determinado resultado. Esto, normalmente, significará encontrar un solo curso causal. Ese curso causal estará constituido por infinitos hechos de los cuales se seleccionará los jurídicamente relevantes por diversos criterios (y luego eso se limitará por la aplicación de la imputación objetiva). Una vez hecho esto se determina a quién o a quiénes puede atribuirse ese curso causal. Luego, se excluye cualquier otro curso causal.

En la omisión, en cambio, se parte determinando un curso causal de la forma anterior, pero lo relevante serán los infinitos cursos causales que no se produjeron. Cada curso causal que no se produjo, que se complementa con un deber de haber realizado dicha conducta, es decir, una posición de garante, implica la existencia del delito. Así, cada curso causal negativo no excluye a otro. Esto lleva a que, en el ejemplo antes expuesto, no exista problema en determinar las autorías paralelas y así puede entenderse que existan cincuenta nadadores responsables paralelamente por no realizar el rescate.<sup>243</sup>

Esto significa que también es posible la concurrencia de una autoría por comisión con una (o varias) por omisión. Es el caso del sicario que tira a la persona al mar para que se ahogue (curso causal positivo) y del salvavidas que no lo socorre (curso causal negativo). Ambos pueden ser autores de manera paralela.<sup>244</sup>

Sin embargo, en base a este mismo análisis se puede observar que esto no servirá para fundamentar la autoría en todos los casos omisión. Si se piensa en el mismo caso del hombre en el agua, desde el punto de vista

---

<sup>243</sup> Cfr. KAUFMANN, página 202 y siguientes.

<sup>244</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, página 508.

del salvavidas no importa si el sujeto ha caído al agua por la acción del sicario o por una causa fortuita no atribuible a ninguna persona. El caso de la responsabilidad por el mando es distinto, porque si las muertes, por ejemplo, que causan los subordinados fueran causadas por algo de una naturaleza distinta, como una enfermedad o el ejército enemigo, no sería posible fundamentar la responsabilidad del superior.

La conclusión de esto evidente: la conducta del superior y los subordinados no tienen nada de paralelas, sino que están íntimamente vinculadas. Dado esto, no es posible fundamentar de manera dogmática que la responsabilidad de cada uno se independiente o paralela a la de los otros y, por lo tanto, la explicación de las autoría paralelas no satisface la necesidad de una explicación de la participación del superior: Sólo dada la conducta punible de los subordinados es que existe la responsabilidad del superior, es decir, la conducta del superior es **accesoria** a la de los subordinados.

#### 4.4 EL SUPERIOR COMO CÓMPLICE

Para que estemos frente a una autoría por omisión se requieren al menos dos requisitos: que por un lado exista un tipo que se pueda realizar por omisión y, por otro que exista un deber de garante<sup>245</sup>.

ROXIN señala que existen dos casos en que se puede ser cómplice por omisión, en caso de faltar alguno de los dos requisitos señalados.

(1) El primero de ellos es el caso en que el que no realiza una conducta **no está en posición de garante**, pero que cambia su comportamiento a efectos de facilitar la comisión del ilícito.<sup>246</sup> Cita el caso de una persona que sabe que unos asesinos matarán esa noche a su vecino. A la vez, esta

---

<sup>245</sup> Sobre esto en detalle, Vid. ROXIN, *Autoría...*, páginas 514 y siguientes.

<sup>246</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, página 514.

persona sabe que los ladrones entrarán a su jardín para desde ahí, saltar al jardín del vecino y matarlo. Para facilitar la faena la persona, que odia a su vecino, no pone la llave a la puerta de su casa esa noche. No se puede decir que exista ahí una posición de garante, pero si una cooperación en el hecho ajeno.<sup>247</sup>

(2) La segunda posibilidad es que ético-socialmente no pueda considerarse que la omisión es equivalente a la comisión, es decir, que la realización del tipo no pueda atribuirse a una omisión.<sup>248</sup> ROXIN limita bastante esta segunda opción refiriéndose a tipos que por su naturaleza no pueden ser realizados por omisión. Para caracterizarlos hace una suerte de ejemplificación taxativa<sup>249</sup>, donde incluye casos de delitos de propia mano, delitos de infracción de deberes personalísimos y delitos de apropiación, donde la apropiación se diferencia de la sustracción en cuanto al aprovechamiento económico que significa la disposición autónoma de la cosa. El omitente no tiene ese poder de disposición. Así, por ejemplo, el guardia que no impide un hurto, faltando a su deber de garante.<sup>250</sup>

Sin embargo, este concepto de ROXIN puede extenderse un poco más sin que se pierda el espíritu del análisis. Debemos considerar que el problema no es que el tipo mismo pueda o no realizarse por omisión, sino que si la posición de garante respectiva y la omisión de ese actuar podría autónomamente generar la producción del resultado de manera omisiva.

Se puede observar esto mediante un ejemplo: el caso más simple de comisión por omisión que es el homicidio de la madre que deja de alimentar a su hijo. Es claro que el tipo se puede realizar de forma omisiva. En ese sentido, no parece ser posible concebir la participación por omisión.

---

<sup>247</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, página 524.

<sup>248</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, página 514.

<sup>249</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, páginas 516 y siguientes.

<sup>250</sup> Cfr. ROXIN, *Autoría...*, páginas 519.

Sin embargo, la situación es distinta si se exige una actividad típica y antijurídica de un tercero para que se configure la responsabilidad. Esto sucederá en todos los casos de garantes de evitar que individuos cometan delitos.

Como ya hemos dicho, en esos casos, no puede hablarse de autorías paralelas, toda vez que de no mediar la antijuridicidad típica de la conducta del tercero no sería posible fundamentar la responsabilidad del omitente. Las conductas no son independientes. Dado que los subordinados, en el caso de la responsabilidad por el mando, también podrían matar, ¿en que se diferencia eso de la conducta de la madre que deja de alimentar a su hijo?

La madre está obligada a evitar el resultado dentro de lo que esté a su alcance: así, no será diferente si no impide que el niño gatee hasta el balcón y se lance mientras ella lo observa como si es un tercero el que toma al niño para lanzarlo del balcón (siempre que hubiera sido fácilmente evitable).

En el caso de los superiores jerárquicos se produce algo distinto: no deben evitar toda forma de peligro contra un bien jurídico (como la vida del menor), sino la que proviene de conductas típicas y antijurídicas de sus subordinados. Será totalmente distinto si a un grupo lo mata el ejército enemigo o lo matan los subordinados del superior. Así, a diferencia de los casos anteriores, la obligación de actuar del superior no dependerá de un hecho independiente de si está o no determinado por la conducta de terceros, si no que, necesariamente, requiere que haya una conducta antijurídica de los subordinados.

Esto implica que ambas conductas necesariamente están en una vinculación íntima y que la antijuridicidad de una (la de los subordinados) fundamenta la antijuridicidad de la otra (la del superior).

De esto llegar a la complicidad implica un paso de menor complejidad: la conducta del superior es **acesoria** a la de los subordinados, toda vez que

la conducta de los subordinados constituye delito aún sin que hubiera existido el superior, mientras que la omisión del superior sólo es relevante **dada** la conducta de los subordinados: dicho de otro modo, no es posible concebir que el superior esté desarrollando él mismo una parte de la conducta típica.

Por último, la conducta del superior sí ha significado una forma de cooperación en el hecho de los subordinados, fundamento nuclear de la complicidad. Entender la cooperación por omisión, de manera abstracta es más complejo que la simplicidad con que se acepta en la práctica.

El caso más conocido es el del “ama de llaves” que no pone llave a la puerta sabiendo que su amante entrará ese día a robar a la casa de su patrón. Dicha conducta omisiva ha facilitado la comisión, esto es, causalmente, ha significado un aporte para que quienes iban a ejecutar el acto pudieran realizarlo. Lo mismo sucede en el caso del superior: mediante su omisión de evitar el ilícito ha permitido, precisamente, que este se configure la comisión de los crímenes de competencia de la Corte, lo que implica una cooperación en el hecho.<sup>251</sup>

#### **4.5 CASO DEL SUPERIOR COMO COAUTOR**

La regla general, entonces, es la complicidad, pero puede suceder que en ciertos casos estemos frente a hipótesis de coautoría.

Lo que caracteriza a la coautoría es la división del trabajo y la resolución conjunta.<sup>252</sup> Es decir, entre todos tiene el dominio del hecho o, mejor dicho, que tienen el dominio del hecho en conjunto. Esto será más bien simple en el caso de que cada uno realice una parte del hecho típico, aunque una sea nuclear y la otra periférica, como los individuos que

---

<sup>251</sup> Esto, por supuesto, requiere de convergencia intencional, problema que será tratado a propósito del elemento interno, *Infra* capítulo III, 4.4 y 4.5.

<sup>252</sup> Cfr. CURY, página 610.

realizan un robo, apropiándose de las cosas uno y realizando la intimidación o la violencia el otro. El delito se configura por la acción de ambos.

Pero puede suceder, en cambio, que uno realice la conducta típica y otro funciones de cooperación atípica. En esos casos puede pensarse que quien realiza la conducta atípica es un mero cómplice, pero la verdad es que en esos casos lo que ha sucedido es que según el plan del autor o de los autores la ejecución es compleja y han tenido que dividirse el trabajo para poder llevar a cabo el tipo. Explicado con un ejemplo, no parece ser relevante, si hubo concierto entre ambos, quién es el que le tocó tomar las bolsas con dinero, quién sostuvo la pistola para amenazar a las víctimas y quien condujo el auto en la huída: todos son igualmente autores.

Así, tenemos que la clase de colaboración, siempre que se vincule a la ejecución del hecho, no tendrá relevancia para hacer la diferencia entre coautoría y complicidad. Lo relevante, entonces, será la resolución conjunta o el concierto. El concierto requiere que exista un plan en el que cada uno de los involucrados tenga una parte que realizar<sup>253</sup>.

En el caso de la responsabilidad por el mando puede suceder perfectamente que los subordinados que se aprestan a cometer los ilícitos informen de esto al superior, solicitándole que se abstenga de realizar las conductas de prevención debidas. Si el superior adquiere el compromiso ha pasado a tener un rol dentro del plan, en que deberá omitir la prevención del hecho. Hay simplemente una división del trabajo.

Podría objetarse que la división no es aleatoria, es decir, que sólo el superior era el que tenía la obligación de impedir el hecho y por eso no es un simple división del trabajo, pero esto no tiene ninguna relevancia, como no la tiene que el que dispare a la víctima sólo pueda ser el que sabe ocupar una pistola o que el que inmovilice a la víctima sólo pueda ser el más

---

<sup>253</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, páginas 94 y 95.

fuerte, lo único relevante es que exista una resolución conjunta de llevar a cabo el hecho.

Normalmente la resolución delictiva provendrá del superior, caso en el que más bien va a estar utilizando el aparato de poder o dando una orden,<sup>254</sup> y donde la omisión de la prevención no tendrá ninguna relevancia (y no habrá responsabilidad por el mando), pero si es a la inversa y la resolución delictiva surge de los subordinados, quienes solicitan al superior que no intervenga, entonces estamos frente a un caso de coautoría.

#### **4.6 ¿LA DENUNCIA COMO HIPÓTESIS DE ENCUBRIMIENTO PUNIBLE?**

Sólo esbozaremos acá un problema que trataremos al referirnos al deber de poner el asunto en conocimiento de la autoridad, pero cabe señalar que los códigos penales de la época clásica consideraban el encubrimiento como una forma de participación y vinculaban su punibilidad al delito encubierto, como lo hace todavía el Código chileno.<sup>255</sup>

Hoy en día el encubrimiento se considera como una forma de participación, sino que como un delito autónomo y así los códigos modernos lo tratan con una pena especial<sup>256</sup>.

Pues bien, la versión en español del Estatuto de Roma considera dentro de las formas de participación el encubrimiento<sup>257</sup>, pero no es posible

---

<sup>254</sup> Que se trata como equivalente a la inducción en el artículo 25 3 b) del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>255</sup> El artículo 14 del Código Penal Chileno señala: “*Son responsables criminalmente de los delitos:*

*3º. Los encubridores.*”

*Esto se complementa con el artículo 52 que señala: “A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simples delitos frustrados y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito”.*

<sup>256</sup> Así, el artículo 451 del Código Penal Español y los párrafos 257 a 260a del Código Penal Alemán.

concebir la participación en un hecho si el hecho ya ha sido llevado a cabo y así se vincula el encubrimiento a quien “facilita la comisión de ese crimen”, por lo que parece ser que el encubrimiento de que se habla, dogmáticamente, más bien, constituye una forma de complicidad. Esto se ve refrendado por el hecho de que las versiones en inglés y francés no se refieren al encubridor, si no que a otros colaboradores.<sup>258</sup>

Es posible que el deber de denuncia sea la forma de concebir el encubrimiento por omisión dentro del sistema del Estatuto de Roma, de modo que es inevitable entender que tendrá una necesaria incoherencia dogmática que analizaremos al tratar el deber de denuncia.<sup>259</sup>

## 5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

A través de este capítulo se ha podido determinar la exacta naturaleza de la responsabilidad por el mando.

En primer lugar, no es posible sostener que se trata de un delito autónomo en que incurre el superior. Esto, principalmente por dos razones: En primer lugar, por el hecho de que los crímenes de base deben haberse cometido “en razón” de la omisión del superior, estableciendo una relación de causalidad con el hecho de los subordinados y, en segundo lugar, por el hecho de exigírsele conocimiento al superior, lo que no tendría sentido si no se le fuere a imputar el delito de los subordinados.

---

<sup>257</sup> Artículo 25.3.c del Estatuto de la Corte Penal Internacional: 3. “*De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:*

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

<sup>258</sup> En la versión en inglés, donde dice encubridor en la versión castellana, se utiliza el vocablo *abets*, que tiene que ver con colaboración en el hecho y no después de él. En la versión francesa pasa algo similar.

<sup>259</sup> Vid. *Infra* capítulo V, 4.

En base a esto, podemos decir que la omisión del superior es una forma de participación en el hecho de sus subordinados. Como tal, se ha establecido que existe una íntima vinculación en el hecho del superior y de los subordinados: Si no existe la antijuridicidad de la conducta de los subordinados, tampoco existirá la antijuridicidad de la conducta del superior.

Así, tenemos que la conducta del superior es accesoria a la del subordinado. Como conducta accesoria colabora, mediante su omisión, con la comisión del crimen de base. De este modo, se dan todos los requisitos para que se pueda establecer que la conducta del superior es una forma de complicidad con la comisión de crímenes de los subordinados.

## **6. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO EN LA LEY CHILENA.**

El análisis de la naturaleza de la responsabilidad por el mando presenta muchos menos problemas en el Derecho interno que en el Derecho Penal Internacional.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional no tiene penas específicas asignadas a cada delito, sino que un régimen general de penas sin un mínimo y con un máximo de encierro de 30 años que en casos calificados puede ser a perpetuidad.<sup>260</sup>

---

<sup>260</sup> Señala el artículo 77 del Estatuto de la Corte Penal Internacional:

***“Penas aplicables***

*1. La Corte podrá, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 110, imponer a la persona declarada culpable de uno de los crímenes a que se hace referencia en el artículo 5 del presente Estatuto una de las penas siguientes:*

- a) La reclusión por un número determinado de años que no exceda de 30 años; o*
- b) La reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.*

*2. Además de la reclusión, la Corte podrá imponer:*

- a) Una multa con arreglo a los criterios enunciados en las Reglas de Procedimiento y Prueba;*

En el Derecho interno, en cambio, a cada delito se le asigna una pena, así, podemos entender que hay una forma de participación dependiente cuando la pena de un individuo depende de la pena del hecho de base y un delito independiente cuando existe una pena especial para ese delito.

