Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Centro de Estudios de Postgrado Doctorado en Ciencias Mención Derecho

"La Figura de la Atribución de la Responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Compatibilidad con la Constitución de Venezuela"

Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Ciencias, mención Derecho

Autora: Thairi Moya Sánchez
Tutor: Dr. Raúl Arrieta

Caracas, Octubre 2016

Agradecimientos

A Dios por estar conmigo en cada paso que doy,
A mi esposo Sergio por su ayuda y paciencia,
A mis padres Nancis y Rafael por su apoyo,
A mis hermanos Indira y Fernando por su solidaridad,
A mi amigo Simón por su gran colaboración en este trabajo,
A mi tutor Dr. Raúl Arrieta por creer en mí,
Así como a todos mis profesores que me han motivado a profundizar en el Derecho Internacional.

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias, Mención Derecho

La Atribución de la Responsabilidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su Compatibilidad con la Constitución de Venezuela

Autora: Thairi Nazareth Moya Sánchez
Tutor: Raúl Arrieta
Fecha: Octubre 2016

La finalidad de este trabajo de investigación es determinar cómo se desencadena la atribución de la responsabilidad penal internacional de los particulares y cómo se establece la misma para garantizar el juzgamiento de los perpetradores de los crímenes internacionales en el marco de la Corte Penal Internacional y en casos de violaciones de derechos humanos. En este sentido, se busca comprobar la compatibilidad de estas figuras con la Constitución y la normativa venezolana. En este sentido, se establecieron como objetivos específicos: 1) Establecer los puntos de encuentro y desencuentro entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad internacional del particular. 2) Estudio de la evolución histórica de la figura de la responsabilidad internacional del particular y de la responsabilidad del superior. 3) Evaluar la evolución de los elementos objetivos y subjetivos en cuanto a la responsabilidad general y la responsabilidad del superior. 4) Análisis crítico de los grados de autoría y participación provenientes del derecho internacional penal y su compatibilidad con el ordenamiento jurídico venezolano. 5) Realizar la discusión teórica que gira en torno a la figura de la responsabilidad de superiores en las cadenas de mando, los líderes políticos, militares y los grupos subversivos, en la comisión de crímenes internacionales; así como el efecto de las órdenes del superior. 6) Modalidades de implementación para la vigencia del Estatuto de Roma en la jurisdicción nacional. La metodología

empleada fue ‘hipotético-deductiva’. Utilizaremos las técnicas de: observación documental y jurisprudencial, presentación resumida, resumen analítico y análisis crítico. La investigación se enfocó primero en recabar y analizar las diferentes teorías y jurisprudencias vinculadas a la responsabilidad internacional general del Estado y la responsabilidad internacional de particulares; así como a las modalidades de recepción del derecho internacional en el derecho nacional en aras de analizar la armonización de nuestro sistema jurídico con la normativa internacional. La segunda fase versó en buscar soluciones para lograr en suelo venezolano el juzgamiento de los máximos criminales. En conclusión, se generaron los siguientes aportes: a) Propuestas detalladas para la modernización y armonización de figuras penales y constitucionales con la normativa internacional, b) Explicación y soluciones a las situaciones planteadas de acuerdo al derecho internacional.

Descriptores: Derecho Internacional Penal, Responsabilidad del Superior, Responsabilidad Internacional, Corte Penal Internacional.

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Doctorado en Ciencias, Mención Derecho

The Attribution of the Criminal Responsibility according to the Statute of the International Criminal Court and its Compatibility with the Constitution of Venezuela

Author: Thairi Nazareth Moya Sánchez
Tutor: Raúl Arrieta
Date: October 2016

The purpose of this research is to determine how the attribution of international criminal responsibility of individuals is triggered and how it is set to ensure the prosecution of perpetrators of international crimes under the International Criminal Court and, cases of human rights violations. In this regard, this research seeks to check the compatibility of these figures with the Constitution and the Venezuelan law. In this regard, we established as specific objectives: 1) Establishing meeting and divergence points between the international responsibility of the State and the international responsibility of the individuals. 2) Studying the historical evolution of the international responsibility of the individual and superior responsibility. 3) To assess the evolution of the objective and subjective elements regarding the overall responsibility and the responsibility of superiors. 4) Critical analysis on the degrees of responsibility and participation in the crime, according to international criminal law and its compatibility with the Venezuelan legal system. 5) Realize theoretical discussion that revolves around the figure of the responsibility of superiors in the chain of command, political leaders, military and subversive groups in the commission of international crimes; and the effect of higher orders. 6) Discussion in regards to the modalities for the effective implementation of the Rome Statute in our national jurisdiction. The methodology used was 'hypothetical- deductive'. We will use the following techniques: documental and jurisprudential observation, summary

presentation, executive summary and critical analysis. The investigation focused: first, to collect and analyze the various theories and jurisprudence related to general international responsibility of the State and the international responsibility of individuals; as well as the modalities of reception of international law in domestic law, in order to analyze the harmonization of our legal system with international standards. The second phase dealt with seeking solutions to achieve on Venezuelan soil the prosecuting of the highs criminals. In conclusion, the following contributions were generated: a) Detailed proposals for the modernization and harmonization of criminal and constitutional figures in Venezuela according to international standards, b) Explanation and solutions to situations arising under international Criminal law.

Key words: ***International Criminal Law, Superior Responsibility, International Accountability, International Criminal Court.***

ÍNDICE

ÍNDICE 8

INTRODUCCIÓN 15

CAPÍTULO I

La responsabilidad internacional del Estado: preludio a la responsabilidad individual internacional 27

1. La responsabilidad internacional del Estado 27

1.1. Generalidades sobre la responsabilidad internacional del Estado 27

1.1.1. Responsabilidad legislativa 32

1.1.2. Responsabilidad por acto judicial 34

1.1.3. Responsabilidad por actos administrativos y actos ultra vires de funcionarios 35

1.1.4. Responsabilidad por actos de particulares 38

1.1.5. Responsabilidad por causa de guerra civil, revolución, insurrección y violencia callejera 39

1.2. Trabajos de la Comisión de Derecho Internacional 41

2. Responsabilidad internacional del individuo 52

2.1. La fusión de la responsabilidad internacional del individuo y la responsabilidad del Estado de juzgar a los particulares 52

3. Comentarios finales 66

CAPÍTULO II

El impacto de los tratados y de las jurisprudencias internacionales en la evolución del concepto responsabilidad del superior 69

4. La responsabilidad del superior y su evolución conceptual en la Historia 70

4.1. El caso Yamashita y el ejército imperial japonés 77

4.2. La II Guerra Mundial y el Tribunal de Núremberg: el castigo a los nazis 84

4.3. Los procedimientos pos-Núremberg 90

4.4. El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente y su legado: la responsabilidad individual de los superiores 95

4.5. La Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas 101

4.6. Algunos casos emblemáticos en materia de responsabilidad del superior: 103

4.6.1. La masacre de My Lai 103

4.6.2. La Comisión Kahan 105

5. La responsabilidad del superior en los tribunales ad hoc 108

5.1. Codificación 109

5.2. La jurisprudencia de los tribunales ad hoc 117
5.2.1. Elemento funcional: la relación de superior y subordinado 120
5.2.1.1. Superior: 120
5.2.1.2. Jefes: 122
5.2.1.3. Comando: 123
5.2.1.4. Control: 126
5.2.1.5. Comando y control 127
5.2.1.6. La evidencia en los casos de comando y control de facto 129
5.2.1.7. Cadenas paralelas de mando y delegación 130
5.2.2. Elemento cognitivo: los estándares del conocimiento 131
5.2.2.1. Conocimiento: 131
5.2.3. Elemento operacional: fallar en prevenir o sancionar 136
5.2.3.1. Deber de anticipar: 136
5.2.3.2. Prevenir o sancionar: dos escenarios, un solo superior 137
5.2.3.3. Clasificación del conflicto: 139

6. La responsabilidad del superior en el Estatuto de la Corte Penal Internacional 143
6.1. Elemento funcional: relación superior-subordinado del artículo 28 145
6.2. Elemento cognitivo: el estándar de conocimiento en el Estatuto de Roma 151
6.3. Elemento operacional en el Estatuto de Roma 153

7. Comentarios finales 162

CAPÍTULO III

La evolución histórica y los elementos para la configuración de la responsabilidad en el Derecho Internacional Penal 164

8. Evolución histórica de la atribución de la responsabilidad 164
8.1. Introducción 164
8.2. Las herramientas de los Juicios de Núremberg: La responsabilidad por complicidad y la participación criminal 165
8.2.1. La criminalidad colectiva como teoría para juzgar a máximos líderes 170
8.2.2. Membresía a organización criminal 180
8.2.3. Designio común (common design) 182
8.2.4. La complicidad 183
8.2.5. Los elementos de la responsabilidad individual: una visión hacia el pasado 183
8.2.5.1. Responsabilidad por mando 188
8.2.5.2. Conspiración 190
8.3. La visión jurisprudencial en los casos subsiguientes a Núremberg 191

8.4. Los crímenes contra la humanidad y los juicios a los nazis ___194
8.5. La codificación de los tipos de responsabilidad _____197

9. Diálogo entre el artículo 25 y el artículo 30 del Estatuto de Roma y 'la responsabilidad penal individual': elementos del crimen _____206
9.1. Introducción _____206
9.2. La mens rea o el elemento subjetivo: una visión multisistemas 211
9.2.1. Sistema angloamericano _____211
9.2.2. Sistema de países civilistas _____213
9.2.3. Los tribunales ad hoc y los grados de culpa en el derecho internacional penal: _____219
9.2.4. La mens rea y su codificación en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional _____222
9.2.5. El acercamiento entre el artículo 30 y el artículo 28 del Estatuto de Roma _____232
9.3. El actus reus o el elemento objetivo en la comisión del crimen 236
9.4. Grados de responsabilidad en la comisión de un crimen _____239
9.5. Los modelos de participación en el crimen en los sistemas nacionales y su aplicabilidad en el derecho internacional penal _____242

10. Venezuela, la Constitución y el Derecho Internacional Penal: los elementos objetivos de los crímenes internacionales_____245
10.1. El dolo _____245
10.2. Los grados de culpa _____254
10.3. ¿Hacia la configuración de una política criminal coherente para juzgar a los máximos perpetradores de los crímenes internacionales? _____258

11. Comentarios finales _____267

CAPÍTULO IV

Las modalidades de participación en la comisión de los crímenes internacionales y la atribución de la responsabilidad penal internacional _____270

12. El artículo 25 del Estatuto de Roma: la autoría y las modalidades de participación en la comisión de un crimen internacional _____270
12.1. Introducción _____270
12.2. La Perpetración del crimen y sus tipos en el artículo 25. _____275
12.2.1.Formas de autoría _____275
12.2.1.1. Las autorías se encuentran en los apartados (a) del artículo 25 _____277
12.2.1.2. Coautoría _____282
12.2.1.3. ¿Quién es el autor mediato? _____289
12.2.2.Modelos de Participación _____312

12.2.2.1. Artículo 25 (3) (b): "Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa" 312
12.2.2.2. Artículo 25 (3) (c) "…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". 321
12.3. Nuevas modalidades de participación grupal en los crímenes internacionales 324
12.3.1. La Unión a Empresa Criminal como un modelo de participación y los Crímenes Internacionales 334
12.3.2. La Unión a Empresa Criminal y el Designio Común en la comisión de crímenes internacionales. 338
12.3.3. Los Sistemas Nacionales y la figura de la Unión a Empresa Criminal 339
12.3.4. La Unión a Empresa Criminal y El Estatuto de la Corte Penal Internacional 340
12.3.5. Incitación a Cometer Genocidio 342
12.3.6. El concepto del autor elegido por la CPI 344

13. Comentarios Finales 346

CAPÍTULO V

La responsabilidad de los distintos tipos de superiores en las cadenas de mando 382

14. La responsabilidad del superior militar y civil 382
14.1. Introducción 382
14.2. ¿Qué se entiende por la responsabilidad del superior? 382
14.3. Tipos de responsabilidad 390
14.3.1. Responsabilidad de los miembros del gobierno 391
14.3.2. Responsabilidad del Gabinete 392
14.3.3. Responsabilidad Individual 394
14.3.4. La responsabilidad establecida en los Manuales Militares 398
14.4. Naturaleza del concepto de la responsabilidad del superior. 401
14.4.1. Responsabilidad del superior activa y pasiva 401
14.4.2. Complicidad por Omisión 402
14.4.3. Responsabilidad del superior 403
14.4.3.1. El Concepto de la Responsabilidad de Superiores 405
14.4.3.2. La responsabilidad del superior en el derecho nacional 414
14.4.3.3. La responsabilidad del superior civil y el artículo 28 del Estatuto 417
14.4.3.4. El Artículo 28 y las posiciones de facto 423
14.4.3.5. Artículo 28 (b) y los superiores civiles 425
14.4.3.6. 'Comando efectivo y autoridad' y 'control efectivo' 428
14.4.3.7. Identificación de los superiores civiles 434

15. La responsabilidad del superior en el marco de grupos insurgentes, guerrillas, entre otros 451
15.1. La relación de superior y subordinado en los grupos irregulares armados y sus implicaciones 452

16. Las órdenes del superior 462
16.1. Los elementos de la defensa de la orden del superior. 466

17. Comentarios finales: 474

CAPÍTULO VI

Las modalidades de implementación del Estatuto de Roma y el establecimiento de las condenas a los superiores 476

18. Las modalidades de recepción del derecho internacional en el derecho nacional. 476
18.1. Introducción 476
18.2. La recepción del derecho internacional en el derecho nacional 477
18.2.1.La relación del derecho internacional con el derecho interno 478
18.2.2.Doctrinas pluralistas-dualistas 479
18.2.3.El monismo 482
18.2.4.La doctrina de la coordinación del derecho internacional y de los derechos internos bajo un orden jurídico común 485
18.2.5.La coherencia en la actividad jurídica 486
18.2.6.Observaciones generales 490

19. La implementación del Estatuto de Roma y la protección de la Constitución 494
19.1. La complementariedad, la cooperación y el deber de implementar el Estatuto de Roma. 494
19.1.1.La complementariedad 499
19.1.2.La complementariedad positiva 501
19.1.3.Cooperación internacional 503
19.2. La implementación del Estatuto y sus modalidades 505
19.2.1.Ley de remisión 511
19.2.2.Adopción de una legislación relativa al Estatuto de Roma 512
19.2.3.Implementación sistemática del Estatuto 512
19.2.4.De la implementación de las penas establecidas en el Estatuto de Roma y la Responsabilidad del Superior 513

20. La soberanía entendida en Venezuela y el derecho internacional como limitantes para la implementación del Estatuto de Roma 513
20.1. La soberanía, el derecho internacional y las sentencias venezolanas 518

21. La adopción del Estatuto de Roma y la situación en Venezuela 538

21.1. De la idoneidad de la vía de la interpretación constitucional para facilitar la aplicación del Estatuto de Roma y evitar posibles contradicciones con normas constitucionales 546
21.2. De la Implementación mediante una ley de remisión 552
21.3. De la adopción sistemática del Estatuto de Roma 553
21.4. De la enmienda o reforma de la Constitución 553
21.5. De la adopción de una legislación interna única pertinente al Estatuto de Roma 553

22. Comentarios finales 556

CONCLUSIONES 558

BIBLIOGRAFÍA 566

I. Bibliografía especializada sobre Derecho Internacional Penal 566

II. Revistas 574
II.1. Articulos revistas especializadas en Derecho Internacional 574
II.2. Revistas jurídicas en línea 578

III. Decisiones Judiciales 581
III.1. Por países 581
III.1.1. Colombia 581
III.1.2. Irak 581
III.1.3. India: 581
III.1.4. Israel: 581
III.1.5. Estados Unidos de Norteamérica 582
III.1.6. Venezuela: 582
III.2. Tribunales Internacionales 584
III.2.1. Corte Internacional de Justicia: 584
III.2.2. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) 585
III.2.3. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) 586
III.2.4. Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) 588
III.2.5. Tribunal Especial para el genocidio camboyano (TEGS) 588
III.2.6. Corte Ad hoc para Timor Oriental (CAHTO) 588
III.2.7. Corte Penal Internacional (CPI) 589
III.2.8. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) 590
III.2.9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos 590
III.2.10. Tribunal Especial para el Líbano 591
III.2.11. War Crimes Tribunal Courthouse 591
III.2.12. Tribunal Militar de Núremberg 591

IV. Organización de las Naciones Unidas 591

V. Corte Penal Internacional 593

VI. Leyes 594
VI.1. Leyes venezolanas 594

VI.2. Leyes por países 595
VII. Convenciones o Acuerdos Internacionales 596
VIII. Documentos de ONG 598

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Penal ha despertado en los últimos tiempos un gran interés en la comunidad jurídica internacional, toda vez que el mismo ha servido para juzgar y sentenciar a los máximos responsables en la comisión de crímenes internacionales.

Los antecedentes de esta disciplina son de vieja data puesto que los conflictos armados, así como las violaciones masivas a los derechos humanos, no son una situación excepcional en las sociedades. Héctor Olasolo[1] ha indicado que de acuerdo con las investigaciones de Will y Ariel Durant, sólo han existido 268 años de paz desde la creación de la escritura. Además de este antecedente, tenemos que luego de transcurridos 5600 años se han registrado 14600 conflictos armados. Se destaca así la relación –lamentable– entre el hombre y los conflictos, tal como señaló el autor Olasolo al citar a Heráclito: "la guerra es madre de todo y reina de todo. De unos hace dioses; de otros hombres. De unos hace esclavos; de otros, hombres libres".

No obstante, incluso la realidad actual nos demuestra que mucho de los recursos financieros de los Estados se invierten en armamento y que cada vez más van en aumento los conflictos a través de métodos más sofisticados. El ser humano se ha caracterizado por buscar la dominación, tal como señaló Joseph Addison: "Nada es más grato al espíritu del hombre que el poder de la dominación"; bajo esta visión, muchos han sido los que han tratado de imponer su ideología a la fuerza.

[1] Olasolo, Hector. Introducción al Derecho Internacional Penal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014, p 27.

Sin embargo, debemos tener presente que a la par de estos hechos, centenares de personas han trabajado doctrinaria y jurisprudencialmente -en pro de la paz- para buscar el enjuiciamiento de los culpables directos de los crímenes más atroces en contra de la humanidad. Debemos tener siempre presente que son hombres de carne y hueso quienes planifican y ejecutan las acciones criminales, por lo tanto son susceptibles de ser juzgados.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional es el resultado -vía tratado- de muchos esfuerzos y caminos andados por la humanidad para juzgar y sentenciar a los máximos criminales, de allí su importancia en la actualidad. El Estatuto, a su vez, ha abierto un margen de discusiones que obliga a profundizar en la aplicación de las distintas situaciones fácticas que se encuentran enmarcadas en el mismo para detectar las fortalezas y debilidades en la aplicación de estas en las jurisdicciones nacionales, es decir, obliga a no dejar a medias un camino ya trazado.

Por esta razón, el objetivo general de esta investigación es estudiar y profundizar en el establecimiento de la responsabilidad internacional de los particulares considerando lo asentado por la evolución de la doctrina, las Cortes Penales y los híbridos de Cortes Penales que han existido, tales como el Tribunal Especial para la Antigua Yugoslavia, el Tribunal Especial de Sierra Leona, El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Tribunal de Camboya y la Corte Penal Internacional; asumiendo, a su vez, la compatibilidad del Estatuto de Roma al momento de su implementación con la normativa establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo tanto, ante estas consideraciones, profundizaremos en temas como: grados de participación en el crimen internacional, dolo y culpa en los criminales, responsabilidad del superior, uso del derecho administrativo en el marco del derecho militar, derecho constitucional, antejuicio de mérito,

inmunidad, recepción del derecho internacional en el derecho local, todo esto en el marco de nuestra Constitución, así como de las leyes penales y militares de nuestro país.

De este modo, verificaremos si existen contradicciones entre estas figuras y los conceptos que han evolucionado a partir del derecho internacional penal en la materia. Para estudiar los grados de participación, utilizaremos la 'teoría de los aparatos organizados de poder' y los crímenes internacionales, desarrollada por Claus Roxin, así como las 'teorías de empresa criminal'. Los temas de dolo y culpa se analizarán a través de un estudio comparativo entre las jurisdicciones del derecho consuetudinario y el derecho civil. En cuanto los temas de derecho constitucional y derecho administrativo, se repasarán las teorías clásicas de ambas ramas. Tal como se destaca, no se puede considerar que la implementación del Estatuto de Roma o el juzgamiento de criminales le pertenezca únicamente a una rama del derecho, sino que más bien esta acción se debe ejercer desde distintas ramas, considerando aún más la fuente de esta modalidad: el derecho internacional, el derecho internacional penal y el derecho internacional humanitario.

Resaltamos, que, aunque el mundo hispanoparlante no se ha pronunciado sobre el uso de los términos 'Derecho internacional penal' y 'Derecho penal internacional', en este trabajo de investigación adoptaremos el término 'derecho internacional penal' para diferenciarlo del 'derecho penal internacional' ya que este último es producto de los acuerdos entre determinados estados que garantizan la cooperación entre ellos para juzgar a eventuales criminales en el marco de sus derechos internos. Por su parte, el derecho internacional penal, de acuerdo con Olasolo, se distingue por la naturaleza del bien afectado, esto como consecuencia de la magnitud de la violencia, intensidad, escala y sistematicidad así como las personas protegidas y la normativa que se aplica durante las situaciones de vulnerabilidad. A esto se suma, en opinión del referido autor, que el 'Derecho

internacional penal' se caracteriza por la respuesta uniforme que da la comunidad internacional frente a la comisión de crímenes internacionales, por lo que no se limita a la "actividad soberana de un grupo de estados actuando coordinadamente" sino que estas acciones van dirigidas a sancionar aquellos dirigentes que han usado las estructuras de poder para planear, instigar, ordenar, facilitar y cometer tales crímenes.

Ante este escenario, agrega el autor, la respuesta dada a la comisión de tales crímenes internacionales ha sido el establecimiento de una jurisdicción internacional penal y la aplicación del principio de justicia universal,[2] acuerdos que se han logrado mediante de la actuación de la comunidad internacional a través de los organismos multilaterales. Por otra parte, sabemos que tradicionalmente se había conocido como 'Derecho penal internacional' aquel "*derecho que encuentra su origen en las prácticas de los Estados, resultado de sus esfuerzos de cooperación internacional en orden al logro de la aplicación efectiva del Derecho penal interno, comprende esencialmente sistemas de colaboración interestatal respecto de las personas buscadas por la comisión de delitos contra el orden jurídico estatal interno y no por delitos contra el orden jurídico internacional*", este derecho depende de la cooperación interestatal y es, por lo tanto, más procedimental que sustantivo. Tenemos así que la primera manifestación de sus prácticas fue la extradición.[3]

En una rápida comparación destaca que en el primer tipo de derecho se han violado normas de carácter universal, normas de *jus cogens* con carácter

[2] Olasolo, Héctor, El Derecho Internacional Penal Ante El Fenómeno De La Criminalidad Organizada En La Sociedad Global. Social Science Research Network, 06 Septiembre 2015. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=2753955 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753955 p 122-123.
[3] Cherif, Bassiouni. El Derecho Penal internacional: Historia, objeto y contenido. Publicado por vez primera en la Révue Internationales de Droit Pénal, bajo el nombre de "An appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law". Año 1974. páginas 405-440.

erga omnes, establecidas en tratados internacionales; en tanto que el segundo tipo se basa en la cooperación para castigar crímenes de índole domésticos.

Por otra parte, tenemos que en el sistema francés se ha optado por la expresión "*droit international pénal";* se ha indicado que *"Le droit international pénal comme corpus juridique relevant du droit international est lui-même traversé dans son inspiration et dans ses composantes par ces deux modèles du droit international".*[4] Por estas razones, optamos usar preferiblemente el término 'Derecho internacional penal' y no 'Derecho penal internacional'.

El problema central de este trabajo de investigación versa sobre la 'responsabilidad penal internacional de los individuos', que abarcará desde aquellos que ejecutan directamente las acciones crimínales hasta alcanzar al superior que dio cabida a las mismas. Basado en lo anterior, nos proponemos responder las siguientes preguntas: ¿cuál ha sido la evolución histórica y doctrinaria de la responsabilidad internacional penal del individuo?; ¿cómo ha evolucionado el estudio doctrinario en cuanto a la atribución de la responsabilidad de los superiores?, responsabilidad que se puede imputar tanto a los líderes políticos, militares como grupos subversivos en la comisión de crímenes internacionales; ¿cuáles y cómo son las modalidades de participación en los crímenes internacionales?, y ¿cómo se entienden las mismas en el derecho local?; ¿es posible extender estas figuras a la comisión de violaciones de derechos humanos?; ¿cómo afecta la figura de la inmunidad al momento de juzgar a los máximos responsables de crímenes internacionales?; ¿existen incompatibilidades procesales en

[4] De Crouville, Olivier. Droit International Pénal. Editions A. Perdone, Paris 2002, p 2.

nuestra jurisdicción?, ¿cuál es la modalidad más idónea para la implementación del Estatuto de Roma en la jurisdicción nacional?

El eje principal de este trabajo de investigación gira alrededor de la premisa de que si el fin último del Estatuto es evitar la impunidad y condenar a los responsables en la comisión de los crímenes en él establecido, y de que el éxito o el fracaso de la Corte Penal Internacional dependerá de la recepción y cooperación de la misma en las legislaciones locales, se deben considerar como posibles escenarios o preguntas, las siguientes:

Primero: si los Estados son los que dan forma al derecho internacional porque son actores por naturaleza en este entorno y son los que fijan el alcance de los tratados internacionales, se hace posible entonces hablar del concepto responsabilidad internacional del Estado. En este marco, han sido los Estados quienes han dado origen y fijado el alcance de la responsabilidad penal internacional de los individuos, entonces nos preguntamos: ¿la responsabilidad penal internacional individual también podría generar responsabilidad internacional del Estado?, ¿están separadas o más bien unidas?

Segundo: La atribución de la responsabilidad individual en el plano internacional tiene éxito cuando la misma se encuentra sustentada en bases teóricas y legales sólidas, toda vez que sobre las mismas se juzgará a los ciudadanos de diferentes latitudes. Por lo tanto, para comprender la trascendencia de dichos juzgamientos en las jurisdicciones nacionales es necesario conocer los argumentos históricos y jurídicos que permitan enjuiciar a eventuales criminales. En el supuesto de que estos datos no se conozcan a profundidad, la importancia de juzgar a los máximos criminales se puede dejar de lado por no considerarse un “tema de agenda”.

Tercero: La responsabilidad de los superiores en las líneas de mandos merece especial atención al momento de su atribución, toda vez que la normativa debe reposar sobre bases legales, doctrinarias y prácticas del derecho sólidas, ya que si se permitiese al menos un margen de error al momento de establecer los grados de dolo y culpa, la eventual condena de estos delitos se vería mermada.

Cuarto: el Estatuto de Roma obliga a los Estados partes a condenar a los culpables por la comisión de crímenes internacionales; no obstante, ante la falta de implementación de una normativa adecuada a nivel nacional, la Corte podría juzgar a los perpetradores de los crímenes internacionales en su jurisdicción. Hay que recordar que las Cortes Internacionales han tenido, en sus actuaciones, unas mixturas tanto legal como jurisprudencial provenientes del derecho civil y el consuetudinario. Por su parte, la CPI no escapa de esta realidad y se ha discutido sobre sus figuras en los distintos sistemas de derecho. Así, el estudio y establecimiento teórico de las figuras de la responsabilidad principal y accesoria, la coperpetración y organización criminal de los líderes políticos, militares y los grupos subversivos en la comisión de crímenes internacionales se debe determinar de acuerdo con el marco histórico, teórico y jurisprudencial internacional. Por esta razón, al tratar de implementar dichos criterios, los mismos podrían estar en contra de lo establecido en la normativa nacional.

Quinto: históricamente, quienes han cometido los crímenes más atroces han sido personas que en el ejercicio de sus funciones han ordenado o permitido la masacre de millones de seres humanos, todo esto con la finalidad de permanecer en el poder. Por lo tanto, en el supuesto de que no se pueda establecer la responsabilidad directa de los máximos líderes en la comisión de un crimen internacional, los mismos no podrían ser debidamente juzgados para condenar las acciones ejercidas, considerando aún más la proporción que debe existir entre la sanción impuesta y el crimen cometido.

Sexta: la Constitución de la República venezolana se considera una de las más avanzadas en materia de Derechos Humanos, al quedar plasmada una normativa de vanguardia a lo largo de su texto. No obstante, el Código Penal y el Código de Justicia Militar no denotan un mayor grado evolutivo en su normativa. Por otra parte, el Estatuto de Roma consagra una serie de articulado que bien podría contradecir nuestra normativa nacional en algunos supuestos. Entonces, ante el supuesto de que se deba juzgar a los máximos responsables de la comisión de ciertos crímenes o de que estos deban ser entregados a la CPI, no se contaría con la normativa para garantizar ambas situaciones. Por lo tanto, se hace imperiosa la implementación del Estatuto de Roma en la normativa internacional.

Ante este panorama, se considera de vital importancia el presente tema de investigación toda vez que permitirá desarrollar una serie de planteamientos que buscan aclarar el aspecto doctrinario que se cierne sobre los temas relacionados con la responsabilidad penal internacional de los individuos así como las 'complicaciones' que podrían surgir al implementar el Estatuto de Roma o, en un caso más amplio, cómo garantizar la persecución de los máximos criminales. No obstante, es importante destacar que en este trabajo no se analizará la sustancia de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, así como tampoco el proceso llevado a cabo directamente por la Corte Penal Internacional. Se quiere recalcar que las propuestas discutidas acá podrían ser igualmente útiles para juzgar las violaciones de derechos humanos, esto en un contexto más cerrado.

El presente trabajo presentará las dificultades más relevantes –en nuestra opinión– que se pueden presentar al momento de implementar el Estatuto de la Corte Penal Internacional, en cuanto a la configuración de la responsabilidad del superior, debido a que se pueden presentar problemas al momento de juzgar a los perpetradores de crímenes internacionales cuando se necesite dar cumplimiento a la "complementariedad positiva" requerida por

la CPI; todo esto, en el marco de los artículos 17, 19 y 20, así como de las obligaciones emanadas de los artículos 88, art 93.10 de este tratado internacional.

De esta forma, se desarrollarán los siguientes temas en los capítulos que se mencionan a continuación:

Capítulo I. *La responsabilidad internacional del Estado: preludio a la responsabilidad internacional individual.* En este capítulo se desarrollarán las bases conceptuales y jurisprudenciales de la responsabilidad internacional del Estado. Además, se estudiarán las fuentes que ocasionan esa responsabilidad así como los trabajos realizados por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU. Igualmente, se realizará un análisis en relación con los temas responsabilidad internacional del Estado y de los particulares en el derecho internacional.

Capítulo II. *Evolución del concepto responsabilidad del superior y su impacto en la jurisprudencia internacional.* El capítulo versará sobre los orígenes y el desarrollo de la noción del concepto de la responsabilidad del superior. El capítulo servirá de abreboca a los temas que se estudiarán con detenimiento a lo largo de este trabajo de investigación.

Capítulo III. *La atribución de la responsabilidad en el derecho internacional.* Se comenzará haciendo un breve estudio de los trabajos realizados en el marco del derecho internacional para garantizar mecanismos de paz que aseguren un mundo más tolerante en temas de trascendencia para la humanidad. Luego, se comenzarán a desarrollar los aportes realizados -vía jurisprudencial- por las cortes internacionales para garantizar el enjuiciamiento de los máximos criminales. Igualmente, se estudiarán los elementos (subjetivo y objetivo) para configurar la responsabilidad penal internacional de los particulares, esto se hará considerando la doctrina y la jurisprudencia internacional; posteriormente, se realizará un estudio

comparativo de estos elementos entre las legislaciones del sistema civil y consuetudinario. Enlazado a estos temas, se discutirá si en el marco de un conflicto interno puede surgir la responsabilidad internacional del individuo. Asimismo, se revisará la comisión de crímenes internacionales cometidos por turbas humanas. La parte II de este capítulo versará sobre la interrelación entre el artículo 25 y el artículo 30 del Estatuto de Roma y cómo se deben compaginar los elementos que permitan establecer la responsabilidad penal ante la comisión de crímenes internacionales. En el marco de este análisis, se evaluarán estos elementos a la luz de la ley venezolana. De igual forma, se revisará cómo actúan estos aspectos para establecer la responsabilidad del superior. Finalmente, se concluirá el capítulo, analizando la importancia de una política criminal que garantice una normativa uniforme para juzgar a los perpetradores de crímenes internacionales.

Capítulo IV. *La atribución de la responsabilidad penal internacional vs. La atribución de la responsabilidad penal en Venezuela.* En el capítulo se discutirán de forma detallada los grados de participación establecidos en el artículo 25 del Estatuto de Roma; por esta razón, se analizarán los antecedentes históricos para la configuración de las mismas en el marco del derecho internacional. Posteriormente, se procederá a revisar cada uno de los tipos de autoría y las modalidades de participación en la comisión de crímenes internacionales. En la sección II, se procederá a revisar las nuevas modalidades de participación en la comisión de los crímenes internacionales de acuerdo con su evolución en el marco internacional y de su posterior consagración en el Estatuto de Roma. Finalmente, la sección III fusionará lo previamente estudiado en materia de autoría y grados de participación y el establecimiento de estas figuras en Venezuela, mediante la revisión del código penal y las leyes militares para verificar, de esta forma, los inconvenientes que podrían surgir al momento de juzgar a eventuales

responsables, garantizando así la complementariedad positiva de los Estados ante la Corte Penal Internacional.

Capítulo V. *La responsabilidad de los distintos tipos de superiores en las cadenas de mando.* Se analizará el concepto de *responsabilidad de superiores*, por ello se estudiarán las figuras de la responsabilidad del superior civil y militar. En este sentido, se revisarán los tipos de responsabilidad que pueden surgir en el ejercicio del Poder Público, así como aquellas responsabilidades establecidas en los manuales militares de diferentes países. A partir de estos aspectos, se hará un análisis comparativo entre la 'responsabilidad activa' y la 'responsabilidad pasiva'. Posteriormente, se comparará el establecimiento de esta figura en diversas jurisdicciones nacionales a raíz de su implementación como consecuencia directa del Estatuto de Roma. En las siguientes secciones, se analizará la figura de la responsabilidad del superior en el marco del artículo 28, diferenciando entre superiores *de jure* y *de facto*. Se establecerán las diferencias entre 'control efectivo y autoridad' y 'control efectivo', los cuales son determinantes al momento de establecer la responsabilidad de los superiores. Con el fin de aclarar la determinación del superior civil, que alcanza inclusive a actores políticos, se establecerán los criterios para lograrlo cuando los mismos se vean envueltos en la perpetración de crímenes internacionales. Además, en este capítulo se revisará el establecimiento de la 'responsabilidad del superior' en los grupos guerrilleros, insurgentes. Asimismo, se analizará la figura de 'órdenes del superior' y su estrecha vinculación para determinar la 'responsabilidad del superior'. El capítulo contendrá una visión detallada de tal figura en la jurisdicción venezolana, partiremos de la pregunta: ¿está realmente regulada tal figura en nuestra legislación?

Capítulo VI. *Las modalidades de recepción del derecho internacional y la implementación del Estatuto de Roma.* Se comentarán brevemente las modalidades de recepción del derecho internacional en el derecho local.

Posteriormente, se repasarán las obligaciones contraídas a través de la ratificación del Estatuto de Roma para revisar las modalidades en las que se ha logrado la implementación del mismo en diversos sistemas jurídicos. Seguidamente, se analizará la situación jurídica en Venezuela, en cuanto a la recepción del derecho internacional, y el concepto de soberanía para determinar, finalmente, cuál podría ser la vía más idónea para implementar el Estatuto de Roma en el país.

CAPÍTULO I

La responsabilidad internacional del Estado: preludio a la responsabilidad individual internacional

1. La responsabilidad internacional del Estado

1.1. Generalidades sobre la responsabilidad internacional del Estado

La responsabilidad internacional es un principio fundamental del Derecho Internacional: la responsabilidad emana de la naturaleza del sistema normativo internacional y de las doctrinas de la soberanía del Estado; igualmente, tiene sus raíces en el principio de igualdad entre los Estados. Así, resulta que de la violación de una norma surge la obligación de reparar,[5] por lo cual el Estado es el sujeto del Derecho Internacional Público por excelencia. Esto es una consecuencia directa de que el Estado puede responder moral y materialmente por los compromisos que haya adquirido. De acuerdo con Guerra Iñiguez, su condición deviene por ser un ente responsable puesto que la esencia de la capacidad internacional es la responsabilidad, por esta razón se considera a los Estados como sujetos de Derecho Internacional,[6] además de que son los propios Estados los que crean el Derecho Internacional. De acuerdo con el profesor Basdevant, "*la responsabilidad internacional es una institución jurídica en virtud de la cual todo Estado al que sea imputable un acto que el derecho internacional repute ilícito debe una reparación al Estado en cuyo perjuicio se haya realizado dicho acto".*[7] Doctrinariamente, se ha indicado que se necesitan dos elementos para configurar la responsabilidad, a saber: a) violación de las

[5] Shaw, Malcolm. *International Law*. 5 edición. Cambridge University press. Cambridge, 2003, p 694.
[6] Guerra Iñiguez, Daniel. *Derecho Internacional Público* I. Tipografía Velázquez, Caracas, 1960, p 80.
[7] Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público*. Editorial Ariel. Barcelona, 1966, p 352.

normas del derecho internacional mediante b) una serie de actos imputables al Estado. El primer tipo de violación se configura cuando el Estado ha ido en contra de una norma previamente pactada, aunque dicha violación también podría ocurrir con respecto a normas que no se encuentran positivizadas, lo cual desemboca en una responsabilidad moral del Estado; en tanto que la segunda requiere la imputabilidad directa al Estado, para establecerla se requiere que la violación sea cometida por el propio Estado o por individuos particulares.[8] Por su parte, en la visión de Sorensen, se necesitan los siguientes elementos, a) la existencia de un acto u omisión en violación a la normativa vigente establecida entre el Estado que incumple y el Estado perjudicado, b) el hecho ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica y c) debe haberse producido un perjuicio o un daño.[9] Aunado a las anteriores posiciones, de acuerdo con Shaw, la naturaleza de la responsabilidad internacional radica en a) la existencia de una obligación legal a nivel internacional vigente entre dos países, b) que ocurra un hecho o una omisión que viole una obligación y que sea imputable a un Estado responsable así como, finalmente, c) la pérdida o el daño que ha resultado de un acto ilegal o de un acto de omisión.[10]

En el marco de pronunciamientos judiciales, se tiene un reporte relativo al caso *Spanish Zone of Morocco Claims.* El juez Huber indicó *"responsibility is the necessary corollary of a right. All rights of an international character involve international responsibility. If the obligation in question is not met, responsibility entails the duty to make reparation".*[11] Posteriormente, le siguió el caso emanado por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en el

[8] Diena Julio. *Derecho Internacional Público*. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1948,p 452-453.
[9] Sorensen, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México, 1973, p 508.
[10] Shaw, Malcolm. *Obra citada*, p 696.
[11] Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 7 edición. Oxford University Press. Oxford, 2012, p 434.

conflicto germano-polaco de Chorsow, de fecha 26 de junio de 1927, en el cual el Tribunal indicó "*es un principio de derecho internacional, que la violación de un compromiso lleva consigo la obligación de reparar la falta así cometida. La reparación es, pues, complemento indispensable para la debida aplicación de un convenio, sin que sea preciso que así se haya estipulado en el mismo".*

Se tiene así que la responsabilidad internacional está fundamentada en el principio: 'todo el que ocasiona un daño a otro está en la obligación de repararlo'. Por lo que puede considerarse como responsabilidad del Estado, de acuerdo con la sentencia de *Chorsow,* "*toda imputación que se le haga a un Estado de haber violado una norma de Derecho Internacional, sea contractual o no, y cuyo acto ocasiona un daño a otro y lo obliga por lo tanto a repararlo*".

En cuanto a la relación entre la responsabilidad internacional del estado y aquellas otras relacionadas con el derecho de los tratados, surgió en el caso *Rainbow Warrior,* entre Francia y Nueza Zelanda en el año 1990, en el cual se decidió que el derecho relacionado con los tratados era relevante, pero que las consecuencias legales por una violación a un tratado, incluyendo la determinación de las circunstancias que podría excluir la ilicitud y las reparaciones del daño, están sujetas al derecho consuetudinario pertinente a la responsabilidad del Estado. Se indicó además que el derecho internacional no hacía una distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual, por lo que cualquier tipo de violación, independientemente de su fuente de origen, realizada por el Estado generaría la responsabilidad del Estado y consecuentemente la reparación debida.[12] Lo dicho quedó asentado en el

[12] Shaw, Malcolm. *Obra citada*, p 695.

caso *Gabcíkovo-Nagimaros Project*, en el que la Corte Internacional de Justicia, indicó:

> *"A determination of whether a convention is or is not in force, and whether it has or has not been properly suspended or denounced, is to be made pursuant to the law of treaties. On the other hand, an evaluation of the extent to with the law of treaties, involves the responsibility of the state which proceeded to it, is to be made under the law of state responsibility".*[13]

Igualmente, se ha indicado que la responsabilidad es enteramente de origen consuetudinario debido a que todas las acciones de codificación han fracasado. Se indica como un antecedente a estos hechos la Conferencia de La Haya del año 1930, donde se trató codificar todo lo relativo a la nacionalidad, mar territorial y responsabilidad internacional de los Estados; no obstante, no se alcanzó el fin deseado. Por esta razón los Estados se vieron en la necesidad de aceptar normas que fuesen uniformes, sin dejar de lado la vigencia de la doctrina y de los principios generales del derecho. Se puede encontrar de esta manera, según Guerra Iñiguez, dos formas de responsabilidad del Estado, a saber: a) la responsabilidad internacional es moral cuando el Estado ha infringido una norma de carácter moral y consecuentemente no se puede hacer efectiva jurídicamente su reparación; b) la responsabilidad es jurídica cuando el daño que se ocasiona deviene de una responsabilidad de un acto no contractual.[14] Así, de una violación surge una nueva relación jurídica. Además, es oportuno indicar que la violación de una norma de derecho internacional no recae únicamente en los órganos del Estado encargados de las relaciones internacionales sino que también se

[13] CIJ. Reportes. 1997, p 7-38.
[14] Guerra Iñiguez. *Obra citada*, p 507.

incluyen todos aquellos órganos que integran toda la administración del Estado.

Asimismo, la responsabilidad es **directa** cuando el acto que ocasionó la violación es realizado por un órgano directo del Estado en contravención con el Derecho Internacional y es **indirecta** cuando es realizado por un sujeto distinto del Estado siendo que este acto no compromete al Estado, pero el Estado es responsable por las presiones de un eventual endoso. De acuerdo con Rousseau, en este contexto, el "estado asume la responsabilidad de una violación del derecho internacional cometida por otro Estado".[15] Sin embargo, esta última postura ha estado sujeta a discusiones puesto que se ha indicado que la responsabilidad es siempre directa.

Por su parte, la **responsabilidad jurídica** puede ser **contractual** o **no contractual**, la primera se origina cuando se viola un tratado, convenio o acuerdo internacional. El fundamento de este tipo de violación se encuentra en los actos convencionales de los Estados en los que rige el aforismo latino "*pacta sunt servanda*". La responsabilidad jurídica no contractual es, según Guerra Iñiguez, la que se da de forma más numerosa por que los motivos que la pueden ocasionar son diversos, además de que tiene sus bases en hechos no previstos por los tratados, convenios o acuerdos internacionales; generan una responsabilidad jurídica puesto que la responsabilidad comprometida puede hacerse efectiva a través de las normas establecidas por el Derecho. Entre los hechos que la pueden ocasionar se tienen: actos legislativos, judiciales, administrativos, actos de funcionarios actos de particulares y una guerra civil.[16]

[15] Rousseau. *Obra citada*, p 354.
[16] Guerra Iñiguez, Daniel. *Obra citada*, p 145-149.

1.1.1. Responsabilidad legislativa

Es de particular importancia puesto que en circunstancias normales este órgano es vital para un Estado, en su organización y en la promulgación de políticas públicas a través de sus leyes. No obstante, el problema en esta categoría surge cuando se tiene que determinar cuándo una violación de una obligación deviene en responsabilidad internacional.[17] La responsabilidad legislativa se puede materializar cuando por un acto de ese poder se lesiona a ciudadanos extranjeros residentes de ese país. Los actos pueden ser tanto por acción[18] como por omisión, la primera se configura cuando se emite una normativa violatoria de un tratado internacional[19] y la última se da cuando el Estado omitió tomar las medidas necesarias de prevención o protección basándose en la ausencia de textos legislativos, siendo esto asentado en jurisprudencia, tal como se desprende de la sentencia arbitral del caso Alabama del año 1872, en la cual se indicó: "*el Gobierno de su majestad británica no puede presentar la excusa de insuficiencia de los medios legislativos de que disponía, para justificarse de no haber procedido con la debida diligencia.*[20]"

Igualmente, se tiene entre sus principales antecedentes a la Liga de Naciones, durante la celebración de la Conferencia de Codificación de La Haya específicamente se indicó que un Estado era responsable "*como resultado, bien de la promulgación de una legislación incompatible con sus obligaciones internacionales, o bien de la falta de la legislación necesaria*

[17] Brownlie, Ian. *Obra citada*, p 451.
[18] Un antecedente a esto lo encontramos, a nivel jurisprudencial, en el caso relativo al intercambio de poblaciones entre Grecia y Turquía, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional señaló: "Un Estado que ha contraído válidamente determinadas obligaciones internacionales tiene que introducir en su legislación las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de dichos compromisos".
[19] Rousseau. *Obra citada,* p 370.
[20] *Ibidem.*

para el cumplimiento de dichas obligaciones".[21] No obstante, lo mismo llegó a causar controversia considerando que se establecería la responsabilidad internacional de un Estado por dejar de aprobar la legislación necesaria para ejecutar el tratado o bien porque la obligación se satisficiera únicamente mediante la promulgación de una ley o de otro medio. De esta forma surge la responsabilidad por falta de esa normativa o por deficiencia en la maquinaria del Estado,[22] puesto que la legislación interna no proporciona una medida adecuada de cumplimiento y el Estado no puede cumplir su obligación internacional. En este sentido, el profesor Schwarzenberger indicó:

> *"it is a matter for argument whether the mere existence of such legislation or only action under it constitutes the breach of an international obligation. Sufficient relevant dicta of the World Court exist to permit the conclusion that the mere existence of such legislation may constitute a sufficiently proximate threat of illegality to establish a claimant's legal interest in proceedings for at least a declaratory judgment".*[23]

Ahora bien, en atención a lo *ut supra* señalado, sobre la responsabilidad internacional, se han realizados muchas categorizaciones de sus tipos (las cuales se seguirán desarrollando más adelante), por lo que la pregunta relacionada con la responsabilidad de la personalidad legal del estado se ha cubierto desde diferentes grados de imputabilidad, responsabilidad directa o indirecta, responsabilidad por grupos especiales, órganos del Estado, revoluciones y particulares. Estrictamente hablando, cada violación de un deber cometida por los Estados debe emanar a razón de sus actos u

[21] League of Nations Conference for the Codification of International Law, Acts, Vol IV, 3 Comisión, pp 32-49, examen de Bases de las Discusiones, Nº2, I, 298.
[22] Sorensen, Max. *Obra citada,* p 517.
[23] Brownlie, Ian. *Obra citada*, p 451.

omisiones de uno o más de sus órganos y desde muchos contextos el principio de la responsabilidad objetiva es el que aplica, el énfasis debe estar conectado de forma causal y la conducta apropiada para la situación dada. La responsabilidad de los actos realizados por los órganos del Estado se coextiende a todo el rango legal de las obligaciones y de las categorías que comúnmente se emplean en concordancia con los problemas especialidades de la responsabilidad del Estado por el daño a extranjeros residentes.[24]

1.1.2. Responsabilidad por acto judicial

Los actos judiciales, al igual que los legislativos, acarrean responsabilidad del Estado puesto que son emanados por órganos que dependen directamente de aquel, los mismos se pueden configurar por: a) denegación de justicia, b) defectos en la administración de justicia, c) fallos manifiestamente injustos.[25] Jiménez de Arechaga indica que se considera esta responsabilidad cuando: a) la sentencia de un tribunal interno es manifiestamente incompatible con el Derecho Internacional Público, b) denegación de justicia y, c) en cierto casos excepcionales y bajo circunstancias claramente definidas en las que una decisión judicial es contraria al derecho interno.[26] Se ha indicado que esta modalidad de responsabilidad posee dos vertientes, a saber, la tesis de la irresponsabilidad y la tesis de la responsabilidad. En relación con este tipo de responsabilidad, el profesor McNair ha indicado sobre la aplicación de un tratado *"…a State has a right to delegate to its judicial department the application and interpretation of treaties. If, however, the courts commit errors in that task or decline to give effect to the treaty or are unable to do so because the*

[24] Brownlie, Ian. *Obra citada,* p 447.
[25] Rousseau. *Obra citada,* p 373-374.
[26] Joachim Leu, Hans y Toro Jiménez Fermín. *Derecho Internacional Público.* UCV, Caracas, 1992, p 312.

necessary change in, or addition to, the national law has not been made, their judgments involve the State in a breach of treaty".[27]

1.1.3. Responsabilidad por actos administrativos y actos ultra vires de funcionarios

El Estado es totalmente responsable por la conducta de todos sus actores sin que pueda hacerse distinción entre la administración central y local o entre los diversos agentes del Estado de acuerdo con el cargo que ocupan en la administración pública.[28]

En cuanto a la responsabilidad por actos *ultra vires* de funcionarios, se admite este tipo de responsabilidad internacional del Estado en los actos cometidos por sus funcionarios cuando los mismos obran dentro de la esfera de sus atribuciones o más allá de las mismas, ya que de acuerdo con algunas posiciones la responsabilidad tiene la misma causa y esta es el acto del gobierno.[29] Verzijl definió como actos *ultra vires* -en el caso Caire-[30] aquellos en donde los oficiales *"have acted at least to all appearances as competent officials or organs or they must have used powers or methods appropriate to their official capacity".*[31]

Esta posición fue reafirmada en el caso Mossé, en el cual se indicó:

---

[27] En atención a esta afirmación es importante recordar lo resuelto por el Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias relativas a la interpretación de tratados contentivos de normas de *Ius Cogens*, las cuales serán posteriormente discutidas en este trabajo de investigación.
[28] Rousseau. *Obra citada*, p 372.
[29] Iñiguez. *Obra citada*, p 152.
[30] United Nations Reports of International Arbitral Awards. Gustave Caire (France) v. United Mexican States. Arbitral Award. 13 de Junio de 1929. Volumen 5, p 516-530. Disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/540_Caire.pdf
[31] Además indicó que "the doctrine of the objective responsibility of the State, that is to say, a responsibility for those acts committed by its officials or its organs, and which they are bound to perform, despite the absence of faute on their part…The State also bears an international responsibility for all acts committed by its officials or its organs which are delictual according to international law, regardless of whether the official organ has acted within the limits of his competency or has exceeded those limits…However, in order to justify the admission of this objective responsibility of the State for acts committed by its officials or organs outside their competence, it is necessary that they should have acted, at least apparently, as authorised officials or organs, or that, in acting, they should have used powers or measures appropriate to their official character…"

> *"Even if it were admitted that…officials…had acted…outside the statutory limits of the competence of their service, it should not be deduced, without further ado, that the claims is not well founded. It would still be necessary to consider a question of law…namely whether in the international order the state should be acknowledged responsible for acts performed by officials within the apparent limits of their functions, in accordance with a line of conduct which was not entirely contrary to the instructions received".* [32]

Durante mucho tiempo ha sido aparente que en la esfera del derecho interno los actos *ultra vires* emanados de las autoridades públicas no deberían por esa señal crear inmunidad y estar sujetos a consecuencias legales. De esto resulta que en el derecho internacional existen otras razones para hacer caso omiso de una petición bajo el derecho local; por otra parte, los vacíos de poder no pueden ser decisivos como un elemento de responsabilidad del Estado. Ahora bien, muchas jurisprudencias arbitrales y la mayoría de los doctrinarios de la materia apoyan la norma de que los Estados deben ser responsables por los actos *ultra vires* de sus funcionarios, siendo estos actos cometidos bajo una aparente responsabilidad o un alcance general de su autoridad. Por ejemplo, en opinión de Brownlie, un arresto cometido por un policía cuando dicha acción enmascara una política de revancha u odio, y a la percepción pública el policía actúa de acuerdo con su función, es un acto que acarrea la responsabilidad del Estado.[33]

En el caso Youmans, la comisión indicó: *"Soldiers inflicting personal injuries or committing wanton destruction or looting always act in disobedience of some rules laid down by superior authority. There could be no liability*

[32] Shaw, Malcolm. *Obra citada,* p 549.
[33] Brownlie, Ian, *obra citada*, p 452.

whatever for such misdeeds if the view were taken that any acts committed by soldiers in contravention of instructions must always be considered as personal acts". En este sentido se ha indicado que no siempre es fácil distinguir entre actos personales y actos cometidos dentro de la esfera de autoridad de quienes la cometen; por lo que, en los casos de órganos de alta jerarquía y de sus oficiales, la presunción será que el acto cometido está en el marco del ámbito de su autoridad. En los supuestos en que los estándares de conducta son altos, como en el caso de los militares y los miembros de un gabinete, con relación al control de las fuerzas armadas, sería inapropiado usar la dicotomía de actos oficiales y personales, mucho dependerá del tipo de actividad y las consecuencias relacionadas con el caso particular.[34] Brownlie, ha indicado que en los casos de violaciones de derechos humanos lo realmente importante, sin embargo, es la cantidad de control que *debe haber sido ejercido* en las circunstancias.[35]

Es importante acotar que la responsabilidad internacional del Estado no surge únicamente por actos de malicia, negligencia o descuido de cualquier agente particular sino también por un defecto general o una falla en la estructura del Estado, de la administración pública, y que esa acción se encuentre separada de toda intención subjetiva; no obstante, esto no quiere decir que en ciertas ocasiones no se requiera el elemento de malicia.[36] Igualmente, cabe destacar que aparte de las responsabilidades por actos de los tres poderes clásicos también se puede generar por las funciones de comercio del Estado.[37]

[34] Brownlie, Ian. *Obra citada,* p 453.
[35] Ibidem, p 454.
[36] Joachim Leu, Hans y Toro Jiménez Fermín. *Derecho Internacional Público*. UCV, Caracas, 1992, p 306.
[37] Aust Anthony. *Handbook of International Law*. Cambridge University Press , Cambridge, 2002, p 411.

1.1.4. Responsabilidad por actos de particulares

Se ha indicado que un 'particular' no puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado porque en sí mismo no es un sujeto de Derecho Internacional. De acuerdo con esta visión, la mayoría de las legislaciones no comprometen dicha responsabilidad; no obstante, se ha aclarado que vía jurisprudencia se asienta que el Estado puede ser responsable no por el hecho en sí mismo sino por la negligencia o por la forma omisa con que ha actuado en el ejercicio de su deber de protección, siendo que la responsabilidad se fundamenta en dos supuestos: 1) deber del Estado de prevención de todo daño o perjuicio a los extranjeros y 2) de represión o castigo del culpable o culpables del hecho realizado. Un ejemplo de esto es el caso del general Tellini y la Comisión de Juristas nombrada por el Consejo de la Sociedad de Naciones, la primera reconoció la responsabilidad del Estado acusado de negligente en el cumplimiento de sus deberes con personas revestidas de carácter público y diplomático, debido a que el estado griego no supo tomar las medidas adecuadas para evitar la comisión de un crimen y, finalmente, tal como se indicase anteriormente, la negligencia por parte de dicho Estado para perseguir, detener y juzgar al criminal.[38]

Sin embargo, se ha indicado que el Estado puede ser responsable internacionalmente cuando no ha tomado las medidas necesarias para impedir o reprimir los actos cuya tolerancia hayan desencadenado la violación a una normativa internacional.[39]

[38] Guerra Iñiguez. *Obra citada*, p 154.
[39] Diena Julio. *Obra citada,* p 457.

1.1.5. Responsabilidad por causa de guerra civil, revolución, insurrección y violencia callejera

Igualmente se indica que esta es una fuente altamente generadora de responsabilidad internacional del Estado de carácter no contractual; esto se debe a que al Gobierno se le imposibilita prevenir el despojo y los daños a los intereses materiales de los extranjeros y se plantea el problema de saber si el Estado es responsable o no de dichos actos.[40] No obstante, los principios generales considerados deben aplicar a una gran variedad de situaciones en aquellos actos que denoten violencia cometida por personas que actúan como funcionarios de un gobierno legalmente establecido o por personas que actúan en nombre de un candidato o rival establecido por insurgentes, esto último conocido como gobiernos *de facto*. En los casos de violencia callejera, el Estado es responsable a nivel internacional por ser negligente en la toma de decisiones o de acciones preventivas producto del consentimiento de las autoridades de los funcionarios del Estado.[41]

Además, en aras de determinar la responsabilidad de un Estado, Lord McNair resumió cinco principios que fueron establecidos por los consejeros legales de la corona británica, a saber:

> "*a. A state on whose territory an insurrection occurs is not responsible for loss or damage sustained by a foreigner unless it can be shown that the Government of that State was negligent in the use of, or in the*

[40] Si bien no es materia de investigación de esta disertación, es importante mencionar que este tipo de responsabilidad se ha discutido a través de diversas tesis, entre ellas, la tesis de la irresponsabilidad, la tesis de la responsabilidad y dentro de esta tenemos la teoría de la culpa de Grocio, la teoría de la expropiación de Brusa, la teoría del riesgo estatal de Fauchille, la teoría del cuasi-contrato de Bretón, teoría del cuasi-delito de Wiesse, la teoría de la comunidad de fortuna de Podestá Costa (Ver Guerra Iñiguez, p 154-160).

[41] Un ejemplo de esto puede reflejarse en la sentencia pertinente al caso de Estados Unidos vs. Irán, en el que la CIJ estableció la existencia de la responsabilidad del estado iraní por el control que tenían sobre los militantes que tomaron la embajada estadounidense. Bronwlie, obra citada, p 454.

failure to use, the forces at its disposal for the prevention or suppression of the insurrection,

b. this is a variable test, dependent on the circumstances of the insurrection,

c. Such a State is not responsible for the damage resulting from military operations directed by its lawful government unless the damage was wanton or unnecessary, which appears to be substantially the same as the position of belligerent States in an international war.

d. Such a state is not responsible for loss or damage caused by the insurgents to a foreigner after that foreigner's State has recognized the belligerency of the insurgents.

e. Such a State can usually defeat a claim in respect of loss or damage sustained by resident foreigners by showing that they have received the same treatment in the matter of protection or compensation, if any, as its own nationals".[42]

Por otra parte, se quiere hacer mención especial de las **Fuerzas Armadas** debido a que en estos casos se requiere un nivel mucho más alto de prudencia en su disciplina y control. En este sentido, la opinión del comisionado Nielsen, en el caso *Kling,* fue: *"In cases of this kind it is mistaken action, error of judgment, or reckless conduct of soldiers for which a government in a given case has been held responsible. The international precedents reveal the application of principles as to the very strict*

[42] Brownlie, Ian. *Obra citada*, p 454-456.

accountability for mistaken actions". Se tiene como un ejemplo de casos de 'responsabilidad por error pero con culpa' la acción soviética en el año 1983, en un avión coreano de naturaleza comercial.

En el caso relacionado con las actividades armadas en el territorio del Congo, (DRC vs. Uganda) la Corte Internacional se planteó la pregunta de si Uganda era responsable por los actos u omisiones de sus fuerzas armadas en el territorio de la República Democrática del Congo y señaló:

> *213. The Court turns now to the question as to whether acts and omissions of the UPDF and its officers and soldiers are attributable to Uganda. The conduct of the UPDF as a whole is clearly attributable to Uganda, being the conduct of a State organ. According to a well-established rule of international law, which is of customary character, "the conduct of any organ or a State must be regarded as an act of that State".* [43]

De esta forma, en virtud del estatus y funciones de los que gozan los militares ugandeses en el Congo, la conducta de ellos era atribuible a Uganda. Por tanto, también queda sin efecto el señalamiento de que solo las personas que ejercen el poder gubernamental, en particulares circunstancias, son responsables.[44]

1.2. Trabajos de la Comisión de Derecho Internacional

Ahora bien, dejando de lado la doctrina tradicional sobre la materia, pasaremos a los trabajos de unificación realizados por la Comisión Internacional de Derecho Internacional (CDI), que comenzó a hacer estudios

[43] CIJ. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, 1999.
[44] Brownlie, Ian. *Obra citada*, p 450.

del tema en el año 1955 y en el año 1997 propone el plan de trabajo para el desarrollo del borrador sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos. Los cuales fueron -posteriormente- acogidos por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas en fecha 12 de diciembre de 2001, mediante la resolución 56/83[45].

Los artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos están conformados por 59 artículos y se dividen en cuatro partes: 1) el hecho internacionalmente ilícito del Estado, artículos 1 a 27; 2) contenido de la responsabilidad internacional del Estado, artículos 28 a 41; 3) modos de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado; artículos 42 a 54; 4) disposiciones generales, artículos 55 a 59. Entre los principios básicos se tiene: 1) la responsabilidad del Estado en cuanto a "normas secundarias", entre estas se cree que las normas sobre la responsabilidad del Estado se podrían considerar "secundarias", ya que si bien existe un derecho que regula el contenido y la duración de las obligaciones surgen de estas unas normas primarias, mientras que en los artículos se establecen de forma amplia las consecuencias del incumplimiento de las primeras; 2) los fundamentos de la responsabilidad del Estado, la primera parte de los Artículos sobre responsabilidad fueron las primeras normas para poseer una estructura "coherente y durable" y se definen las características de la responsabilidad del Estado, siendo de especial importancia el artículo 1.[46]

En este sentido, el artículo 1 reitera la regla general, aceptada por la práctica, en la que se establece que todo Estado puede generar un hecho

[45] ONU. Responsabilidad Internacional del Estado. Asamblea General, A/Res/56/83. 12 de diciembre de 2001.
[46] Crawford, James. *Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Organización de Naciones Unidas. 2009. Disponible en: www.un.org/law/avl

internacionalmente ilícito puesto que la Corte Internacional de Justicia ha aplicado el principio en varios casos, entre ellos *Corfu Channel.*[47] El artículo 2 indica que un acto es ilegal cuando su accionar consiste en una acción u omisión atribuible a un Estado de acuerdo con el Derecho Internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado, los elementos se han descrito como "subjetivos" y el objeto sujeto a violación como elemento "subjetivo". Igualmente, la Comisión estableció en el artículo 3 los elementos del hecho ilícito, del cual se desprenden un elemento subjetivo y un elemento objetivo, implícitos en el artículo 2. Dicho más claramente, la característica dada a un acto como ilícito internacional es independiente de un acto legal bajo el derecho local del Estado implicado, debido a que, primero, un acto del Estado no se puede caracterizar como ilegal a menos que este constituya una violación a la obligación internacional, incluso si el acto viola la normativa de ese mismo Estado. Segundo, y considerado como más importante, un Estado no puede, alegando que su conducta está en conformidad con las normas del derecho local, escapar de la tipificación de la conducta como ilegal por el derecho internacional.[48]

El elemento subjetivo es atribuible al Estado, la responsabilidad se puede indilgar de dos formas: 1) porque el Estado sea directamente responsable de sus hechos internacionales ilícitos o 2) porque un Estado resulte implicado en el hecho internacionalmente ilícito de otro Estado, esto lo encontramos establecido en los artículo 5, 6 y 8 de los artículos sobre responsabilidad internacional.

[47] Harris, DJ. *Cases and Materials on International Law*. Sixth Edition. Thomson-Sweet & Maxwell. London, 2004, p 506.
[48] Harris, DJ. *Obra citada*, p 508.

Por su parte, el artículo 5 define lo que debe entenderse como 'hecho' cometido por un Estado y el artículo 6 recoge la responsabilidad internacional de los órganos del Estado capaces de generar esa responsabilidad. El artículo 7 señala que la conducta de un órgano del Estado, de una persona o de alguna entidad envestida para ejercer poder y autoridad se deberá considerar como un acto del Estado bajo el Derecho Internacional si actúa en su capacidad, inclusive si dichos actos son excesivos a su autoridad o si contravienen las instrucciones dadas. El hecho ilícito, definido como una violación a una obligación internacional, se puede encontrar en el artículo 4. En este sentido, es importante aclarar que la definición de "conducta de un órgano del estado" no está limitada a los órganos del gobierno central, a oficiales de alto rango o a personas responsables de las relaciones exteriores del Estado, debido a que esta frase se extiende a 'todos' los órganos del Estado, sea cual sea su clasificación o el tipo de funciones que ejerce e independientemente del grado de jerarquía, incluyendo aquellos que ostentan cargos temporales o incluso a nivel local.[49] Por ejemplo en el caso de Londres, las fuerzas policiales que se encuentran en las afueras de la ciudad no son reconocidas por las leyes británicas como órganos del Estado, pero en el derecho internacional, debido a las funciones que desarrollan de mantener el respeto a la ley y el orden, se consideran como parte del Estado.[50] A nivel jurisprudencial, se tiene que la Corte Internacional de Justicia indicó en el caso '*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights':*

[49] Ibidem.
[50] Aust Anthony. *Handbook of International Law*, p 411.

> *"According to a well-established rule of International law, the conduct of any organ of a State must be regarded as an act of that State. This rule…is of a customary character…".*[51]

En el caso *in commento*, la corte estaba preocupada principalmente por resolver la situación de las Cortes de los Estados, pero recalcando que este principio se debe aplicar a los actos legislativos y ejecutivos.[52]

El artículo 8, indica que la conducta de una persona o un grupo de personas se deberá considerar como un acto de Estado, bajo el Derecho Internacional, si la persona o ese grupo de personas actúan bajo las instrucciones, dirección o control de un Estado. Se ha indicado que la primera propuesta no es controversial pero para la segunda propuesta surge una serie de dificultades al definir la dirección necesaria o control requerido. Los comentarios del artículo indican: "*such conduct will be attributable to the state only if it directed or controlled the specific operation and the conduct complained of was an integral part of the operation".*[53]

El artículo 9 indica que la conducta de una persona o de un grupo de personas se deberá considerar como un acto del Estado bajo el derecho internacional si estos estaban ejerciendo acciones de autoridad de gobierno debido a la ausencia o incumplimiento de las actividades realizadas por las autoridades oficiales y en circunstancias tales como el llamado para ejercer los elementos de autoridad.[54] Este principio subrayado en ese artículo aboga por la vieja idea de *levée en masse*, la autodefensa de la ciudadanía en ausencia de las fuerzas de seguridad regulares, lo cual sería bajo

[51] CIJ. Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights'. Advisory Opinion, reportes 1999 (I), p 87, paragrafo 62.
[52] Harris, DJ. *Obra Citada*, p 508.
[53] Comisión de Derecho Internacional. Commentary 2001, p.104.
[54] Shaw, Malcolm. *Obra citada*, p 705.

necesidad.[55] Se tiene así que si un hecho es realizado por un particular y si además no se puede establecer su relación de agente en la situación de hecho, nos encontraríamos en un comportamiento de un simple particular o de un grupo de particulares.[56]

En este sentido, los artículos sobre responsabilidad internacional recogen claramente en su normativa la responsabilidad internacional acarreada en los actos realizados por los órganos del Estado, está así en el artículo 9 y en el artículo 27, donde encontramos sus elementos. Otro artículo de particular importancia es el artículo 12, el cual establece que existe la violación de una obligación internacional cuando un acto del Estado no está conforme con lo requerido a la obligación, sin importar el origen o el carácter de la misma.

Al igual que se establecen los elementos subjetivos para configurar la responsabilidad internacional, encontramos también el elemento objetivo, formado por un comportamiento que constituye una violación a una obligación internacional del Estado, como se establece en el artículo 16.

En materia de las consecuencias jurídicas por la realización de un hecho ilícito que viola una norma, se revisan dos asuntos, a saber: se especifican las consecuencias más relevantes de la responsabilidad del Estado por un hecho ilícito, en especial la obligación de cesación, no repetición y reparación; mientras que por otra lado se revisa una categoría concreta de hechos ilícitos, por ejemplo, se reemplazó la problemática categoría de "crímenes internacionales" denominándolos "violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del derecho internacional

[55] Harris, DJ. *Obra citada, p* 516.
[56] Rodríguez Carrión, Alejandro. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 4º edición, editorial Tecnos. 2006, p 347.

general".[57] Igualmente, en esta sección encontramos todo lo pertinente a las reparaciones, el Estado es responsable por la comisión de un hecho y está obligado a repararlo. Los artículos 40 y 41 establecen las consecuencias de este tipo de violaciones, a pesar de que no se indican cuáles son esos hechos ilícitos, se habla de "violaciones graves", por lo que ante una violación de esa magnitud, el resto de los Estados contraen la obligación de no colaborar con la misma, adquiriendo así nuevas obligaciones primarias.[58] Finalmente, en estos temas se tiene que durante los debates de la CDI se aludió a otras posibles "consecuencias sustantivas" propias del contenido de la responsabilidad por "crimen internacional", en estos casos se ha indicado que la restitución podría limitarse a las restricciones del *ius cogens* y en el caso de imposibilidad física de las víctimas cabría el pago punitivo de daños y perjuicios así como someter a procedimiento penal internacional a los individuos responsables sin consentimiento del Estado autor. Puesto que el texto final no incluye esas consecuencias punitivas,[59] en el año 2001 el comité aprobó la omisión de cualquier mención sobre el crimen internacional del Estado y se enfocó en las consecuencias particulares que emanan de la violación de una obligación *erga omnes* y de las normas perentorias. El artículo 41 obliga a los Estados a cooperar para poner fin, a través de actos legales, a cualquier violación seria cometida por un Estado a una obligación proveniente de una norma de *jus cogens* y están obligados a no reconocer como legal esas situaciones.[60] En opinión de Crawford, estos dos artículos (40 y 41) establecen que ciertas conductas violatorias y atroces pueden acarrear una respuesta por parte de todos los Estados, puesto que tales

[57] Crawford, James. *Artículo citado*, p 5.
[58] Un ejemplo del no reconocimiento de actos violatorios a normas de jus cogens se puede presenciar en la reacción tomada por el Consejo de Seguridad sobre la invasión de Irak a Kuwait en el años 1990, donde se adoptó la Resolución N 662.
[59] Mariño, Fernando. *Derecho Internacional Público, Parte general*. Editorial Trotta, Madrid, 2005, p 510.
[60] Shaw, Malcolm. *Obra citada*, p 721.

normas acarrean la obligación de no reconocer como lícitos hechos violatorios, se prohíbe prestar ayuda o colaboración para mantener este tipo de situaciones y se establece la responsabilidad de cooperar para poner fin a la situación. Se tiene así que el genocidio, la agresión el apartheid y la denegación forzosa de la libre determinación, que generalmente son actos prohibidos por las normas de *jus cogens,* son hechos ilícitos que, como señaló la Corte Internacional de Justicia, "estremecen la conciencia de la humanidad, en el caso 'Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio', Opinión Consultiva, Informes de la C.I.J 1951, p. 15". Por esta razón, de acuerdo con Crawford, parece acertado que estas ideas queden plasmadas en las consecuencias que se imputen a la violación, evitando así el término 'crímenes' que resultó problemático para su inclusión en estos artículos.[61]

Teniendo estos aspectos como bases, Diez de Velasco considera que el Estado es el sujeto por excelencia del derecho internacional y actúa a través de individuos o conjuntos de individuos, por lo que el problema de la atribución de la responsabilidad de un acto ilícito internacional está relacionado con la calidad o no de los órganos del Estado, adjudicable a las personas que realizan los actos, así como en las condiciones en que tales personas actúan. De esta forma, Diez de Velasco establece que la responsabilidad del Estado se da por: **1) actos de sus órganos**, mediante los cuales se le endosan al Estados los actos llevados a cabo por sus órganos o agentes puesto que son integrantes de la organización estatal. Además, aparte de la responsabilidad en los actos cometidos por sus órganos en *strictu sensus*, se tiene que el Estado también será responsable, dentro de esta categoría, por**: a)** la conducta de entidades públicas

[61] Crawford, James. *Artículo citado*, p 8.

territoriales u otras que estén facultadas por el derecho interno del Estado para ejercer prerrogativas del poder público, (art. 7 de la CDI), **b)** la conducta de órganos puestos a disposición del Estado por otro Estado o por una organización internacional (art. 9), **c)** la conducta de órganos propios que actúen excediéndose en su competencia con arreglo del derecho interno o contraviniendo las instrucciones concernientes a su actividad. **2) Por acto de los particulares**, en este sentido, Diez de Velasco ha indicado que "salvo en el supuesto de personas que actúen de hecho por cuenta del Estado o ejerzan de hecho prerrogativas del poder público en defecto de las autoridades oficiales" (art. 8 del proyecto de la CDI), los actos de los particulares no se considerarán como actos del Estado a los efectos de determinar la posible responsabilidad internacional de este. **3) Por actos realizados por movimientos insurreccionales,** de acuerdo con el autor, los actos de los particulares no se pueden considerar como actos del Estado a los efectos de establecer la responsabilidad internacional, *a fortiori* no podrán serlo los actos realizados por movimientos insurreccionales (grupos insurgentes, rebeldes con estatuto de beligerancia, movimientos de liberación nacional, frentes revolucionarios) debido a su condición de entes dotados de un aparato institucional propio, distinto y paralelo al del Estado en cuyo territorio están establecidos, capaces de incurrir por sí mismos en responsabilidad internacional, independientemente de que el objetivo de su lucha sea crear un nuevo Estado a expensas del Estado constituido o sustituir el gobierno de un Estado por un nuevo gobierno. Así quedó expresado en el artículo 14, párrafo I del Proyecto de la CDI. Sin embargo, el Estado no queda excluido de cumplir su responsabilidad de vigilar por los actos de sus propios órganos consistentes en dejar de cumplir las

obligaciones de vigilancia, prevención y represión a su cargo en relación con la actuación de los rebeldes, siendo en estos casos la omisión del deber de represión *ex post* (castigo de los autores de los actos ilícitos cometidos durante la lucha una vez sofocada la rebelión).[62]

No se puede dejar de lado la figura del delito internacional, que se ha definido como "*la violación culpable de un deber internacional por un acto de omisión o gestión. Es precisamente esta gestión u omisión lo que da lugar a una responsabilidad internacional de tipo delictual".*[63]

La responsabilidad delictual se opone a la responsabilidad de tipo contractual por cuanto la primera proviene de actos completamente desligados de compromisos previamente establecidos en tanto que la segunda es el resultado. Tal como se indicó, para que se configure el delito internacional es importante establecer que se necesita: 1) un hecho ilícito, el mismo se genera de la acción u omisión de un Estado en detrimento de un deber internacional, 2) imputabilidad de este hecho al Estado, esto es esencial dado que el hecho puede ocurrir sin que se pueda imputar al Estado y no se configura así la responsabilidad. Esto es cuando el daño o perjuicio acaece como consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor o dichos daños y perjuicios no son ocasionados por funcionarios u órganos del Estado sino por particulares.[64]

Las figuras de crimen internacional y delito internacional poseen regímenes totalmente distintos, el último es de menor gravedad, esta afirmación tiene

[62] Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996, p 734-747.
[63] Guerra Iñigues. *Obra citada*, p 161.
[64] Guerra Iñiguez. Obra citada, p 161-162.

sus orígenes en el *obiter dictum* del Barcelona Traction.[65] Se entiende por crimen internacional aquel que concierne a la comunidad internacional en su conjunto y la materialización de los mismos trasciende las relaciones bilaterales entre el autor y la víctima del mismo, mientras que el delito internacional está destinado a calificar aquellas infracciones que hacen posible el surgimiento de una relación bilateral clásica entre el Estado infractor y el lesionado.[66] Encontramos que la CDI define el crimen internacional en el artículo 19.2 del proyecto, aún más, el artículo deja una lista abierta puesto que en la definición se propone que crimen internacional es todo aquel crimen que la comunidad internacional entienda como tal,[67] lo cual nos lleva al tema de la responsabilidad internacional del individuo y la responsabilidad del Estado, por violación de *normas perentorias y erga omnes.*

Cabe destacar que el artículo 56 indica que el derecho internacional consuetudinario aplicará a los asuntos no abarcados por los Artículos de Responsabilidad, dejando así abierta la puerta para el desarrollo de la responsabilidad del Estado.[68]

Con relación a la responsabilidad internacional del individuo, el artículo 58 de los Artículos establece claramente que estos no afectan la responsabilidad internacional de particulares que actúen en nombre del Estado, aunque el Estado sea responsable por un acto violatorio de sus oficiales o agentes, estos también podrían ser responsables bajo el derecho internacional penal,

[65] "Una distinción esencial… entre las obligaciones de los Estados con la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen con otro Estado en el marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en juego, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; por lo tanto, las obligaciones en esos casos son *erga omnes".*
[66] Remiro Brotóns, Antonio. *Derecho Internacional,* Mc Graw Hill, Madrid 1997, p 428.
[67] Ibidem, p 429.
[68] Aust Anthony. *Obra citada*, p 409.

en especial cuando los actos sean llevados a cabo en contra del derecho internacional, del derecho humanitario, así como por la comisión de otros crímenes internacionales. El artículo deja abierta la posibilidad de establecer la responsabilidad civil de los crímenes por los delitos cometidos.[69] A continuación desarrollaremos cómo fluctúan estos dos tipos de responsabilidad.