En el caso de la responsabilidad por el mando se señala expresamente que el superior es responsable de los delitos que no ha evitado, mediante la fórmula “*Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley...*”<sup>261</sup>.

Así, consideramos que el legislador chileno ha tenido el buen criterio de recoger la institución en los términos en que debe ser interpretada como lo hemos sostenido a lo largo de este capítulo.

Sin perjuicio de esto, la ley señala que serán sancionados como autores, siendo que nosotros hemos señalado que son cómplices.

A esta aseveración no se le puede dar un alcance dogmático excesivo. La unanimidad de los autores chilenos<sup>262</sup> reconoce que en el sistema general de autoría establecida en el artículo 15 del Código Penal<sup>263</sup> chileno se recogen formas de intervención que no son autoría, lo que más bien sería una agrupación en base a la punibilidad de la conducta del agente más que una caracterización de naturaleza dogmática<sup>264</sup>.

---

*b) El decomiso del producto, los bienes y los haberes procedentes directa o indirectamente de dicho crimen, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.”*

<sup>261</sup> Artículo 35 de la Ley 20.357.

<sup>262</sup> Cfr., por todos, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, tomo II, página 86 y 87, CURY, página 585, 624 y 629, GARRIDO MONTT, tomo II, página 386.

<sup>263</sup> Artículo 15 del código Penal Chileno: “*Se consideran autores:*

*1.º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.*

*2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.*

*3.º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.”*

<sup>264</sup> Estamos de acuerdo con lo referido al inductor, pero no lo que señala CURY (cfr. página 629) respecto a los autores del 15 nº 3. Ellos son propiamente autores, en virtud del dominio funcional del hecho, entendido en los términos que lo expresa cfr. ROXIN, *Autoría y dominio...*, página 303 y siguientes, como bien lo aplica para el Derecho chileno, cfr. YAÑEZ, página 58 y siguientes.

Se puede arribar a esta conclusión sin vulnerar la letra de ley debido a que el artículo 15 establece que “*Se consideran autores...*” y no que “son autores” los intervinientes que ahí se señalan.<sup>265</sup>

Lo mismo se puede decir respecto de la norma del artículo 35 de la ley 20.357, que señala que serán “*sancionados como autores*”<sup>266</sup> y no que “son autores”. Semejante fórmula no puede ser considerada como efecto del azar o una redacción deficiente, sino que, precisamente como una forma de no referirse a la forma de participación del superior, sino que sólo al *quantum* de la pena.

Así, tenemos que la penalidad de los superiores será la misma que de los autores, lo que es comprensible, dada la gravedad la conducta de los superiores, y entendiendo que la forma de participación tiene que ver con el dominio del hecho y no con una valoración de la gravedad de la conducta de los superiores.

De este modo, aunque la sanción sea la misma que la de los autores, para los demás efectos, debe considerarse como un partícipe (cómplice).

Mucho más compleja es la naturaleza del inciso segundo del artículo 35 de la Ley 20.357, que señala:

*“La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados”*<sup>267</sup>

Esta disposición tiene varios elementos que analizar. En primer lugar, no existe control efectivo por parte del superior: expresamente se establece

---

<sup>265</sup> Aunque no necesariamente en los mismos términos, cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 87.

<sup>266</sup> Artículo 35 de la Ley 20.357.

<sup>267</sup> Artículo 35, inciso segundo de la Ley 20.357.

que el superior no tiene capacidad de impedir el hecho. Dado que no existe la capacidad de evitación (control efectivo), no es posible imputarle la omisión de impedir el hecho, ni en términos de omisión simple ni de comisión por omisión.<sup>268</sup>

En cambio, propiamente, lo que se le imputa es una infracción al deber de poner el asunto en conocimiento de la autoridad, una omisión simple. Un caso con bastantes similitudes al encubrimiento de la forma en que lo trata el Código Penal chileno<sup>269</sup> y estableciendo, incluso, la misma pena.<sup>270</sup>

Es posible, todavía, sostener otra posición: que la obligación sea una forma de prevención o de represión. Contribuye a esta interpretación el hecho de que se señale que sólo si no **puede impedir** (textualmente “*no pudiendo*”) el hecho será responsable. Así, podría entenderse que suma una forma especial de obligación de prevención, a través de la denuncia.

Esto es errado, toda vez que sería confundir la obligación de impedir un hecho, que puede realizarse de las más diversas maneras, con el hecho de hacerlo de manera directa. En la práctica, en organizaciones complejas, la forma de impedir el hecho se hará muchas veces de forma mediata, llamando a miembros de la organización más cercanos a los delincuentes, a otros miembros de la organizaciones para que les lleven el mensaje o derechamente los enfrenten. Incluso, en un Estado de Derecho, avisar

---

<sup>268</sup> Ya nos referimos, *supra* Capítulo II, 9, a que un elemento para que exista omisión es que el hecho pueda ser llevado a cabo por el sujeto. Si no es posible, no existe tampoco la posición de garante y, por tanto, no hay omisión: no se puede tener la obligación jurídica de realizar un imposible.

<sup>269</sup> Se trata como una forma de participación en el artículo 14: “***Son responsables criminalmente de los delitos:***

1.° *Los autores.*

2.° *Los cómplices.*

3.° ***Los encubridores.***”

<sup>270</sup> Artículo 52 inciso primero del Código Penal chileno: “***A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.***”

oportunamente a las autoridades, es una forma clara de evitar el hecho y, en muchos casos, la más conveniente para la sociedad.

Que se establezca que el deber de denuncia surge cuando no se puede impedir el hecho se debe a que el legislador ha entendido que se refiere a dos delitos distintos, de modo que obligar al superior que, pudiendo, no evitó el hecho, además a denunciar, implicaría multiplicar excesivamente sus sanciones y hacerlo incurrir en una autoincriminación.<sup>271</sup>

Entonces, la obligación de denuncia cuya omisión es punible sólo existe cuando no es posible para el superior evitar, por cualquier medio (incluso la misma denuncia) la comisión de los crímenes por parte de los subordinados.

---

<sup>271</sup> Vid. *Infra* Capítulo V, 4.

## CAPÍTULO IV: ELEMENTO INTERNO

### 1. GENERALIDADES

La discusión en torno al elemento interno o tipo subjetivo<sup>272</sup> es tal vez la más compleja de la responsabilidad por el mando. En virtud de este elemento es que la responsabilidad por el mando ha gozado de cierta fama negativa en su formulación original, llegando a considerarse como una forma de responsabilidad objetiva<sup>273</sup>.

El artículo 28 del Estatuto de Roma señala al respecto en los literales a.i y b.i lo que los superiores serán responsables sólo si:

*(a.i) “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.i) 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;”*<sup>274</sup>

Los problemas se producen por determinar qué clase de estándar debe utilizarse para determinar que estamos frente a una conducta imputable al superior, es decir, determinar si es posible que el superior responda simplemente por culpa. De esto se deriva la dificultad que se produce por la concurrencia de distintos sistemas jurídicos en el derecho penal internacional. En la práctica, los dos sistemas jurídicos más relevantes en

---

<sup>272</sup> El Estatuto de Roma habla de *Mens Rea* en la versión en inglés, **tipo subjetivo** en la versión en alemán, **elemento de intencionalidad** en la versión en español, aquí utilizaremos indistintamente las tres denominaciones, por ser todas correctas.

<sup>273</sup> Al respecto, vid. referencia a las críticas hecha en BONAFÉ, páginas 605 y siguientes.

<sup>274</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28

juego son el anglosajón (*common law*) y el continental, en que los elementos subjetivos se representan de manera distinta<sup>275</sup>.

Incluso superado este problema, será complejo determinar exactamente el estándar relativo al tipo subjetivo. Debe resolverse, por una parte, la diferencia entre el elemento intencional y el elemento cognoscitivo del tipo subjetivo y, llevando el problema al plano del elemento cognoscitivo determinar si es posible una responsabilidad que no sea por dolo.

Esto se refiere, específicamente, a determinar si es posible que el superior que no ha tenido conocimiento de la comisión de crímenes de base, por falta a sus deberes de vigilancia (que puede ser por mera negligencia), pueda ser responsable del delito de sus subordinados (o, en el caso de quienes consideran que es un tipo autónomo, si pueden ser responsables de su propio delito) o si su conducta es, por el contrario, impune.

Por último, será relevante comprender los distintos estándares de imputación respecto a distintas clases de superiores: así, en ambos casos –

---

<sup>275</sup> Las categorías de Derecho anglosajón equivalentes al dolo y la culpa son *intent*, *recklessness*, *negligence* y *knowledge*. *Intent* contiene indubitablemente el dolo directo de primer grado. Hay cierta discusión en cuanto a que se incluyan otras clases de dolo, como el dolo eventual o el de las consecuencias necesarias. La jurisprudencia, de aceptar los casos en que era previsible el resultado parece moverse hacia considerar que *intent* sólo representa el deseo de producir el resultado. *Recklessness*, que no tiene una traducción adecuada en el ámbito jurídico y que se ha utilizado como imprudencia temeraria o como descuido, genera ciertas dificultades por actuar en un ámbito intermedio entre el dolo eventual y la culpa consciente, representando en unos casos una y en otros la otra. Se habla de *recklessness* subjetivo en el caso de haberse previsto el resultado y haber actuado igualmente con el descuido. Se habla de *recklessness* objetivo el caso en que fácilmente se pudo haber previsto el resultado lesivo si “se hubiera parado a pensar un momento”. En la primera clase de *recklessness* nos podemos encontrar con casos de culpa consciente y de dolo eventual, mientras que en la segunda clase, estamos más bien frente a casos de culpa inconsciente, que se diferencian de la *negligence*, más bien por grado de probabilidad de ocurrencia que otra cosa. De hecho, en general, lo que caracteriza, en general, a las categorías de *Mens rea* en el Derecho Anglosajón más que la intención del agente, tiene que ver con la probabilidad de ocurrencia del hecho. Por último, se ha dicho que hay otra forma de *Mens rea*, que sería el *knowledge*. PIÑA señala que más bien es un requisito común a todos los estados mentales. La explicación parece satisfactoria. Cfr. y Vid., en general, PIÑA ROCHEFORT, páginas 65 a 107.

militares y no militares- se establece un estándar de **conocimiento**, pero en el caso de los superiores militares se agrega el caso de “**debiendo saber**” y en el caso de los superiores civiles “**que deliberadamente hubiere hecho caso omiso de la información**”.

El problema girará entre los siguientes grupos de caso<sup>276</sup>:

(1) El superior conoce la intención de sus subordinados y decide no hacer nada.

(2) El superior no se ha enterado de que los subordinados se proponían cometer los ilícitos, debido a que no cumplió adecuadamente con sus obligaciones como superior, y, por último,

(3) El superior tiene a su disposición la información necesaria para conocer de la intención o conducta de sus subordinados, pero que no la utiliza a efecto de no verse obligado a interferir en la conducta de sus subordinados.

Teniendo presente estos casos se podrá analizar adecuadamente el problema del tipo subjetivo.

Para lograr esto, se partirá explicando brevemente el concepto de *mens rea* o tipo subjetivo en el Estatuto de Roma. Luego se verá la hipótesis básica de dolo directo, es decir, de conocimiento. Posterior a esto se analizará el significado preciso del “debiendo saber” y “caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos” que emplea el artículo 28 del Estatuto de Roma en relación a los superiores militares y no militares respectivamente.

## **2. INTENCIÓN Y CONOCIMIENTO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL.**

---

<sup>276</sup> Cabe señalar que en todos los casos el superior tiene que tener la capacidad de prevenir o reprimir los hechos, o si no la punibilidad se cae por causa de la ausencia de control efectivo, que, como vimos, es parte del tipo objetivo.

Respecto al elemento intencional en el Estatuto de Roma se refiere el artículo 30 del mismo en los siguientes términos y bajo el título de “Elemento de intencionalidad”:

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

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

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

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

*3. A los efectos del presente artículo, por “**conocimiento**” se entiende la **conciencia** de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el **curso normal** de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.”<sup>277</sup>*

Básicamente se exigen dos elementos: el **conocimiento** y la **intención**. Ambos elementos, tal como lo muestra la norma, están interrelacionados y deben concurrir conjuntamente.

A pesar de los problemas de interpretación que puede tener esta norma en cuanto a su relación con la culpabilidad y que no es el caso tratar aquí<sup>278</sup>, pero en definitiva se puede decir sin mayores problemas que aquí se considera una sola categoría de dolo “general”. En efecto, es claro que los elementos son copulativos y que exigen, por una parte, la intención (voluntad) y, por otro lado, el conocimiento.

**Solamente** en cuanto al elemento **cognoscitivo** es que operan las normas ya referidas del artículo 28, lo que hará que este elemento requiera

---

<sup>277</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 30.

<sup>278</sup> En particular, se refiere a la diferencia entre las categorías anglosajonas de *intent* e *intention* en relación con el dolo y los elementos especiales del tipo subjetivo, así como de la conciencia de la antijuridicidad, debido a la formulación del art. 28 de La Corte Penal Internacional. Vid, por ejemplo, AMBOS, *La parte general...*, página 389.

un análisis especial dentro del contexto de la responsabilidad por el mando. Analizaremos ambos elementos (intención y conocimiento) por separado, sin perjuicio de que muchas veces coincida el tratamiento de algunos de sus elementos.

### 3. ELEMENTO VOLITIVO: DOLO

En cuanto a la voluntad, se configuran tanto las categorías de dolo directo de primer grado<sup>279</sup> y dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias.<sup>280</sup>

En 2.a el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional se refiere a quien **se propone incurrir** en la conducta, lo que se apunta propiamente al elemento volitivo que debe estar presente en toda clase de dolo.

En efecto, el hecho de que se exija intención respecto de la conducta no es una exigencia propia del dolo directo de primer grado, sino que en general es necesaria también en el dolo de segundo grado y en el dolo eventual<sup>281</sup>. Esta norma se refiere sólo a la conducta y no al resultado.

Quien dispara un arma, para que tenga relevancia jurídico penal, debe proponerse incurrir presionar el gatillo, pero eso no implica que respecto al resultado pueda estar actuando con dolo de consecuencias necesarias o eventual: así, por alguna razón puede disparar a una multitud sin el deseo de matar a alguien, pero sabiendo que ese será el resultado o

---

<sup>279</sup> ROXIN lo hace sinónimo de intención o propósito y señala que dentro de ese concepto “*cae lo que el sujeto persigue*”. Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, página 415.

<sup>280</sup> ROXIN señala que “(por) el dolo directo (de segundo grado) son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad”. ROXIN, *Derecho Penal*, página 415.

<sup>281</sup> ROXIN señala que “con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad”. ROXIN, *Derecho Penal*, página 415.

puede disparar en una zona en que transitan pocas personas, pero representándose como probable, aunque no querida, la posibilidad de herir a alguno de los transeúntes.

En todos los casos se ha propuesto apretar el gatillo, se ha propuesto incurrir en la conducta. Ahora bien, si el problema es de **representación** de la conducta, es decir, por ejemplo, no sabe si la pistola está cargada, de todos modos se ha propuesto incurrir en la conducta, pero podría llegar a excluirse el dolo por el elemento cognoscitivo que se trata en el número 3 del artículo 30 del Estatuto de Roma y que veremos a continuación.

Este aspecto volitivo tiene tanto que ver con el concepto de acción como con el de tipicidad, aunque si no ha tenido la intención de realizar la conducta, puede transformarse en culpa (jugaba imprudentemente con la pistola y se disparó accidentalmente), aunque también pueda constituir casos de inculpabilidad (dispara por coacción psicológica).<sup>282</sup>

En 2.b se refiere al **resultado**, señalando dos casos: quien **pretende** causar un resultado y quien es **consciente** de que ese resultado se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

La primera hipótesis claramente concuerda con la idea de dolo directo de primer grado, si la entendemos como lo hace la doctrina tradicional que señala que actúa con esta clase de dolo quien “desea el resultado”<sup>283</sup> o “cuando el objetivo perseguido por el agente es la realización del hecho típico”<sup>284</sup>.

---

<sup>282</sup> Aunque no es una discusión que tenga relevancia en el ámbito de la responsabilidad por el mando, parece estar equivocada la posición que considera que los delitos de mera actividad, en virtud de la norma analizada, tendrían un estándar mayor que lo de resultado. En los delitos de mera actividad, escasísimos en el Estatuto de Roma, lo que sucede es que simplemente que dado que no existe un resultado, no es necesario que tengan ninguna posición subjetiva respecto de ese resultado, manteniéndose el estándar general exigido para la **conducta** en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en su artículo 30.

<sup>283</sup> Cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 297.

<sup>284</sup> Cfr. CURY, página 316

Al hacer la diferencia entre ambas hipótesis y considerando que en la primera clase simplemente se “propone” causar el resultado, parece que se acepta la tesis en que hay dolo directo de primer grado “*aun cuando la producción del resultado no se presente como segura, sino sólo como posible.*”<sup>285</sup> En ese sentido, la diferencia entre los distintos estados mentales, en este punto, se hace en relación con la **intención** del individuo y no en cuanto a la **probabilidad** de ocurrencia del resultado<sup>286</sup>. Así, puede haber dolo directo de primer grado si se quiere un resultado muy remoto, mientras que no lo habrá si no se quiere un resultado más probable, pero se acepta o al menos se lo representa.

La segunda hipótesis se refiere a quien sabe que ese resultado se producirá en el **curso normal de los acontecimientos**. Aquí se elimina el elemento intencional en el sentido de **querer** el resultado y sólo se considera el hecho de **saber** que dicho resultado se producirá por la propia conducta. Esto no es muy diferente a la idea de que el dolo abarca “*las consecuencias o circunstancias cuya realización no es intencionada, pero de cuya producción o consecuencia con seguridad se percata el sujeto, ocasionándolas conscientemente*”.<sup>287</sup> Éste es el dolo de las consecuencias necesarias.

Aquí si hay una diferencia de **grado** con el dolo eventual, en cuanto se ha entendido que “*si el sujeto se ha representado el resultado como **cierto e inevitable** y no obstante obra, se dice que actúa con dolo indirecto (o dolo directo de segundo grado). Si se ha representado el resultado como meramente **posible**, pero siempre obra, no importándole el resultado, se dice que ha obrado con dolo eventual*”<sup>288</sup>.

---

<sup>285</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, página 416

<sup>286</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, página 418

<sup>287</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, página 423

<sup>288</sup> ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 297.

#### **4. EL DOLO EVENTUAL Y CULPA EN EL ESTATUTO DE ROMA**

¿Podemos considerar que la norma del Estatuto de Roma considera la posibilidad de actuar con dolo eventual? Desde el punto de vista del texto lo relevante será interpretar el concepto de “**curso normal de los acontecimientos**”. La noción de curso normal de los acontecimientos tiene que ver con un elemento objetivo de causalidad, aunque esté referido a la representación que el individuo tuvo de dicha posibilidad.

En ese sentido, curso normal no puede entenderse de otra manera que como aquello que debe derivarse **necesariamente** de los hechos, sin que puedan establecerse una multiplicidad de potenciales cursos causales. En ese sentido, el dolo eventual representa un curso causal posible, pero no necesario, no normal, sino que excepcional, quedando, por tanto, excluido en el ámbito general del Estatuto de Roma.<sup>289</sup>

A su vez, se hace evidente que tampoco se ha considerado un estándar general de culpa: en los casos de culpa puede no existir el elemento intencional, como puede ser que falte el elemento cognoscitivo.

#### **5. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ELEMENTO INTENCIONAL EN LA RESPONSABILIDAD POR EL MANDO.**

Es fundamental señalar que en el ámbito del **elemento intencional** del tipo subjetivo no existe una norma especial para la responsabilidad por el mando, de modo que sólo puede responder el superior por dolo directo ya sea de primer o segundo grado. La discusión sobre el tipo subjetivo en la

---

<sup>289</sup> La mayoría de los tratadistas están de acuerdo con que el dolo eventual no satisface el requisito del tipo subjetivo. Por ejemplo, vid. WERLE, página 207, vid. AMBOS, *La parte general...*, página 398

responsabilidad por el mando que se presenta en torno a la posibilidad de que el superior pueda incumplir su deber de manera culposa siendo igualmente responsable, sólo tiene que ver con el **elemento cognoscitivo** y no el **intencional**.

Esto tiene una importancia trascendental, toda vez que si el superior, sabiendo de la intención de sus subordinados de cometer un ilícito puede que tome las medidas insuficientes para evitar la comisión del ilícito por mera negligencia o imprudencia: por ejemplo, cree que es suficiente hacer un simple llamado de atención a los subordinados, quienes de todos modos cometen el ilícito. Se puede comprobar que si hubiera aplicado su facultad de arrestar a los subordinados subversivos se hubiera evitado la comisión. Sin embargo, esta comprobación no tendrá relevancia jurídico penal alguna, toda vez que el superior no ha actuado con dolo al no tomar las medidas necesarias a su alcance por mera negligencia.

Lo mismo sucede con el dolo eventual: aunque el superior se haya representado que con las medidas que tomó o, incluso, sin haber tomado ninguna medida, era posible que se produjera el resultado lesivo, que se cometieran los crímenes, pero que según el curso natural de los acontecimientos esto no debía suceder, su responsabilidad quedará excluida por el hecho de concurrir dolo eventual que no está considerado dentro de las hipótesis referidas al elemento intencional. Concordamos con WERLE que esto debiera ser modificado en el artículo 30 del Estatuto de Roma, para dar cabida al dolo eventual.<sup>290</sup>

## **6. ELEMENTO COGNOSCITIVO EN EL ARTÍCULO 30 DEL ESTATUTO DE ROMA.**

En el artículo 30 número 3 del Estatuto de Roma se señala que:

---

<sup>290</sup> Cfr. WERLE, página 207

“3. A los efectos del presente artículo, por “conocimiento” se entiende la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos. Las palabras “a sabiendas” y “con conocimiento” se entenderán en el mismo sentido.”<sup>291</sup>

Aquí se expresa el elemento **cognoscitivo** del tipo subjetivo que se refiere a dos situaciones: tener la conciencia de que existe una **circunstancia** y tener conciencia de la **causalidad** entre la acción y el resultado.

El elemento **cognoscitivo** es anterior al elemento **volitivo**, aunque están íntimamente vinculados. Por el elemento cognoscitivo, el individuo entiende la situación en la que está inmerso en relación a los elementos del tipo, es decir, comprende el significado de su conducta y el resultado que de ella puede esperar, así como cualquier otra circunstancia necesaria para que se configure el ilícito<sup>292</sup>. El elemento volitivo, en cambio, como ya fue referido, tiene que ver con querer ese resultado o, al menos, aceptar su concurrencia, así como querer la realización de la conducta.

Separar ambas cosas en términos absolutos no es posible. Así, el propio artículo 30 del Estatuto de Roma repite la idea de “curso natural” tanto respecto de conocimiento como de la intención en términos prácticamente idénticos.<sup>293</sup>

---

<sup>291</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 30

<sup>292</sup> Señala ROXIN, “(...) ya sabemos que es suficiente para el conocimiento la representación de que el propio actuar conducirá posiblemente a la realización de un tipo. El conocimiento sólo falta por tanto cuando quien actúa no ha incluido en absoluto en su representación un elemento del tipo”. El concepto de conocimiento en que se basa ROXIN es el del § 16 I 1 del Código Penal Alemán, que señala: “*Quien en la comisión del hecho no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal no actúa dolosamente*”. ROXIN, *Derecho Penal*, página 458.

<sup>293</sup> Sí es posible circunscribir al ámbito cognoscitivo el conocimiento de las “circunstancias”, en términos del artículo 30. Existe cierta discusión a nivel doctrinal sobre cuál es el significado de la palabra circunstancia, específicamente respecto a la posibilidad de que en ella se considere aspectos propios de la culpabilidad o elementos normativos del tipo (vid. AMBOS, *La parte general...*, página 399). En virtud del

Este conocimiento debe ser efectivo y no presunto, sin perjuicio de que pueda extraerse de la conducta del individuo.

Dicho aspecto cobra especial relevancia en la responsabilidad por el mando (en general en las omisiones), toda vez que ante la ausencia de comportamiento suele ser mucho más difícil determinar la existencia de conocimiento de las circunstancias que lo llevan a realizar la conducta. Si a esto sumamos el hecho de que la responsabilidad por el mando se produce en el ámbito de una organización compleja es fácil comprender la dificultad probatoria que presenta el elemento de conocimiento en la materia toda vez que normalmente se diluirá en las estructuras organizacionales.

De este modo, es necesario que el superior tenga conocimiento de todos los elementos típicos a efecto de que se le pueda imputar la conducta y si no, existirá un error, salvable o insalvable, que impediría su punibilidad.

Sin perjuicio de esto, este régimen general en cuanto al conocimiento se ve modificado en el artículo 28 del Estatuto de Roma, sólo para el caso de la responsabilidad por el mando, lo que se analiza a continuación.

## **7. ELEMENTO COGNOSCITIVO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL.**

De la forma en que aquí hemos tratado la responsabilidad por el mando como coautoría o participación, el conocimiento tiene un significado

---

desarrollo que existe hoy en día de la teoría del error, es posible sostener que la distinción entre elementos descriptivos y normativos sufre de cierta vaguedad y en muchos casos depende del grado de dominio cotidiano del término. Así, términos como guerra o conflicto armado tienen un contenido normativo específico, pero no es exigible el conocimiento exacto del concepto jurídico a efectos de poder determinar que una persona conocía el hecho de estar inmersa en un conflicto armado. De este modo, sin entrar de lleno en el debate, es posible considerar que los elementos normativos del tipo también deben alcanzarse con el concepto de conocimiento. Vid. respecto al error y al mero desconocimiento, con especial referencia a la jurisprudencia chilena, VAN WEEZEL, en especial, páginas 20 y siguientes.

adicional y que se vincula con el comportamiento de los subordinados: el superior debe entender estar participando el hecho común, según el principio de **convergencia intencional**.<sup>294</sup> Así, por ejemplo, si una persona que debe cerrar una puerta olvida hacerlo y por ella ingresan los ladrones, no puede ser considerada cómplice de ellos. Sin embargo, si la misma persona, sabiendo que vendrán los ladrones, no cierra la puerta, dado que entiende estar cooperando en el hecho, aun sin que los delincuentes sepan que están recibiendo esa ayuda, puede ser considerada como cómplice.

En el caso de la responsabilidad por el mando esto se traduce en la necesidad de que el superior tenga el **conocimiento** de que sus subordinados van a cometer los crímenes de base. Si lo ignora completamente, no es posible considerarlo como partícipe del hecho de sus subordinados.

Así lo reconoce expresamente el artículo 28(a)(i) (b)(i):

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

**b.i** *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;”*<sup>295</sup>

En este punto hay que tener presente que, como lo hemos señalado antes<sup>296</sup>, la diferencia no puede hacerse realmente entre superiores militares y no militares, sino que entre superiores con facultades de mando y superiores con autoridad.

---

<sup>294</sup> Señala Etcheberry que “*Todos (los partícipes) deben tener la conciencia (no necesariamente un concierto previo) ausente en el cómplice y el encubridor de estar cooperando a un hecho común.*” ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo II, página 78.

<sup>295</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28

<sup>296</sup> *Supra*, Capítulo II, 4.

Cada norma representa dos hipótesis diferentes: en primer lugar se refiere a que el superior hubiere **sabido** que las fuerzas estaban cometiendo los crímenes o se proponían cometerlos o que, **en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber** que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (militares) o que **deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información** que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos (no militares).

La primera hipótesis en ambos casos (que hubiere sabido) establece con claridad el **conocimiento efectivo**, no existiendo ninguna diferencia con lo señalado para el elemento cognoscitivo en general en el Estatuto de Roma: tal como todos los demás elementos del tipo, es necesario que el superior sepa que sus subordinados se proponían o estaban cometiendo crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

La segunda hipótesis de cada caso (hubiere debido saber y deliberadamente hacer caso omiso de información), por el contrario, es tal vez el elemento de la responsabilidad por el mando que mayor controversia genera y que más afecta la determinación exacta del título por el cual el superior es hecho responsable, especialmente en el caso de los superiores militares.

Este elemento se ha interpretado de diversas maneras, partiendo por la responsabilidad objetiva, hasta considerar que no representa un cambio de tipo subjetivo con respecto al régimen general y que su función es otra diversa.

Sin duda que este problema viene dado por comprensión de la omisión y por la dificultad que significa equipararla a la comisión. En ese sentido, es complejo lograr diferenciar la conducta dolosa de la culposa, toda vez que, en la práctica, el comportamiento del superior siempre ha sido el mismo: no realizar aquello que debió haber realizado.

Así, pareciera ser que la imputación “moral” al superior puede hacerse con independencia del tipo subjetivo. En definitiva, podría decirse, de haber actuado oportunamente los crímenes se podrían haber evitado, qué importa si no lo hizo por negligencia o con dolo. En este trabajo pretendemos precisamente resolver este asunto con atención a la naturaleza de la conducta y a la descripción normativa de la misma en el Estatuto de Roma.

Para dicho efecto, analizaremos a continuación cada una de las posibles interpretaciones que pueda tener el “debido saber” (dentro de las cuales está la ignorancia autoprocuroado que se aplica en el caso de los superiores no militares) en el Estatuto de Roma, descartando todas aquellas que requieran un estándar menor al dolo y, a su vez, dando los contornos precisos de la clase de conocimiento que se exige del superior.