2. Responsabilidad internacional del individuo

2.1. La fusión de la responsabilidad internacional del individuo y la responsabilidad del Estado de juzgar a los particulares

De esta forma llegamos a la responsabilidad internacional del individuo puesto que, salvo ciertas excepciones, únicamente a través del Estado se pueden consagrar normas que lleguen a afectar directamente a los particulares. Esto se debe a que los particulares no son en sí mismos los sujetos normales de las relaciones regidas por el derecho internacional, salvo que puedan adquirir esas responsabilidades en la medida en que esas normas internacionales le atribuyan esos derechos y obligaciones de carácter internacional; especialmente, que esas responsabilidades se puedan hacer efectivas y respondan por las violaciones de las obligaciones directamente en el plano internacional.

Por esta razón, se ha indicado que, en principio, no existen obstáculos que impidan considerar a un individuo como sujeto de *"una conducta que represente en sí misma un acto ilícito internacional"*; así, es oportuno recordar a Kelsen, quien distinguió entre el individuo-sujeto del acto ilícito y el sujeto de la responsabilidad, lo que implicaría que "el poder de un individuo

[69] Aust Anthony. *Obra citada*, p 429.

de infringir una regla jurídico-internacional que establezca ciertas obligaciones a su cargo, normalmente no será responsable por ello en el plano internacional: sólo excepcionalmente el acto ilícito del individuo puede suscitar su responsabilidad directa en este plano en razón de la índole y de la gravedad del acto".[70]

En su fecha, Quadri indicaba que el derecho internacional no disponía de órganos susceptibles que fuesen capaz de alcanzar directamente a los individuos y que si el Estado tenía la obligación jurídico-internacional de castigar, no implicaba que el Estado se transformara en un órgano de la sociedad internacional, lo que comprueba que si el Estado no dictase las reglas necesarias para la observación del derecho internacional se configuraría un delito internacional del Estado pero no un delito de la persona. Por tanto, de acuerdo con Diez de Velasco, el aspecto institucional de la sanción o garantía es un aspecto básico en relación con la responsabilidad personal –siendo esta distinta de la responsabilidad del Estado–, lo que está concatenado con la jurisdicción internacional penal, así nace la importancia de los casos en los que se ha imputado la responsabilidad, de acuerdo con el derecho internacional, endilgándose directamente al individuo y siendo estos procesados en el plano internacional.[71]

Se ha indicado que se debe diferenciar la responsabilidad del Estado de la responsabilidad individual, esto como una consolidación de lo asentado desde la II Guerra Mundial hasta la creación de los tribunales penales internacionales, puesto que la responsabilidad del Estado versa sobre el juzgamiento de aquellos quienes cometen los crímenes más atroces. Por lo

[70] Diez de Velasco, Manuel. *Obra citada*, p 765.
[71] Ibidem, p 765-766.

tanto, se señala que sin perjuicio de que los particulares responsables de la comisión de dichos crímenes sean órganos de un Estado, esta responsabilidad es diferente a la responsabilidad internacional en que incurre un Estado que sea autor de un crimen internacional, por ejemplo en el contexto del derecho internacional humanitario.[72]

Ahora bien, llegados a este punto cabría hacernos la pregunta, ¿a pesar de que se juzgue a los responsables de crímenes internacionales en la jurisdicción penal, todavía se podría apelar a la responsabilidad internacional del Estado? Este ha sido un tema bastante controversial en la jurisprudencia a nivel internacional, toda vez que se ha generado una gran discusión a raíz de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Genocidio en Bosnia,* en el cual se discutió si era posible atribuir la responsabilidad internacional a la República Federal de Yugoslavia, como consecuencia de los ataques realizados en Bosnia por las Fuerzas Armadas serbo-bosnias. El tribunal utilizó el test del "control efectivo" establecido en el *caso de Nicaragua*, señalando inclusive que el test usado en el *caso de Tadić* no era aplicable y que el test del "control general" no aplicaba en dos supuestos: primero, debido a que el mismo se debía usar para determinar si un conflicto era internacional y no en relación con un asunto diferente a la responsabilidad internacional; segundo: en cualquier caso, la prueba habría ampliado excesivamente el alcance de la responsabilidad del Estado. Ciertamente, el TPIY tuvo que determinar si el conflicto era internacional o interno; sin embargo, las reglas del Derecho Internacional Humanitario no servían para determinar tal situación, por lo que el tribunal optó por seguir las

[72] Remiro Brotóns, Antonio, *Obra citada,* p 412. Agrega el autor que ·la violación de una norma del Derecho Humanitario Bélico genera responsabilidad internacional y la obligación de reparar si hubiere lugar a ello. Al Estado le son imputables los actos cometidos por las personas que forman parte de sus Fuerzas Armadas (arts 51, 52, 131 y 148 de los Convenios y 91 del Protocolo I)".

reglas de la Responsabilidad Internacional del Estado, teniendo así que utilizar el "test del control general". De esta forma, el TPIY avanzó en el test del *control general* como criterio de validez general para la imputación de la conducta de los grupos armados organizados a un estado en particular.[73]

En el *caso Genocidio en Bosnia*, la CIJ, luego de establecer que el General Mladic y otros oficiales, autores del genocidio de Srebrenica, no eran órganos *de jure* de la República Federativa de Yugoslavia, ni podían ser asimilados a dichos órganos a causa de una posible 'dependencia completa' en la RFY,[74] examinó si estos, sin embargo, se podrían considerar como órganos *de facto* de la República Federativa de Yugoslavia. Con este fin, la corte aplicó la prueba del 'control efectivo' enunciada en Nicaragua. En opinión de la corte, esta prueba coincidió sustancialmente con los estándares requeridos por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) establecidos en el artículo 8 de los artículos sobre responsabilidad internacional de la CDI sobre la responsabilidad del Estado que, según el tribunal (párr. 398), refleja el derecho internacional consuetudinario. Como es bien sabido, dicho artículo atribuye a una conducta del Estado por parte de personas o grupos de personas que actúan "en las instrucciones", "bajo la dirección" o "bajo el control" del Estado. Tal como lo indica el profesor Cassese, las tres pruebas requeridas no son acumulativas sino que son disyuntivas, como se indica en el comentario de los artículos.[75]

Posteriormente, la CIJ rechazó por dos motivos el test aplicado por la Sala de Apelaciones en el caso de Tadić. En primer lugar, la CIJ consideró que el

[73] Cassese, Antonio. *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. The European Journal of International Law. Vol. 18, no. 4, año 2007, p 650.
[74] CIJ. Case concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf (párrafos 386-394)
[75] Cassese, Antonio. *Artículo citado*, p 650.

TPIY, al tocar asuntos pertinentes a la responsabilidad del Estado, "se dirigió a un tema que no era indispensable para el ejercicio de su jurisdicción". En segundo lugar, según el Tribunal, la prueba de 'control general' aplicada en *Tadić*, si bien puede ser aplicable para determinar si un conflicto armado es internacional, es "poco convincente" si se utiliza para determinar si un Estado es responsable de los actos realizados por las fuerzas armadas o por unidades paramilitares que no estén entre los órganos oficiales del Estado. Para la Corte, la razón por la que la prueba es poco convincente se puede dividir en dos partes: (1) "la lógica no requiere la misma prueba que se adoptará en la resolución de las dos cuestiones, que son de naturaleza muy diferente, con la consecuencia de que el grado de participación de un Estado en un conflicto armado bien puede ser diferente de aquel que se requiere para que surja la responsabilidad del Estado; (2) la prueba del 'control general' amplía excesivamente el alcance de la responsabilidad del Estado, ya que va más allá de los tres estándares establecidos en el artículo 8 de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado (párr . 406)".[76]

Llegamos así al test aplicado en el caso de Nicaragua, en el que la corte distinguió entre dos clases de personas, quienes a pesar de que no tengan la condición *de jure* como órganos de un Estado, no obstante, actúan en nombre de ese Estado: "(1) los que dependen totalmente del Estado extranjero –pago y equipamiento, en general, con el apoyo de ese Estado–, y que funciona de acuerdo con la 'planificación y la dirección' de los órganos de ese Estado (estos fueron los UCLAS en ese caso); (2) las personas que , aunque son pagadas, financiadas y equipadas por un Estado extranjero, conservan un grado de independencia de ese Estado (estos fueron los rebeldes nicaragüenses o contras)". El Tribunal debía entonces considerar si

[76] Ibidem, p 651.

algunas acciones de los contras, en violación del derecho internacional humanitario (asesinar a los presos, matanza indiscriminada de los civiles, tortura, violación y secuestro), podrían atribuirse a los EE. UU. La corte respondió a esta pregunta en sentido negativo; se requiere para tal atribución una prueba muy exigente, a saber, la de 'control efectivo' de los EE.UU. sobre las acciones en violación del derecho internacional humanitario.[77] No obstante, Cassese destaca que lo importante es establecer si se basa en cualquier norma de derecho consuetudinario (como resultado de la práctica estatal, la jurisprudencia y la *opinio juris*) o, en ausencia de una norma específica de derecho consuetudinario, los principios generales sobre la responsabilidad del Estado o incluso principios generales de la ley internacional. Agrega, además, que el umbral no estaba basado en ninguna práctica oficial o estatal judicial. La corte había emprendido una estrecha lectura de dicha práctica y habría llegado a la conclusión de que efectivamente no se había apoyado la prueba de 'control efectivo' sino únicamente con respecto a los casos en que los particulares individuales actuaban en nombre de un Estado. En segundo lugar, en la medida en que la prueba de 'control efectivo' también se aplica a los grupos armados organizados es incompatible con un principio básico que sustenta todo el conjunto de normas y principios sobre la responsabilidad del Estado: los Estados no pueden eludir la responsabilidad hacia otros estados cuando estos en lugar de actuar a través de sus propios funcionarios utilizan grupos de individuos para llevar a cabo las acciones que tienen por objeto dañar, o en caso de hacer daño, a otros estados. Si los estados se comportan de esta

[77] Ibidem, p 652.

manera, estos deben responder por las acciones de los individuos, incluso si estas personas han ido más allá de su mandato o tareas acordadas.[78]

Con relación al *caso de Tadić*, la Sala de Apelaciones no estaba preocupada en resolver si el Estado era responsable, situación que la CIJ subrayó acertadamente en *Bosnia vs. Serbia*, ya que sólo debía establecer si la Fiscalía tenía razón en impugnar la decisión de la Sala de Primera Instancia (de acuerdo con esa decisión, Tadić no era penalmente responsable en virtud del artículo 2 del Estatuto del TPIY, por la comisión de graves violaciones de la Cuarta Convención de Ginebra, dado que el artículo 2 sólo se aplica a los conflictos armados internacionales, mientras que en el que estaba involucrado Tadić fue interno). Para resolver este asunto, la Sala de Apelaciones se basó en la letra y el espíritu de los Convenios de Ginebra y concluyó que un conflicto es internacional cuando se da entre dos o más Estados o entre un Estado y las fuerzas armadas que 'pertenecen' a otro Estado, de conformidad con la disposición del artículo 4 (a) (2) de la Tercera Convención de Ginebra (párrafos 92-93). Además, señaló que el derecho internacional humanitario no contiene ningún criterio para determinar el alcance y la naturaleza de dicha autoridad o control. Agregó que los criterios necesarios, en consecuencia, debe encontrarse en dichas normas generales del derecho internacional que establecen cuándo puede considerarse que los individuos actúan como funcionarios *de facto* del Estado: de acuerdo con la sala, estas reglas pertenecían al cuerpo de ley sobre la responsabilidad del Estado. En este punto, la sala afirmó que, de acuerdo con la Fiscalía, no se podía confiar en el “test” aplicado en Nicaragua debido a que el tema de la responsabilidad del Estado planteado allí era totalmente diferente al del

[78] Cassese, Antonio. The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. Páginas 653-655.

presente caso, de si un individuo era o no penalmente responsable según la naturaleza del conflicto armado en el que había estado involucrado.[79] En consecuencia, en el enjuiciamiento, la prueba de Nicaragua era irrelevante para la cuestión en juego ante la Sala de Apelaciones. La Sala rechazó de plano esta objeción y señaló lo siguiente:

> *"What is at issue is not the distinction between the two classes of responsibility. What is at issue is a preliminary question: that of the conditions on which under international law an individual may be held to act as a de facto organ of a State. Logically these conditions must be the same both in the case: (i) where the court's task is to ascertain whether an act performed by an individual may be attributed to a State, thereby generating the international responsibility of that State; and (ii) where the court must instead determine whether individuals are acting as de facto State officials, thereby rendering the conflict international and thus setting the necessary precondition for the 'grave breaches' regime to apply. In both cases, what is at issue is not the distinction between State responsibility and individual criminal responsibility. Rather, the question is that of establishing the criteria for the legal imputability to a State of acts performed by individuals not having the status of State officials. In the one case these acts, if they prove to be attributable to a State, will give rise to the international responsibility of that State; in the other case, they will ensure that the armed conflict must be classified as international."*[80]

La Sala volvió a insistir en la necesidad de depender de normas sobre la responsabilidad del Estado para extraer criterios legales sobre la

[79] Ibidem, p 655-656.
[80] Idem.

imputabilidad, dado que el derecho internacional humanitario no contiene ningún tipo de criterios legales:

> *"to prevent States from escaping international responsibility by having private individuals carry out tasks that may not or should not be performed by State officials, or by claiming that individuals actually participating in governmental authority are not classified as State organs under national legislation and therefore do not engage State responsibility. In other words, States are not allowed on the one hand to act de facto through individuals and on the other to disassociate themselves from such conduct when these individuals breach international law".*[81]

Dado que el requisito obvio de imputabilidad fue el control del Estado para que los actos fuesen atribuidos, la Sala observó que el grado de control no estaba obligado a ser estrictamente el mismo para cualquier relación, pero puede variar dependiendo de las circunstancias. La Sala, haciendo uso de una cuidadosa investigación de la práctica judicial, identificó dos grados de control : (i) uno en los actos realizados por particulares contratados a través del Estado para llevar a cabo actos ilegales específicos en el territorio de otro Estado (o para las personas encargadas de llevar a cabo acciones legales, que actúan, sin embargo, *ultra vires,* que violan el derecho internacional); para este tipo de acciones se requieren instrucciones específicas sobre el desempeño de cada acción con el fin de atribuir la acción al Estado que instruye o, bien, una posterior aprobación pública de cada acción o conducta específica que se requería (párrafos 118-119, 141); esto era claramente la prueba de 'control efectivo' establecida por la Corte Internacional de Justicia

[81] Ibidem, p 157.

en Nicaragua. La Sala de Apelaciones mostró que este test se basaba en la práctica de los estados; sin embargo, apoyaba su aplicación únicamente en los casos de las personas que actúan en nombre de un Estado. El otro grado de control es (ii) sobre las acciones de los grupos organizados y jerárquicamente estructurados, como las unidades militares o paramilitares; en este caso, el 'control total' por parte del Estado sobre el grupo era suficiente, por lo tanto, no fueron necesarias las instrucciones específicas para cada operación individual (párr. 120). Tal 'control general' residía no sólo en el equipamiento, financiación o formación y prestación de apoyo operativo al grupo sino también en la coordinación o ayudar en la planificación general de su ejército o la actividad paramilitar (párrafos 131, 137).[82]

Además del hecho determinante que las dos pruebas están previstas por las normas consuetudinarias internacionales resultantes de la práctica estatal y los precedentes judiciales, hay que subrayar otro factor significativo: la razón de ser de las dos pruebas es bastante clara y esta es porque cuando un particular o un grupo de individuos privados, nacionales de un Estado particular, que no están en la nómina del Estado y no actúan sistemáticamente a su petición, realizando un acto que es incompatible con el derecho internacional y lesionan a otro Estado, sería fácil para estas personas endilgar su responsabilidad a la de su Estado de origen, al afirmar que, de hecho, actuaron en nombre de este, por lo que es el Estado el que incurriría en responsabilidad por la violación del derecho internacional . De acuerdo con Cassese, para evitar este tipo de posibles abusos, el derecho internacional exige una prueba rigurosa para concluir que el Estado debe asumir la responsabilidad por las acciones de los individuos: es necesario

[82] Cassese, Antonio. *Obra citada*, p 657.

probar que el Estado dio instrucciones, directivas u órdenes a los individuos en relación con las acciones realizadas. La situación es diferente cuando un Estado hace frente a un grupo jerárquico organizado, en particular una unidad militar o paramilitar. Si un Estado apoya financieramente, logísticamente, organizativamente a un grupo de estos y, además, coordina sus acciones militares o toma parte en dicha coordinación o planificación, esto significa que existe un fuerte vínculo entre el Estado y el grupo organizado. El soporte sistemático y amplio de grupo del Estado, por una parte, y, por el otro, la estructura jerárquicamente organizada del grupo no pueden sino implicar que el Estado normalmente tiene control, así como un impacto en la planificación o en la organización de las actividades del grupo. De esta forma, si el grupo o algunos de sus miembros se involucran en actos prohibidos, el Estado debe asumir la responsabilidad incluso si no realizó específicamente dichas acciones: la naturaleza de la asistencia del Estado y los personajes del grupo, concluye Cassese, nos llevan a suponer que cualquier actividad del grupo se lleva a cabo bajo la autoridad del Estado y por lo tanto implica su responsabilidad en el caso de infracciones al derecho internacional. Esta conclusión es coherente con el principio general antes mencionado, mediante el cual los Estados deben responder por acciones contrarias al derecho internacional logrado por los individuos sobre los que ejercen sistemáticamente autoridad (este principio está, entre otras cosas, articulado en la regla antes señalada: un Estado es responsable por los actos de sus agentes incluso cuando tales agentes exceden su mandato o se comportan contrario a ella).[83]

Cassese agrega que cualquier tribunal internacional encargado de la aplicación de un cuerpo específico de derecho internacional (Derecho de los

[83] Ibidem, p 661.

Derechos Humanos, Derecho del Mar, Derecho Humanitario, Derecho internacional penal, etc.) está autorizado a aplicar reglas pertenecientes a otros cuerpos de derecho internacional e incluso a usar las leyes nacionales, esta autoridad se deriva de la competencia inherente de cualquier corte o tribunal internacional. Cita, así, el autor que existen tribunales internacionales de Derechos Humanos que han aplicado normas del derecho internacional penal, normas sobre la responsabilidad del Estado o disposiciones de ley nacional.[84] En este sentido, es importante recordar, la opinión de Higgins, quien ha indicado que las Cortes Internacionales a veces dejan de lado las relaciones cordiales que deberían existir entre ellas, considerando el hecho de que todas las cortes están bajo el paraguas de los principios generales del derecho internacional.[85]

De esta forma, se tiene que los sistemas regionales de Derechos Humanos comparten el mismo interés de proteger a los individuos al igual que los tribunales penales internacionales, a pesar de que el mandato de esas cortes, sus alcances y espacios geográficos sean totalmente diferentes. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confiado en sentencias emanadas por los tribunales ad hoc, demostrando así que la corte europea no trabaja de forma aislada.[86]

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo uso del paraguas indicado por Higgins, ha utilizado los principios generales del derecho internacional para establecer la responsabilidad internacional del

[84] Por ejemplo, en varios casos la Corte Europea de DDHH estableció si ciertos actos contrarios a la Convención Europea eran indilgables a un Estado parte y si ese Estado era responsable de tales actos, por ejemplo el caso Loizidou vs. Turkey (preliminary objections), Sentencia del 23 Marzo 1995, paras 62–64 y sentencia de méritos de fecha 28 noviembre 1996, paras 49–57; y Chipre vs. Turkey, paras 76–80. En el caso Behrami and Behrami v. France y Saramati v. France, Germany and Norway (decision of 2 May 2007) párrafos 122. Algunas normas de la Convención Europea sobre Derechos Humanos se refieren a la legislación nacional.
[85] Van den Herik, Larissa y Stahn Carsten. *The Diversification & Fragmentation of International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, p 32.
[86] Ibidem, p 48-49.

Estado y la de particulares, a partir de la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, sobre respetar y garantizar las normas de protección establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, la corte ha indicado que si bien la convención hace referencia a las normas generales de derecho internacional para su interpretación, los artículos citados constituyen las bases para establecer la responsabilidad internacional del Estado, señalando que *"de tal manera, dicho instrumento constituye en efecto lex specialis en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis del Derecho Internacional general".* [87]

Con relación al artículo de la convención, la corte ha indicado que entre las obligaciones internacionales del Estado se deben establecer medidas bajo dos situaciones: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que supongan una violación a las garantías previstas en la convención, y b) la emisión de normas y desarrollo de prácticas que conlleven a la efectiva aplicación de dichas garantías,[88] por ejemplo juzgar a los responsables de los crímenes internacionales.

En cuanto a la responsabilidad de los actos llevados a cabo por sus órganos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* su primer antecedente,[89] y en la

[87] Corte I.D.H, Masacre de Mapiripán v Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134, parágrafo 107.

[88] Medina Ardila, Felipe. *La responsabilidad Internacional del Estado por Actos de Particulares: Análisis Jurisprudencial Interamericano*. Universidad de los Andes. Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf , p 14.

[89] "(...) es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante,

opinión consultiva *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados,*[90] que el Estado es totalmente responsable de los actos realizados por las personas que en ejercicio de sus funciones violan o menoscaban los derechos humanos de las personas.

Con respecto a la responsabilidad internacional por actos de particulares, la Corte Interamericana ha indicado que la misma se materializa a través de la tolerancia, complicidad o aquiescencia por parte de agentes estatales "*a particulares que creen, mantengan o favorezcan situaciones discriminatorias y violatorias de derechos humanos",*[91] situación que quedó demostrada en los casos *19 Comerciantes contra Colombia* (Corte IDH, 2004), *Blake contra Guatemala*,[92] M*asacre de Mapiripán contra Colombia* (Corte IDH, 2005),[93] *Masacre de la Rochela contra Colombia* (Corte IDH, 2007).[94]

---

no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención" (Corte Idh, 1988, párrs. 172 y 174).

[90] "(...) se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (...). De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones individuales" (Corte Idh, 2005, párr. 112).

[91] Medina Ardila, Felipe. *La responsabilidad Internacional del Estado por Actos de Particulares: Análisis Jurisprudencial Interamericano*. Universidad de los Andes, p 19.

[92] "(...) actuaban efectivamente como agentes del Estado durante la época en que ocurrieron los hechos relevantes al presente caso (...) tenían una relación institucional con el Ejército, realizaban actividades de apoyo a las funciones de las fuerzas armadas y, aún más, recibían recursos, armamento, entrenamiento y órdenes directas del Ejército guatemalteco y operaban bajo su supervisión, y a esas patrullas se les atribuían varias violaciones de derechos humanos, incluyendo ejecuciones sumarias y extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (...) En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a éste los actos por ellas practicados (Corte Idh, 1998, párr. 75 a 78)".

[93] "La Corte observa que, si bien los hechos ocurridos entre el 15 y el 20 de julio de 1997 en Mapiripán fueron cometidos por miembros de grupos paramilitares, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin la colaboración, aquiescencia y tolerancia, manifestadas en varias acciones y omisiones, de miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, inclusive de altos funcionarios de éstas de las zonas. Ciertamente no existen pruebas documentales ante este Tribunal que demuestren que el Estado dirigiera directamente la ejecución

Igualmente, en relación con la falta de diligencia para prevenir un acto cometido por un particular previo conocimiento de los hechos, la corte ha indicado que el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias de prevención y protección de los particulares. Sin embargo, se solicita que el Estado posea el conocimiento de una situación de 'riesgo real e inmediato' para una persona o grupo de personas determinadas y las posibles modalidades de prevención que hubiese podido adoptar el Estado para evitar la ocurrencia de tales hechos. Resulta así que el hecho ilícito (que en principio no era imputable al Estado, debido a que lo realizó un particular) acarrea la responsabilidad internacional al Estado por la vulneración de los derechos humanos debido a la falta de diligencia en prevenir e impedir tales crímenes, solicitando el previo conocimiento de los hechos.[95]

3. Comentarios finales

Llegados a este punto, luego de repasar brevemente el concepto de responsabilidad internacional del Estado y su desfragmentación en los

---

de la masacre o que existiese una relación de dependencia entre el Ejército y los grupos paramilitares o una delegación de funciones públicas de aquél a éstos. No obstante, al analizar los hechos reconocidos por el Estado, surge claramente que tanto las conductas de sus propios agentes como las de los miembros de grupos paramilitares son atribuibles a Colombia en la medida en que éstos actuaron de hecho en una situación y en zonas que estaban bajo el control del Estado.
(...) La colaboración de miembros de las fuerzas armadas con los paramilitares se manifestó en un conjunto de graves acciones y omisiones destinadas a permitir la realización de la masacre y a encubrir los hechos para procurar la impunidad de los responsables. En otras palabras, las autoridades estatales que conocieron las intenciones del grupo paramilitar de realizar una masacre para infundir temor en la población, no sólo colaboraron en la preparación para que dicho grupo pudiera llevar a cabo estos actos delictuosos, sino también hicieron parecer ante la opinión pública que la masacre fue perpetrada por el grupo paramilitar sin su conocimiento, participación y tolerancia, situaciones que están en contradicción con lo ya acreditado en los hechos probados y reconocidos por el Estado (Corte Idh, 2005, párr. 120-122)." (subrayado nuestro).

[94] En el presente caso el Estado permitió la colaboración y participación de particulares en la realización de ciertas funciones (tales como patrullaje militar de zonas de orden público, utilizando armas de uso privativo de las fuerzas armadas o en desarrollo de actividades de inteligencia militar), que por lo general son de competencia exclusiva del Estado y donde éste adquiere una especial función de garante. En consecuencia, el Estado es directamente responsable, tanto por acción como por omisión, de todo lo que hagan estos particulares en ejercicio de dichas funciones, más aún si se tiene en cuenta que los particulares no están sometidos al escrutinio estricto que pesa sobre un funcionario público respecto al ejercicio de sus funciones (Corte Idh, 2007, párr. 102).

[95] Medina Ardila, Felipe. *Obra citada*, p 24.

diferentes tribunales, se puede concluir sobre las bases de la materia que nos atañe que el *caso Tadić,* entre otras sentencias, nos brinda los fundamentos para sostener que la condena de los líderes y responsables de los crímenes más atroces en contra de la humanidad no es suficiente sino que además es perfectamente viable declarar la responsabilidad internacional del Estado paralelamente, puesto que estos eventuales criminales actuaron de una u otra forma con la aprobación del Estado. Luego de esta breve mención de la responsabilidad internacional del Estado, pasaremos a desarrollar, en profundidad, la responsabilidad internacional penal de los superiores y de otros actores en el contexto de la comisión de crímenes internacionales y cómo estos pueden ser juzgados en la jurisdicción nacional.

“Los regímenes totalitarios justifican su existencia mediante una filosofía de monismo político, según el cual el Estado es Dios en la tierra, la unificación bajo la planta del divino Estado es la salvación, y todos los medios tendientes a tal unificación, por más perversos que intrínsecamente sean, son justos y pueden emplearse sin escrúpulos”.

Aldous Huxley

CAPÍTULO II

El impacto de los tratados y de las jurisprudencias internacionales en la evolución del concepto *responsabilidad del superior*

En el marco del derecho internacional, existen dos formas distintas de establecer la responsabilidad por violaciones de derechos humanos o derecho humanitario, a saber: la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional individual. Esta última se encuentra dividida en dos modalidades: responsabilidad directa, aplicada a todos aquellos que participan activamente en la comisión de los crímenes y que son juzgados de forma individual, y responsabilidad indirecta, aplicada no por haber cometido el crimen sino por no haber detenido la materialización de este. La doctrina de la responsabilidad del superior es una forma de responsabilidad indirecta, en la cual se es responsable de los crímenes cometidos por los subalternos; esta responsabilidad es diferente de la que incurre aquel 'jefe' o 'comandante' que efectivamente ordena cometer los crímenes, esta última es una responsabilidad directa.[96]

La teoría de la responsabilidad del superior se aplica tanto a civiles, militares como a fuerzas paramilitares, tiene sus orígenes en el derecho consuetudinario internacional y se ha codificado en diferentes tratados internacionales. Este capítulo es introductorio al estudio de los orígenes de dicha figura y, a su vez, representa un bosquejo de las eventualidades que se pueden presentar al momento de su materialización.

[96] Scott, Craig. *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, Hart Publishing. Toronto, 2001, p 442.

4. La responsabilidad del superior y su evolución conceptual en la Historia

Para comenzar, es posible remontarse a la Resolución del Comité Consultivo de Juristas, presidido por el Barón Descamps, sometida en 1921 a consideración del Consejo y de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. De acuerdo con esta, se iba a crear una Alta Corte de Justicia (de organización y jurisdicción diferenciadas respecto de la Corte Permanente), en la cual se indicó que la Corte sería "*competente para conocer y decidir los casos que les sean sometidos por la Asamblea de la Sociedad de Naciones o por el Consejo de la Sociedad y que conciernan al orden público internacional, por ejemplo: los delitos contra el derecho de gentes universal*"[97].

Posteriormente, se destaca la labor del comité para la creación de una Corte Penal Internacional Permanente (cuyos orígenes se remontan a la conferencia que celebrara la Asociación de Derecho Internacional en 1920 en Buenos Aires) culminó en un informe y un proyecto de Estatuto de una Corte Penal Internacional conocidos en 1926 por la asociación reunida en Viena. La corte proyectada debería ser una sección de la Corte Permanente de Justicia Internacional y su jurisdicción abarcaría "*violaciones de obligaciones internacionales, de carácter penal, cometidas por los súbditos o ciudadanos de un Estado o por un apátrida contra otro Estado o sus súbditos o ciudadanos*"[98] y "*violaciones de cualquier tratado, convención o declaración obligatorio para los Estados que se adhieren a la Corte, en los cuales se regulen los métodos y la dirección de la guerra", y "violaciones de las leyes y*

[97] Pillet, Al. La Guerra y el Derecho (Guerra de 1914-18), Lineria y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, 1926, p 23.
[98] Ibidem.

costumbres de la guerra generalmente aceptadas y reconocidas como obligatorias por las naciones civilizadas"[99].

Otro antecedente se tiene en la convención para la creación de una Corte Penal Internacional, aprobada en 1937 por la Conferencia Internacional para la Represión del Terrorismo, que también adoptó una convención relativa a la prevención y el castigo del terrorismo, en la que se solicitaba la pena de los máximos responsables.

Finalmente, la Asamblea Internacional de Londres, del año 1941, recomendó a los gobiernos que habían participado en el evento (celebrado bajo los auspicios de la Unión por la Sociedad de Naciones) que determinados tipos de delincuentes de guerra, tales como los que hubieran cometido delitos en varios países o contra nacionales de varios países y *los jefes de Estado que "hubieran cometido delitos, debían ser entregados a una Corte Penal Internacional."*[100]

La figura de la *responsabilidad del superior* es el mecanismo principal que actualmente permite transferir la responsabilidad criminal a los superiores jerárquicos por los delitos cometidos por sus subordinados. Por lo tanto, la delimitación de este concepto se convierte en una herramienta esencial para juzgar a las personas que ejercen cargos de jerarquía y que, por su falta de control o supervisión, permiten que sus subalternos realicen acciones alejadas del margen legal. De esta forma, el concepto se extiende a todos

[99] Idem.
[100] Hans-Joachim Leu. *El Derecho Internacional Penal: Origen, Desarrollo y Controversia en Torno a su conceptualización*. Primeras Jornadas Latinoamérica de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, UCAB. Caracas, 1979, p 397-398.

los cargos jerárquicos en el campo militar, político y civil. En este sentido, Kai Ambos lo conceptualiza con las siguientes palabras:[101]

> *"El Concepto de responsabilidad de mando –o mejor dicho, de responsabilidad del superior–[102] crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad directa por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad indirecta por las conductas delictivas de otros".*

Se podría indicar que nos encontramos, así, con dos tipos de responsabilidades en un mismo hecho, la responsabilidad colectiva y la responsabilidad individual, ambas llenas de contrastes.

Por su parte, anteriormente, Sunga indicó:

> "*In the Nuremberg Charter, the dilemma between the unfairness of collective responsibility, and the unfairness for direct perpetrators only, finds resolution in the doctrines of criminal conspiracy and superior responsibility, both of which provide the normative means to enforce individual criminal responsibility beyond the direct perpetrators and to sweep in those who planned, instigated, ordered or otherwise aided*

[101] Ambos, Kai. *Estudios de Derecho Penal Internacional*. UCAB. Caracas, 2005, p 194.
[102] Ambos aclara que el término 'mando' parece limitar la doctrina al contexto militar, el término 'superior' es mucho más amplio y se extiende a los civiles.

and abetted in the planning preparation or execution of the crime or crimes".[103]

En este tenor, cabe indicar que las dudas surgidas a si la inacción de una persona podría generar responsabilidad penal, como consecuencia de un crimen cometido por sus subordinados, encuentran su primera respuesta en las palabras magistrales de Hugo Grocio, que resumen de una manera espléndida y en forma visionaria la sustancia del concepto de responsabilidad del superior:[104]

"*We must accept the principle that he knows of a crime, and is able and bound to prevent it but fails to do so, himself commits a crime*".[105]

Históricamente, desde mucho antes de la II Guerra Mundial, el concepto de responsabilidad del superior se usó únicamente para prácticas militares. En la Corte de Leipzig se juzgó a los responsables de la I Guerra Mundial y apareció el concepto de responsabilidad del superior solamente una vez; tal fue en el caso de Emil Müller,[106] quien era un capitán de la Armada y comandante de prisión. Emil Müller presenció cómo un soldado maltrataba a un prisionero, la corte indicó que el sólo hecho de haber

---

[103] Sunga,L.S, "*The Celebici Case: A Comment on the Main Legal Issue's in the ICTY's Trial Chamber Judgement",* Leiden Journal of International Law, Nº 13. Leiden, Cambridge University Press, 2000, p 122.

[104] Es oportuno hacer mención de que Hugo Grocio es reconocido como uno de los fundadores del derecho internacional, junto a Francisco de Vitoria. La obra magistral de Grocio *De jure Belli Ac Pacis* destaca los principios del *Ius Gentium*, del cual vale decir que "es un libro de derecho natural, muy por encima de una obra de derecho internacional, en donde el derecho internacional discurre como consecuencia lógica de una estructura enfocada a demostrar la universalidad del derecho natural". Pérez Johnston, Raúl. "*Hugo Grocio, padre accidental del derecho internacional", disponible en http://www.diplomaticosescritores.org/obras/HugoGrociopadreaccidentalderechointernacional.doc (revisado el 14 de enero de 2014).*

[105] Grocio Hugo, *De jure Belli Ac Pacis (1615),* Libro Nº 2, New York/ Londres, Oceana Publications/Wildy & Son, 1964.

[106] Emil Müller era un capitán en el ejército imperial alemán que fue declarado culpable y condenado en los Juicios de Leipzig de crímenes de guerra en 1921. Fue nombrado jefe del prisionero Flavy de Martel, del campo de guerra donde se ejecutaron aproximadamente 1.000 prisioneros. Los cargos formulados contra él, después del final de la Primera Guerra Mundial, fueron la falta de mantenimiento y, por lo tanto, de una condición decente del campo, lo que dio lugar a muchas muertes como resultado de la disentería, el fracaso para prevenir la comisión de delitos y castigar a los autores de los mismos así como la violencia física dirigida hacia los presos. Fue condenado a seis meses de prisión.

observado y tolerado dicho acto inhumano lo hacía responsable criminalmente, a pesar de no haber ejercido dicha acción.[107] Por lo tanto, el hecho de ocupar una posición como comandante –o alguien de autoridad– siempre trae adosada consigo la figura de responsabilidad. Cabe destacar que de los 45 nombres seleccionados en la última lista de los países aliados, el Tribunal de Leipzig sólo juzgó a cuatro, ninguno de ellos tenía un rol determinante debido a que todos eran subalternos; entre otros de los juzgados se tiene a los tenientes Ditchman y Boldt, quienes eran suboficiales del *Unterseeboat* y fueron juzgados por la pérdida de 234 vidas.[108]

Algunos autores han coincidido en que la figura de la responsabilidad del superior tiene su primer reconocimiento en las decisiones del Sacro Imperio Romano, en el año 1474. Tal fue el caso del caballero real Peter Hagenbach, quien fue llevado a juicio, encabezado por el Archiduque de Austria, por la comisión de los delitos de asesinato, violación y perjurio, entre otros crímenes. El jurado del tribunal estaba compuesto por jueces de los países aliados al Sacro Imperio Romano. Hagenbach fue sentenciado culpable por los crímenes que él, como caballero, tenía el deber de prevenir pero que terminó cometiendo.[109]

Otro antecedente interesante se encuentra reflejando en los *Artículos de guerra de los Estados Unidos*, establecidos durante la guerra de independencia, que establecieron lo siguiente:

---

[107] Sentencia en el Caso de Emil Müller, pronunciada el 30 de mayo de 1921, American Journal of International Law, número 16, página 684, año 1922, citada por E. Van Sliedregt, E. *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian law*. T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003 p 120.
[108] Martínez Viademonte, José Agustín, "*Los criminales de guerra ante el Derecho Penal y la Política Internacional*", en la obra *Delincuencia Política Internacional* (Aula Penal), Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, p 29-30
[109] Parks, W.H, "*Command Responsibility for War Crimes*", Revista Modern Law Review, Nº 62, Londres, John Wiley & Sons, 1973, p 1-104.

> *"Every officer commanding, in quarters or on a march, shall keep good order, and, to the utmost of his power, redress all such abuses or disorders which maybe committed by any officer or soldier under his command: if upon any complain (being) made to him, of officers or soldiers beating, or otherwise ill-treating any person, or committing any kind of riot, to the disquieting of the inhabitants of this Continent; he the said commander, who shall refuse or omit to see justice done on the offender of offenders, and reparation made to the party or parties injured, as far as the offender's wages shall enable him or them, shall upon due proof thereof, be punished, as ordered by a general court-martial, in such manner as if he himself had committed the crimes or disorders complained of".*[110]

El primer visionario de la necesidad de usar la figura de la 'responsabilidad penal individual' fue Hans Kelsen, quien en su obra *La paz a través del Derecho* desarrolló la teoría de por qué se debía condenar a los líderes de regímenes dictatoriales así como también a los criminales de guerra. Kelsen indicó que:

> "*One of the most effective means to prevent war and to guarantee international peace is the enactment of rules establishing individual responsibility of the persons who, as members of government, have violated international law by resorting to or provoking war*".

Kelsen dejó claro que era un deber castigar a aquellos que cometían crímenes internacionales (en ese momento eran los crímenes de guerra desarrollados por los nazis) e indicaba, a su vez, el deber de instaurar la existencia de una responsabilidad individual por los actos cometidos por

[110] W.H.Parks, *Command Responsibility for War Crimes*. Military Law Review, Vol 62. 1973, p 65.

mano propia, como consecuencia de las órdenes dadas por superiores o con su autorización. En su época, él ya defendía que no se podía castigar al Estado por este tipo de crímenes debido a que quienes realmente los cometían eran particulares. No obstante, dejaba claro que no existía una diferencia firme entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual. Igualmente, Kelsen sentó las bases al indicar que, al momento de juzgar a los individuos, se debían configurar los supuestos de *guilty mind*, que el actuante debía tener cuando realizare un acto dañino, esto como producto de una conducta intencional y maliciosa o que, en su defecto, se tuviese una culpa negligente. Por lo tanto, las normas de *mens rea* no debían dejar cabida para excepciones, de lo cual se concluye que todo individuo debía ser juzgado así no hubiese tenido la intención de desarrollar dichos crímenes o no hubiese manifestado la 'negligencia culpable'[111]. En consecuencia, la llamada 'responsabilidad absoluta' no estaba totalmente excluida.

No obstante, con el discurrir del tiempo y, en particular, con los hechos acontecidos durante la II Guerra Mundial, el concepto de responsabilidad del superior evolucionó a un concepto de responsabilidad penal, agregando dos variables en el derecho internacional: la perpetración y la participación.[112] Por su parte, el autor Ambos indica que el concepto de responsabilidad del superior tiene un doble carácter al ser un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*) y un delito de peligro (*Gefährdungsdelikt*).[113]

[111] Kelsen, Hans. "collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punisment of war criminals". California Law Review, nº 5, año 1943, páginas 31 - 532.
[112] Van Sliedregt, Elly. *The Criminal Resposibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*. Obra citada, p 119, para más detalles ver discusión planteada por Cryer Robert, p 17-21.
[113] Ambos, Kai, Obra citada p 193.

4.1. El caso Yamashita y el ejército imperial japonés

El caso del general japonés Tomoyuki Yamashita[114] se considera el más emblemático en materia de responsabilidad, emergió como consecuencia de los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial en los territorios asiáticos.

Yamashita fue el comandante general del 14º grupo armado de la Armada del Imperio Japonés y fue juzgado por una comisión militar estadounidense en Manila. El caso se preparó antes de la culminación de la Guerra; sin embargo, el fiscal esperó que los japoneses se rindieran para poder comenzar el juicio.[115] El 3 de septiembre de 1945, Yamashita se entregó. Su juicio comenzó el 29 de octubre de 1945 y concluyó el 7 de diciembre de ese mismo año. La comisión militar lo acusó de cometer crímenes de guerra realizados a gran escala en Malasia, además de otros tantos cometidos en Filipinas y Singapur. La comisión indicó:

> *"Ilegalmente desatendió y falló en cumplir con su deber, como Comandante, de controlar las operaciones de los miembros que estaban bajo su supervisión, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros graves crímenes contra los nacionales de los Estados Unidos, sus aliados y sus dependencias, particularmente en Filipinas. Por lo tanto, el General Tomoyuki Yamashita violó las leyes de guerra".*[116]

[114] El general Tomoyuki Yamashita estuvo a cargo del Ejercito Imperial Japonés. Ganó renombre debido a que logró conquistar colonias británicas durante la ejecución de la campaña Malaya. Se le conoció como el "Tigre de Malasia".
[115] Cryer, Robert. "*Prosecuting International Crimes*". Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press. Cambridge 2008, p 36.
[116] Yamashita, Tomoyuki & United States. National Archives and Records Service & United States. Army. Forces in the Western Pacific. Military Commission, Yamashita, 1945 1973, Transcript of public trial 1945 U.S. v. General Tomoyuki Yamashita, National Archives, Washington, D.C

De acuerdo con la acusación, que contenía 123 cargos, las tropas de Yamashita, durante la invasión de Filipinas por parte de las tropas estadounidenses, escaparon en retirada y cometieron numerosos crímenes de guerra. Por otro lado, el mayor número de civiles asesinados ocurrió en la región de Batangas, donde se estima que fallecieron al menos unas 25.000 personas en un área que estaba bajo el control de Fujishige, subordinado indirecto de Yamashita. Fujishige se encontraba lejos de las inmediaciones de su superior inmediato, el general Yokoyama, quien sólo le dio instrucciones generales a Fujishige de las operaciones militares que debía realizar y dejó en sus manos los detalles de las mismas. Fue entonces cuando Fujishige dirigió sus tropas a un ataque masivo contra la población civil, *so pretexto* de que los mismos se habían unido a los grupos guerrilleros que operaban en la región.[117]

Aunado a lo anterior, se encontró culpable a Yamashita por la comisión de crímenes atroces ocurridos en Manila, donde, durante un periodo de dos semanas, miles de hombres, mujeres y niños fueron asesinados y sometidos a tratos inhumanos. A esto hay que sumar la cifra de 8.000 personas que fueron asesinadas en la región de Laguna, la cual estaba dentro del área de mando del general Yamashita.

Cabe destacar que el fiscal nunca alegó que Yamashita había ordenado la comisión de esos crímenes o que, en su defecto, tenía conocimiento de ellos. En el desarrollo del juicio, la defensa alegó que Yamashita, como general, no tenía conocimiento de la comisión de esos crímenes; por lo tanto, no podía ser juzgado por la ejecución de los mismos sobre la base de haber sido comandante en el tiempo de la perpetración de los mismos:

[117] Grocio Hugo.*Obra citada,* p 25.

> *"Neither the Laws of War nor the Conscience of the world upon which they were founded would countenance any such charge. It was the basic premise of all civilized criminal justice that it punished not according to status but according to fault, and that one man was not held to answer for the crime of another*".[118]

Por su parte, el Fiscal indicó que Yamashita, como comandante, debía haber tenido conocimiento de dichas atrocidades debido a que las mismas fueron sanguinarias, numerosas y ampliamente conocidas:

> *"Esas atrocidades fueron esparcidas desde el norte de las Islas Filipinas hasta el sur, las cuales continuaron repetidamente durante el periodo de Yamashita como Comandante. Las mismas eran tan flagrantes, notorias y enormes, eran realmente inhumanas, la bestialidad de las mismas eran tan ampliamente conocidas, que si el acusado hubiese realizado algún tipo de esfuerzo por conocerlas considerando su posición y su mando; y si él no sabía de estos actos atroces, notorios, ampliamente expandidos, repetidos, constantes como ellos fueron, fue sencillamente porque el acusado decidió que fuese así, tomando la acción de no querer saber".*[119]

El fiscal presumió el conocimiento por parte del imputado, dejando claro que, aunque Yamashita no hubiese tenido conocimiento de los crímenes, él "*debería haber sabido*" siendo esto una consecuencia natural de las obligaciones inherentes a su cargo, puesto que los crímenes fueron notorios y ampliamente conocidos. Por lo tanto, se desprende que Yamashita debió

[118] Parks. *Obra citada*, p 25.
[119] Grocio Hugo. *Obra citada, p 26.*

haber sido mucho más activo en la búsqueda de información relacionada con las acciones desarrolladas por sus subordinados.

La defensa esgrimió que Yamashita no tenía control total sobre las tropas debido a la baja moral imperante en la Armada, destacó, además, que él había asumido el control de ellas once días antes de la invasión norteamericana. Por lo tanto, Yamashita no pudo realizar una operación militar de defensa adecuada porque su antecesor no le proporcionó ninguna información. Aunado a esto, Yamashita recibió unos soldados novatos sin entrenamiento.[120]

Finalmente, la comisión sentenció con pena de muerte a Yamashita, a pesar de que esta no llegó a verificar qué ocurrió exactamente, concluyó que sólo habían existido atrocidades de gran envergadura.[121] Los cinco generales que constituyeron dicha comisión sostuvieron que:

> *"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".*[122]

A pesar de que la comisión no encontró una prueba contundente contra Yamashita, esta se acogió al argumento esgrimido por el Fiscal, según el

[120] Van Sliedregt, E. *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, op. citada, p121.
[121] Ibidem, p 196.
[122] Yamashita, Tomoyuki & United States. National Archives and Records Service & United States. Army. Forces in the Western Pacific. Military Commission, Yamashita, 1945 1973, p 35.

cual se indicaba que Yamashita, como comandante, '*debió haber sabido'* de tales atrocidades.

Posteriormente, la defensa intentó un *habeas corpus* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos,[123] pero este fue desechado por decisión mayoritaria con el resultado de que los jueces Murphy y Rutledge presentaron dos opiniones disidentes. La Corte reafirmó la autoridad y los procedimientos llevados a cabo por la Comisión.[124] La mayoría concluyó que: a) los comandantes militares tienen un rol afirmativo para controlar a sus subordinados, asegurando que su comportamiento esté de acuerdo con lo establecido en las leyes de guerra y, b) cuando existe tal responsabilidad, un superior no puede alegar poca participación en la comisión de los crímenes al momento de ordenar un acto que viole las leyes de guerra. En otras palabras, la responsabilidad del superior acarrea la responsabilidad penal por la violación de las leyes de guerra. Por lo tanto, la sentencia adoptó el criterio '*debió haber sabido'* (*must have known*) y la culpabilidad de Yamashita descansó sobre las bases del no ejercicio de sus funciones como superior.[125]

La corte señaló: "*la esencia del cargo penal es la violación ilegal de la obligación por el solicitante, como comandante del Ejército, de controlar las operaciones realizadas por los miembros de su comando, 'permitiéndoles cometer' las atrocidades extensas y generalizadas ya especificadas*".[126]

[123] Luego de la sentencia de la Corte Suprema, la defensa de Yamashita presentó una apelación por clemencia ante el Presidente Harry S Truman. Sin embargo, el Presidente dejó la responsabilidad en manos de los militares.
[124] La Corte Suprema de los Estados Unidos nunca ha revocado la decisión de Yamashita del año 1946.
[125] Parks, W.H. *Artículo citado*, p 122.
[126] Cryer, Robert. Obra citada, p 27.

El juez Murphy indicó, en su opinión disidente, la incompatibilidad existente entre la responsabilidad por el cargo de Yamashita y los principios de culpabilidad:

> *"Él no fue imputado por su participación personal en los actos de atrocidades o de ordenar o tolerar su comisión. Sin tener incluso conocimiento de los mismos, fue imputado por ellos. Sencillamente, fue alegado que él ignoró y dejó de cumplir su deber, como Comandante, para controlar las operaciones de los miembros de su comando, permitiéndoles cometer crímenes atroces. Los anuarios grabados de guerra y los principios establecidos del derecho internacional, no desdibujan ni siquiera el más pequeño precedente que permita imputar a alguien por lo que se está sentenciando a Yamashita. Esta sentencia, en efecto, permite a la Comisión hacer, dependiendo de su voluntad sobre su posición parcializada de las responsabilidades del peticionario y su desconocimiento de los mismos, una reminiscencia de las prácticas que siguieron en ciertas naciones menos respetadas en años recientes".*[127]

A la par, el juez Murphy señaló que las fuerzas norteamericanas hicieron todo lo posible para interrumpir las líneas de mando, control y comunicaciones de Yamashita con sus soldados, por lo que se consideró injusto juzgar a Yamashita por la comisión de crímenes de guerra. No obstante, en un interesante trabajo realizado por Smidt, se indicó que las Cortes Marciales de los Estados Unidos aplicaban la responsabilidad del superior al requerir el conocimiento real y la participación activa en la comisión de los crímenes; por lo tanto, la comisión tuvo que haber basado

[127] Ibídem, p 28.

sus razonamientos en hechos reales y no en la simple convicción de que Yamashita falló en ejercer dicho control.[128]

Los elementos señalados en el caso Yamashita –la omisión de prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados y el precedente de '*debió haber sabido o debería haber sabido'*– se usaron y desarrollaron en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Sin embargo, se ha indicado que el caso de Yamashita es emblemático, y a la vez controversial, debido a la falta de pruebas que verificasen que Yamashita tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados y porque la Comisión Militar de los Estados Unidos que sentenció el caso llegó a indicar que si Yamashita realmente no tenía conocimiento de los hechos ocurridos, él 'debería haber sabido' o incluso 'debería haber tenido conocimiento' de los crímenes que se cometían. La decisión de la Comisión Militar fue sostenida por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el *habeas corpus* solicitado por la defensa de Yamashita.[129] En la descripción dada por Ambos, a pesar de que no se probó el conocimiento de los hechos, no podía afirmarse que la culpa de Yamashita descansase sobre una 'teoría estricta' de la responsabilidad penal, debido a que la Comisión no podía darle una total credibilidad a la defensa realizada por Yamashita, que giraba en torno a la ignorancia de los hechos, todo esto considerando la magnitud dantesca de los crímenes cometidos. Por otra parte, la Comisión mostraba dudas en relación con el criterio de conocimiento de los hechos a ser aplicado. De este modo, no es

[128] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 123.
[129] Ibídem

posible afirmar –incluso hoy día– si la "*Comisión creyó que Yamashita conoció o debió haber tenido conocimiento de las atrocidades*".[130]

Las críticas realizadas a la sentencia, así como lo desprendido de las dos opiniones disidentes de los jueces del caso Yamashita, crearon el precedente según el cual un superior podría incurrir en responsabilidad penal sobre la base de su posición como superior jerárquico, independientemente de que tuviese conocimiento o control de las atrocidades reales cometidas por sus subordinados. Por lo tanto, este precedente no se puede desechar totalmente ya que su valor reposa en que el reconocimiento de fallar en el cumplimiento de una obligación puede generar responsabilidad penal, tal como se verá posteriormente en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual en esencia posee un estándar similar.

4.2. La II Guerra Mundial y el Tribunal de Núremberg: el castigo a los nazis

La II Guerra Mundial siempre se recordará como el holocausto que marcó el antes y el después en el Derecho Internacional Público así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho internacional penal. Dadas las circunstancias, de sus cruentos resultados, los países aliados realizaron numerosas declaraciones relacionadas con la violación de las leyes de guerra, en las cuales se prometió el castigo de los culpables.[131] Un ejemplo de esto se puede encontrar en la Declaración de Moscú del año 1943, en la cual se indicó:

> "*(T)he…(United States, United Kingdom and URSS)…speaking in the interests of the United Nations…decla(red)…at the time of the granting*

[130] *Ambos, Kai. Obra citada, p 200.*
[131] Cryer, Robert. Obra citada, p 36-37.

of any armistice to any government that maybe set up in Germany, those German officers and men and members of the Nazy party who have been responsible for, or have taken a consenting part in the atrocities, massacres and executions, will be sent back to the countries in which their abominable deeds were done in order that they may be judged and punished according to the laws of the liberated countries and of the free governments which will be erected therein…"

No obstante, a pesar de la ambigüedad de la Declaración, se usó como una herramienta política[132] para la creación del Tribunal de Núremberg y la misma se citó en el documento fundacional.[133]

El tribunal se consideró la piedra angular que permitiría a los Aliados juzgar a los criminales de guerra, el mismo fue creado por el Tratado de Londres de 1945.[134] A pesar de que las negociaciones fueron tensas, debido a las diferentes posturas entre los Aliados (por ejemplo, Rusia pretendía el castigo directo de los culpables mientras que los estadounidenses buscaban el desarrollo de juicios), se puede indicar que en sus orígenes el tribunal fue realmente un tribunal internacional –a pesar de que los países aliados fueron los únicos representados en el estrado de los jueces– debido a que el tribunal no estaba subordinado a un consejo de control y el Tratado de Londres fue firmado y ratificado por una cantidad numerosa de países que no formaron parte de la ocupación.[135] [136] El autor Cryer ha indicado que el Tribunal de Núremberg se puede considerar como extraordinario puesto que

[132] Cabe destacar que para Churchill la situación se podía arreglar con fusilamientos extrajudiciales y debido a la alianza entre los Estados Unidos y Rusia se logró persuadir al ex Primer Ministro británico.
[133] Cryer, Robert. *Obra citada,* p 37.
[134] El Tratado se firmó el 8 de agosto de 1945.
[135] Cryer, Robert. *Obra citada,* p 39.
[136] Venezuela fue uno de los diecinueve países en adherirse al Tratado de Londres, entre otros: Australia, Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Etiopía, Grecia, Haití, Honduras, India, Luxemburgo, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Uruguay y Yugoslavia.

era un Tribunal Internacional que aplicaba directamente normas de derecho internacional para castigar a criminales de guerra y eso es lo que puede considerarse Derecho internacional penal. Además, agrega que con la sola imposición de responsabilidad sobre los criminales, sin la más mínima intervención del derecho nacional, y la definición de que los delitos de lesa humanidad eran actos criminales, se manifestaba, desde ese momento, la responsabilidad penal internacional individual.

En este sentido, es importante destacar las motivaciones tanto pragmáticas como idealistas que poseían los arquitectos de los juicios de Núremberg para comprender el éxito o el fracaso de sus acciones. Dichas motivaciones fueron la búsqueda de la sanción, rehabilitación y prevención. Por lo tanto, consideraron que el castigo de estos crímenes de guerra era esencial, no sólo desde el punto de vista moral sino desde un punto de vista pragmático, al creer que no condenar tales actos podría desencadenar que en un futuro la política e ideales nazis renaciesen con más fuerza. Aunado a esto, se consideró que la idea de realizar ejecuciones sumariales sería violadora de *"of the most fundamentals principles of justice, common to all the United Nations"*[137], pero, además, dicha acción convertiría a los nazis en mártires. Por tal razón, entre las metas de los juicios se encontraba no sólo el establecimiento de la responsabilidad penal internacional sino también un control social sobre los grandes criminales.[138]

Ahora bien, a pesar de las discusiones que han girado en torno al legado del Tribunal de Núremberg (por ejemplo: discusiones relacionadas con la aplicación por parte del tribunal de la justicia de los vencedores, el uso de

[137] Cryer, Robert. *Obra citada,* p 40.
[138] Durwood Riedel, The U.S. War Crimes Tribunals at the Former Dachau Concentration Camp: Lessons for Today, en Berkeley Journal of International Law, Volume 24 | Issue 2 (2006) p 566.

una justicia selectiva o las tipificaciones ex post facto), hay que indicar que en sus sentencias nunca se llegó a realizar una regulación especial de lo que debía entenderse como responsabilidad del superior. En la búsqueda de la culpabilidad de los acusados, el tribunal adoptó la figura de la 'participación' en lugar de la 'responsabilidad del superior'. Por lo tanto, cualquier forma de participación en la comisión de un crimen permitía establecer la responsabilidad personal, en tanto y en cuanto los acusados tuvieran conocimiento de los crímenes y que los mismos fueran cometidos bajo el dominio de su autoridad. De esta forma, el tribunal invocó implícitamente la doctrina de la responsabilidad del superior.[139] En este tenor, se puede apreciar, por ejemplo, el caso de los líderes políticos Goring y Von Ribbentrop, a quienes se les juzgó por su mera presencia en los mítines políticos, lo cual justificaba que estuvieran de acuerdo con las políticas que promovían el trabajo forzado, la persecución o el exterminio de judíos.[140]

El tribunal no especificó la necesidad de establecer un lazo entre el superior y el subordinado sino que sencillamente consideró que estos eran hombres que estaban en la cúspide del poder y, por lo tanto, eran responsables de la comisión de los crímenes puesto que tenían la responsabilidad de intervenir y detener los crímenes masivos tan pronto como tuvieran información de los mismos. Esto resultó en que se usase la figura de la participación, mediante la '*unión a empresa criminal'*, como un tipo de concepto de conspiración-complicidad, en lugar de utilizar la figura de la responsabilidad del superior.[141]

---

[139] Lippman M.R, "*The Development and Scope of the Superior Orders Defense",* Leiden Journal of International Law, Nº 13, p 139-170.
[140] *Supra Nº 13, p 124.*
[141] Idem.

Además de lo anterior, el tribunal aplicó el criterio de la modalidad activa en la responsabilidad del superior, por ejemplo: la comisión de crímenes en las imputaciones de algunos militares de alto rango o administradores de los territorios ocupados. En el caso de Kalterbrunner, el tribunal indicó:

> *"Durante el periodo en el cual Kalterbrunner fue la cabeza de las RSHA (Reichssicherheit-hauptamt, Oficina Central de Seguridad del Reich), la Gestapo y las SD (Sicherheits-dienst, Servicio de Seguridad), en los territorios ocupados siguieron asesinando e infringiendo un trato denigrante a la población, usando métodos que incluían la tortura y el confinamiento en campos de concentración, usualmente bajo las órdenes de Kalterbrunner, quien firmaba las mismas".*[142]

En el caso de Rosenberg, quien fuese el Ministro del Reich para los Territorios Ocupados del Este, el tribunal determinó:

> *"Rosenberg tenía conocimiento de los tratos inhumanos y el terror al que fue sometida la población del Este de Europa. Él llegó a señalar que las normas de la Haya para la Guerra en Tierra no eran aplicables en los Territorios Ocupados del Este. Rosenberg tenía conocimiento de los hechos y tuvo una participación activa al saquear la materia prima y los productos alimenticios de los territorios del Este, para ser enviados a Alemania. Él señaló que alimentar al pueblo alemán era una necesidad primaria antes de satisfacer la lista de solicitudes provenientes del Este y que, por lo tanto, los soviéticos sufrirían. Sus directrices promovieron la segregación de los judíos, recientemente en guetos (…), él concedió a sus administradores civiles cuotas de*

[142] Friedman, *The Law of War. A documentary History*. Vol II, Random House. New York. 1972, p 979.

> *esclavos para ser enviados al Reich. Su firma de aprobación aparece en la orden fechada el 14 de junio de 1994, en algunas ocasiones Rosenberg objetó los excesos y las atrocidades cometidas por sus subordinados (…) pero esos excesos continuaron y él se mantuvo ejerciendo su posición hasta el final".*[143]

Rosenberg fue sentenciado culpable por ordenar y participar activamente en la comisión de los crímenes. Se ha indicado que el caso de Rosenberg demuestra lo que podría denominarse como un tipo de *responsabilidad del superior*, que se puede llamar *responsabilidad del superior activa,* y se debería distinguir de la *responsabilidad superior pasiva,* esta última definible como el uso correcto de lo que debe entenderse como responsabilidad del superior.[144] Por su parte, destaca el autor Friedman que en el caso en contra de Frick (primer Ministro de Interior y el último protector del *Reich* para Bohemia y Moravia) se asentó un fuerte precedente de responsabilidad del superior, descrito en el siguiente párrafo:

> *"Durante la guerra, la eutanasia era practicada, descrita en este fallo, en las casas de cuidado, hospitales y ancianatos, localizadas en la jurisdicción de Frick. Él tenía conocimiento de que personas con problemas psiquiátricos, enfermos, personas mayores, denominados como 'comedores inútiles', fueron sistemáticamente asesinados. Las quejas de estos asesinatos llegaron a ser conocidas por él, no obstante, él no hizo nada para detenerlas".*[145] *(Itálicas usadas en la sentencia* original)

[143] Ibídem p 982.
[144] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 125.
[145] Friedman, *The Law of War. A documentary History*. Vol II, Random House. New York. 1972, p 983.

Como bien se ha señalado, los hallazgos realizados por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg (TMI) estuvieron principalmente relacionados con la *responsabilidad participativa* y la *forma activa de la responsabilidad del superior*. La primera se aplicaba a los representantes del gobierno mientras que la segunda se aplicaba a los militares de alto rango y a los administradores civiles.[146] Además, se puede agregar lo indicado por Cryer, que el Tribunal de Núremberg actuó coordinadamente bajo los dictámenes de la Declaración de Moscú, en la cual se solicitaba castigar directamente a los principales responsables de los crímenes cometidos durante la II Guerra Mundial, dejando los menos importantes a la jurisdicción local.[147] Finalmente, se puede destacar que entre las principales críticas en contra de los juicios celebrados en Núremberg y Tokio resaltan:1) la ausencia de un cuerpo de leyes preexistente de carácter penal internacional aplicable, 2) la carencia de tribunales ad hoc creados con las garantías e imparcialidad indispensables para que las sentencias que dicten tengan el respaldo moral de la conciencia universal, 3) una garantía suficientemente sólida para los derechos de la defensa.[148]

4.3. Los procedimientos pos-Núremberg

Los Tribunales Militares de los Estados Unidos emanaron sentencias interesantes en materia de responsabilidad, esto bajo el *Control Council Law N.º10* (CCL 10). En el *Hostage Case*[149] y en el *High Command Case,*[150] el

[146] Ibidem.
[147] Esto quedó demostrado en la Alemania posnazi, de conformidad con la Ley de Consejo de Control Nº 10. Cryer, p 41, para más información revisar Official Gazette of the Control Council for Germany, Nº 3, 31 de enero de 1946.
[148] Martínez Viademonte. *Los Criminales de Guerra ante el Derecho Penal y la Política Internacional,* obra citada, p 66.
[149] El caso de *Hostage Case*, conocido oficialmente como *The United States of America v. Wilhelm List, et al*. Se llevó a cabo del 8 de julio de 1947 hasta el 19 de febrero 1948 y fue el séptimo de los doce juicios por crímenes de guerra que las autoridades estadounidenses mantuvieron en sus zonas ocupadas en Alemania, se llevaron también en Núremberg después del final de la Segunda Guerra Mundial. Este caso también es conocido como el *Southeast Case* debido a que los acusados fueron todos los generales alemanes que lideraron las tropas en el sureste de Europa, durante la Campaña de los Balcanes, en Grecia, Albania y Yugoslavia, los mismos fueron acusados de

tribunal avaló el precedente usado en el caso de Yamashita mediante la adopción del argumento de "*negligencia en el cumplimiento del deber*"(*Dereliction of Duty*); no obstante, aplicaron un estándar más delimitado de 'conocimiento' de los hechos.

En el *Hostage Case*, el general alemán Wilhem List fue culpado penalmente por el asesinato de un gran número de rehenes, el crimen fue cometido por sus subordinados. El tribunal indicó que una posición de mando requiere ciertas responsabilidades de control, esto con relación al área de competencia. En cuanto al aspecto cognitivo, el tribunal indicó que:

> *"El acusado List también indica que él no tenía conocimiento de los numerosos asesinatos de civiles inocentes porque él estaba ausente de su puesto de mando, en donde los reportes llegaron. Un General, Comandante de un Territorio Ocupado, tiene la responsabilidad de mantener la paz y el orden, juzgar los crímenes y proteger la vida y la propiedad dentro del área bajo su responsabilidad (…) Si él falla en requerir u obtener información completa, la negligencia en el deber del cumplimiento, recae sobre él y no puede oponer como defensa su*

---

tomar civiles como rehenes y de los tiroteos desenfrenados hacia los rehenes, actos realizados por las tropas alemanas desde el año 1941.

[150] *High Command Case*, conocido oficialmente como *The United States of America vs. Wilhelm von Leeb, et al.* fue el último de los doce juicios de crímenes de guerra realizado por los estadounidenses. Los acusados en este juicio fueron todos los generales de alto rango de la Wehrmacht alemana (uno era un exalmirante); algunos de ellos habían sido miembros del Alto Mando de las fuerzas militares de la Alemania nazi. Fueron acusados de haber participado en o planeado o facilitado la ejecución de numerosas atrocidades cometidas en los países ocupados por las fuerzas alemanas durante la guerra. Los alemanes se opusieron enérgicamente al juicio, Negando miles de veces los hechos constatados por los jueces estadounidenses, la defensa ensalzó la obediencia a órdenes superiores, y alabaron las cualidades como soldados de los acusados. No obstante, después de la aparición de la República Federal, el canciller Konrad Adenauer y el Bundestag pesó en favor de los acusados. Bajo presiones intensas, realizadas por los alemanes en el año 1950, el Alto Comisionado estadounidense John McCloy estableció un panel de revisión, presidido por el juez David Peck de Nueva York y, en su recomendación, redujo las sentencias de tres de los seis acusados. Luego del trabajo burocrático realizado entre comisiones que representaban las fuerzas aliadas y los miembros alemanes, el último de los acusados del Alto Mando fue puesto en libertad en el año 1953.

propia torpeza. (…) Su fallo en determinar estos asesinatos ilegales y tomar los pasos adecuados para prevenir la recurrencia de los mismos constituye una seria violación de la responsabilidad e impone responsabilidad penal". [151]

El tribunal determinó que List falló en obtener información precisa de las atrocidades, las cuales habían sido remitidas a él mediante reporte. Sin embargo, históricamente se ha indicado que los jueces, sin explicación, aplicaron el criterio de 'debería haber conocido' establecido en el caso Yamashita. No obstante, establecieron la responsabilidad sobre las bases de la disponibilidad de información concreta, en vez del criterio de la propagación de la naturaleza de las atrocidades.

El tribunal igualmente indicó:

"La Criminalidad en esta cadena de mando no se fija a cada individuo por sí sola. Debe existir un incumplimiento personal. El cual puede ocurrir cuando el acto es perfectamente unido a él o cuando su falla en supervisar directamente a sus subordinados constituyen negligencia de su parte. En el último supuesto, debe ser una negligencia personal, una acción arbitraria, un descuido inmoral de las acciones llevadas a cabo por sus subordinados degenerando en el consentimiento. Nosotros somos de la opinión, (…) que el comandante ocupado 'debe' tener conocimiento de estas ofensas y consentir, participar o tener la suficiente negligencia criminal en su supervisión y que las ofensas cometidas deben ser evidentemente criminales". [152]

[151] Friedman, *The Law of War. A documentary History*, vol I y II. Random House. New York, 1972, p 1450.
[152] Ibidem, p 1451.

La determinación del control también fue relevante para atribuir la responsabilidad a los superiores no militares en el *Pohl Case*[153] y el *Medical Case*[154]. En el juicio Pohl, el acusado Mummenthey era un oficial de las Waffen SS que, a su vez, administraba su propio negocio, cuyos trabajadores eran prisioneros de los campos de concentración. Mummenthey fue hallado culpable por los maltratos que los guardias del campo de concentración infligieron a los prisioneros, por estar ellos bajo su control. El tribunal declaró que él, como oficial de las SS, 'debía tener conocimiento' del maltrato;

> *"Si los excesos ocurren en la industria que estaba bajo su control, él estaba en posición no sólo de conocerlos, sino de hacer algo. De vez en cuando, él atendía reuniones con los comandantes del campo de concentración donde se chequeaban todos los ítems pertinentes a la rutina del campo de concentración, como por ejemplo la asignación de trabajo, raciones de comida, ropa, tratamiento de prisioneros, penas, etc.". [155]*

[153] *Pohl Case*, nombre oficial *The United States of America vs. Oswald Pohl, et al.*, fue el cuarto de los doce juicios por crímenes de guerra. El juicio buscaba juzgar a la administración alemana nazi de la "Solución Final". En el caso Pohl, SS- Obergruppenführer Oswald Pohl y otros 17 oficiales de las SS empleados por el Departamento de la SS Economía y Administración llamados WVHA (SS- Wirtschafts - Verwaltungshauptamt), fueron juzgados por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos durante la época del régimen nazi. La acusación principal contra ellos fue su participación activa en la administración y de la "Solución Final". El WVHA era la oficina del gobierno nazi que administraba los campos de concentración y exterminio.

[154] También conocido como *Doctors' trial* y oficialmente denominado *The United States of America vs. Karl Brandt, et al.*, fue el primero de los 12 juicios llevados a cabo por autoridades estadounidenses después de los juicios de Núremberg. Veinte (20) de los veintitrés (23) acusados eran médicos (Viktor Brack, Rudolf Brandt y Wolfram Sievers eran oficiales nazis), quienes fueron acusados de haber participado en la realización de experimentos en humanos y el asesinato en masa bajo el disfraz de la eutanasia. Josef Mengele, uno de los médicos líderes nazis, logró escaparse. De los 23 acusados, siete fueron absueltos y siete recibieron la pena de muerte; el resto recibió penas de prisión, que iban desde 10 años a cadena perpetua. Se ha señalado que la diferencia en las penas, específicamente entre recibir una pena de prisión y la pena de muerte, residía en la pertenencia a las SS, "una organización declarada criminal por la sentencia del Tribunal Militar Internacional "

[155] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 126.

En el *Medical Case*, tanto militares como doctores fueron juzgados por haber realizado experimentos médicos a los prisioneros recluidos en los campos de concentración de Dachau, Buchenwald y Ravensbrueck.

El tribunal atribuyó la responsabilidad con base en la *responsabilidad del superior*, a pesar de que no la invocó formalmente como tal. Este es el caso del acusado Brandt,[156] quien tenía la obligación de investigar los experimentos médicos y, a su vez, era responsable por haber fallado en su obligación de intervenir. El tribunal dictaminó:

> *"En el campo médico, Karl Brandt[157] tenía un alto rango, dependiendo directamente de Hitler. Él estaba en la posición de intervenir con autoridad en todos los aspectos médicos; por lo que se aprecia, parece que tal era su 'deber positivo' (…) Ocupando dicha posición y siendo un fisiatra de habilidad y experiencia él hizo y asistió tales crímenes, el deber reposaba sobre él para hacer una adecuada investigación relacionada a los experimentos médicos de los cuales él había tenido conocimiento (…)".*[158]

En relación con el acusado Schroder, el tribunal estableció la existencia de una obligación positiva para prevenir o intervenir:

> *"como se ha señalado en esta sentencia, la ley de guerra impone en los oficiales militares en una posición de mando, una responsabilidad afirmativa para tomar los pasos que estén dentro de sus posibilidades,*

[156] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 127.
[157] Karl Brandt era personal médico de Adolf Hitler; Gruppenführer de las SS y Generalleutnant (teniente general) en las Waffen SS; comisario del Reich para la Salud y Saneamiento (Reichskommissar für Sanitäts und Gesundheitswesen); y miembro del Consejo de Investigación del Reich (Reichsforschungsrat).
[158] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 128.

para controlar aquellos bajo su mando en la prevención de los actos que pudieran incurrir en la violación de las leyes de guerra".[159]

Como se puede apreciar, el Tribunal Militar de Núremberg retomó lo establecido en el caso de Yamashita. En el caso de *Hostages*, el tribunal se basó en el examen del 'debería haber sabido' mediante la información concreta recibida de los superiores, en vez de considerar el alcance y la naturaleza de las atrocidades. En el caso *High Command*, la Comisión Militar Americana declaró explícitamente que los estándares establecidos en el caso Yamashita eran inaplicables. No obstante, en ambos casos, apeló al caso Yamashita al reconocer "*una obligación afirmativa de parte del Comandante en tomar las medidas necesarias dentro de sus poderes y, en las circunstancias apropiadas, para continuar con la guerra dentro de las limitaciones impuestas por las leyes de guerra*".[160] Otros casos, tratados por el tribunal de Núremberg, extendieron el concepto de la *responsabilidad del superior* a superiores civiles. Por lo tanto, se podría indicar que el Tribunal de Núremberg desarrolló dos aspectos del caso Yamashita: 1) el aspecto cognitivo, y 2) el alcance del concepto.

4.4. El Tribunal Penal Militar Internacional para el Lejano Oriente y su legado: la responsabilidad individual de los superiores

En el año 1942, en el transcurso de la guerra, Estados Unidos realizó varias declaraciones en las que afirmaba la necesidad de juzgar la comisión de los crímenes internacionales realizados por los nazis. No obstante, no fue hasta el año 1943 cuando surgió una importante declaración: la Declaración del Cairo, de fecha 1 de diciembre. En la misma, los Estados Unidos, Reino Unido y China prometían *"to restrain and punish the aggression of Japan and*

[159] *Ibidem.*
[160] *Idem.*

to eject Japan from the territories it had conquered". Posteriormente, representantes de los Estados Unidos debatían el uso de la responsabilidad individual frente a los criminales de guerra. Entonces, el 25 de julio de 1945, los países *ut supra* mencionados, acuerdan los términos en que Japón debía rendirse, bajo la Declaración de Potsdam; en este sentido, el punto más importante fue el que se estableció en el Principio nº 10, el cual indicaba, *"stern Justice shall be meted out to all war criminals including those who have visited cruelties upon our prisoners"*. Finalmente, el 11 de agosto de ese mismo año, Reino Unido, Estados Unidos, China y la Unión Soviética acordaron otorgar los poderes necesarios al general MacArthur, quien era el comandante supremo de las fuerzas aliadas, para tomar todas las medidas necesarias en aras de conseguir tal finalidad.[161] De este modo, el 14 de agosto de 1945, el gobierno japonés acepta la Declaración de Potsdam y firman su rendición el 2 de septiembre de 1945. En fecha 27 diciembre de 1945, los aliados crearon la *Far Eastern Commission (FEC)*, que tenía como misión dar las directrices de la ocupación al Consejo de Aliados; esta Comisión terminó delegando en el general MacArthur la potestad de actuar en nombre de ellos, atribuyéndole -inclusive- los poderes que los aliados tenían conforme al derecho internacional. Es así como el general MacArthur, bajo los poderes otorgados, ordenó la creación del Tribunal de Tokio.[162]

En 1948, después de dos años de investigaciones, el Tribunal de Tokio emitió sus respectivas sentencias en contra de 28 líderes japoneses. Por consiguiente, los miembros del Gabinete de Tokio, los oficiales militares superiores y los oficiales administrativos fueron condenados bajo las figuras

[161] Cryer, Robert. *Obra citada, p 43.*
[162] Ibídem.

de crímenes en contra de la humanidad, en contra de la paz, por asesinato y conspiración.