## **8. INTERPRETACIONES QUE ACEPTAN QUE EL SUPERIOR PUEDE ACTUAR SIN DOLO**

### **8.1 RESPONSABILIDAD OBJETIVA**

En Derecho Anglosajón se entiende que la *strict liability* como aquellos delitos en que “*pareciera que la sola concurrencia del elemento externo, y sin necesidad de referencia a la disposición mental del agente, puede establecer la responsabilidad del autor*”<sup>297</sup> En la práctica, no se prescinde de todo elemento subjetivo, pero de todos modos su aplicación resulta ser bastante más reducida.<sup>298</sup>

---

<sup>297</sup> PIÑA ROCHEFORT, página 72.

<sup>298</sup> Sólo por poner un ejemplo para entender que no se puede eliminar cualquier elemento subjetivo: imaginemos que una persona puede ser responsable por tener un determinado cargo. Si esa persona no tiene conocimiento de estar detentando el cargo (por ejemplo, no lo han notificado), no puede ser responsable.

Una categoría semejante está casi desterrada del Derecho Penal continental, sin embargo, todavía tiene cierta raigambre en el Derecho anglosajón, donde más que cuestionarse que exista, se considera su peligrosidad en relación a los abusos que de esos tipos pueden derivar.

No existen realmente autores que seriamente sostengan que el estándar de la responsabilidad por el mando debe ser el de la responsabilidad objetiva ni que en la práctica lo sea. A pesar de que en el Derecho anglosajón la institución existe, la importancia del principio de culpabilidad en el Derecho continental impide que pueda interpretarse de semejante manera la responsabilidad por el mando.

Más todavía, no hay ningún indicio en el Estatuto de Roma que permita sostener semejante tesis: no sólo se establece el régimen general de tipo subjetivo en el artículo 30, sino que además el propio artículo 28 del Estatuto de Roma exige un elemento relativo al conocimiento. Interpretar que “debido saber” se refiere a la irrelevancia del conocimiento del superior es un exceso que desnaturalizaría por completo, en general, las instituciones del Derecho Penal internacional, es decir, si se interpreta “debido saber” como el incumplimiento de un deber de averiguar, habría, al menos, culpa en ese ámbito. En todo caso, como hemos señalado, para que la participación sea punible se requiere que el sujeto haya actuado con dolo. Sobre este punto volveremos al tratar la interpretación que postula que el estándar es de culpa.

Si tratamos esta posible interpretación, es solamente por su valor histórico. Varias de las críticas que se le hicieron a la responsabilidad por el mando en su debut mundial en el caso *Yashamita* eran precisamente referidas al estándar exigido en elemento interno de la conducta. Así, quienes señalaron que el estándar era el de la responsabilidad estricta lo hacen como una forma de restar legitimidad a la institución.

Tal como lo señalamos en el correspondiente capítulo<sup>299</sup>, difícilmente puede sostenerse que el estándar utilizado por los juzgadores en el caso *Yamashita* haya sido el de responsabilidad objetiva.

La defensa de *Yamashita* alegó que dado que estaban cortadas las comunicaciones con Manila no fue posible que *Yamashita* supiera de los abusos que estaban cometiendo las tropas japonesas. Es decir, la defensa, en este aspecto, se basaba en la ausencia del elemento cognoscitivo.

Durante el juicio nunca se probó por hechos directos que *Yamashita* hubiera, efectivamente, tenido conocimiento de los actos que cometían sus subordinados, sin embargo, no se puede decir que el Tribunal haya considerado que el vínculo subjetivo era innecesario. Lo que hace el Tribunal es sostener que dada la extensión de los crímenes que se estaban cometiendo, incluso con las líneas de comunicación cortadas no era posible sostener por parte de *Yamashita* que no estaba en conocimiento de los crímenes. En definitiva, se **infiere de las circunstancias circundantes** a los hechos la existencia del conocimiento del superior. El Tribunal en el caso *Yamashita* concretamente señaló lo siguiente:

*“Es absurdo, en todo caso, considerar a un comandante como asesino o violador porque uno de sus soldados cometió un asesinato o una violación. Sin embargo, donde el asesinato y la violación y actos viciosos, vengativos son ofensas extendidas, y no hay un intento efectivo por un comandante para descubrir y controlar los actos criminales, dicho comandante puede ser hecho responsable, incluso puede perseguirse penalmente, por las ilicitudes de sus tropas, dependiendo de su naturaleza y las circunstancias concomitantes.”*<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> *Supra*, capítulo I, 2 y 3.

<sup>300</sup> *Yamashita*, página 35. “*It is absurd, however, to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape. Nevertheless, where murder and rape and vicious, revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them.*”

Como se verá, esto no está muy alejado al estándar que sigue el Estatuto de Roma, sin que pueda considerarse que constituye una forma de responsabilidad objetiva, aunque pareciera tener cierta tendencia a la responsabilidad por culpa.

Señala que si no hay un intento efectivo del superior por descubrir y controlar los actos, puede ser hecho responsable. Está exigiendo un intento por descubrir la comisión de ilícitos. Sin embargo, de manera similar a como lo hace hoy el Estatuto de Roma, señala que esto depende de la naturaleza y de las circunstancias que rodean el hecho. Parece, en todo caso, que de algún modo se acerca a la idea de *wilfully blindness* o ignorancia autoprovocada<sup>301</sup>. Nuevamente, se está señalando que no es aceptable pensar que el superior no hubiera tenido noticia de la comisión de los ilícitos y que si efectivamente no tuvo noticias, fue porque se puso en posición de no recibirlas. Otros consideran que lo que hay aquí es el llamado conocimiento constructivo. Veremos estas categorías a continuación.

## 8.2 CULPA POR INFRACCIÓN DE DEBER

Según esta interpretación, se considera que la responsabilidad por el mando se configura con la simple negligencia del superior en obtener el conocimiento relativo a la comisión de ilícitos por parte de los subordinados, es decir, el superior tendría el deber de hacerse con la información sobre la comisión de crímenes por parte de sus subordinados.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> Hacer deliberadamente caso omiso de información. Vid *Infra* capítulo IV, 9.1.

<sup>302</sup> En general, los autores que aceptan la posición de que se puede ser responsable por negligencia no ahondan en las características, de modo que no sería extraño que pudieran aceptar, como veremos en AMBOS, una tesis de negligencia por “conocimiento constructivo”. Por ejemplo, cfr. WERLE, página 232.

Esta interpretación se adecua perfectamente a la posición de quienes consideran que la responsabilidad por el mando es un delito autónomo. En efecto, si es sólo un delito de omisión propia, es decir, la infracción a un mandato impuesto por la ley, no es relevante el ánimo mental del sujeto en relación al resultado. Dicho de otra manera, el superior que no cumple con su deber de vigilancia, entendido en términos amplios, es decir, más allá que la prevención de un ilícito que sabe que se va a cometer, comete el ilícito (doloso) con la mera infracción a ese deber de vigilancia. Tiene poca relevancia si ha sabido que se iban a cometer ilícitos o si no lo supo por negligencia. Es difícil, entender la función que cumple bajo esta interpretación el conocimiento, pero evitar el ilícito le permite enervar su responsabilidad antes de que ella se concrete. Sin embargo, si lo ignora legítimamente (no tenía la obligación de hacerse con la información), no será responsable. Esto se entiende porque no ha tenido la posibilidad de evitar que se produzca el ilícito. Quiere decir, entonces, que para que se esté en presencia de una conducta jurídico penalmente relevante, tendremos que atenernos a la omisión de la obligación de evitar la comisión de los crímenes (lo que ya implica una infracción al deber de vigilancia), por lo que esa será la única conducta relevante, sin que sea aceptable sostener la existencia de dos conductas copulativas (infracción al deber de vigilancia y no evitar la comisión del ilícito).

Entonces volvemos a lo mismo, lo importante es no haber prevenido o reprimido la comisión de los crímenes de base. Eso requiere un elemento causal, una colaboración en el hecho.

La verdad es que la idea de que la responsabilidad por el mando representa un estándar culpa se basa principalmente en una comprensión errada de la fórmula “debiendo saber” que se suele utilizar en estos casos.

En *Mucić et al.* se señala el siguiente estándar:

*“Contrario a lo señalado por la fiscalía, la Cámara de Enjuiciamiento no sostiene que un superior necesite tener información sobre las ofensas de los subordinados en su posesión actual para el propósito de ser responsable criminalmente bajo el principio de la responsabilidad por el mando. Evidencia de que el superior tenía alguna información general en su posesión, que lo hubiera puesto en alerta de posible actos ilícitos cometidos por sus subordinados sería suficiente para probar que “Debería haber sabido”. El Comentario ICRC (Protocolo Adicional I) se refiere a “reportes enviados a (el superior), (...) la situación táctica, el nivel de entrenamiento e instrucción de los oficiales subordinados y las tropas, y sus atributos de personalidad” como formas de constituir potencialmente la información referida en el artículo 86(2) del Protocolo Adicional I. En cuanto a la forma de la información disponible para él, puede ser escrita u oral y no necesita tener la forma de reportes específicos enviados a través de un sistema de vigilancia. Esta información no necesita entregar información específica sobre los actos ilícitos cometidos o que están a punto de cometerse. Por ejemplo, un comandante militar que ha recibido información sobre que los soldados bajo su mando tienen un carácter inestable o violento, o que han estado bebiendo antes de ser enviados en una misión, puede considerarse tener el conocimiento requerido.”<sup>303</sup>*

Luego señala:

*“Por las razones señaladas, este fundamento de apelación es desechado. La Cámara de Apelaciones sostiene la interpretación dada por*

---

<sup>303</sup> *Mucic et al, apelación, párrafo 238* “Contrary to the Prosecution’s submission, the Trial Chamber did not hold that a superior needs to have information on subordinate offences in his actual possession for the purpose of ascribing criminal liability under the principle of command responsibility. A showing that a superior had some general information in his possession, which would put him on notice of possible unlawful acts by his subordinates would be sufficient to prove that he “had reason to know”. The ICRC Commentary (Additional Protocol I) refers to “reports addressed to (the superior), [...] the tactical situation, the level of training and instruction of subordinate officers and their troops, and their character traits” as potentially constituting the information referred to in Article 86(2) of Additional Protocol I. As to the form of the information available to him, it may be written or oral, and does not need to have the form of specific reports submitted pursuant to a monitoring system. This information does not need to provide specific information about unlawful acts committed or about to be committed. For instance, a military commander who has received information that some of the soldiers under his command have a violent or unstable character, or have been drinking prior to being sent on a mission, may be considered as having the required knowledge.”

*la Cámara de Enjuiciamiento sobre el estándar de “debió haber sabido”, esto es, un superior será responsable penalmente según los principios de la responsabilidad por el mando sólo si existía información disponible que lo debió poner en conocimiento de los delitos cometidos por sus subordinados. Esto es consistente con el estándar de elemento interno de derecho consuetudinario como existente al momento del delito del que se lo acusa.”*<sup>304</sup>

¿Representa este estándar una forma de culpa? No parece ser realmente así. El Tribunal señala que no es necesario que el superior tenga la información relativa a la comisión de los hechos, esto es, no es necesario que tenga un informe que señale expresamente que los subordinados iban a cometer los crímenes. Lo que establece es que debía tener a su disposición información general sobre la posibilidad de la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados. Aceptemos que el superior conocía la información sobre la eventualidad de la comisión de los delitos.

Si entendemos la culpa inconsciente como el caso en que el sujeto no se ha representado el posible resultado de su acción, entonces no es posible sostener que en este caso estemos frente a ese estándar. El superior tenía información sobre la posibilidad de que se cometan los ilícitos, por lo tanto tiene que haber estado consciente de esa posibilidad (por supuesto que no se dan los requisitos para considerar que es un caso de culpa consciente).

Tiene gran relevancia que en el Estatuto de Roma se señale que “**en razón de las circunstancias del momento**” hubiere debido saber. No podemos decir que cierta información era información que el superior

---

<sup>304</sup> *Mucić et al.*, apelación, párrafo 241 “*For the foregoing reasons, this ground of appeal is dismissed. The Appeals Chamber upholds the interpretation given by the Trial Chamber to the standard “had reason to know”, that is, a superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates. This is consistent with the customary law standard of mens rea as existing at the time of the offences charged in the Indictment.*”

estaba **obligado** a poseer, sino que tiene que ver con las circunstancias fácticas en que se encontraba, como abordaremos más adelante<sup>305</sup>.

Por otra parte, ya hemos señalado que hay antecedentes suficientes para considerar que la conducta del superior se vincula directamente con la conducta de los subordinados, es decir, que la conducta de los superiores es una forma de participación o de coautoría en el crimen de base.

Está bastante asentado que para participar en un hecho típico o incluso para ser coautor es necesario que exista convergencia intencional, si no es así, no es posible vincular subjetivamente al sujeto con el hecho. Volviendo al ejemplo de la puerta que utilizábamos en el capítulo anterior: el ama de llaves que no se cerró la puerta en la noche para permitir la entrada de su novio realiza una conducta muy distinta a si dejó la puerta abierta por puro olvido. A efecto de que uno pueda ser responsable de un hecho típico, tiene que entender estarlo realizando. Quien no sabe que su conducta implica una aportación a un hecho, no puede ser responsable por ese hecho<sup>306</sup>. En definitiva, si el superior no sabía que existía la posibilidad de la comisión de los crímenes de base, no es posible hacerlo responsable de dichos crímenes. Recordemos que se exige que los crímenes deben haber sido cometidos “en razón” de la falta del superior a su deber de vigilancia, es decir, no están desvinculados.

### 8.3 PLURALIDAD DE FIGURAS

---

<sup>305</sup> Vid. *Infra* capítulo IV, en especial, 9.2.

<sup>306</sup> Muy claro en ese sentido es el sarcástico título del trabajo de NERSESSIAN, que aunque no forma parte de la bibliografía consultada para esta investigación, nos permitimos referenciar aquí: NERSESSIAN, David, “*Whoops, I Committed Genocide! The Anomaly of Constructive Liability for Serious International Crimes*” L., Fletcher Forum of World Affairs, Summer 2006, 30 (2), 81-106.

Es interesante ver la posición ecléctica de NERLICH<sup>307</sup>, quien encuentra no una figura, sino que cuatro distintas figuras en la responsabilidad del superior, en base a los siguientes elementos: **Intervención antes del hecho** (prevención y represión) o **después del hecho** (denuncia), y **conocimiento** o **falta de conocimiento** del superior. Sobre los problemas de la intervención después del hecho nos referiremos en el siguiente capítulo de este trabajo al tratar el deber de denuncia, sin embargo, valga señalar en este punto que el deber de poner el asunto en conocimiento de la autoridad más que representar un delito diferente es más bien una incoherencia dogmática, según se analizará en su oportunidad.<sup>308</sup>

En cuanto al conocimiento o falta del mismo, ante la evidencia de la exigencia de **causalidad o colaboración**, sumada a la interpretación de la posibilidad de que el superior pueda ser responsable **sin conocimiento**, ve una evidente contradicción (que si consideramos que no es posible que exista la responsabilidad por culpa, como se sostiene en este trabajo, no es realmente una contradicción). Por un lado se establece que el delito es una forma de participación, por lo tanto, sólo puede ser realizado de forma **dolosa**. Por otra parte, NERLICH comparte la interpretación de que la formulación de la norma acepta la posibilidad de que el hecho sea cometido de forma negligente o imprudente en cuanto al conocimiento de los hechos<sup>309</sup>.

NERLICH intenta armonizar ambas conclusiones. Por un lado, señala, existe un delito doloso que consiste en la participación en el hecho de los subordinados. Por otro lado, responsabilidades paralelas cuando el superior no tuvo el conocimiento que debía tener:

---

<sup>307</sup> En general vid. NERLICH, páginas 667 en adelante.

<sup>308</sup> Ver *Infra* capítulo V, 4.

<sup>309</sup> Cfr. NERLICH, páginas 667 y siguientes

*“Estructuralmente, la falta de conocimiento del superior antes del hecho puede ser descrita como una forma paralela de atribución tanto del subordinado como del superior... La conducta criminal del subordinado no se le atribuye al superior. Con respecto a la consecuencia lesiva el superior actuó ‘solamente’ de manera negligente o imprudente (recklessly)”.*<sup>310</sup>

Una posición similar tiene MELONI, quien considera que:

*“En conclusión, se puede observar que, en cuanto corresponde a la omisión de prevención. Dependiendo si el superior efectivamente sabía o no de los crímenes de los subordinados, la responsabilidad del superior será más consistente con una forma de complicidad, en el primer caso, y más consistente con una responsabilidad por mera violación de los deberes específicos de actuar en el segundo caso.”*<sup>311</sup>

Esta interpretación tiene la ventaja de terminar con la discusión dogmática y, a la vez, permitir un tratamiento diferenciado de los casos dolosos –más graves- y los casos culposos –menos graves.

Sin embargo, a pesar de la comodidad de esta posición, no se condice con el texto del artículo 28 del Estatuto de Roma y, por lo tanto, no es aceptable una interpretación que no representa lo que señala la norma. El artículo 28 tanto en el literal a) como en el b) señala que el superior “será penalmente responsable **por los crímenes de la competencia del Corte** que hubieren sido cometidos por fuerzas (subordinados) bajo su mando y control efectivo o autoridad y control efectivo según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:”,

---

<sup>310</sup> NERLICH, páginas 676. *“Structurally, lack-ofknowledge superior liability before the fact therefore may be described as parallel liability of both the subordinate and the superior... The subordinate’s criminal conduct is not attributed to the superior. With respect to the wrongful consequence the superior acted “only” negligently or recklessly.”*

<sup>311</sup> MELONI, página 636. *“In conclusion, it can be observed that, as far as the failure to prevent is concerned, depending on whether or not the superior actually knew about the subordinates’ crime, superior responsibility would be more consistent with a form of complicity in the former case, and more consistent with a responsibility for mere violation of the specific duty to act in the latter case”.*

estableciendo los autores analizados una distinción que no hace el texto legal y, por tanto, el intérprete no se puede permitir hacerla.

Sostener que el artículo 28 establece una forma de comisión culposa de los crímenes de competencia de la Corte, y no un nuevo delito,<sup>312</sup> es un problema meramente terminológico: el delito culposo es un delito distinto del doloso.

Sin embargo, lo fundamental, es que con esta interpretación se mantiene el problema dogmático de fondo, que ya expresamos en el capítulo anterior: por mucho que se lo distinga con otras categorías, lo cierto es que estamos haciendo responsable a un individuo por una intervención dolosa en un hecho culposo, dado que no es posible sostener que exista aquí verdaderamente un delito autónomo, como ya expresamos en el capítulo anterior.<sup>313</sup>

Por último, no es menor que esta interpretación de NERLICH, aunque parece más benigna para los superiores, en realidad castiga por crímenes de competencia de la Corte a personas que, aunque puedan haber actuado de forma inadecuada, la gravedad de su conducta no justifica la intervención de la Corte Penal Internacional.

#### **8.4 HUBIERE DEBIDO SABER COMO “CONOCIMIENTO CONSTRUCTIVO”.**

A grandes rasgos el conocimiento constructivo consiste en que de la información que tenía a su disposición el superior tenía el deber de haber concluido la existencia de los crímenes de base.<sup>314</sup>

Se señala que esto no es cualquier estándar de negligencia, sino que un estándar especial de negligencia, casi al límite del dolo.<sup>315</sup>

---

<sup>312</sup> Cfr. NERLICH, páginas 678.

<sup>313</sup> *Supra*, en general, capítulo III.

<sup>314</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 847.

Lo que hace es construir un deber del superior de concluir de la información de que dispone la existencia de la comisión de los delitos por parte de los subordinados:

*“El concepto del llamado conocimiento constructivo debe también ser entendido como el requerimiento de información confiable y concreta que permita al superior conocer sobre la comisión de los crímenes. Hessler correctamente establece que el conocimiento constructivo consiste en el deber de hacer inferencias de datos los datos que conoce y llevar adelante una investigación razonable de los hechos ‘sospechosos’ de los que actualmente está en conocimiento.”<sup>316</sup>*

A diferencia de la simple responsabilidad por culpa que expusimos antes, en que el superior tiene la obligación de mantenerse informado sobre las actividades de sus subordinados, aquí lo que existe, más bien, es la obligación de concluir, de los datos que posee, la existencia de los crímenes. Es decir, se eleva el estándar, por cuanto aquí el superior necesariamente dispone de información. En el caso de la responsabilidad simple por culpa el superior puede ser responsable por incumplir el deber de organizar un buen sistema de comunicación interna que el permita saber que pasa con sus subordinados constantemente. Según el estándar del conocimiento constructivo, en el caso propuesto el superior no podría ser hecho responsable.

---

<sup>315</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 846, igualmente KITTICHAISAREE que señala que *“The Mens rea requirement for command responsibility is serious negligent that is tantamount to acquiescence or even malicious intent.”* Es decir, *“El requisito de Mens rea para la responsabilidad por el mando es negligencia grave que es equivalente a la aquiescencia o incluso el intento malicioso”*. KITTICHAISEAREE, páginas 254 y 255. Asimismo, sostienen esta opinión las sentencias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de los casos *Akayesu* párrafo 489 y *Musema* párrafo 131.

<sup>316</sup> AMBOS, *Superior Responsibility*, página 847, citando a Hessler, ‘Command Responsibility for War Crimes’, 82 *Yale Law Journal* (1973) páginas 1278 y 1279. *“The concept of so-called constructive knowledge must also be understood as requiring reliable and concrete information enabling the superior to know of the comisión of crimes. Hessler correctly states that constructive knowledge consists of a duty to make inferences from actually known facts and to carry out reasonable investigation of actually known ‘suspicious’ facts.”*

Así, el punto de partida es que el superior esté en posesión de información que le permita concluir la existencia de los crímenes. Sólo debe buscar más datos si de los que tiene se puede derivar la existencia de un riesgo determinado. Es cierto que esta interpretación es más acorde con la cita hecha anteriormente a la sentencia de *Mucić et al*<sup>317</sup>. y en cierto modo se acerca a lo que se considera en este trabajo que es la solución correcta, pero aún así sigue siendo un estándar de culpa. Una culpa específica, particular, pero que sigue siendo culpa y los problemas derivados de ella. Al respecto, la *Trial Chamber* en *Mucić et al.* ha sido sumamente clara en referirse al estándar del elemento interno en los siguientes términos:

*“Un superior puede poseer el requisito del Mens rea para ser penalmente responsable si: (1) Tenía conocimiento efectivo, establecido a través de información directa o circunstancial, que sus subordinados estaban cometiendo o a punto de cometer crímenes señalados en los artículo 2 a 5 del Estatuto, o (2) si poseía información de tal naturaleza que, por lo menos, lo habría puesto en conocimiento del riesgo de tales ofensas, indicando la necesidad de investigación adicional en orden de determinar si esos crímenes se estaban cometiendo o se iban a cometer por sus subordinados.”*<sup>318</sup>

Aunque el número dos pareciera acercarse a lo que se señala que es el conocimiento constructivo, lo cierto es que, como veremos, esto es, en realidad, una forma de dolo eventual.

---

<sup>317</sup> *Mucić et al.*, párrafos 238 y 241. vid. *supra* capítulo IV, 8.2.

<sup>318</sup> *Trial Chamber, Mucić et al.*, página 150, párrafo 383. “A superior may possess the mens rea required to incur criminal liability where: (1) he had actual knowledge, established through direct or circumstantial evidence, that his subordinates were committing or about to commit crimes referred to under Article 2 to 5 of the Statute, or (2) where he had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of such offences by indicating the need for additional investigation in order to ascertain whether such crimes were committed or were about to be committed by his subordinates.”

## 9. EL ELEMENTO COGNOSITIVO COMO DOLO

Hasta aquí podemos sostener que la omisión del superior requiere ser dolosa, no sólo en cuanto a no realizar las conductas necesarias para impedir el crimen de los subordinados, sino que, además, en cuanto al conocimiento de que esos crímenes se iban a cometer o se estaban cometiendo.

Sin embargo, esta conclusión está muy lejos de resolver el problema del tipo subjetivo. Es evidente que si el superior tiene pleno conocimiento de lo que están haciendo o van a hacer sus subordinados, será plenamente responsable del ilícito que cometan. Esto se extrae del artículo 28 a.i y b.i donde se señala que el superior será responsable si **hubiere sabido** (militares) o si **hubiere tenido conocimiento** (no militares). Esto no representa más que la hipótesis general del artículo 30 en cuanto al elemento interno del delito en el Estatuto de Roma.

Sin embargo, tenemos, además, que el superior será responsable si “**en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber**” (militares) y “**deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente** que lo crímenes se iban a cometer o se estaban cometiendo” (no militares).<sup>319</sup>

A continuación explicamos el sentido de estos dos elementos bajo la interpretación de que corresponden a un estándar de dolo.

### 9.1 CEGUERA VOLUNTARIA (*WILFUL BLINDNESS*): CASO DE LOS SUPERIORES NO MILITARES.

Hacer deliberadamente caso omiso de información es lo que se conoce como “*wilful blindness*” o ceguera voluntaria, que en el Estatuto de

---

<sup>319</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 28

Roma<sup>320</sup> está expresamente considerado para el caso de los superiores no militares<sup>321</sup>. Es el caso en que una persona se pone en posición de ignorar una circunstancia a efecto de no ser hecho responsable por su actuación u omisión derivada de ella, correspondiendo a una excepción del régimen general del artículo 30.

Esta categoría ha sido tomada del *common law*, utilizado en algunos casos de “burreros”, personas que transportan sustancias estupefacientes ilegales quienes señalan como defensa que ignoraban el contenido de los paquetes que transportaban, pero también ha sido utilizado en casos de crímenes de guerra<sup>322</sup>

Estos casos han sido solucionados mayoritariamente en el sentido que la alta probabilidad del contenido de la información no permite sostener la ausencia de conocimiento o, que al menos, la ausencia de certeza es irrelevante.

Llevándolo a categorías continentales, esto no es más que una forma de dolo eventual, expresamente considerado en la norma del artículo 28 del Estatuto de Roma. En efecto, aunque no hay certeza respecto a la producción del resultado, sí hay una alta probabilidad.

En el caso de los superiores no militares, esto se limita a hacer caso omiso de la información disponible sobre los planes o los actos de los subordinados. Así, hay que distinguir casos de impunidad, en que más bien serán problemas de negligencia no punibles y casos de verdadera responsabilidad.

---

<sup>320</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28, b.i.

<sup>321</sup> GRANADOS PEÑA, sin embargo, aunque reconoce que hay una diferencia entre las norma para militares y para no militares, considera que el estándar de debiendo saber es equivalente a la ceguera voluntaria. Cfr. GRANADOS PEÑA, páginas 198 y siguientes, en especial, 200.

<sup>322</sup> Cfr. AMBOS, *Superior Responsibility*, página 852.

El artículo 28, en b.i señala que será responsable el superior si “...*deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente...*”<sup>323</sup>

Esto debe ser entendido en su adecuado contexto. Si, por ejemplo, el superior por mera negligencia no lee los informes que recibe, ignorando que uno de ellos puede tener que ver con la comisión de crímenes, el asunto no será punible, independiente del resultado que se hubiere producido.

Si, en cambio, sabe que dichos informes contienen la información sobre la comisión de crímenes, entonces será plenamente responsable. Pero incluso, si hay una alta probabilidad de que los informes contengan dicha información, aunque no sabe a ciencia cierta si la contienen o no, de todos modos la responsabilidad podrá alcanzar a ese superior. El estándar de conocimiento se verá satisfecho.

Este estándar no debe referirse siquiera a situaciones específicas: el superior puede dar una orden general de que no se le entregue cualquier información. El dolo eventual no requiere alcanzar las circunstancias específicas del hecho. Por ejemplo, quien entrega una pistola para la comisión de un ilícito, pero sin saber si con ella se cometerá una violación un homicidio o un robo, será igualmente responsable de cualquiera de los tres casos, siempre y cuando sea previsible la comisión de cualquiera de ellos. Esto puede extenderse incluso a desviaciones probables del dolo. Por ejemplo, si entrega la pistola para cometer un robo con violencia, es probable que se pueda herir a la víctima con dicha arma.

Algo similar sucede aquí; el superior no puede beneficiarse de esa ignorancia autoprocurada, porque incluso dentro de esa ignorancia, tiene el conocimiento de la probabilidad de la comisión de un hecho ilícito con ciertas características específicas. De algún modo, esto no es una excepción

---

<sup>323</sup> Estatuto de Roma, Artículo 28.

a la necesidad de conocimiento, si no que una forma especial de conocimiento no cubierta con el dolo directo o *intent*.

## **9.2 “HUBIERE DEBIDO SABER” COMO EXPRESIÓN DE UNA REGLA PROBATORIA (SUPERIORES MILITARES).**

Es importante considerar que la norma no sólo señala que el superior “**hubiere debido saber**”, sino que esto debe ser “**en razón de las circunstancias del momento**”.

La única forma de entender adecuadamente esto es que el significado del verbo **deber** no sólo puede interpretarse como una obligación superior, sino que como algo que necesariamente ha de concluirse de la información que posee el **juzgador**.

La clave es el uso de la fórmula “**en razón de las circunstancias del momento**” y tiene que ver uno de los problemas fundamentales de la imputación a superiores, no sólo en el ámbito de la responsabilidad por el mando, sino que en el Derecho Penal en general. Aunque pueda acreditarse con relativa facilidad la existencia de los crímenes, será muy difícil siempre determinar el conocimiento (o las órdenes para cometerlos, en otras figuras) del superior. En el caso de actos ilegales la cadena de información puede ser fácilmente ocultada por el superior e incluso por los propios subordinados que muchas veces tendrán incentivos para negar el conocimiento de su superior de dichos hechos o que simplemente asumen una lógica de protección de los miembros de la organización (subordinados que pueden incluso no ser aquellos que participaron directamente en los hechos).

De este modo, muchas veces estaremos completamente ajenos a la existencia de pruebas directas del conocimiento del superior, de modo que éste podría resultar impune. Sin embargo, tal como será difícil la prueba

directa, por la propia naturaleza de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, la prueba indirecta debiera ser abundante.

En efecto, como ya hemos señalado, lo que distingue a los crímenes de competencia de la Corte es que ellos suelen ser muy extendidos y parte de políticas institucionales. No suelen ser un delito particular, sino que una condición de anomia reinante en determinado contexto geográfico y temporal. De este modo, puede resultar altamente improbable o poco razonable suponer que bajo esas condiciones el superior ignoraba por completo la comisión de los crímenes.