El Tribunal de Tokio siguió la línea de extender la responsabilidad al personal civil y, en vez de retomar el caso Yamashita, se enfocó en el aspecto operacional de la responsabilidad de los superiores, es decir, en la inacción del superior para actuar o reaccionar anticipadamente; con relación al aspecto funcional, se corroboró la obligación de actuar que poseía la persona.

El tribunal estableció que "*un miembro de un gabinete que en conjunto, como en la de los órganos principales del Gobierno, es responsable del cuidado de los presos no está absuelto de responsabilidad si, teniendo conocimiento de la comisión de los delitos en el sentido ya discutidos, y omitiendo o en su defecto para asegurar la adopción de medidas para prevenir la comisión de esos delitos en el futuro, él opta por continuar como miembro del gabinete. Siendo esta la posición, incluso de un Departamento en el cual, él, dentro de sus responsabilidades, no tiene una interacción directa en el cuidado de los prisioneros. Un miembro del Gabinete puede renunciar si tiene conocimiento del maltrato a los prisioneros y no puede controlar otros futuros, sin embargo, ante estos hechos, si decide seguir siendo miembro del Gabinete, continúa participando en la responsabilidad colectiva de proteger los prisioneros, por lo tanto, asume la responsabilidad de cualquier tipo de maltrato*"[163]. El Tribunal aplicó el criterio de un tipo de responsabilidad colectiva. En este caso, se destaca que la sentencia estableció una equidad entre la responsabilidad política y la responsabilidad criminal.[164]

[163] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 129.
[164] Idem.

En este sentido, se puede traer a colación el *caso de Koiso,*[165] quien fue ministro en dos gabinetes. El tribunal indicó que él tenía conocimiento de los crímenes de guerra que eran cometidos en 'cada escenario de guerra' a través de la información que le fue entregada por el Consejo Supremo para la Dirección de la Guerra, al cual Koiso asistió y en el que tuvo participación. Koiso había requerido, incluso, emitir una directriz a las autoridades competentes para prohibir el maltrato de prisioneros de guerra; sin embargo, permaneció en el cargo por otros seis meses, tiempo durante el cual el trato a los prisioneros e internados no mostró ninguna mejoría. El tribunal lo consideró como un 'descuido deliberado de sus responsabilidades'.

El caso de Hirota es otro ejemplo de una interpretación amplia del concepto *responsabilidad del superior*. En este caso, la responsabilidad le fue atribuida a Hirota*,* quien era ministro de relaciones exteriores*,* conforme a que él confió en las promesas pronunciadas por el ministro de guerra, quien era el responsable de las tropas japonesas en Nanking; el objeto de las promesas era la interrupción inmediata de los crímenes que estaban cometiendo sus tropas, los cuales llegaron a ser conocidos como 'la violación de Nanking'. Sin embargo, a pesar de estas garantías, los crímenes se mantuvieron por al menos un mes más. El tribunal sentenció que Hirota era responsable por el incumplimiento de sus responsabilidades, debía haber actuado de una manera más activa presionando al gabinete para que tomara algún tipo de acción y no conformarse con las promesas realizadas por el ministro de guerra.

[165] Kuniaki Koiso, fue Primer Ministro y el creador del "Consejo Supremo para la dirección de la Guerra", en el año 1944. El Consejo estaba conformado por el llamado "Big Six " -el Primer Ministro, Ministro de Asuntos Exteriores, el Ministro del Ejército, el Ministro de la Marina, el Jefe de Estado Mayor del Ejército y el Jefe de la Armada para el Estado Mayor.

El tribunal sentenció que su omisión generó una negligencia criminal. Cabe resaltar que el tribunal utilizó un criterio de proactividad, pero Hirota no tenía control sobre los que habían cometido el crimen, por ser estos parte de otro ministerio. Además, el Tribunal falló en darle peso a los grados de control, como un requerimiento previo en la atribución de la responsabilidad. Por su parte, Tojo, quien fuese el jefe del Ministerio para la Guerra, primer ministro y ministro del interior, fue encontrado culpable por el maltrato de civiles detenidos y prisioneros de guerra, como consecuencia de su conocimiento sobre las atrocidades cometidas y su inactivad a la hora de tomar una acción efectiva para evitarlo.

Otro caso emblemático, fue el caso del almirante Toyoda, ya que el asunto otorgó más herramientas a la hora de establecer la responsabilidad del superior; en este sentido, el tribunal indicó:

> *"if the accused knew, or should by the exercise of ordinary diligence have learned, of the commission by his subordinates, immediate or otherwise, of the atrocities…or of the existence of a routine which would countenance such, and, by his failure to take any action to punish the perpetrators, permitted the atrocities to continue, he has failed in his performance of his duty as a commander and must be punished".*[166]

Con relación al elemento cognitivo, el tribunal emparejó el estándar de 'debería haber sabido' (*should have known*) con la responsabilidad de actuar. La sala sostuvo que aquellos superiores que tenían la responsabilidad de asegurar el trato apropiado a los prisioneros por parte de sus subalternos, no

[166] War Crimes Tribunal Courthouse. United States v Toyoda. Tokyo-Japan, 06 de septiembre de 1949, (Toyoda Case) p 4998-5091, p 5006.

se podían excusar de su omisión cuando fallaban en tratar de conocer los actos o tratos impartidos, de los cuales los superiores debían haber tenido noción. Sin embargo, en muchos casos, quedó probado que los acusados tenían conocimiento real de los hechos.

La importancia de las sentencias del Tribunal de Tokio radica en la aplicación de la responsabilidad del superior más allá del campo militar, al abarcar a oficiales civiles o jefes políticos. Además, al destacar la posición y obligación de los acusados, el Tribunal de Tokio recalcó la importancia del aspecto funcional y operacional como elementos constitutivos de la responsabilidad del superior, sin subestimar entre estos elementos a la parte cognitiva. No obstante, dichos elementos constituyen al mismo tiempo un punto de debilidad para la corte, debido a que muchas de sus decisiones fueron controversiales. Igualmente, Van Sliedretg ha indicado que la Corte perdió su horizonte al ignorar la falta de control en los crímenes cometidos por los acusados, siendo dicha posición lamentable debido a que esto es de suma importancia al momento de imponer la responsabilidad sobre civiles. Al respecto, el Juez Röling indicó:

> *"Hablando de forma general, un Tribunal debe ser muy cuidadoso en señalar que los oficiales civiles del gobierno son responsables por el comportamiento de la Armada en el campo de batalla".*[167]

De los ejemplos vistos brevemente, se considera que el caso Hirota ha influenciado los casos en materia de responsabilidad hasta la época actual, cuyos debates han girado en torno a determinar la responsabilidad del superior civil en la comisión de crímenes internacionales.

---

[167] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 130.

4.5. La Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas

La Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (*United Nations War Crimes Comission*) tuvo como misión documentar las sentencias emitidas por las cortes militares de los países aliados. Dichas cortes tenían como misión juzgar a los superiores de menor jerarquía. Hay que recordar que tanto el Tribunal de Núremberg como el Tribunal de Tokio tuvieron como responsabilidad juzgar a los criminales de mayor peso en el sistema de represión de los nazis. A su vez, Ambos indica, *grosso modo*, que "*los tribunales consideraron, como un factor fundamental, la posición o el estatus del acusado, a efectos de decidir sobre el grado de responsabilidad criminal, basados sobre la responsabilidad de mando".*[168]

En el *caso* de Franz Schonfeld et al., en que el acusado Harders junto a Schonfeld fueron imputados por el asesinato de ciudadanos estadounidenses, canadienses y personal de la fuerza aérea real en Tilburg, en Holanda, se indicó que:

> *"En el Derecho Británico, una persona puede ser considerada responsable por los crímenes cometidos por otros, si el acusado usa u ordena a sus subalternos a actuar fuera de la ley. Él debería, en tales circunstancias, ser responsable por los crímenes de sus empleados, esté o no presente durante la ejecución de los mismos. La responsabilidad criminal podría también ser consecuencia, en el caso de que una persona ocupe una posición de autoridad, siendo culpable por negligencia; por ejemplo, si Harders había tenido bases sólidas de creer que sus subordinados cometerían crímenes de guerra en contra*

[168] *Ambos, Kai. Obra citada, p* 206.

> *de sus oponentes (…) y en realidad, ellos hicieron eso y él falló en dar todos los pasos razonables para prevenir los mismos".*[169]

De acuerdo con Van Sliedritg, esto demostró la búsqueda de conceptos análogos a los de responsabilidad del superior en el derecho interno. La Corte Británica identificó los *elementos funcionales y operacionales*, más no identificó el elemento cognitivo.

En opinión de Ambos, el caso Abbaye Ardenne, presentado ante una corte militar canadiense, es de especial importancia. El acusado, Kurt Meyer, fue sentenciado por el asesinato de los prisioneros de guerra, cometido por sus subordinados. La sentencia fue dictada sobre las bases de que Meyer sabía de los crímenes debido a que los mismos ocurrieron a cien metros de su oficina. Meyer, sin embargo, indicó que no había tenido conocimiento de los asesinatos y, a pesar de la proximidad, persuadió al tribunal de que no tenía conocimiento de los mismos. El juez indicó que:

> *"Si el acusado (…) consintió tácitamente el asesinato de prisioneros, o de forma voluntaria falló en su deber como Comandante Militar para prevenirlos, o tomar tales acciones, de acuerdo con las circunstancias requeridas, para esforzarse y prevenir el asesinato de los prisioneros, todos estos aspectos fueron asuntos que afectan la pregunta de la responsabilidad del acusado".*[170]

[169] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 131.
[170] Ibídem

Igualmente, Ambos recalca que la comisión consideró que "los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad aún no se encuentran plenamente establecidos".[171]

4.6. Algunos casos emblemáticos en materia de responsabilidad del superior:

4.6.1. La masacre de My Lai

La masacre de My Lai se conoce por los crímenes que cometieron los militares estadounidenses durante la guerra de Vietnam, por lo que la corte marcial estadounidense desarrolló una jurisprudencia llamativa puesto que la corte no estableció la doctrina de la responsabilidad del superior. En el año 1973, el primer teniente William Calley fue sentenciado culpable por el asesinato premeditado de civiles vietnamitas, hombres, mujeres y niños que estaban bajo la custodia de los soldados dirigidos por Calley, en el año 1968, bajo el cargo de dirigir la masacre. En consecuencia, el capitán Ernest Medina, superior inmediato de Calley, fue juzgado por el homicidio involuntario de cien personas.[172] No obstante, el capitán fue absuelto porque alegó falta de conocimiento de los hechos ocurridos. Con relación al planteamiento de si el capitán Medina, como comandante, era personalmente responsable de la masacre, la corte marcial obvió el estándar de Yamashita y creó un estándar de responsabilidad más limitado, que se aplicó, actualmente se conoce como el 'estándar Medina'.

El juez Kenneth Howard instruyó al jurado, como a continuación se lee:

> *"Además, un comandante es también responsable si tiene conocimiento efectivo de que sus tropas, u otras personas sujetas a su*

[171] *Ambos, Kai. Obra citada,* p 206.
[172] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 132.

control, están cometiendo o a punto de cometer un crimen de guerra y él, erradamente, falla en tomar los pasos necesarios y razonables para asegurar el cumplimiento de la ley".[173]

El juez aclaró que la mera presencia en la escena no satisfacía el requerimiento de que el acusado hubiese tenido conocimiento de los crímenes.

La decisión final causó mucho revuelo, considerando que Medina se encontraba presente en el sitio de los hechos y que tenía una estrecha comunicación con Calley, situación que fue muy diferente a lo asentado en el caso de Yamashita, quien no tenía comunicación con sus tropas. De acuerdo al autor David Crowe[174], la interpretación de la figura de responsabilidad del superior, por parte del juez Howard, fue incongruente con el Manual de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, que aplicaba el test del 'debía haber conocido'. Se ha indicado que dicha sentencia obedeció a la simpatía mostrada a los combatientes estadounidenses, por lo que se destaca considerablemente la aptitud de protección hacia los militares americanos, debido a que ningún alto oficial fue juzgado por los hechos ocurridos durante las operaciones militares.

Por su parte, la doctrina de *responsabilidad del superior* se consideró especialmente en el juicio llevado en contra del mayor general Koster, quien era comandante general de la división donde Medina se encontraba

[173] Friedman. *Obra citada,* p 1732.
[174] Crowe, David. *War Crimes, Genocide, and Justice: A Global History*. Palgrave Macmillan, Nueva York, 2014, p 222.

asignado. No obstante, las penas del mayor fueron meramente administrativas.[175]

4.6.2. La Comisión Kahan

La Comisión Kahan (*כהן ועדת*), conocida formalmente como 'La Comisión de Investigación sobre los hechos de los campos de refugiados de Beirut', fue establecida por el gobierno de Israel, el 28 de septiembre de 1982, para investigar la masacre de Sabra y Chatila, realizada desde el 6 al 18 de septiembre de 1982. El concepto de *responsabilidad del superior* jugó un papel crucial en las investigaciones.

La Comisión Kahan fue presidida por el presidente de la Corte Suprema, Yitzhak Kahan. La misma tenía como miembros al juez del Tribunal Supremo, Aharon Barak y al general de división Yona Efrat. La comisión tenía como objetivo realizar advertencias sobre la participación de Israel en la masacre a través de una investigación de:

> *"[A]ll the facts and factors connected with the atrocity carried out by a unit of the Lebanese Forces against the civilian population in the Shatila and Sabra camps".*

Los israelitas, en vez de poner en riesgo sus propias tropas, autorizaron a las fuerzas palestinas a entrar al campo de refugiados Sabra y Chatila, con la intención de descubrir y detener a guerrilleros palestinos para prevenir una escalada de violencia después del asesinato de Bashir Jemayal, líder cristiano de la Falange Libanesa. Los líderes de Israel eran conscientes del deseo de venganza de los falangistas, por lo que les instó a respetar a los

[175] Ver Ambos, Kai, obra citada, p 207 y, Van Sliedregt, E, obra citada p 133.

habitantes civiles; sin embargo, esto no se acató. Los grupos falangistas permitieron el asesinato y masacre de 700 a 800 musulmanes.[176]

Ante estos hechos, el gobierno israelí envió una comisión encabezada por Kaham, presidente de la Corte Suprema de Israel, quien tenía el deber de encontrar a los responsables materiales de dichos crímenes, buscando inclusive entre los líderes políticos y militares. La comisión sostuvo que el Primer Ministro Begin era el culpable de los hechos por haberse confiado de los templados reportes recibidos de la situación existente sin haber continuado su monitoreo.

Igualmente, el Ministro de Defensa Ariel Sharon también fue acusado por no haber anticipado la masacre. La Comisión sostuvo, además, que era deber de Sharon prevenir la entrada de las fuerzas falangistas. El jefe del personal del Ministerio de Defensa fue señalado como culpable por haber aprobado la entrada de las tropas falangistas y por no haber tomado las medidas de vigilancia con relación a los habitantes palestinos. Igualmente, el ministro de relaciones exteriores fue señalado como responsable de los hechos ocurridos, toda vez que ignoró el informe emitido por un ministro, en el cual se advertía del peligro que representaban las fuerzas falangistas. Le señalaron como culpable por su inacción ante los hechos.[177]

Luego de cuatros meses de investigaciones, la comisión llegó a la conclusión que la responsabilidad directa recaía directamente en los falangistas libaneses,[178]liderados por Fadi Frem; por lo tanto, ningún israelí era

---

[176] Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel. Report of the Commission of Inquiry into the Events at the Refugee Camps in Beirut (7 February 1983). Disponible en http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/mfadocuments/yearbook6/pages/104%20report%20of%20the%20commission%20of%20inquiry%20into%20the%20e.aspx

[177] Ibídem

[178] También conocidos como Falanges Libanesas, Falange Libanesa o Kataeb, cuyo partido político pertenece a la derecha política del Líbano y fue fundado en 1936 por Pierre Gemayel.

directamente responsable; sin embargo, se indicó que Israel fue responsable indirectamente. Israel recibió muchos elogios por haber investigado los hechos ocurridos y por haber castigado a altos representantes del gobierno.

Hay que aclarar que la Comisión no era un Tribunal Internacional; no obstante, con sus aportes, se reafirmó la doctrina de la responsabilidad del superior atribuyéndola por igual a civiles y militares. No se requirió el conocimiento de los hechos para generar la responsabilidad.

En función de los visto hasta ahora, se puede indicar que los juicios celebrados con motivo de la culminación de la II Guerra Mundial dibujaron los primeros parámetros de lo que debe conocerse como la responsabilidad de los superiores, que se fue extendiendo poco a poco a los superiores no militares. En *Medical Case* y *Pohl Case*, el concepto de responsabilidad criminal reposó sobra las bases del superior en vez de la responsabilidad de dirigir. En los Tribunales de Tokio y en la Comisión de Kahan se adoptó el criterio de la responsabilidad del superior y se extendió a personal no militar y representantes del gobierno, tal como el caso de los ministros.

Por lo tanto, los aportes realizados durante los juicios de la II Guerra Mundial se pueden indicar a continuación: 1) aspecto funcional, la posición de un superior debe establecer la obligación de actuar; 2) aspecto cognitivo, el superior debe haber conocido *(must have known)* o debería haber conocido *(should have known)* los crímenes cometidos, y 3) aspecto operativo, el superior ha fallado en el cumplimiento de su deber de actuar. Se ha comentado que la disparidad entre los casos discutidos yace en las diferentes interpretaciones que se les han dado a estos tres aspectos y la falta de balance al extralimitarse en su aplicación cuando se atribuye la responsabilidad, basta ver sólo el caso de los estándares de 'debería haber conocido' utilizados en el caso Hostage y la amplia extensión del concepto de conocimiento utilizado en el caso Medina. Además, se deben agregar las

diferentes interpretaciones en relación con los elementos funcionales y operacionales, que resultan en una amplia variación del alcance del concepto de responsabilidad del superior, basta ver las diferencias entre los casos Hirota y Medina. Por lo que en aras de que el concepto de responsabilidad de los superiores sea 'sólido, sofisticado y coherente' en el derecho internacional penal, los tres elementos ya indicados deberían ser acumulativos en su aplicación y deben tener el mismo peso entre ellos. De esta forma, se evita una atribución errada de responsabilidad penal a través de la responsabilidad del superior.

5. La responsabilidad del superior en los tribunales ad hoc

En el desarrollo de las secciones anteriores se observa la evolución del concepto *responsabilidad del superior* desde el caso Yamashita hasta la comisión Kahan. No obstante, toca ahora destacar los avances de los tribunales *ad hoc,* que han realizado un gran trabajo en aras de fortalecerla teoría de la responsabilidad del superior, haciendo posible de esta forma que *superiores militares y líderes políticos*, que hayan dirigido y orquestado actos criminales, sean juzgados, independientemente de su cargo en el campo militar y civil. Por otra parte, más recientemente, los negociadores del Estatuto de la Corte Penal Internacional han considerado los elementos históricos para dejarlos asentados en el artículo 28 del Estatuto. Cabe destacar a pesar de la creación de la CPI, en la actualidad todavía es posible la creación de tribunales *ad hoc* por parte del Consejo de Seguridad, bajo el

Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en especial para aquellos Estados que no son parte del Estatuto de Roma.[179]

Ahora bien, no se puede dejar de lado el trabajo que se ha realizado en materia de codificación para unificar lo que se había adelantado en el derecho internacional penal, codificación que ha sido muy importante para preservar la doctrina de responsabilidad del superior y que la misma estableciese las bases legales para la formación de los tribunales *ad hoc* y de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, antes de comentar los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales mencionados, se procederá a realizar el estudio de las raíces normativas aplicadas por ambos.

5.1. Codificación

El Primer Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra del año 1977 fue el primer tratado que estableció las bases del concepto de responsabilidad del superior. El protocolo criminalizó 'la omisión de actuar', complementando las cuatro convenciones anteriores, que simplemente penalizaban la *responsabilidad superior activa*, por ejemplo, la responsabilidad por ordenar la comisión de los crímenes.

La única prohibición establecida a nivel del tratado, pero no necesariamente punible, fue la omisión de actuar, que la califica como una violación seria, la

[179] Recientemente se puede revisar el caso del Tribunal Especial para el Libano, el cual fue creado bajo una resolución del Consejo de Seuridad nº 1664, de fecha 29 de marzo de 2006 y actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Posteriormente, el Consejo de Seguridad ratificó el acuerdo alcanzado por el gobierno libanes y las Naciones, en fecha 30 de mayo de 2007, bajo la resolución nº 1757. El Tribunal tiene como principal misión juzgar a los máximos líderes que planificaron y ejecutaron el asesinato del Primer Ministro libanes Rafic Hariri. El Libano no es Estado parte de la CPI. Tribunal Especial para el Libano. About the Tribunal. Disponible en: http://www.un.org/apps/news/infocus/lebanon/tribunal/
En la actualidad 124 países forman parte de la Corte Penal Internacional de los 193 países oficialmente reconocidos por las Naciones Unidas. ONU. Información General. Disponible en: http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html

cual se encuentra establecida en el artículo 13 de la Tercera Convención de Ginebra, en cuanto al trato debido a los prisioneros de guerra, indica:

> *"(…) Está prohibido y será considerado como infracción grave contra el presente Convenio, todo acto ilícito o toda omisión ilícita por parte de la Potencia detenedora, que comporte la muerte o ponga en grave peligro la salud de un prisionero de guerra en su poder (…)"*

Al momento de preparar el borrador del artículo 86 del Protocolo Adicional, la Conferencia Diplomática trató de codificar el derecho consuetudinario internacional existente a esa fecha, relacionado con la responsabilidad del superior, lo que resultó difícil de conseguir considerando la falta de uniformidad en la doctrina y en la jurisprudencia. Tomando como referencia tales hechos, la provisión se puede tener como meritoria por haber incorporado los principios fundamentales de la responsabilidad del superior.

> *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 y 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.*

El parágrafo N.º 2 contiene el concepto de *responsabilidad del superior*. El comentario en el artículo estipula tres condiciones, que se deben cumplir para satisfacer el criterio de que un superior puede ser responsable por omisión para impedir o reprimir esa infracción.

a) El superior 'debe' ser su superior inmediato.
b) El superior sabía o tenía información, la cual le hubiera permitido concluir que una infracción estaba siendo cometida o estaba por ser cometida.
c) El superior no tomó las medidas establecidas dentro de sus facultades para prevenirla.[180]

Estos elementos se denominaron

a) Elemento funcional.
b) Elemento cognitivo.
c) Elemento operacional.

Los artículos relacionados con la responsabilidad del superior, establecidos en los Estatutos del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda, dibujan lo establecido por el artículo 86.2 del Protocolo Adicional. Las tres condiciones, que surgieron a continuación de la jurisprudencia establecida después de la II Guerra Mundial, han sido identificadas y señaladas por los tribunales *ad hoc*. Hay que destacar que el numeral segundo del artículo 86 también está relacionado con la responsabilidad del superior. La línea contentiva de la mención *haya sido cometida por un*

[180] Pilloud et al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 august 1949*. Nikhoff, Dordrecht. 1987, p 1012-1013.

subordinado demuestra que el artículo 86.2, explícitamente, refiere a una violación de la Convención o del Protocolo Adicional por un subordinado.[181]

La responsabilidad por 'fallar en actuar' sólo se puede establecer si la persona tenía el deber de actuar. El artículo 86.2 del Protocolo Adicional I, por lo tanto, debería ser leído en conjunto con el artículo 87 del mismo protocolo, relacionado con la responsabilidad de los comandantes para prevenir la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados.

> *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 contrario, 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 se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los*

[181] Ambos, Kai, en obra "*The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*". Oxford University Press. Oxford, 2002, p 838.

Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.

Los borradores subsiguientes en materias de responsabilidad del superior se han delineado siguiendo los parámetros establecidos por el Protocolo Adicional. Lo mismo se ve reflejado en lo establecido por la Comisión de Derecho Internacional, la Asociación Internacional de Derecho Penal y por los estatutos de los Tribunales Penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, lo cual se ve a continuación:

Artículo 12, en el Borrador de Código de 1991 de la Comisión de Derecho Internacional (1991)[182]

"*The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had information enabling them to conclude, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the crime*".

El Artículo 7.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para juzgar los crímenes en la antigua Yugoslavia y el artículo 6.3 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda establecen textualmente:

"El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, haya sido cometido por un subordinado, no libera a su superior de su responsabilidad penal 'si

[182] ONU. Draft code of crimes against the peace and security of mankind (Part II)- including the draft statute for an international criminal court http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l459.pdf3

> *sabía o tenía razones para saber' que el 'subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo', y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores*".

El Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional establece en el artículo 6 que:

> "*The fact that a crime against the peace and security of mankind was committed by a subordinate does not relieve his superiors of criminal responsibility, if they knew or had reason to know, in the circumstances at the time, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all necessary measures within their power to prevent or repress the crime*".[183]

De acuerdo con Van Sliedregt, las fórmulas diferentes del aspecto cognitivo o el 'conocimiento, arribas señaladas, no crean estándares diferentes en sustancia. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) utilizó la premisa de 'tenía razones para saber' *(had reason to know),* incorporando el estándar de conocimiento que se encontraba en el borrador del Código de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), el cual derivaba a su vez del artículo 86.2 del Protocolo Adicional y adoptó una escritura más neutral. Teniendo esto en mente, ambos estándares están ahora incorporados en el 'tenía razones para saber' a través de la interpretación judicial. En el caso Čelebići, la Sala de Juicios interpretó que el estándar de 'tenía razones para saber' indicaba que el superior tenía información

[183]ONU. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996. Disponible http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf

disponible que le permitiría saber de las andanzas de sus subordinados. La CDI indicó que los cambios no implicaban diferencias sustantivas:

> "*the phrase 'had reason to know' is taken from the statutes of the ad hoc tribunals and should be understood as having the same meaning as the phrase 'had information enabling them to conclude' which is used in Additional Protocol I".*[184]

En relación con el elemento operacional, en tanto que el artículo 86.2 del Protocolo Adicional establece la existencia de medidas factibles, los estatutos de los tribunales *ad hoc* requieren 'medidas razonables y necesarias'. Por tanto, la palabra 'razonables' no parece ser inherentemente diferente a la palabra 'factible', dicha palabra 'factible', establecida en el artículo 86.2, se debe leer en conjunto con la frase "*que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones*". Esto se puede considerar como una forma para limitar las obligaciones de tomar medidas realistas en las circunstancias del tiempo. Al respecto, la Sala de Juicio, en el caso de Čelebići, indicó:

> "*The trial chamber does no adopt the position taken by the ILC on this point, and finds that the lack of formal legal competence to take the necessary measures to prevent or repress the crime in question does not necessarily preclude the criminal responsibility of the superior".*[185]

Finalmente, En relación con el 'aspecto temporal' de las provisiones *ut supra* señaladas, es importante destacar que a la normativa de responsabilidad del superior, establecida en los estatutos del TPIY y del TPIR, le falta una

---

[184] ONU. Comisión de Derecho Internacional, comentarios al Borrador de Código del año 1996, artículo 2, párrafo 5.

[185] TPIY. The Prosecutor v Delalić et al. ("the Čelebići case"), Sentencia Čelebići, párrafo 393. Disponible en http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf , párrafo 395.

cláusula que indique 'en las circunstancias de ese tiempo'. Esta fórmula es parte de las dos versiones del Proyecto de Código de la Comisión de Derecho Internacional. No obstante, la falta precisa de esta cláusula en el articulado de los estatutos de las cortes *ad hoc* no ha sido limitante en la jurisprudencia, debido a que la Sala de Juicio indicó, en el caso de Čelebići, lo siguiente:

> "*It is the view of the trial Chamber that any evaluation of the action taken by a superior determines whether this duty has been met is inextricably linked to the facts of each particular situation that any attempt to formulate a general standard in abstract would not be meaningful".*[186]

La jurisprudencia relativa al 'control efectivo' y a la 'habilidad material' para prevenir o sancionar crímenes de los Tribunales Penales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda requiere una investigación en concreto.

Un segundo 'aspecto temporal' se relaciona con los crímenes cometidos por los subordinados. En el artículo 7.6 de los estatutos de las cortes *ad hoc*, "*un jefe tiene el deber de intervenir cuando un subordinado está por cometer la infracción o si lo ha hecho", mientras que el artículo 86.2 del Protocolo Adicional, que es reiterado por la Comisión Internacional de Derecho, indica que el superior tiene que intervenir cuando el subordinado "estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción*".[187]

A diferencia de los artículos establecidos por la Comisión de Derecho Internacional, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el

[186] Ibídem, párrafo 394.
[187] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 141.

de Ruanda extienden la responsabilidad del superior al intervenir, inclusive, después de la comisión del crimen, mientras que las anteriores se limitan únicamente a la situación antes y durante la comisión de los crímenes. Ambos indican:

> *"This change affects the actus reus of the offence since the way the superior is supposed to react to a crime depends on the time of its commission; once the crime is committed the issue becomes one of failure to punish".*[188]

No obstante, tal como se presenciará posteriormente, esta visión de los tribunales *ad hoc* trajo como consecuencia que los superiores sean responsables de los crímenes cometidos antes de que asumieran sus cargos.

Hay que indicar que el artículo 86.2 y el artículo 87 del Primer Protocolo Adicional constituyen las bases del concepto moderno de *responsabilidad del superior*, puesto que los mismos han sido replicados y fortalecidos en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, la diferencia se mantiene en relación con el aspecto temporal, debido a que los tribunales *ad hoc* extienden la responsabilidad del superior a la etapa pos-crimen, mediante la penalización en la falta de juzgar a los subalternos que hubiesen cometido algún crimen.[189]

5.2. La jurisprudencia de los tribunales ad hoc

Las atrocidades cometidas durante la guerra en Yugoslavia obligaron a que la Organización de las Naciones Unidas buscara una respuesta contundente

[188] Friedman. *Obra citada,* p 841.
[189] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 142.

a los crímenes cometidos, encontrando sus semejanzas y diferencias en los tribunales antecesores.

En este sentido, la historia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY) comienza con la aparición de constantes denuncias relacionadas con los hechos ocurridos en Yugoslavia. El Consejo de Seguridad se ve obligado a tomar cartas en el asunto, promulgando así la Resolución N.º 764,[190] en la cual se exigía a las partes en conflicto respetar el derecho internacional humanitario. Sin embargo, dicha resolución no fue respetada y el consejo emitió la Resolución N.º 771,[191] en la cual se solicitó, de forma imperiosa a las partes, cesar las violaciones al derecho internacional humanitario, entregando inclusive una lista que especificaba las violaciones ocurridas.

La situación se repitió, lo que obligó al Consejo de Seguridad a emitir nuevas resoluciones, entre ellas la N.º 780,[192] mediante la cual se estableció una comisión de expertos; sin embargo, la comisión no tuvo el efecto esperado por lo que el Consejo de Seguridad ordenó la creación de un Tribunal Penal Internacional. Se instruyó al Secretario General de la ONU la emisión de un informe que indicase la forma más idónea para constituir el tribunal. El secretario verificó la viabilidad de que el mismo fuese implementado por la vía de un tratado multilateral; no obstante, dada la emergencia que se vivía en el territorio y la tardanza a la que se podría ver sometida la creación del tribunal, en tanto y en cuanto los países se decidieran a ratificar o no el mismo, el secretario sugirió su implementación a través del poder conferido al Consejo de Seguridad bajo el Capítulo VII de la Carta de la ONU.[193] Los

[190] ONU. Consejo de Seguridad. Res. Doc. S/RES/764.
[191] ONU. Consejo de Seguridad. Res. Doc. S/RES/771.
[192] ONU. Consejo de Seguridad. Res. Doc S/RES/780.
[193] ONU. Report of the Secretary General Pursuant to Security Council Resolution 808. UN. Doc.S/25704

países miembros de la ONU apoyaron tal decisión en el seno de la Asamblea General y permitieron incluso, en esta vía, la creación del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Además de esto, cabe destacar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional permite las actuaciones del Consejo de Seguridad.

Para el autor Cryer,[194] los orígenes del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia son internacionales ya que lo creó un órgano perteneciente a una organización internacional, bajo los poderes delegados por los Estados miembros de dicha organización, asentados además en un tratado. Por su parte, la legalidad de la creación del TPIR fue mucho menos controversial, puesto que se siguieron los pasos dados en la creación del TPIY; no obstante, países como Brasil y China realizaron sus observaciones en relación con la creación del Tribunal pero votaron a favor de su creación.[195] Finalmente, se puede indicar que la creación de los tribunales *ad hoc* fue un gran aporte para la búsqueda de la justicia internacional porque los mismos tenían como misión juzgar la comisión de crímenes internacionales en conflictos y situaciones específicas. En el marco de estos tribunales, se hará mención en la jurisprudencia más oportuna en el objeto del tema de investigación.

Por lo tanto, es necesario comenzar con el *caso Delalic et al.,*[196] también conocido como el *caso Čelebići*, considerado un caso emblemático debido a

---

[194] Cryer, Robert. *Obra citada,* p *54.*
[195] Ibídem, p 56.
[196] TPIY. The Prosecutor v. Delalić et al. ("the Čelebići case"), consideró el alcance de la responsabilidad de mando, al concluir que 'tenía razones para saber' (artículo 7.3), lo cual implica que un comandante debe tener "en su posesión información de carácter, que al menos, lo pondría sobre aviso del riesgo de ... la comisión de delitos por los que hubiese la necesidad de realizar una investigación adicional para determinar si ... los delitos fueron cometidos o a punto de ser cometidos por sus subordinados.
El Campo de Čelebići era un campo de prisioneros que funcionó durante la guerra de Bosnia; el mismo fue utilizado por varias unidades del Ministerio Bosnio del Interior (MUP), del Consejo de Defensa Croata (HVO) y más tarde por las Fuerzas de Defensa Territorial (TO). El campamento se encontraba en Čelebići, una aldea en el municipio de

que fue el primero en el que se definieron las bases sólidas en materia de responsabilidad del superior, después de los avances de Núremberg y Tokio. Antes de que el acusado fuera sentenciado por la participación directa bajo la figura establecida en el artículo 7.1 del Estatuto, la Sala de Juicio formuló tres criterios para establecer la responsabilidad, a saber:[197]

1. La existencia de una relación entre un superior y un subordinado (aspecto funcional).
2. El superior sabía o tenía razones para saber que la infracción se iba a realizar o había sido cometida (aspecto cognitivo).
3. El superior falló en tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal y castigar al perpetrador (aspecto operacional).

Tal como se puede observar, este criterio se establece de acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia durante la Segunda Guerra Mundial. El mismo formato quedó asentado en el artículo 28 del Estatuto de Roma. A continuación pasaremos a desarrollar cada uno de ellos:

5.2.1. Elemento funcional: la relación de superior y subordinado

5.2.1.1. Superior:

El tribunal sostuvo, en el caso Čelebići, de acuerdo con el texto del artículo 7.3, que el concepto de superior no está circunscrito estrictamente a los

---

Bosnia central de Konjic. El campamento estuvo operativo de mayo a diciembre de 1992, donde se mantuvieron detenidos a 700 prisioneros de guerra, de origen serbio-bosnio, quienes fueron detenidos durante las operaciones militares desarrolladas con la finalidad de desbloquear rutas de Sarajevo y Mostar, las cuales habían sido bloqueadas anteriormente por las fuerzas serbias De estos 700 prisioneros de guerra, 13 murieron en cautiverio. Se ha indicado que los detenidos en el campamento fueron sometidos a torturas, agresiones sexuales, palizas y otros tipos de tratamientos crueles e inhumanos. Algunos prisioneros fueron asesinados o golpeados hasta la muerte.

[197]TPIY. Sentencia Čelebići, párrafo 346.

superiores militares. El término superior y la afirmación de la responsabilidad individual criminal de presidentes o de altos cargos en el Gobierno, se usó para indicar que la responsabilidad del superior se extiende desde los líderes militares a los líderes políticos y otros superiores no militares en posición de autoridad. Lo mismo quedó establecido en el caso *Prosecutor vs. Milan Martić,*[198] en el que el TPIY indicó:

> *"The tribunal has particularly valid grounds for exercising its jurisdiction over persons which, through their position of political or military authority, are able to order the commission of crimes falling within its competence rationed material or who knowingly refrain from preventing or punishing the perpetrators or such crimes".*[199]

En el caso Radovan Karadžić y Ratko Mladić,[200] la Sala de Juicio sostuvo que la responsabilidad penal debería "*converge upon a political responsibility in the highest sense of the term".*[201] Al mismo tiempo, para mantener el criterio de que el concepto de superiores engloba a los civiles, los jueces en Čelebići indicaron que las bases de dicha afirmación estaban asentadas en el derecho consuetudinario internacional; por lo que, haciendo uso del caso de Hirota y Pohl*,* en la sala de juicios se concluyó que la aplicación de la

[198] Milan Martić fue un político serbio-croata y expresidente de la República no reconocida de Serbia de Krajina. Se desempeñó como un comandante rebelde de alto nivel de las fuerzas serbias en Yugoslavia durante la Guerra de Croacia. Su apodo era *Kninski šerif,* frase que puede ser traducida como el *sheriff de Knin*. El 12 de junio de 2008 la TPIY declaró a Martić culpable por la comisión de crímenes de guerra y fue condenado a 35 años de prisión.

[199] TPIY. Prosecutor vs. Milan Martić, 08 de marzo de 1996 IT-95-11-R61

[200] El 16 de noviembre de 1995, Radovan Karadzic, " Presidente de la República Srpska " y Ratko Mladic, comandante de las VRS, fueron acusados por el TPIY por su presunta responsabilidad directa de las atrocidades cometidas en julio de 1995 contra la población bosnia musulmán de Srebrenica. En julio de 2010, Karadžić fue acusado de 11 cargos de genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

[201] TPIY. Prosecutor v. Karadžić and Mladić. Review of Indictment Pursuant to Rule 61, Case Nº IT-95-5-R61, IT 95-18-R61. 11 de julio de 1996, párrafo 41.

responsabilidad del superior se extiende a las personas que ostentan poder y no son militares necesariamente.[202]

Por su parte, en el TPIR, el concepto de responsabilidad del superior se extendió al alto mando del gobierno ruandés. En consecuencia, los políticos locales, como prefectos y burgomaestres, e inclusive hombres de finanzas, fueron juzgados por crímenes de genocidio ya que contribuyeron en la comisión de dichos crímenes. Igualmente, en el caso Kayishema y Ruzindana,[203] el TPIR indicó que el concepto del superior englobaba a líderes políticos y otros superiores civiles, en tanto que los mismos tengan una posición de autoridad.[204]

5.2.1.2. Jefes:

El TPIR sostuvo que el concepto de responsabilidad del superior abarcaba a los líderes políticos y a otro tipo de superiores civiles, siempre y cuando asumiesen posiciones de autoridad. A diferencia de la Sala de Juicio, en el caso Akayesu se mantuvo que *"the application of criminal responsibility to those civilians who wield the requisite authority is not a contentious one".*

---

[202] TPIY. Sentencia Čelebići, párrafo 490.

[203] TPIR. *The Prosecutor vs. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*. Kayishema, durante la masacre de Ruanda, como prefecto de Kibuye, ordenó bloqueos a las carreteras, causando que los tutsis fueran masacrados, entre los actos cometidos se cuentan mutilaciones, violaciones y asesinatos. Además, ordenó eliminar los tutsis que estuviesen refugiados en sitios seguros, cifra que fluctuaba entre 17.000 a 40.000 refugiados. Por su parte, Ruzindana era conocido como un hombre de negocios, quien jugó un papel preponderante en el exterminio sistemático de los tutsis que habían buscado refugio en la región Bisesero situada en la prefectura de Kibuye. Las masacres en la región Bisesero se prolongaron durante meses, de abril a junio de 1994, y dio lugar a decenas de miles de muertes. En otros lugares, tanto Ruzindana como Clemente Kayishema escoltaron unidades de la gendarmería y de la policía comunitaria, así como la milicia Interahamwe y civiles armados en la región Bisesero y ordenaron atacar a los tutsis que se habían refugiado en ese sitio. Ambos tomaron parte y alentó a otros a llevar a cabo los asesinatos en masa. Ruzindana habría ofrecido una recompensa monetaria por la cabeza cortada o la tarjeta de identidad que se le mostrase de cualquier conocido tutsi asesinado. Para mayor información revisar Trial, Track Impunity Always, disponible en http://www.trial-ch.org/en/resources/trial-watch/trial-watch/profiles/profile/51/action/show/controller/Profile.html

[204] TPIY. The Prosecutor v Kayishema and Ruzindana Judgment, para 16. Disponible en http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html

Además, enfatizó que la pregunta crucial no era el estatus civil del acusado sino el grado de autoridad ejercida sobre sus subordinados. Como se desarrolló luego del caso Čelebići, los tribunales a*d hoc* extienden la responsabilidad del superior a civiles y militares.

5.2.1.3. Comando:

De acuerdo con la OTAN, la figura del comandante es *"the authority vested in an individual of the armed forces for the direction, co-ordination, and control of military forces"*[205]. Tal potestad se adquiere *de jure o de facto*, lo cual fue sostenido por la Sala de Juicios en el caso de Čelebići.

La responsabilidad del superior que no puede ser adosada *de jure*, lo puede ser *de facto*, por lo que las posiciones que se logran *de facto* automáticamente acarrean responsabilidad, así no se tenga un nombramiento formal para poseer tal cargo. Dichas figuras surgieron debido a que, en la época de guerra de la antigua Yugoslavia, las estructuras oficiales de control y mando no existían, por lo que los grupos en confrontación fueron conformando líneas de mando *de facto*. La Corte tuvo que realizar un análisis de la situación y revisar la distribución de tareas, el poder de influencia y la capacidad de los imputados para emitir órdenes.

Por otra parte, el TPIR indicó que el control *de facto* o *de jure* se puede combinar en una sola persona, tal como ocurrió en el caso Akayesu,[206] debido a que, como burgomaestre, era la persona con más poder en la comunidad. Su autoridad, subsumida en la misma persona, sobrepasaba la que le había sido otorgada por ley.

[205] Nato. Glossary of Terms and Organisations, AAP-6 (U), 1995.
[206] TPIR. Prosecutor v Jean-Paul Akayesu. Sentencia, párrafp 76.

5.2.1.3.1. Tipos de comando

Tal como vimos, el Tribunal Militar de los Estados Unidos, en el caso *High Command,* estableció que existían diferencias entre el 'comando en campo' y el 'comando ocupacional'. La distinción es similar a la realizada por Bantekas, en la cual dividió el 'comando operacional y ejecutivo' y el 'comando ocupacional'. El autor indica que mientras el comandante de operaciones usualmente está a cargo de grandes operaciones militares, un comandante 'ejecutivo' está envestido con autoridad suprema -por el Estado ocupado- para gobernar en el territorio ocupado.[207]

La diferencia entre la subordinación o el rango no es relevante para generar la responsabilidad del superior en los comandantes ejecutivos. Por tanto, mientras el comandante operacional generalmente sólo es capaz de ejercer su autoridad sobre aquellos que tiene bajo su cargo y control; un comandante ocupacional tiene la obligación de prevenir o castigar la comisión de los crímenes que envuelven a cualquier individuo o fuerzas armadas dentro de su área de control. Por su parte, los casos de Blaškić[208] y Krstić,[209] llevados por el TPIY, fueron algunos de los más recientes en juzgar a los comandantes de operaciones. Un comandante de operaciones requiere un sistema efectivo de reportes que asegure una actualización constante de

[207] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 147.
[208] Tihomir Blaškić fue un oficial del Ejército bosnio-croata, en el año 2000 fue condenado a 45 años de prisión por el TPIY debido a la comisión de crímenes de guerra, esto como parte de la limpieza étnica llevada a cabo en el Valle de Lašva. En 2004, el tribunal no encontró evidencia de su responsabilidad de mando en la comisión de los crímenes por lo que su sentencia fue conmutada a 9 años de prisión. No obstante, la sentencia impartió una estricta visión del criterio de 'debería haber sabido' estándar para comprobar el *mens rea.*

[209] Radislav Krstic fue el comandante adjunto y más tarde jefe del Estado Mayor del Cuerpo de Drina del Ejército de la República Srpska (el ejército serbobosnio). El TPIY lo juzgo por crímenes de guerra, por el asesinato masivo de unos 8.000 bosnios prisioneros de guerra y civiles, todo esto durante la masacre de Srebrenica –que se ha considerado el peor hecho acontecido en Europa luego de la II Guerra Mundial–. Fue sentenciado a 46 años de prisión.

la información. En general, este tipo de comandantes no están investidos con tareas de operaciones, por lo que ejerce funciones tanto operativas como ejecutivas, haciendo que este sistema sea más que necesario.

Una tercera modalidad de comandante, que es una variación del comando de ocupación, es la desarrollada por los tratados internacionales y la jurisprudencia, relativa al cuidado de prisioneros e internos. En el caso del TPIR Kambanda,[210] quien era el Primer Ministro, fue responsable por su inacción en reprimir las masacres que se desarrollaban en Ruanda, de las cuales él había sido informado. Por lo tanto, para evitar una atribución irracional de la responsabilidad del superior, se requiere una capacidad real para actuar y el conocimiento de los hechos, para ser tomado en consideración.[211]

Cabe destacar que, a pesar de las diferencias, no puede entenderse que haya una responsabilidad diferente, independientemente de que esta sea directa o indirecta, ocupacional u operacional. Esto se debe a que la responsabilidad reposa sobre el 'control', el cual se ha convertido en un elemento de peso.

El control es el instrumento que permite establecer la autoridad sobre un subordinado y, a su vez, la atribución de la responsabilidad del superior sobre la premisa de un estándar uniforme.[212]

---

[210] TPIR. The Prosecutor vs Jean Kambanda. Kambanda fue el primer ministro en el gobierno provisional de Ruanda desde el inicio del genocidio de 1994. Ha sido el único jefe de gobierno en declararse culpable de genocidio. Fue sentenciado a cadena perpetua.

[211] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 147.
[212] Íbidem, p 148.

5.2.1.4. Control:

Tener el control significa tener la autoridad efectiva sobre los subordinados. El control requiere la posesión de habilidades materiales para prevenir las infracciones de los subordinados o para castigar las ofensas de estos.

Primero: el control es particularmente relevante para establecer la responsabilidad de aquellos que poseen comando ejecutivo u ocupacional.

Segundo: el control es un instrumento que permite considerar la responsabilidad de un comandante por las unidades u organizaciones que normalmente no están bajo su mando.

Tercero: el concepto de control es la clave para establecer el alcance, de la responsabilidad *de facto*, de civiles en posiciones de mando. Esto pasó en el caso Pohl, el acusado era Mummenthey, un hombre de negocios dedicado a la industria, quien empleaba trabajadores de los campos de concentración. Al respecto, en el caso Čelebići, el tribunal indicó que para establecer la responsabilidad en civiles 'el elemento del control es vital'.

En el caso Kayishema y Ruzindan,[213] la Sala de Juicio acogió el criterio adoptado en el caso de Čelebići, el cual indicaba que el poder de control real sobre los subordinados es una forma de imponer la responsabilidad del superior a los civiles. La Sala interpretó que la esencia del control se basa en el 'poder de influencia'.

La Sala de Apelaciones dictaminó que la 'influencia sustancial' no es un elemento para construir la responsabilidad del superior, no únicamente por el uso del concepto de responsabilidad del superior sino por una razón de

[213] TPIR. Kayishema and Ruzindana. Sentencia, párrafo 217.

principios. La naturaleza del concepto de responsabilidad del superior depende de la relación entre los superiores y los subordinados. Dicha relación se debe basar en los elementos de mando y control y no en la influencia. De acuerdo con su visión, la complicidad se debe construir como una responsabilidad participativa o responsabilidad por complicidad. Por lo tanto, para el autor, el control va más allá del concepto de 'ser temido por los subalternos o por ejercer presión psicológica sobre ellos'. Al respecto, en el caso Čelebići*,* la Sala de Apelaciones indicó que el temor no es un indicativo de influencia o una evidencia de control.[214]

Por tal razón, se necesita una obligación para que el superior pueda actuar cuando aquellos bajo su mando, *de jure o de facto,* cometen, o están a punto de cometer, un hecho criminal. En Čelebići*,* el TPIY determinó que la clave, en este concepto de superioridad, es el control.

5.2.1.5. Comando y control

El comando y el control son inseparables, por lo que para poder juzgar a alguien como responsable se necesita que ambos elementos se reúnan en una misma persona, esto aplica a los dos tipos de comando, tanto *de facto* como *de jure*. El mando es un requisito previo para la responsabilidad criminal, en tanto que el control determina el grado de responsabilidad; desde esta premisa, la comandancia necesita ser ejercida a través del control. Esto debe ocurrir para que una persona se pueda tener como responsable; por lo tanto, se podría concluir que necesita establecerse la relación superior-subordinado antes de que un superior pueda ser responsable penalmente por los actos de los subordinados.[215] Esta posición

[214] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 150.
[215] Ibídem, p 152

podría llenar el vacío relacionado con el hecho de si un comandante que recién ha asumido su cargo es responsable por los actos cometidos por sus subordinados antes de tomar posesión. A este respecto, se ha indicado que los actos de los subordinados deben ser encubiertos por su superior inmediato. Por este motivo, se debe asumir que desde el momento en que un superior asume un cargo, se adosan automáticamente las figuras de comando y control, así como que dichas figuras existen desde que se establece la relación superior-subordinado. En este punto, sin embargo, la ley penal y la militar pueden tener diferencias porque cuando no hay una falla personal por parte del superior no podría hablarse de responsabilidad penal. En otras palabras, cuando un nuevo superior no tiene relación con los actos cometidos anteriormente por un subalterno y considerando que sólo se puede tener como responsable al superior por su capacidad, este último no puede incurrir, inicialmente, en responsabilidad por un hecho criminal anterior a su jefatura; no obstante, a pesar de que el nuevo superior no debe asumir esa carga criminal, esto no desestima que este pueda aplicar alguna medida disciplinaria militar a sus subordinados.

En el caso Hadžihasanović,[216] llevado por el TPIY, el fiscal sostuvo que todo comandante que asumiese la jefatura de una unidad y supiese que esta había cometido crímenes antes de la toma de poder, pero aun así no realizase ninguna acción, podría tener responsabilidad penal bajo el artículo 7.3 del Estatuto. Por su parte, la defensa indicó que esto no debía sostenerse porque el control debía ser en el tiempo en que se cometieron los

[216] TPIY. *Prosecutor vs. Hadzihasanović et al*. Enver Hadzihasanović fue un exgeneral del Ejército de la República de Bosnia y Herzegovina. Fue encontrado culpable por no haber impedido la muerte de un prisionero de guerra debido a los tratos crueles e inhumanos a los que fue sometido. Esta sentencia se logró bajo la figura de la responsabilidad penal del superior, fue sentenciado a cinco años de prisión. Posteriormente, la defensa apeló la sentencia de primera instancia y logró la libertad provisional del acusado. En el año 2008, la Sala de Apelaciones redujo la sentencia a 3 años y medio.

hechos; no obstante, la Sala de Asuntos Preliminares aceptó la visión del Fiscal con algo de recelo.

El comando y el control no pueden incurrir independientemente uno del otro en la responsabilidad. Sólo la ocupación en una cadena de mando no puede generar responsabilidad criminal. Del mismo modo, el control solo no puede, por sí mismo, generar ni la responsabilidad de un superior, ni responsabilidad por comando. Se ha indicado que, aunque actualmente los conflictos suelen ser internos y se caracterizan por la ruptura del orden legal, en el caso de los conflictos en la antigua Yugoslavia y Ruanda, se ha demostrado que las estructuras de mando a veces no son las que pueden apreciar el público, por lo que se hace necesario determinar el alcance del concepto de 'control' para establecer las líneas de *facto y de jure.*[217]

5.2.1.6. La evidencia en los casos de comando y control de facto

En la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se evidencia que el establecimiento de las estructuras *de facto* de los comandos, en ausencia de los comandos *de jure,* requiere un análisis de distribución de las tareas dentro de las unidades de combate o de los prisioneros en los campos. Esta situación quedó reflejada en el caso de Nikolić*,* quien fue el comandante del campo de prisioneros de Susica. Nikolić era quien ejecutaba o encauzaba todas las decisiones relacionadas con los prisioneros, para que las mismas se implementaran.[218]

[217] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 154.
[218] TPIY. Prosecutor v *Nikolić. Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 october 1995. Case No. IT-94-2-R61, para. 24.*

En el *caso* Furundzija,[219] los detenidos declararon que se referían a él como el 'j*efe*' y, a su vez, que él estaba a cargo de los interrogatorios de los prisioneros. No obstante, en el caso Čelebići se estableció que ser llamado comandante o jefe no era suficiente para inferir una relación de subordinados. Debe prevalecer una autoridad superior en la institución y sobre su personal.[220]

5.2.1.7. Cadenas paralelas de mando y delegación

Las fuerzas para el mantenimiento de la paz, y otras fuerzas multinacionales, a menudo operan bajo cadenas de mando paralelas, tanto a nivel nacional como internacional, inclusive cuando están vinculadas a fuerzas multinacionales. Esto frecuentemente se relaciona con la distinción entre comando operacional y administrativo. Una cadena paralela de comando no debería bajar la vigilancia de un comandante.[221]

No obstante, de acuerdo con el autor Parks, la falta de comando y control no es una excusa para no tomar todas las acciones necesarias que eviten la comisión de crímenes de guerra por parte de los subordinados, inclusive si estos están bajo el control de otro superior. El TPIY respalda esta visión y fortalece el concepto de 'control efectivo', al obligar al superior a permanecer activo en su supervisión. Sobre las bases de 'control efectivo', un superior se puede tener como responsable de aquellos que no están directamente bajo su mando, tal como fue reconocido en el caso Blaškić.

---

[219] TPIY. *Prosecutor v. Furundžija*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 2002, 121 International Law Reports 213 (2002). El caso de Furundžija fue el primer caso del TPIY que se refería exclusivamente a los cargos por violación. Furundžija fue un bosnio-croata, quien fungió como comandante de una milicia local conocida como T*he Jokers*, que participó en la limpieza étnica en el valle. Furundžija fue encontrado culpable por su responsabilidad penal individual.

[220] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 155. Los detalles pueden ser vistos en el caso Čelebići, sentencia, párrafo 763.
[221] Íbidem, p 156.

Hay que tener claro que, bajo la premisa de Yamashita, la delegación de mando no es *per se* delegación de la responsabilidad de su cargo.

5.2.2. Elemento cognitivo: los estándares del conocimiento

En la jurisprudencia desarrollada después de la II Guerra Mundial, y de lo establecido en los estatutos para el TPIY y el TPIR, se ha buscado establecer los límites del 'sabía o tenía razones para conocer' (*knew o had reason to know*) de acuerdo con el derecho consuetudinario. En el caso del TPIY, la discusión giró en torno a los casos Čelebići y Blaškić. En el caso Čelebići se rechazó el estándar 'debiera haber sabido' *(should have known)* y se introdujo el estándar de negligencia. Sin embargo, en el caso Blaškić se restableció el estándar 'debía saber', puesto que el mismo se encuentra codificado en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

5.2.2.1. Conocimiento:

Las salas de juicios han aprobado que para demostrar el estándar de 'knew' se debe presentar la *evidencia directa* y la *evidencia circunstancial*. El Fiscal, en el caso Čelebići indicó que el conocimiento se puede presumir cuando los crímenes son de notoriedad pública, numerosos y ocurren durante un período prolongado o en una amplia extensión geográfica; sin embargo, su argumentación no fue aceptada por el tribunal, debido a que la sala de Juicios precisó que esa presunción tan amplia no se podía aprobar, de manera que usó una lista de indicios, realizada por la comisión de expertos, para determinar, mediante el uso de la evidencia circunstancial, si el superior tenía conocimiento de los hechos realizados por sus subordinados. En el caso Aleksovski, el tribunal indicó que la posición de un superior puede ser indicativa de tener conocimiento.

5.2.2.1.1. Tenía razones para saber

En la segunda parte de los artículos 6 y 7 de los estatutos del TPIR/TPIY aparece la cláusula 'tenía razones para saber (*had reason to know*), que se basa en los artículos 86 y 87 del Primer Protocolo Adicional, tal como se explicó *ut supra*. La sala de juicios en el caso Čelebići interpretó el *"had reason to know",*[222] mediante las siguientes palabras:

> *" (…) a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates. This information needs not to be such that it by itself was sufficient to compel the conclusion of the existence of such crimes (…)".*

Sin embargo, en el caso Blaškić la sala se apartó de dicho criterio y se incorporó el criterio del "*should have known*" al elemento subjetivo (*mental element*), establecido en el Estatuto. La sala usó las mismas inconsistencias usadas en los juicios de la II Guerra Mundial, al indicar, en el caso Blaškić, que el elemento cognitivo o *mens rea* del artículo 7.3 del estatuto del TPY es uno de negligencia criminal, basado en la negligencia del cumplimiento del deber. Por su parte, la sala de apelaciones en el caso Čelebići rehusó tácitamente el test de Blaškić, mediante la aceptación del estándar 'tenía razones para saber'.[223]

[222] TPIY. Sentencia Čelebići, párrafo 392, referring to CCDH/I/SR.61, in Official Records, Vol. IX, p 278, párrafos 56-57.
[223] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 160.

5.2.2.1.2. Interpretaciones diferentes

En relación con este apartado, es preciso indicar que se pueden realizar tres interpretaciones diferentes entre las sentencias de Čelebići y Blaškić, a saber:

1. El protocolo adicional no tenía como intención cambiar la costumbre en relación con el concepto de responsabilidad de mando,[224] lo cual fue aceptado en la sentencia de Čelebići.
2. La segunda observación gira en torno al deber de la responsabilidad de mando. La diferencia radica en que, en el caso de Čelebići, no se penaliza la negligencia en el cumplimiento de obtener conocimiento, mientras que en el caso Blaškić sí lo hace.
3. La tercera diferencia reposa sobre el aspecto de las evidencias. Cuando el Tribunal enfrentaba a un comandante, que declaraba que no tenía conocimiento de los hechos, el test Čelebići requería que el Fiscal demostrase que el comandante realmente sabía o debía saber los crímenes de sus subordinados, o que tenía razones para saber; en cualquier caso, el conocimiento se debía establecer. Entre tanto, en el test del caso Blaškić, existe una diferencia en este punto, al indicar que es irrelevante si el superior realmente conocía los crímenes o, al menos, "*debía tener razones para saber' de ellos; esto fue consecuencia de que se usó un criterio más subjetivo basado en hechos externos, resultando que este test fuese menos objetivo que el aplicado en el caso Čelebići. En Čelebići, la Sala de Apelaciones atribuyó el concepto dado por la sala de juicios relacionada al 'had reason to know'; significa que "un superior será responsable penalmente, a través de los principios de responsabilidad del superior, solo si la información estaba disponible, lo*

[224] Ibidem, p 161.

cual lo hubiese colocado en aviso de las ofensas cometidas por los subordinados". [225]

El concepto *información disponible* se definió como aquella información general que pudiese poner al supervisor en sobre aviso de algo que ocurriría o que pudiese ocurrir, por ejemplo: 1) la situación táctica, 2) el nivel de entrenamiento y la instrucción de los subordinados y sus tropas, y 3) los rasgos de carácter de los miembros que conforman sus tropas. Hay que destacar que la información no tiene que estar necesariamente vinculada con un hecho ilegal, puede ser información relativa al carácter violento o inestable, así sea información relativa a problemas de bebida de los subalternos.[226]

Este conocimiento previo permite 'determinar y anticipar' si el subordinado puede desarrollar una conducta criminal. Un precedente similar se estableció en el caso Blaškić, a pesar de que no se pudo probar que él había ordenado la comisión de dichos crímenes con intención. Se le culpó mediante el uso de un *dolo eventual,* debido a que cuando él instruyó a sus subordinados a atacar, Blaškić debió haber considerado los crímenes que sus subordinados habían cometido previamente.

5.2.2.1.3. Un estándar uniforme para ambos tribunales

En el caso Akayesu,[227] el TPIR desarrolló la temática de la responsabilidad del superior por primera vez. En el proceso argumentativo para rechazar la

[225] TPIY. *Blaškić, Sentencia, párrafo 474.*
[226] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 163.
[227] Jean-Paul Akayesu fue el alcalde de la comunidad de Taba desde abril de 1993 hasta junio de 1994. Su participación en el genocidio ruandés se destacó debido a que permitió el asesinato de tutsis residentes en su comunidad. Su papel fue tan activo que llegó incluso a supervisar la realización de la masacre; llegando al extremo de entregar una lista a los otros hutus para que realizasen asesinatos casa por casa de los tutsis. Akayesu no sólo se abstuvo de detener los asesinatos, sino que supervisó personalmente el asesinato de varios tutsis. [1] También dió una lista de muerte a otros hutus y ordenó registros casa por casa para localizar a los miembros de los tutsis.

responsabilidad estricta, la sala de juicios observó que *"it is certainly proper to ensure that there has been malicious intent, or, at least ensure the negligence was so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent".*[228]

En el caso Kayishema y Ruzindana, la sala de juicios no objetó el criterio establecido en el caso Čelebići, por lo que se puede afirmar que acogió como suyo dicho criterio; no obstante, instauró un nuevo estándar de conocimiento para los superiores civiles:

> *"On this issue, the Chamber finds the distinction between military commander and other superiors embodied in the Rome Statute an instructive one… The Trial Chamber agrees with this view insofar that it does not demand a prima facie duty upon a non-military commander to be seized of very activity of all persons under his or her control. In light of the objective of Article 6.3 which is to ascertain the individual criminal responsibility for crimes as serious as genocide, crimes against humanity and violations of Common Article 3 to the Geneva Conventions and additional Protocol II thereto: the Chamber finds that the Prosecution must prove that the accused in this case either knows, or consciously disregarded information which clearly indicated or put him on notice that his subordinates had committed, or where about to commit acts in breach of articles 2 to 4 of this Tribunal's Statute".*[229]

El test aplicado fue diferente y se justifica en el hecho de que el alcance del deber es diferente, resultando que el TPIR utilizó el estándar del artículo 28 (b) (i) y lo incorporó a su propia normativa.

---

[228] TPIR, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4-T, Sala de Juicios, 01 de septiembre de 1998, párrafo 489.
[229] TPIR. Kayishema and Ruzindana. Sentencia, párrafos 227-228.

5.2.3. Elemento operacional: fallar en prevenir o sancionar

5.2.3.1. Deber de anticipar:

El tercer requerimiento, para establecer la responsabilidad del superior, está relacionado con el 'elemento operacional' y la falla del superior *"to take the necessary and reasonable mesures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof".*[230] Tanto el caso Čelebići como Blaškić coincidieron al indicar que las 'medidas razonables y necesarias' no dependen de la potestad formal y legal para tomarlas sino, al contrario, ambas sentencias indican que la responsabilidad del superior está conectada con la posibilidad para prevenir o sancionar la comisión de actos criminales. Esto se comprueba en la sentencia de Čelebići, que estableció:

> *"The lack of formal legal competence to take the necessary measures to prevent or punish the crime in question does not necessarily preclude the criminal responsibility of the superior".*[231]

En lo que respecta al deber de prevenir, el Tribunal de Núremberg impuso un estándar de 'anticipar' la comisión de los delitos, el cual fue seguido para juzgar a los gobernantes y superiores militares en el Tribunal de Tokio, situación que igualmente fue reproducida en los resultados expuestos por la comisión Kahan. La Sala de Apelaciones, en el caso de Čelebići, impuso también una obligación de anticipar.[232]

[230] TPIY. Estatuto, artículo 7, númeral 3.
[231] TPIY. The Prosecutor v . Delalić et al. ("the Čelebići case"), Čelebići Sentencia, párrafo 346.
[232] Van Sliedregt, E. Obra citada, p 167.

5.2.3.2. Prevenir o sancionar: dos escenarios, un solo superior

En el *obiter dictum* del caso Kordić y Cerkez, la Sala de Juicios estableció la 'obligación de prevenir':

> *"Should be understood as resting on a superior at any stage before the commission of a subordinate crime if he acquires knowledge that such a crime is being prepared or planned, or when he has reasonable grounds to suspect subordinates' crimes".*[233]

En tanto que en relación con el 'deber de sancionar', la Sala estableció:

"The duty to punish naturally arises after a crime has been committed. Persons who assume command after the commission are under the same duty to punish. This duty includes at least the obligation to investigate the crimes to establish the facts and to report them to the competent authorities. If superior does not have the power to sanction himself, civilians superiors would be under similar obligations, depending upon the effective powers exercised and whether they include and ability to require the competent authorities to take action".[234]

En el caso Hadžihasanović, el Comandante Kubura fue hallado culpable por no haber sancionado a sus subordinados por los crímenes cometidos en el período anterior a su toma de posesión del cargo. Siempre y cuando exista

[233] TPIY. Prosecutor v Dario Kordić y Mario Cerkez, Sala de Juicios, sentencia, 26 de febrero de 2001, párrafo 445. Disponible en http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf
[234] Ibídem, para 446.

evidencia que pruebe que Kubura ejercía el control efectivo sobre sus subordinados, puede ser culpable bajo el artículo 7.3 del estatuto del TPY.[235]

Sin embargo, esta posición se ha cuestionado, considerando que los hechos deben haber ocurrido en el tiempo que duró la jefatura del mismo. Esto se debe a que la responsabilidad es la base penal para juzgar a un superior que estaba en posición para prevenir la comisión de las ofensas.

Los señalamientos *ut supra* descritos indican que la responsabilidad del superior podría abarcar incluso los crímenes cometidos antes de asumir la jefatura del cargo, como consecuencia de la inacción del superior luego de que se hubiese enterado de los hechos cometidos anteriormente por sus subordinados. Se puede concluir que, para atribuir la responsabilidad del superior, cuando el elemento cognitivo y operacional se establecen de forma posterior a la comisión del crimen, el elemento funcional debe existir bien tanto durante la comisión de los crímenes, como después de ésta. Esta conexión es necesaria puesto que la relación superior-subordinado necesita estar establecida antes de que el superior sea tenido como responsable, puesto que, de esta forma, tendría sentido el vínculo de responsabilidad del superior, el cual se deriva de la comisión de los crímenes del subordinado.

Así mismo, es oportuno señalar que un superior puede incurrir en la responsabilidad individual por no haber solicitado el castigo de un crimen perpetrado por un subalterno debido a que entre ellos opera algún tipo de complicidad, la cual se configura en dos supuestos, a saber:

a) cuando su falta de castigo viene a raíz de un acuerdo realizado antes o durante la comisión de los crímenes;

[235] TPIY. Prosecutor v Hadžihasanović & Kubura, Sala de Juicios, sentencia, 15 de marzo de 2006, párrafo 201.

b) cuando su falta de castigo puede ser vista como una forma para contribuir a la comisión de crímenes futuros.[236]

5.2.3.3. Clasificación del conflicto:

Comenzaremos esta sección haciendo mención del caso Hadžihasanović, en el cual se le solicitó al Tribunal considerar la naturaleza del conflicto armado. En este sentido, la defensa alegó que la doctrina de responsabilidad del superior no era aplicable a los casos de conflictos armados no internacionales durante el tiempo de la perpetración de los crímenes. El tema no se había desarrollado nunca minuciosamente, por lo que la sala de juicios buscó llenar ese vacío. La sala desarrolló de manera magistral su visión en relación con este señalamiento, y precisó que sobre la base del derecho consuetudinario internacional, se tenía que la responsabilidad del superior ha sido ampliada puesto que se ha adosado a cualquier tipo de violación al derecho internacional humanitario y no únicamente a las violaciones de las normas aplicadas durante los conflictos armados internacionales. Esto quedó asentado en el Estatuto de Roma, ya que él mismo contiene un catálogo de crímenes cometidos en conflictos internos; a saber, los mismos se encuentran establecidos en el artículo 8 (c) y (e).

Se comparte la opinión, en cuanto a que la doctrina de la responsabilidad del superior se extiende a conflictos internos, por cuanto *lex specialis derogat lege generali* ya que es lógico asumir que, igualmente, se extiende a conflictos armados no internacionales o, mejor dicho, a conflictos internos, situación que será posteriormente analizada. En el caso Furundžija, se adoptó la línea de razonamiento con respecto a ayudar o instigar a alguien

[236] Para mayor información ver las sentencias del TPIY, caso Blaškić, párrafo 337 y caso Kordić y Cerkez, párrafo 371.

para la comisión de un crimen. En su sentencia, la Sala de Juicios estableció que todo aquel que participó en la comisión de un crimen, por ejemplo, por haberlo ordenado, es igualmente responsable. La Sala de Juicios no se pronunció sobre la naturaleza del conflicto en el que se cometieron los delitos.[237] Sin embargo, indicó que el test establecido en la decisión del caso de Tadić fue satisfactorio:

> *"An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or Protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State".*[238]

Aunado a lo anterior, al Tribunal se le solicitó que se pronunciase en esa materia en el caso de Aleksovski. La defensa indicó que el conflicto en el cual estaba envuelto su representado era de carácter interno y no internacional; por lo tanto, los avances presentados desde la II Guerra Mundial, en relación con a doctrina de la responsabilidad del superior no eran aplicables a su defendido. La Sala de Juicios rechazó dicho argumento indicando "*que no compartía esa posición*". El Tribunal no hizo énfasis en el punto; sin embargo, indicó: "*any person acting de facto as a superior may be held responsable under Article 7 (3)".*[239]

La sala de juicios consideró que la naturaleza del conflicto, sea interno o internacional, es irrelevante para establecer la responsabilidad del superior. En el caso Krnojelac, este fue culpado sobre las bases del artículo 7 (3) del estatuto del TPIY, por crímenes cometidos durante un conflicto no

[237] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 176.
[238] TPIY. Caso Tadić. Decisión sobre la jurisdicción, párrafo 70.
[239] TIPY. The Prosecutor v Zlatko Aleksovski Judgement, párrafo 74. Disponible en http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf

internacional. No obstante, en el caso Hadžihasanović, el TPIY se pronunció de una forma más clara en relación con este punto; la defensa sostuvo que para el momento del establecimiento del TPIY, en el año 1993, no existían bases doctrinarias que le dieran sustento a la doctrina de responsabilidad del superior en conflictos internos armados; por lo tanto, el artículo 7 (3) violaba el principio de *nullum crimen sine lege*. El tribunal, al momento de emitir su opinión, resumió la historia de la doctrina de la responsabilidad del superior, desde el Código de Lieber hasta el Estatuto de la Corte Penal Internacional, indicando que el concepto formaba parte del derecho internacional consuetudinario, inclusive antes de la conformación del tribunal, y que la responsabilidad del superior aplicaba igualmente en situaciones de paz, así como durante conflictos armados, tanto internos como internacionales. Finalmente, el tribunal dio respuesta a las alegaciones de la defensa, las cuales estaban referidas a la no existencia, en la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, de la doctrina de la responsabilidad del superior:

> *"As the conflicts to which the various international judicial bodies had been established were of an international character, obviously the principle of command responsibility was only used against persons who had acted in such international armed conflicts. (…) The elements elaborated in the case law focused in the duty of commanders, the relationship to the subordinates, and the commanders failure to prevent or punish –none of which include expressly or implicitly any kind of jurisdictional requirement, let alone relevance to the nature of the conflict–and thus, to apply the doctrine developed in relation to international armed conflict to an internal conflict does not disrupt in*

any way the integrity of the maxime of command responsibility".[240]
(Subrayado nuestro)

Compartimos la opinión de que el principio de la responsabilidad del superior tiene sus raíces profundas en el derecho consuetudinario internacional. Igualmente, indica que la clasificación del conflicto podría ser importante para los crímenes subyacentes, pero esto no se puede usar para ir en contra de los principios de la responsabilidad individual o superior. Además, si bien es cierto que el derecho establecido en los tratados no otorga responsabilidad del superior en conflictos armados internos, esto no quiere decir que el mismo no es aplicable en esta clase de conflictos.[241]Igualmente, la defensa sostuvo: "*There is practically no national legislation or military manual touching upon command responsibility, in the context of internal armed conflicts*".[242] Además, la defensa indicó que el concepto *responsabilidad del superior* se reflejaba, a nivel nacional, a través de la responsabilidad por complicidad o mediante una forma separada de omisión, diferenciándose del artículo 7 (3). Por lo tanto, la Sala de Juicios indicó que prácticamente no había una norma en la legislación nacional que encapsulara la responsabilidad del superior en los conflictos armados internos, sin embargo, esto no alteraba su posición de:

"Certainly by and since 1991, command responsibility as a theory of individual criminal responsibility, clearly formed part of customary international law".[243]

[240] TPIY. Caso Hadžihasanović. Decisión, párrafos 9 - 16.
[241] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 178.
[242] TPIY. Caso Hadžihasanović. Decision, párrafo 165.
[243] TPIY. Caso Hadžihasanović. Decision, párrafo 167.

El argumento de que el principio de legalidad es violado con el uso de la teoría de la responsabilidad del superior, por los crímenes cometidos durante conflictos internos, podría ser el más convincente en contra de la aplicación del mismo. Después de todo, los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I (las primeras normas que establecieron la responsabilidad del superior) forman parte del cuerpo de ley que regula los conflictos armados internacionales. Sin embargo, dicho argumento es débil, más aún considerando los cambios que se han ido desarrollando a nivel internacional, por lo que la teoría de la responsabilidad del superior ha evolucionado desde la adopción de los protocolos adicionales de las Convenciones de Ginebra del año 1977. El derecho consuetudinario ha desarrollado una doctrina consistente relacionada con la responsabilidad del superior, la cual aplica a cualquier tipo de conflicto. De esta forma, en el caso de Tadić, la Sala de Apelaciones realizó un importante aporte con relación con el principio de responsabilidad penal individual durante los conflictos internos, consideramos que la misma se debe aceptar como la especialidad a ser aplicada en dichos conflictos.[244]

6. La responsabilidad del superior en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

En el artículo 28, se encuentra establecida la responsabilidad del superior. Comparando dicho artículo con sus predecesores, destacan las innovaciones y algunos puntos sobresalientes, por ejemplo, la distinción entre la responsabilidad *de facto* de los jefes militares en el parágrafo (a) y de los superiores no militares en el parágrafo (b). Igualmente, cabe destacar que el criterio 'debiera haber sabido"' (*should have known*), que no formaba parte

[244] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 179.

de los tribunales *ad hoc*, se encuentra establecido en el parágrafo (a) del mencionado artículo. Se indica, a su vez, que la negligencia puede generar la responsabilidad del superior en militares o cuasi militares.

El elemento objetivo, *actus reus*, del artículo 28[245] contiene una serie de elementos nuevos en comparación con las codificaciones previas:[246]

1. En relación con el 'superior', este término se encuentra establecido en el parágrafo (a) como el 'militar efectivamente actuando' y no especificado en el parágrafo (b). Este último brinda una definición negativa de superior mediante la estipulación que aplica a la 'relación del superior y el subordinado no descrita en el párrafo (a)', por lo que estipula un concepto residual de responsabilidad del superior.
2. Anteriormente, se hacía referencia al nexo entre el jefe y el subordinado. El artículo 28 se refiere a las fuerzas o subordinados bajo su *mando efectivo* o *autoridad* o *control*. Esto, al parecer, se redactó para cubrir las situaciones de subordinación indirecta.

---

[245] Artículo 28: Responsabilidad de los jefes y otros superiores
Además de otras causales de responsabilidad penal, de conformidad con el presente Estatuto, por crímenes de la competencia de la Corte:
a) 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:
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
ii) 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.
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, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:
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;
ii) Los crímenes guardaran relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
iii) 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.

[246] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 143.

3. El 'mando y control' o 'autoridad y control' deben ser efectivos. Este requerimiento ha estado apegado a lo exigido por los tribunales *ad hoc* y constituye las bases de la relación entre cualquier superior y subordinado más allá de los estándares de *jure*.
4. Los crímenes cometidos por inferiores son el resultado de la falla del superior para ejercer el control debido sobre ellos.
5. Las contramedidas son prevenir, reprimir o someter el asunto a las autoridades. Se usa el verbo reprimir, en lugar de sancionar como lo hacían los tribunales *ad hoc* y, se mantiene el artículo 86 del Primer Protocolo Adicional; en tanto que la alternativa de 'someter a las autoridades' no se encontraba prevista en las primeras codificaciones. Al igual que en los tribunales *ad hoc*, la responsabilidad del superior se extiende *posteriores al crimen*.
6. El parágrafo (b) (ii) parece crear un elemento adicional a los requerimientos para la responsabilidad del superior civil: "*Los crímenes guardan relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo*".