Este problema ya se presentó en el caso *Yamashita*, donde la defensa arguyó que el general japonés no tenía conocimiento de que sus tropas estaban cometiendo las atrocidades, ante lo cual el Tribunal, sin tener una prueba directa del conocimiento y considerando que *Yamashita* alegaba tener las comunicaciones cortadas, señaló que dado lo extendido de los crímenes no era razonable pensar que *Yamashita* no tenía conocimiento de ellos.<sup>324</sup>

Esto, en realidad, no representa un estándar diferente al estándar general de prueba en el Derecho, en que la prueba circunstancial puede ser suficientemente contundente para acreditar la participación punible del individuo.

A pesar de ser un asunto probatorio, sí tiene alguna implicancia sustancial: El señalamiento específico de este estándar necesariamente se tiene que condecir con un régimen general en materia de responsabilidad del superior militar de dolo eventual, a diferencia de lo señalado en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Esto se debe a que si el conocimiento se tiene que determinar por las pruebas circunstanciales, no puede esperarse que ese conocimiento sea total o acabado sobre los hechos, sino que suficiente a fin de que tenga clara la necesidad de su

---

<sup>324</sup> Vid. *Supra*, capítulo II, 2 y 3.

propia intervención para evitar que dichos crímenes se cometan o se sigan cometiendo. Señala BONAFE a propósito del estándar fijado por la *Trial Chamber* en *Mucić et al.*, que ya hemos citado<sup>325</sup>:

“...Esta definición hace imposible establecer el estándar ‘debió haber sabido’ en el sentido de ‘obligación de saber’. Dado que el elemento psicológico está determinado solamente en referencia a la información de hecho disponible para el superior.”<sup>326</sup>

¿Qué representa entonces la necesidad de que el superior investigue la exactitud de la conducta de sus subordinados? Esto no es más que una forma de poner en marcha la obligación de prevención o represión, no teniendo verdadera relación con el elemento interno.

Lo importante es que el tribunal de *Mucić et al.*<sup>327</sup> reconoce que el superior tendría que haber sabido que existía el riesgo (probabilidad) de que los crímenes fueran cometidos, lo que representa un estándar de dolo eventual.

Esto se ve reforzado con el artículo 86 número 2 del Protocolo Adicional Número I<sup>328</sup>, que señala:

“2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del 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 permitiera 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 estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”

---

<sup>325</sup> *Mucić et al.*, párrafos 238 y 241. vid. *supra* capítulo IV, 8.2., en especial la transcripción del caso en lo relevante.

<sup>326</sup> BONAFÉ, página 607. “... *this definition makes it impossible to rely on the ‘should have known’ test in the sence of a ‘duty to know’*. *Since the psychological element is determined only by reference to the information in fact available to the superior.*”

<sup>327</sup> *Mucić et al.*, párrafos 238 y 241. vid. *supra* capítulo IV, 8.2.

<sup>328</sup> Así, BANTEKAS *et al.*, página 109.

Como puede observarse, tiene que estar acreditado que el superior poseía información, sin que realmente pudiera suponerse su conocimiento (caso en el cual sería un estándar de responsabilidad estricta) o sancionarse por no tenerlo.

La diferencia con la “*wilful blindness*” es que aquí se subsume cualquier omisión realizada con dolo eventual (ignorancia parcial), mientras que en el caso de los superiores no militares esta sólo se refiere a rechazar información que claramente indicara la comisión de los crímenes.

Finalmente, a partir de esto, puede concluirse que la responsabilidad por el mando como forma de participación es coherente con su naturaleza en su tipo subjetivo, exigiéndose dolo no sólo en la omisión de las conductas preventivas y represivas, sino que también en el elemento cognoscitivo.

## **10. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO**

A partir del análisis de las normas referidas al aspecto interno de la conducta en general en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y, en particular, en el caso de los superiores, podemos extraer varias conclusiones.

En primer lugar, el elemento volitivo de la conducta del superior no difiere en su tratamiento en cuanto a la realización voluntaria de la conducta.

En cambio, sí difiere el tratamiento del aspecto cognoscitivo y ha sido tal vez el elemento más discutido en la institución de la responsabilidad por el mando.

Por una parte, la primera hipótesis de la norma tanto para civiles como para militares se refiere a tener conocimiento de las circunstancias,

por lo que hasta ahí se mantiene el estándar general en cuanto al elemento cognoscitivo del aspecto interno.

La segunda parte de la norma para superiores militares se refiere a que en razón de las circunstancias del momento hubiere debido saber. Se ha establecido que es incoherente con la institución y sus elementos entender que esto implica un estándar de culpa. En cambio, representa un problema general connatural a la institución y que se ha presentado desde el juicio de *Yamashita*. Es muy difícil determinar a ciencia cierta que el superior haya realmente tenido el conocimiento que requiere el dolo en general en el Derecho Penal Internacional, por lo tanto, lo que implica la norma es que ese dolo se puede inferir de las circunstancias circundantes al momento de la comisión, entendiéndose que no es posible considerar que el superior no hubiere tenido el conocimiento.

En todo caso, cabe agregar, que esto implica un estándar de dolo eventual, toda vez que esta prueba extraída de las circunstancias no puede realmente establecer que el conocimiento del superior se ha dado en los términos exigentes del dolo directo de segundo grado.

En cuanto a los superiores no militares, el problema se presenta más simple en forma de ceguera voluntaria, esto es, haber hecho deliberadamente caso omiso de la información, lo que también representa un estándar de dolo. Así, se excluyen también casos de mera negligencia en la obtención de la información. A diferencia del estándar de los jefes militares aquí la única forma de dolo eventual es precisamente hacer caso omiso de la información.

## **11. EL TIPO SUBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO CHILENO.**

Respecto al tipo subjetivo, a diferencia del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional no se hace referencia al “*hubiere debido saber*” ni al “*deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información...*”, sino que se exige conocimiento:

*“Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que **teniendo conocimiento** de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.*

*La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.”*<sup>329</sup>

Así, en principio, podría pensarse que el estándar es más alto que el del Estatuto de Roma, pero esto no es tan claro.

Hay acuerdo en la doctrina chilena<sup>330</sup> en que el concepto general de dolo incluye el dolo eventual. Dependiendo la teoría que se siga se pone énfasis ya sea en el elemento volitivo o en el elemento cognoscitivo del mismo<sup>331</sup>. Lo cierto es que ambos elementos son relevantes para el concepto de dolo eventual: Si en el dolo directo de primer grado lo fundamental es la intensidad del querer, con una baja necesidad de conocimiento del resultado, en el caso del dolo de las consecuencias necesarias el querer es casi irrelevante, en comparación con el conocimiento de que el resultado se va a producir. En el dolo eventual, la intensidad de intención y conocimiento son muy bajas. No se quiere el resultado ni se está seguro de que se producirá.<sup>332</sup>

---

<sup>329</sup> Artículo 35 Ley 20.357.

<sup>330</sup> Vid. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 306, CURY, páginas 317 y siguientes, GARRIDO MONTT, Tomo II, páginas 103 y siguientes.

<sup>331</sup> Se centran en el elemento volitivo: cfr. ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Tomo I, página 301, CURY, página 315 y siguientes, GARRIDO MONTT, tomo II, página 103

<sup>332</sup> Cfr. ROXIN, *Derecho Penal*, página 416.

Desde el punto de vista cognoscitivo esto abarcará tanto el conocimiento de los elementos circundantes, como el hecho de que los subordinados van a cometer un crimen, como respecto del resultado probable, como puede serlo la efectividad de los intentos de evitación.

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cambio, se explicó que la regla general es que no se acepte el dolo eventual<sup>333</sup>. Asimismo, se observó<sup>334</sup> que los criterios de “*hubiere debido saber*” y “*deliberadamente hubiera hubiere hecho caso omiso de información*” representan formas de dolo eventual.

La pregunta es si la exigencia de conocimiento implica una elevación del estándar para la ley chilena y la respuesta es que no. Es simplemente el señalamiento del elemento cognoscitivo general que se exige en el dolo y se establece para vincular los crímenes de base con la omisión del superior.

De este modo, la disposición del artículo 35 de la Ley 20357 abarca el elemento cognoscitivo especial del artículo 28 del Estatuto de Roma.

Pero incluso va más allá. En el artículo 28 sólo puede haber dolo eventual en relación al hecho de que los subordinados están cometiendo los crímenes de base. Esto significa que no es punible el superior que actúa con dolo eventual en cuanto a la suficiencia de las medidas que está tomando. Así, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional un superior que cree que las medidas que está tomando pueden ser insuficientes, pero no se preocupa o no le importa tomar medidas más intensivas para evitar los crímenes, no será responsable de los crímenes de los subordinados (a menos que tuviera la seguridad de que las medidas eran insuficientes, caso en que estamos frente a dolo de las consecuencias necesarias). Sin embargo, el régimen general de dolo eventual del Derecho chileno si cubre esta hipótesis y el superior sería plenamente punible.

---

<sup>333</sup> Vid. *Supra*, capítulo IV, 4.

<sup>334</sup> Vid. Capítulo IV, 9.1 y 9.2.

En cuanto al deber de dar aviso oportuno a las autoridades, debiera considerarse que existe el mismo estándar.

**CAPÍTULO V:**  
**PREVENCIÓN, REPRESIÓN Y PONER EL ASUNTO EN**  
**CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE.**

**1. GENERALIDADES.**

Señala el artículo 28 a.ii y b.iii del Estatuto de la Corte Penal Internacional que el superior será responsable de los crímenes de base cometidos por su subordinados si:

*“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”<sup>335</sup>*

Aquí se describe propiamente, por un lado, cuál es el deber del superior y cuál es la omisión por la cual se hace responsable del ilícito de sus subordinados, esto es, la conducta punible del superior.

En qué consistirá exactamente la conducta debida será en gran medida un problema de hecho que tendrá que ver con las obligaciones propias de los superiores, con la esfera dentro de la cual influye sobre los subordinados en su rol de superior y con las circunstancias fácticas circundantes. Ese estudio corresponde, por una parte, a un análisis fáctico en el caso específico y, por otra, a una determinación general de las obligaciones de los superiores, que tendrá que ver con el Derecho de los conflictos armados y de las instituciones específicas (especialmente las militares), lo que excede la propuesta analítica del presente trabajo.

Sin embargo, sí corresponde hacer un análisis general en abstracto del ámbito de esas conductas, es decir, qué debemos entender en el contexto

---

<sup>335</sup> Estatuto de Roma, Artículo 28.

del artículo 28 del Estatuto de Roma por **prevenir, reprimir y poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes**, no en cuanto a la conducta específica que debe desplegar el superior, sino en cuanto al significado general de esos conceptos.

Esta distinción no es baladí, y tendrá relevancia a lo menos dos ámbitos: en primer lugar, en separar las ideas de prevención y represión con las obligaciones generales de los superiores y en distinguir las ideas de represión y castigo, que se usó en otros instrumentos internacionales y que tienen un significado jurídico diverso.

Analizaremos en primer lugar la **prevención**, bajo el punto de vista de que estamos frente a un caso de participación criminal, por lo que no cualquier falta al deber de vigilancia significará una omisión de prevención, sino la que específicamente implique no evitar la comisión de un ilícito específico.

En segundo lugar, analizaremos el concepto de **represión**, entendido como una forma de detener un proceso en marcha, lo que en definitiva es también una forma de prevención, y no un castigo.

Por último, analizaremos el problema de la **denuncia (poner el asunto en conocimiento de la autoridad)**, institución que no es coherente con el régimen general del artículo 28 del Estatuto de Roma, toda vez que se contrapone a la idea de participación, por ser la intervención del superior posterior a la comisión del ilícito. Haremos una comparación con la idea de encubrimiento como forma de participación y un pequeño análisis de la posibilidad de autoincriminación, en definitiva, rechazando la formulación del artículo 28 en este aspecto.

## **2. PREVENIR**

La primera conducta exigida al superior es la de prevenir, entendiendo prevenir en el sentido de “*Precaer, evitar, estorbar o impedir algo*”<sup>336</sup>. En ese sentido, la conducta que se exige al superior de prevenir la conducta de sus subordinados debe vincularse directamente con el momento en que el superior tiene el conocimiento de dicha conducta. Prevenir, tiene que ver con un conocimiento anterior a los actos de ejecución relativos a los crímenes de competencia de la Corte.

Así, vinculado con el artículo 28 a.i y b.i, si el superior sabe que sus subordinados “se proponían cometerlos (los crímenes de competencia de la Corte)” está obligado a evitar que esa conducta se llegue a consumar.

Es importante vincular esto directamente con el elemento intencional, porque la obligación de prevenir el hecho tiene que ver con los crímenes específicos que los subordinados pretendía cometer y de los cuales ha tenido conocimiento el superior y no puede implicar la responsabilidad del superior por mera negligencia, sino que, a lo más, por dolo eventual o por ceguera voluntaria, como lo hemos visto en el capítulo anterior<sup>337</sup>.

Esto requiere tomar cierta distancia de afirmaciones que se refieren, en general, a las obligaciones del superior. Por ejemplo, AMBOS, señala que:

*“El comandante debe hacer, en particular, lo siguiente:*

- *Asegurarse de que las fuerzas están entrenadas adecuadamente en Derecho internacional humanitario.*
- *Asegurarse de que se le da la debida consideración al Derecho internacional humanitario en la toma de decisiones operativas.*
- *Asegurarse de que exista un sistema de reportes efectivos de modo que él o ella sea informado de los incidentes cuando violaciones del Derecho internacional humanitario puedan haber ocurrido.*

---

<sup>336</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Tercera definición, consultada el 1º de marzo de 2009:

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO\\_HTML=2&TIPO\\_BUS=3&LEMA=prevenir](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=prevenir)

<sup>337</sup> Vid. *supra* en general, capítulo IV.

- *Monitorear el sistema de reportes para asegurarse de que es efectivo y*
- *Tomar acciones correctivas cuando él o ella toma conocimiento de que violaciones están a punto de ocurrir o han ocurrido.*”<sup>338</sup>

Posiblemente sólo la última de las aseveraciones (tomar medidas correctivas) pueda vincularse en todos los casos con la responsabilidad en un sistema en que se responde por dolo, como lo hemos presentado en este trabajo.

En efecto, debemos distinguir entre situaciones de anomia y situaciones donde prima el respeto por el Derecho, considerando, eso sí, que normalmente serán las situaciones de anomia las que se presentarán en mayor medida en los conflictos armados.

Veámoslo de este modo: un superior recibe un grupo de subordinados a su cargo. Dicho superior lo es de una milicia estatal en un momento de estabilidad institucional. El superior no se asegura que los subordinados se encuentren entrenados en Derecho Internacional Humanitario y, de hecho, no lo estaban. Sin conocimiento del superior cometen crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional. ¿Es posible sostener que dicha omisión puede hacer al superior responsable por el crimen de sus subordinados? Esto no será posible por varias razones: En primer lugar, en contextos en que prima la normalidad institucional es difícil creer que no

---

<sup>338</sup> AMBOS, Superior Responsibility p. 843 “... *the commander must do, in particular, the following:*

- *Ensure that the forces are adequately trained in international humanitarian law*
- *Ensure that due regard is paid to international humanitarian law in operational decision-making*
- *Ensure that an effective reporting system is established so that he or she is informed of incidents when violations of international humanitarian law might have occurred*
- *Monitor the reporting system to ensure it is effective and*
- *Take corrective action when he or she becomes aware that violations are about to occur or have occurred.*“

hay conciencia de la ilicitud de los actos que van a cometer los subordinados: Los crímenes de competencia de la Corte son actos que se consideran delitos en la gran mayoría de los ordenamientos internos del mundo e incluso se suele exigir que los delitos sean, además, extendidos. Difícilmente puede creerse que los subordinados no hayan tenido conocimiento de esto.

Asimismo, es difícil pensar que la mera instrucción en Derecho Internacional humanitario pueda evitar que los subordinados cometan crímenes que ya sabían que eran actos ilegales, por lo que no puede suponerse de la omisión del superior pensar que eso podía derivar en la comisión de los ilícitos. Por el contrario, el hecho de que desarrollen la conducta a espaldas del superior es indiciario al menos de la conciencia de la antijuridicidad o, al menos, de la reprobación por parte de la autoridad organizativa de esa conducta.

Sin embargo, hay que tomar en consideración otros elementos. Ya hemos señalado que los grupos organizados en general, y en especial aquellos en que tienen como medio de acción el uso de armamento, representan un especial peligro, además de que las situaciones de conflicto armado suelen implicar cierto nivel de anomia. Pensemos, también en casos de grupos paramilitares o rebeldes que no suelen tener estructuras claras. En estos casos puede ser que la instrucción pueda servir como medio para lograr evitar la comisión de crímenes de competencia de la Corte, entendiendo la instrucción no como un mero traspaso de información, sino que como una forma de reforzamiento moral de la conducta esperada de los subordinados.

Con todo, es necesario que el superior haya podido razonablemente prever que los subordinados podían cometer determinados crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y que dicha instrucción era una medida razonable y necesaria.

Lo mismo se puede decir de las otras obligaciones de la lista. En definitiva, lo relevante es que se puede considerar que el superior está obligado a instruir a sus tropas, darle el valor necesario al Derecho Internacional Humanitario, establecer y controlar los sistemas de información, pero la omisión de cualquiera de esas obligaciones será simplemente una falta administrativa que no siempre se podrá vincular con la responsabilidad del superior por los crímenes de sus subordinados, lo que deberá, siempre, analizarse caso a caso: No siempre un superior que omite estas obligaciones será responsable e incluso uno que haya cumplido con todas ellas puede igualmente ser responsable (sin perjuicio de que la idea de las “acciones correctivas” de la última de las obligaciones del superior es una cláusula más bien general casi sinónima de prevenir).

Por último, hay que hacer una pequeña referencia a lo señalado en el artículo 28 en cuanto a que las medidas que debe tomar el superior deben ser las **necesarias y razonables** (tanto para prevenir como para reprimir).

Que las medidas sean **necesarias** implica que esto será un problema de hecho y que no puede establecerse previamente un catálogo de conductas que el superior debe desplegar. Está obligado a la conducta siempre que se útil para evitar la comisión de los crímenes de competencia de la Corte. No puede exigírsele ni menos ni más que eso, porque o si no ya no estaríamos frente a una conducta que tenga la virtud de cooperar con los ilícitos y sería irrelevante para fundar la responsabilidad del superior.

Que la conducta sea **razonable**, implica que lo que puede exigirse al superior no puede ir más allá de lo que él pudo haberse planteado como forma de resolver el asunto. En cualquier situación particular, puede que exista multiplicidad de conductas que servirían para haber evitado los crímenes. No todas ellas son exigibles al superior, sino las que se pudo haber representado. Pero incluso, si por negligencia toma un curso de acción equivocado, no podrá ser imputable a dicho superior el crimen

cometido por los subordinados. En este aspecto, al menos, no hay dudas que la exigencia del artículo 28 es de una conducta dolosa. Más que en ninguna situación, se aplica perfectamente aquí aquel dicho que señala que “todos son generales después de la batalla”.

Por último, que las medidas sean razonables también significa que no puede pedírsele al superior que ponga en riesgo su propia vida. Exigencia que el Derecho jamás puede hacer.

### 3. REPRIMIR

El artículo 28 señala que el superior debe **reprimir** los crímenes de base. En la formulación de los tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia el texto no habla de reprimir, sino que de **castigar**.<sup>339</sup>

El concepto de castigar tiene un contenido totalmente distinto que el de reprimir. Castigar implica sancionar a la persona que ya ha cometido un ilícito. Así, castigar normalmente implicará la idea de una intervención *ex post* que ya hemos señalado que no se condice con la estructura de la responsabilidad por el mando.

En cambio, por reprimir, se entiende la intervención durante la ocurrencia de un hecho, para evitar que continúe su realización, contener o refrenar. Efectivamente, dentro de su contenido puede estar castigar, a

---

<sup>339</sup> Señala el artículo 7 n° 3 del Estatuto de la Corte Penal internacional para la ex Yugoslavia y el 6 del Estatuto de la Corte Penal Internacional para Ruanda que “3. *The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 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.*”, es decir, “El hecho de que cualquiera de los actos señalados en los artículos 2 a 5 del presente estatuto fuera cometido por un subordinado no releva al superior de responsabilidad criminal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer dichos actos o ya los había cometido y el superior omitió en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir dichos actos o para castigar a los perpetradores posteriormente.”

efecto de evitar que un hecho se consume o se siga cometiendo, pero no se agota nunca en el en el castigo retributivo, sino que preventivo.

Entonces, aquí estamos frente a un **proceso en curso**, concordándolo con el el artículo 28 a.i y b.i, estamos frente a crímenes que “las fuerzas estaban cometiendo”<sup>340</sup>, estamos ante un proceso que no ha finalizado.

Esto contiene dos grupos de casos. Aquellos en que ya se han iniciado los actos ejecutivos, es decir, estamos frente a una tentativa del crimen que se pretende sin haber llegado todavía a su consumación. Propiamente se puede decir que el crimen se está cometiendo.

Además, también hay que entender por su naturaleza, los crímenes de competencia de la Corte que son actos extendidos en cuanto a su número. Así, la muerte de varias personas puede ya constituir un genocidio consumado, pero la muerte de una persona más o de varias personas más seguirá siendo el mismo genocidio. En estos casos el superior está obligado a reprimir dicha comisión, a evitar que siga sucediendo.

La obligación de **reprimir** los crímenes por parte del superior surgirá cuando éste conozca el hecho cuando ya se haya iniciado, con lo que no podrá propiamente prevenir su comisión antes de que se inicie, pero también surgirá cuando ha tenido conocimiento de dichos hechos antes de que se cometieran, pero no ha podido evitar que se dé comienzo a su ejecución.

Cuando la comisión ya se ha iniciado, el conflicto que surge entre superior y subordinados suele ser de una entidad mayor que cuando los subordinados están frente a un mero planeamiento. De este modo, es conveniente el uso de la palabra represión, que implica, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua “*contener, detener o castigar, por lo general desde el poder y con el uso de la violencia,*

---

<sup>340</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28 a y b.

*actuaciones políticas o sociales*”<sup>341</sup>. Así, aunque también puede resolverse mediante la vía de la denuncia a las autoridades competentes, se espera del superior un involucramiento directo en los hechos, mediante castigos o violencia a efecto de que detenga la realización de los ilícitos por parte de los subordinados.

#### **4. PONER EL ASUNTO EN CONOCIMIENTO DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES**

La última conducta que se exige al superior es la de “*poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento*”.<sup>342</sup>

Sin perjuicio de determinar cuáles son las autoridades competentes, que será un asunto de hecho en el caso determinado, existen ciertos problemas en relación a la obligación de denuncia que abordaremos en este punto.

El primer problema y el más evidente, dice relación con el hecho de que normalmente la denuncia no tendrá como fin la prevención o la represión de los crímenes de base, sino que será una intervención posterior a la comisión del hecho, que en nada puede colaborar a que los crímenes de base se lleven a cabo.

Denunciar los hechos puede, efectivamente, ser un forma de prevención o represión, pero en esos casos estará ya contenida por esas voces. Una correcta interpretación del artículo 28 lleva inevitablemente a entender que se trata de una conducta distinta que está más inspirada en la prevención general que en la prevención especial, como la represión y prevención.

---

<sup>341</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado el 1° de Marzo de 2009  
[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO\\_HTML=2&TIPO\\_BUS=3&LEMA>=reprimir](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUsual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA>=reprimir)

<sup>342</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 28, a.ii y b.iii.

Los casos que pueden presentarse son de dos clases: Puede ser que el superior haya tenido conocimiento de los hechos antes o durante su comisión y que ya los haya prevenido reprimido, si podía o que no lo haya logrado, o puede ser que el superior haya tenido conocimiento de los hechos con posterioridad a su comisión.

El primer caso sin duda se encuentra dentro de las hipótesis del artículo 28, pero el segundo caso es dudoso, toda vez que el artículo 28 a.i y b.i señalan que existirá responsabilidad del superior sólo si tenía conocimiento que los hechos se **estaban cometiendo** o **se proponían cometerlos**. Y, por el contrario, no dice nada sobre que los crímenes ya se hubieren cometido. De este modo, una interpretación ceñida a la letra del artículo nos debería llevar a la conclusión de que el superior que tiene conocimiento de la comisión de los crímenes con posterioridad a la comisión de los hechos no es responsable por dichos hechos si no realiza su denuncia.

Sin embargo, sostener esto sería simplemente esconder la incoherencia general de la obligación de denunciar con la estructura del artículo 28.

El problema de fondo es que la denuncia no puede implicar en caso alguno una contribución al hecho de los subordinados (a menos que sea una forma de represión o prevención), de modo que se estaría estableciendo una forma de participación posterior al hecho y debiera poder, entonces, ser responsable por dichos hechos.

Esto es algo similar a lo que sucede con el tratamiento del encubrimiento en el Código Penal Chileno<sup>343</sup> o con la participación “*after the fact*” de los anglosajones.<sup>344</sup>

---

<sup>343</sup> El artículo 14 del Código Penal Chileno señala: “*Son responsables criminalmente de los delitos:*

*3º. Los encubridores.*”

Esto se complementa con el artículo 52 que señala: “*A los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simples delitos frustrados y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito*”.

Los Códigos modernos<sup>345</sup> han trasladado la institución del encubrimiento a la parte especial, entendiendo que lo que hay es una afectación de la administración de justicia, más que una contribución al disvalor propio de la acción ejecutada por el autor, de modo que mantener el encubrimiento dentro de la parte general, como una forma de participación en el hecho no es más un anacronismo jurídico.

La inclusión de todos modos, aunque errada, es comprensible. Si entendemos la función más importante del Derecho Penal es de prevención general, el aporte del sujeto que no denuncia es tender a la impunidad de los hechos y desvirtuar el efecto de la prevención general (positiva o negativa), tal como lo hace la propia comisión del ilícito y, por tanto, propendería a incitar la comisión de nuevos ilícitos. Sin embargo, por lo que se juzga y por lo que se condena es por la contribución al hecho, contribución que, en este caso, no ha existido.

Esto necesariamente lleva a sostener que debe considerarse una reforma al artículo 28 del Estatuto de Roma en este aspecto. Pero incluso, de *lege lata* debe considerarse que el desvalor de la acción de un superior que no realiza la denuncia es bastante menor que la de uno que derechamente no

---

<sup>344</sup> En la versión Castilla del artículo 25.3.c) se establece a la complicidad como una forma de participación, esto no existe en las versiones en inglés y francés, por lo que más bien parece un error de esta versión, que con poca relevancia, por no ser idioma de trabajo de la Corte, podría tener influencia interpretativa en el futuro. El texto es el siguiente:

*“De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:  
c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;”*

En la versión en inglés, donde dice encubridor en la versión castellana, se utiliza el vocablo *abets*, que tiene que ver con colaboración en el hecho y no después de él.

<sup>345</sup> Así, el artículo 451 del Código Penal Español y los párrafos 257 a 260a del Código Penal Alemán.

intenta impedir la comisión de los hechos y así debería considerarse en el *quantum* de una eventual condena.

Por otro lado, la obligación de denuncia tiene el problema de tender a obligar a la autoincriminación, algo que se rechaza ampliamente<sup>346</sup> en la mayoría de los ordenamientos.

Actualmente se entiende que la declaración del imputado sólo puede ser un medio de defensa y que la obligación de declarar sobre hechos tiene como límite la posibilidad de autoincriminarse en ellos<sup>347</sup>. El propio Estatuto de roma recoge este principio en el artículo 55 1.a, donde señala:

*“1. En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto:*

- a) *Nadie será obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable”*<sup>348</sup>

Es del caso, que normalmente la obligación de denuncia implica, a su vez, la autoincriminación del superior en los hechos, ya sea directamente como partícipe del hecho o demostrando su negligencia, lo que, aunque no constituye responsabilidad por el mando, puede ser un ilícito dentro de su organización o en el ordenamiento nacional.

Esto se intensifica en el caso de las organizaciones que actúan al margen de la institucionalidad, como los grupos rebeldes o paramilitares, en que de

---

<sup>346</sup> Vid. BIENDER, páginas 181 y siguientes. También Vid. HORVITZ LENNON y LÓPEZ MASLE, Tomo I, página 78 y siguientes.

<sup>347</sup> Tal vez, la norma más conocida a este respecto sea la quinta enmienda de la Constitución de Estados Unidos que señala: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; **nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself**, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*” En lo relevante: “*Ninguna persona...será obligada en cualquier causa criminal a ser testigo contra si misma*”.

<sup>348</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55 1.a

no tener un sistema de juzgamiento propio, se verían en la obligación de entregar a sus miembros a la institucionalidad establecida, con el consiguiente problema que eso significaría para la organización y para el propio superior.

Así, debemos entender a la autoincriminación como el límite a la obligación de denuncia, por lo que el superior no podrá ser responsable si no denuncia un hecho que le podría implicar responsabilidad criminal.

## **5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO**

Ha quedado claro que las obligaciones impuestas al superior de prevenir y reprimir tienen un contenido coherente con la institución como se ha venido analizando. Ambas representan una forma de participación en el hecho de los subordinados.

La prevención opera antes de que el hecho comience a ejecutarse y busca, precisamente, evitar que se de comienzo a dicha ejecución.

La represión en cambio, no puede entenderse como castigo, que se realiza después del hecho como una forma de ratificar la vigencia de la norma o de reforzar la prohibición típica, sino que es una forma de intervención en el hecho que se está desarrollando actualmente, es decir, evitar que él o los ilícitos se continúen cometiendo.

Esto puede observarse desde dos puntos de vista: (1) el hecho no está consumado, pero hay un principio de ejecución y (2) el hecho está consumado, pero sigue desarrollándose por parte de los subordinados.

Poner el asunto en conocimiento de las autoridades, en cambio, no permite una adecuada coherencia del sistema. Ella es una forma de intervención posterior al hecho, por lo que no puede considerarse una forma de participación en el mismo y debe interpretarse siempre como una falta de menor entidad que no prevenir o reprimir.