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional codificó así una fórmula más detallada para establecer la responsabilidad del superior, estableciendo una lista de alternativas de mando y agregando en su comienzo el texto "*además de otras causales de responsabilidad penal, de conformidad con el presente Estatuto, por crímenes de la competencia de la Corte*", el cual permite que se complementen los distintos tipos de participación establecidos en el artículo 25 (3) sub-parágrafos a-f, por lo cual ambos artículos se deben leer de forma conjunta.

6.1. Elemento funcional: relación superior-subordinado del artículo 28

Durante las negociaciones del Estatuto, la delegación de los Estados Unidos realizó la distinción establecida entre superiores militares y no militares. Tal

división se realizó considerando que, no estaba tan claro, un superior civil tuviese el mismo grado de control que un superior militar, por lo cual era necesaria la división entre ambos tipos de superiores.

Como se ha visto, el concepto de la responsabilidad del superior militar se ha establecido firmemente desde la II Guerra Mundial. Aunado a estos hechos, pareciese que en los juicios subsecuentes a la II Guerra Mundial se constata el uso de la figura de la responsabilidad del superior civil en la jurisprudencia.

En cualquier caso, la responsabilidad de los militares siempre ha tenido una base más sólida en el derecho de los tratados que en la teoría relacionada con la responsabilidad de civiles. Así, el artículo 86 del Protocolo Adicional establece la responsabilidad sobre todos los tipos de superiores, en tanto que el artículo 87 fue impuesto sólo a 'comandantes'. Recientemente, el TPIY ha desarrollado la jurisprudencia que permite afianzar las bases de la responsabilidad de civiles. Todo esto ha resultado en que el artículo 28 del Estatuto de Roma consagre esta separación de responsabilidades. Se podría concluir que, de esta forma, se consagró el 'aspecto horizontal' de la responsabilidad del superior, al indicar que la misma abarca tanto a superiores militares como a civiles.

Ahora bien, corresponde determinar hasta qué nivel, en las líneas de mando, se puede usar la doctrina de la responsabilidad del superior; es decir, desarrollar el 'aspecto vertical' en la aplicación de la misma**.** Se podría iniciar señalando que, en la jurisprudencia internacional, este aspecto no se ha desarrollado del todo. Durante los juicios, los tribunales *ad hoc* han tenido diferentes alcances en relación con varios tipos de superiores, los cuales

van desde ministros hasta generales o comandantes de bajo nivel; en tanto que los actos acusatorios, hoy día, se enfocan en las cabezas más visibles y dejan a las jurisdicciones nacionales los superiores de bajo rango.[247]

Dentro de este orden de ideas, cabe destacar que los fiscales de los tribunales a*d hoc* han encontrado más apoyo, al momento de imputar a los acusados de alto nivel debido a los crímenes cometidos por sus subordinados, bajo el concepto de 'unión a empresa criminal'. Se la ha dado prioridad a esta figura en vez de utilizar la doctrina de la responsabilidad del superior.

El análisis precedente nos permite indicar que el 'aspecto vertical' de la responsabilidad del superior no está limitado únicamente a cierto nivel de mando o autoridad. En síntesis, podríamos indicar que siempre y cuando se conozcan los requerimientos de responsabilidad cualquier superior se puede tener como responsable bajo la doctrina de autoridad del superior.

a) Un comandante militar o una persona que actúa efectivamente como un comandante militar según el artículo 28

El artículo 28 contiene los dos tipos de superiores que se pueden presentar durante el desarrollo de un conflicto armado: *de jure o de facto.* Los comandos *de facto* pueden incluir a: oficiales de la policía que dirigen unidades de comisiones especiales, personas responsables de unidades paramilitares y las personas que han asumido el control *de facto* sobre las fuerzas armadas, policía armada y unidades paramilitares. El elemento de la 'efectividad' es importante toda vez que garantiza la relación de mando, en las autoridades *de facto o de jure,* con los subordinados. Esto es una

[247] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 181.

consecuencia de lo establecido en el caso Čelebići, en el cual se discutió que el concepto de 'control efectivo' gira en torno a la responsabilidad del superior. Ahora bien, surge la duda en el contexto de si un superior político se podría considerar como 'una persona que actúa efectivamente como un comandante militar', bajo el parágrafo (a), u otro superior, bajo el régimen establecido en el parágrafo (b). Hay que considerar que, históricamente, los políticos se han considerado como las mentes maestras, creadores de las grandes tragedias de la humanidad. Esto se puede apreciar en el *"Fuhrerprinzip",* que se utilizó como un argumento de defensa de los acusados en los juicios de Núremberg. En este sentido, los acusados argumentaron que no se les podía culpar de preparar y planificar la guerra porque ellos estaban sometidos totalmente a la dictadura de Hitler.[248]

No obstante, en la historia de la legislación se indica que la frase "actuar efectivamente como un comandante militar", se diseñó para abarcar a todos los señores de la guerra y líderes de las fuerzas armadas no regulares, más que a líderes políticos. De acuerdo con [249]Fenrick, el parágrafo 28 (a) "puede ser llevado a los jefes de Estado y otras figuras de gobierno, siempre y cuando ejerzan un poder de comando". Apoyamos la visión de Fenrick en relación con que un líder político se puede juzgar bajo el parágrafo (a) del artículo 28, debido a que sería insatisfactorio juzgarlos bajo el parágrafo (b), siendo ellos quienes dirigen y de quienes emanan las órdenes.

A juicio de Van Sliedreg,[250] el fiscal del TPIY tuvo problemas en materia probatoria para utilizar el concepto de responsabilidad del superior y terminó usando el concepto de *unión a empresa criminal*. Esto podría evidenciar que

[248] Ibídem
[249] Idem.
[250] Idem.

el concepto de responsabilidad del superior no es suficiente en aras de asentar las bases para culpar a los responsables de crímenes si ostentan posiciones altas en el gobierno, situación que toma más fuerzas cuando estos son los autores intelectuales y los que planifican la comisión de los crímenes.

Tal como se ha venido revisando, el concepto *responsabilidad del superior* otorga las bases para juzgar a este tipo de jerarcas debido a que: a) falla por no actuar, lo cual es una conducta pasiva; b) la culpa por ser actor intelectual amerita una conducta más activa, tal como planificar e instigar los crímenes.[251] Por lo tanto, en el caso de Kordic y Cerkez, se puede evidenciar una razón más sustantiva del porqué el concepto de responsabilidad del superior no sería la figura más apropiada para juzgar a figuras políticas de los crímenes cometidos por los subordinados.

Tales hechos pareciesen indicar que, además del material probatorio, existen razones más sustantivas de por qué la teoría de la responsabilidad del superior no sería la más indicada para juzgar a figuras políticas de alto nivel por los crímenes cometidos por los subordinados. Los superiores políticos de más bajo rango y los superiores civiles, tales como hombres de negocios, se calificarían como superiores no militares y dicho supuesto está amparado bajo el artículo 28 (b) del Estatuto.[252]

b) ¿Comando efectivo y control? o ¿autoridad efectiva y control?

[251] En el caso de Kordic y Cerkez el TPY indicó "where the omissions of an accused in a position of superior authority contribute (for instance by encouraging the perpetrator) to the commission of a crime by a subordinate, the conduct of the superior may constitute a basis for liability under Article 7 (1)."

[252] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 183.

Las frases 'su mando y control efectivo' o 'su autoridad y control efectivo', establecidas en el numeral 1 del artículo 28, se agregaron para asegurar que cualquier tipo de superior establecido *de facto*, que actúe efectivamente como un comandante militar, pueda ser juzgado bajo este parágrafo. Igualmente, una frase similar se repite en el sub-parágrafo (ii): "*bajo su autoridad y control efectivo*". De esta forma, los redactores enfatizaron en que el requisito de control efectivo es particularmente importante en relación con los superiores no militares.

Cabe destacar que no hay una diferencia sustantiva entre 'mando y control' y 'autoridad y control', más bien se indica que el mando está relacionado con los comandantes *de jure* y autoridad con los comandantes *de facto*. Lo mismo se encuentra establecido en el caso de Čelebići.[253]

El control, dentro de un contexto no militar, está más limitado que en el contexto militar, debido a que en este último caso existen cadenas de mando y obediencia. A esto se puede agregar que un superior no militar tiene control de las acciones desarrolladas por sus subordinados en un limitado espacio de tiempo; en tanto que, en el caso de los militares, el control se ejerce a toda hora y en todo momento mientras duren las operaciones militares. A esto se le deben sumar los códigos de conducta que se siguen en las líneas militares. La diferencia entre ambas categorías de superiores podría notarse en el segundo párrafo, letra (b) del artículo 28 del estatuto, que establece: "*los crímenes guardarán relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo*", donde pareciese destacar la diferencia entre control civil y militar.

[253] "The term superior is sufficiently broad to encompass a position of authority based on the existence of de facto powers of controls" Sentencia de Čelebići, párrafo 370.

Cabe destacar que el artículo 28 (2) (b) debería entenderse como que excluye la posibilidad de la existencia de una relación superior-subordinado, generadora de responsabilidad del superior, basada en el miedo.[254] Se debe resaltar que la relación superior-subordinado se basa en la obediencia y la autoridad del superior, lo cual va de la mano de la responsabilidad. Esto se confirma con lo establecido por la sentencia del caso Čelebići en la Sala de Apelaciones del TPIY, que ha servido como inspiración para la redacción del artículo 28 del Estatuto: *"it follows that there is a threshold at which persons cease to possess the necessary powers of control over the actual perpetrators of offences and accordingly, cannot properly be considered their 'superiors' within the meaning of Article 7 (3) of the Statute".*[255]

6.2. Elemento cognitivo: el estándar de conocimiento en el Estatuto de Roma

El artículo 30 del Estatuto de Roma comienza con la frase "salvo disposición en contrario", lo cual implica que el elemento subjetivo (*mental element*), además de la intención y el conocimiento, está permitido en el contexto del estatuto. El artículo 28 engloba otro tipo de estándar de conocimiento en el numeral primero letra (a), entendido como negligencia, consagrándose en el estándar del conocimiento el 'debería haber sabido'. El artículo 28 del Estatuto otorga otros dos (2) estándares de conocimientos, a saber: el conocimiento real y la ceguera deliberada.

a) Conocimiento

La definición de conocimiento, establecida en el artículo 30 (3) del Estatuto de Roma, se podría usar útilmente en conjunto con el artículo 28; dicha

[254] Ibídem.
[255] TPIY. Caso Čelebići. Sentencia en apelación, párrafo 337.

definición se redactó de la siguiente manera: "*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*".

En materia probatoria, se ha indicado que si el conocimiento no se puede probar con evidencia directa, el mismo se podría establecer mediante evidencia circunstancial.[256]

b) Debiera haber sabido

El 'test' para comprobar el estándar de 'debiera haber sabido' asume que el superior no sabía de los hechos, pero que el sistema de reporte a su disposición o la naturaleza de la información debía haberle obligado a profundizar en la búsqueda. Dicha prueba debería ser objetiva debido a que el mismo comienza desde el momento en que se asume que el acusado no tenía conocimiento de los hechos. El superior se pone a prueba mediante el uso de los estándares establecidos en relación con el ejercicio del mando, en una posición similar, así como del entrenamiento recibido.[257]

c) Negligencia

En este particular, las dudas surgen en el establecimiento del elemento subjetivo (*mens rea)* en relación con el concepto de la responsabilidad del superior. Los tribunales *ad hoc* pareciesen requerir la intención o, al menos, la imprudencia. Por su parte, en el artículo 30 del Estatuto, norma general del elemento subjetivo, se requiere que el crimen sea cometido con intención y conocimiento, "salvo disposición en contrario". En la búsqueda del estándar

[256] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 186.
[257] TPIY. Caso Blaškić. Sentencia. párrafo 332.

de *mens rea* de la responsabilidad del superior, Ambos propone interpretar dicho estándar de acuerdo con el artículo 86 del Protocolo Adicional I, por lo que resulta la forma más segura para proceder y desarrollar el concepto de responsabilidad del superior, el cual tiene sus bases en el derecho consuetudinario. El criterio de 'debía haber conocido' es el resultado de la aplicación del concepto 'negligencia'.

d) Ignorancia deliberada (w*ilfully blind*)

El elemento cognitivo para superiores no militares descrito en el artículo 28 (a) (ii) establece esencialmente lo que se conoce como 'ignorancia deliberada'.

Fenrick menciona una lista de indicios que se pueden usar para establecer el conocimiento y que puede ser útil para establecer la ignorancia deliberada:[258]

1. La información claramente indica un alto riesgo de que los subordinados estuviesen cometiendo o estaban a punto de cometer los crímenes.
2. Que esa información estuviese disponible para el superior.
3. Que el superior, mientras estaba consciente de tal categoría de información existente, renunció a pronunciarse sobre la categoría de la información.

6.3. Elemento operacional en el Estatuto de Roma

El superior debe tener la facultad otorgada por ley para obligar a sus subordinados a cumplir el derecho internacional humanitario. De acuerdo con Fenrick, el comandante debe:[259]

[258] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 188.

1. Asegurar que sus fuerzas están adecuadamente entrenadas en derecho humanitario internacional.
2. Cerciorarse de que el derecho internacional humanitario sea tomando en cuenta mediante la toma de decisiones.
3. Asegurar que está establecido un sistema de 'reporte efectivo', de manera que le permita tener información de primera mano cuando pudiesen ocurrir hechos violatorios al derecho internacional humanitario.
4. Monitorear el sistema de reporte para asegurar que es efectivo.
5. Tomar las debidas sanciones correctivas cuando el superior tenga conocimiento de que se va a cometer un crimen o de que ya ha ocurrido.

Se indica que, con todo esto, la Corte consideraría lo que se espera razonablemente de un superior durante determinadas circunstancias de tiempo.

a) Causalidad:

Se ha explicado que el artículo 28 establece claramente un elemento causal expreso: un superior será responsable por los crímenes cometidos por sus subalternos, de los cuales tenga el mando/autoridad y control efectivo, "en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados", cuando el superior *"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*".[260]Hay que destacar que se necesita una

[259] Ibídem.
[260] Idem.

conexión entre el crimen y la omisión del superior para prevenirlo. La falta en el ejercicio del control se encuentra establecida en los parágrafos (a) (ii) y (b) (iii) como una falla en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir y remitir a las autoridades el caso sucedido.

La primera alternativa, 'prevenir', denota una relación directa entre el superior y los crímenes cometidos por sus subordinados. Las otras dos alternativas, 'reprimir' y 'remitir el asunto a las autoridades debidas', son acciones realizadas normalmente luego de la comisión del crimen y obviamente implica que el crimen no se pudo prevenir. Por tal razón, en el caso Čelebići la Sala de Juicios del TPIY declinó otorgarle al elemento de la causalidad un estatus separado.

La causalidad juega un rol indirecto en relación con las alternativas pos crimen, pues constituyen el elemento operacional de la responsabilidad del superior. Por lo tanto, cuando un superior falla en prevenir un crimen, su segunda alternativa es sancionar a los autores por la comisión del mismo, quedando así libre de cualquier tipo de responsabilidad. Finalmente, en el supuesto de que esto no pueda suceder, el asunto se debe presentar a las autoridades competentes. Las alternativas *posteriores al crimen* están especialmente unidas, tal como comprobaron exhaustivamente los tribunales *ad hoc*.

De esta forma, se concluye que la responsabilidad del superior gira en torno a la negligencia en el cumplimiento del deber. Esto queda claro en la estructura del artículo 28, en el cual los elementos cognitivos y operacionales se formulan como condiciones para comprobar el fracaso del superior. Incluso, si un superior ha fallado para controlar apropiadamente, y su falla ha

resultado en la comisión del crimen, no se le puede juzgar a menos que estas dos condiciones, preestablecidas en el artículo 28, se configuren.[261]

b) Negligencia en el cumplimiento de supervisar

El estatuto del TPIY fue el más emblemático al momento de establecer, en su artículo 28, la omisión como una ofensa de categoría criminal manteniendo de esta forma, la responsabilidad establecida en el artículo 86 del Protocolo Adicional I, conforme al cual, el supervisor es sancionado por fallar en el control o por los crímenes cometidos por sus fuerzas. De acuerdo con Van Sliedregt,[262] de esta forma parece que se crease una responsabilidad directa por la falta de supervisión y, por otra parte, una responsabilidad indirecta por los actos criminales de otros.

En este sentido, el artículo 28 genera la responsabilidad directa al superior por no ejercer sus obligaciones. Hay que aclarar que la responsabilidad del superior está relacionada con los crímenes cometidos por sus subordinados y estos provocan su responsabilidad. Sin embargo, no es por los crímenes *per se* que se tiene al superior como responsable sino más bien por lo indicado en el artículo 28, que lo ha establecido como un crimen separado de omisión, reducido por las condiciones (a) y (b), así como en los respectivos subpárrafos (i) y (ii).

c) Estándares diferentes para los superiores militares y civiles

Se ha indicado que cualquier intento de crear un concepto diferente para ambos tipos de superiores se debería considerar dudoso, tal como lo hizo la sentencia del TPIR en el caso de Kayishema y Ruzinda; esto se debe a lo

[261] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 190.
[262] Ibidem.

que se ha venido desarrollando con relación al artículo 28 del Estatuto de Roma en los tribunales ad hoc. El artículo 28 evidencia un acercamiento al concepto *responsabilidad del superior*; no obstante, contradice la naturaleza del concepto tal como se ha establecido en el derecho internacional. Después de todo, las diferencias no subyacen en fórmulas diferentes en relación con el aspecto cognitivo sino en el alcance del superior en su responsabilidad de saber. La responsabilidad de saber de un civil puede variar dentro del 'debería haber conocido' (should have known), por ejemplo, mediante la aceptación de que un superior civil o militar no necesita saber de las actividades de sus subordinados fuera de su trabajo. Sin embargo, el criterio de 'debería haber sabido' se aplica únicamente durante el tiempo en que la persona esté bajo su control con relación al trabajo desempeñado. Por lo tanto, de acuerdo con esta posición, es una lástima que el estatuto contenga dos fórmulas de responsabilidad ya que los negociadores del estatuto actuaron pensando en 'situaciones' y no en 'principios', al establecer una categorización en el concepto de militar y no militar y dejando poco espacio para que el tribunal pudiera realizar interpretaciones en la materia.[263]

d) Concurrencia y fusión de la responsabilidad individual y superior

En el caso Blaškić, se sostuvo que *"although one and the same individual may be prosecuted on the basis of both theories (individual and superior responsibility, EvS), this can be done only for distinct acts".* Se comparte la opinión de que sería ilógico acusar a alguien, bajo la figura de responsabilidad del superior, por no haber prevenido o castigado un crimen cuando este mismo ha participado directamente en la comisión del hecho punible. Esto quedó establecido en el caso Kayishema y Ruzindana:

[263] Ibidem, p 192.

> *"If the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused ordered the alleged atrocities then it becomes unnecessary to consider whether he tried to prevent; and irrelevant whether he tried to punish".*[264]

La responsabilidad individual debe prevalecer por encima de la responsabilidad del superior cuando hay una participación activa en la comisión de los crímenes; por lo que: en estos casos, ya no se debe probar los elementos operacionales o de conocimiento de la responsabilidad del superior. En este supuesto, la capacidad del superior es un agravante; sin embargo, en los casos en los que el superior se pueda acusar por su inacción, las responsabilidades individual y superior concurren.

La complicidad por omisión se ha discutido en el contexto de 'ayudar e instigar' en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. En el caso Furundzjia, la Sala de Juicios sostuvo que la simple presencia en la escena del crimen al momento de la comisión del crimen constituye un apoyo moral.[265]

Cabe destacar que cuando se califica una relación de superior y subordinado, no hay una diferencia sustancial entre complicidad por omisión y responsabilidad del superior, por lo que el acusado se puede imputar por ambos tipos de responsabilidad; en estos casos se puede configurar la fusión de los conceptos responsabilidad y superior.

La responsabilidad del superior está subsumida en la responsabilidad individual. La falla de un superior en tomar acción se puede ver como causal para contribuir a la comisión de los crímenes establecidos en el Estatuto, "(i) donde el superior estaba consciente de la intención de los criminales o

[264] TPIY. Caso *Kayishema* y *Ruzindana. Sentencia,* párrafo *223.*
[265] TPIY. Caso Furundzjia. Sentencia, párrafo 209.

cuando (ii) el superior acusado puede incurrir en responsabilidad individual". Estas dos condiciones configuran la responsabilidad individual, por 'ayudar e instigar' de acuerdo con lo establecido por el TPIY. Este tipo de complicidad por omisión es probable que coincida, en parte, con la responsabilidad del superior, en relación con la 'continuidad de los crímenes' así como en los crímenes que consisten en una multiplicidad de actos violatorios a las normas vigentes. La 'continuidad del crimen' a menudo se conceptualiza como el mantenimiento de situaciones ilegales, por ejemplo, el trato cruel en los campos de concentración. Lo mismo aplica para crímenes en masa; estos tipos de crímenes no se cometen por un solo acto sino más bien de forma continuada.[266]

En el caso Krstić, durante los ataques de los musulmanes bosnios en Srebrenica -los cuales envolvían la comisión de un gran número de crímenes calificables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra-, se permitió aumentar la responsabilidad individual de los acusados tanto como la responsabilidad del superior. En el fallo, se señaló:

> *"The facts pertaining to the commission of a crime may establish that the requirements for criminal responsibility under both Article 7 (1) y Article 7 (3) are met. However, the Trial Chamber adheres to the belief that where a commander participates in the commission of a crime through his subordinates, by "planning", "instigation", or "ordering" the commission of the crime, any responsibility under Article 7 (3) is subsumed under Article 7 (1)".*[267]

[266] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 193.
[267] TPIY. Caso Krstić. Sentencia. Párrafo 171.

En dicho caso, la Sala concluyó que existía un lazo entre el superior y los subordinados y que Krstić sabía o debía saber de los crímenes, además de que él había fallado en tomar las medidas necesarias para prevenir o sancionar el crimen. De esta forma, la naturaleza de la responsabilidad era individual.

En conclusión, se puede indicar que el TPIY ha sostenido que pueden concurrir la aplicación de la responsabilidad individual bajo el artículo 7 (1) y la responsabilidad del superior bajo el artículo 7 (3) del Estatuto, excepto cuando hay una participación activa en la comisión del crimen realizado por un subordinado, hecho que concurre con el fallo de prevenir el crimen. La responsabilidad individual 'complicidad por omisión' colide con la responsabilidad del superior bajo las siguientes tres condiciones:

1. Cuando los crímenes constituyen una situación prohibida o califican como crímenes en masa que implican una pluralidad de actos ilegales.
2. Los tres elementos de la responsabilidad del superior se satisfacen.
3. La omisión contribuye, sustancialmente, a la continuidad del crimen, en tanto que el superior tiene conocimiento de las intenciones de los perpetradores.

En general, la responsabilidad del superior, basada en 'ayudar e instigar', connota una conexión más cercana a los crímenes señalados, algo que la responsabilidad del superior no necesariamente sugiere. La decisión entre los dos tipos de responsabilidad (individual o del superior) depende de la evidencia disponible.[268] Van Sliedregt indica que esta concurrencia de actos también podrían configurarse en el contexto del Estatuto de la CPI; por lo tanto, la corte podría descansar en las tres alternativas arriba señaladas para

[268] Ibidem

aplicar los artículos 25 (3) (c) y el 28. A su vez, aclara que el silencio de los negociadores en relación con la complicidad por omisión podría sostenerse sobre el derecho consuetudinario internacional, aplicable a través del artículo 21 del estatuto, para poder así usar la convicción sobre la evidencia disponible.

e) Responsabilidad del superior y la unión a organización criminal

La figura de 'unión a organización criminal" ha sido el instrumento que le ha permitido al TPIY juzgar a altos oficiales en el Tribunal. En el caso Plaskic y Milošević, la 'unión a organización criminal' se estableció de acuerdo con lo indicado en el artículo 7 (1) y la responsabilidad de acuerdo con el artículo 7 (3) del Estatuto del TPIY, los cuales son acumulativos. Se ha usado el concepto de unión a empresa criminal porque involucra la conducta criminal de aquellos que, a pesar de tener conocimiento de la comisión de un crimen, deciden participar en dicha actividad criminal. Sin embargo, en el caso de Milošević, el fiscal tuvo que probar, más allá de cualquier duda razonable, que Milošević tenía el control efectivo sobre sus subordinados, así como que tenía información que lo habría puesto en sobre aviso de los crímenes cometidos por sus subordinados y que falló a la hora de prevenirlos; dichos argumentos se utilizaron para satisfacer el artículo 7 (3).[269]

Doctrinariamente, se ha señalado que la ventaja de la figura de unión a empresa criminal sobre la responsabilidad del superior es que la ausencia de los elementos estrictos, tanto el de conocimiento como el funcional, permiten establecer el dolo eventual, lo cual crea una responsabilidad colateral. Además, la 'unión a empresa criminal' permite encuadrar a cualquier responsable, por ejemplo Milošević, como el autor intelectual, siendo esto

[269] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 196.

mucho mejor a establecer que él era un superior que debía haber intervenido para detener la comisión de crímenes masivos.[270]

7. Comentarios finales

Se puede concluir, de lo desarrollado en este capítulo, que el aspecto más valioso, en relación con el concepto de responsabilidad del superior y responsabilidad penal individual, es cómo poco a poco estos fueron evolucionando desde la II Guerra Mundial hasta la época actual en búsqueda de la lucha contra la impunidad, lo cual nos ha enseñado que realmente son los líderes de gobierno quienes frecuentemente están detrás de la maquinaria asesina de las grandes masas humanas. En la actualidad, gracias a los avances del derecho internacional penal, se tiene que tanto militares como civiles son responsables por la comisión de los crímenes más terribles en contra de la humanidad. De esto se desprende la importancia de identificar el 'control efectivo' como un requisito para que se configure la responsabilidad. Este requisito aplica tanto a los superiores *de jure* como *de facto* (esta clasificación entre los diferentes tipos de superiores también implica un gran avance en esta materia). Cabe destacar que el requisito del 'control efectivo' permitió un alcance mayor en la responsabilidad del superior puesto que extendió la misma más allá de las meras relaciones de mando.

El artículo 28 del Estatuto de Roma, al permitir la diferenciación entre los superiores *de facto y de jure,* logró que se equiparase un comandante militar a "una persona actuando efectivamente como comandante militar". La norma deviene del concepto de responsabilidad del superior desarrollada por los

[270] Ibídem.

tribunales *ad hoc,* por lo que otorga dos estándares distintos, uno para militares y cuasi militares y otro para civiles.

Más allá de esta diferenciación, el otro aporte importante en el artículo 25 del Tratado de Roma es el establecimiento de los niveles de participación en la comisión de un crimen; los mismos aunque parecen de fácil aplicación en nuestro ordenamiento jurídico –por la obligación contraída de implementar el Estatuto de Roma- iremos comprobando poco a poco, en este trabajo de investigación, como se requieren una serie de cambios en nuestra legislación interna y aclaraciones del uso de estos conceptos en el marco del derecho internacional para que permitan la armonización de nuestro ordenamiento jurídico con el Estatuto de Roma. No obstante, todo lo visto en esta sección será desarrollado de manera más profunda en los siguientes capítulos. Es por ello que en la próximo sección desarrollaremos el uso de los conceptos -en el marco del derecho internacional penal- desde los más simples hasta lo más complejos para poder identificar las diferencias entre el sistema continental y el sistema angloamericano y la convivencia de ambos en el marco de las cortes internacionales hasta llegar a los conceptos del Tratado de Roma, todo esto en aras de que la normativa a ser implementada en nuestro país permita no sólo juzgar a aquellos que cometen el acto criminal sino a todos aquellos que se ocultan detrás de ese escenario.

CAPÍTULO III

La evolución histórica y los elementos para la configuración de la responsabilidad en el Derecho Internacional Penal

8. Evolución histórica de la atribución de la responsabilidad

8.1. Introducción

A lo largo de la historia, se ha notado que para la perpetración de crímenes en masa, los responsables necesitan poseer una gran maquinaria puesto que los crímenes de dichas magnitudes no se cometen solos. Se tiene así, de acuerdo con lo visto en el capítulo anterior, que los tribunales de Núremberg y los juicios subsiguientes hicieron uso de las figuras de la responsabilidad por complicidad o participación criminal para lograr las imputaciones a los jefes nazis. El Estatuto de Núremberg y de Tokio más el Acta n.º 10 del Consejo de Control fueron las leyes aplicadas durante los juicios de Núremberg, los juicios pos-Núremberg y los juicios documentados por la Comisión de Guerra de las Naciones Unidas (United Nations War Crimes Commission, UNWCC). En este capítulo corresponde repasar detalladamente las figuras usadas, durante los juicios de Núremberg y los juicios subsiguientes, con el fin de comprobar las diferentes modalidades de participación en la comisión de los crímenes y verificar la importancia de los mismos para su implementación en la normativa venezolana, de esta forma se garantiza el uso correcto de los grados de responsabilidad de los superiores.

8.2. Las herramientas de los Juicios de Núremberg: La responsabilidad por complicidad y la participación criminal

"The idea of law. In spite of everything, seems still

to be stronger than any ideology of power."

H. Kelsen

Comenzamos esta sección recordando que el primer visionario en cuanto a la necesidad de crear la figura de la 'responsabilidad penal individual', en el marco del derecho internacional, fue Hans Kelsen,[271] quien en su obra, *La Paz a través del Derecho*, desarrolló la teoría de por qué se debían condenar a los líderes de regímenes 'dictatoriales', así como también a los criminales de guerra. Kelsen indicó:

> *"One of the most effective means to prevent war and to guarantee international peace is the enactment of rules establishing individual responsibility of the persons who as members of government have violated international law by resorting to or provoking war".*[272]

Kelsen dejó claro que era un deber castigar a aquellos que cometían los crímenes internacionales, en su época eran los crímenes de guerra desarrollados por los nazis, e indicó, a su vez el deber de crear la existencia de una responsabilidad individual en los actos cometidos por mano propia, por las órdenes dadas por superiores o con su autorización. En su tiempo, Kelsen ya preveía que no se podía castigar únicamente al Estado por este tipo de crímenes puesto que quienes realmente los cometían eran particulares. No obstante, dejaba claro que no existía claramente una

[271] Hans Kelsen, de origen judío, fue una de las tantas personas que tuvo que huir de su país como consecuencia del surgimiento del sistema nazi, tanto en Alemania como en Austria.
[272] Hans Kelsen. *Peace Through Law*. The Lawbook Exchange, LTD, Clark, New Jersey, 2008, p 71.

diferencia entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal. Igualmente, Kelsen sentó las bases teóricas cuando indicó que al juzgar a los individuos se debían configurar los supuestos de *guilty mind* que el actuante debía tener al momento de realizar el hecho dañoso como producto de una conducta intencional y maliciosa o que, en su defecto, se tuviese una culpa negligente. Por lo tanto, las normas de *mens rea* no debían dejar cabida a excepciones; de lo cual se concluye que todo individuo debía ser juzgado así no hubiese tenido la intención de desarrollar dichos crímenes o no hubiese manifestado la 'negligencia culpable', por lo que la llamada 'responsabilidad absoluta' no estaba totalmente excluida.[273]

Adicionalmente, señaló que cuando un estado no cumplía sus obligaciones internacionales, en el marco de los crímenes internacionales, los responsables de dichas acciones debían ser sancionados. En este sentido, usando la alusión histórica a Luis XIV de *"l'Etat c'est moi",* refirió que normalmente los representantes de los Estados se apropiaban de este tipo de posiciones, lo cual resultaba en la comisión de crímenes internacionales. Es decir, estos estados al final eran simplemente Estados dictatoriales, de allí la importancia de sancionar a los dictadores, lo que *mutatis mutandis* implicaba a su vez una sanción a dicho Estado; no obstante, para lograr esto era necesario presentar a dichas personas ante la justicia nacional o internacional.[274]

En este orden de ideas, Kelsen agregó que la obligación de un Estado de juzgar a sus propios criminales internacionales subyacía en el hecho de que tal acción es una consecuencia inmediata de su obligación general de ejecutar el derecho internacional en el derecho local, situación que en la

[273] Ibidem, p 72-73.
[274] *Ibidem,* p 91.

época actual se encuentra reflejada en el aforismo latino '*pacta sunt servanda',* que prevalece en el derecho internacional de los tratados. Además, señaló que el derecho nacional es una pieza intermedia, hecha necesaria por la Constitución, para permitir que las cortes nacionales puedan emprender la aplicación del derecho internacional a través de la creación –o implementación– de esta normativa a través de los órganos nacionales.

La obra de Kelsen, *Peace Through Law*, fue crucial en la constitución de los Tribunales de Núremberg, puesto que la teoría propuesta defendía la creación de un tribunal internacional y la construcción teórica de cómo se debía entender la responsabilidad penal individual en el marco internacional. Históricamente, se abría así un óbice en el derecho internacional, lo que trajo como consecuencia que los países aliados hicieran suya dicha exposición y crearan así los nuevos tribunales internacionales.

A pesar de que el Tribunal Militar Internacional de Núremberg y de Tokio tenían bases internacionales, se tiene que los '12 juicios subsiguientes' y los juicios documentados por las Naciones Unidas se realizaron en escenarios de jurisdicción nacional o, en su defecto, a través de las fuerzas de ocupación. No obstante, como se indicó en el Capítulo I, la normativa aplicada por estos dos últimos grupos no se separó de la jurisprudencia asentada por los tribunales militares.

De acuerdo con Ambos, los tribunales reconocen que es necesario el conocimiento de las circunstancias del delito por parte del criminal para configurar el 'principio de culpabilidad'. En este sentido, el Tribunal de Núremberg hizo mención del principio de culpabilidad en el marco de la responsabilidad criminal de las organizaciones nazis, estableciendo que "*uno de los más importantes (principios legales) (…) es que la culpabilidad penal es personal, y que los castigos en masa deben ser evitados*"; además "*el Tribunal debe hacer semejante declaración de criminalidad (de un grupo u*

organización) en la medida de lo posible de un modo que garantice que personas inocentes no serán castigadas". A su vez, en los juicios subsiguientes, se continuó con la máxima de que el principio de responsabilidad individual presuponía *per se* una culpabilidad individual.[275]

Uno de los principales retos del Tribunal de Núremberg era comprobar el grado de participación de los líderes nazis en la comisión de los crímenes. No obstante, dicha comprobación de grados de participación se realizó mediante la colaboración de abogados provenientes del sistema anglosajón y el sistema continental. A lo largo, de las discusiones, ambos sistemas encontraron sus puntos de encuentro y desencuentro, logrando al final el acuerdo de castigar a los criminales de guerra.

Se comenzó así con la discusión de cómo se debían fijar las responsabilidades en el crimen. En este sentido, Trainin, traído a colación por van Sliedretg, indicaba:

> *"The accomplices in international crimes are extremely peculiar in their oficial position and their social composition. These are not some Tom, Dick or Harry of unknown lineage, without hearth of home. These are 'titled personages', upper clases, Ministers, generals, leaders. But the particulary complicated character of responsibility for complicity in internationl crimes is determined, of course, not by the high ranks and titles of the accomplices. The complexity and exceptional peculiarity of the structure of complicity, in international crimes are caused by the*

[275] Ambos Kai. *Estudios de Derecho Penal Internacional.* UCAB, Caracas, 2005, p 135.

extremely complex conections between the individual accomplices in international offences".[276]

De este párrafo queremos destacar, una vez más, el hecho de que este tipo de crímenes son realizados por los máximos líderes en el poder de determinadas estructuras, de allí nace la importancia de establecer una correcta metodología para comprobar su participación directa. De esta forma se asegura que los subordinados no sean los únicos castigados por ser los perpetradores directos de los crímenes.

Sin embargo, del párrafo *ut supra* señalado se desprende que la **teoría de la responsabilidad por complicidad** no es suficiente para juzgar a los criminales de guerra, ya que aquellos en las máximas posiciones, quienes suelen estar detrás del telón, **no podrían ser juzgados como simples cómplices porque** -y más aun considerando- los mismos son quienes facilitan e incitan o participan en la comisión del crimen mediante una unión con los perpetradores. Los líderes también son perpetradores de los crímenes aunque no son ellos quienes finalmente tiran del gatillo. Van Sliedregt cita a Trainin, quien realizó una magnifica descripción de la situación:

"The peculiarity of the role of perpetractor of an international crime consists in this: that he acts not only himself but also with the help of a complex executive machinery. In the hands of international crimes, masses of people become an instrument of the most heinous crimes,

[276] A.N. Trainin, Hitler's Responsibility under International Law, London. 1944, p 79.

just as a knife beccomes an instrumen of crime in the hands of a murderer".[277]

Con relación a los hechos de la II Guerra Mundial, aunque en cualquier tipo de conflicto aplica, se puede indicar primero que esa 'maquinaria efectiva' se podía juzgar como culpable, más aún considerando que la misma estaba conformada por un gran número de personas, quienes podrían estar organizadas o no en grupos, pero fueron los responsables de materializar y apoyar los planes de Hitler. Este contexto fue lo que originó la llamada **teoría de la criminalidad colectiva**,[278] que fue usada como base por el Tribunal de Núremberg para juzgar a los máximos líderes del régimen nazi por la comisión del crimen de conspiración, en tanto que los líderes medios y bajos fueron juzgados como miembros de una organización criminal. Estas últimas actuaciones fueron realizadas por los tribunales militares y las cortes locales de los aliados, tal como se observó en el capítulo predecesor.

A continuación, pasaremos a discutir la teoría de la criminalidad colectiva establecida por el Tribunal de Núremberg.

8.2.1. La criminalidad colectiva como teoría para juzgar a máximos líderes

El Coronel Murray Bernays[279] fue sin lugar a dudas el máximo creador de la teoría. Los fundamentos de esta los dejó plasmadas en su informe intitulado *Trial of Europeran War Criminal,* en el que a su vez propuso la materialización de un juicio que juzgara desde los crímenes cometidos antes

[277] Van Sliedregt E. *The Criminal responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*. T.M.C. Asser Press. The Hague, 2003, p 15.
[278] A pesar de que la misma fue originada por Bernays, no se puede dejar de lado la discusión planteada por Kelsen de la colectividad existente en el Estado al momento de realizar un crimen de alcance internacional, ver Peace Through Law, capítulo pertinente a "Guaranteed by Individual Responsibility".
[279] Murray fue un coronel de 51 años del ejército americano, también era abogado y de origen lituano-judío, estaba a cargo de la unidad de Proyectos Especiales de la Sucursal de la Secretaría de Guerra de Estados Unidos.

del inicio de la guerra hasta los atrocidades cometidas durante la perpetración del mismo. La máxima cúspide de su reporte se encuentra en el hecho de que Bernays propuso no sólo el castigo a los perpetradores directos sino que incluyó también a los superiores, esto sobre las bases de la responsabilidad individual. Además, fue Bernays quien creo los cuatro cargos que se formularon en contra de los acusados nazis, a saber: crímenes contra la paz (principalmente librar guerras de agresión y emprender una guerra con violación de tratados internacionales), conspiración de la participación, los crímenes de guerra (con énfasis en el maltrato de prisioneros de guerra) y los crímenes de lesa humanidad (que incluyen "el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos ...) ".

Bernays relató en su propuesta que *" the basic difficulty with the suggestions therefore considered is in the approach. It will never be posible to catch and convict every Axis war criminal, or even any great number of them, under the old concepts and procedures. Even if this could be done it would not, of itself, be enough. The ultimate offence, for example, in the case Lidice, is not alone the obliteration of the village, but even more, the assertion of the right to do it. The ordinary thug does not defend on the ground that thuggery is noble; he only contends that the police have arrested the wrong man. Behind each Axis war criminal, however, lies the basis criminal instigation of the Nazy doctrine and policy. It is the guilty nature of this instigation that must be established, for only this will the conviction and pusnishment of the individuals concerned achieve their moral and juristic significance. In turn, this approach throws light on the nature of the individual's guilt, which is not dependent on the*

commission of specific criminal acts, but follows inevitably from the mere fact of voluntary membership in organisations solely to commit such acts".[280]

De esta manera, Bernays colectiviza tanto a los criminales como los crímenes, asentando la tónica a usar durante los juicios de Núremberg. De acuerdo con las directrices establecidas por Bernays, los colectivos tales como la Gestapo y el gabinete nazi serían juzgados a través de sus representantes y estos últimos serían responsables por haber cometido el crimen de conspiración. Así, resulta que tanto la figura de conspiración como la noción de organización criminal fueron los pilares fundamentales para sostener la teoría de la criminalidad colectiva. Por otra parte, el plan de Bernays estaba dividido en dos fases: la primera de ellas era juzgar a los máximos superiores por haber participado en la comisión de crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra así como por conspirar para cometer crímenes en contra de la paz, declarando a las organización nazis, tales como su gobierno, su partido político, la Gestapo, las SS y las SA como criminales. La segunda parte, sería realizada por las cortes nacionales que juzgarían individualmente a los miembros de las organizaciones criminales, declaradas como tales por el Tribunal Internacional. En este sentido, se indicó que con solo probar la membresía a tales organizaciones sería suficiente para establecer la culpa individual.[281]

La figura de la conspiración, en la teoría del crimen colectivo, fue una herramienta importante utilizada por el tribunal internacional. No obstante, de acuerdo con la narración realizada por Van Sliedregt, la figura de la conspiración, cuyo origen proviene del *common law*, resultó ser muy controversial para los países provenientes del *civil law*, ya que esta fue

[280] Van Sliedregt. *Obra citada,* p 16.
[281] Van Sliedregt. *Obra citada,* p 17.

referida como amplia, vaga y no familiar. Los alemanes llegaron incluso a indicar, en cabeza del doctrinario Jescheck, que dicha figura contrastaba con los principios del derecho penal tradicional. No obstante, el concepto quedó establecido en el artículo 6 de la Carta de Núremberg:

> ***Artículo 6:***[282]
>
> *El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:*
>
> *Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:*
>
> *a) CRÍMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.*
>
> *b) CRÍMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros*

[282]Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. 08 de agosto de 1945. Disponible en: http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf

objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

c) CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD:

A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan. (subrayado nuestro)

A pesar de que en la Carta se estableció la figura de la conspiración, esta no se mencionó de forma separada como una ofensa de carácter principal, por lo que perdió mucho de su realce. Se dejó, de esta forma, mucho espacio interpretativo a los jueces que decidirían en los casos. Por otra parte, en opinión de Van Sliedregt, la referencia a 'plan común' se dejó como un compromiso con los países provenientes del sistema continental para quienes no resultaba satisfactoria la figura de conspiración como un concepto legal. Por su parte, el ordinal (c) resulta interesante porque incluye

la conspiración como una forma para declarar ofensas sustantivas, lo que resulta en un tipo de participación criminal; en tanto que el ordinal (a) establecía un crimen castigable. Pomorski indica que *"it rather defines liability of conspirators as accompliances to crimes actually committed by other persons in furtherance of the common desigh";* se tiene así que la participación en la conspiración se convirtió en el equivalente legal de complicidad. La figura de la conspiración como cargo criminal se delimitó a los crímenes en contra de la paz.

La defensa de los criminales esgrimió que la conspiración requería que los participantes fueran iguales y que la conspiración era incompatible con los sistemas de dictaduras, a lo cual el Tribunal contestó:

> *"The argument that such common planning cannot exist where there is complete dictatorship is unsound. A plan in the execution of which a number of persons participate is still a plan, even though conceived by only one of them; acted under the direction of the man who conceived it. Hitler could not make aggresive war by himself. He had to have cooperation of statesman, military leaders, diplomats, and business men. When they, with knowledge of this aims, gave him their co-operation, they made themselves parties to the plan he had initiated.They are not to be deemed innocent because Hitler made use of them, if they knew what they were doing. That they were assigned to their tasks by a dictator does not absolve them from responsibility for their acts. The relation of leader and follower does not preclude*

responsibility here any more than it does in the comparable tyranny of organized domestic crime".[283]

En este párrafo, la sentencia del Tribunal de Nuremberg rechazó por completo el argumento del "*Führerprinzip*", resaltando así el razonamiento desarrollado por Trainin, el cual establecía que los crímenes más atroces son llevados acabo por clases específicas de criminales de guerra, quienes además "son extremadamente peculiares en sus posiciones oficiales y en su composición social". En este caso, sólo para este tipo de perpetradores se solicitó que se les removiese la inmunidad soberana, requisito que posteriormente será analizado a la luz de la legislación venezolana.

Finalmente, con relación a la figura de la conspiración, se puede concluir esta se mezcló con los elementos de la complicidad vigente en el sistema continental, situación que fue diferente en el Tribunal de Tokio, donde la conspiración se usó en todo su esplendor de acuerdo con el sistema angloamericano.

Por otra parte, el Tribunal Militar Internacional para Núremberg también condenó a las organizaciones criminales debido a que las mismas fueron vistas como los mayores criminales de guerra. A través de tal noción, una rama del concepto de conspiración y el otro pilar de la teoría del crimen colectivo, fue posible juzgar a miles de comandantes nazis de segundo grado, que habían estado ligados a la comisión de los crímenes, por saber determinados hechos de sus miembros o líderes del partido y por el consentimiento en los mismos.

[283] Friedman, Leon, *The Law of War. A documentary History*, Vol. II, New York, 1972, p 941.

No obstante, cabe destacar que la idea de penalizar la membresía a un grupo fue puesta sobre la mesa por la delegación francesa durante las discusiones de un subcomité de crímenes de guerra. La delegación demostró –a través de la masacre en la aldea de Lidice– que si el principio general de derecho penal iba a ser aplicado en *estrictus sensus*, la figura del crimen colectivo no se podría configurar. Por lo tanto, ante tal hecho sería deseable utilizar el concepto de organizaciones criminales. La propuesta abarcaba dos supuestos: el primero, utilizar la presunción de culpa, invirtiendo la carga de la prueba; el segundo, descansar sobre *association de malfaiteurs*, de esta forma se tendría a los acusados como responsables por ser parte de una organización criminal. La ley penal francesa exigía la membresía voluntaria a dicha organización y que esa organización tuviese como finalidad cometer crímenes. La propuesta fue aceptada, modificada y adoptada por la Comisión el 16 de mayo de 1945.[284]

Las normas en la Carta de Núremberg relacionadas con las organizaciones criminales son neutrales, en razón de que las mismas no se pronuncian en los límites de las pruebas o presunción de culpa, tal como lo establecía la propuesta francesa. Lo señalado se puede corroborar en la lectura de los artículos 9, 10 y 11 de la Carta.

> ***Artículo 9:*** *En el juicio de aquella persona o personas miembros de algún grupo u organización, el Tribunal podrá declarar (en relación con cualquier acto por el que dicha persona o personas puedan ser castigados) que el grupo u organización a la que pertenecía la citada persona o personas era una organización criminal.*

[284] ONU. *Proyecto de la Comisión para los Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas*.Law Report of Trial of War Criminals Vol IV. London 1948,.p 293-297.

Una vez recibido el Escrito de Acusación, el Tribunal hará las notificaciones que estime convenientes si estima que la acusación pretende que el Tribunal haga tal declaración, y cualquier miembro de la organización tendrá derecho a solicitar al Tribunal permiso para ser oído por el mismo respecto de la cuestión de la naturaleza criminal de la organización.

El Tribunal estará facultado para acceder a la petición o denegarla. En caso de acceder, el Tribunal podrá indicar la forma en que serán representados y oídos los solicitantes.

***Artículo 10:** En el supuesto de que un grupo u organización sea declarado criminal por parte del Tribunal, la autoridad nacional competente de cada uno de los Signatarios tendrá derecho a enjuiciar a personas por pertenencia a dicho grupo u organización ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación. En tales casos, la naturaleza criminal del grupo u organización se considerará probada y no podrá ser cuestionada.*

***Artículo 11:** Aquellas personas condenadas por el Tribunal podrán ser acusadas ante los tribunales nacionales, militares o de ocupación a los que se alude en el Artículo 10 del presente Estatuto de un delito distinto al de pertenencia a un grupo u organización criminal, y, en caso de una sentencia condenatoria, dichos tribunales podrán imponerle una condena aparte de la impuesta por el Tribunal por su participación en las actividades criminales de dicho grupo u organización, pena que se añadirá a la ya impuesta.*

De acuerdo con el artículo 9, sólo tocaba al Tribunal realizar la declaración de criminalidad de un grupo u organización, concluyéndose así que todos los acusados eran miembros de un grupo nazi. Según Van Sliedregt, la Carta fue tenida más como un pronunciamiento sobre un grupo criminal que un

pronunciamiento sobre los crímenes cometidos por particulares individualizados.[285] Por su parte, el artículo 10 otorgó la posibilidad de realizar una segunda fase para juzgar a grupos criminales, confiriendo a los tribunales nacionales las bases para juzgar a los miembros que pertenecían a las organizaciones, declaradas por el Tribunal Militar como criminales. Por lo tanto, los imputados serían juzgados por la 'membresía' a dichos grupos. Cabe destacar que, de acuerdo con la sentencia, se requiere el conocimiento de la naturaleza criminal de una organización y otros grados de voluntad antes de que alguien pueda ser culpado por la 'membresía a una organización criminal'. Por lo tanto, la sugerencia del fiscal, de invertir la carga de la prueba, no fue aprobada, aunque tampoco fue rechazada totalmente:

> *"under this ruling of guilty knowledge and legal compulsion became more than mere matters of deffence. Apparently, to establish that a defendant was even a member of the criminal croup, there must be affirmative proof that he had not been drafted and that either he had had actual knowledge of the group's criminality or had himself committed unlawful acts. The burden of producing evidence as to each individual`s personal status is thus placed on the prosecution and the whole purpose of Articles 9 and 10 of the Charter in fact nullified".*[286]

En cuanto al Tribunal de Tokio, se puede indicar que la única referencia a la membresía de una organización se puede encontrar en el artículo 5: *"The Tribunal shall have the power to try and punish war criminals who as individuals or as members of organisations are charged with offences (…)"*.

[285] Van Sliedregt. *Obra citada,* p 22.
[286] Leventhaln. *Obra citada*, p 899.

No obstante, el fiscal de la Corte no usó dicha figura al no indicar que sus acusados pertenecían a algún grupo u organización.

Luego de haber desarrollado el tema relacionado con la responsabilidad criminal colectiva, toca considerar otros dos puntos, a saber: 1) los cargos no relacionados con la conspiración y 2) la implementación de la teoría del crimen colectivo.

Con relación al primer punto, en las sentencias de Núremberg, la responsabilidad individual fue puesta por debajo de la participación criminal Cualquier acto voluntario en la cooperación o haber tenido cualquier tipo de participación en la maquinaria de Hitler, así como poseer algún tipo de conocimiento de lo que ocurría, daba pie a la responsabilidad criminal bajo un concepto uniforme de participación. La participación podía variar desde el simple conocimiento de los hechos hasta la ignorancia deliberada de los mismos. Como segundo punto, se tiene que la teoría de la criminalidad colectiva se convirtió en el marco de las jurisdicciones locales para aplicar conceptos análogos, como designio común del crimen y complicidad.

8.2.2. Membresía a organización criminal

Con relación a la membresía a una organización criminal, en el caso *Altstötter et al. (Justice case*),[287] una corte militar americana atribuyó la responsabilidad participatoria a la división de las tareas en una organización o a un aparato burocrático. Los acusados, a pesar de no haber llevado a

[287] El nombre oficial era The United States of America vs. Josef Altstötter, et a.l, fue el tercer caso de los 12 juicios subsiguientes. Los acusados estaban conformados por 16 juristas y abogados alemanes. Nueve de ellos habían sido funcionarios del Ministerio de Justicia del Reich, los otros habían participado como fiscales o jueces de los tribunales especiales y de la Corte del pueblo. Entre muchos de los cargos, se les encontró culpables por la promoción e implementación y promoción del programa nazi "pureza racial", esto a través de las leyes raciales. Diez de los acusados fueron hallados culpables, 4 recibieron cadena perpetua y el resto fue sentenciado a penas con diferentes duraciones de tiempo.

cabo la perpetración del crimen, fueron encontrados culpables por su participación a nivel funcional, al permitir el desarrollo de los crímenes de los nazis. Además, se indicó que *Altstötter* era culpable porque a pesar de que conocía las acciones criminales llevadas a cabo por la organización, él decidió permanecer como un miembro de la misma.[288] Por otra parte, en el caso *Pohl*, todas las formas de participación fueron tratadas igualmente y cada uno de los participantes fue responsable como perpetrador directo.

En el *Martin Gottfried Weiss & Thirty – Nine Others Case (Dachau Concetration Camp)*, la corte estadounidense atribuyó la responsabilidad participatoria a los acusados, siguiendo un enunciado diferente al usado en los casos *Pohl* y *Justice.*

Dado que era imposible permanecer en un campo de concentración sin conocer lo que sucedía, ese hecho fue señalado como participación, es decir, el *actus reus.* El fiscal estableció dos vías para comprobar la culpabilidad de una persona, a saber:

a) *if his duties were such as to constitute in themselves an execution or administration of the system that would suffice to make him guilty of participation in the common design, or*
b) *if his duties were not in themselves ilegal or interwoven with illegality he would be guilty if he performed these duties in an illegal manner.*[289]

[288] ONU. Proyecto de la Comisión para los Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas .Law Report of Trial of War Criminals Vol IV. before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, Nuremberg, Washington (1949-53) (TWC), Vol III, p 954-1201.
[289] ONU. Proyecto de la Comisión para los Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas .Law Report of Trial of War Criminals Vol XI. London 1948,p 5-17.

En estos casos, por ejemplo, que alguien ejerciese la jefatura como comandante adjunto o médico de las SS era más que suficiente para establecer la culpa; en tanto que si el acusado era meramente un administrador de prisiones o un guardia, el fiscal debía probar el maltrato a los prisioneros. El *actus reus* del crimen era solamente tener cierta posición de jerarquía.

8.2.3. Designio común (common design)

La jurisprudencia relacionada con el **designio común (common design)** demostró que para generar la culpabilidad por estar interesado en cometer un crimen, debía obligatoriamente probarse que: primero, el imputado conocía del crimen (*mens rea)* y, segundo, que su conducta permitió cierto grado de participación en el crimen (*actus reus*). Por ejemplo, en el caso *Bruno Tesch & Others (the Stalag Luft III case),* el fiscal necesitaba probar que el acusado sabía que el gas que vendía tenía como finalidad asesinar seres humanos:

> *"the persons concerned must have been part of the machine doing some duty, carrying out some performance which went on directly to achieve the killing, that it had some real bearing on the killing, would not have been so effective or been done so expeditiously if that person had not contributed his willing aid".*[290]

Se tiene así que la cooperación durante los crímenes de guerra puede resultar en la participación durante la comisión de los mismos, en tanto y en cuanto exista una conexión real con el crimen y el grado de causalidad.

[290] Van Sliedregt. *Obra citada,* p 46.

8.2.4. La complicidad

Tal como se indicó *ut supra*, la complicidad fue la interpretación dada por la delegación de Francia a la participación en un grupo criminal y la responsabilidad por membresía, todo esto como resultado de desconocer la figura de conspiración proveniente del derecho inglés. Los tribunales franceses no trataron las diversas formas de participación de la misma manera. Las cortes francesas confiaron en la figura de la **responsabilidad por complicidad** más que en la **responsabilidad por membresía** para afrontar los crímenes realizados grupalmente y la criminalidad colectiva.

En este sentido, las sentencias del Tribunal de Nuremberg dejaron un concepto de participación criminal con pocas diferencias y bastante fáctico. La doctrina del **designio común** (*common design*) de las cortes británicas y norteamericanas dio al concepto de participación un significado legal y se estableció de acuerdo con la interpretación de responsabilidad colectiva de Bernays. Por su parte, los tribunales franceses y otros sistemas continentales permitieron un acercamiento más diferenciado al atribuir la responsabilidad individual sobre las bases del concepto de complicidad, distinguiendo entre perpetradores y cómplices.

8.2.5. Los elementos de la responsabilidad individual: *una visión hacia el pasado*

Los elementos para la configuración de la responsabilidad individual se dividen en: 1) *mens rea* y 2) *actus reus.* Ahora bien, ¿cómo se configuraron dichos elementos en los juicios de Nuremberg, Tokio y en los juicios subsiguientes? A continuación revisaremos estos elementos.

a) Mens rea

Con relación a la ***mens rea***, esta se establecía mediante la exigencia del conocimiento de los crímenes o de los planes que se estaban realizando

para la comisión de los mismos. Ambos destaca que en el caso de los juristas, se estableció como un elemento suficiente, un "tipo de imprudencia o ignorancia reprochable".[291] A juicio del autor, el 'conocimiento' era presumido por la gravedad de los crímenes relacionados con los crímenes de guerra y contra la humanidad:

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

Por otra parte, en los juicios subsiguientes se realizó una distinción entre dolo común y dolo específico, esto con fundamentación en el derecho penal norteamericano; no obstante, en el caso *Krupp* no se realizaron las delimitaciones en estas formas de *mens rea*. El Tribunal de Tokio, así como los casos documentados por las Naciones Unidas, confirmaron el estándar estricto, que solicitaba la existencia de un eventual conocimiento de los delitos punibles, sancionando, igualmente, la ignorancia negligente.[292]

b) Actus reus

En los juicios de Núremberg, la tendencia fue establecer como *actus reus* una relación de causa y efecto; de acuerdo con Ambos, la misma se aplicaba en el sentido de la teoría de la equivalencia o de la fórmula *conditio*

[291] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 144.
[292] Ambos, Kai, *Obra citada*, p 145.

sine qua non. No obstante, en las sentencias no se realizó un fundamento teórico sino que lo único registrado fue lo indicado por el juez Powers, cuando señaló la necesidad de una 'conexión causal'. Resumiendo en pocas palabras se podría decir que la visión del tribunal era más pragmática que dogmática.[293]

Con relación al segundo elemento del *actus reus*, Ambos indica que el Tribunal de Núremberg no realizó una distinción entre las figuras de autor principal y accesorio, consideró que cualquier tipo de participación durante la comisión del crimen acarrearía la responsabilidad. Esto trajo como consecuencia que cualquier grado de cooperación en la maquinaria de guerra de Hitler, así como cualquier conocimiento de estos planes, encuadraría la participación criminal en el crimen contra la paz:

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

De una u otra forma, lo establecido en el párrafo anterior fue desarrollado por los juicios subsiguientes y extendido a los otros crímenes del Estatuto de Núremberg; a su vez, el mismo párrafo desarrolló lo que debe entenderse como los elementos necesarios para configurar el crimen contra la paz. Igualmente, Ambos indica que en el caso *U.S. vs. von Leeb et al.*, se sostuvo que "para ser considerado penalmente responsable, debía haber alguna violación hacia alguna obligación moral consagrada por el derecho

[293] *Idem* p 136.

internacional, es decir un hecho personal voluntario llevado a cabo con conocimiento de su intrínseca criminalidad de acuerdo con lo establecido en el derecho internacional".[294]

Para resumir, se podría señalar que sólo mostrar cualquier grado de participación, desde el consentimiento de la conducta criminal, se aceptaba como suficiente para configurar la responsabilidad en el marco de los crímenes de guerra, crimen contra la paz y los crímenes contra la humanidad. A esto se puede sumar el caso *ut supra* señalado, en el que se aplicaron estos criterios, por lo que los acusados que no habían participado directamente en la comisión de un crimen fueron señalados como cómplices por participar, a nivel burocrático o funcionalmente, en la comisión de los crímenes de los nazis,[295] El caso desarrolló por primera vez la responsabilidad basada en las funciones organizativas de una organización burocrática:

"La imputación (…) es la de una participación consciente en un sistema de crueldad e injusticia organizado por el gobierno a nivel nacional (sic), en violación a las leyes de guerra y de la humanidad, perpetrado en nombre de la ley por la autoridad del Ministro de Justicia, y a través de la instrumentalidad de las cortes. La daga del asesino fue concebida bajo el ropaje del juez".

Igualmente, el caso de *Justice Trial*, confirmó los lineamientos del Tribunal Militar de Núremberg, adoptando de forma similar el uso de la autoría (directa) y de la complicidad (indirecta). Esto se manifiesta a continuación:

[294] Ambos, Kai. *Obra citada,* p 137.
[295] *Ibidem.*

> *"la persona que persuada a otra a cometer homicidio, la persona que facilita el arma letal a los fines de su comisión, y la persona que aprieta el gatillo son todos* ***principales*** *o* ***accesorios*** *al delito".*[296]

En opinión de Ambos, la 'imputación recíproca', usada por el Tribunal Militar de Núremberg, era una reminiscencia de la doctrina inglesa del designio común (common desing), normalmente acreditado como 'emprendimiento común' (joint enterprise), que sin lugar a dudas fue usada por los tribunales británicos. Sin embargo, de acuerdo con los hallazgos realizados por la UNWCC, la regla general usada fue que el acusado estuviera involucrado en la comisión del crimen, lo que en inglés se conoce como '*concerned in the committing'*. En esta, en el supuesto de "varios partícipes el fundamento para una imputación recíproca de contribuciones individuales al delito (principal) se basó en que los partícipes habían tenido un propósito y un plan común en el marco de la doctrina del designio común". El mismo abarca los actos de preparación de los crímenes hasta los actos posteriores a la comisión del delito. A esto se debe agregar la apreciación de Ambos, quien señaló que **la participación debe tener un efecto real en la comisión**, tal como que "la persona en cuestión debe haber sido parte de la maquinaria haciendo algún deber, llevando a cabo alguna actuación que se dirigió directamente a lograr la muerte (…) tuvo real relevancia en la muerte". [297]

Por su parte, es oportuno destacar que la legislación francesa distinguió entre la autoría directa y la participación (indirecta), debido a que su normativa consagraba dicha separación.

---

[296] Idem.
[297] Idem.

Ahora bien, con relación al *actus reus*, el mismo se podía expandir para realizar las imputaciones, con la intención de abarcar todos los sectores que habían participado en la comisión de los crímenes. En criterio de Ambos estos son:

8.2.5.1. Responsabilidad por mando

La doctrina que fundó sus bases, tal como se discutió previamente, fue la del caso de *Yamashita* y se usó consecuentemente en los juicios subsiguientes. Esto se puede observar en el caso de *Pohl et al.*, en el cual el Tribunal hizo uso de la misma:

> "Las leyes de guerra imponen a un oficial militar, en una posición de mando, un deber positivo de adoptar aquellas medidas que están dentro de sus potestades y apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos bajo su mando para prevenir actos que sean violaciones de las leyes de la guerra".[298]

En esta sentencia se ratificó la figura de la responsabilidad por omisión en los supuestos de acusados tanto civiles como militares. Tal como se indicó en el capítulo anterior, la posición de mando genera una serie de deberes y obligaciones; por lo que si los delitos se cometen en la esfera de su mando, el superior terminaba siendo responsable por los hechos cometidos. En el supuesto de que fracasase en su obligación, a pesar de que tenía un 'conocimiento actual' de la comisión de estos delitos sería responsable por 'omisión criminal'. De acuerdo con Ambos, "el deber de control y supervisión disminuye con un decreciente poder de mando". Igualmente, en opinión de Ambos, dicha responsabilidad no aplica a los oficiales que transmiten

[298] Sentencia citada por Ambos Kai, obra citada, p 140.

órdenes sin conocimiento (caso U.S. vs. von Leed et al.), así como tampoco a los oficiales superiores (staff officers) debido a que no poseen poder de mando.[299] Sin embargo, aclara que, de acuerdo con el caso *U.S. vs. Von Leed et al.*, los oficiales pueden ser responsables:

> "si la idea básica es criminal según el derecho internacional, el oficial superior que puso esa idea bajo la forma de una orden militar (…) o actúa en forma personal para ver que sea adecuadamente distribuida (…) comete un acto criminal según el derecho internacional".[300]

En pocas palabras, el Tribunal Militar de Núremberg exigía que, con relación a los crímenes de agresión, el acusado fuese un 'jefe' o 'planificador' o que tuviese un 'nivel político'. Posteriormente, esta doctrina se extendió hasta los civiles; se tiene así que en primer lugar, el Tribunal había impuesto obligaciones de supervisión y control que debía ejercer el personal militar y civil, en relación a los prisioneros de guerra; concluyéndose, que los mismos eran responsables si no garantizaban la seguridad de los mismos. Finalmente, la responsabilidad por mando fue extendida al gobierno civil, sobre las bases de la responsabilidad colectiva:

> "Un miembro del gabinete puede renunciar. Si tiene conocimiento del maltrato a prisioneros, no tiene potestades para prevenir un futuro mal trato, pero si elije permanecer en el gabinete y así continuar participando de su *responsabilidad colectiva (…)* voluntariamente asume responsabilidad por cualquier mal trato en el futuro".[301]

[299] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 140.
[300] Sentencia citada por Ambos Kai, obra citada, p 141.
[301] Idem.

Tal como se vio en el capítulo I, comprobar la asociación al gabinete se consideraba suficiente para justificar la 'conexión causal', menos en el caso de la ignorancia voluntaria o negligente, debido a la omisión de actuar y a los abusos perpetrados. Igualmente, la obligación de supervisar e investigar se aumentó.[302]

Este tipo de responsabilidad será ampliamente discutida en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación.

8.2.5.2. Conspiración

El Tribunal de Núremberg interpretó el artículo 6 de su Carta en un sentido restrictivo en aras de comprobar la 'conspiración', lo cual devino en una ola de críticas provenientes de los abogados alemanes. Se tiene así que para configurar el delito de conspiración en el marco de una guerra de agresión, es punible si la misma "está basada en un plan común y concreto, que no esté muy distante del acto actual y este motivado por intención criminal". Por su parte, el Tribunal de Tokio y el Acta n.º 10 del Consejo de Control indicaron que la conspiración es sólo punible en los casos de crímenes contra la paz y no en los supuestos de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra. Igualmente, el Tribunal de Tokio estableció la máxima de que para establecer la participación en la planificación, se presumía la materialización de la misma si el acusado pertenecía a cierto nivel político. No obstante, de acuerdo con Ambos, tal presunción se puede tener como violatoria del principio de culpabilidad.[303] En este sentido, la jurisprudencia británica, trató de establecer la diferencia entre conspiración, designio común y pertenencia a una organización criminal. Ambos indica que la diferencia

[302] Ambos, Kai. *Obra citada,* p 142.
[303] *Ibidem.*

entre "un cargo de conspiración y uno de designio común es que el primero requiere la celebración de un acuerdo para cometer delitos, mientras que el último exige no sólo el acuerdo sino también la comisión de actos conforme a él".[304] Por su parte, "la pertenencia a una organización criminal está más cercanamente relacionada con la doctrina del designio común, ya que la pertenencia sola no es punible; en cambio, se requiere el conocimiento de y una pertenencia voluntaria con participación activa en actos criminales de la organización".[305]

8.3. La visión jurisprudencial en los casos subsiguientes a Núremberg

La membresía a una organización criminal sólo podía generar responsabilidad si el acusado participaba de una forma activa en los actos de la organización y si tenía conocimiento del carácter criminal de la misma, se tiene así que la mera pertenencia no era suficiente, esto quedó asentado:

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

[304] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 143.
[305] *Ibidem.*

pertenencia no es suficiente para ser alcanzada por el marco de estas declaraciones." [306]

Otro elemento objetivo con relación al *actus reus* es la participación y la complicidad.

El Tribunal Supremo para la zona británica reconoció que el Control Council N.º 10 le da gran valor a cada tipo de participación en la comisión de un crimen y que esas contribuciones son castigadas independientemente una de la otra. Bajo esta ley, se conoció del caso *Einsatzgruppen* y se juzgó a las unidades especiales de las SS, cuyas tareas incluían el asesinato de grupos específicos de personas localizadas en los territorios conquitados por la USSR. De esta forma, para señalar la responsabilidad de 24 miembros de estas unidades, el tribunal militar de los Estados Unidos indicó:

"Even though these men were not in command, they cannot escape the fact that they were members of Einsatz units whose express mission, well known to all the members, was to carry out a large-scale program of murder. Any member who assited in enabling these units to function, knowing what was afoot, is guilty of the crimes committed by the unit". [307]

En el caso *Eichmann*, el tribunal israelí consideró que cualquier forma de participación para lograr la 'solución final' era suficiente para que se encuadrase la responsabilidad penal. En dicho caso, el acusado fue juzgado como 'autor principal' considerando a los efectos todos los actos de apoyo o cooperación realizados para alcanzar su finalidad criminal. A pesar de que

[306] Ibidem.
[307] The United States of America v Otto Ohlenfort et al, 10 de abril de 1948. Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law nº 10, Case nº 9, United States Goverment Printing Office, Washington, vol iv, p 369 - 373.

los abogados israelíes no realizaron observaciones basados en la doctrina clásica de participación, tenían muy claro que los crímenes a gran escala debían ser tratados de forma diferente, argumentando un tipo de responsabilidad organizativa o 'dominio del hecho por el hombre del escritorio':

> *"Pero más importante, con un crimen tan vasto y complicado como el que estamos ahora considerando [la solución final], en el cual muchas personas participaron, en diferentes niveles de control y por distintos modos de actividad –los planificadores, los organizadores y los ejecutantes, de acuerdo con su rango– tiene poco sentido utilizar los conceptos ordinarios de aconsejar y procurar la comisión de un delito. Ya que estos crímenes fueron crímenes en masa, no sólo en lo que respecta a la cantidad de víctimas sino también en lo que respecta a la cantidad de aquéllos que participaron… y la medida en que cualquiera de los muchos criminales estaban cerca de o remotamente de la persona que de hecho mató a las víctimas nada dice acerca de la medida de su responsabilidad. Por el contrario, el grado de responsabilidad generalmente aumenta a medida que nos alejamos del hombre que utiliza el instrumento fatal con sus propias manos y alcanza los niveles de mando más altos, los consejeros (counsellors), en el lenguaje de nuestra ley. En lo que respecta a las víctimas que no murieron pero fueron sometidas a condiciones de vida calculadas para acarrear su muerte, es específicamente difícil en términos técnicos quién instigó a quien: aquél que capturó a las víctimas y las deportó a un campo de concentración, o aquel que las hizo trabajar allí".* [308]

[308] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 149.

El caso de Eichmann se aferró a la categoría de crímenes colectivos, los cuales, como se ha indicado, son crímenes llevados a gran escala, que requieren un alto grado de organización y se ejecutan como parte de una política oficial sancionatoria, basada en la mobilización de muchos participantes, lo que afecta a un gran número de víctimas. Sin embargo, el caso tuvo que lidiar con la problemática de que en el derecho penal local se utilizaba la figura de la reponsabilidad individual, a la que además se aunaba la problemática de la clásica división del perpetrador directo y el que ayudaba, instigaba o asitia al perpetrador, resultando estos en principales y accesorios al crimen. La Corte demostró que no estaba satisfecha con esta división y desarrolló una doctrina original de responsabilidad por la participación en este tipo de crímenes, considerada en la era moderna como la unión a empresa criminal, a pesar de que esta fue desarrollada por los tribunales ad hoc, los mismos no hicieron mención a este emblemático caso.[309] Igualmente, cabe destacar que debido a este juicio, el teórico alemán Roxin se cuestiona si Eichmann era un perpetrador o un simple instigador o accesorio al crimen, ya que quienes manejaban las cámaras de gas eran otras personas y por el principio de autonomía *Eichmann* podría ser exonerado de responsabilidad. Fue así como se concluyó que debía existir una categoría de dominación, una que no diese por hecho la eximente de la responsabilidad penal, esta teoría será la que marcará a la CPI.[310]

8.4. Los crímenes contra la humanidad y los juicios a los nazis

Uno de los objetivos principales del Tribunal Militar Internacional de Núremberg fue juzgar la comisión de los crímenes contra la humanidad; para

[309] Bilsky, Leora. *"The Eichmann Trial, towards a jurisprudence of eyewitness tertimony of atrocities"*. Journal of International Criminal Justice nº 12, año 2014, p 27-57.
[310] Weigend, Thomas. *Perpetration through and organization, the unexpected career of a German Legal Concept*. Journal of International Criminal Justice nº 9, Oxford Unviersity Press, Oxford 2011, p 91-111.

la configuración de dicho crimen se exigían tanto el elemento objetivo como subjetivo. En este sentido, fue el Tribunal Supremo para la zona británica, constituido por las fuerzas británicas de ocupación en el año 1948, el que desarrolló una brillante jurisprudencia que estableció los elementos de los crímenes en contra de la humanidad; a saber: 1) un acto que esté dirigido contra la humanidad y la condición humana como tal y 2) que dichos actos estén relacionados con el sistema de represión nazi. En dicha jurisprudencia se llegó a indicar que inclusive aquellos actos considerados aislados contra particulares, si eran cometidos en el marco de un estado de terror y persecución, podrían ser tenidos como crímenes contra la humanidad. Igualmente, se indicó la existencia de un 'nexo causal' o 'una conexión entre un acto y un resultado' si el incriminado forma parte de un acto de persecución que es *per se* parte de un ataque a gran escala.

En la Doctrina del Derecho internacional penal, el caso *Barbie* y *Touvier*, decididos ante la Corte de Casación (*Cour de Cassation*) de Francia, marcó un inicio con relación a los elementos en este crimen, haciendo una interpretación extensa del artículo 6 (b) y (c) del Estatuto del Tribunal de Núremberg. La Corte indicó que los crímenes contra la humanidad son aquellos crímenes cometidos en nombre de una política oficial de hegemonía ideológica *(hégémonie idéologique*), son dirigidos en contra de la raza, de la religión, así como aquellos crímenes cometidos en contra de las opiniones políticas diferentes:

> *"Qu'il y ait crime contre l'humanité, que les actes énumérés à lárticle 6 c du Statut du Tribunal militaire international aient été comis de façon systématique, 'au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique (…) En demandant si l'accusé a, en commettant son crime*

pris part à l'exécution dún plan concerté (…)', les questions critiquées caractérisent cet élément constitutif du crime contra l'humanité".[311]

En este caso, es oportuno señalar que la participación en tales persecuciones colectivas no constituye un delito separado sino que más bien es uno de los elementos constitutivos de dicho crimen. Por su parte, en el caso *Finta*, desarrollado por los tribunales canadienses, se indicó que un crimen contra la humanidad se configura cuando se realizan actos de discriminación o la persecución en contra de un grupo determinado de personas.[312]

Por lo tanto, de acuerdo con Ambos, de esta forma se comprueba que los crímenes contra la humanidad van más allá de los crímenes nacionales debido a que por sus principios, estos se consideran como un crimen contra toda la humanidad, puesto que los mismos se utilizan para alcanzar un fin político –ideológico–. Para la fecha en que se realizaron surgieron las siguientes características: dichos crímenes se materializan en un contexto dictatorial de violencia y terror (de acuerdo con lo indicado por el Tribunal Supremo para la zona británica); se cometen **bajo el amparo de un dominio ideológico** (*caso Barbie, Touvier*) **o están dirigidos hacia una meta política de ciertos grupos** (*caso Finta*). Finalmente, estos actos permiten la continuidad de una política estatal dictatorial y terrorista. Ambos resalta oportunamente que el derecho internacional vigente permite la configuración de dicho delito no sólo en el marco del Estado sino también en una

[311] Sentencia citada por Ambos, Kai. *Obra citada*, p 147.
[312] Ibídem.

organización o grupo determinado, la política no necesita estar enmarcada bajo la 'hegemonía política'.[313]

8.5. La codificación de los tipos de responsabilidad

Antes de los hechos de la II Guerra Mundial, la figura de la responsabilidad penal individual se encontraba en diversos documentos, pero no fue sino hasta la Carta de Núremberg, en su artículo 6 y su sentencia, que se desarrolló una teoría de la responsabilidad penal individual internacional más consolidada que la prevista por Kelsen.

La Asamblea General de la ONU afirmó los principios del derecho internacional reconocidos por la carta del Tribunal de Núremberg.[314] La Comisión de Derecho Internacional (ILC) fue establecida para formular estos principios en el marco del Código de Ofensas en contra de la Paz y la Seguridad de la Humanidad. La Comisión completó la formulación de los Principios de Nuremberg en el año 1950 y fueron sometidos a la Asamblea General. Dentro de estos principios se pueden hacer especial mención de tres de ellos; primero, "(Principio I) *any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsable thereof and liable to punishment"*. Segundo (Principio VI(a) (ii)), "*participation in a common plan or conspiracy*" para cometer un acto criminal constituye un crimen en contra de la paz, que es totalmente condenable. Tercero (Principio VII), *"complicity in the commission of a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity (…) is a crime under international law*". De esta forma se estableció que la responsabilidad individual tiene diferentes modelos para ser generada, a saber: la perpetración directa, la conspiración y la

[313] Idem, p 148.
[314] UN, Asamblea General. Resolución nº 95 (I), 11 de diciembre de 1946.

complicidad. Las mismas fueron asentadas como piedras angulares para teoría de la responsabilidad penal individual en el derecho internacional.

Otra fuente importante para reafirmar la responsabilidad individual se encuentra en el artículo 3 de la Convención sobre Genocidio:

Artículo 3:

Serán castigados los actos siguientes:

a) El genocidio;

b) La asociación para cometer genocidio;

c) La instigación directa y pública a cometer genocidio;

d) La tentativa de genocidio;

e) La complicidad en el genocidio.

De la lectura del artículo se desprende el establecimiento de la figura de conspiración. La Convención sobre Genocidio no contiene una norma que regule la responsabilidad del superior, por lo que aquellos que ordenen, organicen, dirijan o incentiven a la comisión de tal crimen serán subsumidos en el ordinal (e) del artículo 3 de la Convención, Esto resulta lamentable, más aun considerando que los máximos líderes son quienes realmente propician dicha responsabilidad.

En este sentido Schabas comentó: *"complicity is sometimes described as secondary participation, but when applied to genocide, there is nothing*

'secondary' about it. The 'accomplice' is often the real villain, and the 'principal' offender a small cog in the machine."[315]

La Convención de Ginebra de 1949 y el I Protocolo Adicional del año 1977 contienen normas relacionadas con el castigo a las violaciones de las normas del derecho humanitario internacional y aporta la frase 'violaciones graves' tanto en las convenciones como en el Protocolo.[316] Las graves violaciones obligan a los estados partes a promulgar la normativa necesaria que otorguen sanciones penales efectivas para juzgar a las personas que cometan u ordenen tales crímenes; asumiendo –además– la responsabilidad de juzgar dichos criminales o, en su defecto, remitir los casos a otro Estado parte.

De estos hechos se desprenden dos puntos interesantes de resaltar: primero, puesto que la Convención deja la responsabilidad de juzgar a las cortes nacionales, se implementa de esta forma un sistema de responsabilidad penal individual integral en relación con los crímenes internacionales. Además, el Protocolo, en su artículo 86, establece una norma relacionada con la responsabilidad del superior, porque no son únicamente responsables por ordenar los crímenes establecidos en la Convención, sino también por fallar en prevenir que sus subordinados cometiesen hechos delictivos. Igualmente, se destaca que el superior también es responsable, así como aquel que, a pesar de no haber sido el autor material, ayuda en la comisión o se une a los criminales para preparar y perpetrar los crímenes, además del que accidentalmente ha ayudado a cooperar en la ejecución de los crímenes.

---

[315] Shabas William. *Genocide in International Law: The crimes of crimes*, Cambridge University Press. Cambridge, 2000 p 259.
[316] Venezuela ratificó, respectivamente, en el año 956, las convenciones de Ginebra y tanto el Primer como el Segundo Protocolo en el año 1998.

La *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes* establece también en su artículo 4 la responsabilidad penal internacional, en la cual se obliga a los estados a penalizar la comisión o participación en actos de tortura. El artículo establece lo siguiente:[317]

Artículo 4

1. *Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.*
2. *Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.*

Otra fuente de codificación se encuentra en los Estatutos de los tribunales *ad hoc.* En este sentido tanto la jurisprudencia, como el secretario de las Naciones Unidas dejaron claro que los crímenes no se pueden cometer de forma aislada, los respectivos estatutos de estas cortes dejaron asentados en sus artículos 7(1) y artículo 6 (1) que:

> *"A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crimes".*

La responsabilidad individualizada se extiende a todos aquellos que han contribuido a la comisión del crimen. El artículo identifica cinco tipos de conductas criminales: planear, instigar, ordenar, cometer o, de otra forma,

[317] ONU. *Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Asamblea General., Resolución nº 39/46, 10 de diciembre de 1984, 1456 UNTS 85.

ayuda o instiga a planear, preparar o en la ejecución del crimen, englobando cada escenario en el cual la persona puede comprometerse en una conducta que concluya con la comisión de un crimen. Igualmente, cabe destacar que en los Estatutos de los tribunales *ad hoc,* la figura de la responsabilidad del superior está reseñada en el subparágrafo del artículo 7 (3).

Finalmente, se tiene el artículo 25 (3) del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que encapsula por primera vez la responsabilidad penal individual.[318]

Con el artículo 25 del Estatuto de Roma se concluyó una era que buscaba la diferenciación en los grados de participación, trabajo que se buscaba desde los Juicios de Núremberg; en este sentido, los subparágrafos (a) y (c) contienen los conceptos principales de un comportamiento criminal. El subparágrafo (a) se refiere a la perpetración, mientras que el subparágrafo (b) gira en torno a la participación en general y al sub parágrafo (c) le toca lidiar con la complicidad en particular. Por su parte, los subparágrafos (d) al (f) otorgan diferentes grados de responsabilidad, entre estos se tiene:

[318] Artículo 25. Responsabilidad Penal Individual
1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.
2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.
3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:
a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;
b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;
c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;
d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común.
e) La contribución deberá ser intencional y se hará:
i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;
f) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;
g) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

responsabilidad del grupo, incitación a cometer el crimen de genocidio, por la tentativa. El concepto de responsabilidad grupal es una reminiscencia del concepto de diseño común, reflejando de una forma débil la jurisprudencia del TPIY. A pesar de esta breve observación, el artículo 25 nos otorga una lista exhaustiva que abarca todos los supuestos de participación antes, durante y después de la comisión de un crimen, que incluye un concepto de responsabilidad por pertenecer a un grupo criminal, mediante la penalización de la contribución individual a la comisión de un crimen por unirse a un grupo con propósito delictivo. Por su parte, la responsabilidad del superior quedó establecida en el artículo 28 del Estatuto complementando la responsabilidad individual establecida en el artículo 25.

Ahora bien, *¿la responsabilidad penal individual es aplicable durante conflictos internos?* Ante esto cabe indicar que al principio la respuesta a tal pregunta hubiese sido negativa, más considerando que los crímenes cometidos en conflictos nacionales no tenían tal regulación como en el marco de los conflictos internacionales. Esto era una consecuencia de la oposición de los estados a que sus asuntos fueran vistos por otros países; es decir, una reminiscencia del concepto obsoleto de soberanía. En este sentido, 'las graves violaciones' establecidas en las Convenciones de Ginebra y en el Iº y IIº Protocolo no contienen normas explícitas que establezcan claramente la responsabilidad de la violación de dicha normativa. Sin embargo, la realidad ha demostrado que los conflictos internos son los que cada vez toman más fuerzas, lo cual ha resultado en que, por ejemplo, una de las primeras realidades enfrentadas por el TPIY fuese esclarecer este asunto, ya que debía actuar sobre un crimen de carácter interno. La situación se discutió en el caso de *Tadić,* en el que la defensa alegó que su representado no podía ser acusado por ese Tribunal, puesto que el conflicto no tenía carácter internacional; a esto se sumaba la inexistencia de un tratado que recogiera la responsabilidad individual por crímenes cometidos en un conflicto interno. En

este sentido, la Sala de Apelaciones señaló que la responsabilidad penal sea basaba en el derecho internacional consuetudinario, al imponer sanciones por las violaciones contenidas en el artículo 3 del Estatuto del Tribunal y otorgando al Tribunal la jurisdicción con relación a cualquier violación seria al derecho humanitario internacional, sin importar en el contexto donde se den las mismas, es decir, un conflicto internacional o interno. La Sala se apoyó en las legislaciones nacionales que implementaron las convenciones de Ginebra, los manuales militares y la práctica internacional establecida por las constantes resoluciones de la ONU, concluyendo que:

> *"all of these confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflicts, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife."* [319]

Asimismo, en esta sentencia, la Sala indicó que la formación de las normas consuetudinarias que regulan los conflictos armados internos reposa sobre "los pronunciamientos oficiales de los estados, los manuales militares y las decisiones judiciales", en vez de ser regulada por la conducta de las tropas en el campo de batalla. En este sentido, Dinstein indica que las normas generales del derecho consuetudinario son obligatorias para todos los estados sin importar su previo consentimiento, por ello que indica que la

[319] TPIY. Prosecutor v Duško Tadić, Decisión sobre la Jurisdicción, parráfo 137. Disponible en http://www.icty.org/case/tadic/4

normativa a ser acatada en este tipo de conflictos ha crecido tanto a nivel de tratados como a nivel consuetudinario.[320]

Por otra parte, el encabezado del artículo 4 del Estatuto del TPIR consagra la potestad del tribunal para juzgar a las personas que han cometido u ordenado la comisión de tales crímenes. Igualmente, el Tribunal para Ruanda estableció, en el caso *Akayesu*, los mismos argumentos seguidos en el caso de *Tadić.*

Aunque este tema en específico no es nuestro objeto de investigación, es importante agregar y tener en cuenta que este tipo de conflictos no internacionales se pueden materializar bajo tres modalidades: a) hostilidades, b) crímenes ordinarios y c) crímenes de guerra,[321] y en el medio de ellas se puede materializar la comisión de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma.

a) Las hostilidades se refieren a aquellos conflictos que toman lugar entre dos bandos, normalmente suele ocurrir entre el gobierno y las fuerzas insurgentes. Cabe destacar que este tipo de conductas están reguladas por la ley de los conflictos armados no internacionales [siglas en inglés, LONIAC ('law of non-international armed conflict')].

Dinstein indica que la esencia de los conflictos es la violencia, en cuanto a su preparación, planificación y ejecución en todos los niveles. No obstante, a veces las hostilidades consisten también en operaciones no violentas, tales como la recopilación de inteligencia enfocada en el sector opuesto, logística (entrega de armamento, equipos, transporte, comida, gasolina y todo aquello

[320] Dinstein, Yoram. *Non-International Armed Conflicts in International Law*. Cambridge University Press, 04 de junio 2015, p 9.
[321] Dinstein, Yoram. *Obra citada,* p 11.

que sea esencial a los que luchan) así como la administración de una red de medios electrónicos y otros medios de comunicación que, aunque no son violentas, son necesarias para que las acciones militares o de seguridad sean exitosas. Los hechos violentos generan víctimas humanas o la destrucción de la propiedad. Los daños se pueden causar a través de explosivos, balas, etc., aunque la violencia también se da a través de ataques cibernéticos.

b) Crímenes ordinarios, de acuerdo con el autor estos son crímenes comunes, por lo que cuando un conflicto no internacional se encuentra en proceso de desarrollo, todos los actos de violencia cometidos por los insurgentes apoyados por el poder central son crímenes ordinarios de las autoridades ejecutivas y judiciales del país.[322]

c) Crímenes de guerra, en el marco de un conflicto interno, de guerras civiles, los mismos pueden ser igualmente cometidos, estos crímenes se encuentran establecidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma, por lo que no se desarrollará más.

De esta forma, queda claro que, en los estatutos de los tribunales *ad hoc* y a nivel de tratados y de derecho consuetudinario, se establece la responsabilidad penal individual, la cual existe independientemente de la naturaleza del conflicto; es decir, aplica tanto en conflictos internacionales como internos. A su vez, la responsabilidad individual abarca desde la perpetración hasta la participación.

[322] El autor Dinstein compara esta situación con las leyes del estado de Ruritania, un país ficticio ubicado en el centro de Europa. Dinstein, Yoram. Obra citada, p 12.

9. Diálogo entre el artículo 25 y el artículo 30 del Estatuto de Roma y 'la responsabilidad penal individual': elementos del crimen

9.1. Introducción

En los sistemas nacionales, al igual que en los sistemas internacionales, las responsabilidades nacen no únicamente con la comisión del crimen, sino también cuando la persona se involucra mediante otras modalidades de participación.

Para ilustrar la situación, se tiene que en casi todos los ordenamientos nacionales se entiende que cuando una o más personas participan en un crimen todas son tenidas como responsables, bajo las figuras de 'coperpetradores' o 'principales'. Sin embargo, en algunos sistemas nacionales se encuentran diferencias cuando se desea condenar a dos o más personas que participaron en un mismo crimen; es decir, cuando una sola persona no realiza el acto sino que de una forma u otra colabora para la realización del mismo. Esto se debe a que en estas legislaciones no se contemplan las diferentes categorías de participación y, por lo tanto, no existen diferentes grados de la pena; por ejemplo, Estados Unidos, Francia, Australia, Italia, Uruguay. En estos países, se considera que todos los participantes se deben tener como principales, de lo que resulta que la pena debe ser igual para todos.

En otros sistemas legales, como el alemán y el ruso, se puede encontrar claramente la distinción normativa entre las dos categorías, a saber: 'principales' y 'colaboradores o accesorios'. Dichos sistemas indican incluso que las personas que se encuadran en la última categoría se deben juzgar con una pena menor.[323] En Venezuela, si bien es cierto que se tiene dos

[323] Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press. Oxford, 2003, p 179-180.

categorías, principales y colaboradores, la sustancia teórica de ellas no se encuentran determinadas de forma clara en el Código Penal, teniendo que recurrir a los análisis doctrinales en la materia para aclarar diversos planteamientos.

Pero, ¿por qué es importante determinar los grados de participación y las modalidades de dolo en el contexto de los crímenes internacionales y la responsabilidad de superiores?

La respuesta es simple, y esto subyace en el hecho de que el Estatuto de Roma, en su artículo 30, desglosa los elementos subjetivos que se exigen para la configuración de los crímenes. En este sentido, la intención de dicho artículo es definir lo que debe considerarse como intención y conocimiento, ambas figuras son necesarias para establecer el elemento subjetivo de la responsabilidad de los superiores y la responsabilidad individual. Algunos autores han indicado que en el artículo 30 se configuran los tres dolos existentes, dolo de primer grado, dolo de segundo grado y dolo eventual. Por su parte, otro sector de la doctrina indica que el artículo sólo establece dos tipos de dolos.[324] La CPI ha aportado mayor luz al aclarar cómo debe entenderse dicho artículo. En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el caso Lubaga, indicó que se requiere un elemento volitivo por parte del 'acusado' y que ese elemento volitivo requiere tres grados de dolo, a saber: dolo directo, dolo de segundo grado y dolo eventual.[325] De acuerdo con el aforismo *actus non facit reum nisi mens sit rea* presente en el artículo 30, el elemento subjetivo requiere dos elementos para

[324] Elewa, Mohamed. "*The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary from a Comparative Criminal Law Perspective".* Criminal Law Forum, nº 19, p 473-518. Noviembre de 2008, p 2.
[325] CPI. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges, (*Lubanga* Décision sur la confirmation des charges), 29 January 2007.

configurarse: el elemento volitivo presente en la intención y el elemento cognitivo del conocimiento.

Por otra parte, se tiene que de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales posteriores a la II Guerra Mundial y los tribunales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, se crearon las bases de la doctrina de la responsabilidad penal individual. A los efectos, hizo uso de la doctrina en materia de perpetración y de participación, garantizando, de esta forma, el enjuiciamiento de los máximos líderes por la comisión de crímenes en masa.

Por esta razón, estudiaremos el alcance del artículo 25 del Estatuto de Roma, denominado *Responsabilidad Penal Individual*, mediante el análisis de la historia legal de las figuras de perpetración y participación, así como mediante el estudio de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. Sin embargo, es oportuno diferenciar los modelos de participación criminal, confrontando el caso venezolano, para comprobar si existen algunas diferencias entre las modalidades establecidas en el artículo 25, el artículo 30 y la doctrina venezolana.

El uso de la terminología resulta fundamental porque si bien es cierto que los Tribunales de Núremberg y de Tokio, así como los juicios subsiguientes, nos brindaron importantes fuentes del derecho internacional penal y desarrollaron la teoría de la responsabilidad individual, también es cierto que las mismas no concedieron un sistema más sólido de derecho penal y de doctrina. En este sentido, es necesario buscar las bases del derecho local, puesto que, en cierta medida, las leyes nacionales pueden otorgar ciertas directrices para fortalecer el criterio de la responsabilidad penal individual en el marco internacional. A su vez, nos pueden asistir en el entendimiento y en la descripción de los conceptos de derecho internacional penal. En este contexto, los jueces de los tribunales ad hoc revisaron las diferentes doctrinas nacionales para reajustarlas en el marco de sus sentencias.

Siguiendo este orden de ideas, es importante precisar que dichos tribunales hicieron uso de los términos de *actus reus* y *mens rea* para describir los elementos tanto objetivos como subjetivos de los crímenes contemplados en sus respectivos estatutos. Ambos conceptos, de origen angloamericano, han demostrado ser útiles a la hora de probar y analizar la responsabilidad individual, la participación individual y la responsabilidad del superior en las casos llevados ante los tribunales ad hoc. No obstante, otro sector de la doctrina a nivel internacional ha indicado que dichos conceptos poseen deficiencias y se han buscado otras vías en la doctrina legal para fortalecer los elementos que se deben configurar para determinar la responsabilidad penal. A pesar de las críticas, la definición de las figuras del *actus reus* y *mens rea* es la usada por los abogados angloamericanos para describir la responsabilidad de los que ejecutan los crímenes, razón por la cual pasaremos a dilucidar su significado.

De acuerdo con lo descrito por Ashworth, el *actus reus* y la *mens rea* se pueden definir como:

> "The *actus reus* consists of the prohibited behaviour or conduct, including any specified conduct, including any specified consecuences arising therefrom. The *mens rea* is usually described as the mental element –the intention, knowledge, or recklessness of the defendant in relation to the proscribed conduct".[326]

Por su parte, Smith and Hogan describen el crimen usando la siguiente estructura:

[326] Ashworth Andrew & Horder Jeremy. *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press, 2013, p 83.

> *"It is a general principle of criminal law that a person may not be convicted of a crime unless the prosecution have proved beyond reasonable doubt both (a) that he has caused a certain event or that responsibility is to be attributed to him for the existence of a certain state of affairs, which is forbidden by criminal law, and (b) that he had a defined state of mind in relation to the causing of the event or the existence of the state of affairs".* [327]

Tal como se indicó *ut supra,* el *actus reus* hace referencia a una situación o a un evento, en tanto que la *mens rea* hace mención al estado mental para cometer el crimen. De estos conceptos resalta el hecho de que un hombre no es penalmente responsable por su conducta, a menos que el elemento mental esté presente, esto se subsume en el aforismo clásico *actus non facit reum, nisi mens sit rea.*[328] El *actus reus* está específicamente referido al elemento externo del crimen, lo cual incluye todos aquellos actos realizados para perpetrar el crimen sin llegar al elemento mental del acusado, aunque está conectado íntimamente con ese elemento mental.[329]

Por lo tanto, el comportamiento (elemento objetivo) requiere el estado mental (elemento subjetivo) para ser considerado como un comportamiento criminal. Esto deviene en que se necesita el elemento objetivo 'comportamiento' y el elemento subjetivo 'culpa' para la definición de un crimen, que suele reposar en una normativa penal o en un Código y los mismos deben ser satisfechos y probados. De esta forma, se tiene que una persona puede ser culpable cuando hay una culpa personal. Por ejemplo, en el caso del sistema penal alemán y holandés, se construye un crimen en el transcurso de tres fases. La

[327] Smith J.C & Hogan. *Criminal Law*, London-Edinburg-Dublin, 1996, p.29.
[328] Kenny, A: Freewill & Responsibility. Routledge & Kegan Paul Ltd. Londres, 2011 p 1.
[329] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 42.

conducta es sólo castigable: primero, cuando se configuran los elementos doctrinarios del crimen; segundo, cuando la conducta está fuera de lo establecido en la ley, y tercero, la conducta debe ser culposa. Cuando se analizan las defensas y la distinción entre la segunda y tercera etapa, la diferencia entre ellas -entre el delito y la culpa- se hace clara. Sin embargo, las figuras de *mens rea* y del *actus reus* no aceptan esta distinción.[330] De esta situación surge la necesidad de comparar las situaciones dadas en el derecho nacional y penal internacional para que se configuren los elementos objetivos y subjetivos en la comisión de un crimen.

9.2. La *mens rea* o el elemento subjetivo: una visión multisistemas

9.2.1. Sistema angloamericano

En el sistema angloamericano, Kenny indica que la *mens rea* significa 'mente culpable', no se necesita estar consciente de la maldad o de alguna intención malévola ya que en la mayoría de los casos se necesita un simple conocimiento de lo que se está haciendo y de que esto es ilegal. No obstante, cuando se requiere la *mens rea* el acto no se puede considerar como punitivo si no le acompaña el elemento mental.[331]

Se ha llegado a indicar que la "*mens rea consists of two elements. It consists first of all of the intent to do an act and secondly of the knowledge of the circunstances that makes that act a criminal offence"*; finalmente, la m*ens rea* se puede establecer por una tercera falta: imprudencia. Se tiene así que la *mens rea* se puede conformar de tres formas: 1) la intención, 2) el conocimiento de las circunstancias para hacer que un acto sea criminal y 3) la imprudencia.[332] La línea divisoria entre ellas es el grado de riesgo de que

[330] Ibidem, p 43.
[331] Kenny. A. *Obra citada*, p 12.
[332] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 43.

efectivamente ciertas consecuencias se desembocan a raíz de la acción ejecutada. En la intención se tiene certeza total de la ocurrencia de los hechos, en tanto que la imprudencia denota un grado de riesgo en el cual la consecuencia es un resultado que probablemente ocurriría.

A diferencia de la intención y el conocimiento, la imprudencia abarca el comportamiento no intencional; igualmente, la negligencia aplica como otra forma no intencional de cometer un crimen. En este sentido, la negligencia desencadenante de un *actus reus* no es considerada legalmente como culpable puesto que el actuante no tomó las precauciones necesarias al momento de realizar una acción.[333] Por lo tanto, la negligencia se considerará como un requisito para configurar la culpa, tal como lo son la intención, el conocimiento, y la imprudencia; estos constituyen los cuatro elementos de culpa para la configuración de la *mens rea.*[334]

Con relación al concepto de intención, en el derecho angloamericano no existe un concepto generalmente aceptado, lo que genera diversas posiciones.[335] Asimismo, el elemento del conocimiento tiene la misma fuerza que la intención, aunque el conocimiento está ligado a las circunstancias que forman parte del crimen y la intención está ligada directamente a las consecuencias específicas en la definición del crimen.[336]

---

[333] Un sector de la doctrina considera que la negligencia no es legalmente censurable debido a que la inconsciencia no es un estado mental y por lo tanto no constituye *mens rea*. Se recomienda profundizar en Van Sliedregt, obra citada, p 43.
[334] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 43.
[335] En este sentido, se puede revisar que algunos autores han indicado que los jueces no deberían definir el concepto de intención sino limitarse sencillamente a diferenciarla de deseo y motivo; por su parte otros autores, han señalado que en el caso de la defensa se debe indicar claramente cuándo el acusado no tenía la intención de causar daño; por lo que el jurado debe ser instruido en decidir si el acusado sabía las consecuencias prohibidas, si realmente se conocían (ver: Moloney y Nedrick en Van Sliedregt, p 44)
[336] En palabras de Glanville Williams: "As applied to bodily movement the notion of intention means that the movement was willed or volitional or purposive or done in a state of normal consciousness (A sleep-walker does not intentionally walk, for legal purposes, becasue he is not in a state of normal consciousness). As applied to the

En otro orden de ideas, la imprudencia se considera como "*less culpable mental state than intention*"; por lo que, en vez de ser intencional, la acción denota una toma de riesgos, mientras que la negligencia denota inconsciencia del riesgo. Por otro lado, la negligencia se configura cuando la persona no actúa dentro de los márgenes de la prudencia y la sensatez. Cabe destacar que la negligencia no constituye *per se* un estado mental que se pueda encuadrar en la doctrina de la *mens rea*; de acuerdo con Van Sliedregt, el término no se encuentra tipificado en la ley angloamericano sin la calificación *wilful neglect*.[337]

9.2.2. Sistema de países civilistas

El elemento subjetivo en el sistema civil también abarca varias formas y grados de culpa, mediante la división entre intención (dolo) y la involuntariedad (culpa o conducta criminal). En este sentido, la doctrina causalista ha conceptualizado el dolo como 'mala intención' (dolus malus), solicitando que el autor 'conozca y quiera' el escenario del delito. El dolo requiere para su configuración dos componentes, a saber: uno psicológico (conocimiento y voluntad del hecho) y otro de carácter normativo (conocimiento de la ílicitud del acto a ser cometido).[338] El estándar alemán se puede resumir como "'saber' (*wissen*) y 'querer' (*wollen*) la materialización de la definición de la ofensa" y esta se refiere como el *dolus directo* de primer grado. El dolo directo o de primer grado es aquel en el cual existe una total intención del autor de cometer el hecho.[339] El concepto francés del dolo, *'dol',* también envuelve tanto el conocimiento como la disposición. Por lo tanto, estos conceptos nos permitirán delimitar, a través de la volatilidad y el

circumstances of an act, the notion of intention, according to the usual understanding, means that these circumstances were known to the actor. Williams, G.L, Textbook of Criminal Law, London, 1983, p 116.
[337] Van Sliedregt, *Obra citada*, p 45.
[338] Modolell, Juan. *Obra citada,* p 95.
[339] Modolell, Juan. *Obra citada*, p 98.

elemento subjetivo, el alcance de lo que debe entenderse como ***intención completa***, entendiendo esta como el primer grado del elemento mental en la normativa de los sistemas civiles.[340] En el caso venezolano, la mayor parte de la doctrina ubica el dolo dentro de la culpabilidad a pesar de que la tendencia es usar el dolo en el tipo penal.[341] En este sentido, Arteaga Sánchez indica que el dolo es en sí "la forma más típica, más completa y más acabada de las formas en que puede presentarse el nexo psicológico entre el autor y el hecho".[342] Además, agrega que el mérito del artículo 61 del Código Penal es que además de poseer la condición de imputabilidad, para la configuración del juicio de culpabilidad y posterior responsabilidad, se necesita que la persona haya perpetrado el hecho con dolo, salvo que la propia ley ponga a cargo del agente -aunque este no haya tenido la intención de cometer el acto- bajo título de culpa, preterintención o consecuencia de acción u omisión.[343]

El segundo grado de 'intención' deja de lado el elemento volitivo y se centra alrededor del aspecto cognitivo. El **dolo indirecto** o de segundo grado es aquel en que el autor no tiene como fin último la realización directa del hecho pero el bien jurídico afectado se encuentra irremediablemente unido al bien jurídico que se persigue lesionar.[344] Por su parte, el derecho alemán y el holandés reconocen el **dolo directo**, '*dolus directus*', como un segundo grado y el derecho holandés lo define como aquella "intención con la conciencia de la inevitabilidad". Por su parte, el derecho penal francés no reconoce este tipo de dolo directo, 'dolus directus', ya que realiza una

[340] Van Sliedregt. Obra citada, p 46.
[341] Modolell, Juan Luis. *Obra citada*, p 94.
[342] Arteaga Sánchez, Alberto. "*La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible*", Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1992, p 113.
[343] Arteaga Sánchez, Alberto. *Obra citada*, p 114.
[344] Modolell, Juan. *Obra citada*, p 98.

distinción entre **intención general** y un acto ilegal (*dol général*) y la **intención específica** requerida para ciertas ofensas (*dol spécial*).[345]

Finalmente, se tiene el tercer grado de dolo, conocido como el **dolo eventual**, que se puede referir como aquel riesgo por la responsabilidad. La determinación 'eventual' deviene de que el hecho representado "no necesariamente va a ocurrir, por lo tanto lo eventual no es dolo sino el hecho abarcado por el mismo".[346] El **dolus eventual** difiere del **dolo directo** en que el primero realiza un test con relación al daño que podría ocurrir, en tanto que el último requiere que el acusado esté consciente de que el daño podría ocurrir. Para Van Sliedregt, el dolo eventual retratará lo que sería la imprudencia establecida en el sistema angloamericano, en el sentido de que ambos son "un riesgo de responsabilidad"; no obstante, la imprudencia es más amplia porque abarca incluso la negligencia, configurándose así la culpa. En el derecho alemán y holandés, el **dolo eventual** está incluido en la definición de intención. Por su parte, el derecho francés deja de lado el dolo eventual como un grado de intención.[347]

La importancia de determinar el elemento subjetivo del autor radica en que se permitiría subsumir su conducta en el determinado tipo penal o diferenciar un crimen doloso de uno culposo, o un crimen consumado de un crimen en tentativa.[348]

En cuanto a la culpa y a sus grados, la misma denota la realización de un acto que no se tenía la intención de cometer, resultando el mismo en una acción negligente. El elemento que logra realizar la distinción de ambas

[345] Van Sliedregt. Obra citada, p 46.
[346] Modolelle, Juan. *Obra citada*, p 98.
[347] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 46.
[348] Modolell González, Juan Luis. *Derecho Penal Teoría del Delito*. UCAB. Caracas, 2015, p 94.

figuras es la voluntad, es decir, el elemento volitivo. En este aspecto, la culpa (*faute consciente/ bewusste Schould/ conscious negligence 'advertent'*) es el máximo grado de *culpa* en el sistema continental. Se tiene así que en el derecho civil el tipo culposo se configura porque la finalidad última del autor no es el crimen *per se;* por lo tanto, el hecho punible se configura como consecuencia de la violación de la norma y por la debida penalización del resultado final.[349] La culpa (negligencia consciente) encuentra su par en el derecho angloamericano en la imprudencia involuntaria (*inadvertent recklessness*). La culpa inconsciente, también conocida como *faute incosciente/bewusste Schuld/unconscious negligence (inadvertent),* carece del aspecto volitivo y de los elementos cognitivos.[350] Esto se refiere a que el acusado no tenía conciencia de la ocurrencia de las circunstancias o consecuencias de sus actos. A pesar de que el resultado no sea previsto por el autor, el hecho es igualmente sancionable, razón por la cual se debe tener especial cuidado con el concepto clásico del delito, ya que este sostiene que la culpa se basaba en la previsibilidad del hecho, siendo este el elemento psicológico de la misma.[351]

En forma gráfica se pueden clarificar las diferencias entre los conceptos de la siguiente manera:[352]

[349] Modolell González, Juan Luis. *Derecho Penal Teoría del Delito*. UCAB. Caracas, 2015, p 120.
[350] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 47.
[351] Ibidem,
[352] Van Sliedrigt, desarrolló el siguiente cuadro comparativo para facilitar el entendimiento de dichos conceptos. En el desarrollo de esta investigación quien suscribe agregó la sección de Venezuela.

Francia	Alemania	Angloamericano	Venezuela
Dolo general (dol général)	Dolo directo 1º grado (totalmente intencional)	Intención (intention)	Dolo directo de primer grado
Dolo especial (dol spécial)	Dolo directo 2º grado (dolo directo)	Conocimiento (knowledge)	Dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias
	Bedingte Vorsarz (dolo eventual)	Imprudencia advertida (advertent recklessness)	Dolo eventual (vía jurisprudencia)
Dolo eventual (Dol eventual)	Bewusste Schuld (negligencia consciente)	Imprudencia inadvertida (inadvertent Recklessness)	Negligencia, imprudencia e imperia (todos tienen el mismo grado)
Faute consciente	Unbewusste Schuld (non-conscious negligence)	Negligence	
Faute inconsciente			

De esta forma, se busca comprobar que los juicios de crímenes en masa realizados en algunas de estas jurisdicciones,[353] demuestran en sí mismos que se han encontrado más recursos en los conceptos usados por el *common law* para establecer el elemento subjetivo en la comisión de dichos crímenes.

En este sentido, Ambos, indica que el uso de la figura 'falta' en las jurisdicciones nacionales va desde el dolo eventual (en la Corte Suprema de la zona británica) hacia la intención total (caso de la corte holandesa en Menten y de la corte israelí en el caso Eishmann). Por su parte, en los casos de *Barbie* y *Touvier*, las cortes francesas requirieron el conocimiento de un plan criminal y la intención total de los actos sustantivos.[354]

En Venezuela el tipo culposo se sanciona vía excepcional, en tanto lo establezca la ley penal. Se tiene así que el artículo 61 del Código Penal indica que no se puede imputar a nadie por un delito que no tenía la intención de causar, "salvo que la propia ley se lo atribuya como consecuencia de su acción u omisión".[355] Igualmente, a la hora de tipificar el delito culposo se tiene la negligencia, imprudencia e impericia.[356] Por su parte, Arteaga Sánchez señala que, a su criterio, si bien es cierto que el Código Penal establece como regla general la responsabilidad a título de dolo, el legislador permitió excepciones a dicho precepto, a saber, los delitos que la propia normativa consagra como delitos culposos o contra la intención. Estos delitos son aquellos en que la acción u omisión no son intencionales, por lo que el delito tiene como origen un acto imprudente,

[353] Salvo el caso de Venezuela, sin embargo se agrega al gráfico para visualizar la situación en nuestro país con relación a dichas figuras.
[354] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 154.
[355] Modolell González, Juan Luis. *Obra citada*, p 120.
[356] Ibidem, p 125.

negligente, por impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o disposiciones disciplinarias.[357]

9.2.3. Los tribunales ad hoc y los grados de culpa en el derecho internacional penal:

Los estatutos de dichas cortes no realizaron una separación de los elementos de la *mens rea*; sin embargo, a través de la jurisprudencia se desarrolló dicha figura aclarando, delimitando y otorgando un concepto de la *mens rea* enmarcado en los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, permitiendo así la creación de diferentes grados de responsabilidad.

En el caso del delito de genocidio, se debe probar que la persona tenía una intensión especifica **(dolo especial)** para "destruir, en parte o en su totalidad, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso". Por lo tanto, en las negociaciones para alcanzar la definición del delito de genocidio, en lo pertinente a la intención específica, se originaron fuertes debates sobre si se debía incluir o no el motivo como elemento constitutivo del crimen de genocidio; de lo cual resultó que tanto los tribunales nacionales como internacionales delimitaron el mismo. En opinión de Van Sliedregt, los tribunales *ad hoc* pareciesen haber adversado la inclusión de un elemento de motivo en la definición, tal situación se puede presenciar en el caso de *Jelisic*, en el que la sala de juicios se enfocó en el aspecto cognitivo de la intención genocida *"the clear knowledge that he was participating in genocide, that is the destruction, at least in part of a national, ethnic, racial or religious group*". Por su parte, el TPIR, en el caso *Akayesu*, se enfocó en el aspecto cognitivo de la intención genocida: "*with regard to the crime of*

[357] Arteaga Sánchez, Alberto. La Culpabilidad, *obra citada* , p 114.

genocide, the ofender is culpable only when he has committed one of the offences charged under Article 2 (2) of the Statute with the clear intent to destroy, in whole or in part, a particular group. The ofender is culpable because he knew or should have known that the act committed would destroy, in whole or in part, a group".[358]

En el caso del crimen de lesa humanidad, se necesita que la *mens rea* sea el elemento dominante. Se tiene, así, que en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, se requiere que el acusado tenga un conocimiento real de que sus actos eran parte de un ataque extendido y sistemático contra una población civil para buscar establecer una política o un plan. El motivo tiene que ser probado, el hecho de que los crímenes sean extendidos y sistemáticos dejaría automáticamente de lado un simple motivo personal. En la sentencia de juicio del caso *Tadić* se indicó:

> *"The conclusión is therefore warranted that the relevant case law and the spirit of international rules concerning crimes against humanity make it clear that under customary law…" "(…)do not acquiere any relevance for establishing whether or not a crime against humanity has been perpetrated",*[359] *y " the Appeals Chamber does not consider it necessary to further require, as a substantive element of mens rea, a nexus between the specific acts allegedly committed by the accused and the armed conflicto, or to require proof of the accused's motives".*[360]

En cuanto al punto de que lo extendido y sistemático de los crímenes anula el requisito del motivo personal, concurre con los elementos del crimen de

[358] Van Sliedright. *Obra citada*, p 49.
[359] TPIY. Prosecutor v *Tadić,* Sentencia. 15 de julio de 1999, parágrafo 674.
[360] TPIY.Prosecutor v *Tadić*, Apelación, parágrafo 201.

lesa humanidad en el Estatuto de Roma, se debe a que no se requiere "la prueba de que el perpetrador tenía conocimiento de las características del ataque o los detalles precisos del plan o política del Estado". El TPIY en el caso de *Blaškić* parafraseó la intención específica de los crímenes de lesa humanidad en los términos de riesgo. El Tribunal indicó que era suficiente que "él (Blaškić) a sabiendas de las consecuencias tomó los riesgos de participación en la implementación de una ideología, política o plan".[361]

Igualmente, se ha señalado que en la jurisprudencia de los tribunales se destaca que la *mens rea* en los crímenes de guerra **incluye la imprudencia y la intención**, en concreto en los crímenes de asesinato y matanza. Sin embargo, no queda claro cómo se entiende la imprudencia en los Tribunales *ad hoc*, ya que la imprudencia inadvertida (*advertent recklessness*), que tiene su equivalente en el derecho francés como '*dól eventuel',* es una forma seria de culpa[362] o dolo eventual, figura dominante en algunas jurisdicciones del derecho civil, lo que connota una intención que equivaldría en el derecho del *common* law como imprudencia advertida (*advertent recklessness*).

Se ha llegado a indicar que los tribunales tuvieron confusiones al momento de aplicar los diferentes grados de culpa que existen en los diversos ordenamientos jurídicos y esto se confirma cuando se corrobora que la Sala de Juicios llegó a usar estándares diferentes. En este sentido, la interpretación hecha en el caso de *Blaškić*, en el cual se equiparó la imprudencia con la intención indirecta, no fue adoptada por la Sala de Juicios en el caso de *Aleksovski*, que, por su parte, consideró la imprudencia como

[361] TPIY. *Prosecutor V Tihomir Blaškić*, Sentencia, Caso Nº IT-95-14-T, Marzo 2000, párrafo, 257.
[362] En este sentido, la duda surge debido a que el caso fue precedido por el juez francés Jorda, pero a pesar de esto, en la traducción de la sentencia al francés, la figura de recklessness (imprudencia) fue traducida como "l'ímprudence délibérée" y posteriormente en la sentencia, en el contexto de responsabilidad por ordenar los crímenes, la sala se refirió como "le dol éventuel", el cual no se considera una forma de intención. Ver: Van Sliedrigh, obra citada, p 49.

un grado de falta que estaría al nivel de la intención.[363] El caso de *Tadić* se debe entender como el caso epítome para entender e interpretar los diferentes grados de culpa aplicados por el Tribunal, en especial con relación al requisito de la *mens rea* y la intención común. La Sala de Juicios señaló:

> *"It should be noted that more than negligence is required. What is required is a state of mind in which a person, although he did not intend to bring about a certain result, was aware that the actions of the groups were most likely to lead to that result but nevertheless willingly took that risk. In other words, the so-called dolus eventuales is required (also calles 'advertent recklessness' in some national legal systems)".*[364]

De lo dicho anteriormente, se ha señalado que en los tribunales ad hoc: 1) el **dolo eventual** forma parte de la ley aplicada por los tribunales; 2) el mismo es un grado de culpa que está ubicado entre la intención completa y la negligencia; 3) se puede equiparar con la imprudencia advertida, la cual parece sugerir que es parte de la intención y, finalmente, 4) el dolo eventual tiene el mismo alcance en los tribunales ad hoc que en algunos sistemas nacionales, puesto que abarca las situaciones en las que las probables consecuencias son acertadas.[365]

9.2.4. La *mens rea* y su codificación en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional

La culpa es un elemento esencial en todos los casos de justicia penal, aunque el derecho penal reconoce otros grados de culpabilidad, tales como la negligencia e imprudencia. Igualmente, se ha indicado que todos los

[363] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 50.
[364] TPIY. Caso *Tadić*, sentencia, párrafo 220.
[365] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 50.

crímenes necesitan un elemento subjetivo y otro elemento objetivo para su debida configuración.[366]

El Estatuto contiene en el artículo 30 todo lo relacionado con el elemento mental, cabe destacar que el artículo se titula 'elemento mental' y no es conocido como '*mens rea*'; esto se debió a que los países pertenecientes al derecho civil no estaban familiarizados con dicha terminología. Igualmente, el concepto fue sometido a múltiples negociaciones debido al alcance de los diferentes conceptos, tales como las diferencias entre dolo eventual y el requerimiento de una probabilidad, así como entre los conceptos de imprudencia y negligencia grotesca.[367] Sin embargo, no existe en el Estatuto una norma paralela que delimite el elemento objetivo de los crímenes y esto se debió a que fue difícil alcanzar un acuerdo durante las negociaciones.

Se tiene, así, que el artículo 30 excluye los grados de falta que lo colocarían al nivel de la intención. El parágrafo (I) requiere que el elemento material sea 'cometido con intención y conocimiento'. Por lo tanto, el artículo 30 requiere una máxima intención (dolo directo en primer grado) para los crímenes establecidos en el Estatuto. La intención y el conocimiento pueden constituir el requerido elemento mental independientemente uno del otro debido a que cada uno tiene su propio significado. No obstante, se requiere la prueba de ambas figuras en la comisión del crimen de asesinato puesto que el conocimiento extendido y sistemático de los ataques satisface los elementos necesarios del crimen de lesa humanidad. En este caso, el elemento volitivo está inmerso en el cognitivo; por lo tanto, se ha llegado a indicar que la intención de los negociadores era que los crímenes del Estatuto tuviesen

[366] Schabas William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford. Oxford University Press. 2010, p 473.

[367] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 51.

como elementos la intención y el conocimiento.[368] Esta posición queda reafirmada en el Manual denominado "Elementos de los Crímenes" de la CPI, en donde se especifica que "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 realizaron con intención y conocimiento. Cuando no se hace referencia en los elementos de los crímenes a un elemento de intencionalidad para una conducta, consecuencia o circunstancia indicada, se entenderá aplicable el elemento de intencionalidad que corresponda según el artículo 30, esto es, la intención, el conocimiento o ambos".[369] A su vez, se establecen las excepciones al artículo 30.

El autor Modollel defendió la posición según la cual los términos 'intención', localizado en el párrafo 1, e 'intencionalmente', del párrafo 2, contienen definiciones distintas; el primero, relacionado con el elemento volitivo del dolo y el segundo, como la parte subjetiva del propio tipo, abarcando el sentido general. Considera además, que su contraparte anglosajona, *intent*, es ambigua; igualmente, plantea que el artículo 30, párrafo 2 b), del Estatuto permitiría, en cuanto a las consecuencias, que se configure el dolo con la concurrencia del elemento intelectual. Se exige que la persona presente alternativamente el querer o la conciencia -en el marco del conocimiento-, que se podría interpretar *ex ante,* lo cual puede ser 'esperable' de la conducta de un hombre promedio ya que el párrafo 3 de la normativa se

[368] *Ibidem.*
[369] CPI. Manual Elemento de los Crímenes. Introducción General, p 247. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf

refiere al 'curso normal de los acontecimientos'. Esto permitiría incluir, sin mayor dificultad, el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual.[370]

Por su parte, el autor Schabas indica que el elemento mental posee dos componentes, denominados intención (elemento volitivo) y conocimiento (elemento cognitivo); por lo tanto, siguiendo la tradición del derecho continental, los jueces de la CPI han descrito estos dos elementos como componentes del dolo, destacando, de esta forma, los tres tipos de dolo conocidos en dicho sistema, a saber: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y el dolo eventual, conocido como imprudencia advertida en algunas legislaciones. Desde este punto, nos indica que el dolo directo de primer grado (intención directa) se refiere al conocimiento que tiene el individuo de que sus actos u omisiones permitirán configurar el elemento material del crimen y que cometer los actos u omisiones con la voluntad y el deseo de realizarlos manifiestan de forma predominante el elemento volitivo. En el dolo directo de segundo grado el elemento cognitivo es más importante al no requerir que la persona tenga la intención real o la voluntad de realizar el elemento material del crimen, pero debe estar consciente de que estos elementos serán un resultado inevitable de sus acciones u omisiones. Es decir, el criminal debe estar consciente de que los hechos ocurrirán en el curso ordinario de los eventos, de esta forma el elemento volitivo pierde fuerza y gana más énfasis el elemento cognitivo.

Finalmente, Schabas explica que el dolo eventual tiene su par en el concepto de 'recklessnees', del derecho consuetudinario.[371] Sin embargo, de acuerdo con la CPI en la Sala de Cuestiones Preliminares, el mismo no se encontraría

---

[370] Aldoney Ramírez, Rodrigo, *La Implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional*, en obra colectiva, "*Temas Actuales del Derecho Penal Internacional, Contribuciones de América Latina, Alemania y Españ"a*, Konrad –Adenauer-Stiftung, Alemania, 2005, p 214.
[371] Schabas, William: *Obra citada*, p 476.

entre las modalidades dadas por el Estatuto de Roma, lo mismo se consideró cuando la Corte decidió revisar el travaux del Estatuto.[372]

En otra nota, el parágrafo 2 del artículo 30, es explícito al requerir que se tenga conocimiento de las consecuencias que, de manera que, estrictamente, el **dolo** requiere que el perpetrador esté consciente del riesgo de su conducta, la cual es proporcional a determinados resultados y el autor está preparado para aceptarlos. Además, junto con el párrafo anterior y teniendo en cuenta que el dolo eventual se ha visto más como 'un riesgo en la responsabilidad' que como algo intencional, se podría decir que el **dolo eventual** no se puede considerar parte del elemento mental establecido en el artículo 30 (2) (b), ya que este requiere explícitamente la conciencia de que las consecuencias del crimen ocurrirán. Igualmente, hay que destacar que la 'imprudencia' no quedó dentro del alcance del artículo 30 del Estatuto de Roma; sin embargo, considerando la jurisprudencia reciente de la CPI, se ha llegado a indicar que la Corte, en principio, no tendría jurisdicción sobre las matanzas causadas de forma 'imprudente' o asesinatos realizados de forma 'imprudente' como crímenes de guerra. Por ello, se ha indicado que la redacción del artículo 30 se debería estimar contraproducente en la consistencia y coherencia del derecho internacional penal. En opinión de Van Sliedregt, la CPI debería considerar lo establecido por los tribunales *ad hoc*, interpretando que los crímenes establecidos en el artículo 8 sean subsumidos en el artículo 30, "salvo disposición en contrario".[373]

No obstante, la CPI realizó sus primeros acercamientos a este concepto en el caso de Lubanga, el cual despertó puntos de debate conn relación a la frase

[372] CPI. Bemba Case, Decsion Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean –Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009, parágrafo 366.
[373] Van Sliedregt, *Obra citada*, p 50-51.

"o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos", puesto que la Corte indica que los participantes en el crimen consideran la 'posibilidad' y la 'probabilidad', las cuales son inherentes a la nociones de 'riesgo' y 'peligro'. Recientemente, se ha indicado que esta visión es muy cercana al concepto de 'dolo eventual' o a la imprudencia involuntaria, como la culpa requerida por la CPI. Se tiene así que el dolo eventual es la forma más baja de culpabilidad y va más allá de lo que habían previsto los redactores del Estatuto de Roma. En este sentido, la Sala de Apelaciones tomó otras medidas y corrigió la discrepancia al indicar que el término "riesgo" debería haber sido evitado cuando se interpretó el artículo 30[374].

❖La jurisprudencia de la CPI y el establecimiento del elemento subjetivo

- El caso de Lubanga, Katanga y Ngudjolo y Bemba

El parágrafo (1) establece que el elemento material se debe llevar con la intención y el conocimiento; los parágrafos dos y tres aclaran que, en relación con la conducta del acusado, la intención basta por sí sola, en tanto que el conocimiento es suficiente para ciertas circunstancias. La intención y el conocimiento eran requeridos únicamente con relación a las consecuencias. La Sala de Cuestiones Preliminares, en sus decisiones sobre la confirmación de cargos, ha acordado que la referencia acumulativa de intención y conocimiento significa que se requiere el elemento volitivo.

La Sala de Cuestiones Preliminares ha interpretado de forma diferente el estándar de 'intención y conocimiento' establecido en el artículo 30 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. La interpretación amplia se

[374] Aksenova, Marina. *The Modes of Liability at the ICC: The Labels that don't always stick.* International Criminal Law Review, nº 15, Brill Nijhoff, 2015, p 629 – 664.

encuentra apoyada por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso de Lubanga; de acuerdo con el artículo 30 del Estatuto, se incluyen en las mismas situaciones en las cuales el acusado está consciente del riesgo que acarrea la realización del crimen y sin embargo acepta las consecuencias generadas por cometer el hecho delictivo. Igualmente, de acuerdo con la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Bemba, el artículo 30 requiere la conciencia de una certeza virtual de que el resultado criminal puede ocurrir.

En la Sala de Cuestiones Preliminares, en el caso de Lubanga, se analizó el artículo 30 haciendo mención a la jurisdicción civil y a sus conceptos de: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado y dolo eventual. Se concluyó que los tres tipos de dolo están en el artículo 30 del Estatuto.[375]

La Sala definió el dolo directo de primer grado como:

> *"Those situations in which the suspect (i) knows that his or her actions or omissions will bring about the objective elements of the crime and (ii) undertakes such actions or omissions whith the concrete intent to bring about the objective elements of the crime".*[376]

En cuanto al dolo directo de segundo grado, se definió como aquel que abarca "*situation in which the suspect, without having the concrete intent to bring about the objective elements of the crime, is aware that such elements will be the necessary out come of his or her actions or omissions".*[377]

Finalmente, definió como dolo eventual aquel en el cual "*the suspect (a) is aware of the risk that the objective elements of the crime may result from his*

[375] CPI. *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06-803-tEN) Decision on the Confirmation of charges, Pre Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, para. 351-355.
[376] CPI. *Caso de Lubanga*, confirmación de la decisión, para. 351-355.
[377] CPI. *Caso de Lubanga*, confirmación de la decisión, para. 352.

or her actions or omissions, and (b) accepts such an out come by reconciling himself or herself with it or consenting to it". A su vez, la Sala distingue dos formas de dolo eventual dependiendo del nivel de riesgo:

- Si el riesgo relacionado con los elementos objetivos del crimen es sustancial, en el sentido de que exista una probabilidad de que ocurrirá en el curso ordinario de los eventos, el hecho de que el acusado acepte la idea de que causó los elementos objetivos se puede inferir de la conciencia de la probabilidad sustancial y la decisión de llevar a cabo sus acciones u omisiones a pesar de que estaba consciente.
- Si el riesgo era bajo, el sospechoso debe tener claro o expresamente haber aceptado la idea de que los elementos objetivos del crimen podrían resultar de sus acciones u omisiones.

No obstante, la Sala no analizó esa última modalidad del dolo eventual, ya que la misma se puede inferir de las definiciones de intención y conocimiento establecidas en los artículos 30 (2) y (3) del Estatuto de Roma[378].

En la situación de Katanga y Ngudjolo, la Sala de Cuestiones Preliminares aceptó de forma unánime que el artículo 30 del Estatuto incluye el dolo directo de primer y segundo grado, al indicar que estar consciente de que *"a consequence will occur in the ordinary course of events*" codifica el dolo directo de segundo grado. La mayoría además

[378] Goy, Barbara. *Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court A comparison with the Ad Hoc Tribunals*. International Criminal Law Review, nº 12, Martinus Nijhoff Publishers, año 2012, páginas 1-70, p 20.

indicó, en el *obiter* de la sentencia, que el artículo 30 también incluye el dolo eventual.[379]

En el caso de Bemba, la Sala de Cuestiones Preliminares II señaló que el artículo 30 engloba únicamente el 'dolo directo de primer grado o intención directa' y 'el dolo directo de segundo grado'. Asimismo, indicó que el dolo eventual, la imprudencia u otra forma menor de culpabilidad no se encuentran encapsulados en el artículo 30 del Estatuto.[380]

El dolo directo como primer grado *"requires that the suspect knows that his or her acts or omissions will bring about the material elements of the crime and carries out these acts or omissions with the puposeful will (intent) or desire to bring about those material elements of the crime".*

Además indicó:

> *"dolus directus in the second degree does not require that the suspect has the actual intent or will to bring about the material elements of the crime, but that he or she is aware that those elements will be the almost inevitable outcome of his acts or omissiones, i.e, the suspect 'is aware' that (the consequence) will occur in the ordinary course of events".*[381]

La Sala consideró que realizó una interpretación literal del Estatuto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, además de los *travaux préparatoires*, e indicó que durante las negociaciones se desecharon la imprudencia o el dolo eventual, presentes en los primeros borradores.

---

[379] CPI.*Caso de Katanga & Ngudjolo*, Confirmation Decision, párrafo. 530.
[380] CPI. *Caso de Bemba*, jurisprudencia citada, párrafo 360.
[381] CPI. *Caso de Bemba*, confirmation decision, párrafo 359.

- El caso de Banda y Jerbo

La Sala de Cuestiones Preliminares I no usó los términos dolo directo y dolo eventual. Sostuvo que el artículo 30 abarca dos situaciones: en la primera, el acusado sabe que su conducta provocará una consecuencia y conscientemente lleva a cabo la conducta con la intención de realizar el acto. En el segundo, el acusado está comprometido con una conducta sin la intención de llevar a cabo la consecuencia pero estando consciente de que tal resultado ocurrirá en el curso ordinario de los eventos.

❖ Interpretación del artículo 30 de acuerdo con la CPI

La solicitud de 'intención' y 'conocimiento' con relación a las consecuencias establecidas en el artículo 30 (2) y (3) del Estatuto de Roma, abarcan dos situaciones:

1) el acusado desea causar el acto y está consciente que estos ocurrirán en el curso ordinario de los eventos;

2) el acusado está consciente de que las consecuencias ocurrirán en el curso ordinario de los eventos. [382]

Por lo tanto, la pregunta central debería girar en torno a cómo se debe entender la *conciencia* de que los hechos ocurrirán en el curso ordinario de los eventos. De esta forma, se ha indicado que las interpretaciones dadas al artículo 30 son conflictivas puesto que en el caso de Lubanga fue muy amplia y en el caso de Bemba fue muy limitada. En esta última, en la que se limita la

[382] Goy, Barbara. *Artículo citado*, p 23.

aplicación del artículo, es en los casos en que el acusado virtualmente tiene la certeza de que el hecho ocurrirá.[383]

9.2.5. El acercamiento entre el artículo 30 y el artículo 28 del Estatuto de Roma

Tal como se ha ido desarrollando, la figura de la responsabilidad del superior establece dos modelos de responsabilidad; una para civiles y otra para militares. En relación con los militares-comandantes, su tipificación se encuentra en el apartado (a) (i), en el cual se exige el 'conocimiento actual de los hechos' y el conocimiento constructivo *should have known*, el término 'debía haber sabido' es similar a la figura de la negligencia. Segundo, el termino *had reason to know* es otra alternativa del conocimiento de los hechos, que amerita ser comprobada en la persona del comandante.[384]

A pesar de las dudas surgidas durante las discusiones de la inclusión de dicha frase, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, en el caso de Lubanga, consideró (con respecto a los elementos de los crímenes de guerra, en lo pertinente a la utilización, reclutamiento y alistamiento de niños) la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* y concluyó que la expresión 'tenía razones para saber' es más estricta que el término 'debería haber sabido'. Esto se debe a que la primera "*no criminaliza la falta de debida diligencia del superior militar para cumplir con su deber de estar informado de las actividades de sus subordinados*" sino que en realidad el requisito de "tenía razones para saber" puede cumplirse sólo si los superiores militares tenían al

[383] Ibidem.
[384] Es importante destacar, que durante la preparación del I Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra de 1949, se tuvo mucho cuidado con la inclusión de la frase 'hubiere debido saber', situación que quedó registrada en el travaux préparatoire, donde se indicó que Argentina llamó la atención de los grupos de trabajo al señalar que la responsabilidad penal debía ser clara y que dicha frase podría ser incompatible con los sistemas de latinoamerica en virtud de que la misma no era clara y podría ser incompatible con el principio de inocencia de los países de latinoamerica.

menos un mínimo de información a su disposición, de manera que cree la necesidad de iniciar una investigación.[385]

Por lo tanto, "un superior será penalmente responsable a través de los principios de responsabilidad superior sólo si la información estaba disponible para él, la cual le habría puesto en aviso de los delitos cometidos por sus subordinados". En este sentido, uno puede discernir que el descuido en el cumplimiento del deber de adquirir tal conocimiento no figura en el artículo 28 (1) como un delito independiente y un superior no es, por lo tanto, responsable en virtud de la provisión para tales fallas sino sólo por no haber adoptado las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar.

A la luz de estas razones, y de la lectura del artículo 28 (a) junto con el artículo 30 (3), se observa que mientras la primera alternativa del conocimiento asignado al comandante militar cumpliría la norma del conocimiento, la segunda alternativa, 'debe haber sabido', no lo haría. En tal situación, la condición 'salvo disposición en contrario' entraría en juego y la segunda alternativa del artículo 28 (a) 'debería haber sabido' prevalecería. Por otra parte, se puede indicar que el actor 'negligente' es una persona que no logra distinguir un riesgo que debería percibir. Asimismo, el actor 'imprudente' es una persona que percibe el riesgo, o es consciente del riesgo, pero no tiene en cuenta el mismo a la hora de actuar. Además, en muchas leyes y en la comisión de muchos delitos se indica que la imprudencia se ubica en el nivel mínimo de culpabilidad, por lo que 'la voluntad' en la negligencia no es suficiente. En consecuencia, "la distinción

[385]CPI. Decisión sobre la confirmación de los cargos en Contra de Lubanga, párrafo 439.

entre 'indiferencia consciente' y 'fracaso de percibir' implica a menudo la diferencia entre la condena y la absolución".[386]

Con relación a los grados de responsabilidad y la *mens rea*, el artículo 28 exige un elemento mental más manejable que el requerido en el artículo 30. Igualmente, hay que precisar que con relación al elemento subjetivo, el artículo 30 se ha considerado la regla en tanto que los artículos 8 y 28 del Estatuto son las excepciones, dejando claro que el artículo 30 tiene inclusive niveles más altos de exigencia para configurar el elemento subjetivo que lo solicitado en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc. Resulta llamativo que en el marco del Estatuto de Roma, los elementos requeridos para configurar la responsabilidad del superior son más tenues que los requeridos por los tribunales *ad hoc*. Esto se puede representar de la siguiente manera. [387]

[386] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 187.
[387] Van Sliedregt.*Obra citada*, p 52 y 53.

Artículo 30 ER	***Art 8 y 28 ER***	***TPIY y TPIR***
Intención		*Intención (general y específica)*
Conocimiento		*Conocimiento*
Dolo directo		*Dolo directo*
	Dolo eventual/ Imprudencia advertida	*Imprudencia advertida*
	Imprudencia/ ceguera deliberada	*Negligencia*
	Negligencia	

9.3. El *actus reus* o el elemento objetivo en la comisión del crimen

Se puede comenzar diciendo que el *actus reus* o el elemento objetivo consta de tres elementos: conducta, consecuencias y las circunstancias necesarias para la materialización del crimen. De acuerdo con Smith y Hogan, estos crímenes se pueden clasificar en dos grandes grupos: 1) crímenes de conducta, que penalizan la conducta y 2) crímenes de resultado, que penalizan la consecuencia. De esta forma, se tiene que los crímenes se pueden dividir en actos positivos y omisiones; el Estatuto de Roma abarca ambos tipos de conducta. En el caso específico del Estatuto, la responsabilidad por omisión se encuentra establecida en los artículos 28 y 8 (2) (b) (xxv); en el primero se sanciona la falta del superior para prevenir o castigar un crimen cometido por los subordinados y en el segundo se penaliza el uso de la hambruna de civiles como un método de guerra.

En este sentido, muchas jurisdicciones nacionales aceptan el 'comportamiento omisivo', que sanciona conductas criminales positivas; este tipo de omisiones se denomina 'comisión por omisión'; en terminología alemana, *unechte Unterlassungsdelikete* o, en términos angloamericanos, 'omisión indirecta', lo que debería distinguirse de la 'genuidad' o de la 'omisión directa. En el último caso, el concepto de dicho tipo de crimen gira en torno a la no acción, por ejemplo, la falta de un comandante para prevenir los crímenes cometidos por sus subordinados. Los **crímenes verdaderos de omisión** son usualmente conductas criminales, en tanto que los crímenes que califican como 'comisión por omisión' son crímenes de resultado. La comisión por omisión es una construcción de la doctrina y tiene sus bases en la jurisprudencia. La misma está conformada por tres elementos acumulables, a saber: 1) la materialización de un resultado, 2) la existencia

de un deber de actuar, 3) un enlace causal entre la conducta pasiva y el resultado.[388]

Los jueces de los tribunales ad hoc han sostenido que los crímenes establecidos en los Estatutos se pueden cometer tanto por acciones como por omisiones. En el caso de *Blaškić*, la Sala de Juicios estableció que los crímenes de 'trato inhumano' (artículo 2.b del Estatuto del TPIY, constituyen una grave violación a las Convenciones de Ginebra) y trato cruel (el artículo 3 del estatuto lo califica como un crimen de guerra) podrían consistir en ambos, tanto crímenes de acto como de omisión. Por su parte, el TPIR estableció, en el caso de *Kambanda,* que todos los actos de genocidio podrían ser cometidos por omisión.

De esta forma, se llegó a discutir si el artículo 28 del Estatuto creaba o debería crear una responsabilidad por omisión. Esto, más aún, considerando el aforismo *nullum crimen sine lege,* establecido en el artículo 22 del Estatuto de Roma, en el cual se solicita el establecimiento de la normativa para delimitar exhaustivamente la materia y prohibir la aplicación por analogía; así, podría resultar dudoso si la responsabilidad por omisión con relación a los crímenes de la jurisdicción de la corte son reconocidos como parte del Estatuto.

Se ha llegado a indicar que en el supuesto de realizar una interpretación estricta, al mejor estilo francés de interpretación, esto marcaría la pauta para no aceptar la inclusión de la figura de la omisión, resultando que este tipo de interpretación no sea la realmente buscada, ya que la comisión por omisión debería ser tenida como una conducta y, por lo tanto, debería estar dentro de la esfera de acción de los sistemas penales, incluyendo la CPI. En este

[388] Van Sliedretg. *Obra citada*, p 54.

sentido, se ha indicado que la CPI perdería mucho de su esfera de acción si se limitase a actos positivos.[389] Esto toma fuerza considerando los crímenes de resultado, como el asesinato, así como aquellas conductas criminales que son descritas como acciones criminales en términos neutrales, por ejemplo 'causar gran sufrimiento', establecido en el artículo 8 (2) (a) (iii) o el literal (c) del artículo 6, ya que no sería muy difícil imaginar que infligir condiciones a un grupo puede ser a bien realizado tanto por acciones positivas como negativas. Por otra parte, sería difícil incluir responsabilidad en la definición de los crímenes que contienen actos como destruir la propiedad de un enemigo o el saqueo de una ciudad o sitio; en estos casos la legalidad del artículo 22 debería entrar en juego y prevenir a la corte de aplicar una interpretación progresiva como para incluir la responsabilidad por omisión. Además, pareciese que el artículo 22 sólo aplica a los crímenes enumerados en el Estatuto y no en los diversos modelos de responsabilidad del artículo 25.[390]

El elemento mental es contraparte del elemento material, el primero se encuentra establecido en el artículo 30 del Estatuto, resultando que el mismo es necesario tanto para atribuir la responsabilidad como para evitarla. El elemento material se puede interpretar tanto de forma amplia como estricta, cuando se limita el elemento material, se entiende que los elementos del crimen incluyen: el acto, las consecuencias y las circunstancias. Por otra parte, entendido de una forma amplia, el elemento material también cubre un aspecto negativo, es decir la ausencia de la justificación u otras formas de exclusión de la responsabilidad criminal. El último concepto se puede

[389] Ver discusión en Van Sliedretg. *Obra citada*, p 54 - 55.
[390] I*bidem*, p 56.

encontrar en la ley y doctrina alemana. En el Modelo del Código Penal alemán se define en la sección 1.13 (10) de la siguiente manera:

> "*material element of an offense means an element that does not relate exclusively to the statute of limitations, jurisdiction, venue or to any other matter similarly unconnected with (i) the harm or evil, incident to conduct sought to be prevented by the law defining the offense, or (ii) the existence of a justification or excuse for such conduct".*

Una interpretación amplia tiene como ventaja exceptuar de responsabilidad penal a una persona que se equivoca en relación con las bases de su justificación o excusa; en este sentido, podría confiar en la defensa de un error, por ejemplo la propia defensa.

9.4. Grados de responsabilidad en la comisión de un crimen

La responsabilidad no se puede limitar únicamente a la persona que cometió el crimen sino que también debe abarcar a todos aquellos que de una u otra forma participaron en la comisión del mismo. Se tiene así que la responsabilidad directa (principal) recae sobre el perpetrador y la responsabilidad indirecta (secundarios) recae sobre aquellos que participaron en el crimen mediante la ayuda, instigación o cualquier otro modo de colaboración o apoyo al perpetrador para cometer el crimen. No obstante, los términos principal y secundario podrían resultar engañosos ya que podrían connotar menor o mayor culpa, considerando que una segunda parte podría tener más culpa en la comisión de un crimen que un principal, por ejemplo cuando alguien es el instigador o el que coordina todas las acciones para promover la perpetración del crimen.

La autonomía individual es uno de los principios fundamentales de la teoría moderna penal puesto que cada individuo se debe tener como responsable por los actos cometidos, ya que se considera que las personas tienen la

capacidad y el libre albedrío para tomar sus propias decisiones, sobre estos pilares descansa la responsabilidad personal.

La distinción entre responsabilidad directa e indirecta es reconocida en la mayoría de los sistemas penales y constituye una parte subsistente del concepto de responsabilidad penal individual. No obstante, Van Sliedregt indica que el estilo usado por el TPIY no ha sido claro, ya que se ha referido a los cinco tipos penales contenidos en el artículo 7 (1) del Estatuto como una responsabilidad directa. De acuerdo con la autora, el malentendido entre estas nociones deviene en el desarrollo de los conceptos de responsabilidad individual y responsabilidad de superiores en la jurisprudencia de la Corte. La responsabilidad individual, establecida en el artículo 7 (1) del Estatuto del TPIY, se tiene como directa para distinguirla de las responsabilidades del superior o de comando establecidas en el artículo 7 (3) del Estatuto, las cuales se consideran indirectas. En este sentido, se puede traer a colación el caso de *Čelebići*, en el cual se realizó la distinción entre la responsabilidad del superior por ordenar crímenes (art 7.1 del estatuto) y por no haber prevenido los crímenes (art. 7. 3 del Estatuto):

> "*That military commander and other persons occupying of superior authority may be held criminally responsable for the unlawful conduct of their subordinates is a well-established norm of customary and conventional international law. This criminal lianility may arise either out of the positive acts of the superior (sometimes referred to as "direct" command responsibility) or from his culpable omissions*

(indirect command responsibility or command responsibility strictu sensu)".[391]

Y

"The distinct legal character of the two typer of superior responsibility must be noted. While the criminal liability of a superior for positive acts follows from general principles of accomplice liability, as set out in the discussion of Article 7.1 above, the criminal responsibility of superiors for failing to take measures to prevent or repress the unlawful conduct of their subordinates is best understood when seen against the principle that criminal responsibility for omissions is incurred only where there exists a legal obligation to act. As is most clearly evidenced in the case of military commanders by article 87 of Additional Protocol I, international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent persons under their control from committing violations of international humanitarian law, and it is ultimately this duty that provides the basis for, and defines the contours of, the imputed criminal responsibility under Article 7 (3) of the Statute)".[392]

De acuerdo con Van Sliedretg, sería inapropiado referirse a la responsabilidad de superiores como una 'responsabilidad imputada', como en la citada sentencia, este término se debería evitar ya que podría ensombrecer la responsabilidad del superior como un tipo de responsabilidad.[393]

[391] TPIY. Sentencia Čelebići párrafo 333.
[392] Ibidem, párrafo 334.
[393] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 60.

La responsabilidad del superior es un tipo de participación *sui generis* o, incluso, se puede considerar como un 'crimen de omisión'. Esto connota una responsabilidad directa, lo cual es consecuencia de que la responsabilidad sea derivada en vez de imputada, la responsabilidad se configura en virtud de que el superior jerárquico **falló en la prevención de la comisión de un crimen realizado por el subordinado**. Por lo tanto, la distinción entre responsabilidad directa e indirecta se usará de la misma manera que en las jurisdicciones nacionales, refiriéndose a perpetración y participación. Esta terminología se debe considerar de manera separada de las figuras de perpetración directa e indirecta, que sirven para distinguir a los perpetradores físicos y los perpetradores por los medios.[394]

9.5. Los modelos de participación en el crimen en los sistemas nacionales y su aplicabilidad en el derecho internacional penal

En las jurisdicciones nacionales es más fácil conseguir los diferentes modos de responsabilidad en la comisión de un crimen. Primero, se puede encontrar un modelo de 'agencia individual' (*Einheitstätermodell*), el mismo está basado en las premisas de que una pluralidad de personas realizan una pluralidad de crímenes; lo cual tiene como consecuencia que la responsabilidad de cada participante es tenida por sí misma, hablando estrictamente, el participante se debería tener como responsable. Segundo, se puede encontrar el 'modelo de participación', este se basa en la teoría de la participación en el crimen de una pluralidad de personas, cada una ejecuta un rol en la comisión del crimen; esta participación va desde la total

[394] Ibidem.

coperpetración a la simple facilitación.[395] A diferencia del *Einheitstätermodell*, el modelo de participación presupone una multitud de personas y una sola ofensa como resultado. Se realiza una distinción entre el principal y el que comete el crimen y la segunda parte, quien lo asiste o promueve en su comisión; por lo tanto, la responsabilidad de este último está sujeta o deviene de la responsabilidad del primero. Este modelo permite una distinción entre los condenables por el crimen propiamente hecho y aquellos que participaron en el crimen.[396]

En las sentencias se puede encontrar la clasificación de los participantes como instigadores, coperpetradores, instigadores o facilitadores, los simples facilitadores usualmente son condenados con penas menos severas, mientras que los instigadores y los coperpetradores son castigados de forma análoga a los perpetradores. Los sistemas que reconocen la separación del autor y del coautor como una forma distinta a los facilitadores e incitadores, se pueden tener como representantes de los diferentes modelos de participación.

Por otra parte, existen sistemas, como el francés o el angloamericano, en los cuales sólo se adopta un tipo de partes secundarias como cómplices. No obstante, hay distinciones fundamentales entre perpetradores (principales) y cómplices (parte secundarias); esto no quiere decir que esos sistemas no reconozcan las contribuciones diferentes al crimen principal. Este tipo de modelo es lo que se denomina 'modelo dual de participación', en el que se hace una distinción especial entre los principales y los cómplices. En estos sistemas, los diferentes grados de participación se expresan en la etapa de

[395] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 61.
[396] Van Sliedregt. *Obra citada,* p 61.

sentencia y no en la etapa atributiva de la responsabilidad, como en el modelo de participación diferenciado.[397]

El sistema angloamericano influenció los juicios de Núremberg y los juicios subsiguientes, así como a los tribunales ad hoc. De esta forma, la responsabilidad participatoria descansa en el modelo dual de participación del sistema angloamericano. De acuerdo con Gardner, el concepto de responsabilidad participatoria en el derecho inglés contiene elementos del *Einheitstätermodell* y del modelo de participación.[398] La contribución al perpetrador se debe probar pero, por otra parte, el cómplice puede ser condenado por las ofensas en las que ha participado, sin una calificación especial para determinar el estatus como cómplices.

En la doctrina civilista, se tiene que los cómplices se pueden tener como responsables principales. Tal es el caso en el derecho alemán, en el que la parte secundaria, que es un total cooperante en el crimen (unión o coperpetrador) o autor intelectual (instigador), se considera perpetrador, mientras que en el derecho francés, el artículo 121-6 del Código Penal, señala "*será puni comme auteur le complice de l'infraction".*

Es importante destacar que la doctrina de complicidad del sistema angloamericano, reflejada en la ley de los tribunales *ad hoc*, es una consecuencia de su uso en los juicios de Núremberg. La ayuda y la instigación a cometer un crimen son delitos supuestos como una colaboración en la comisión del crimen principal. No obstante, se tiene como caso diferente que la persona que ha ayudado o instigado en la comisión del

[397] Van Sliedrigt. Obra citada, p 62.
[398] Ibidem.

delito de genocidio, de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad debe ser sentenciada por el crimen principal.[399]

Por su parte, el artículo 25 del Estatuto de Roma, en su parágrafo 3, pareciese adoptar un criterio diferente, puesto que el parágrafo 3 (a) [400] está delimitado a establecer los perpetradores directos e indirectos (entiéndase también unión de perpetradores y perpetrador por los medios); en tanto que bajo el subparágrafo 3 (c) se puede establecer la responsabilidad de los colaboradores o instigadores.[401] En la próxima sección, revisaremos la legislación venezolana para comprobar si la doctrina existente guarda similitudes o diferencias con el sistema establecido en el Estatuto de Roma. Esta revisión se efectuará en aras de garantizar una tipificación uniforme de los elementos de los delitos (objetivo y subjetivo) que permitan juzgar a los que cometan este tipo de crímenes. De esta forma, se verificará en qué punto nos encontramos para comenzar la implementación del Estatuto.

10. Venezuela, la Constitución y el Derecho Internacional Penal: los elementos objetivos de los crímenes internacionales

10.1. El dolo

De acuerdo con lo que se ha discutido previamente el dolo es el nexo psicológico entre la persona y el crimen. En este sentido, Artega Sánchez indica que el dolo es la "regla general y la forma normal en la realización del hecho", esto se desprende del artículo 61 del Código Penal "*nadie puede ser*

[399] Van Sliedreth. *Obra citada,* p 64.
[400] Artículo 25. "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 (…)"
(…)
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;
[401] Ibidem.

castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión". El dolo es la intención de cometer el delito, siendo dicha intención la esencia del mismo. La excepción a esta regla general es la culpa.