## **6. PREVENCIÓN, REPRESIÓN Y DAR AVISO A LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO CHILENO.**

La disposición del artículo 35 sólo habla de “impedir el hecho”, sin hacer referencia a la prevención o la represión. Debemos entender que impedir el hecho abarca a la vez la prevención y la represión, según la forma en que han sido analizados en la presente investigación.

No es difícil entender que impedir un hecho es prevenirlo. Asimismo, un hecho que está en proceso ejecutivo, pero no consumado también se puede impedir, en cuanto se puede lograr que la conducta no se concrete o el resultado no se logre. Se ha observado que en las hipótesis de los delitos de competencia de la Corte (y sucede lo mismo con los delitos de la ley 20.357)<sup>349</sup> suelen ser delitos que se cometen en forma generalizada y extendida, de modo que una vez consumado se pueden producir nuevas vulneraciones del bien jurídico todavía dentro del contexto del mismo

---

<sup>349</sup> La Ley 20.357 de la república de Chile tipifica los crímenes de Lesa Humanidad, el Genocidio y los Crímenes y Delitos de Guerra. Respecto a los crímenes de lesa humanidad señala que: Artículo 1°. “*Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:*

*1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.*

*2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.”*

Respecto al crimen de Genocidio, señala que: “Artículo 11.- *El que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso, en su calidad de tal, realice cualquiera de los siguientes actos, comete genocidio y será castigado con las penas que respectivamente se indican.”*

En general, los delitos tendrán el carácter de actos sucesivos y generalizados.

delito: ya consumado el genocidio, una muerte más seguirá siendo el mismo genocidio.

Así, sí se puede decir que el hecho se está cometiendo y todavía es posible evitar nuevas vulneraciones de bienes jurídicos, por lo que “impedir”, también alcanza esta última hipótesis de represión.

En cuanto a la obligación de dar aviso oportuno a las autoridades, nos remitimos a lo ya señalado al tratar la naturaleza de la responsabilidad del superior en el Derecho chileno.<sup>350</sup>

---

<sup>350</sup> Vid. Capítulo III, 6.

## CONCLUSIONES GENERALES

En base al análisis de todos los elementos de la responsabilidad por el mando, se puede llegar a entenderla de modo de darle la posición que realmente le corresponde en el Derecho Penal Internacional.

En primer lugar, no se puede entender a la responsabilidad por el mando fuera de la organización compleja, siendo el fundamento de la institución. Así, superior será quien dentro de la organización ocupa una posición más alta en la jerarquía institucional, pero que, a la vez, puede imponerse a los subordinados en virtud de tener mando (o autoridad) sobre ellos, es decir, que puede dar órdenes respaldadas por la institución. A tal efecto, será irrelevante si esa vinculación es formal o informal (*superior de facto*) mientras sea la organización la que reconozca esa posición.

Asimismo, es fundamental entender que desde el punto de vista del tipo objetivo, sólo podrá ser objeto de responsabilidad por el mando el superior que tenga control efectivo –capacidad de evitar que cometan los crímenes de base- sobre sus subordinados. Si no es así, su conducta será impune.

Luego, se puede establecer que hay una vinculación entre los delitos de base y la conducta del superior por dos razones: al superior se le exige conocimiento de lo que los subordinados van a hacer o están haciendo y porque se exige que los crímenes de base sean cometidos en razón de la conducta del superior.

Esto nos lleva a entender que no es posible concebir la actuación del superior como un delito autónomo, sino que una forma de participación en el crimen de base. Así, se concluye que el superior desarrolla una conducta accesoria a la de los subordinados, configurándose una forma de complicidad, dado que la omisión del superior es una forma de cooperación con el crimen de base.

Observando el elemento interno, la única forma de entender que la exigencia es coherente con una forma de participación es la exigencia de que la conducta del superior sea realizada en forma dolosa.

Esto, por lo demás, se condice con la regla general del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero también con la determinación específica del elemento cognoscitivo del artículo 28, en cuanto señala que el superior debe tener conocimiento o que de acuerdo a las circunstancias del momento haya debido saber de las conductas de los subordinados. Este segundo elemento, entendido de manera correcta, constituye regla probatoria que permite extraer el conocimiento del superior de las circunstancias que rodean el hecho.

En cuanto a los superiores no militares, la regla es la ignorancia conciente, es decir, hacer caso omiso de la información, lo que también es una conducta dolosa.

Finalmente, el superior debió prevenir o reprimir la comisión de los hechos. Esto se condice con la estructura de la responsabilidad por el mando, toda vez que son conductas que tienden a evitar que se cometan los delitos. Esto es evidente en el caso de la prevención, pero también debe entenderse de la represión, toda vez que implica la intervención en un hecho en proceso.

Sólo la obligación de poner el asunto en conocimiento de las autoridades es impropia a la responsabilidad por el mando, toda vez que implica una intervención posterior a la realización del hecho, que, por lo tanto, no puede significar una forma de cooperación.

Mediante el presente análisis es posible observar que la responsabilidad de los superiores es una institución de suma importancia dentro del Derecho Penal Internacional.

Asimismo, creemos que su adecuada interpretación será de suma importancia para entender la relevancia dogmática que implica haberlo recepcionado en el Derecho chileno.

## BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, Oxford, Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5 (1), 159-183, Enero de 2007 .

-----, *La parte general del Derecho Penal Internacional, Bases para una elaboración dogmática*, Montevideo, ed. Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Duncker und Humblot y Editorial Temis S.A., 2005, Traducción de MALARINO, Ezaquiel.

-----, *Superior Responsibility*, en Cassese et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 2002, p. 823.), 805-851, 2002.

BACIGALUPO, Enrique, *Delito Impropios de Omisión*, Madrid, editorial Dykinson, 2005.

BANTEKAS, Ilias, NASH, Susan, MACKAREL, Mark, *International Criminal Law*, Londres, Cavendish Publishig, 2001.

BARROS BOURIE, Enrique, “*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BASCUÑÁN, Antonio, *El Derecho Penal Chileno ante el Estatuto de Roma*, Santiago, Revista de Estudios de la Justicia, Número 4, 111-122, 2004.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*”, Buenos Aires, 2ª reimpresión, 2ª Edición, Editorial Ad-Hoc, 2002.

BONAFÉ, Beatrice I., *Finding a proper role for Command Responsibility, Command Responsibility between Personal Culpability and Objective Liability*, Oxford, Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5 (3), 599-618, Julio de 2007.

COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Universidad de Valencia, 1985.

CURY, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, octava edición Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

DURKHEIM, Emile, *La División del Trabajo Social*, Volumen II, Barcelona, Editorial Planeta Agostini, 1985, Traducción de POSADA, Carlos G.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, IV Tomos, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

-----, *Hacia el fin de los Delitos de Comisión por Omisión*, en GARCÍA VALDÉS, Carlos, VALLE MARISCAL DE GANTE, Margarita, CUERDA RIEZU Antonio Rafael, MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, ALCÁCER GUIRAO Rafael (coordinadores), en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Vol. 1, Madrid, Edisofer s.l., 2008, pags. 879-902.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*, Madrid, Ediciones Reus S.A., 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico*, Lima, ARA Editores, 2003.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, Tomo II, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

GRANADOS PEÑA, Jaime Enrique, *La Responsabilidad de los Jefes y otros Superiores en la Corte Penal Internacional y el conflicto Colombiano*, Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo, Número 1, 179-217, Octubre-Diciembre de 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La Causalidad en la Omisión Impropia y la llamada "omisión por comisión"*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, 2003.

-----, *La Omisión Impropia en la Dogmática Penal Alemana. Una Exposición*, en su *Ensayos Penales*, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1999.

GREEN, Leslie C., *Essays on the Modern Law of War*, 2ª Edición, New York, Transnational Publishers, 1999.

HANSEN, Victor, "What's Good for de Goose is Good for the Gander Lessons from Abu Ghraib: Time for the United States to Adopt a Standard of Command Responsibility Toward its Own", Gonzaga Law Review, 42 (3), 335, 2006/2007.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Chileno*, Tomo II, Santiago, Editorial jurídica de Chile, 2002.

IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J., *El Sistema Penal en el Estatuto de Roma*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristobal, *Comisión por Omisión. Algunas Consideraciones sobre la Injerencia como Fuente de la Posición de Garante*, Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 2, Santiago, 2006.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1995, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª Edición, Barcelona, Editorial Bosch, 1981, traducción de MIR PUIG, Santiago y MUÑOZ CONDE, Francisco.

KAUFMANN, Armin, *La Dogmática de los Delitos de Omisión*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis.

KITTICHAISEAREE, Kriangsak, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

MALDONADO F., Francisco, *Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “Delitos de peligro” en el moderno*

*Derecho Penal*, Santiago, Revista de Estudios de la Justicia,  
Número 7, 23-63, 2006.

MARTÍNEZ, Jenny S., *Understanding Mens Rea in Command Responsibility, From Yamashita to Blaškić and Beyond*, Oxford,  
Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5 (3),  
638-664, Julio de 2007.

MARTSON DANNER, Allison y MARTÍNEZ, Jenny S., *Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility and the Development of International Criminal Law*, Marzo 2004.  
Vanderbilt Public Law Research Paper No. 04-09; Stanford Public Law Working Paper No. 87.

MELONI, Chantal, *Command Responsibility, Modo of liability for the Crimes of Subordinates or separate Offence of the Superior?*,  
Oxford, Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5  
(3), 619-637, Julio de 2007.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte,m General*, 4º Edición,  
Barcelona, PPU S.A., 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Valencia,  
Tirant lo Blanch, 2001.

NERLICH, Volker, *Superior Responsibility Under Article 28 ICC Statute, For What Exactly is the Superior Held Responsible?* Oxford,  
Oxford Journal of Internacional Criminal Justice Volumen 5 (3),  
665-682, Julio de 2007.

PAUST, Jordan J., *Superior Orders and Command Responsibility*, en, M. CHERIF BASSIUNI, *International Criminal Law*, Volumen 1, Segunda edición, New York, Transnational Publisher, páginas 223-237.

PAWLIK, Michel, *El Funcionario Policial como Garante de Impedir Delitos*, Barcelona, Revista Indret, N°1 de 2008, en [www.indret.com.nj](http://www.indret.com.nj)

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del "Common Law"*, Granada, Editorial Comares, 2002.

ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, Madrid, editorial Marcial Pons, 1998, Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis.

-----, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, 3ª reimpresión, Madrid, Editorial Civitas, 2003, traducción de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, DIAZ Y GARCÍA COLLEDO, Miguel, DE VICENTE REMESAL, Javier.

-----, *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Revista de Estudios de la Justicia N° 7, Santiago, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Delito de Omisión, Concepto y Sistema*, Barcelona, Bosch, 1986.

-----, *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal Español*, en, GARCÍA CAVERO, Percy, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*”, ARA, 2002, pp. 141-213.

SCHÜNEMANN, Bernd, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa, Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, Madrid, ADPCP, LV, 2002, traducción de SPÍNOLA TÉRTALO, Beatriz y SACHER, Mariana.

TIEDEMANN, Klaus, “*Sobre el Estado de la Teoría del Error, en Derecho Penal Económico*”, en “*Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental*” del mismo autor, Lima, editorial Moreno S.A., 1999, traducción de SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos.

WEEZEL, Alex van, *Error y Mero Desconocimiento en Derecho Penal*, Santiago, Legal Publishing, 2008.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, 4ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan y YÁÑEZ PÉREZ, Sergio.

WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, editorial Tirant lo Blanch, 2005, Traducción de DÍAZ PITA, María del Mar (coordinadora), CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, María, MUÑOZ AUNIÓN, Antonio.

YAÑEZ, Sergio, *Problemas básicos de la Autorái y la Participación en el Derecho Penal Chileno*, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXIV, N° 1, 1975, páginas 49 a 65.

## SENTENCIAS SELECCIONADAS

*Trial of General Tomoyuki Yamashita, United States Military Commission, Manila, (8th october-7th december, 1945), and the Supreme Court of the United States (judgments delivered on 4th february, 1946).* Consultado en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/Yamashita1.htm> con fecha 7 de marzo de 2009.

*Case No. 72, The German High Command Trial, Trial Of Wilhelm Von Leeb And Thirteen Others, United States Military Tribunal, Nuremberg, 30th December. 1947 - 28th October, 1948.* Consultado en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/ghctrail1.htm> con fecha 7 de marzo de 2009.

*Case No. 47 The Hostages Trial, Trial Of Wilhelm List And Others, United States Military Tribunal, Nuremberg.* Consultado en <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/List1.htm> con fecha 7 de marzo de 2009.

*United States of America vs. Oswald Pohl et al. (Case IV), January 13, 1947- August 11 1948.* Consultado en <http://www.archives.gov/research/captured-german-records/microfilm/m890.pdf> con fecha 7 de marzo de 2009.

*United States of America vs. Karl Brandt et al. (Case I), November 21, 1946- August 20 1947.* Consultado en <http://www.archives.gov/research/captured-german-records/microfilm/m887.pdf> con fecha 7 de marzo de 2009.

The Tokio War Crimes Trial, Consultado en <http://www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html> con fecha 7 de marzo de 2009.

Akayesu, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Causa ICTR-96-4, sentencia de 2 de Octubre de 1998 y sentencia de apelación 1º de Junio de 2001.

Blaškić, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-95-14, sentencia de 3 de Marzo de 2000 y sentencia de apelación 29 de Julio de 2004.

Hadžihasanović y Kubura, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-01-47, sentencia de 15 de Marzo de 2006 y sentencia de apelación 22 de abril de 2008.

Halilović, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-01-48, sentencia de 16 de Noviembre de 2005 y sentencia de apelación 16 de Octubre de 2007.

Kayishema And Ruzindana, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Causa ICTR-95-1-T, sentencia de 21 de Mayo de 1999 y sentencia de apelación 1º de Junio de 2001.

Kordić & Čerkez, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-95-14/2, sentencia de 26 de Febrero de 2001 y sentencia de apelación 17 de Diciembre de 2004.

Mucić et al. (Čelebići Camp), Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-96-21, Sentencia de 16 de Noviembre de 1998 (Delalić) y 9 de Octubre de 2001 y Sentencia de Apelaciones de 20 de Febrero de 2001 y 8 de abril de 2003 (Delalić).

*Musema*, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Causa ICTR-96-13, sentencia de 27 de enero de 2000 y sentencia de apelación 16 de Noviembre de 2001.

Orić, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Causa IT-03-68, sentencia de 30 de Junio de 2006 y sentencia de apelación 3 de julio de 2008

## **TEXTOS LEGALES SELECCIONADOS.**

Código Penal Alemán.

Código Penal Chileno.

Código Penal Español.

Código Penal Italiano

Convención Interamericana de derechos Humanos.

Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Estatuto de La Corte Penal Internacional.

Estatuto del Tribunal Especial para el Líbano.

Estatuto de la Corte Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

Estatuto de la Corte Penal Internacional para Ruanda.

Ley para el Establecimiento de Cámaras Extraordinarias en las Cortes de Cambodia para la Persecución de Crímenes Cometidos Durante el Periodo de la Kampuchea Democrática.

Ley 20.352 de la República de Chile, reforma constitucional que autoriza al estado de Chile para reconocer el estatuto de Roma, que crea la corte penal internacional.

Ley 20.357 de la República de Chile, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protocolo Adicional Número I a la Cuarta Convención de Ginebra.