No obstante, la interpretación del artículo 61 crea muchas dudas, en su tercer aparte indica: *"la acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario".* De esta forma, se ha llegado a afirmar que la disposición aclara las nociones básicas que deben existir entre el elemento psicológico y el hecho, esto sobre las bases del Código Zanardelli.[402] Por tanto, el "principio de la voluntariedad de la acción u omisión" queda 'remarcado', principio que es común a los delitos y a la falta. Arteaga Sánchez indica que el primer aparte del art. 61 del Código, hace "referencia a la regla general de la responsabilidad a título de dolo y como excepción, aunque el legislador no lo haya consignado expresamente, a la responsabilidad a título de culpa, preterintención o a cualquiera otra forma en los casos en que la ley atribuye el hecho a su autor como consecuencia de su acción u omisión". Agrega además que con dicha redacción se ha buscado excluir toda posibilidad a presumir el dolo e inversión de la carga de la prueba;[403] concluye indicando que en "nuestro Código resulta excluida toda presunción de dolo, requiriéndose en forma clara y terminante para responder de un delito que el sujeto haya tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, salvo que la ley se lo atribuya como consecuencia de su acción u omisión".[404] Menciona que no podría hablarse de una presunción de dolo porque sería reconocer "una profunda contradicción en

[402] Arteaga Sánchez. *Obra citada*, p 358-359.
[403] Arteaga Sánchez, La Culpabilidad, *obra citada*, p 139.
[404] Ibidem, p 140.

nuestro ordenamiento", por lo cual señala que al haberse incluido, por una parte, el texto del Código Penal español y, por la otra, 'voluntad' del Código Penal italiano, lo que ha hecho el legislador es aclarar los conceptos de los nexos psicológicos entre el sujeto y el hecho.[405] En este sentido, el autor Arteaga Sánchez concluye que el artículo no se trata de la presunción del dolo sino más bien de la presunción de la voluntariedad de la acción u omisión. Este autor considera "que en forma alguna puede hablarse en nuestro derecho positivo de una presunción de dolo; presunción de voluntariedad, sí, presunción de voluntariedad de la causa pero no presunción del dolo o presunción de la voluntariedad del resultado. El dolo, la intención, no se presume en nuestro Código Penal", sino que más bien el mismo tiene que ser comprobado en el proceso de acuerdo con lo que estableció la sala de casación desde el año 1954.[406] Desde otra arista, Arteaga Sánchez indica que el dolo posee un elemento intelectual, que es el conocimiento de la antijuricidad del hecho; el mismo implica, para el autor, el conocimiento y representación de los hechos, fundamento lógico, por cuanto no se puede afirmar que el hecho es querido si no se tenía conocimiento o si se había previsto el mismo.[407] Además, Arteaga resalta que el dolo contiene el elemento volitivo, el cual puede entenderse también como el momento emocional del dolo; es decir, el campo de lo querido por el autor, o investigar hasta qué punto quería el autor la realización de los hechos. En este sentido, comenta que primeramente no se requieren mayores explicaciones, ya que se considera "como querido el resultado al cual directa o indirectamente se dirigía la voluntad del sujeto". En este caso se hablaría del *dolo directo*, el mismo se configura cuando el sujeto dirige su voluntad hacia un resultado

[405] Ibem, p 141.
[406] Arteaga Sánchez, La Culpabilidad, *obra citada,* p 362-363.
[407] ibidem p 118.

antijurídico que ha previsto pero es más importante la consecución del acto criminal. No obstante, en la comisión de ese acto se desencadenan otros resultados, pero a pesar de ello el autor decide seguir con el plan, por lo cual se concluye que el autor también quería esas consecuencias, aprobándolas y aceptándolas en su voluntad. Este tipo de dolo es al que Jiménez de Asúa denominaba 'dolo de consecuencias necesarias', pero podría darse el caso de que el autor no quisiese esos daños colaterales atados al resultado final sino que tan sólo podrían ser una posibilidad, encontrándonos de acuerdo con Arteaga Sánchez en la zona donde se debe distinguir entre dolo y culpa y, más específicamente, entre dolo eventual y culpa consciente. Por tanto, se ha indicado que si el autor "prevé la posibilidad de que el resultado se verifique y a pesar de ello actúa, aceptando el riesgo de que se produzca tal resultado o actuando sin la segura convicción de que no se producirá, nos encontramos ante la figura del denominado dolo eventual. En cambio, si el sujeto a pesar de la representación del posible resultado ha actuado con la persuasión de que éste no ha de producirse sólo se puede hablar de culpa consciente".[408] Finalmente, Arteaga Sánchez concluye considerando "que las hipótesis del denominado dolo de consecuencias necesarias y del dolo eventual caben perfectamente en el dolo entendido como intención tal como lo concibe nuestra legislación. El dolo es, esencialmente, intención".[409] De toda esta argumentación, Arteaga concluye que el legislador venezolano, al referirse al dolo en el mismo aparte del art. 61, definiéndolo como 'intención', y en el último aparte relativo a la supuesta presunción de dolo, no utiliza la expresión "sino que establece que la acción u omisión se presumiría voluntaria a no ser que conste lo contrario".

[408] Arteaga Sánchez. La Culpabilidad, *obra citada*, p 132.
[409] Arteaga Sánchez. La Culpabilidad, *obra citada*, p 134.

Por otra parte, un área de la doctrina indica que el dolo se puede deducir de la palabra 'intención' ya que el sujeto tiene como fin último la perpetración del delito, por lo que no tendría cabida la posición de que el dolo se puede deducir del elemento volitivo del artículo. Así, se podría concluir que el artículo 61 contiene al dolo como elemento común a todos los delitos; de esta forma se indica que "no es necesario que cada tipo penal concreto haga referencia al dolo del autor, como sí deberá hacerlo para los tipos culposos",[410] Al respecto, la CIDH ha manifestado reiterativamente que *"(…) Con respecto al principio de legalidad en el ámbito penal, (…) la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. (…) En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en (la adecuación) de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico".*[411] De ello destaca que es deber del legislador clarificar todos los supuestos y elementos exigidos en los tipos penales que le permitan al juez un margen claro de actuación, esto se debe considerar más allá de lo que concierne el derecho internacional penal. En este sentido, se puede indicar, con relación a la frase "*de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles",* que los elementos de los crímenes, en este caso de los crímenes internacionales,

[410] Modolell, Derecho Penal. Obra citada, p 97.
[411] Corte I.D.H, Caso de la Cruz Flores vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C Nº 115, párrafo 79 y 82.

deberían ser perfectamente delimitados, aclarando el elemento subjetivo (*mens rea)* y el elemento objetivo (*actus reus)* de cada uno.

No obstante, más allá de las discusiones doctrinarias pertinentes al 'dolo', se debe revisar con cautela lo sentado por el Tribunal Supremo de Justicia.

Por su parte, la Sala Constitucional, e sentencia del 11 de abril de 2011, en el caso María Crtistina Vispo, indicó que el "*dolo describe un proceso intelectual sustentado en el reconocimiento o deber de reconocimiento de las consecuencias de las acciones u omisiones. En general, el dolo implica, desde cierta perspectiva, conocer y querer ("consciencia" y "voluntad") o simplemente conocer las circunstancias descritas en la parte objetiva del tipo, en cambio la culpa o imprudencia, por el contrario se traduce en infringir el deber de cuidado que debe informar la conducta, con la consiguiente causación, producción o no evitación del resultado típico (lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado), producto de aquella infracción de la norma de prudencia*".

Igualmente, la Sala Constitucional definió en esa misma sentencia las diferencias entre los tipos de dolo.

Se tiene así que, en fecha 29 de octubre de 2009, la Sala de Casación Penal, Caso nº 554/2009, indicó que el dolo eventual "*no aparece contemplado en nuestro ordenamiento jurídico penal, aplicándole el juzgador, por analogía, la pena correspondiente al delito de homicidio intencional simple. Todo lo cual evidencia una violación al principio de legalidad, acogido ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico, de tal manera que no podía inventarse el juzgador un tipo penal y encuadrar en él la conducta desplegada por el mencionado ciudadano".*

Sin embargo, la Sala Constitucional, en fecha 12 de abril de 2012, en el expediente nº 10-0681, volvió a 'distinguir' entre los tres tipos de dolo,

basada en lo establecido en el caso de María Cristina Vispo, indicando que: *"Con el **dolo de primer grado** (directo) el sujeto persigue directamente lesionar o poner en peligro el interés jurídico penalmente tutelado y lo logra, p. ej. el sujeto quiere violar y viola, quiere robar y roba o quiere matar y mata. En el **dolo de segundo grado** (indirecto) el agente no busca con su actuar realizar directamente la conducta típica pero sabe que indefectiblemente la desplegará, es decir, sabe que, aunque no busca inmediatamente el resultado típico lo alcanzará infaliblemente con su acción u omisión, p. ej., el agente quiere provocarle la muerte a otro y lo mata (dolo de primer grado), pero sabe que al estallar el explosivo que utilizó también matará necesariamente a un amigo suyo que sabía que estaba en el lugar y, sin embargo, hace detonar la bomba (dolo de segundo grado); en cambio, si bien en el **dolo de tercer grado** (dolo eventual) el agente tampoco busca realizar directamente la conducta típica, sabe que posiblemente –y no seguramente- la desplegará, en otras palabras, si bien en el dolo de segundo grado el sujeto se representa el delito como consecuencia inevitable de su acción u omisión, en el dolo de tercer grado el mismo advierte que la ejecución del delito sólo es posible, en otras palabras, que sólo se representa o se entiende que se representó la materialización del resultado (que incluso podía angustiarle o no ser lo que aspiraba que ocurriera) como algo posible y no como algo seguro".*

La Sala agrega que: "*Asimismo, en el Código Penal Venezolano no se define ni caracteriza el dolo de primer grado (dolo directo), mucho menos el dolo de segundo (de consecuencia necesaria o segura) y el de tercer grado (dolo eventual o de consecuencia eventual), pero no por ello se debe de dejar de reconocer su existencia dentro del mismo. Ello implicaría tanto como desconocer la causalidad, la imputación objetiva, la culpa (imprudencia lato sensu), el error y otras instituciones fundamentales en el ámbito del Código Penal y del resto del ordenamiento jurídico-penal." (…) "En efecto, siendo*

que el dolo eventual es sencillamente dolo y siendo que con aquel concepto lo que se busca es explicar una de las varias formas de expresión del obrar doloso, el cual constituye la principal dirección volitiva objeto de la legislación penal, tal como se desprende del artículo 61 del Código Penal en relación con la mayoría de tipos penales que son lo que incluyen el dolo dentro de su dimensión subjetiva, negar tal figura es tanto como negar el dolo de consecuencias necesarias (dolo de segundo grado) e, incluso, el dolo directo (dolo de primer grado) pues, al fin y al cabo, las tres son manifestaciones de la conducta dolosa."

Ante esta situación, se comparte lo señalado por la primera sentencia, puesto que si no existe una norma aplicable al caso concreto, hay un vacío legal (*non liquet*) por lo que el juez no puede llenarlo analógicamente, las situaciones fácticas deben estar claramente descritas en la ley preexistente, debido a que el hecho de que las normas penales sean abiertas, inciertas y en blanco son violatorias a la normativa internacional sobre derechos humanos. Además, esta situación debe mantenerse presente al momento de realizar el análisis de los próximos capítulos. (Libro: Aspectos constitucionales del Proceso": Tribunal Supremo de Justicia: Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor", Tomo II).

Además considerados que este tipo de interpretaciones, no es el más adecuado puesto que deberá regir la interpretación estricta de la norma penal, para "buscar sólo en él su razón y propósito, es aplicable con absoluto rigor a la norma penal estricto sensu, porque como hemos dicho, así lo obliga el principio de legalidad".[412] En este sentido, se considera oportuno que el Código Penal sea modernizado, estableciendo de forma clara los tipos de

[412] Sosa Chacín, Jorge. *Teoría General de la Ley Penal*. Segunda edición corrediga. Ediciones Liber, Caracas 2000, p 139.

dolos, situación que se considera necesaria en el contexto de los crímenes internacionales puesto que no se dejaría que el juez de turno realice interpretaciones vagas de la norma que puedan afectar el establecimiento de las responsabilidades penales.

Por otra parte, en medio de este estudio, se puede traer a colación el Código Penal colombiano que, a diferencia del Código venezolano, se acogió a la Teoría de la Representación Penal en la *Ley 599 de 2000* y estableció de forma clara lo que debe entenderse como *dolo: "Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar."* Los legisladores colombianos, asimismo, para aclarar el dolo, culpa y preterintención, establecieron en el artículo 21 lo siguiente *"Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley".* De esta forma, por ejemplo, la legislación colombiana logró resolver sus problemas para definir el dolo y la culpa en su ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se considera que al momento de implementar el Estatuto de Roma, con los respectivos crímenes, se debe aclarar cómo se configurarán los elementos subjetivos, por lo que se recomienda seguir lo establecido a nivel doctrinario internacional, es decir, una clara definición de los tipos de dolos, a sabiendas de que a pesar de que la Corte dejó de lado el **dolo eventual** en la comisión de crímenes internacionales, se debería implementar formalmente en nuestra legislación nacional para cubrir así el supuesto -ut supra mencionado- de las matanzas o asesinatos realizados bajo este concepto, en los supuestos de los crímenes de guerra. Igualmente, se requiere esta definición de dolo eventual o de imprudencia advertida 'simple' para poder configurar, así, el

elemento subjetivo de los crímenes de guerra y de la responsabilidad del superior.

10.2. Los grados de culpa

Otra de las modalidades en la participación psicológica en un crimen es la culpa, la misma es de carácter excepcional y sólo se puede invocar cuando la ley lo permite. En Venezuela se define de acuerdo con lo establecido en el artículo 61 del Código Penal. No obstante, es oportuno destacar que en nuestro sistema jurídico, el Código Penal "no contiene… una disposición expresa con relación a la culpa o al delito culposo", por lo que se tiene que deducir este concepto y sus elementos del enunciado del artículo 61 y, en su conjunto, de las normas que prevén hechos punibles culposos.[413]

El Código Penal venezolano, en su artículo 61 establece que "…nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión…"; sin embargo, dicho concepto no contempla claramente los diversos grados de culpa, como sí existe por ejemplo en el derecho alemán; por lo que se debe recurrir, además del Código Penal, a lo previsto en el artículo 1185 del Código Civil venezolano, en el cual se indica: "…El que con intención, o por negligencia o imprudencia, ha causado un daño a otro está obligado a repararlo…".

Por otra parte, en la doctrina venezolana, el concepto de culpa ha tenido un gran desarrollo en la doctrina nacional; en este sentido, se puede comenzar citando al profesor Alberto Arteaga Sánchez, quien ha indicado:

---

[413] Arteaga Sánchez, Alberto. "*Derecho Penal Venezolano*" Undécima edición. Ediciones Liber, Caracas 2009, p 363.

> *"…La culpa en su esencia consiste, en la voluntaria inobservancia de aquellas normas de conducta que imponen al hombre que vive en sociedad la obligación de obrar con prudencia y diligencia o con el cuidado debido, a fin de evitar determinados resultados de daño o de peligro para los intereses jurídicamente protegidos…".*[414]

La culpa se caracteriza porque aunque no se da la intención del hecho o la voluntariedad del resultado, sí se materializa la voluntariedad de la acción o de la omisión. Por su parte, Jiménez de Asúa define la culpa en sentido amplio como: "…*el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica*…"; sin embargo, el mismo autor define *strictu sensu* el mismo término señalando que: "…*existe culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no solo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo…"* .

Asimismo, en el artículo 409 del Código Penal se describen las hipótesis relacionadas con lo que podría ser culpa; así, se mencionan la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de reglamentos, órdenes e instrucciones.

En la doctrina nacional se ha indicado que los elementos de la culpa son: 1) la voluntariedad de la acción u omisión; 2) la involuntariedad del hecho; 3) que el hecho no querido se compruebe por la imprudencia, negligencia,

[414] Arteaga Sánchez. La Culpabilidad, *obra citada,* p 148.

impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones.[415] Se tiene así que, de acuerdo con Arteaga, la imprudencia se configuraría cuando la persona actúa sin cautela, puesto que en vez de mostrar un comportamiento prudente, absteniéndose de la actuación, no lo hace. La negligencia supone descuido, desatención, pereza psíquica en la falta de debidas precauciones, en la falta de diligencia. La impericia es una 'imprudencia calificada', ligada al ejercicio de una profesión, arte o industria en la que se exigen conocimientos especiales y ciertas habilidades y destrezas.

La imprudencia se considera cuando el sujeto no ha actuado de acuerdo con la norma de la prudencia, puesto que debía de haberse abstenido de realizar la acción o de realizarla con el mayor cuidado posible. La negligencia, por su parte, es aquel descuido, desatención, pereza psíquica presente para tomar las precauciones necesarias o la falta de diligencia; es decir, es no realizar las acciones que se deben tomar o realizarlas pero de forma desprevenida, la negligencia también se encuentra en los delitos de omisión. La impericia se ha llegado a calificar como una 'imprudencia calificada', debido a que el Código venezolano la limita a la profesión, arte o industria, pero si la misma se materializase fuera de este campo se hablaría de imprudencia o negligencia. La impericia se encuentra vinculada a una profesión, arte o industria en la cual se exigen conocimientos específicos y determinadas habilidades. Finalmente, en relación con la inobservancia de reglamentos, órdenes o instrucciones, se puede indicar que los 'reglamentos' abarcan también todas las leyes; las 'órdenes' son aquellas que poseen carácter imperativo que devienen de las autoridades públicas o de personas tanto de carácter físico como jurídico que ejercen funciones en nombre del Estado.

[415] Arteaga Sánchez. La Culpabilidad, *obra citada*, p 149-155.

Esta actividad requiere la elaboración de 'reglamentos' de funcionamiento de una empresa o de desarrollo de una actividad, los cuales tienen como finalidad evitar que algo dañoso pueda ocurrir, en relación con las 'instrucciones' o disposiciones disciplinarias dadas por los superiores (artículo 356), estas normas asentadas en el Código Penal, están destinadas al grupo de los privados, en tanto que en la suscripción de acuerdos o contratos, se busca controlar la generación de hechos dañosos o dolosos.[416]

El TSJ, en el caso Víctor Antonio Alezones Rivero, n° 410, indicó "el juez, una vez más que aprecie el grado de culpabilidad del agente, no debe hacer otra cosa que la graduación de la pena, a partir del término medio de la misma y hacia el mínimo o hacia el máximo, dependiendo de la valoración de la conducta del sujeto activo, tal y como debe hacerse al momento del cálculo de la sanción de cualquier delito".

Por otra parte, en el caso María Cristina Vispo, n°490, estableció que "*las acciones u omisiones culposas tipificadas como delito serán asociadas a la pena vinculada a ese tipo culposo, en caso de ser punible la conducta, sin ser legitimo extraer una pena derivada de cualquier pretendida fusión de penas correspondientes a un delito doloso, por una parte y, por otra, a un delito culposo, para crear una tercera pena pues, en ese caso, el juez que lo haga estaría violando el principio de legalidad".*

Por lo tanto, a pesar de que son figuras reconocidas en nuestra jurisdicción, se debe tener cuidado en el uso de ellas puesto que de la configuración entre una y otra dependerá la pena del acusado. A pesar de que, cabe destacar, la negligencia, la imprudencia y la impericia poseen el mismo grado en la

[416] Arteaga Sánchez. Derecho Penal Venezolano, *obra citada*, p 376 – 378.

legislación venezolana, en el derecho internacional penal las mismas poseen escalafones y penalidades diferentes, de acuerdo con los tribunales ad hoc.

10.3. ¿Hacia la configuración de una política criminal coherente para juzgar a los máximos perpetradores de los crímenes internacionales?

Ahora bien, luego de haber revisado las situaciones jurídicas de nuestro país, cabe preguntarnos, ¿cómo configurar una política criminal nacional que considere el derecho internacional penal y el derecho constitucional?

La Constitución de Venezuela nos indica claramente en su artículo 7 que *"La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución",* por lo que se deduce, claramente, que la misma debe ser la guía en el ámbito nacional, tanto para la creación, modificación o supresión de las normas vigente en el territorio del país como para regular las actuaciones del Poder Público. En este sentido, la Constitución ya no es sencillamente un 'acuerdo político' de la sociedad sino que es más bien la norma a ser aplicada a todos los actores del Estado como resultado de ese acuerdo. Se destaca claramente en la Constitución que toda norma 'violatoria' de una disposición constitucional puede ser objeto de su revisión a través de un recurso de inconstitucionalidad; es decir, la Constitución "es la norma de las normas". Aunado a lo anterior, la norma constitucional establece la obligación del respeto de los tratados, pactos y convenciones internacionales en el ordenamiento jurídico nacional (artículo 23 y artículo 153). Asimismo, el artículo 29 de la Constitución establece "el deber de investigar y sancionar legalmente" los delitos en contra de los derechos humanos y los de lesa humanidad. Igualmente, se destaca que **las acciones para sancionar** los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra **son imprescriptibles**. De esta forma, se encuentran descritos en la Constitución dos de los cuatro delitos

establecidos en el Estatuto de Roma. Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿cuáles son las acciones para sancionar tales delitos? El motivo de este trabajo de investigación es el estudio detallado de la doctrina y la jurisprudencia internacional para lograr el desarrollo de las acciones para sancionar a los máximos criminales, por ello marcamos como comienzo de este camino: la aclaratoria y modificación de los elementos penales previamente discutidos y la última la implementación del Estatuto de Roma en la jurisdicción nacional. La primera se logrará siempre y cuando se cumplan dos supuestos: primero, la elaboración de una política criminal amparada por la Constitución que busque el castigo de los eventuales culpables de los crímenes atroces cometidos en contra de la humanidad; segundo, la constitucionalización del derecho penal y la certeza jurídica de que estos delitos tienen sus bases firmes en el ordenamiento nacional.

El primer punto nos lleva a identificar que para la formulación de una política criminal, dirigida a estos casos, se deben considerar los principios constitucionales que deben regir en cualquier toma de decisiones o creación de políticas; a saber, la Carta Magna establece lo siguiente: el artículo 2 “naturaleza del estado venezolano, el artículo 3 “los fines del estado venezolano” y el artículo 19 “los derechos humanos”. El artículo 2 refleja lo que algunos han llamado “*concepción sintética del estado, producto de la unión de los principios propios del estado liberal y del estado socia*l”, aunque sin querer profundizar en la discusión filosófica que puede discurrir en la contradicción terminológica entre “estado de derecho” y “estado social”, se ha llegado a indicar que esta mixtura es la ideal para encuadrar lo que debe

entenderse como 'política criminal' de acuerdo con lo establecido por Roxin.[417]

La Corte Constitucional de Colombia, en su Sentencia C-646 de 2001, fechada el 20 de junio de 2001, en cuanto al desarrollo de la política criminal ha indicado que:

> *"La finalidad de esta representación popular en la elaboración de las leyes penales deriva no sólo del respeto de la separación de poderes, y de los controles que ésta supone para la protección de la libertad individual, sino que también debe permitir un proceso público de debate y aprendizaje en la concepción y ejecución de las políticas criminales, es decir una elaboración más democrática de la ley penal. Esta discusión pública debe permitir que la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate, para hacer frente a las dificultades del momento. La respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve. Esto sólo es posible si la definición de las políticas criminales se hace a través de una amplia discusión democrática, y no mediante una inflación de normas penales promulgadas apresuradamente". (subrayado nuestro)*

En pocas palabras, la política criminal se sistematiza en las decisiones de las políticas públicas a seguir en materia criminal. En este sentido, el Tribunal

[417] Bolaños Mireya, "*Política Criminal y Reforma Penal*". Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Penal y Criminología" "Doctor Alejandro Angulo Fontiveros". Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Noviembre, 23- 24 2005. Disponible en http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31745/1/politicacriminal_reformapenal.pdf

Constitucional de Colombia ha señalado que las decisiones con las cuales se moldea dicha política penal versan sobre lo siguiente:

> *-Definen los bienes jurídicos que se deben proteger a través del orden jurídico penal, mediante "la tipificación de las principales hipótesis de comportamiento, que ameritan reproche y sanción punitiva sobre las principales libertades del sujeto que incurre en ellas".*
>
> *- Determinan los instrumentos a través de los cuales se protegerán los bienes jurídicos "La selección de los bienes jurídicos merecedores de protección, el señalamiento de las conductas capaces de afectarlos, la distinción entre delitos y contravenciones, así como las consecuentes diferencias de regímenes sancionatorios y de procedimientos obedecen a la política criminal del Estado en cuya concepción y diseño se reconoce al legislador, en lo no regulado directamente por el Constituyente, un margen de acción que se inscribe dentro de la llamada libertad de configuración".*
>
> *- Señalan "las competencias de los jueces y los procedimientos aplicables, en materia de persecución de los delitos". Esta es una atribución del legislador que debe ejercerse dentro del marco de la Constitución.*
>
> *- Establece "el aumento punitivo (...) coherente con la gravedad de la conducta delictiva, en función del interés tutelado".*
>
> *- Determina "el tratamiento de la delincuencia política", distinguiéndola de la delincuencia común y otorgándole un tratamiento privilegiado.*
>
> *- Fijan criterios para descongestionar los despachos judiciales y lograr mayor eficacia y eficiencia en la administración de justicia. (subrayado nuestro)*

De esta manera, la necesidad de clarificar estos elementos penales –que no deje cabida a la incertidumbre o duda– se encuentra en el marco de una política criminal adecuada y conforme a la Constitución. Dicha política queda manifiesta, igualmente, en las normas penales ya que la normativa penal es la materialización de la política criminal del Estado ejecutante, puesto que la decisión tomada en el seno político queda plasmada en el texto legal, que regirá el sistema penal y la aplicación correcta de las penas para juzgar a todo criminal. Por tanto, luego de la promulgación de la norma penal, la misma cobra vida propia, dejando de lado la decisión política que la originó, pero que mantendrá su fin último en la aplicación correcta de la normativa. Cabe destacar que aún cuando la norma penal es la expresión de una política, la misma debe respetar en todo su alcance a la Constitución, al ser esta última la máxima guía. Por ello, todo cambio en materia penal no puede hacerse aislado de la Constitución, esto es una consecuencia de la constitucionalización de principios que se deben cuidar antes que nada.

Con respecto al segundo aspecto, se puede hablar de una constitucionalización del derecho penal debido a que la Constitución establece una serie de derechos y deberes a cargo del Estado para proteger los derechos fundamentales enunciados en nuestra Carta Magna, los cuales inciden de manera inmediata en el derecho penal y consecuentemente lo orientan y determinan su alcance.

En este sentido, el artículo 21, numeral 2 de nuestra Constitución indica que *"La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva…", de lo cual se deduce que* el legislador o intérprete no tiene una discrecionalidad absoluta para indicar cuáles deben ser los tipos penales, cómo se deben interpretar, cómo debe ser la configuración de los mismos y los procedimiento a seguir. En este punto debemos recordar la palabra *garantizará*, la cual debe regir al momento de crear o interpretar una norma, dado que una de las finalidades

debe ser salvaguardar los derechos constitucionales personales, los cuales son en sí el límite al poder punitivo del Estado, poder este que puede verse interferido por distintas razones. Ahora bien, en este sentido, la Constitución nos guía al indicarnos lo que está prohibido v.g la pena de muerte (artículo 43), pero dentro de este marco, los legisladores tienen facultades para delimitar la política criminal.[418] Es importante destacar que debido a los numerosos intereses, y a los bienes y derechos que requieren protección, se hace imperioso definir las conductas criminales y sus elementos, como una herramienta para luchar en contra de la impunidad, todo esto dentro del marco de una política criminal cónsona también con nuestras obligaciones internacionales, la cual debe ser tenida como "*el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas*

[418] Con relación a este aspecto, el Tribunal Constitucional de Colombia ha indicado "Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Las leyes no son entonces siempre un desarrollo de la Constitución sino que son, en muchas ocasiones, la concreción de una opción política dentro de los marcos establecidos por la Carta: son pues un desarrollo dentro de la Constitución, ya que la Carta es un marco normativo suficientemente amplio, de suerte que en él caben opciones políticas y de gobierno de muy diversa índole". Igualmente, también se pueden verificar las sentencias en las que la Corte Suprema ha hecho referencia a la política criminal: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 10.386 MP: Guillermo Gómez Gallego. " (...) ya que no obstante tratarse en este asunto de un delito culposo, no puede dejarse de lado su gravedad, en tanto que significó la pérdida de innumerables vidas humanas y la lesión de otro tanto, siendo por ende, razones de política criminal las que exigen mayor drasticidad en la sanción de conductas negligentes frente a actividades que como la de conducir vehículos de servicio público son en esencia riesgosas (...)" [drasticidad de la sanción como elemento de la política criminal]. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso N.° 11565, MP: Carlos Eduardo Mejía Escobar. "Las rebajas de pena que el legislador establece por razones de política criminal no pueden discutirse por el intérprete. Para la ley, según el defensor, primero debe determinarse judicialmente la pena justa "...y sobre su monto restar la suma de las rebajas...", mientras que de acuerdo con el Tribunal --que es la conclusión que cuestiona-- "...dicha pena justa es la que resulta después de efectuar las rebajas legales una a una, restando la segunda del resultado arrojado por la primera resta y así sucesivamente" [posibilidad de rebajar la pena como elemento de la política criminal]. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso N.° 10204, MP: Ricardo Calvete Rangel: "La atenuación de la pena como contraprestación a la restitución del objeto materia del delito o su valor, y la indemnización, es una medida de política criminal que busca favorecer a la víctima, en la medida en que invita al delincuente a cancelar los daños causados a cambio de una rebaja punitiva, pero si el responsable decide no hacer uso de esa posibilidad no se genera la invalidación del proceso ni se afecta ninguna garantía".[la creación de estímulos mediante causales de atenuación como elemento de la política criminal] Corte Suprema de Justicia, Proceso N.° 11656, MP: Mario Mantilla Nougués, diciembre 10 de 1999. "El legislador, dentro de la política criminal, de la misma manera que establece unos topes de pena de mayor a menor severidad y graduaciones según la nocividad del delito, el bien jurídico tutelado, las repercusiones sociales, familiares y personales del agravio, su modo de realización, la magnitud del irrespeto a las normas de convivencia, el mal uso de la libertad, etc., puede seleccionar cuáles hechos delictivos son susceptibles de que se postergue la ejecución de la pena, para permitirle al Juez librar condicionalmente de sus consecuencias a quienes no parezcan requerir tratamiento penitenciario, observada su personalidad y, ya en el caso particularizado, la naturaleza y modalidades del hecho punible" [criterios de definición y graduación de la pena, así como concesión de subrogados penales como elementos de la política criminal].

consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción". Dicho conjunto de respuestas pueden ser de la índole más variada, pueden ser sociales, a través de programas sociales; pueden ser económicas, para estimular determinados comportamientos o desentivos para aumentar los costos; pueden ser culturales, a través de la creación de campañas publicitarias; administrativas en tanto a la seguridad carcelaria, pero en especial **deben ser jurídicas**, esto a través de las reformas o implementación de normas penales.

No obstante, un instrumento jurídico –en este caso el Código Penal– puede carecer de vacíos legales, aunque está situación es indeseable, no hace que el mismo sea inconstitucional sino que simplemente el mismo es más vulnerable en la aplicación de los supuestos hipotéticos que se puedan suscitar en el futuro, lo cual hace que la preservación de la aplicación correcta de la norma sea inasible y, probablemente, impropia. En este momento es cuando se debe recurrir a los llamados test de razonabilidad, en los cuales se le solicita al legislador una toma de decisiones acorde al caso, libre de todo capricho de poder, pero si consideramos el caso de juzgar a superiores y personas en el poder se hace aún más necesaria esta implementación de política criminal. Es pertinente acotar, con relación al tema que nos compete, que si bien es cierto que se han presentado teorías en las cuales se indica que el artículado del Código Penal venezolano bien podría ser interpretado –considerando que la palabra 'intención' encierra en sí misma el dolo y que a su vez se pueden dilucidar correlativamente los

otros tipos de dolos–,[419] consideramos que tal situación, a pesar de ser una vía de solución, no brinda una 'certeza jurídica'[420] de que el último interprete de la norma –el juez– entienda el mencionado artículo a la hora de juzgar los crímenes internacionales en suelo nacional, ya que los mismos –tal como se discutió– requieren ciertas precisiones y la simple omisión de uno de ellos no permitiría una armonía con los criterios establecidos en el marco del derecho internacional penal. Aunado a esto, se tiene que considerar, al momento de aplicar el derecho, que debe existir un estricto apego a la legalidad, lo cual es una exigencia de la vida democrática. En las sociedades existen múltiples creencias de lo que debe ser tenido como justo, por lo que la ley es en sí un criterio oficial y público, es decir 'una idea respaldada por el acuerdo mayoritario'; ante esta afirmación suponiendo que los jueces decidiesen de forma discrecional si aplican o no una ley, sosteniendo su razonamiento en afirmaciones morales, no cabría dudas al afirmar que no existiría la seguridad jurídica requerida en las sociedades modernas. En cuanto al proceso de interpretación, se ha llegado a indicar que en cuanto a los conceptos indeterminados en la ley –tanto los que refieren un contenido descriptivo como de contenido valorativo–, el juez tiene una mayor libertad en la cual tendrían gran peso las reflexiones de contenido moral, que formarán parte en el establecimiento de los hechos. En estos casos se espera del juez una mayor rigurosidad y objetividad; sin embargo, es probable que los vacíos

[419] En este sentido se puede revisar la posición doctrinaria de Juan Luis Modolell en su obra 'Derecho Penal, Teoría del Delito', p 102.
[420] Como es bien sabido, la certeza debe garantizar que el ciudadano pueda preveer claramente las consecuencias jurídicas de sus actos, acciones y omisiones; tal como indicaba Cesare Beccaria, la seguridad permite "juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad". En el derecho civil esa certeza se logra a través de la publicidad de las normas, el principio de legalidad, las fuentes del derecho, puede ser desde la perspectiva de la aplicación de la norma por parte de los jueces y finalmente tenemos la res iudicata.

antes mencionados se llenen de acuerdo con una visión general del caso y que, sin lugar a dudas, estas visiones posean una 'dimensión valorativa'.[421]

En tal sentido, se considera realmente necesaria una definición diáfana en nuestro ordenamiento positivo de lo que debe ser entendido como *dolo o culpa*, desarrollando además las otras modalidades del mismo, lo que permitirá establecer las responsabilidades pertinentes y abarcar todos los supuestos que se pueden dar en las cadenas de mando –tanto militares como civiles– antes, durante y después de la comisión de crímenes de estas magnitudes.

Ahora bien, de dicha discusión cabe recordar que la importancia en la determinación del dolo y la culpa subyace en que de esto dependerá la graduación de la pena que ha de ser impuesta sobre el criminal. Se puede apreciar que en nuestra legislación nacional no existe una consagración clara y jerarquizada, en materia penal, de lo que debe entenderse como 'grados de culpa', ya que las figuras plantean los mismos grados de pena. Por tanto, es oportuno resaltar que el legislador debe lograr que la norma a ser creada sea la necesaria para poder regir las relaciones o problemas sociales que se le plantean, por lo cual la normativa debe estar en armonía con el resto del ordenamiento jurídico. Del mismo modo, las normas deben ser eficaces, debido a que sería inútil crear normas justas y coherentes pero que no puedan ser cumplidas.[422]

Igualmente, resulta oportuno hacer mención al 'principio de la unidad de la materia', que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico es propicia

[421] La discusión planteada en cuanto a estos temas puede ser profundizada en la obra "*Introducción al Análisis Jurídico*" de Francisco Delgado. UCV, Caracas, 2005, p 309-313.
[422] Delgado, Francisco. *"Introducción al Análisis Jurídico*". UCV. Caracas, 2005, p 309.

su invocación bajo la figura del préstamo constitucional.[423] El 'principio de unidad de la materia' debiese regir en la formulación de leyes y en la preservación del cuerpo normativo; es decir, el Código Penal venezolano debe incorporar, de una forma clara, los grados de culpa y dolo; situación que se hace aún más apremiante si se quiere desarrollar en su plenitud, en la legislación nacional, los preceptos del derecho internacional penal. En este sentido, también cabe acotar que es una necesidad imperiosa ya que no le permitiría al juez, último en emplear la norma, la aplicación indebida de estos para configurar de forma correcta las responsabilidades.

11. Comentarios finales

A manera de resumen de este capítulo, se podría indicar que Kelsen fue quien sentó las bases doctrinarias para la formación del tribunal internacional de Núremberg, así como los lineamientos del concepto responsabilidad penal individual: en sus obras recalcó la importancia de la coexistencia entre el derecho nacional y el internacional en este marco. Luego de este aporte kelseniano, la responsabilidad penal individual internacional ha tenido, si se

[423] El 'principio de unidad de la materia' requiere taxativamente que todo marco normativo contenga una correspondencia lógica entre el título y su contenido normativo, así como también, una relación de conexión interna entre las distintas normas que la integran. En el Caso Colombiano, la Corte Constitucional ha indicado que "la propia Constitución Política le está fijando al Congreso dos condiciones específicas para el ejercicio de la función legislativa: (i) definir con precisión, desde el mismo título del proyecto, cuáles habrán de ser las materias de que se va a ocupar al expedir la ley, y, simultáneamente, (ii) mantener una estricta relación interna, desde una perspectiva sustancial, entre las normas que harán parte de la ley, de manera que exista entre ellas coherencia temática y una clara correspondencia lógica con la materia general de la misma, resultando inadmisibles las modificaciones respecto de las cuales no sea posible establecer esa relación de conexidad". Consecuencia de tales condiciones, sería, entonces, que el Congreso actúa en contravía del principio constitucional de unidad de materia, "cuando incluye cánones específicos que, o bien [no] encajan dentro del título que delimita la materia objeto de legislación, o bien no guardan relación interna con el contenido global del articulado". Ha dejado en claro la jurisprudencia que con la implementación del principio de unidad de materia se busca propiciar un ejercicio transparente y coherente de la función legislativa, de manera que su producto, la ley, se concrete en materias previamente definidas y sea el "resultado de un sano debate democrático en el que los diversos puntos de regulación han sido objeto de conocimiento y discernimiento". Su observancia contribuye, entonces, "a la coherencia interna de las normas y facilita su cumplimiento y aplicación al evitar, o al menos reducir, las dificultades y discusiones interpretativas que en el futuro pudieran surgir como consecuencia de la existencia de disposiciones no relacionadas con la materia principal a la que la ley se refiere". Corte Constitucional de Colombia. Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-133-12.htm (revisado 08 de mayo de 2015)

quiere, un avance 'veloz' en el campo internacional, afirmación que toma más fuerza si consideramos los hechos que obligaron esta evolución, *v.g.* la II Guerra Mundial. Es preciso siempre tener presente que la importancia de este tipo de responsabilidades radica en el hecho de que permite la condena de todos aquellos que usan el poder y toda su maquinaria para imponer una ideología o conseguir una serie de metas políticas. En este sentido, la constitución de los elementos del crimen tiene un rol fundamental para evitar una desviación al momento de endilgar las responsabilidades pertinentes; el elemento subjetivo (*mens rea)* exigido en el Estatuto en su artículo 30 nos permite clarificar que todo tipo de responsabilidad internacional individual requiere para su constitución este elemento; igualmente, se exige el elemento objetivo (*actus reus*) para la plena configuración del delito internacional. Con relación al elemento subjetivo (*mens rea*), se destaca, en el artículo 30, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la CPI, el perfil del dolo directo de primer y segundo grado; en tanto que el elemento subjetivo de la responsabilidad de superiores emplea entre sus grados de culpa la imprudencia/ceguera deliberada y la negligencia. Este tema cobra particular importancia cuando debemos garantizar un sistema de justicia en el fuero nacional ya que estos crímenes no sólo ocurren en la esfera internacional sino también en la esfera nacional, tal como fue discutido en el caso de Tadić. En este sentido, es oportuno destacar que hoy en día es en los fueros nacionales donde se manifiestan de forma más seguida violaciones masivas a los derechos humanos, en pocas palabras: ataques de gobiernos hacia sus ciudadanos.

En el caso venezolano, se destaca la necesidad de establecer claramente los grados de dolo y culpa a los efectos de garantizar la precisión requerida para conformar los elementos de los crímenes internacionales; más específicamente, que permita la condena de todo aquel superior que ordenó la comisión de tales crímenes o que por imprudencia o negligencia no

cumplió con su deber. En este sentido, algunos podrían indicar que con las figuras existentes en el Código Penal sería posible juzgar perfectamente a un criminal de magnitudes incalculables o que con el simple juicio de uno de los crímenes se otorgaría la 'justicia' al caso discutido; si bien dicha afirmación podría ser cierta, cabría recordar que "*la respuesta penal debe ser proporcional a la conducta objeto de la sanción, debe ser idónea",*[424] de esta forma se cerraría totalmente la impunidad de los casos. Así, se puede afirmar que debido a las lagunas existentes en nuestro ordenamiento jurídico se podría juzgar un hecho criminal como culposo siendo realmente un tipo doloso en el marco del derecho internacional penal (vg dar órdenes) o en un infame supuesto se podría eximir al responsable al no comprobarse su participación en la comisión del crimen. Por tanto, en el próximo capítulo explicaremos los grados de participación en los crímenes más atroces y sus encuentros o desencuentros con la legislación venezolana.

[424] Senado de la República de Colombia. *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 50 de 2012*. Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=50&p_consec=35595 (raccesado 25 de junio 2015)

CAPÍTULO IV

Las modalidades de participación en la comisión de los crímenes internacionales y la atribución de la responsabilidad penal internacional

12. El artículo 25 del Estatuto de Roma: la autoría y las modalidades de participación en la comisión de un crimen internacional

12.1. Introducción

Tal como se ha indicado es muy difícil que los crímenes de carácter internacional sean cometidos únicamente por una persona, debido a que se requieren a un gran número de participantes. El derecho internacional penal, tal como ha sido aplicado por la Corte Penal Internacional y los tribunales *ad hoc*, ha sido enfocado para juzgar a los máximos criminales, debido a esto, el establecimiento de la responsabilidad individual -de aquellos que son los verdaderos responsables de los crímenes- puede ser muy difícil, en especial, cuando los autores se encuentran física y estructuralmente lejos de la escena del crimen.

Ante esta realidad, los negociadores del Tratado de Roma establecieron en el artículo 25. 3 los diferentes modos de responsabilidad penal individual. Sin embargo, el mismo no define de forma detallada cada uno de sus apartes y de los elementos que se requieren para configurarlos. En este sentido, se ha recurrido a comparar la jurisprudencia emanada de los tribunales *ad hoc* para dilucidar el alcance de los mismos. El artículo 25 del Estatuto de Roma es la pieza más reciente para configurar la responsabilidad penal de los individuos en el marco del derecho internacional penal; este artículo posee cuatro parágrafos que permiten una descripción de cómo debe atribuirse esa responsabilidad. No obstante, nos enfocaremos en el aparte tercero del artículo 25 debido a que con el mismo se determinan –específicamente- la

responsabilidad por participación y la responsabilidad penal individual internacional.

Se puede comenzar diciendo que el primer párrafo otorga jurisdicción a la Corte sobre personas naturales; esta figura trajo muchas discusiones en el seno de la Asamblea de Estados, debido a que algunas delegaciones abogaban por que se incluyesen a las personas jurídicas.[425] El segundo parágrafo del artículo 25, reitera el principio de la responsabilidad penal individual, es por ello que pasaremos a desglosar cada parágrafo. El término de perpetración, de acuerdo al parágrafo (a), del precitado artículo, indica que los crímenes internacionales pueden ser cometidos individualmente, en unión a otras personas o a través de otra persona. En relación a la participación, los subparágrafos (b) y (c) punitivizan una gran variedad de participación, a saber: ordenar, solicitar, inducir, ayudar, promover, suministración de medios en la tentativa o durante la comisión del delito. Se tiene que estos 2 apartados reflejan la división clásica de participación realizadas por la doctrina penal. No obstante, se incluyeron dos nuevas modalidades en los sub parágrafos (d) y (e) debido a que se extiende la responsabilidad a los grupos de personas que actúan en un 'plan común' (designio común), donde a su vez se solicitan especialmente la intencionalidad, en particular para penalizar el crimen de incitación al genocidio.[426] El término 'cometer' es usado en un sentido amplio y se extiende a la perpetración y a la participación, este debería ser también

[425] El planteamiento trajo como consecuencia que los países donde no era tenida la responsabilidad sobre personas jurídicas no aceptasen su inclusión. Tal es el caso del sistema anglo-americano donde las personas jurídicas son punibles sobre una responsabilidad estricta. Por otra parte, el sistema penal alemán, español, italiano son adversos a la idea de entidades criminales por el principio de culpa personal, mientras que los sistemas como el holandés y el francés si aceptan dicha figura en si normativa penal.

[426] Eser, Albin. *Individual Criminal Responsability* en obra *The Rome Statute of The International Criminal Court: A Commentary*, p 771.

extendido a la responsabilidad por omisión.[427] Se ha indicado que la interpretación estricta del principio de legalidad no puede ser tenida como un obstáculo para extender la responsabilidad penal a la omisión criminal. Igualmente, se ha señalado que la limitante establecida en el artículo 22 del Estatuto, relacionada al *nullum crimen sine legem* no debería de interferir con el establecimiento de los modelos de comprobación de la responsabilidad penal, debido a que el mismo está destinado sólo para demarcar cuales son los crímenes a ser juzgados.[428]

Por otra parte, se tiene que de acuerdo al artículo 21 del Estatuto de Roma, la jurisprudencia de tribunales los tribunales *ad hoc* puede ser usada bajo dos perspectivas, a saber: (i)cuando se interpretan las fuentes primarias de la CPI, a saber: el estatuto, los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y evidencia; (ii) cuando las fuentes primarias de la CPI, incluso después de la interpretación, dejan una laguna que debe ser llenada con fuentes subsidiarias, tales como derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.[429] En este sentido, el artículo 21 indica cuales son las fuentes, a saber: la CPI debe aplicar primeramente su Estatuto, los elementos de los crímenes y las reglas de procedimiento y evidencia. Segundo, los principios y reglas del derecho internacional, las cuales se aplican cuando las primeras fuentes fallan en dar una solución. Los principios generales del derecho solo pueden ser aplicados cuando las segundas fuentes tampoco cometen ese fin. Por lo tanto, de acuerdo al

[427] Se ha indicado que la omisión de los legisladores en aceptar dicha responsabilidad no puede considerarse negativa, debido a que el silencio de los legisladores no excluye dicha responsabilidad.
[428] Boot indica "the Statutory provision in article 22, containing nullum crimen sine lege, does not concern article 25 containing provisions on individual criminal responsibility. Article 25 only comes into play after it has been established that the "conduct in question constitutes, at the time it takes place, a crime within the jurisdiction of the Court".
[429] Goy, Barbara. *Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court A comparison with the Ad Hoc Tribunals*. International Criminal Law Review, nº 12, Martinus Nijhoff Publishers, año 2012, p 3.

artículo 21 (1) (b) de Estatuto, las jurisprudencias de los tribunales *ad hoc* -como expresión del derecho internacional- pueden ser consideradas como fuentes cuando las primeras de estas hayan dejado alguna laguna, incluso luego de su interpretación.

Se tiene así que el artículo 25.3 del Estatuto contiene reglas detalladas para determinar la responsabilidad penal individual, por lo que, el uso de fuentes subsidiarias no sería en principio permitido. Sin embargo, una excepción podría cuestionar si la CPI tiene jurisdicción sobre la figura de la responsabilidad por omisión, esto aparte a la figura pautada en el artículo 28 relacionada a la responsabilidad del superior. En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI ha tomado la posición de que esta Corte puede estudiar los casos de responsabilidad por omisión, pero no ha identificado los elementos.[430]

En relación, a las formas principales de participación, todas las modalidades establecidas en la CPI, en cuanto a la comisión del crimen, requieren que el perpetrador actúe bajo el 'elemento mental' requerido en el crimen cometido.

Por otra parte, las modalidades accesorias de responsabilidad, tales como ordenar, solicitar e inducir, establecidas en el artículo 25 (3) (b), se podrían utilizar bajo los criterios jurisprudenciales establecidos por los tribunales *ad hoc*. Igualmente, en relación a los elementos subjetivos, el Estatuto de la CPI tiene su propia normativa, en cuanto al elemento subjetivo, establecida en el artículo 30 del Estatuto, usándose además la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*. No obstante, los tribunales *ad hoc* han considerado que 'ordenar' e 'instigar' son formas de responsabilidad principales y su jurisprudencia en

[430] CPI. Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06-803-tEN) Decision on the Confirmation of charges, Pre Trial Chamber I, 29 de enero de 2007, para. 351-353; Bemba Confirmation Decision, párrafo 132, p 358-359.

estos casos, debido a su estructura, no podría ser aplicable en la CPI. En relación a la 'ayuda' y 'asistencia' establecidas en el artículo 25 (3) (c), la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* podrían ser útiles para realizar la interpretación en relación a los elementos objetivos; mientras que el artículo 25 (3) (c) posee su propio elemento subjetivo.

Finalmente, la contribución a un crimen por un grupo que actúan designio común, bajo el artículo 25 (3) (d) tiene similitudes con la unión a empresa criminal usada ante los tribunales *ad hoc*. Sin embargo, el artículo difiere de la unión a empresa criminal en algunos aspectos importantes. En particular, la unión a empresa criminal es una forma de cometer un crimen y por lo tanto, trae como consecuencia la responsabilidad principal, mientras que el artículo 25 (3) (d) del Estatuto pareciese estipular la responsabilidad accesoria.[431]

El artículo está estructurado de acuerdo a los modos de responsabilidad, dentro de cada modelo, cuando se analiza los requerimientos de los diferentes modos de responsabilidad, existe una distinción entre "elementos objetivos" y "elementos subjetivos" en línea con la terminología de la Sala de Cuestiones Preliminares.[432] Por su parte, en los tribunales *ad hoc*, los elementos de los modos de responsabilidad son frecuentemente referidos como el *actus reus* y *mens rea,* los cuales son usados para describir los elementos objetivos y subjetivos de los crímenes.

En este Capítulo, nos proponemos a realizar un estudio comparado entre los grados de autoría y participación establecidos en el artículo 25 del Estatuto de Roma y en la normativa venezolana; finalizando con un análisis detallado

[431] Goy, Barbara. *Obra citada*, p 7.
[432] Goy, Barbara. *Obra citada*, p 7.

de cómo lograr la sincronía entre ambas normativas y materializar así la imputación de un superior.

12.2. La Perpetración del crimen y sus tipos en el artículo 25.

12.2.1. Formas de autoría

La responsabilidad penal establecida en el artículo 25 sólo se limita a las personas naturales, es decir, será el autor quién responderá individualmente por los crímenes cometidos, es por esto que la responsabilidad de las personas jurídicas no se encuentra contemplada en el Estatuto, debido a que se estableció, categóricamente, que son las personas naturales quienes cometen los crímenes.[433] En este sentido, se ha indicado que entre las formas de autoría se puede encontrar: a) autor ejecutor, b) autor intelectual, c) autor mediato[434]. Además, resalta que la determinación de la autoría es simple cuando la ejerce una sola persona, pero la identificación de los implicados se va complicando cuando se debe determinar la autoría de varias personas y señalar a su vez el grado de contribución en el hecho criminal debido a que se tiene que individualizar la pena.[435] Cabe resaltar que el Manual de Elementos de los Crímenes, establece que el término "autor, tal y como se emplea en los elementos de los crímenes, es neutral en cuanto a la culpabilidad o la inocencia. Los elementos, incluidos los de intencionalidad que procedan, son aplicables, mutatis mutandis, a quienes hayan incurrido en responsabilidad penal en virtud de los artículo 25 y 28 del

[433] Andrés Domínguez, Ana Cristina, *Derecho Penal Internacional*, Tirant Monografías, Valencia 2006, p 137.
[434] Cury Urzua, Enrique. *La Autoría*, en obra *La Coautoría & La Legitima Defensa*. Editora Jurídica de Colombia. Bogotá, 1993, p 173-175.
[435] Hernández, Jorge Alberto. *La Participación en los Delitos*, en obra *La Coautoría & La Legitima Defensa*. Editora Jurídica de Colombia. Bogotá, 1993, p 5.

Estatuto".[436] Es este sentido, es importante delimitar las modalidades de autoría y participación establecidas en el Estatuto de Roma.

De acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI, la estructura del artículo 25 (3) del Estatuto demuestra que la Corte ha adoptado un sistema dual, distinguiendo entre la palabra "cometer' en el parágrafo (a) como el modo principal de responsabilidad; mientras que por su parte, las otras modalidades de responsabilidad quedan establecidas en los ordinales (b) al (d), las cuales establecen la responsabilidad accesoria. Esta distinción -en el criterio- es lo que se ha denominado 'control sobre el crimen', por lo tanto, únicamente las personas que han tenido el control sobre el crimen y subjetivamente están consciente de este control son consideradas como principales.

Sin embargo, los tribunales *ad hoc*, no han utilizado esta figura para hacer una distinción entre el principal y al accesorio en la comisión del crimen. En este sentido, estos tribunales hacen especial mención a la coperpetración bajo la figura de 'unión a empresa criminal'. Al mismo tiempo, los tribunales *ad hoc* han realizado más énfasis en el criterio subjetivo de la 'intención compartida' en el sentido de que el crimen debe ser realizado; por tanto, aquellos autores que no comparten la misma intención son considerados como meros accesorios al crimen (*aiders and abettors*). Por consiguiente, dadas las diferencias en el acercamiento de los temas, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* es de limitado alcance para comprender los elementos objetivos de la coperpetración en la CPI.

---

[436] CPI. Manual Elemento de los Crímenes. Introducción General, p 247. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf

12.2.1.1. Las autorías se encuentran en los apartados (a) del artículo 25

Artículo 25, (3) (a) "Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable"

El apartado (a) del párrafo 3 se refiere a tres modalidades en la comisión del crimen. Sin embargo, en el marco del Estatuto de la CPI, una persona incurrirá en responsabilidad penal si él o ella comete cualquiera de los delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional, ya sea como (i) un individuo, (ii) conjuntamente con otro o (iii) a través de otra persona, independientemente de si esa otra persona es penalmente responsable. De esta forma, se distinguen la autoría directa o inmediata, coautoría y autoría mediata.[437] En este contexto, hay que tener presente que la 'perpetración' puede ser tenida como aquella acción física que materializa el acto ilegal, dicha acción debe estar acompañada con el elemento mental,[438] situación estudiada previamente en el capítulo anterior de este trabajo de investigación.

El artículo hace uso de una forma amplia de la palabra 'cometer', extendiéndose ésta a la participación y a la perpetración, mientras que la palabra 'cometer' usada en el parágrafo 3 (a), acompañada por la frase " por sí solo…" se encuentra limitada a la perpetración directa y/o indirecta, así como a la unión para delinquir. En este sentido, Kai Ambos reafirma que en este sub parágrafo destacan tres modalidades de autoría, a saber: autoría directa o inmediata (por sí sólo), la coautoría (con otro) y finalmente, la autoría mediata (por conducta de otro). Desde la perspectiva del derecho

[437] Andrés Domínguez. *Obra citada*, p 138.
[438] Cassese Antonio. *International Criminal Law*, p 180.

penal alemán[439], el elemento (i) habla acerca de *unmittelbarer Täter* (el autor directo quien realiza físicamente los elementos materiales del delito); el elemento (ii) se ocupa de *Mittäterschaft* (coautoría); y la tercera forma de la comisión se ocupa del *mittelbarer Täteror Hintermann* (autor mediato, una persona que actúa a través de un agente inocente).

Por su parte, Jescheck ha definido al autor mediato como "*quien realiza el tipo penal sirviéndose para la ejecución de la acción típica, de otra persona como 'instrumento'. Se ha indicado que lo realmente importante cuando se habla de las modalidades de participación en el crimen es el dominio del hecho, el cual requiere en la autoría mediata que todo el proceso se presente como obra de la voluntad rectora del 'hombre de atrás' y que éste tenga en su mano, gracias a su influencia, al intermediario en el hecho*".[440]

Esta última modalidad de perpetración fue definido por el Comité Preparatorio de 1996 bajo las siguientes palabras: "l*[a] persona será considerada como un principal cuando esa persona comete el delito a través de un agente inocente que no tiene conocimiento de la naturaleza criminal del acto cometido, como un menor de edad, una persona de la capacidad o de la persona mentales defectuosa actuando bajo error de hecho o de otra manera actuar sin mens rea*".

[439] Los autores alemanes han desarrollado varias hipótesis en relación a este tipo de autoría. La primera de ellas gira en torno a la utilización de una persona que "no ve los hechos" como si alguien solicita a un individuo que alcance una cosa sin que esta última pueda percatarse que está sustrayendo bien ajeno; la segunda hipótesis tiene que ver con el abuso de la fuerza –coacción- y, la tercera, indicada como "dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado", donde existe una organización jerárquica y quien da la orden responde como el autor mediato debido a que como no hay coacción ni engaño la organización es de tal magnitud que maneja al ejecuto inmediato y puede reemplazarlo indistintamente. La Corte Suprema de Justicia de Colombia planteó la siguientes hipótesis "1. Violación insuperable; 2 O el de la orden vinculante absoluta; 3. O cuando el autor mediato coloca a la persona que actúa en situación de error insuperable respecto de la naturaleza de la acción ejecutada; 4 O finalmente cuando la conducta del autor se realiza utilizando a una persona como instrumento material, como sería el caso de quien empuja a una persona descuidada para dañar o lesionar" (Hernández, Jorge Alberto. *Obra citada*, p 12 -13)

[440] Hernández, Jorge Alberto. *Obra citada*, p 12.

La Sala de Cuestiones Preliminares ha aplicado la noción de 'control sobre el crimen' para distinguir entre 'cometer' (como una forma de responsabilidad principal) y formas de la responsabilidad accesoria. La Sala expresó:

> *"Principals to a crime are not limited to those who physically carry out the objetive elements of the offense, but also include those who, in spite of being removed from the scene of the crime, control or mastermind its commission because they decide whther and how the offence will be committed*".[441]

La Sala de juicios, en el caso de Lubanga, también consideró y rechazó un criterio puramente subjetivo y objetivo para distinguir entre principales y accesorios al crimen. La Sala interpretó que el artículo 25 (3), en conjunto con el ordinal (3) (d), que el Estatuto no optó por un criterio subjetivo. El ordinal (d) del artículo, el cual es considerado como una figura cercana a la unión a empresa criminal - una forma de comisión primariamente que descansa sobre el criterio subjetivo de compartir la misma intención- no se encuentra enlistado como una forma de 'cometer'. Además, la Sala consideró que por su enunciado el apartado (d) configura una forma residual de la responsabilidad accesoria.[442]

Igualmente, la Sala rechazó un acercamiento puramente objetivo para distinguir entre principales y accesorios; bajo tal acercamiento, los principales son sólo aquellos quienes físicamente llevan a cabo uno o más de los elementos objetivos del crimen.[443]

[441] CPI. Caso de Lubanga. Sentencia citada, párrafo 330.
[442] Ibidem, párrafo 336-337.
[443] Ibidem, párrafo 328.

La realidad de que el apartado (a) del artículo 25 reconoce la figura de "*cometer un crimen a través de otra persona*" da apoyo a la noción de 'control sobre el crimen' como una criterio distintivo entre la responsabilidad principal y la responsabilidad accesoria, debido a que esto constituye "la *forma más típica del concepto de control sobre el crimen*".[444]

La distinción basada sobre el control del crimen es una combinación de los elementos objetivos y objetivos, lo que implica una situación de control objetiva y subjetiva en cuanto a tener la consciencia de lo que se hace.[445]

De esta forma, considerando el concepto de control, establecidos en la sentencia de Lubanga, se pueden distinguir tres formas de 'principales' en el crimen:[446]

1. Son principales quienes "*physically carry out the objective elements of the offence (commission of the crime in person, or direct perpetration)":* artículo 25 (3) (a) primera opción del Estatuto de la CPI.

2. son principales quienes "*have, along with others, control over the offence by reason of the essential tasks assigned to them (commission of the crime jointly with others, or co-erpetration)":* artículo 25 (3) (a) segunda opción del Estatuto.

3. son principales quienes "*control the will of those who carry out the objective elements of the offence (commission of the crime through abother person, or indirect perpetration)":* Artículo 25 (3) (a) tercera opción del Estatuto.

---

[444] Ibidem, párrafo 339.
[445] Ibidem, párrafo 331.
[446] CPI. Caso de Lubanga, párrafo 332. Katanga & Ngudjolo Confirmation Decision, párrafo 488, Abu Garda Confirmation Decision, párrafo 153.

De esta forma, el Estatuto ha adoptado un sistema dualista, distinguiendo entre el perpetrador principal y los accesorios. La responsabilidad del accesorio se deriva en que requiere a un principal desarrolle el *actus reus* del crimen, quién además deberá actuar con el requisito de la *mens rea*. El accesorio es meramente un participante en el crimen del principal. Por tanto, la distinción entre principales y accesorios es muy relevante para decidir en los casos ante la CPI.[447]

Cometer como individuo:

En el caso de los tribunales *ad hoc*, los elementos subjetivos para 'cometer - física y directamente- el crimen se configuran si el acusado actúa con la *mens rea* requerida del crimen en cuestión; excepto en los crímenes donde se requiere una intención específica, es decir que el actuante tenga la consciencia de la probabilidad/posibilidad sustancial y que la complemente con el elemento volitivo.

En cuanto a los elementos objetivos y subjetivos, la Sala ha indicado que se deben considerar como:

a) Elementos objetivos:

Cometer 'como individuo' es la primera opción del Estatuto de la CPI, en el artículo 25 (3) (a), el mismo ha sido interpretado por la Sala de Cuestiones Preliminares I como aquel que comete el elemento objetivo del crimen. Sin embargo, esta modalidad de 'cometer' tiene el mismo requerimiento objetivo

[447] Olásolo, Héctor. *Developments in the Distinction between Principal and Accesorial Liability in Light of the First case law of the International Criminal Cour*t, en *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Carsten Sthn & Göran Sluiter (eds), Martinus Nijhoff Publishers. Leiden 2009, p 340-341.

de aquel quien 'comete' el crimen de forma física y directa –en un sentido amplio- en los tribunales *ad hoc*.

b) Elementos subjetivos

La responsabilidad establecida bajo el artículo 25 (3) (a) es la primera opción del Estatuto de Roma, el perpetrador físico debe llenar los elementos subjetivos del crimen en cuestión. Se incluye el requisito del dolo especial o el tipo ulterior de intención. El elemento mental se encuentra en el artículo 30 de la CPI.

12.2.1.2. Coautoría

De acuerdo a Jeschek, se ha indicado que cuando varios cometen un hecho delictivo todos serán castigados como autores, pero en este caso cuando son varios intervinientes la doctrina los ha definido como "coautores". Se destaca que la coautoría puede ser delimitada de la siguiente manera: a) se basa en el dominio de hecho, pero como son varios los actores, el dominio del hecho debe ser común, teniéndose que cada coautor domine todo el hecho con la colaboración con otro u otros. En relación al aspecto subjetivo, se requiere que los actores tengan una vinculación previa mediante un acuerdo común de realizar el hecho criminal, siendo que la decisión de cometer el hecho delictivo es la unión que convierte a todas las partes en un todo. b) En este sentido, para la coautoría no rige el principio de la imputación por la accesoriedad sino la imputación inmediata recíproca de todas las contribuciones al hecho, lo cual tiene lugar en el marco del común acuerdo. c) Por otra parte, los límites de la coautoría se desprenden del hecho de que se trata de una forma de autoría basada en un acuerdo

común.[448] De todo esto, se deduce que todo coautor debe ser castigado como autor de acuerdo a la ley penal.

Igualmente, se ha indicado que para determinar si se actúa a título de coautor o de cómplice, algunos doctrinarios, han elaborado la 'teoría subjetiva', de acuerdo a la misma "*lo que decide la penalidad como autor o como partícipe en la coproducción de un delito por varias personas, no es lo objetivamente producido por el aporte al hecho, sino la dirección subjetiva de la voluntad del partícipe respectivo. Desde este punto de vista, autor será quien obre con voluntad de autor, independientemente de su aporte exterior al resultado*".[449] De la misma, destaca como importante que el participe quiera que el hecho sea propio, que tenga ánimo de autor, siendo valorado cualquier tipo de aporte realizado para la comisión del crimen.[450]

Por otra parte, se ha debatido la doctrina denominada 'dominio del hecho'. Roxin, describe como autor o coautor "*quien mantiene en sus manos el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos. Por lo tanto, lo decisivo no es la motivación, sino el aporte objetivo que ha correspondido al individuo en la ejecución del hecho. Si tuvo un papel dominante en el hecho total, será autor, si al contrario, no ha tenido una posición dominante en la comisión del hecho, será sólo partícipe, a pesar del gran interés personal que haya tenido en el delito*".[451]

---

[448] Heinrich Jeschek, Hans. *La Coautoría*, en obra *La Coautoría & La Legitima Defensa*. Editora Jurídica de Colombia. Bogotá, 1993, p 27 -30.
[449] Hernández, Jorge. *Obra citada*, p 6.
[450] Ibidem, p 6.
[451] Ibidem.

Igualmente, cabe destacar que de acuerdo al derecho internacional penal, la coautoría tiene como característica propia que los involucrados poseen un 'plan común' y un rol a ejecutar para alcanzar el fin último, siendo este el crimen en sí mismo. En este sentido, sino se ejecutasen esas tareas asignadas, el acto final no sería posible. Por lo tanto, no sería viable que uno de los coautores no sea responsable por el crimen.[452]

Volviendo al artículo 25, encontramos en el sub parágrafo (3) (a), la frase "cometa ese crimen", la cual se extiende a la perpetración "con otros" e introduciendo otro nuevo concepto en el campo internacional como el de la "perpetración junto con otros" siendo este un acto autónomo de perpetración, debido a que la coautoría no queda dentro del concepto de complicidad puesto a que la coautoría es una forma autónoma de autoría en el artículo.[453] La unión o la coperpetración denota dos o más perpetradores, quienes facilitan la comisión del crimen. Hay que destacar que los crímenes suelen ser cometidos por una pluralidad de personas; si todos ellos forman parte al momento de la perpetración en el mismo crimen y realizan los mismos actos, estamos ante la figura de la coperpetración.[454] Por lo tanto, la cooperación debe ser muy cercana, tanto que los contribuidores deben ser todos tenidos como responsables en la comisión del crimen. En los tribunales *ad hoc*, el designio común fue desarrollado por la jurisprudencia del TPIY, mientras que la coautoría fue desarrollada como un modelo separado de participación. En este sentido, es oportuno resaltar que el ''plan común'' o la intención común

[452] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 109.
[453] Ibidem, p 108.
[454] Cassese, Antonio. *Obra citada*, p 181.

no debe ser formalmente asentado,[455] tal como lo indicó la sentencia de Apelaciones de Tadić:

> "*there is no necessity for this plan, or purpose to have been previously arranged or formulated. The common plan or purpose may materialize extemporaneously and be inferred from the fact that a plurality of persons acts in unison top ut into effect a joint criminal Enterprise".*[456]

Ambos indica que en segundo lugar que el artículo 25 tipifica la comisión de un delito "con otro" ó por "conducto de otro" en el sub parágrafo (a). No obstante, la última línea de ese párrafo no tiene sentido al señalar que "*sea éste o no penalmente responsable*". Dado que la autoría mediata indica que *quien* perpetrará el delito es utilizado como un instrumento (*werkzeung*) por el autor mediato, siendo éste último -realmente- la mente creadora del crimen (*hintermann*), mientras que esa persona utilizada se convierte en "un agente inocente, no responsable del acto delictivo".[457]

El primer desarrollo de la noción de coautoría, en relación a lo dispuesto en el artículo 25 (3) (a) del Estatuto de la CPI, fue realizado por la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el caso de Lubanga . La Sala estuvo de acuerdo con los aportes realizados por la doctrina e indicó:

> *"it is originally rooted in the idea that when the sum of the co-ordinated individual contributions of a plurality of persons results in the realisation of all the objective elements of a crime, any person making a contribution can be held vicariously responsible for the contributions*

[455] Ibidem, p 182.
[456] TPIY. Caso Tadić, Sala de Apelaciones, párrafo 227.
[457] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 109.

of all the others and, as a result, can be considered as a principal to whole crime". [458]

La Sala indicó que hay tres enfoques diferentes para diferenciar entre los autores y accesorios de un delito, a saber: 1) el enfoque objetivo, en principio sólo aquellos que llevan a cabo físicamente uno o más de los elementos objetivos del delito pueden considerarse en el delito; 2) el enfoque subjetivo, adoptado por los dos tribunales *ad hoc* a través del concepto de la 'unión a empresa criminal', colocando la atención en el estado mental al momento de hacer la contribución al crimen; y 3) el enfoque del 'control sobre el crimen' – el cual fue adoptado por la Sala de Cuestiones Preliminares para distinguir entre autores y accesorios.

En palabras de la Sala de Cuestiones Preliminares fue explicado de la siguiente manera: "*este enfoque implica un elemento objetivo, que consta de las circunstancias de hecho pertinentes para el control sobre el crimen , y un elemento subjetivo, que consiste en la conciencia de tales circunstancias*". La Sala afirmó que la característica principal de este concepto es que "*los autores del crimen no se limitan a los que llevan a cabo físicamente el elemento objetivo del delito , sino que también incluyen aquellos que, a pesar de estar ... [remotos] de la escena del crimen, tienen el control y/o poseen la mente maestra en la comisión porque deciden como llevar a cabo la ofensa"* . Por ende, ellos son los autores y no los cómplices porque tienen el control sobre el delito en razón de las tareas esenciales que se les asignen en conjunto con otros.

[458] CPI. Caso Lubanga. Sala de Cuestiones Preliminares I. 29 de enero de 2007. párrafo 326.

Desde la perspectiva del derecho penal alemán, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI se adhirió a la noción de *Mittäterschaft* (coautoría), basado en *Funktionelle Tatherrschaft* (control funcional sobre el crimen). Sin embargo, la Sala se desvió de la teoría del profesor Roxin.

La coautoría, como una forma de responsabilidad individual, ha resultado ser problemática para la doctrina anglo americana debido a que, para ésta corriente del derecho, la participación está basada en una estructura donde el perpetrador y el cómplice poseen responsabilidad derivada de la acción principal. La pregunta surge para aclarar cuando surge la coautoría: 1) ¿qué ocurre si cada participante hace una contribución directa sobre el *actus reus?*, o 2), ¿qué ocurre si sólo uno de ellos causa el *actus reus* mientras que ambos participantes comparten la misma *mens rea?*. En este sentido, Smith y Hogan, consideran que la 'unión a empresa criminal' también se origina en la estructura básica del principal y del acusado, este concepto es gobernado por los principios de la participación secundaria. La distinción entre el perpetrador directo y el secundario puede resultar a veces difícil de realizar, debido a que todos son tenidos como responsables, por lo que la doctrina del 'designio común' o de 'unión a una empresa criminal' compensa esta deficiencia en el sistema anglo americano de la doctrina de la complicidad. El designio común está basado en los principios de la responsabilidad del cómplice, donde la responsabilidad de uno es parcialmente derivada de la contribución de los otros y donde la unión a los principales son cada uno responsables por sus actos y son condenables por el crimen principal.

En los sistemas legales, la 'coautoría' y la 'unión a una empresa criminal' están reconocidas como formas diferentes para atribuir la responsabilidad. En algunos sistemas penales estas figuras son consideradas como un modelo de participación, mientras que en otros son un tipo de perpetración indirecta. En este sentido, es importante observar, que el artículo 25 (3) (a),

resalta la independencia del artículo en el uso del concepto de coperpetración desde la participación hasta la perpetración, así como desde una parte secundaria hasta una parte principal; desarrollándose ambas como modalidades separadas de la responsabilidad y no están subsumidas en la figura de la complicidad. De esta forma, pareciese que el Estatuto ha adoptado o se ha acercado a la doctrina de los países de sistema civil, alejándose de la participación dual del sistema anglo americano sostenido en los tribunales *ad hoc*. La coperpetración no está reconocida en el estatuto del TPIY. Sin embargo, la Corte otorga una *cuasi* unión o coperpetración en la jurisprudencia a través del concepto del designio común.

El TPIY, en el caso de Stakić, aplicó una forma de coperpetración basada en el control en conjunto sobre el crimen, un criterio que ahora es utilizado por la CPI. Los coperpetradores comparten el control del crimen cuando ellos sólo pueden realizar su plan si actúan en conjunto y cada uno de ellos puede perjudicar todo el plan por no haber desarrollado la parte encomendada. Sin embargo, el análisis realizado en el caso de Stakić fue desechado por la Sala de Apelaciones, debido a que a diferencia de la 'unión a empresa criminal', este concepto no tenía sus bases en el derecho consuetudinario internacional, ni en la jurisprudencia del TPIY.

Otro acercamiento fue realizado en el caso de *Limaj et al,* [459] donde la Sala de juicio requirió para la configuración de los elementos objetivos de la comisión del crimen que "*the accused participated, physically or otherwise directly, in the material elements of a crime provided for in the Statute,*

[459] Fatmir Limaj fue un político de Kosovo y alcanzó el cargo de alcalde de es un político de Kosovo, también llegó a obstentar el cargo de Ministro de Transportes y Telecomunicaciones durante el gobierno de la República de Kosova . Fue conocido como "Çeliku" durante las guerras yugoslavas El TPIY lo acusó de cometer crímenes de guerra en contra los serbios y albanos, crimen realizado en conexión con detenciones ilegales, tratos crueles e inhumanos, asesinatos cometidos en la prisión de Lapušnik prison camp.

through positive acts or omissions, whether individually or jointly wth others".[460]

12.2.1.3. ¿Quién es el autor mediato?

La perpetración indirecta está referida al autor mediato (*perpetrator by means*), quien actúa a través de un tercero (en derecho anglo-americano conocido como agente inocente) y la misma presupone que una persona, quien realmente comete el crimen, es usada como un instrumento para cometer el hecho ilegal.[461] El TPIY, en el caso de Stakić, aplicó el concepto de la perpetración indirecta, esta forma de comisión de crimen requiere que el perpetrador indirecto utilice a la persona quien lleva a cabo el *actus reus* del crimen, siendo este último utilizado como una mera herramienta para lograr la comisión del crimen. El perpetrador indirecto es responsable de 'cometer' el crimen porque el acusado tiene el control del crimen en virtud del control sobre la voluntad de aquel quien funge como herramienta. En estos casos, se ha indicado que el estado mental de las personas, quienes ejecutan el *actus reus,* es irrelevante debido a que ellos son meras piezas en una maquinaria, de manera que si uno de ellos se rehúsa a seguir la instrucción, él o ella podrá ser reemplazado inmediatamente por otra persona dispuesta a cometer el crimen. En consecuencia, la persona que lidera dicha organización, en el marco de la jerarquía, debe ser tenida como responsable de haber cometido el crimen. Se tiene así que esta forma de perpetración indirecta fue usada en el caso de Stakić a través de una organización de jerarquía.[462]

.[460] TPIY. Prosecutor vr Limaj et al. Sala de juicios, párrafo 509.

[461] La perpetración por los medios, es un termino que viene del derecho civil y cuya figura análoga en el sistema anglo americano es la doctrina del agente inocente (*innocent agency*), ver: Van Sliedregt, *obra citada*, p 68.

[462] Goy, Barbara. *Artículo citado,* p 38.

La Sala de juicios aplicó la 'perpetración indirecta' en conjunto con la coperpetración basada en el control compartido (refiriéndose posteriormente a la coperpetración) para juzgar a Milomir Stakić como un coperpetrador indirecto. Los coperpetradores eran los líderes de cuerpos políticos, de los militares y de la policía.[463]

Cuando la Sala de Apelaciones analizó la posición sostenida por la Sala de Juicios desechó la figura de la coperpetración pero dejó intactos los hallazgos en relación a la perpetración indirecta.

Además, los tribunales *ad hoc*, vía desarrollo jurisprudencial, usaron el verbo 'cometer' para expresar la naturaleza de los diferentes tipos de contribución a un crimen en los términos de perpetración directa o indirecta. El término "cometer" usado por los tribunales *ad hoc* cubre tanto la perpetración directa como la unión para participar en la doctrina del designio común (*common purpose doctrine*), dejando las figuras de ayudar e instigar fuera de ello. Por consiguiente, la perpetración por los medios ó autoría mediata no está reconocida como tal en esa jurisprudencia. En este sentido, la Sala de apelaciones en la sentencia de Tadić, indicó:

> "*This provision (article 7 (1)) covers first and foremost the physical perpetration of a crime by the ofender himself, or the culpable omission of an act that was mandated by a rule of criminal law. However, the commission of one of the crimes envisaged in article 2,3,4 or 5 of the*

[463] La Sala indicó "*as the leading political figure in Prijedor municipality, is charged as the perpetrator behind the direct perpetratos/actor and is considered the co-perpetratos of those crimes together with other persons with whom he co-operated in many leading bodies of the Municipality. The Trial Chamber deliberately uses both terms 'perpetrator' and 'actor' because it is immaterial for the assessment of the intent of the indirect perpetratos whether or not the actor had such a discriminatory intent; the actor may be used as an innocent instrument or tool only".*

Statute might also occur through participation in the realisation of a common designo or purpose".[464]

Por su parte, en las jurisdicciones nacionales de los países pertenecientes al derecho civil, se puede encontrar el concepto de 'perpetración por los medios' y del 'autor mediato', mientras que por otra parte se tiene la doctrina del agente inocente (*innocent agency*) en la jurisdicción anglo-americana.[465] En el sistema francés, la figura del "*auteur médiat"* no está codificada, pero en la jurisprudencia está reconocida como el perpetrador responsable cuando el perpetrador principal es usado como un instrumento. Las leyes alemanas lo refieren como el perpetrador por medios, bajo el nombre de "*mittelbaren Täterschaft*".

En los crímenes en masa, dicha figura opera de la siguiente manera, el perpetrador indirecto, es aquel quien goza del dominio sobre sus subordinados dentro de una organización, quienes a su vez como perpetradores directos, ejecutan los crímenes concebidos previamente y ordenados por el perpetrador indirecto, en la mayoría de los casos los perpetradores indirectos son los 'comandantes', 'jefes' o 'líderes'. Los subordinados son penalmente responsables en conjunto con el comandante, quien tiene el control y usa a los subordinados como reemplazables o como mediadores en el acto. Es ante este escenario que Roxin, en el año 1963, publicó su teoría de la 'perpetración a través de una estructura de poder',

---

[464] TPIY. Caso Tadic, Sala de Apelaciones, párrafo 188.

[465] En dicha figura, el actor primario se convierte (perpetrador directo) en un simple instrumento del actor secundario (perpetrador indirecto) quien intencionalmente manipula al primero para perpetrar lo que sería un crimen si el agente inocente no fuera justificable o excusable, es en estos casos donde se constituye el agente inocente. Tenemos así que en esta jurisdicción el perpetrador por medios es culpable como principal: *"The actus reus may be directy brought about by the act of someone who is not a participant in the crime at all (that is, who has no mens rea, or who has some defence,such as infancy or insanity). Such a person is usually described as an "innocent agent" and, in such a case, the principal is the participant in the crime whose act is the most immediate cause of the innocent agent's act. Smith & Hogan (1996) p 128.*

donde el autor se manifestó contrario a la idea de considerar como simples participantes a los dirigentes políticos y militares nazis en los delitos graves.[466] Finalmente, después de tres décadas, la Corte de Apelaciones del Estado Federal Alemán aplicó esta teoría para juzgar las violaciones de derechos humanos cometidos durante el letal gobierno de la República Democrática Alemana.[467]

Por su parte, Ambos ha señalado que "*el perpetrador directo pierde su trascendencia debido a que juega un rol secundario en la ejecución del acto. Él, quien domina el sistema, domina la voluntad anónima de todos los hombres que lo conforman".* El dominio del perpetrador indirecto sobre el perpetrador directo es total, en el sentido de que si alguien no cumple las órdenes, otro vendrá a realizarlas y los actos se materializaran sea como sea.[468]

Este tipo de comisión de crímenes, se encuentra establecido en el numeral 3 ordinal (a) del artículo 25. La Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, en el caso de Lubanga, consideró que esta forma de participación debe ser considerada como coautoría basada en el control sobre el crimen, la Sala desechó el argumento usado por los representantes de ciertas víctimas quienes indicaban que existía una unión a empresa criminal.

La coperpetración es una forma de participación principal y a través de la noción de 'control sobre el crimen' se distingue de otras formas de

[466] Olásolo Alonso, Héctor. *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá, 2011, p 231.
[467] Weigend, Thomas. *Perpetration through and organization, the unexpected career of a German Legal Concept*.Journal of International Criminal Justice nº 9, Oxford Unviersity Press, 2011, p 91-111.
[468] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 70.

responsabilidad accesoria. Por lo tanto para ser coperpetrador, el acusado debe tener el control sobre el crimen en unión a otros perpetradores. Sólo aquellos a quienes se les han asignado tareas que son esenciales y que por no desarrollarlas pueden frustrar la comisión del crimen son considerados como coautores. Incluso, si ninguno de ellos tiene el control total del crimen porque de ellos depende de uno del otro para la comisión del crimen, ellos comparten el control porque cada uno de ellos podrías frustrar la comisión del crimen por no desarrollar su tarea. Por consiguiente, de acuerdo a la Sala, los coperpetradores comparten el control del crimen mediante la naturaleza de sus contribuciones, este concepto es parecido al usado en el caso de *Stakić*.

Además, es importante destacar la existencia de esta figura, debido a que el artículo 25 3, (a) del Estatuto introduce en el sistema internacional una nueva forma de perpetración: el autor mediato (*perpetrator by means)*. El concepto incluye tanto a los perpetradores inocentes como culpables y probablemente puede cubrir una gran gama de situaciones, las cuales se encuentran amparadas por el clásico concepto de perpetración en los sistemas nacionales. La autora Van Sliedregt considera que teniendo en cuenta la magnitud de los crímenes de la jurisdicción de la Corte, tiene sentido equiparar los conceptos de hegemonía sobre el acto (dominio del hecho) y de perpetración funcional, debido a que ambos están bien fortalecidos para lidiar con los tipos de crímenes ejecutados bajo la figura de la autoría mediata. El concepto puede ser usado en los casos en que el agente actuó erróneamente, por ejemplo, cuando el subordinado o agente no tienen una información válida de su superior, *verbigracia*, ocultar información real del estado del armamento. En este sentido, cuando se prueba que el superior manipuló la información, en vez de ser tenido como responsable y como un perpetrador indirecto o autor intelectual, pasa a ser un perpetrador principal bajo la figura de ‘autor mediato’.

Por otra parte, el uso de la figura del autor mediato ha hecho surgir diferentes discusiones académicas, esto en aras de emprender el estudio de diversas posiciones que permitan establecer las responsabilidades en los casos de la codelincuencia criminal de estructuras jerarquizadas. Ahora bien, anteriormente, desde un punto de vista político-criminal, se había recomendado atribuir la condición de autores a los dirigentes y mandos puesto que su potencialidad para cometer crímenes es inclusive aún mayor en comparación a aquellos que cometen directamente el crimen. En este sentido, para tal fin se han estudiado diversas teorías, entre ellas, la coautoría y la autoría mediata, siendo esta última la que se mantiene para poder juzgar como autores a aquellos dirigentes y mandos intermedios de la organización criminal, esto a pesar de que los crímenes sean cometidos por otros.[469] No obstante, en opinión de Hernández Plasencia, las tendencias internacionales pareciesen ir en contra de considerar como autores mediatos a los que ordenan la comisión de crímenes internacionales, puesto que el artículo 25.3 separa los tipos de autoría de las conductas de ordenar, proponer o inducir; a su vez indica que el artículo 28 establece dos tipos de responsabilidades específicas para los jefes y otros superiores militares; instituyendo -este artículo- un deber garante por los hechos cometidos –no ordenados- por sus subordinados o fuerzas militares.[470]

En relación a los elementos -que se deben constituir para la configuración del crimen- se tiene que la CPI ha indicado:

Elementos Objetivos:

[469] Hernández Plasencia, José Ulises. Obra citada, p 411-413.
[470] Ibidem, p 448.

De acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares, los coautores requieren un acuerdo o un 'plan común' entre dos o más personas. El 'plan común' debe incluir la comisión del crimen (Katanga[471] & Ngudjolo Chui[472]) o un elemento de criminalidad (Lubanga[473], Banda[474] & Jerbo[475]). De acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares, en el caso de Lubanga, el 'plan común' no requiere estar específicamente dirigido a la comisión de un crimen, se necesita:

1. Que los coperpetradores estén de acuerdo en (a) comenzar la implementación de un 'plan común' para lograr una meta criminal, y (b) no solamente a cometer el crimen si ciertas condiciones son logradas, o;

2. Que los coperpetradores (a) estén consciente del riesgo de implementar ese 'plan común', el cual pudiese resultar en la comisión de un crimen (el cual está específicamente dirigido al logro de una meta no-criminal) y (b) que acepten tales consecuencias.[476]

Elementos Subjetivos:

[471] Germain Katanga, también conocido como Simba, era un antiguo líder de la Fuerza de Resistencia Patriótica en Ituri (FRPI), las cuales operaban en Congo. Fue acusado de asesinato, esclavitud sexual y el reclutamiento de niños para participar en actividades hostiles. En el año 2014, el caso se convirtió en el segundo caso sentenciado por la CPI , despues del de Lubanga.
[472] Mathieu Ngudjolo Chui fue un Coronel de la armada congolesa y miembro del Frente Integracionista Nacional (FNI, siglas en inglés) y de las Fuerzas de Resistencia Patrióticas en Itur (FRPI, siglas en inglés) fue entregado a la CPI y acusado bajo seis cargos por crímenes de Guerra y tres cargos por crímenes de lesa humanidad.
[473] Thomas Lubanga Dyilo fue sentenciado por cometer crímenes de guerra en la República Democrática del Congo, convirtiéndose en la primera persona en ser juzgada por la CPI. Fundó y dirigió el movimiento Unión de Patriotas Congoleses (UPC, siglas en inglés). Fue acusado de cometer violaciones en masa de derechos humanos, incluyendo, masacres étnicas, asesinatos, torturas, violaciones, mutilaciones y el reclutamiento forzoso de niños.
[474] Abdallah Banda Abakaer Nourain comúnmente conocido como Banda, fue el Comandante en Jefe del Movimiento de Justicia y Equidad, colectivo que formaba parte del Frente de Resistencia Unida, quienes cometieron crímenes de Guerra durante las redadas de Haskanita en contra de las Fuerzas de Paz de la Unión Africana.
[475] Saleh Mohammed Jerbo Jamus, fue uno de los Jefes del Movimiento de la Liberación de Sudán (SLM, siglas en inglés), también es acusado de participar en las redadas de Hashanita.
[476] Goy, Barbara. *Artículo citado*, p 42.

Para ser responsable bajo la figura de la coperpetración, el acusado debe satisfacer todos los elementos subjetivos del crimen en cuestión, incluyendo las solicitudes específicas de *mens rea.* Además, se requieren la consciencia y aceptación mutua de los coperpetradores para implementar su plan criminal, el cual podría resultar en la realización de los elementos objetivos del crimen.[477]

La importancia de la figura del autor mediato subyace en el hecho de que los dirigentes son los principales protagonista de la comisión de los crímenes en masas, debido a que planean su comisión, dirigen las estructuras organizadas de poder, las cuales controlan para que los crímenes sean ejecutados. De esta forma, surgen las dudas de si estos dirigentes son responsables de los delitos de forma accesoria como participes en los delitos cometidos por sus subordinados, quienes a su vez son responsables de los delitos cometidos por ellos mismos. A pesar de que al comienzo hubo escepticismo en la aceptación de esta figura, con el tiempo la autoría mediata –en las estructuras de estructuras organizadas de poder- ha sido acogida en las jurisdicciones nacionales e internacionales. Un ejemplo de esto, se puede apreciar en el caso de *Milomir Stakic,*[478] llevado ante la Sala de primera instancia del TPIY, en el mismo se utilizó la figura de la autoría mediata siendo esta posteriormente aplicada en diversos casos.[479]

---

[477] La Sala de Cuestiones Preliminares en el caso de Lubanga indicó: "*it is precisely the co-perpetrators' mutual awareness and acceptance of this result which justifies (a) that the contributions made by the others may be attributed to each of them, including the suspect, and (b) that they be held criminally responsible as principals to the whole crime".*

[478] *Milomir Stakic* es un serbobosnio quien fuese acusado ante el TPIY de genocidio, complicidad en el genocidio , violaciónes de los usos de la guerra y los crímenes contra la humanidad, crímenes cometidos en la región de Prijedor durante la Guerra de Bosnia . En el año de 1991, resultó electo como Vicepresidente de la Asamblea Municipal Prijedor, siendo miembro del Partido Democrático Serbio.

[479] En el TPIY, se encuentran los casos de Milomir Stakic, Radosla Brdanin, Momcilo Krajisnik, Milan martic, Vlastimir Dordevic, en el TPIR,Protais Zigiranyirazo, ante la CPI contra Jean Pierre Bemba, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui, Omar Al Bashir, Abu Garda, Muammar Gaddafi, Saif Al Islam Gaddafi, Abdullah Al-Sebussi,

No obstante, en los casos llevados en contra Omar al Bashir[480] y Abdullah Al-Senussi,[481] el concepto de autoría mediata se llevó de forma autónoma, esto se debió a que, de acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, Omar al Bashir poseía un control desde las alturas del poder en la estructura organizada del Estado. Además, existían indicios de que al Bashir pudo haber concentrado en su persona, el control de todas las acciones criminales emprendidas en contra de la población civil. En el caso de Abdullah Al-Senussi, le fue aplicado este tipo de autoría debido a que pertenecía a una categoría de jefes en una unidad concreta, cuyos integrantes cometieron crímenes de gran envergadura.[482] Finalmente, el resto de los casos -ante la CPI- tienen en común que los actores políticos y/o militares dirigieron distintas organizaciones para ejecutar un plan criminal común, en consecuencia, el concepto de autoría mediata no puede ser aplicado autónomamente sino que debe ser aplicado en conjunto con el concepto de coautoría, cuya figura ya fue reconocida como una cuarta modalidad del concepto del dominio del hecho por la Sala de Cuestiones Preliminares I, en la decisión pertinente a la orden de arresto en contra de Omar al Bashir, el 04 de julio de 2009.[483]

> *"(…) la Sala subraya que, en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo, la Sala ha sostenido que el artículo 25 (3) (a) del Estatuto acoge el concepto de dominio del hecho como criterio determinante para*

Francis Kirimi Muthaura, Uhura Muigay Kenyatta, William Samoei Ruto y Henry Kiprono Kosgey. Ver detalles en: Olásolo Alonso, Héctor, obra citada, p 231.

[480] Omar al Bashir es el actual Presidente de Sudán y Jefe del Partido del Congreso nacional, es acusado por la CPI por dirigir una campaña de asesinatos en masa, violaciones y saqueos en contra de los civiles de Darfur. Sin lugar a dudas, este es uno de los casos que más polémica ha causado, puesto que si bien es cierto que tiene sobre sus hombros una orden de captura internacional, ningún país que lo ha invitado a actos oficiales lo ha querido 'entregar' a la CPI.

[481] Abdullah Al-Senussi era el jefe de inteligencia y cuñado del Coronel Muammar Gaddafi, quien fuese acusado de cometer horrendos crímenes durante la dictadura en Libia.

[482] Olásolo Alonso, Héctor. *Obra citada,* p 231.

[483] Ibidem,p 232.

distinguir entre la autoría y la participación. Además, como la Sala ha señalado ya en tales casos, el artículo 25 (3) (a) del Estatuto también adopta las siguientes cuatro manifestaciones del concepto de dominio del hecho: autoría directa, autoría mediata o a través de una tercera persona, coautoría basada en el codominio funcional del hecho y coautoría mediata".[484]

Las sentencias se han enfocado en el estudio del establecimiento de las responsabilidades penales de aquellos que son dirigentes de organizaciones criminales de estructuras jerarquizadas o aparatos organizados de poder, esta situación obedece a que cada vez surgen más casos de criminales organizados bajo este tipo de estructuras. No obstante, se han presentado ciertas reticencias para llegar a un consenso a nivel doctrinario en la materia, debido a que no hay dudas en relación a la responsabilidad en la que incurren aquellos quienes directamente ejecutan los crímenes de esas organizaciones, éstos tienen la calificación de autores directos o coautores.

Sin embargo, las dudas surgen cuando se pretenden castigar a los dirigentes y ejecutores como autores en la intervención en el delito. El problema emerge puesto que no existe un consenso generalizado en cuanto al concepto de 'organización criminal'. A su vez, ha nacido la duda de si dicho concepto debe ser utilizado en las organizaciones paraestatales que usan para su funcionamiento el aparato de poder del Estado para cometer crímenes, ejemplo: estados totalitarios, las organizaciones criminales fuertemente jerarquizadas pero que no son estatales, organizaciones terroristas o mafiosas.

[484] CPI. Prosecutor vs Bashir Case. Decision on the prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC.02/95-01/09-3, de 04 de marzo de 2009, párrafo 210.

Con base a las organizaciones anteriormente mencionadas, Roxin creo una serie de supuestos y las denominó como de "dominio organizativo". Se tiene así por un lado a aquellas personas que ostentan el poder del Estado y cometen delitos a través de los cuerpos de seguridad y organizaciones que le están subordinados, actuando fuera del margen legal y, por otro lado, tendríamos a los movimientos criminales ocultos, por ejemplo: organizaciones criminales secretas que posean una estructura organizada.[485]

Igualmente, la Sala de Cuestiones Preliminares I, en el caso contra Muammar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al Senussi, desarrolló cuales son los elementos que conforman el concepto de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder de forma autónoma, a saber:

> *"(…) (a) el sospechoso debe haber tenido el control sobre la organización; (b) la organización debe consistir de un aparato de poder jerárquico y organizado; (c) la ejecución de los delitos debe ser asegurada a través del casi automático cumplimiento con las órdenes del sospechoso; (d) el sospechoso debe poseer todos los elementos subjetivos de los delitos; y (e) el sospechoso debe ser consciente de las circunstancias fácticas que le permiten ejercitas su dominio del hecho por conducto de otro en el caso de la autoría mediata".*[486]

- **La Conexión entre las órdenes y la autoría mediata:**

De acuerdo al autor Olasolo, las órdenes pueden ser una imposición de la voluntad del superior, debido a que solo la persona que está dentro de la

[485] Hernández Plasencia, José Ulises. "*La Codelincuencia en Organizaciones Criminales de Estructura Jerarquizada*" en obra "Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad", Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, páginas 409-410.
[486] CPI. Prosecutor vs. Gaddafi et al Case, Decision on the "Prosecutor's application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, 27 de junio de 2011.

organización tiene el poder efectivo de 'ordenar' la comisión de acciones criminales y puede ser considerado como un coperpetrador indirecto. En el supuesto de la perpetración indirecta, la persona en cuestión no cesa en realizar la acción sino que para no hacerlo con sus propias manos, comete el crimen con ayuda de otro.

El líder puede estar seguro que el crimen que quiere cometer será cometido, porque si el subordinado se rehúsa a cometer el crimen, la organización lo reemplazará; esta acción es la garantía de que la orden del superior será llevada cabo debido a la existencia de un gran número de agentes que le dan al 'hombre de atrás' el control sobre el crimen. Consecuentemente, esto es lo que convierte a la persona quien sería un simple instigador en un perpetrador indirecto. Si el agente es una mera herramienta y si este 'hombre de atrás' es el verdadero responsable, éste último será tenido como coperpetrador indirecto, quien debe actuar con el elemento mental requerido por el crimen y quien por tanto quiere participar en la comisión. Por consiguiente, así se comprometería la conducta mediante la orden a la organización de seguir adelante con sus acciones. La CPI ha indicado que:

> *"The leader must use his control over the apparatus to execute crimes, which means that the leader, as the perpetrator behind the perpetrator, mobilises his authority and power within the organisation to secure compliance with his orders. Compliance must include the commission of any of the crimes under the jurisdiction of this Court."* [487]

Un líder puede ser considerado como un perpetrador indirecto del crimen si él tiene el poder de cambiar al agente por otro para que pueda cometer el

[487] CPI. The Prosecutor v German Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07-717, sentencia, párrafo 514.

crimen, esto en caso de que uno de ellos no lo quisiese hacer. En la sentencia del caso de Fujimori, la Corte Suprema de Perú explicó, en relación a las órdenes, los requisitos que debe tener un líder para cometer el crimen. En este sentido, la Corte indicó que la orden debe ser los suficientemente pesada como para modificar la conducta del subordinado, es decir que debe ser la orden del líder que dé lugar a que el agente cometa el crimen. De otra forma no sería posible indicar que el líder ha usado la organización.[488]

De acuerdo al autor Olasolo, los aportes más importantes realizados por la CPI en la sentencia de Katanga son: 1) la ratificación de lo desarrollado en la decisión de confirmación de cargos del caso Lubanga, en relación al artículo 25 (3) (a), en cuanto a la teoría del dominio del hecho para poder distinguir entre autoría y participación y 2) el uso de la figura del coautoría mediata por primera vez, esto como resultado de la aplicación conjunta de la coautoría basada en el codominio funcional del hecho y de la autoría mediata a través de la organización.[489]

Por esto, la Sala de Cuestiones Preliminares I tomó el concepto de la coautoría mediata, aplicado en su día en el caso de Stakić por la Sala de primera instancia II del TPIY. Cabe destacar que dicho concepto (coautoría mediata) se enfoca en la responsabilidad de los líderes políticos y militares, quienes por lo general no se encuentran en el sitio del hecho, además, de que pareciesen no estar estructuralmente cerca de aquellos que comenten el crimen. La Sala ha optado por la adopción de un 'modelo dualista de autoría

[488] Dino C. Caro Coria. "*Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal*" en la obra '*La autoría mediata. El caso Fujimori*' . Ara Editores. Lima, 2010, p 162.
[489] Olásolo Héctor. *El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*. Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional, ISSN 1692-1682, 2009 p 71-122..

y participación', caracterizado además por un concepto de autor basado en la teoría del dominio del hecho.

La decisión de Katanga afirmó lo expuesto en el caso de Lubanga, donde la Sala indicó que el artículo 25 (3) contempla un modelo dualista que distingue entre autoría y participación. Por tanto, se indica que el apartado (a) contempla el concepto de autoría mediata mediante el uso de la expresión 'cometa ese crimen' para referirse a la comisión en sentido estricto del crimen, mientras que los apartados del (b) al (d) utilizan las expresiones 'ordene', 'proponga', 'induzca', 'sea cómplice', 'sea encubridor'; de esta forma queda claro que la corte se alejó del concepto unitario de autor adoptado en Núremberg y Tokio.[490] De esta forma no se adopta el concepto objetivo-formal del autor, de acuerdo al mismo, cuando el crimen "es cometido por una pluralidad de individuos, coautores son únicamente aquellos que llevan a cabo personalmente uno de los elementos objetivos del tipo - de manera que el resto serán partícipes con independencia de la importancia objetiva que tenga su contribución en la ejecución del plan criminal común".[491]

La Sala de Cuestiones Preliminares indicó que el concepto objetivo-formal de autor es rechazado por la doctrina moderna. Igualmente, las decisiones de la CPI niegan que el artículo 25 contemple el concepto subjetivo de autor, el cual había venido siendo desarrollado por los tribunales *ad hoc*, a través del concepto de 'empresa criminal común'.

En relación al concepto del dominio de hecho, la Sala ha indicado que es un concepto abierto que se enfoca en tres direcciones: 1)la autoría directa o

[490] Ibidem, p 77.
[491] Ibidem, p 79.

inmediata como 'control de la acción', 2) autoría mediata como 'control de la voluntad' y 3) coautoría como 'codominio funcional del hecho'.[492]

De esta forma, la Sala pasó a definir quien era el autor directo, denominándolo como aquella persona que lleva a cabo el delito bajo la configuración de los elementos subjetivos requeridos por la doctrina para escuadrar el crimen; de acuerdo al artículo 25, el autor directo es la persona que realiza el crimen 'por si solo' y se considera que posee el dominio del hecho debido a que tiene el control sobre la acción puesto que es el mismo sujeto quien realiza el crimen. El segundo caso es el concepto abierto del dominio del hecho, el artículo 25 utiliza la expresión 'con otro', esto representa la coautoría que se materializa con el codominio funcional del hecho. En los casos del codominio funcional del hecho, se aplican los elementos objetivos del delito, lo cual se logra a través de las contribuciones dadas por el conjunto de personas que buscan la materialización del 'plan común'. A su vez, la Sala ha indicado que ese codominio funcional del hecho lo poseen aquellas personas que debido a la importancia de las funciones asignadas podrían arruinar la ejecución del crimen si alguno de ellos fallase en su trabajo. En pocas palabras, el 'codominio funcional del hecho' es totalmente inseparable a la función especial que es asignada a cada coautor en el 'plan común'.

De acuerdo a la posición del autor Olásolo, cualquier tipo de ayuda que se da para cometer el crimen por esa pluralidad de personas pero que no tienen coordinación, la acción solo daría lugar a la responsabilidad como participe

[492] Ibidem, p 85.

de acuerdo a lo establecidos en los ordinales (b) al (d); esto sin importar el peso que pueda poseer dicha colaboración.[493]

Finalmente, la tercera posición del concepto abierto de dominio del hecho es el concepto del autor mediato, quien es la persona que a pesar de no ejecutar personalmente los elementos objetivos del tipo penal, puede controlar la comisión del delito debido a que tiene poder sobre el autor directo como instrumento sometido a su dominio. En el caso de Katanga se desarrolló especialmente esta figura. La Sala de Cuestiones Preliminares indicó que esta figura se encuentra establecida, en la expresión "*por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable*".[494]

De esta forma, la Sala desarrolló la autoría mediata conocida en el derecho internacional penal como *perpetrator behing the perpetrator*, en las que tanto el autor directo como mediador son responsables. La Sala de Cuestiones Preliminares I estableció que la figura conocida como 'autoría mediata a través del dominio de la organización' es especialmente aplicable en esta área del derecho internacional debido a las circunstancias en que se desarrollan este tipo de crímenes: genocidio, lesa humanidad y crímenes de guerra.

La decisión sobre el caso de Katanga, también reseña los requisitos para configurar la autoría mediata a través del dominio de la organización, a saber: 1) la existencia de una organización jerárquicamente organizada en la que pertenecen tanto los líderes políticos o militares imputados como los autores directos de los delitos a ser imputados; los miembros de la

[493] Ibidem, p 88.

[494] CPI.The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-/01/07-717, Decision on the confirmation of charges, sentence, 07 de marzo de 2014. parágrafo 495.

organización pueden ser reemplazables de tal manera que si uno de ellos se negase a llevar a cabo las órdenes otro las realizaría; en pocas palabras, se requiere que la organización posea las características para que se pueda hablar de un 'cumplimiento casi automático de las órdenes'. 2) Se requiere que el líder posee un control de facto sobre la organización y que ese poder sea utilizado para garantizar la comisión de los crímenes, ese control real se manifiesta en las órdenes emitidas y cumplidas por los subordinados , también la misma se puede notar a través de la potestad que se tenga para contratar, entrenar, imponer medidas disciplinarias y de dar recursos a los subordinados.

Ahora bien, existiendo la figura del autor mediato, quien es el encargado de emitir órdenes dentro de una estructura de poder, ¿cómo se aplicaría el ordinar b del artículo 25? En este caso, se ha indicado que cuando no se configuran los requisitos *ut supra* mencionados, no se puede hablar del 'control de la voluntad' del subordinado por parte del dirigente que emite las órdenes. Por tanto, en este supuesto se podrá considerar a quien ordena como un simple partícipe, quien a través de sus órdenes indujo a sus subordinados a cometer los delitos.[495]

La Sala de Cuestiones Preliminares ha dado tres razones para acoger la doctrina de Roxin, a saber: 1) ha sido incorporada en el Estatuto; 2) ha sido 'muy usada' en las jurisdicciones nacionales y 3) ha sido considerada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Sin embargo, las evidencias presentadas por la Sala son muy limitadas puesto que el uso de esta figura sólo se limita a Alemania, Argentina, Chile, España y Perú. Por su parte, los

[495] Olásolo, Héctor. *Artículo citado*, p 86.

tribunales internacionales han optado abiertamente por usar la figura de la unión a empresa criminal.[496]

- **El caso Katanga: La coperpetración mediata**

La noción de control sobre el crimen ha sido especialmente desarrollado en el caso de Katanga y este utilizó la forma de la figura de 'coperpetración mediata' en su sentencia. La Sala de Cuestiones Preliminares sostuvo la idea de combinar la coperpetración con la perpetración mediata, indicando lo siguiente:

> *"There are no legal grounds for limiting the joint commission of the crime solely to cases in which the perpetrators execute a portion of the crime by exercising direct control over it. Rather, through a combination of individual responsibility for committing crimes through other persons together with the mutual attribution among the co-perpetratos at the senior level, a mode of liability arises which allows the Court to assess the blameworthiness of 'senior leaders' adecuately".* [497]

Posteriormente, la Sala elaboró una estructura de perpetración mediata mediante la combinación de las características de las doctrinas subjetivas y objetivas. Los elementos de la nueva creación, de los modos de responsabilidad, incluyen un 'plan común', la realización de aportes esenciales de una forma coordinada, tener el control sobre la organización y satisfacción de los elementos subjetivos del crimen en la forma de una

[496] Weigend, Thomas. *Perpetration through and organization, the unexpected career of a German Legal Concept*.Journal of International Criminal Justice nº 9, Oxford Unviersity Press, 2011, p 91-111.
[497] CPI. Decisión de Katanga, párrafo 492.

consciencia y aceptación mutua, todo esto para la implementación del plan que llevará a cabo la realización del crimen.[498]

En este mismo caso, la Sala de Juicios al interpretar el concepto de grupo, establecido en el artículo 25 (3) (d), utilizó el concepto de unión a empresa criminal desarrollado por los tribunales *ad hoc*. Los jueces indicaron que aunque no es necesario que el grupo persiga únicamente una acción criminal es importante que los miembros del grupo estén conscientes que los crímenes serán cometidos en el transcurso ordinario de los eventos.

Igualmente, la Sala de juicios definió a la 'contribución intencional' de acuerdo a lo establecido en los sub parágrafos (i) (ii) del artículo 25. (3) (d). La 'contribución intencional' es una decisión consciente y deliberada de participar y forma parte en una acción delictiva con el conocimiento de que su acción contribuirá a las actividades del grupo. La 'contribución intencional' debe ser considerada con dos cláusulas específicas que caracterizan la aptitud hacia la actividad grupal: 1) El sospechoso o el acusado debería bien sea buscar la promoción del propósito del grupo de cometer el crimen o 2) conocer sobre la intención del grupo de cometer los crímenes en específico.[499]

- **La autoría mediata en Latinoamérica:**

El primer caso que marcó la pauta en la materia fue el caso conocida como el de las 'Juntas Militares' originario de Argentina, de allí surgió el antecedente de que esta figura no fuese del todo aceptada en Latinoamérica y España; los autores Olásolo y Muñoz Conde, explican el porqué de esa negatoria de

[498] Aksenova, Marina. *The Modes of Liability at the ICC: The Labels that don't always stick*. International Criminal Law Review, nº 15, Brill Nijhoff, 2015, p 629 – 664.
[499] Ibidem, p 649.

la siguiente manera: 1) la ausencia total de alguna referencia a la perpetración indirecta a través de estructuras de poder en los códigos penales vigentes que otorgaban solamente un concepto general de la noción de perpetración indirecta. 2) la creencia de que el ámbito de aplicación de la noción de la perpetración indirecta estaba limitada a las situaciones que el superior utilizaba un agente inocente quien no es totalmente responsable por la comisión del crimen. De lo cual, de acuerdo a la teoría tradicional, en el caso de un escenario similar al plateado por Roxin, el modo de participación a ser utilizado normalmente es el del instigador porque el superior da órdenes, una vez que ha convencido a sus subordinados de cometer el crimen y no tiene más relación con la ejecución del crimen. 3) bajo la realidad de que la aplicación de la noción de la perpetración indirecta no tiene un mayor impacto en la pena a ser aplicada en el superior puesto a que la misma acarrearía la responsabilidad por instigación y/o contribución necesaria como perpetración.[500]

Sin embargo, se comparte la opinión de los autores previamente citados debido a que parte de la región latinoamericana ha entendido que la teoría penalista tradicional no era la adecuada para reflejar y castigar la naturaleza de los crímenes en masa y la contribución al crimen realizada por el superior, debido a que los relega a un rol segundario que no corresponde con el papel fundamental que los superiores llevan a cabo. Por tanto, en los juicios más emblemáticos en la región, la pregunta ha girado en torno a si la responsabilidad del superior civil y militar podría estar encapsulada en la noción de responsabilidad principal, considerando la perpetración a través de

[500] Muñoz-Conde, Francisco y Olásolo, Héctor. "*The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power in Matin Maerica and Spain*". International Criminal Justice nº 9, año 2011, p 113 - 135.

una organización de poder y la coperpetración basada en un control conjunto sobre el crimen. A continuación, veremos algunos ejemplos:

- **Argentina:**

El caso de las 'Juntas Militares' marcó el inicio de esta evolución en cuanto al juzgamiento de responsables, aunque después la decisión fue cambiada en relación a los modelos de participación. La práctica reciente demuestra que las cortes han ido abandonando el acercamiento objetivo formal de la noción de responsabilidad del principal y se ha acercado a la noción de control sobre el crimen; esto quedó demostrado en el caso de *Etchecolatz,* donde se aplicó la noción de la perpetración mediata, a través de estructuras organizadas de poder, para sentenciar a superiores militares que formaron parte de las estructuras más altas del gobierno durante la dictadura, entre los años 1976 y 1983. Igualmente, este criterio fue usado en los casos de *Luciano Benjamin Menéndez*, *Hermes Oscar Rodríguez* y seis perpetradores físicos, quienes fueron juzgados por secuestro, tortura y asesinato de civiles durante las ejecuciones del denominado 'plan anti-insurgentes', el cual estaba destinado a eliminar a todo aquel que fuera opositor, el plan fue lanzado por las juntas militares en el año de 1976.[501]

- **Chile:**

La noción de autoría mediata a través de organizaciones de poder fue usada por primera vez el 12 de noviembre de 1993, en el caso del General José Manuel Contreras, quien fuese el director de la agencia de inteligencia chilena, mejor conocida como DINA durante la época de Pinochet. Igualmente, se juzgó a su jefe de operaciones el Coronel Espinoza. Ambos criminales fueron juzgados por asesinar a Orlando Letelier, quien fuese el

[501] Ibidem, p 118.

Ministro de Relaciones Exteriores del ex presidente Salvador Allende. Posteriormente, la autoría mediata fue mencionada en el caso de la extradición de Alberto Fujimori en el año 2007.[502]

- **Colombia:**

La Corte Suprema de Colombia hizo mención por primera vez a esta figura en el caso de *Machuca,* en el año 2007, posteriormente en los casos de *Yamid Amat y Gabarra*, aunque a la final la Corte terminó aplicando la figura de la coperpetración. Mediante el uso de esta figura esto se siguió la posición tradicional de la Corte, en cuanto a la distinción entre el instigador (autoría intelectual) la autoría mediata y la coperpetración (autoría material impropia), para las cuales el Código Penal colombiano tiene las mismas penas. La Corte indicó que mientras la persona realice alguna contribución, esta se convierte automáticamente en coperpetrador sin importar la relevancia de su aporte.[503]

Recientemente, en el caso del Senador *García Romero,* la Corte Suprema superó parcialmente su negativa de aplicar la autoría mediata a través de estructuras de poder, debido a que el Senador fue uno de los cofundadores de un grupo paramilitar denominado "Frente Héroes de los Montes de María". De acuerdo a la Corte, el senador era responsable de la Masacre cometida en el pueblo del Carmen de Bolívar, debido a que: 1) el poseía el control sobre el grupo paramilitar, 2) la masacre era una actividad 'normal' de los paramilitares que el había fundado, apoyado y aconsejado y 3) el contribuyó al 'éxito' de la operación porque aseguró que los batallones anti guerrilla

[502] Ibidem, p 120.
[503] Ibidem, p 123.

fueran enviados lejos del Comandante de Brigada para evitar cualquier tipo de interferencia con los asesinatos y los desplazamientos en masa.[504]

- **Perú:**

En el año 2006, en el caso de *Sendero Luminoso* fue la primera vez en que la Sala Penal aplicó esta teoría. La sentencia fue emitida en contra de *Abimale Guzmán*, fundador y líder de la organización guerrillera maoísta, así como de sus colaboradores más cercanos su esposa *Elena Iparraguirre, Laura Zambrano y María Patoja*. El veredicto fue dictado en conexión a los hechos ocurridos en la masacre de Lucanamarca en el año de 1983.

A pesar de que la defensa argumentó que la teoría de autoría mediata sólo podía ser aplicada a personas que formaban parte del gobierno central, la Sala determinó que la aplicación de la autoría mediata nunca se limitó a organizaciones del Estado o patrocinadas por este último.

Posteriormente, en el caso Fujimori, [505] se utilizó por segunda vez la noción de la autoría mediata (perpetración indirecta) en el año 2009. En este caso, se extendió la aplicación de esta teoría a civiles, el tribunal indicó que de acuerdo el artículo 23 del Código Penal peruano del año 1991, se conocieron los tres requerimientos para la aplicación esta figura: 1) la existencia de una estructura organizada jerárquicamente y de poder controlada (mando responsable) por el ex presidente Alberto Fujimori, 2) los perpetradores físicos eran miembros subordinados de tales estructuras de poder y eran reemplazables (fungibilidad del autor directo), y 3) la estructura de poder controlada por Alberto Fujimori ejerció funciones fuera de la ley, con base a estos criterios la Corte Suprema peruana halló al acusado como

[504] Ibidem, p 127.
[505] Ibidem, p 131.

culpable por considerar que era el responsable de los crímenes cometidos en *Barrios Altos, La Cantuta* y en los *Sótanos del SIE.*[506]

Luego de aclaradas las figuras de las autorías, pasaremos a revisar los grados de participación de acuerdo al Estatuto de Roma.

12.2.2. Modelos de Participación

El artículo 25 establece en sus ordinales b), c) y d) los supuestos de participación en un crimen internacional,[507] pasaremos a realizar el respectivo análisis.

12.2.2.1. Artículo 25 (3) (b): "Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa"

El ordinar (b) establece una seria de conductas ligadas a la comisión de los crímenes internacionales, por tanto, comenzaremos definiendo dichas palabras desde un punto de vista de semántica. De acuerdo a la Real Academia Española, la palabra 'ordenar' (del lat. ordināre) significa "colocar de acuerdo con un plan o de modo conveniente. 2.tr. mandar que se haga algo. 3. Tr. encaminar y dirigir a un fin."

'Solicitar' (del lat. sollicitāre), lo ha definido como "pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado". 'Inducir' **(**del lat. inducĕre**)** se encuentra definido como instigar, persuadir, mover a alguien.

Ahora bien, se ha indicado que las acciones "ordene, proponga o induzca", establecidas en el artículo 25 (3) (b), tienen sus orígenes desde diversos

[506] Roht- Arriaza, Nohemi. *After Amnesties are gone: Latin American National Courts and the New Contours of the Fight Against Humanity*. Human Rights Quarterly. Volumen 37, nº 2. Mayo 2015, p 341-382.

[507] Andrés Domínguez. *Obra citada*, p 138.

sistemas legales locales, por ejemplo, en el derecho inglés 'inducir' se caracteriza exclusivamente en el contexto del "*Forgery and Conterfeiting Act*" y tiene límites; lo mismo ocurre en el contexto de 'solicitar', esta figura no es un modelo general de complicidad en el derecho inglés pero es un crimen constituido, aunque no un crimen incoado, el crimen necesita ser cometido, en ese contexto es igual y análogo a la complicidad.

En algunos sistemas del derecho civil, por ejemplo Bélgica, Francia, Alemania, Holanda, Ruanda, la instigación como un modo de complicidad envuelve el 'incitar' a otro para que cometa los crímenes a través de regalos, promesas, amenazas, abuso de autoridad y poder, etc. Por su parte, ordenar es considerado un tipo de instigación, lo que sería la acción de instigar a otro a cometer el abuso de poder.

Ahora bien haciendo un estudio más cercano, encontramos que las palabras 'ordenar', 'solicitar' o 'inducir', son acciones que están todas relacionadas las unas a las otras y son la especie dentro de lo general, entendiéndose que 'solicitar' es una forma de participación y no un crimen incoado como normalmente es visto en el derecho nacional. 'Ordenar' es una forma específica, aunque estricta en comparación de 'solicitar'; para su configuración se requiere: 1) una relación de superior - subordinado, *de facto ó de iure*, y 2) un crimen determinado, aunque la palabra superior no está contenida en el artículo 25 (3) (b), 'ordenar' debería ser interpretado como algo implícito emanado de una persona, quien está en una posición de autoridad y usa su autoridad para obligar a otro a cumplir un crimen. Una persona que ordena no es una parte secundaria en el crimen o un cómplice, sino que es considerada como un 'perpetrador por los medios'; por lo que se

ha indicado que la palabra 'ordenar' puede ser subsumido bajo 'cometa' establecido en el artículo 25 (3) (a). [508]

El supuesto de 'ordenar' supone también que un superior *de iure ó de facto* emita las órdenes pertinentes al caso. Sin embargo, en el caso de *Kordic y Cerkez*, se indicó que *"no formal superior subordinate relationship is required for a finding of 'ordering' so long as it is demonstrated that the accused possessed the authority to order".*[509]

A la fecha, existe poca jurisprudencia en el seno de la CPI que permita delimitar estas figuras. No obstante, considera que 'ordenar' es una forma de responsabilidad accesoria bajo el artículo 25 (3)(b) del Estatuto. Consecuentemente, 'ordenar' requiere que alguien desarrolle la actividad el *actus reus* del crimen, o que al menos trate de cometer el crimen con la respectiva *mens rea*. En contraste, los tribunales *ad hoc* no requieren que los crímenes sean completados.

A pesar de que las órdenes de captura en contra de *Kony*[510]*, Otti*[511]*, Odhiambo*[512]*, Ongwen*[513] y *Lukwiya*[514] están basadas en esta modalidad de responsabilidad, las mismas no describen los elementos pero demuestran la

[508] Van Sliedretg. *Obra citada*, p 78.
[509] Cassese, Antonio. *Obra citada*, p 193.
[510] Joseph Kony, es un líder de la Resistencia Armada del Señor (LRA, siglas en inglés) grupo guerrillero que operaba en Uganda. La finalidad del grupo guerrillero era 'purificar' a la gente de Acholi y convertir a Uganda en una teocracia. El acusado se proclama como un profeta de Dios y de ser un 'espíritu medium' quien es visitado y guiado por 13 espíritus de diferentes nacionalidades. Igualmente se le acusa de buscar el culto a la personalidad. Es acusado de cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.
[511] Vincent Otti, fue el jefe adjunto de la Resistencia Armada del Señor, es uno de las 5 personas buscadas por la CPI bajo la orden de arresto emitida el 08 de julio de 2005, es acusado de cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.
[512] Okot Odhiambo, también fue uno de los líderes de la Resistencia Armada del Señor en Uganda y es acusado de cometer crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.
[513] Dominic Ongwen, ex comandante de la Brigada Sinia de la Resistencia Armada del Señor en Uganda, también es acusado de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad.
[514] Raska Lukwiya, fue el tercero en línea de mando de los líderes de la Resistencia Armada del Señor. La CPI lo acusó de cometer crímenes de guerra y de lesa humanidad. El ex guerrillero fue asesinado en un enfrentamiento con la Fuerzas de Defensa del Pueblo de Uganda.

visión de la Sala de Cuestiones Preliminares II, en donde se consideró que tanto el 'ordenar' como el 'inducir' pueden ser llevadas a cabo de forma autónoma o en compañía de otros. 'Ordenar' constituye una forma especial de 'instigar', como ambos modelos de responsabilidad requieren que el acusado haya tenido un rol importante en la decisión de la persona que recibe la orden o en la instigación de llevar a cabo el *actus reus* del crimen, se requiere además que la 'orden' o la 'instigación' provengan de un 'superior'. Por tanto, la culpabilidad de quien ordena es considerada como más grave que la del instigador, esto se da por dos razones:

1. El que ordena viola su deber de prevenir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados y

2. el superior deliberadamente abusa de su poder para ordenar la comisión de tales crímenes.[515]

En este sentido, es importante destacar que como los elementos subjetivos de 'ordenar' no se encuentran establecidos en el artículo 25, se debe aplicar el artículo 30 del Estatuto. El elemento subjetivo de 'ordenar' debe estar relacionado a la conducta del que ordena y la comisión del crimen del principal. Algunos autores han indicado que 'ordenar' requiere una *mens rea* menor que la requerida en la comisión indirecta de un crimen, lo cual de acuerdo a algunos, esta visión es más consistente con el concepto de 'ordenar' como una forma accesoria de responsabilidad.[516]

En la Constitución de Venezuela, encontramos que el artículo 25 indica que "*Todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los*

[515] Goy, Barbara. *Artículo citado*, p 54.
[516] Ibidem, p 55.

derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ***ordenen*** *o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores" (subrayado nuestro).*

Ahora bien, dicha normativa nos lleva a analizar el Código Penal venezolano, donde sólo encontramos alusión a la palabra 'ordenar' en el capítulo pertinente a 'De los delitos contra la libertad individual', específicamente en el artículo 179, "*El funcionario público que, con abuso de sus funciones, '*ordene' *o ejecute la pesquisa o registro del cuerpo de una persona, será castigado con prisión de uno a cinco meses", y* en el Capítulo IV, "*De los abusos de la autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos*", el artículo 204, se indica que *"Todo funcionario público que abusando de sus funciones, '*ordene' *o ejecute en daño de alguna persona cualquier acto arbitrario que no esté especialmente previsto como delito o falta por una disposición de la ley, será castigado con prisión de quince días a un año y si obra por un interés privado, la pena se aumentara en una sexta parte".*

En el Código Penal venezolano, la penalización de la 'orden' no se extiende a otros tipos de delitos. Sin embargo, cuando se considera la normativa de los cuerpos de seguridad del Estado, destaca el artículo 65, numeral 10 de la *Ley Orgánica del Servicio de Policía y del cuerpo de Policía Nacional,*[517] *el cual establece:* que los funcionarios deben *"Abstenerse de ejecutar órdenes que comporten la práctica de acciones u omisiones ilícitas o que sean lesivas o menoscaben los derechos humanos garantizados en la Constitución de la República o en los tratados internacionales sobre la materia, y oponerse a*

[517] Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía NacionalGaceta Oficial No 5.880 Extraordinario, de fecha 9 de abril de 2008. Reforma: Gaceta Oficial No 5.940 Extraordinaria del 7 de diciembre de 2009.

toda violación de derechos humanos que conozca", el artículo nos deja una disposición pasiva ante quien emite la orden ilícita. Lo señalado anteriormente, sólo nos trae a la realidad de que la figura de 'ordenar' y su forma de comprobación en distintos tipos de crímenes, en especial en los crímenes más atroces, no están contemplados en la normativa nacional, limitándonos únicamente, a los tipos penales establecidos en el Código Penal, salvo la excepción de la Ley contra la Tortura, la cual será analizada posteriormente.

***Instigar:**

En cuanto a 'instigar', de acuerdo a la visión de Ambos, puede significar: "ordenar, alentar, rogar o incitar" a otro para que ejecute una acción castigada por la normativa penal. El autor concluye que el concepto de la palabra 'inducir' se resumen en decir que se busca "*influir en otra persona para que cometa un delito*".[518] Por su parte, 'instigar' también ha sido definido como una forma de 'inducir', 'estimular' ó 'persuadir' a una persona para perpetrar un crimen. La 'incitación' no está atada o presupone un nivel de jerarquía para aprovecharse de otros, sino que abarca aquellas acciones físicas y psicológicas para provocar que alguien cometa un crimen; a su vez requiere la intención de que el crimen sea perpetrado.[519] En el caso de Blaškić, se llegó a señalar que cualquier acto -tanto positivo como negativo- podría configurar la figura de la instigación.[520]

Es preciso destacar que para evitar cualquier tipo de confusión, en relación a la naturaleza de la participación establecida en el artículo 25 (3) (b), la provisión explícitamente presupone que el crimen ya "*sea consumado o en*

[518] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 110.
[519] Cassese, Antonio. *Obra citada*, p 189.
[520] TPIY. Caso Blaskic. Sentencia. párrafo 280.

grado de tentativa", la 'instigación' en el contexto del artículo 25 (3) (b) debería ser distinguida de la incitación directa y pública a cometer el delito de genocidio establecido en el artículo 25 (3) (e). La incitación es castigable incluso si el crimen (de genocidio) no se ha cometido. (subrayado nuestro)

Cassese llegó a indicar que todo tipo de incitación debe reunir dos aspectos, a saber: a) la incitación debe ser directa y explicita y, b) el acto seguido debe ser la comisión del crimen. Por tanto, indica que la 'incitación' *per se* no es castigable sino únicamente si la misma termina con la conclusión del crimen. No obstante, hace la salvedad de que en derecho internacional penal existe una excepción en el delito de genocidio.[521]

La participación en este artículo 25 (3) (e) implica una mayor carga de responsabilidad en comparación a lo establecido en el sub parágrafo c. Además, aquél quien ordena un delito no es únicamente un simple cómplice sino que en realidad es un autor mediato quien utiliza a un subordinado para perpetrar el crimen. Por tanto, la palabra 'ordenar' complementa lo indicado por el artículo 28 del Estatuto, en relación a la responsabilidad de superiores, donde el superior es responsable por omisión, mientras que el superior sería responsable por comisión en virtud de lo establecido en el artículo 25 (b). De esta forma, de acuerdo a Ambos, se tiene que el subparágrafo (b) forma parte de las autorías previstas en el subparágrafo (a), debido a que la comisión del delito se hace a través de otra persona.[522]

En relación a la 'intención' y al que induce, el artículo 25 (3) (b) no contiene ningún elemento mental específico que aplique en esta materia, esto es una consecuencia directa de los requisitos establecidos en el artículo 30 relativo

[521] Cassese, Antonio. *Obra citada,* p 189.
[522] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 100.

a la *mens rea*. Lo que quiere decir, en relación a su propia conducta, que un instigador debe ejercer influencia con la intención y el conocimiento. La intención debe ser directa, el instigador debe tener la clara determinación de inducir al principal a cometer el crimen. Él debe de prever que el principal llevará a cabo el crimen, en este sentido, es cuando el instigador debe de tener una doble intención, por ejemplo, la intención en relación a su propia conducta y en la del principal. El instigador debe anticipar el elemento esencial del crimen.

En relación al elemento mental o *mens rea* del instigador, las jurisdicciones de derecho civil aplican un 'doble test', el cual envuelve el comportamiento del propio instigador y el crimen buscado. En el sistema anglo-americano, las leyes de complicidad usan un reducido estándar de *mens rea* que está basado en el conocimiento; el instigador no tiene que compartir la intención del principal con respecto al crimen. Por su parte, otros sistemas penales han aceptado el 'dolo eventual' como un estándar de requisito mental para la instigación. Todos los equivalentes nacionales de instigación requieren un enlace causal cercano y que sea de *condition sine qua non* pero que para la caución no necesita ser requerido.

El modo de participación de la instigación se encuentra descrito bajo diferentes términos que en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*. 'Inducir' en el artículo 25 (3) (b) del Estatuto de Roma, en un término amplio, puede ser descrito como equivalente a la instigación en los artículo 7/6 de los Estatutos del TPIY y del TPIR. De esta forma, el Estatuto de Roma cubre todos los supuestos de instigación que se encuentran establecidos en los Estatutos de los tribunales *ad hoc* pero que no son mencionados en el artículo 25 (3) (a).

Aunado a lo anterior, en relación a dicho elemento mental, se puede encontrar diferencias entre el Estatuto de Roma y lo asentado por los tribunales *ad hoc*, debido a que estas últimas permiten un 'dolo eventual'

como un requisito mental, mientras que el artículo 25 (3) (b) requiere 'la intención'. Igualmente, se puede indicar que el artículo 25 (3) (b) está sujeto a los elementos generales establecidos en el artículo 30, el cual no incluye de forma abierta el dolo eventual.

En relación, a la 'instigación' y 'orden' de cometer delitos de genocidio, la mera complicidad no es suficiente para describir la instigación, donde la parte secundaria es muy frecuentemente el principal. Un instigador de crímenes en masa podría ser tenido como responsable criminal bajo la figura de "perpetrador por los medios" establecido en el artículo 25 (3) (a), en vez de ser juzgado bajo el artículo 25 (3) (b). Una división en la labor podría ser que los instigadores en un nivel macro, por ejemplo: el autor intelectual, podría ser responsable bajo el parágrafo 3 (a) como un autor mediato (perpetrador por los medios), mientras que el instigador en un nivel micro, por ejemplo: los superiores medios y bajo rango, podrían ser tenidos como responsables bajo el parágrafo 3 (b) como un instigador, un participante. De esta forma, el Estatuto equipó mejor a la Corte Penal para manejar el tema del instigador, situación que fue diferente con los tribunales *ad hoc*. En este sentido, sin embargo, deberíamos ser cuidadosos ante la realidad de que a la final, ante este panorama, la complicidad es una teoría de participación criminal más que una descripción normativa de la responsabilidad penal.

Tal como se ha indicado el artículo 25 establece las figuras de 'solicitar' e 'inducir'. Algunos han indicado que es difícil encontrar una clara delimitación entre estos modelos, debido a que ambos refieren a situaciones donde las personas están bajo la influencia de otra para cometer un crimen. 'Solicitar' y 'inducir' son análogos a ordenar, por su parte, instigar no requiere una

posición de autoridad. En la decisión relacionada a la aplicación del artículo 58 (7) del Estatuto de Roma, en el caso de *Harun*[523] *y Kushayb,*[524] [525] la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró que durante los discursos públicos, en los cuales el acusado alentaba a la audiencia a la comisión de actos ilegales, se constituían los requisitos de inducir establecidos en el artículo 25 (3) (b) del Estatuto.[526]

***Planificar:**

A diferencia de los tribunales *ad hoc*, el artículo 23 del Estatuto de Roma no establece la 'planificación' como una forma de responsabilidad, por tanto, se ha señalado que podría ser cubierta bajo las figuras de ayudar o colaborar debido a que estas tienen unos amplios elementos objetivos.

12.2.2.2. Artículo 25 (3) (c) "…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".

Este sub parágrafo puede ser entendido como aquel que nos indica una modalidad más débil de complicidad, comprendiendo cualquier acto que se proporcionó "*de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen"*. No obstante, contiene todas las formas de complicidad no previstas en el sub parágrafo (b).[527] El sub parágrafo condena la responsabilidad penal por complicidad, mediante la asistencia, la cual no reúne en su

[523] Ahmed Mohammed Haroun fue Ministro del Estado para Asuntos Humanitarios y en mayo de 2009 fue designado para la gobernación del sur de Kordofan.
[524] Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman, mayormente conocido como Ali Kushayd es un comandante Janjaweed que apoyó al gobierno sudanés en contra de los grupos rebeldes de Darfur. En la actualidad es acusado de cometer crímenes de guerra.
[525] CPI. The Prosecutor v Ahmad Muhammad harun ('Ahmad Harun) & Ali Muhammad Al Adb-Al-Rahman ('Ali Kushayd) (ICC-02/05-01/07-1- Corr), Decision on the Prosecution's Application under Article 58 (7) of the Statute, Pre Trial Chamber I, 27 de abril de 2007, párrafos. 93-94.
[526] Goy Barbara. *Artículo citado,* p 57.
[527] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 111.

totalidad las características de la instigación. La frase "*colabore de algún modo*" pareciese sugerir un nivel más bajo de participación que lo requerido en el sub parágrafo 3 (b) del artículo 25. Sin embargo, el apartado (c) del artículo 25 (3) del Estatuto de la CPI asigna un alto umbral de *mens rea* para los que ayudan o son cómplices en el crimen, este umbral va más allá de la exigencia de la *mens rea* ordinaria en el sentido del artículo 30. En consecuencia, el artículo 25 (3) (c) limita la responsabilidad del cómplice a los casos en los que existe el propósito de promover o facilitar la comisión del delito. En el supuesto de que este fuese el caso, la acusación debe demostrar que el objetivo del ayudante o del cómplice consciente es facilitar la comisión del delito.[528]

El colaborador o el instigador no necesariamente tienen que poseer un mismo plan o intención con el autor principal o con otras formas de *mens rea,* tal como lo señaló la Sala de apelaciones del TPIY, en el caso de Tadić: *"the principal may not even know about the accomplice's contribution",* resultando que lo realmente solicitado es que la persona que apoya o asista en el crimen esté consciente de sus acciones futuras y brinde su ayuda al perpetrador o perpetradores en la comisión del crimen.[529] De esta forma, se obtiene una distinción entre las partes secundarias de quienes facilitan un crimen y aquellos que tienen total participación en la comisión del crimen como los instigadores. El artículo 25 (3) (b) contiene una forma específica de *mens rea*, en la que se solicita que el ayudante y el instigador actúen "con la finalidad de facilitar". La doble intención está requerida al igual que en la

[528] Elewa, Mohamed: "*The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary from a Comparative Criminal Law Perspective*". Criminal Law Forum, nº 19, p 473-518, Noviembre de 2008. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/225475480_The_Mental_Element_In_The_Rome_Statute_Of_The_International_Criminal_Court_A_Commentary_From_A_Comparative_Criminal_Law_Perspective, p 473.
[529] Cassese, Antonio. *Obra citada*, p 188.

instigación; igualmente, se solicitan los requisitos generales establecidos en el artículo 30 del Estatuto aplicables a la situación.

En las jurisdicciones nacionales, las figuras del ayudante e instigador han sido también sujetas a diferentes interpretaciones, por ejemplo, en el sistema anglo americano ha sido tomado para destacar la presencia donde *counselling y procuring* –tradicionalmente- se refieren a colaborar en la comisión del crimen. En ese sistema, la complicidad tiene su propia distinción: *aiding, abetting, counselling o procuring*. En los sistemas del derecho civil se reconocen dos categorías de 'ayudantes e instigadores', a saber el tipo del facilitador y del cooperador. El Estatuto de Roma contempla que las figuras de ayuda e instigación son unos tipos de facilitación de complicidad.

En conclusión, se puede indicar que mientras el inciso (c) establece requisitos objetivos relativamente bajos de complicidad, al mismo tiempo se le asigna un umbral subjetivo relativamente alto.

Se destaca que en este ordinal (c) tienen cabida: la complicidad, la cooperación necesaria y el encubrimiento. De esta forma, el Estatuto de Roma ha resuelto el difícil tema de la diferenciación entre cooperación necesaria y no necesaria o complicidad, en la medida en que la pena a imponer es la misma. En este sentido destaca Andrés Domínguez que "*el hecho de que el Estatuto se refiera, por un lado, al cómplice y, por otro, al que colabora de algún modo incluso suministrando los medios, permite considerar que en el Tratado de Roma el cómplice es lo que en nuestro Ordenamiento Jurídico, denominamos cooperador necesario y, a sensu*

contrario, el colaborador es el simple cómplice, el que coopera antes o durante la ejecución del delito de forma no necesaria para su ejecución".[530]

12.3. Nuevas modalidades de participación grupal en los crímenes internacionales

Las nuevas modalidades de participación grupal en los crímenes internacionales, se pueden encontrar desde el ordinal (d) hasta el ordinal (e) del artículo 25 de Estatuto de Roma. No obstante, para llegar conceptualmente a dichas modalidades, la justicia internacional penal evolucionó desde las figuras establecidas por Bernays, hasta lo que se encuentra en el artículo 25; comenzaremos haciendo mención al artículo para después adentrarnos en otras modalidades usadas en los juicios internacionales.

1.a. El Estatuto de Roma, artículo 25, ordinal d:

El mencionado artículo señala que será responsable aquel quien:

> d. "Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:
>
> i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o
>
> ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;"

[530] Andrés Domínguez. *Obra citada*, p 140.

En este sub parágrafo encontramos la modalidad más limitada en la expansión del concepto de autoría, la cual penaliza otras formas de contribución "*en la comisión o tentativa de comisión del crimen*", tal como lo indica el apartado "*la contribución deberá ser intencional*". [531]

La diferencia entre los apartados (c) y (d), está en el tipo de la colaboración, debido a que si bien en ambos se refieren a la comisión de un crimen o a la tentativa de este, en el parágrafo (c) no se necesita que el mismo sea planificado y realizado por un grupo de personas.[532] Se tiene así que en este aparte, nos encontramos ante la figura del '*common purpose'* o 'designio común.'

Los antecedentes de esta figura datan desde los juicios de Núremberg, cuando se utilizaron los conceptos de conspiración y de la noción de criminalidad en grupo, a saber:

> *"A criminal organisation is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is co-operation for criminal purposes. There must be a group bound together and organised for a common purpose. The group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter. Since the declaratin with respect to the organisations and groups will, as has been pointed out, fix the criminality of its members, that definition should exclude persons who were drafted by the state for membership unless they were personally implicated in the commission of acts declared criminal by Article 6 of*

[531] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 114.
[532] Ibidem.

the Charter as members of the organisation. Membership alone is not enough to come within the scope of these declarations".[533]

El sub parágrafo (d) del artículo 25 es el resultado de las reminiscencias de los primeros conceptos de conspiración. Tal como ha sido descrito por Van Sliedregt, el concepto fue un factor divisorio en los países del derecho civil durante los juicios de Núremberg, situación que fue igual en las negociaciones del Estatuto de Roma. Se tiene así que las diferencias con Núremberg, subyacen en que el concepto de conspiración fue reducido a un modelo de complicidad por la comisión de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, reteniendo su carácter poco evolucionado sólo para los crímenes contra la paz. De esta forma, el concepto influenció el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional al incluir en su borrador de 'Código de Crímenes', un concepto de 'conspiración-complicidad', el cual generaba responsabilidad sólo a las personas que directamente participaron en los planes o en la conspiración para cometer tales crímenes, los cuales terminaron ocurriendo.

El concepto de 'complicidad-conspiración' está reflejado en estos términos en el artículo 25, donde 'la conspiración' no está usada como en los primeros borradores de dicho crimen, sino que se establece el concepto del 'designio común'. La noción del 'designio común' se ha desarrollado de una forma separada de los modelos de participación en la jurisprudencia de derecho internacional penal. La primera sentencia en aplicarlo fue el caso de Tadić, la cual desarrolló tres categorías provenientes del designio común.

[533] Sentencia de Núremberg en Friedman, *obra citada*, p 962 – 963.

En el desarrollo del caso, la Sala de Juicios consideró que *Tadić* no podía ser juzgado por los asesinatos de cinco personas en la villa de Jaskíci, debido a que él, como miembro de un grupo armado, había participado en una limpieza étnica en la región de Prejidor, durante la cual se habían removido a los hombres no serbios de las villas de Sivci y de Jaskíci. En Jaskíci, el grupo armado asesinó a cinco hombres. No obstante, no existían pruebas de que Tadić había participado en tales matanzas, llevando a la Sala de juicios a sentenciar que él no podía ser juzgado por ello. No obstante, la Sala de Apelaciones aplicó el concepto de 'designio común', sosteniendo que Tadić podría ser responsable de las cinco muertes debido a que los miembros de su grupo lo habían cometido. La Sala realizó el siguiente razonamiento:

> "The Appellant had the intention to further the criminal purpose to rid the Prejidor región of the non-Serb population, by committing inhumane acts against them. That non-Serbs might be killed in the effecting of this common aim was, in the circumstances of the present case, foresseable. The Appellant was aware that the actions of the group of which he was a member were likely to lead to such killings, but he nevertheless willingly took that risk".[534]

Sin embargo, el artículo 7.1 del Estatuto del TPIY no contempla el concepto del designio común, pero, la Sala de Apelaciones indicó "*the commission of one of the crimes envisaged in Articles 2, 3, 4 or 5 of the Statute might also occur through participation in the realisation of a common designo or purpose*".

[534] CPI. Tadić sentencia. Sala de Apelaciones, párrafos 232-233.

De acuerdo a la Sala, la jurisprudencia relevante en materia del designio común establece tres categorías distintas en la criminalidad colectiva, a saber:

1. La primera categoría gira en torno a los casos donde todo los imputados poseían la misma intención de participar en un 'plan común', por ejemplo, el asesinato de una determinada persona. En cuanto a la *mens rea* y al *actus reus* de estos casos, la Sala indicó:

> *"The objective and subjective prerequisites for imputing criminal responsibility to a participan who did not or cannot be proven to have, effected the killing are as follows: i) the accused must voluntarily participate in one aspect of the common design (for instance, by inflicting non-fatal violence upon the victim, or by providing material assistance to or facilitating the activities of his co-perpetrators) ; and ii) the accused, even if not personally effecting the killing, must nevertheless intend this result".*[535]

El fragmento ejemplifica la primera categoría de designio común, el cual tiene su origen en el derecho británico, donde la sanción está basada en la noción de estar 'interesado' en cometer un crimen.

2. La segunda categoría se encuentra relacionada con los llamados casos de los campos de concentración, como por ejemplo *Dachau y Belsen*, donde parte del funcionamiento de un campo de concentración constituía "*acting in pursuance of a common design to violate the laws and usages of war*". La jurisprudencia pertinente a los campos de concentración no fue únicamente la llevada con base a la doctrina del designio común, esto se puede

[535] TPIY. Caso Tadić. Apelaciones parágrafo 196.

diferenciar en el caso de *Auschwitz*, donde la Corte prefirió usar la figura de la 'complicidad' en vez de la doctrina del 'designio común'.

La Sala de Juicios en el caso de Tadić, consideró que el segundo tipo de casos es meramente una variante de la primera categoría donde la posición de autoridad juega un rol importante en la atribución de la responsabilidad. La *mens rea* y el *actus reus* fueron conceptualizados de la siguiente manera:

> "*it would seem that in these cases the required actus reus was the active participation in the enforcement of a system of repression, as it could be inferred from the position of authority and the specific functions held by each accused.The mens rea comprised: i)knowledge of the nature of the system, and ii) the intent to further the common concerted to ill-treat inmates".* [536]

Inferir el *actus reus* en razón de la posición de autoridad que poseía el acusado dentro del campo de concentración o de la jerarquía del grupo constituye un test amplio. Sin embargo, la intención podría también ser deducida de la posición del acusado dentro del campo, tal como lo sostuvo la Sala:

> *"personal knowledge of the system of ill-treatment is required (whether proved by express testimony or a matter of reasonable inference from the accused's position of authority)".*

3. La tercera categoría del designio común es la categoría con base a la cual, *Tadić* fue encontrado culpable por los asesinatos de Jaskíci. Este tipo de colectividad criminal ha probado ser controversial y sujeta a múltiples

[536] TPIY. Caso Tadić. Apelaciones parágrafo 203.

debates, debido a que los casos hacia donde está direccionada "*one of the perpetrators commits an act which, while outside the common design, was nevertheless a natural and foresseable consequence of the effecting of that common purpose".*[537] Esto es debido a que, *Tadić*, compartió la intención de acabar con las personas de *Kaskíci* porque -durante tales actuaciones- se cometieron los asesinatos de las cinco personas, lo cual era una consecuencia predecible.

En este sentido, la Sala de Juicios, hizo mención al caso de *Essen Lynching*[538] y *Borkum Island,*[539] donde se establecía la situación de una violencia multitudinaria. En estos casos, una pluralidad de personas actuaron bajo un 'plan común', y cada uno de ellos realizó actos abusivos hacia las víctimas, pero no se conoce o es imposible de establecer, quien exactamente hizo cuál acción; es decir, no se puede establecer el enlace causal entre cada acto y el daño realizado. Por lo tanto, es oportuno hacer mención -en este punto- a los delitos cometidos por las muchedumbres. Montes afirma que este tipo de actos cobran especial importancia en los últimos tiempos debido a que son innegables con la frecuencia que ocurren y por lo que representan para la paz social y la prosperidad, teniendo el mismo objeto de estudio desde el punto de vista psicológico, el social, el penal y el político. En

[537] Ibidem. párrafo 204.
[538] En este caso, un grupo de civiles alemanes lincharon a tres prisioneros de guerra británicos después de que un capitán alemán dijese en tono de voz alta que sus escoltas no intervendría si los civiles alemanes "molestaban" a los prisioneros. El capitán agregó que los británicos debían ser fusilados. La multitud comenzó el ataque hacia los prisioneros, resultando en el asesinato de ellos y posterior lanzamiento de sus cuerpos desde un puente, aquellos prisioneros que seguían vivos fueron fusilados. En este caso, tres civiles fueron hallados culpables de asesinato por haber asesinado a unos prisioneros de guerra, a pesar de que no se pudo comprobar que ellos efectivamente habían dado los golpes fatales que causaron la muerte.
[539] En el caso de Borkum Island, los civiles se hicieron parte de golpear a siete estadounidenses armados que fueron forzados a caminar a través de las calles de la isla; y los guardias en vez de protegerlos permitieron todos los ataques de los civiles sobre los prisionareos. El resultado final fue el asesinato de los estadounidenses por parte de los soldados alemanes. Entre los acusados estaban el alcalde de Borkum, quien había incitado a las masas a cometer el asesinato de los hombre, algunos policías, civiles y el líder de las fuerzas de trabajo del Reich. Todos fueron acusados de crímenes de guerra. La Corte sostuvo que todos eran culpables por la comisión de un crimen en el designio común, encontrando alguno de ellos culpables de asesinato, a pesar de que la no existencia de pruebas de que ellos habían realmente asesinado a los prisioneros de guerra.

este sentido, se ha afirmado que este tipo de delitos necesitan de un ambiente propicio puesto que éste último no se improvisa sino que se va formando poco a poco, haciendo –incluso- que se hablen de causas remotas y causas próximas al delito colectivo. De esta manera, se tiene que entre las causas remotas se pueden encontrar aquellas que predisponen a los actores, como las ideas, la difusión de doctrinas contrarias al orden social, la excitación de los bajos instintos de las personas participantes, la constante irreligiosidad y la ausencia de autoridad. Finalmente, entre las causas próximas serviría cualquier tipo de acontecimiento o estímulo.[540]

En el caso de *Tadić* se infirió que un "test de riesgo previsible" podría ser aplicado para construir la responsabilidad. La intención de asesinar fue imputada al acusado sobre las bases de que ellos, como consecuencia de su rol o conducta, podían haber previsto los asaltos. Por su parte, la Sala de Apelaciones concluyó que la doctrina del designio común estaba establecida en el derecho consuetudinario y esta se desprendía del caso. En relación al elemento subjetivo, la Sala de Apelaciones indicó:

> *"it was foresseable that such a crime might be perpetrated by one or other members of the group and (2) the accused willingly took that risk".*

[540] Puig Peña, Federico, "*Participación en el Delito*", en obra *La Coautoría & La Legitima Defensa*, Editora Jurídica de Colombia, Bogotá, 1993, p 84-85. Además, el autor indica que entre las características de este tipo de crímenes sobresalen: "1. El objeto que se promete el delincuente en la multitud no es exclusivamente personal; el sentimiento o la pasión que le impulsa es común a un gran número de personas. 2. Por regla general, los delincuentes en el delito colectivo obran sin previo acuerdo entre ellos, o por lo menos entre la mayor parte. 3. El delito colectivo requiere un cierto estado ambiental, sin el cual es sumamente difícil que pueda producirse. 4. Los participantes del delito colectivo obran las más de las veces a virtud de la sugestión. 5. El delito colectivo es más temible aún que el individual, porque es más determinado, esto es, menos consciente y moralmente menos coercible".

En resumen se puede indicar, que para configurar el *actus reus* de la doctrina del designio común se requiere: [541]

1. Una pluralidad de personas, quienes están organizadas dentro de una estructura militar, política o administrativa.
2. La existencia de un 'plan común', designio o intención, el cual suma ó envuelve la comisión de uno de los crímenes regulados por el Estatuto. El plan o designio o la unión a la empresa criminal no tiene que haber sido previamente acordado. Por lo que, puede haber surgido extemporáneamente y ser interferida con la realidad de que la pluralidad de personas actúan al unísono para poner en efecto la empresa criminal.
3. La participación de los acusados en el designio común envuelve la perpetración de uno de los crímenes establecidos en el Estatuto. La participación no necesita estar envuelta en la comisión de un crimen bajo alguna de estas provisiones (ejemplos: exterminio, tortura, etc) pero podría tomar la forma de asistencia o contribución en la comisión del 'plan común' o de la intención.

Por su parte, la *mens rea* difiere en: [542]

1. En la primera categoría, se requiere una intención compartida por parte de todos los coperpetradores para perpetrar ciertos crímenes.
2. En la segunda categoría, se necesita el conocimiento personal de todo el sistema de malos tratos, siendo este elemento parte de la intención para fomentar este sistema común de maltratos concertados.

[541] Van Sliedregt. Obra citada, p 99.
[542] Ibidem.

3. En la tercera categoría, se requiere la intención de participar en una actividad criminal ó con poseer una finalidad criminal dentro de un grupo y para contribuir en la unión de la empresa criminal ó en todo caso en la comisión de un crimen por el grupo.

En el caso *Tadić*, la Sala de Apelaciones no señaló sí *el acusado* estaba consciente o no de que las acciones cometidas por su grupo, podrían alcanzar niveles riesgosos. Sin embargo, la sentencia estableció las bases de la teoría de la complicidad en un grupo de crimen, el cual se convirtió en el concepto del derecho sustantivo del TPIY.

En diferentes sistemas legales, en especial en los países del *common law*, existen categorías de crímenes conocidos como: '*delitos de comienzo pero de no terminación*' y/o '*delitos aún incompletos*' llamados en inglés '*inchoate crimes*', los mismos son: la tentativa, conspiración y la incitación. Lo señalado es importante destacarlo, debido a que en el derecho internacional penal la tentativa es tenida como admisible en el marco de una clase general de delitos, que a pesar de que no han sido concretados, los mismos son totalmente punibles, por ejemplo: la conspiración y la incitación están sólo prohibidos como crímenes preliminares (no consumados), en especial cuando están unidos a los crímenes más atroces, como por ejemplo el genocidio.

En este sentido, se tiene que las acciones de 'planificar' y 'ordenar' son actos totalmente juzgables y esto es debido a que la mayoría de los crímenes internacionales a gran escala son el resultado de una cuidadosa preparación y de acciones planificadas por varios agentes o son el resultado de la instrucciones y acciones dadas en la mayoría de los casos por militares o líderes políticos. Por tanto, se puede concluir que las normas en derecho penal tienen como finalidad prevenir o al menos limitar tales conductas

mediante la estigmatización haciendo que dichas acciones sean totalmente penables.[543]

Recientemente, en la decisión de la 'orden de arresto' en contra de Mbarushimana, la Sala de Cuestiones Preliminares I estableció los requisitos del artículo 25 (3) (d), a saber:

"Objective elements: (i) a crime within the jurisdiction of the Court is attempted or committed; (ii) the commision or attempted commission of such a crime was carried out by a group of persons acting with a common purpose; (iii) the individual contributed to the crime in any way other than those set out in Article 25 (3) (a) to (c) of the Statute;

Subjective Elements; (i) the contribution shall be intentional; and (ii) shall either (a) be made with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group; or (b) in the knowledge of the intention of the group to commit the crime".[544]

12.3.1. La Unión a Empresa Criminal como un modelo de participación y los Crímenes Internacionales

El TPIY prefirió usar el término "unión a empresa criminal" para hacer mención a la tercera categoría de designio común (*common purpose*) en los casos de *Brdanin & Tadić*. La razón era para hacer referencia a la tercera categoría de casos, relacionados a la "responsabilidad colateral". En este sentido, en las dos primeras categorías se exige un requisito mental para todos los participantes en el crimen, así garantiza el término de designio común, la tercera categoría está relacionada a los casos donde el designio

[543] Cassese Antonio. *Obra citada*, p 191.
[544]CPI. Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Callixte Mbarushimana. Sala de Cuestiones Preliminares I. 28 de septiembre de 2010 párrafo 39.

común está más allá de un acto natural y previsible de uno de los coperpetradores.[545]

En el caso *Krnojelac* se determinaron las bases para la distinción entre la primera y segunda categoría del designio común. En este sentido, fue sugerido que ambas categorías deberían ser tratadas como una de la misma. Además, la Sala de Juicios reemplazó el término de 'designio común' con el de 'unión a empresa criminal', manteniendo una distinción entre la 'unión a empresa criminal', la cual requiere la prueba de una intención compartida pero "*donde el criminal principal comete un acto, el cual cae fuera de las intenciones de la empresa criminal pero que fue*", sin embargo, "*una consecuencia natural y 'previsible' de afectar el acuerdo de la unión a la empresa criminal*".[546]

El termino de unión a 'empresa criminal' reemplazó el de 'designio común'. En lo siguiente, el término de 'unión a empresa criminal' será usado para referirse a la 'responsabilidad colateral'. La segunda categoría del designio común es una reminiscencia de la teoría de la criminalidad colectiva de Berneys y por lo tanto, la misma marca distinción clara con la primera categoría del designio común, la cual está destinada a la coperpetración 'normal'.[547]

El concepto de unión a empresa criminal del TPIY se ha convertido en un cimiento importante para la construcción de la responsabilidad penal de altos líderes militares y de figuras políticas, debido a que permite el juzgamiento de los crímenes que han sido planificados por altos funcionarios o superiores y ejecutados por otros. Los roles de estos tres pueden variar dentro de la

[545] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 100 -101.
[546] TPIY. Caso Krjojelac. Sentencia, párrafo 78.
[547] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 59.

unión a empresa criminal, los ejemplos más famosos de esta figura fueron el caso de *Milošević*; el caso del General *Krstić* y el caso *Plavšić*, en los cuales hubo un giro al desarrollar el concepto de participación en la unión de la empresa criminal. A pesar de que los roles de estos tres podrían variar dentro de la 'unión a la empresa criminal', su participación es considerada en la misma forma, es decir, para generar la responsabilidad penal por los crímenes establecidos. Por ejemplo, *Krstić* no concibió el plan para cometer genocidio en Srebrenica pero participó mediante su 'unión a una empresa criminal' por el hecho de haber tenido "*un rol importante de coordinación en la implementación de la campaña de asesinatos*" y fue encontrado culpable de genocidio.

En el caso de *Milošević*, se le imputó por haber sido parte de una empresa criminal que buscaba la expulsión y remoción de una porción de la población albana de Kosovo y de los croatas, así como de otras poblaciones no serbias. Igualmente, se le acusó de la perpetración de crímenes que resultaron en una ayuda mutua, sobre las bases de que tales perpetraciones eran previsibles y sin embargo, él tomó el riesgo en realizarlas.[548]

Por su parte, el Tribunal para el genocidio camboyano, en su caso nº 2, decidió seguir esta doctrina, debido a que le permitía la imposición sobre un acusado de la responsabilidad penal individual por su participación voluntaria en un grupo que actuó bajo un 'plan común'. Se ha indicado que esta figura era la única forma de "*traer a juicio a los máximos líderes responsables por los crímenes en masa y a gran escala llevados a cabo en Camboya*". [549]

[548] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 101.
[549] Marsh, Luke & Ramsden Michael. *Joint Criminal Exterprise: Cambodia's Reply to Tadic*. International Criminal Law Reviews nº 11, Martinus Nijhoff Publishers, año 2011, p 137-154.

Tal como se ha indicado existen tres modalidades de esta figura, a saber: a) la modalidad básica, donde se requiere la intención de cometer el crimen, sin importar quien lo ejecute; b) la modalidad sistémica, la cual vendría a ser una subcategoría de la modalidad básica, la misma aplica cuando el 'plan común' consiste en establecer y llevar a cabo una organización con un sistema de tratos inhumanos, se requiere que los participantes tengan conocimiento del sistema y c) la modalidad extendida puesto que ha causado mayor controversia. Sin embargo, la ley de Camboya reconoció en el año 1965, la unión a empresa criminal en su Código Penal donde se estableció la coacción y se solicita un acuerdo entre sus coperpetradores. Como se sabe, al ser este un tribunal híbrido, y al tener que lidiar con las limitaciones de la ley de Camboya, tuvo que utilizar las características *sui generis* de los crímenes internacionales y juzgar a los responsables bajo la figura de la 'unión a empresa criminal'.[550]

La figura de la unión a empresa criminal ha sido adoptada mayoritariamente por otros tribunales *ad hoc*, se tiene así por ejemplo, el caso de Simba de Ruanda,[551] Caso Brima en el Tribunal Especial para Sierra Leona,[552] Paneles Especiales para Crímenes Graves en Dili (Timor Oriental), caso de José Cardoso Ferreira[553] y por el Alto Tribunal de Irak, en el caso de Al Dujail.[554]

[550] *Ibidem.*
[551] TPIR. Prosecutor v Simba. Trial Judgment, 13 diciembre 2005. Caso nº ICTR-01-76-T.
[552] TESL. Prosecutor v Brima et al, Trial Judgment, 20 junio 2007. Caso nº SCSL-04-16-T.
[553] CAHTO. Prosecutor v Jose Cardoso Ferreira, Trial Judgment, 05 abril 2003. Caso nº 4c/2001.
[554] Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI). Al Dujail Lawsuit, case n 1/9 Firts/2005. Sala de Juicios, 03 de noviembre de 2006. Disponible en: http://www.asser.nl/upload/documents/3272012_3403305-11-2006%20-%C2%A0Iraqi%20High%20Tribunal%20Judgement%C2%A0Saddam%20Hussein.pdf

12.3.2. La Unión a Empresa Criminal y el Designio Común en la comisión de crímenes internacionales.

En el caso de Tadić, la Sala de Apelaciones realizó una separación entre los conceptos de 'promover y ayudar' de la responsabilidad establecida por el designio común, considerando que: 1) el colaborador o ayudante son siempre accesorios al crimen perpetrado por el autor principal; 2) en los casos de ayudar y promover la comisión de un crimen, no es requerida la prueba de la existencia de un 'plan común' concertado y; 3) el ayudante y promotor llevan a cabo los actos específicos dirigidos a asistir, promover, o dar apoyo moral a la perpetración de un crimen específico, mientras que el apoyo tiene un efecto substancial sobre la perpetración del crimen. En contraste, en el caso del designio común, es suficiente para el coperpetrador desarrollar los actos que son dirigidos a ampliar el plan o intención común; 4) tener el elemento del conocimiento, es decir saber que la ayuda prestada permitirá la comisión del crimen específico, mientras que la *mens rea* de un coperpetrador, en el marco de un 'plan común', puede ser cualquiera de las dos: la intención compartida ó el dolo eventual.

En el caso *Kvocka*, la Sala de Juicios indicó que cuando el nivel de participación de una persona en una empresa criminal no implica una contribución significativa a la comisión del crimen -sino que más bien puede ser catalogada como facilitación, donde al mismo tiempo el facilitador no tiene la misma intención de unirse a la empresa criminal-, el implicado debe ser tenido como responsable por promover y ayudar, en vez de juzgársele simplemente por haber participado en la unión a la empresa criminal.[555]

[555] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 102.

12.3.3. Los Sistemas Nacionales y la figura de la Unión a Empresa Criminal

De acuerdo a lo visto, cuando se discute en relación a la perpetración conjunta, la doctrina del designio común ofrece una solución para las distintas y complicadas modalidades de perpetración de los crímenes internacionales. De acuerdo al sistema anglo-americano, específicamente en la normativa pertinente a la complicidad, se indica que el perpetrador es el único quien posee -inmediatamente ó más directamente- el *actus reus sobre el delito*. No obstante, en los casos donde cada participante realiza una contribución directa al elemento del *actus reus*, la distinción entre el principal y el colaborador es difícil de realizar, por lo que las partes en general pueden referirse como "partes de una unión criminal".

En este aspecto, la doctrina del designio común ofrece otras alternativas. La forma más básica de *mens rea* para los cooperadores es que la comisión del crimen principal se realice bajo su contemplación. Igualmente, la doctrina del designio común introduce el elemento del 'test de riesgo previsible' y, por lo tanto, trae dentro del margen de complicidad, los actos cometidos por un actor principal, es por esto que este concepto fue usado en el caso *Tadić* para juzgar los asesinatos de Jaskíci.

Por su parte, en los sistemas del derecho civil, Van Sliedregt indica que "*common purpose/ joint criminal enterprise"* podría ser entendida como la "coperpetración". Además, existen algunos conceptos específicos de complicidad en los grupos de crímenes y la responsabilidad por membresía, los cuales sirven para juzgar y sentenciar a todos aquellos relacionados en la comisión de un crimen, donde no se tiene claro quien fue el último en emprender la acción definitiva (tirar del gatillo) . Se tiene así, por ejemplo, que el Código francés penaliza *"participation in a group formed or an understanding reached for the perpetration of one of the felonies specified in Articles 211-1, 212-1 and 212-2, when evidenced by one or more overt acts".*

Igualmente, debemos recordar la figura de la "*association de malfaiteurs*", la cual se promovió durante los juicios de Núremberg.[556]

Como observación final se puede indicar que en el TPIY, la doctrina del designio común ha sido útil para resolver problemas generados por la violencia generalizada, además de que permite el reconocimiento de los coperpetradores en el contexto de los tribunales *ad hoc*. Igualmente, sirvió como base para el modelo de participación de la unión a empresa criminal, este último ha evolucionado a un concepto que por una parte es aplicado a altos representantes del gobierno, así como a oficiales militares; mientras que por la otra, otorga las bases para establecer la responsabilidad de aquellos participantes en un sistema criminal, *verbigracia,* los campos de detención.

12.3.4. La Unión a Empresa Criminal y El Estatuto de la Corte Penal Internacional

El artículo 25 (3) (d) se estipula que una persona será criminalmente responsable si el acusado:

> "contribuye de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común (…)". Tal contribución debe ser intencional y deberá ser:
>
> "i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;"

[556] *Ibidem*, p 102-105.

El citado parágrafo 25 (3) (d) no específica el *actus reus* en la participación criminal, de lo cual se puede concluir que la comisión de un crimen en grupo es la única limitación objetiva y de allí se realza la importancia del elemento mental. El elemento mental de la responsabilidad, establecido en el marco del artículo 25 (3) (d), lo constituye el "*acting with a common purpose".* En el modelo de la responsabilidad común, se requieren dos elementos para la configuración del estándar mental, a saber: uno relacionado a la contribución y otro relacionado al crimen subsecuente. En relación al primer punto, el artículo 25 (3) (d) indica que tal contribución debe ser intencional; la intención incluye tanto el conocimiento como la voluntad. En cuanto al segundo punto, tanto las alternativa (i) y (ii) otorgan dos estándares mentales totalmente diferentes relacionados a la comisión del crimen. El elemento del parágrafo (i), establece un requisito subjetivo, de acuerdo a Ambos esto nos lleva a *"the specific intention to promote the practical acts and ideological objectives of the group".* En otras palabras, una intención compartida es necesaria para la configuración del mismo. De este modo, siguiendo la jurisprudencia del TPIY, en relación a los tres tipos de intención común establecidos en la sentencia de *Tadić*, pareciese indicar que la primera categoría de la intención común encuadra en el subpáragrafo (i).

Por su parte, el aparte (ii) pareciese constituir un umbral más bajo en relación al requisito mental establecido en el aparte (i). La cláusula de conocimiento de la intención sugiere que el coperpetrador no tiene que compartir la *mes rea* del perpetrador principal. Dicha alternativa pareciese cubrir las situaciones en las cuales, la participación en el designio común toma la forma de ayuda o de contribución ó ejecución del 'plan común' o de la intención, en otras palabras, las situaciones en las cuales el coperpetrador no estaba envuelto en todos los aspectos de materializar el designio común o que no se identificaba con los mismos, pero estaba consciente de las intenciones de los perpetradores. Por su parte, de acuerdo a Van Sliedregt,

el estándar del dolo eventual, el cual está basado en el 'test del riesgo' previsto en la tercera categoría de la responsabilidad por la intención común, no encaja con el concepto de responsabilidad de la Corte Penal Internacional. El artículo 25 (3) (d) del Estatuto no abarca la responsabilidad colateral como alternativa al requerimiento (ii) del conocimiento de la intención del grupo. Por tanto, la responsabilidad por la membresía, en el contexto conocido, de lo que se entiende ahora como unión a empresa criminal, no cabe dentro de los supuestos de la Corte Penal Internacional.[557] Sin embargo, de acuerdo a Van Sliedregt, sería interesante notar si las limitaciones establecidas en el artículo 25 (3) (d) afectarán la efectividad de la Corte Penal Internacional para juzgar aquellas personas vinculadas a un sistema criminal. En relación a la 'conspiración-complicidad', el mencionado artículo pareciese no crear interferencias; debido a que el artículo permite crear las bases para establecer las responsabilidades de aquellos que realizan las políticas destinadas a cometer crímenes. No obstante, en relación a la "*executive machinery*", el articulo podría dejar un vacío cuando la violencia se realiza a través de turbas de personas.[558]

12.3.5. Incitación a Cometer Genocidio

La incitación a cometer genocidio es un crimen *per se* y no es una modalidad de participación. En este sentido, la indicación realizada en el artículo 25 (3) (e) del Estatuto de la Corte, es idéntico al artículo III c) de la Convención de Genocidio de 1948 y a la normativa de los Estatutos del TPIY y del TPIR, debido a que no se requiere que el genocidio sea cometido sino que el crimen es la incitación. En este sentido, se puede distinguir de la

[557] Van Sliedregt. *Obra citada*, p 108.
[558] Ibidem, p 109.

perpetración por los medios y solicitar e inducir bajo los subpáragrafos 3.a y 3.b, del artículo 25.

La incitación requiere una doble intención: el acto de incitación debe ser intencional y el incitador debe tener el dolo especial requerido en el artículo 6 del Estatuto. La incitación debe ser directa y pública, siendo esto un requisito necesario para su configuración, cuyo antecedente puede ser encontrado en la sentencia de *Akayesu*. En relación, al requisito de que sea de forma 'directa', pueden surgir diversas cuestiones. De acuerdo a Van Sliedregt, lo correcto sería entender la palabra "directamente" como un requisito de garantía para excluir las declaraciones públicas y expresiones que puedan ser vagas e indirectas que no estén destinadas a promover genocidio *per se.*[559] En este sentido, se tiene que están totalmente penalizadas las acciones que alguien emprenda de forma directa y pública el delito de genocidio.[560]

En el caso *Akayesu*, la Sala de juicios del TPIR, sostuvo que la incitación para cometer genocidio debe:[561]

> *"must be defined for the purposes of interpreting article 2 (3) (c), as directly provoking the perpetrator(s) to commit genocide, whether through speeches, shouting or threats uttered in public places or at public gatherings, or through the sale or disemination, offer for sale or display of written material or printed matter in public places or at public gatherings, or through the public display of placards or posters, or through any other mean of audiovisual communication".*

[559] *Ibidem,* p 110.
[560] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 116.
[561] Cassese, Antonio. *Obra citada*, p 198.

En cuanto al elemento subjetivo sostuvo:

> *"it lies in the intent to direclty prompt or provoke another to commit genocide. It implies a desire on the part of the perpetratos to créate by his actions a particular state of mind necessary to commit such a crime in the minds of the person (s) he is so engaging. That is ti say that the person who is inciting to cmmit genocide must have himself the specific intent to commit genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religous groups as such".*

12.3.6. El concepto del autor elegido por la CPI

Tal como lo hemos venido indicando el concepto de la unión a empresa criminal recibió muchas críticas, tanto en el sistema continental como consuetudinario, por haber borrado los límites entre el perpetrador y el accesorio en detrimento del primero, sin dar la debida importancia al peso de la contribución en el crimen. Por tanto, se ha indicado que el mismo es contrario a los principios de legalidad, culpabilidad y la responsabilidad por los actos realizados, debido a que esta figura extiende la perpetración a los participantes que necesariamente no hayan actuado bajo el elemento subjetivo requerido para configurar el crimen. No obstante, sin lugar a dudas, la tercera modalidad de la 'unión a empresa criminal' es la que ha recibido muchas más críticas. De acuerdo a esta, cada participante que acuerda cometer el crimen será considerado como perpetrador por cualquier crimen cometido por cualquier otro miembro de la empresa, incluso si este crimen no formaba parte de lo acordado (va más allá del 'plan común'), indicando que la comisión del crimen era natural y se podían prever sus consecuencias.

La CPI ha rechazado esta visión desde el caso de Lubanga, la Sala de Cuestiones Preliminares indicó que la CPI distinguía entre perpetradores principales y los participantes (accesorios) y adoptó como uno de sus pilares la definición de la 'figura del perpetrador' y la 'teoría del control sobre el

crimen', mejor conocida como dominio del hecho (*Tatherrschaft*), la cual incluye a todos aquellos que físicamente lleva a cabo los elementos objetivos del crimen (comisión directa del crimen), incluye a aquello que controlan la voluntad de las personas que llevan a cabo los elementos objetivos del crimen (comisión del crimen a través de otra persona o perpetración indirecta, autor mediato) y aquellos que en conjunto con otros tienen el control de la realización del crimen en razón de la tarea asignada (coperpetradores). El concepto sigue de esta manera la doctrina alemana en la materia.[562]

Un segundo elemento, requerido por la Corte es la contribución esencial coordinada realizada por cada uno de los coperpetradores, conduciendo estos a la materialización del elemento objetivo del crimen. El tercer elemento, requiere que el perpetrador posea el estado mental que lo lleve a cometer el crimen, incluyendo inclusive el dolo especial, la intención ulterior del tipo de crimen en discusión.

La Corte también ha aceptado el concepto de la coperpetración indirecta a través de otra persona quien es responsable penalmente. Lo dicho sería posible debido al artículo 25 (3) (a), por lo que, para implementar esta visión la Corte considero la teoría de Roxin.[563] En la decisión de la confirmación de los cargos en contra de *Katanga* y *Ngdjolo Chui,* la Sala de Cuestiones Preliminares I expresó el funcionamiento del control sobre el crimen basado en el control en la organización. La Corte indicó que la organización debe

[562] Gil, Alicia. *Mens Rea in Co-perpetration and Indirect perpetration accodring to article 30 of the Rome Statute. Arguments against punishment for excesses committed by the agent or the co-perpetrator*. International Criminal Law Review nº 14, año 2014, páginas 83-85.
[563] *Ibidem, p* 87.

poseer una estructura de jerarquía, que marque claramente los superiores y los subordinados.[564]

En la visión de la Sala, es crucial que el jefe, el líder, ejerza control y autoridad sobre el aparato y que su autoridad u control se manifieste en sus subordinados a través de sus órdenes. Además, ha indicado que en algunos se requiere la inclusión de un acto criminal en el 'plan común'.[565]

Luego de haber revisado los grados de participación en un crimen y de la pertinencia de estos para juzgar a un superior, de acuerdo a los tribunales internacionales, pasaremos a contemplar con detenimiento la normativa venezolana.

13. Comentarios Finales

El Estatuto de la Corte Penal desarrolla tres tipos de perpetradores: el directo o físico, el coautor y el perpetrador por los medios o autor mediato. Igualmente, reconoce dos tipos de participantes: el instigador y los facilitadores, y contiene un concepto muy suyo relacionado a la "complicidad grupal". El artículo 25 del Estatuto representa en *sí* un modelo que contiene los diferentes grados de participación. De esta forma, se buscó reparar las fallas que provenían de los tribunales *ad hoc*; además el artículo posee un umbral más alto para atribuir el elemento subjetivo en la participación y esto es debido a la *mens rea* requerida en el artículo 30 del Estatuto. Algunos podrían criticar el artículo 25, indicando que hay un choque entre los modelos de participación. Sin embargo, de acuerdo a Van Sliedregt, si por ejemplo el

[564] Ibidem.
[565] CPI. Prosecutor v William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey y Joshua Arap Sang, Decision on the confirmation of charges pursuant to article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, 23 de enero de 2012.

sub parágrafo 3 (b) es considerado como la participación contraparte del modelo de perpetración establecido en el sub parágrafo 3 (a) se notaría la diferencia. La distinción entre perpetración y participación es oportuna porque corresponde con la distinción entre crímenes cometidos a un nivel macro y crímenes cometidos a un nivel micro, es en este sentido que el artículo quedaría dividido de la siguiente manera: (a) para perpetradores, físicos, por medios o en coautores, (b) para los participantes medios y bajos en la comisión del crimen, c) para los meros facilitadores y asistentes, y d) aquellos envueltos en un crimen en grupo.

En relación a la 'unión a empresa criminal', se podría indicar que la mayoría de las sentencias del TPIY descansó sobre las bases de la 'unión a empresa criminal', debido a la falta de precisión de los modelos de participación en su Estatuto, por lo que, sería pertinente que la Corte siga la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en aras de tener una doctrina uniforme, esto aún más considerando el artículo 21 del Estatuto de la Corte que permite el uso de diversas fuentes.

En cuanto al caso venezolano, encontramos que si hacemos una proyección de la justicia internacional penal y de lo establecido en la justicia local, se destaca la necesidad de que en Venezuela se establezca de forma clara, los grados de participación (incluyendo de forma clara al autor mediato y el coautor) y de culpabilidad, para arropar de esta manera cualquier acción ilícita que puede emprender un superior, es por ello que se propone la inclusión de la figura del autor mediato en los términos ya expuestos en este capítulo en la normativa venezolana. De esta forma, se garantizaría poder juzgar a un eventual superior que se permita violar u omitir el cumplimiento de la normativa internacional penal, situación que sería posible inclusive para juzgarlos por casos de violaciones de derechos humanos.

Se puede destacar que durante las revisiones de las Convenciones que Venezuela ha suscrito y de las leyes promulgadas, pareciese existir una 'omisión intencional' en la creación y tipificación de la responsabilidad del superior, situación que si se quiere es alarmante, porque desde el punto de vista técnico nos preguntamos ¿cómo se podrían establecer las responsabilidades en las más altas esferas del poder en el caso de violaciones masivas de derechos humanos o de normas del derecho internacional penal? Es imperioso, establecer en la normativa nacional, pertinente a estos temas, la determinación de las modalidades de autoría y de colaboración, ya que por ejemplo no se podría permitir juzgar a alguien como un simple instigador, también conocido en suelo nacional como 'autor intelectual', a aquel que dio una orden para cometer a un crimen, por lo que se propone que los instigadores en un nivel macro, por ejemplo el autor intelectual, podría ser responsable como un autor mediato, mientras que el instigador en un nivel micro, por ejemplo, los superiores medios y bajo rango, podrían ser tenidos como responsables por ser participantes.

Igualmente, es necesario dejar claro que el superior no puede ser juzgado como un cooperador inmediato.

No queremos concluir este capítulo, sin dejar de hacer mención al Caso Albán Cornejo, que si bien es un caso de la Corte I.D.H, también es cierto que los principios tutelados son transversales a todo sistema penal y a todo aquél que fuese a ser acusado de la comisión de un crimen, en el mismo se indicó que *"los Estados deben adoptar las medidas necesarias, entre ellas, la emisión de normas penales y el establecimiento de justicia para evitar y sancionar la vulneración de derechos fundamentales (…) Por lo que toca a la materia penal sustantiva, ese propósito se proyecta en la inclusión de tipos penales adecuados sujetos a las reglas de legalidad penal, atentos a las exigencias del derecho punitivo en una sociedad democrática y suficientes para la protección, desde las perspectiva penal, de los bienes y valores*

tutelados. Y por lo que atañe a la materia penal procesal, es preciso disponer de medios expeditos para el acceso a la justicia y la plena y oportuna satisfacción de las pretensiones legítimas".[566]

En el caso venezolano, queremos hacer mención a los grados de responsabilidad, de acuerdo a lo discutido en el capítulo anterior, donde verificamos la no existencia del dolo eventual de manera formal sino que más bien se ha instaurado vía jurisprudencial, (su equivalente en el derecho anglosajón es la imprudencia advertida). Además, nos encontramos únicamente con una figura genérica del dolo sujeta a interpretación, luego se tiene la negligencia, la imprudencia y la impericia, las cuales tienen la misma penalidad; sin existir una prelación entre ellas, partiendo de la más grave a la menos grave. En relación al elemento subjetivo de estas figuras, se tiene la mención a la 'intención' en el Código Penal venezolano, pero no se tiene establecidas claramente las figuras del conocimiento y del dolo directo. No obstante, estas últimas figuras son indispensables a la hora de poder invocar la responsabilidad de los superiores, de acuerdo a lo establecido en los artículo 25 y 30 del Estatuto de Roma y lograr responsabilizar debidamente a los superiores, tanto por sus acciones como por sus omisiones. Ahora bien, tanto el elemento subjetivo como objetivo deben ser atribuidos a aquellos que participan en la comisión de un crimen. A diferencia de los otros sistemas, se tiene que en Venezuela existe un autor principal y como participantes en el crimen encontramos al cooperador inmediato, instigador, cómplice simple y cómplice:

[566] Corte. I.D.H, Caso Albán Cornejo y otros. Sentencia 22 de noviembre de 2007, Serie C Nº 171, párrafo 135.

Autoría en Venezuela	Participación en Venezuela
Autor Principal.	Cooperador inmediato
	Instigador
	Cómplice simple
	Cómplice necesario

En la doctrina se ha indicado que el autor debe ser entendido como aquel al que la ley hace referencia y que por lo tanto su significado debe ser llenado de contenido. En este sentido, la doctrina del Derecho Penal ha desarrollado teorías que permiten describir la situación: 1) Teoría objetivo-formal, se indica que es autor, aquel que realiza la conducta descrita en el tipo penal para indilgar la responsabilidad; el campo de aplicación de la misma se reduce drásticamente. 2) Teoría subjetiva señala que se debe buscar en la actitud interna del individuo para distinguir entre el autor y el partícipe. Se tiene así que el autor será quien ejecute la acción queriendo el hecho como suyo y el partícipe será aquel quien actúa para colaborar pero que el hecho le es ajeno. 3) Teorías con contenido material, la más relevante es la del dominio del hecho, la misma ha sido utilizada de una forma 'naturalista' y 'normativa'. Desde la visión naturalista, Welzel ha indicado en el marco de los delitos dolosos que *"(…) mediante una conducción, consciente del fin del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señal sobre la realización del tipo*" y finaliza indicando "*señor del hecho es aquel quien lo realiza en forma final, en razón de una decisión volitiva. La conformación del hecho mediante la voluntad de realización que dirige en forma planificada es lo que transforma*

al autor en señor del hecho. *Por esta razón, la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio del hecho. De esta forma, Welzel concluye que en el tipo culposo no existe diferencia entre la autoría y la participación. La causación del resultado mediante una acción que lesiona el cuidado debido, siempre es autoría".*[567] Desde la visión normativa, el término "dominio del hecho" se puede observar en la teoría del dominio funcional del hecho de Roxin, para quien el autor del crimen es la 'figura principal del hecho', diferenciando al participe quien se encuentra al margen del suceso pero se apoya en aquel.

Un sector de la doctrina nacional ha indicado que el concepto de la autoría debe estar conformado tanto por los elementos valorativos como por los criterios de fondo, que permitan determinar quién es el autor, aunque no haya realizado la acción. Aunado a esto, la fórmula debe valorar el aporte realizado por cada uno en la comisión del crimen, considerando el mayor o menor control sobre el hecho típico. En este sentido, para el análisis del artículo 83 del Estatuto se ha propuesto la búsqueda de un concepto integral en la definición de la figura del 'autor'. De esta forma, los criterios permitirían abarcar como formas de autoría al autor individual, al coautor y al autor mediato.[568] Igualmente, se ha indicado que como consecuencia de la imprecisión en la redacción del artículo 83, se deben definir y delimitar las expresiones 'ejecución del hecho', 'cooperador inmediato' y 'hecho perpetrado', para así poder determinar quién es el autor y cuáles serían las modalidades de autoría incluidas en la ley,[569] en opinión de quien suscribe

[567] Modolell Juan Luis. *Obra citada*, p 175.
[568] Ibidem, p 176.
[569] Para profundizar el tema, ver a Modolell Juan: Teoría del Delito, p 176 y 177. "(…) parte de una definición valorativa tanto de la expresión 'ejecución del hecho punible' como del término 'perpetrador', referidos ambos a la realización del tipo y no solo a su ejecución material. Ello permitiría incluir en el término 'perpetrador' al autor individual, al coautor (concurra o no a la ejecución material del hecho), y el autor mediato. Cada uno de ellos realiza el tipo penal a título de autores, todos son "perpetradores".

esta forma de interpretación podría satisfacer lo requerido por el artículo 25 aunque no la comparte por la falta de delimitación clara en el mismo y en especial por el respeto que debe de existir al 'principio de legalidad'. En este sentido, compartimos la doctrina establecida por la Corte IDH, la cual ha manifestado "*que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática*",[570] y es en este sentido que se hace imperioso reconocer y esclarecer –legalmente- la delimitación de dichas modalidades, para no dejar margen de error abierto al momento de la aplicación de la normativa.

En la doctrina nacional, el 'autor individual' es aquel quién ejecuta directamente el hecho por sí mismo. La coautoría gira en torno a aquellos que se reparten los roles fundamentales para la comisión del delito, pudiéndose imputar el delito en su totalidad a cada uno de ellos. En esta esfera, la doctrina ha delimitado el 'domino del hecho funcional' para la coautoría en la cual "*el dominio conjunto del individuo resulta… de su función en el marco del plan global*". En otra nota, la 'autoría mediata' (perpetración por los medios) es aquella donde el autor mediato realiza la acción "*a través de otra persona que sirve como instrumento, que en principio no respondería penalmente por faltar en ella algún elemento del delito. Por lo cual, el hecho se imputa al hombre de atrás*"[571] y es de especial importancia considerando que este es un autor y no un mero cooperador, resultando responsable el autor mediato por ser "*quien ostenta el dominio del hecho por tener el dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder*".[572] No

[570] Corte I.D.H, Caso Yvon Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 06 de mayo de 2008. Serie C Nº 180, párrafo 180.
[571] Modolell, Juan. *Obra citada*, p 185.
[572] Rodríguez Alejandro. "*Una propuesta venezolana de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional*", p 11. Disponible en https://cienciaspenales.files.wordpress.com/2009/08/una_propuesta_venezolana.pdf

obstante, dicha figura no ha sido aceptada de manera determinante en la legislación venezolana, situación que entraría en conflicto si se quisiesen juzgar a los responsables considerando el nuevo parámetro introducido por el artículo 25 (a).[573]

Es oportuno hacer mención a la 'autoría mediata' a través de las estructuras organizadas de poder,[574] debido a que un sector de la doctrina indica que la autoría mediata puede ser realizada a través de estructuras organizadas de poder y "*se alude a los supuestos… que se caracterizan porque el sujeto de atrás tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor*"[575]. La peculiaridad de esta figura resalta debido a que el sujeto usado -y que forma parte de esa estructura- también responderá penalmente, situación que encuentra su justificación en la misma naturaleza de la estructura de la organización de poder, pero para que se aplique dicha figura el dominio debe darse sobre la organización y no sobre particulares.[576]

Tenemos así que para establecer la participación de un superior en la comisión de un crimen internacional en Venezuela se cuentan principalmente con el Código Penal, el Código Orgánico de Justicia Militar (COJM) y la Constitución. Ahora bien, ¿estos cuerpos legales cuentan con las herramientas necesarias para juzgar la participación de los superiores?

- Código Penal Venezolano

[573] Hay que tener presente la frase "o por conducto de otro" usada en la redacción del artículo.
[574] Para que dicha figura se establezca es necesario: 1) el poder de la organización frente al estado; 2) que los miembros obren por cuenta de una directiva, 3) que la orden dada por el hombre de atrás sea cumplida independientemente de quien sea la persona que la ejecute y 4) que el ejecutor tenga la disposición de realizar la acción, ver: Modelell, Juan, obra citada, p 192.
[575] Ibidem.
[576] Modolell, Juan. *Obra citada*, p 193.

Se debe comenzar indicando que se considera participe aquel quién interviene dolosamente en un hecho ajeno sin concurrir a la ejecución de la conducta típica, ni realizar el dominio sobre la ejecución del acto, permitiéndose realizar actos descritos por la ley y que puede presumir un acto de carácter preparatorio o de colaboración posterior a la consumación del hecho criminal. La participación se caracteriza por ser subsidiaria.[577]

En la normativa venezolana se distinguen cuatro formas distintas de participación, a saber: 1) cooperador inmediato, 2) instigador, 3) cómplice simple y 4) cómplice necesario.

El cooperador inmediato se encuentra establecido en el artículo 83 del CP. En la doctrina se han otorgado dos formas teóricas del concepto, algunos consideran al cooperador inmediato 'como un participe', mientras que otro lo conciben como un 'coautor'. En este sentido, compartimos la posición doctrinaria de que el cooperador inmediato no es un coautor, debido a que este último está encuadrado en la figura del perpetrador, cuya figura además está diferenciada del cooperador inmediato. La diferencia del cooperador inmediato descansa en el hecho de que si bien no es un autor, no es el actor principal o que no se le puede imputar como propio el acto, el cooperador inmediato hace su colaboración de forma inmediata, directa. Se ha indicado, que la creación de esta figura obedece a que el legislador puede sancionar con la misma pena que el autor, a aquel que colabora durante su ejecución, así la colaboración sea temporal o espacialmente con la ejecución, sin importar la calidad del aporte brindado.[578]

[577] Cury Urzua. Obra citada, p179-180.
[578] Modolell, Juan. *Obra citada*, 194-195.

El instigador, en contraposición es aquel que hace nacer el deseo en otro de cometer un delito. En este sentido, para que se pueda hablar de instigación es necesario que el instigador haya formado en el instigado la voluntad de obrar y de actuar para cometer el acto criminal, el instigador para alcanzar tal fin debe actuar de manera directa en la formación de la voluntad del autor y para que sea punible se requiere que la voluntad de cometer el crimen por parte del autor se exteriorice.[579] Algunos autores, a nivel nacional, han considerado dicha figura como una forma de autoría, dándole el nombre de 'autor intelectual', 'autor psicológico'. Igualmente, se ha indicado que considerando que el autor es aquel a quien se le puede imputar el hecho como propio, o como aquella persona que tiene el dominio del hecho, se debería concluir que el inducidor es un partícipe;[580] lo cual, estaría en perfecta armonía para la interpretación del apartado (b) del artículo 25.

Por otra parte, se tiene a la figura del cómplice que es aquel quién coopera dolosamente -a través actos anteriores o simultáneos- a la ejecución del hecho realizada por otro.[581] En este sentido, en la legislación venezolana, encontramos dos tipos de cómplices, a saber: el cómplice simple y el cómplice necesario.

*Cómplice Simple: Este tipo de complicidad también se encuentra en el enunciado del artículo 84 del Código Penal; la misma permite una disminución de la pena en comparación con la autoría. El numeral primero del artículo hace alusión al apoyo moral otorgado por el cómplice al perpetrador, debido a que se refuerza la resolución delictiva de este último, en tanto que el primero promete asistencia y da su ayuda luego de cometidos

[579] Cury Urzua, Enrique. *Obra citada*, p 181-182.
[580] Modolell, Juan. *Obra citada,* p 196.
[581] Cury urzua, Enrique. *Obra citada*, p 183.

los hechos. En todo caso, como bien se ha explicado, es un apoyo al autor en su propósito delictivo, y así no se haya materializado la ayuda, el sólo hecho de haber realizado la promesa ya crea responsabilidad.

El numeral segundo del artículo castiga aquel que de instrucciones o facilite los medios para realizar el hecho criminal. Por lo tanto, en este supuesto se castigan como participes por la ayuda material efectivamente otorgada, esta situación es diferente al numeral anterior. El numeral tercero, regula el hecho de que el participante facilita la perpetración del hecho o da asistencia o auxilio para que se pueda materializar el hecho, la colaboración debe ser antes, durante o después. En esta modalidad, el colaborador "*da su ayuda antes del hecho, aunque el autor lo use durante la ejecución, es decir, después de facilitado el aporte*".[582] En conclusión, todos los supuestos establecidos en los numerales mencionados, el aporte debe darse antes de la comisión del delito, los cuales servirán para su preparación o sean utilizados durante la ejecución.

*Cómplice necesario: el cual también se encuentra en el artículo 84, numeral 3, indicando que "*cuando sin su concurso no se hubiera realizado el hecho*", pero realizar la delimitación del mismo resulta difícil. Una de las principales características de este tipo de cómplices es que la equiparación de la pena con el autor subyace en la calidad e importancia del aporte realizado para la materialización del crimen, el mismo puede ser consumado en cualquier momento (antes y durante) pero es determinante para la ejecución del delito.[583]

[582] Modolell, Juan. *Obra citada,* p 200.
[583] Ibidem, p 201.

Se puede concluir, en relación a las figuras de autoría y participación, que la figura del autor mediato, en este contexto el autor que usa una estructura de poder, no existe en nuestra legislación. Además, este tipo de autor no puede, ni debe ser confundido con el cooperador inmediato. A su vez, aquel superior que emite una orden criminal, no puede ser tenido como un simple instigador sino como un autor o coautor (en el caso de que el subalterno decida emprender la acción), considerando además que el simple instigador tendría la mitad de la pena, en comparación de aquel que cumplió la orden.

- El Código Orgánico de Justicia Militar (COJM)

La justicia penal militar en Venezuela tiene sus orígenes en el reglamento promulgado el 09 de octubre de 1830. Posteriormente, en el año de 1849 se publicó el primer Código de Justicia Militar y Naval, siendo el mismo reformado en el año 1904 bajo el nombre de Código de Justicia Militar. El Código sufrió modificaciones, durante los años 1933 y 1938 y 1945, en este último año la Junta Revolucionaria de Gobierno hace una reforma parcial introduciendo a los Jueces Militares. Finalmente, tuvo sus últimas reformas en los años 1967 y 1998, donde se colocó a la Justicia Militar a la par de la Justicia ordinaria de Venezuela, implementándose de esta manera un sistema semi-acusatorio en el campo procesal penal militar y cambiando el nombre de Justicia Militar a Código Orgánico de Justicia Militar.[584]

De lo relatado, se desprende que la parte sustantiva del Código es de vieja data. No obstante, se sugirió una fusión con el Código Penal venezolano para disminuir cuantitativa y cualitativamente del Código de Justicia Militar, vigente desde el año 1938, las figuras de diferentes tipos penales que lucían

[584] Hernández Osorio, Alfredo. *Derecho Penal Militar Venezolano,* Librería Europa Costa Verde. Maracaibo, 2005, p 36.

desfasados de la realidad y se abogaba inclusive por quitar otros tipos por no ser especialmente dañinos para la sociedad.[585]

En el año 2002, la "Comisión Mixta para el Estudio de los Códigos Penal, Código Orgánico de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal" concluyó que el hecho de la "obsolescencia" y "total inconsecuencia" de los delitos previstos en el Código Penal y el Código Orgánico de Justicia Militar obligaban "*a dictar nuevos Códigos que les sustituyan por normas sustantivas adecuadas a la realidad jurídica constitucional, a la situación del país y a los compromisos internacionales"*. No obstante, es opinión de quien suscribe que más allá de la reforma de la figura de los crímenes, se hace imperiosa la delimitación de las responsabilidades y de los grados de participación en los crímenes internacionales. A la par, es importante destacar que a pesar de los esfuerzos de la Comisión Mixta, a la fecha, el tema fue abandonado de la agenda legislativa.[586]

Igualmente, queremos hacer mención que la sección Venezuela, de Amnistía Internacional, abogaba por la reforma del COJM durante el momento de la transformación del Código Orgánico de Proceso Penal (COPP). No obstante, hicieron mención a dicha innovación en los términos de que la misma abarcase "…*los delitos de genocidio, lesa humanidad y de guerra, tal como*

[585] Ulises Leal, Octavio. *Hacia una Redimensión de la Justicia Militar en Venezuela*, Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado. Universidad de Carabobo, 1997. Disponible en http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/56/56-5.pdf

[586] Asamblea Nacional. Informe de la Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal Código Orgánico de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal los Crímenes Previstos en el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional y La Reforma Penal y Militar en Venezuela. Una propuesta legislativa. Caracas, 25 Julio, 2002. Disponible en: http://www.iccnow.org/documents/VenezuelaComisnReportSpan.pdf (revisado el 16 de julio de 2015)

es la obligación derivada del Estatuto de Roma…".[587] Sin embargo, en opinión de quién suscribe la mencionada reforma va más allá de la tipificación de estos delitos, por lo que, queremos comenzar indicando que el artículo 261 de la Constitución, establece: "*La jurisdicción penal militar es parte integrante del Poder Judicial, y sus jueces o juezas serán seleccionados por concurso. Su ámbito de competencia, organización y modalidades de funcionamiento, se regirán por el sistema acusatorio y de acuerdo con lo previsto en el Código Orgánico de Justicia Militar. La comisión de delitos comunes, violaciones de derechos humanos y crímenes de lesa humanidad, serán juzgados por los tribunales ordinarios. La competencia de los tribunales militares se limita a delitos de naturaleza militar".* (subrayado nuestro)

Considerando la normativa de la Constitución venezolana y el Estatuto de Roma, se podría indicar que los militares que comentan los delitos de genocidio y lesa humanidad, en un marco de conflicto nacional, deben ser juzgados por los tribunales ordinarios; mientras que los delitos de guerra y agresión, toda vez que son crímenes de naturaleza militar, deben ser sometidos en su cabalidad ante los tribunales militares. En este sentido, es oportuno indicar que la Sala Constitucional, en el caso Caso Silverio González Plaza, de fecha 29 de julio de 2005, estableció que: *"los delitos comunes deberán ser juzgados por los tribunales ordinarios y la competencia de los tribunales militares se limitará a las infracciones de naturaleza militar".*[588]

[587] Fernández, Fernando. "*Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional*", Amnistía Internacional, p 2. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/21023.pdf (revisado el 09 de julio de 2015)
[588] TSJ. Sala Constitucional. Caso Silverio González Plaza, exp nº 05-0891. Sentencia nº 2.072. 29 de julio de 2005.

Ahora bien, leyendo con detenimiento el COJM pasaremos a determinar las modalidades de participación en los crímenes, en este sentido, se puede encontrar una graduación distinta de la autoría y de la participación ya vistas del Código Penal venezolano, reflejándose dicha situación en el artículo 389, donde se contemplan las figuras de: 1) autores o cooperadores inmediatos; 2) cómplices y 3) encubridores.

Se tiene así que el artículo 390 consagra como autores a los que "*directamente toman parte en la ejecución del hecho*", a los que "… *obligan o inducen a otro a ejecutarlo*" y, finalmente, a los que *"…cooperan en su ejecución por un acto sin el cual no se habría consumado el hecho*". En opinión de la autora, se comparte la posición de Modolell, quién ha indicado que las formas de inducción y cooperación inmediata no son tipos de autoría debido a que los mismos no tienen el dominio del hecho o no se les puede imputar como propios.

El artículo 391 del COJM, consagró las figuras de la complicidad, la cooperación con la ejecución del hecho mediante actos anteriores o simultáneos, estos fuera de los casos enunciados en el artículo 390 de la misma ley. Igualmente, el artículo 391 considera como 'cómplice': "*a quien faltando a sus deberes militares no tratare de impedir o conjurar por todos los medios a su alcance la perpetración del crimen, o todo aquel que no hubiere dado cumplimiento al deber genérico de denunciar la preparación o comisión de los delitos militares de los cuales tenga conocimiento, dicho deber se encuentra establecido en el artículo 170 del COJM*".[589]

[589] Modolell,Juan. *Obra citada*, p 202.

En este sentido, es oportuno destacar que en el marco del Estatuto de Roma, si un superior diese una orden directa de cometer una acción y la misma es contentiva de una acción ilegal, el superior sería responsable bajo el artículo 25, ordinal (b); mientras que en el marco del concepto propiamente dicho de la 'responsabilidad del superior', el mismo sería condenable bajo el artículo 28 por ser este un delito de omisión, es decir "*no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando (…)*", este tipo de responsabilidad ya no se genera por la persona sino que más bien surge por el cargo que se ostenta.

Finalmente, de acuerdo al artículo 394 del COJM, se establece la "responsabilidad especial del superior" como consecuencia de una orden dada que implique la comisión del delito. No obstante, dicho artículo desvirtúa por completo el concepto de la responsabilidad del superior, debido a que en este supuesto establecido por el artículo 394, nos enfrentamos realmente a una acción criminal y no a la omisión que regula en *si* la figura de la responsabilidad del superior. El artículo 394 indica además que cuando: "…*se haya cometido un delito por una orden del servicio, el superior que la hubiere dado es el único responsable; salvo el caso de concierto privado, en la cual serán responsables todos los concertados*". En este sentido, se ha indicado en relación al 'concierto previo' que éste hace referencia a una coautoría y a cualquier modalidad de participación criminal, por lo que, debería de determinarse en cada caso concreto el grado de participación para poder diferenciar la pena aplicable. En relación al segundo parágrafo, existe una contradicción con la primera parte debido a que si el subordinado

sabe que la orden es un delito y aún así la ejecuta, el mismo debe ser juzgado como coautor.[590]

Por otra parte, en la sección VI, del Capítulo V, se encuentra regulado lo concerniente a la 'negligencia', específicamente en el artículo 538, se indica: "*Incurren en negligencia, los que dejen de cumplir, sin causa justificada, los deberes generales correspondientes a su jerarquía o cargo*"; lo cual podría ser utilizado para configurar la figura de la responsabilidad del superior.

Por lo tanto, considerando 'la responsabilidad del superior', en el marco de la clasificación de los tipos penales, el mismo debe encuadrarse de acuerdo al aspecto objetivo de la conducta, dentro de los tipos de omisión, más exactamente 'comisión por omisión'; se tiene así que el superior a la hora de recibir la pena debe ser juzgado como autor, a razón de haber dejado sin protección al 'bien jurídico' encargado. Igualmente, es oportuno recalcar, que el Código Penal venezolano, establece como causa de imputabilidad, la obediencia legitima y debida, (art. 65, ord 2), lo cual debe ser perfectamente delimitado por lo *ut supra* expuesto, considerando el juego entre las figuras de la coautoría y el autor mediato en el marco de las órdenes dadas por el superior. Resulta imperioso citar nuevamente el legado de la Corte I.D.H, la cual ha indicado que "*en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Éste implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad,*

[590] Ibidem, p 203.

particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afecten severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad".[591]

- La Constitución de Venezuela

En el marco constitucional se han establecido, vía artículo y/o disposición transitoria, la obligación de emanar la normativa pertinente para juzgar los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, siendo estos subtipos del delito de lesa humanidad (ver ordinales (i) y (f) del artículo 7 del Estatuto de Roma).[592] Ahora bien, mediante el reconocimiento de tales obligaciones, Venezuela cumplía el deber adquirido bajo la firma y ratificación de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,*[593] en este sentido el artículo VIII de esta Convención establece: "*No se admitirá la eximente de la obediencia debida a órdenes o instrucciones superiores que dispongan, autoricen o alienten la desaparición forzada. Toda persona que reciba tales órdenes tienen el derecho y el deber de no obedecerlas...*". (subrayado nuestro)

Igualmente, la Convención señala en el artículo IX: "*Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar. Los hechos constitutivos de la desaparición*

[591] Corte I.D.H, Caso Castillo Petruzzi y Otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52, párrafo 121.
[592] No se puede dejar de lado que la inclusión del delito de desaparición forzada de personas en los tratados internacionales es un aporte de los países latinoamericanos a la comunidad internacional, lo cual quedó de forma clara en el Estatuto de Roma.
[593] Venezuela firmó la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas" el 06 de Julio de 1998 y depositó la Convención en fecha del 19 de enero de 1999.

forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares (…)". (Subrayado nuestro)

Finalmente, la Convención establece en su artículo III: "*Los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima*". Ahora bien, pasaremos a desglosar cada una de estas obligaciones contraídas por el Estado venezolano.

En relación al delito de Tortura, Venezuela dio cumplimiento al compromiso adquirido mediante la adopción de una ley especial en el marco de la ratificación de la *"Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes"*[594] que regula la tortura infringida por cualquier *"…funcionario público u otra persona en el ejército de funciones públicas…",* e igualmente, deja claro que los mismos actos deben ser realizados mediante *"instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".* Del articulado se puede interpretar que el 'consentimiento' o 'aquiescencia' deben provenir de un superior inmediato, además afirma que *"no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura".*

En cuanto a la tortura, Venezuela se encontraba también en el deber de emanar la normativa pertinente, en el marco de la región latinoamericana e universal, al haber ratificado las Convenciones pertinentes a la materia. La

[594] Venezuela firmó la 'Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes', el 15 de febrero de 1985 y la ratificó el 29 Julio 1991.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,[595] *establece en el artículo 3: "Serán responsables del delito de tortura: (a). los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. (b). las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices".*

Del precitado artículo se establece, igualmente, el deber de instaurar de forma clara la responsabilidad del superior, tanto de forma activa como pasiva. No obstante, la normativa nacional tampoco estableció las respectivas responsabilidades en la ley local. Ahora bien, luego de estos antecedentes, pasaremos a discutir cada una de las precitadas leyes.

1. La Desaparición Forzada de Personas y sus Grados de Participación: en el marco del artículo 45, la Constitución establece de una forma un poco más clara la palabra "autores", "cómplices" y "encubridores", indicando: "(…) *los autores o autoras intelectuales y materiales, cómplices y encubridores o encubridoras del delito de desaparición forzada de personas, así como la tentativa de comisión del mismo, serán sancionados de conformidad con la ley*…". Además, si bien es cierto que el artículo hace referencia a la desaparición forzada de persona, el mismo puede ser tenido como base para aclarar un poco más las modalidades de participación en el fuero nacional, usándolas no sólo en la comisión del delito de lesa humanidad sino más bien para aclarar más a nivel doctrinario el reconocimiento positivisado de dichos grados en nuestra legislación nacional. Ahora bien, pasaremos a ver este delito desde las perspectivas de los Derechos Humanos, que dio pie a su

[595] OEA. *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Venezuela firmó la Convención el 25 de junio de 1991 y la ratificó el 26 de agosto de 1991.*

inclusión en la normativa nacional y de acuerdo al derecho internacional penal.

La '*Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas'*, promulgada en el año de 1994 y la '*Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*', guardan mucha similitud en sus conceptos y esto es debido a que los creadores de dicha figura fueron los países de América Latina, en las Convenciones se llegó a encontrar la conexión entre este delito y el crimen de lesa humanidad en el año de 1983, bajo la Resolución nº 666 (XIII- 0/83) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Igualmente, se puede encontrar esta conexión en el Artículo 18 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1996, de la Comisión de Derecho Internacional. Finalmente, el Estatuto de Roma lo incluyó como un delito de lesa humanidad; agregando dos elementos diferentes en comparación a sus predecesoras, a saber: a) una organización política e, b) intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.[596] En este sentido es importante destacar que, a pesar de que este no es nuestro tema de estudio *per se*, hay que aclarar que el delito de 'desaparición forzada de personas' puede materializarse sin que existan los elementos para configurar un crimen de lesa humanidad, por lo que, hay que señalar que ambos crímenes, a pesar de la gravedad de sus características, la desaparición forzada y lesa humanidad no son necesariamente lo mismo ,debido a que si el crimen *per se* quiere ser calificado como lesa humanidad debe reunir todas las características de este último, a saber: 1) ser parte de una política generalizada, 2) que el crimen sea cometido contra una

[596] ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Working group on enforced or involuntary disappearances, p 15-17. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf.

población civil y 3) que sea un crimen de naturaleza generalizada y sistemática. Igualmente, se ha resaltado que la mención "política organizacional" se refiere a la política adoptada en el marco de una organización política;[597] mientras que el delito de desaparición forzada se puede configurar en el marco de violaciones generalizadas de derechos humanos o en procedimientos 'rutinarios' de los agentes de seguridad.

De acuerdo a la Fiscalía de la República, en su respuesta al cuestionario elaborado al Consejo de Derechos Humanos,[598] indican que el artículo 180A del Código Penal venezolano, reformado y publicado en la Gaceta Oficial nº 5.768, extraordinaria del 13 de abril de 2005, establece los supuestos necesarios para configurar el delito de desaparición forzada de persona, indicando inclusive que es un delito autónomo[599]. No obstante, el artículo no diferencia claramente la responsabilidad del superior, aunado a que se hace una afirmación genérica, tipificando la responsabilidad de todos los funcionarios. Si existiese un régimen claro, en relación a la responsabilidad del superior en el Código Penal venezolano, no existiría este tipo de lagunas.

Aunado a lo anterior, siguiendo la doctrina internacional, este delito no se materializa a través de grupos criminales, sino que más bien el Alto

---

[597] Vitkauskaitė-Meurice, Dalia. *The Concept of Enforced Disappearances in International Law*. Jurisprudence. Mykolas Romeris University, 2010. ISSN 2029–2058. Disponible en: https://www.mruni.eu/upload/iblock/934/9Vitkauskaite_Meurice.pdf

[598] Ministerio Público. "Doctrina del Ministerio Público 2010". Dirección General de Apoyo Jurídico. Caracas, p 21. Disponible en: http://www.mp.gob.ve/doctrina/Other/imagemenu_acta/PDF%20doctrinas%202010/Penal%20Sustantivo/Desaparición%20Forzada%20de%20Personas.pdf

[599] Artículo 180A. La autoridad pública, sea civil o militar, o cualquier persona al servicio del Estado que ilegítimamente prive de su libertad a una persona, y se niegue a reconocer la detención o a dar información sobre el destino o la situación de la persona desaparecida, impidiendo el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, será castigado con pena de quince a veinticinco años de presidio. Con igual pena serán castigados los miembros o integrantes de grupos o asociaciones con fines terroristas, insurgentes o subversivos, que actuando como miembros o colaboradores de tales grupos o asociaciones, desaparezcan forzadamente a una persona, mediante plagio o secuestro. Quien actúe como cómplice o encubridor de este delito será sancionado con pena de doce a dieciocho años de presidio".

Comisionado para Derechos Humanos de la ONU, ha indicado que el delito de la desaparición forzada de personas debe ser entendido: "(…) *como tales cuando quienes las cometen son agentes gubernamentales, particulares o grupos organizados, por ejemplo grupos paramilitares, que actúan en nombre del Gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o su aquiescencia.* El Grupo de Trabajo no admite, por tanto, casos que se atribuyen a personas o grupos que no están comprendidos en esas categorías, como los movimientos terroristas o insurgentes que combaten al Gobierno en su propio territorio, pero que no cuentan con el apoyo de un Estado". (Subrayado nuestro)

Aquí se desprende claramente que no se aceptan otros grupos como quienes pueden cometer este delito, asociado al hecho de que el Comisionado asume que los Estados tienen la "*obligación de investigar y sancionar los actos de naturaleza similar a las desapariciones forzadas cometidos por elementos que no sean agentes del Estado*". Finalmente, se indica que *"una detención seguida de una ejecución extrajudicial constituye una desaparición forzada en sentido propio, siempre que esa detención o privación de libertad la hayan realizado agentes gubernamentales, de cualquier sector o nivel, o grupos organizados o particulares que actúen en nombre o con el apoyo directo o indirecto del Gobierno o con su consentimiento o aquiescencia y que, con posterioridad a la detención, o incluso después de haberse llevado a cabo la ejecución, se nieguen a revelar la suerte o el paradero de esas personas o a reconocer que el acto se haya cometido en absoluto".*[600]

[600] ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Desapariciones forzadas o involuntarias. Folleto informativo No 6/Rev.3. p 13-14. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf

Igualmente, es importante hacer mención al *in fine* del artículo 180-A, debido a que esta parte indica que el delito puede ser cometido por grupos no estatales, mediante las figuras de "plagio o secuestro", en este sentido el Alto Comisionado ha indicado que los Estados deben velar por que "*el acto de desaparición forzada se define de una manera que lo distingue claramente de los delitos conexos, tales como el secuestro y el plagio".*[601] Luego de lo leído el artículo se aprecia claramente que el legislador venezolano cometió errores de fondo al momento de tipificar el delito de desaparición forzada de personas.

Aunado a todo lo anterior, el Consejo de Derechos Humanos, examinó al Estado venezolano, en cuanto a la figura de la responsabilidad del superior, el crimen de lesa humanidad de si estas se encontraban debidamente tipificadas en el Código Penal. El Ministerio Público fue quien indicó que la responsabilidad de superiores se desprendía del segundo aparte del artículo 180-A, debido a que en la ley se encuentran "*previstas causales de justificación tales como la responsabilidad del superior, o las situaciones de emergencia, excepción o restricción de garantías, tal y como se desprende del texto que de seguidas se transcribe: Ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, sea esta civil, militar o de otra índole, ni estado de emergencia, de excepción o la restricción de garantías, podrá ser invocada para justificar la desaparición forzada*".

Además indican que esta norma es un desarrollo del "mandato constitucional" puesto que establece la "*obligación del Estado de investigar y sancionar los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus*

[601] ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Working group on enforced or involuntary disappearances, p 17. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf.

autoridades". Lo señalado por la Fiscalía es errado puesto que se ha comentado anteriormente, las modalidades para configurar la responsabilidad del superior, tanto la directa como la indirecta. Igualmente, citan el artículo 25 de la Constitución donde se establece la nulidad de aquellas órdenes que violen o menoscaben los derechos garantizados en la Constitución. Finalmente, la Fiscalía indicó que en relación a "*la responsabilidad del superior conviene indicar, que nuestro Código Penal, en sus artículos 83 y 84, sanciona a los cooperadores inmediatos en un hecho punible, así como a quienes sean cómplices en el hecho, respectivamente, estableciendo que cuando varias personas concurran en su ejecución, los perpetradores y cooperadores, quedarán sujetos a la pena correspondiente al hecho cometido; incurriendo en la misma pena quien haya determinado a otro a cometer el hecho*. *Asimismo establece que se aplicará la pena reducida a la mitad, a quienes hayan participado en el hecho bien sea, excitando o reforzando la resolución de perpetrarlo; dando instrucciones o suministrando medios para realizarlo, o simplemente, facilitando su perpetración, o prestando asistencia o auxilio para que se realice, antes de su ejecución o durante ella".*[602]

Lo indicado por el Ministerio Público tiene una argumentación débil debido a que en ninguna frase se establece claramente la responsabilidad del superior, en los términos en que se ha venido desarrollando en este trabajo de investigación. El cooperador inmediato no debe, ni puede confundirse con la figura de la responsabilidad del superior. Se tiene así que siguiendo los simples lineamientos del derecho internacional penal, encontramos que la responsabilidad del superior ha sido discutida desde dos vertientes, una activa y otra pasiva, siendo que en la primera se debe juzgar como autor,

[602] Ministerio Público. "*Doctrina del Ministerio Público 2010*". Documento citado, p 22.

coautor o autor mediato a ese superior, esto con base a las formas establecidas en el artículo 25 ó en el *strictu sensus*, en la cual, el superior jerárquico es responsable por omitir el correcto desempeño de sus funciones de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 del Estatuto.

En este sentido, la Sala Constitucional del TSJ, en el caso Fiscal Segundo Ministerio Público del estado Portuguesa, de fecha 08 de mayo de 2002, indicó que la inclusión de este delito en el Código Penal se debió a que el Estado venezolano, en el marco del cumplimiento de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, procedió a la "tipificación de la referida conducta".[603]

Aunado a lo anterior, la misma Sala, en el caso Oswaldo José Domínguez Florido, de fecha 11 de febrero de 2004, señaló en cuanto a las diferencias entre el autor y el encubridor, en el marco de este delito, que: "*tales conductas supone un iter diferente, por lo que, aun cuando no lo exija la ley, resulta de necesidad de conclusión de que debe ser individualizada la prueba de la culpabilidad de uno y otro participante". Además, agregó "la carga de reprochabilidad, concretada en la cuantía y calidad de la pena que el legislador atribuyó a la autoría, es mayor que el que reconoció en el encubrimiento (…) se trata de conductas punibles –autoría y encubrimiento- cuya génesis y cuyo desarrollo son diferentes entre sí(…)"*

Ahora bien, en el año 2011, mediante la Gaceta Oficial nº 39.808, se promulgó la "*Ley para Sancionar los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones de los derechos humanos por razones políticas en el período 1958-1998*", aunque la misma tenía como intención primordial

[603] TSJ. Sala Constitucional. Caso Fiscal Segundo Ministerio Público del estado Portuguesa, exp nº 01-1695. Sentencia nº 885. 08 de mayo de 2002.

"*sancionar a los responsables de los hechos de violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, tales como homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, lesiones físicas, psíquicas y morales, privaciones arbitrarias de libertad, desplazamientos forzados de personas, expulsiones, deportaciones o exilios arbitrarios, violaciones de domicilio, hostigamientos, incomunicaciones, aislamientos, difamaciones e injurias, perjuicio patrimonial, represiones masivas urbanas y rurales, simulación de hechos punibles o procedimientos administrativos fraudulentos,…".* La Sala constitucional del TSJ la calificó como una "Ley novedosa", puesto que en su criterio la Ley reconocía una seria de hechos que no habían sido considerados en la época de la comisión de dichos crímenes.[604]No obstante, dicha normativa es contraria al estado de derecho que debe de imperar en un país democrático y a los principios fundamentales de derechos humanos. A continuación, pasamos a detallar las razones para esta afirmación:

a) La ley viola el 'principio de igualdad' que debe regir en todo sistema de justicia, debido a que la misma hace una lamentable parcelación al indicar que la misma será solo aplicada para aquellos que casos donde *"…fueron ejecutados por motivos políticos contra militantes revolucionarios y revolucionarias, luchadores y luchadoras populares víctimas de la represión, quienes perseguían el rescate de la democracia plena, la justicia social y el socialismo…"* (subrayado nuestro), [605] lo reafirma, lo indicado debido a que la

[604] TSJ. Sala Constitucional. Caso Ministerio Público, exp nº 12-0279. Sentencia nº 1.713. 14 de diciembre de 2012.

[605] ¿Acaso nos encontramos a lo que se ha denominado Derecho Penal del Enemigo? El "término fue (re)introducido en el debate jurídico-penal por Günther Jakobs, profesor de la Universidad de Bonn, Alemania. Con dicha expresión, tal y como es entendida, por este autor, en el momento presente, se quiere hacer referencia a una especie de Derecho penal "paralelo", que se distinguiría del Derecho penal tradicional en que adelantaría las barreras de punibilidad a momentos previos a la lesión del bien jurídico; permitiría la "suspensión" o "flexibilización" de garantías fundamentales para el enjuiciamiento de los responsables; asignaría penas particularmente altas, en menoscabo de la debida proporcionalidad que ha de existir entre el delito cometido y la pena a imponer; y,

resolución de los casos debe amparar a todas las partes en el conflicto y ser una ley aplicable es un espacio de tiempo abierto y no cerrado, sin establecer excepciones, en este sentido, 'La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre', anterior a la 'Declaración Universal de Derechos Humanos', dispone en su artículo II, sobre 'Igualdad ante la ley' que: *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración, sin distinción de raza, sexo idioma, credo ni otra alguna*".

b) Igualmente, en el contexto de esta ley, la misma toca un tema de particular delicadeza y además en el desarrollo de la normativa discutida, se destaca una violación reiterativa a 'principios' amparados por el ordenamiento jurídico internacional, a saber principios y normas de carácter '*ius cogens',*[606] *es decir* normas imperativas que a su vez poseen carácter '*erga omnes'*, las cuales son aquellas normas que no admiten la exclusión o alteración de su contenido y que están destinadas a proteger los derechos fundamentales colectivos, por lo que son normas que pertenecen a una posición de

finalmente, estaría dirigido a la represión (a toda costa y a todo costo) de ciertos individuos, a saber, los considerados 'enemigos'." Para profundizar más en la discusión ver: "El denominado "Derecho penal del enemigo": descripción de una realidad, ¿aceptable?, de Rodríguez Morales, Alejandro. Disponible en https://cienciaspenales.files.wordpress.com/2009/08/dpenemigo.pdf

[606] Se han llegado a catalogar cinco categorías de normas imperativas, en este caso George Zatiades, distinguió: "1. Las que constituyen un elemento esencial de todo orden jurídico: *pacta sunt servanda, bona fides, rebus sic stantiibus*, 2. Las que afectan a derechos y obligaciones fundamentales de los Estados; autodefensa, soberanía nacional, igualdad, no intervención, 3. Las relativas a la salvaguarda de la paz y arreglo pacífico de las controversias, 4. Las relativas a los derechos humano y 5. Las de derecho penal internacional: crímenes contra la paz o la humanidad, crímenes de guerra". Por su parte Levan Alexidze también enfoca las normas de *ius cogens* desde cinco ángulos, a saber: 1.normas concernientes a los derechos soberanos de los Estados, y los pueblos, 2, normas que se dirigen a mantener la paz y seguridad internacional, 3. Normas que protegen la libre prestación del consentimiento y la inviolabilidad de los tratados: *pacta sunt servanda, bona fides,* 4. Normas relativas a los derechos humanos y,5. Normas que prohíben la apropiación nacional de los espacios útiles a la comunidad internacional en su conjunto". De lo expuesto se puede indicar brevemente que aunque no se ha llegado a un consenso relacionado a lo que debe de entenderse como normas de *ius cogens*, si se ha sostenido que el *ius cogens* "se refiere al estatuto legal que alcanzan ciertos crímenes internacionales, y su relación con las obligaciones erga omnes se deriva de los efectos legales que tienen la caracterización de determinados crímenes sujetos al *ius cogens*. Existe suficiente fundamentación legal para llegar a la conclusión de que todos estos crímenes, incluidos la tortura, el genocidio, y otros crímenes contra la humanidad forman parte del ius cogens", discusión planteada en la obra "*Ius Cogens* en el Derecho Internacional Contemporáneo", Ollarves Irazábal, Jesús. UCV. Caracas, 2005, p 287-289.

jerárquica en relación al resto de las normas y que además se contraponen al *ius dispositivum*; en este sentido, los crímenes descritos en el artículo 1º de la ley, de naturaleza *mala in se,* han sido reconocidos como los crímenes más atroces que se pueden cometer en contra de la humanidad; es por esto que la protección de los mismos va destinada a la población en general por su carácter vinculante a todos. El Estado que trate de hacer oposición inequívoca, constante y persistente a estos derechos o tratando de parcializarla carece de efectos, debido a que deben de primar los derechos fundamentales del ser humano.[607]

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, codificó por primera vez en su artículo 53, lo que debe de entenderse por *ius cogens y en el artículo 64 la relación entre una norma de ius cogens con otros tratados internacionales existentes.* [608]

[607] La Corte Internacional de Justicia ha mecho mención en muchos casos del *ius cogens*, tenemos así por ejemplo, el caso Barcelona Traction, el cual fue en efecto el caso más emblemático que dio inicio a la discusión de las normas *ius cogens*, la Corte indicó que "todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales Derechos sean protegidos (párrafo 33)", además agregó que "las obligaciones erga omnes derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional Contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y de genocidio, pero asimismo de los principios y normas concernientes a los Derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial". Igualmente, la CIJ en el asunto sobre la "Licitud de la amenaza o el uso de las armas nucleares", hizo referencia a "principios intransgredibles de Derecho internacional", aunque no utilizó el término *ius cogens*. En el marco de esta sentencia, la Corte hacía mención a tres principios de Derecho internacional humanitario, aplicable en caso de conflicto armado. En primer lugar, la prohibición de ataques contra civiles y el uso de armas que no distingan entre civiles y militares (principio de distinción). En segundo lugar, la prohibición del uso de armas que causen un daño mayor que el necesario para conseguir objetivos militares legítimos (principio de proporcionalidad). En tercer lugar, el trato de civiles y militares de acuerdo con principios de humanidad, en defecto de norma de Derecho internacional humanitario que sea de aplicación (la llamada Cláusula Martens). Igualmente, en el caso de Nicaragua, la Corte indicó que el *Ius Cogens* era una doctrina en el marco del Derecho Internacional. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha indicado que son normas de *ius cogens* la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida (Observación general nº 24), al igual que el respeto a las garantías procesales mínimas (Observación general nº 29). En el sistema interamericano, la Corte ha señalado que diversas normas de protección de los derechos fundamentales son normas perentorias (por ejemplo, caso "La última Tentación de Cristo", "Los Niños de la Calle", "Barrios Altos", "Opinión Consultiva Nº 17/2002", entre otros). Finalmente, el TPIY indicó en el caso Furundžija, que la prohibición de la tortura era una norma de *ius cogens.*

[608] "Artículo 53: Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

En el año 1993, el Consejo de Seguridad adoptó dicha Convención como parte del derecho consuetudinario vigente que rige en la actualidad en el derecho internacional. En este sentido, aunque Venezuela no haya firmado dicho Tratado, por aplicación del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su ordinal (b), en lo pertinente a la costumbre, el mismo le es vinculante totalmente a nuestro país, esto aunado a que Venezuela ha reconocido tales normas de protección como imperativas en su propio ordenamiento jurídico, es decir quedan totalmente fuera del alcance interpretativo o limitativo que se le quiera dar en la legislación nacional. Es por esto, que dicha ley no sólo viola una normativa constitucional sino que más aún viola normas de carácter perentorio.

En relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual es citado en el texto de dicha ley, es imperioso destacar que la normativa venezolana relacionada a este delito viola la '*progresividad de los derechos'*, establecido en el artículo 29 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* el cual indica que la progresividad de los derechos versa sobre la prohibición hacia el Estado de "*limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados",* esto en concordancia, a que la ley -en vez de tener una visión progresiva en el tiempo- fue delimitada a un espacio temporal y más aun considerando que la normativa hace referencia inequívoca a la Constitución, ante lo cual nos preguntaríamos ¿sólo se puedo delimitar el crimen de la desaparición forzada de personas en un espacio de tiempo políticamente establecido?.

"Artículo 64: Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará."

En relación a la parte procesal, la normativa carece totalmente de dicha sección y no desarrolla lo establecido en la Constitución, si es que esa era realmente su intención; por lo que, la precitada Ley no cumple el fin último exigido por el marco constitucional. Además, la Constitución es clara al señalar que: *"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen".*

- Ley Especial para Prevenir y Sancionar la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

La Constitución estableció en su artículo 46 que *"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: 1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación (…)".* Igualmente, se indicó en la disposición transitoria cuarta, numeral primero, que en el plazo de un año se debía promulgar: *"La legislación sobre la sanción a la tortura, ya sea mediante ley especial o reforma del Código Penal".* En este caso, se tiene que se optó por la vía de una ley especial, que si bien estaba permitido por la Constitución, a juicio de la autora, se debía optar por una reforma del Código Penal para garantizar una uniformidad en la materia.

De acuerdo al artículo primero, la ley tiene como propósito "*la prevención, tipificación, sanción de los delitos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*". En este sentido, se busca regular las acciones emprendidas por los *funcionarios públicos* del país. Ahora bien, ¿quiénes entran dentro de

ese concepto? realizando un desglose del concepto de funcionarios públicos se tiene que los mismos se dividen entre 'funcionarios de carrera' y 'funcionarios de libre nombramiento y remoción' de acuerdo al artículo 19[609] de la Ley del Estatuto de la Función Pública.[610] Además, se desprende del artículo 20, quienes son los funcionarios de 'libre nombramiento y remoción' entre los cuales se encuentran desde la figura del Vicepresidente de la República hasta las máximas autoridades de los Institutos Autónomos Estatales. No obstante, el ordenamiento jurídico venezolano no contiene en su normativa una disposición que defina el concepto del funcionario público;[611] aunque el Código Penal, a los efectos de aplicar la norma penal, establece en el artículo 236: "*se consideran como funcionarios públicos* 1.- *Todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio o algún establecimiento público sometido por la ley a tutela de cualquiera de estas entidades. 2.- Los agentes de la fuerza pública. Asimílense a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales, los conjueces, asociados, jurados, árbitros, expertos, interpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones".*

En este sentido cabe preguntarnos ¿Un militar puede ser considerado como un funcionario público? Los actores de las Fuerzas Armadas, sin querer, y sin

---

[609] Artículo 19. Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente. Serán funcionarios o funcionarias de libre nombramiento y remoción aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley.

[610] Ley del Estatuto de la Función Pública, Gaceta Oficial No. 37.522, 06 de septiembre de 2002.
[611] Lares Martínez, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. UCV, Caracas, 2010, p 370.

dejar de lado sus funciones propias y específicas, son funcionarios públicos, debido a que cumple con todos los requisitos de la definición, destacándose que el carácter funcionarial y los valores institucionales-vocacionales no deben entrar en conflicto. Partiendo del supuesto que todo funcionario público, en el sentido *lato*, desempeña una función pública en el marco de las acciones emprendidas por el poder público, un militar es un funcionario público debido a que existe: 1) un nombramiento administrativo legal, 2) permanencia a un puesto y adscripción a una plantilla de escala cuyo ascenso dependerá en sus méritos, 3) remuneración mediante un salario proveniente del presupuesto nacional, 4) profesionalidad en su cargo,[612] además que se cumplen otros dos supuestos exigidos a los funcionarios públicos,[613] 5) participan y ejercen funciones públicas sin distinguir la naturaleza de las mismas, 6) están al servicio directo de una persona pública estatal: la República. En este sentido, el artículo 328 de la Constitución indica que "*la Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación y asegurar la integridad del espacio geográfico, mediante la defensa militar, la cooperación en mantenimiento del orden interno y la participación en el desarrollo nacional, de acuerdo con esta Constitución y la Ley. En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna. Sus pilares fundamentales son la disciplina, la obediencia y la subordinación…." (subrayado nuestro)*

Aunado a lo anterior, de acuerdo a la Constitución venezolana, artículo 227, el Presidente de la República es el Comandante en Jefe de las Fuerzas

[612] Alli Turrillas, Juan-Cruz. *La Profesión Militar: Análisis Jurídico tras la ley 17/1999 del 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armada*,, Ministerio de Administraciones Públicas, INAP, 2000, España. p 100.
[613] Lares Martínez, Eloy. *Obra citada*, p 373.

Armadas, quién ejerce dicha facultad como "*Jefe o Jefa del Estado y del Ejecutivo Nacional, en cuya condición dirige la acción del Gobierno*". A esto se suma, lo indicado en el artículo 236, numeral 5 de la Constitución. Por su parte, la *Ley Orgánica de la Administración Central*[614] establece, en su artículo 43, las facultades del Ministerio para la Defensa en materia castrense; por lo que, se puede concluir que el militar si es un funcionario público al que se le puede aplicar la normativa precitada.

Sin embargo, se considera que en la redacción del articulado debía de usarse también, de forma complementaria, la frase "*otra persona en el ejército de funciones públicas",* para abarcar a todas aquellas personas que si bien no reúnen las condiciones de funcionarios públicos, actúan en la administración pública, por ejemplo los contratados, obreros. Luego de dilucidado si el concepto de 'funcionarios públicos' abarca tanto a funcionarios civiles como militares, nos propondremos a analizar los grados de participación establecidos en la ley.

El artículo 17 y 18 establecen, respectivamente, el delito de tortura y de trato cruel, a los efectos imponen una pena de quince a veinticinco años para el primer tipo penal y una pena de trece a veintitrés años para el segundo tipo penal sobre el autor inmediato. Aunado a estos, el artículo 19, indica que aquel que colabore o encubra la comisión de un crimen será sancionado con una pena igual que al autor principal, mientras que aquellos que entorpezcan

[614] Ley Orgánica de la Administración Central. Gaceta Oficial nº 36850 del 14 de diciembre de 1999, expresa en su artículo nº 43 lo siguiente: "Corresponde al Ministerio de la Defensa la regulación, formulación y seguimiento de políticas, la planificación y realización de las actividades del Ejecutivo Nacional en materia de defensa terrestre, aérea, naval y de cooperación; el mantenimiento y fortalecimiento de la soberanía nacional; la organización, disciplina, instrucción, dotación, control, fiscalización y mando de las Fuerzas Armadas Nacionales; la regulación, supervisión y fiscalización de la dotación de los cuerpos de policía, de los polvorines y depósitos de explosivos, así como la fabricación, importación, exportación, registro, comercio, transporte, almacenamiento, empleo y vigilancia de armas de guerra; la autorización y fiscalización de la tenencia y porte de armas y municiones al personal militar, y al civil que cumpla funciones de inteligencia; la cooperación en el mantenimiento de la seguridad y el orden público; el estudio militar del país; así como las demás competencias que le atribuyan las Leyes".

las investigaciones incurrirán en la misma penalidad. No obstante, el problema comienza en el artículo 20, el cual regula lo pertinente a los autores materiales, intelectuales o colaboración de personas naturales, debido a que "*las personas naturales que participen en calidad de autores materiales o intelectuales de cualquier forma con él o los agentes activos de los delitos previstos en los artículos 17, 18 y 19, respectivamente, serán sancionadas con una pena equivalente a las tres cuartas partes de la pena principal aplicada a estos agentes activos, e inhabilitación para el ejercicio de la función pública y política por un período equivalente al de la pena decretada" (subrayado nuestro).*

En este sentido, hemos discutido que en las estructuras de poder, siempre se necesita ese autor detrás de la cortina, quien a la final dirige las órdenes para ejecutar los delitos en masa, consecuentemente, la configuración de la responsabilidad y lucha contra la impunidad se ve mermada cuando a los mismos se les otorga una pena menor que al ejecutante, esto tiene especial connotación cuando estamos al frente de personas que se encargan de la 'seguridad del Estado'. Además, se debe considerar que cuando hay una orden directa emanada de un superior y el subalterno la ejecuta, estamos bajo la figura de una coautoría, por lo que este es un detalle procesal que no puede ser minimizado. Si bien la normativa trata de luchar contra la tortura, la misma posee debilidades que necesitan ser subsanadas.

Ahora bien, luego de aclarada la situación de la responsabilidad penal individual y de la necesidad de cómo determinar los grados de culpabilidad, de participación en el crimen y la codificación de estos elementos, pasaremos a debatir en relación al tema ¿cómo se determinan quienes son los superiores tanto civiles, militares como los superiores de los grupos subversivos?, ¿cómo se determinan sus responsabilidades apartando lo acá señalado?, ¿cualquiera puede ser tenido como superior porque sencillamente puede ordenar?, ¿existe en nuestra legislación estos

parámetros establecidos?. Estas preguntas serán analizadas en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO V

La responsabilidad de los distintos tipos de superiores en las cadenas de mando

14. La responsabilidad del superior militar y civil

14.1. Introducción

En distintas jurisdicciones el concepto de la responsabilidad de superiores puede aplicar a una gran gama de personas que van desde ministros, militares, cuerpos de seguridad hasta abarcar directores de empresas privadas. En este sentido, se puede encontrar diferentes tipos de responsabilidad a saber: responsabilidad ministerial, responsabilidad del empleador, responsabilidad política. En este capítulo, nos enfocaremos a discutir sobre los tipos de responsabilidad de superiores en el aparato gubernamental; estudiando el alcance de dicho concepto en diferentes ordenamientos jurídicos así como en diversas leyes nacionales y, a discutir, aún más, la situación de esta figura en la jurisdicción venezolana para profundizar en el estatus de esta noción en Venezuela.

Por lo tanto, parte de lo reflejado en este capítulo corresponde a estudiar el porqué del concepto de responsabilidad del superior forma parte del derecho internacional, considerando que la responsabilidad del superior, tiene sus raíces en el derecho militar de algunas jurisdicciones y que fue aplicado por las mismas, hasta analizar lo que se conoce en la actualidad como 'responsabilidad del superior'.

14.2. ¿Qué se entiende por la responsabilidad del superior?

La responsabilidad del superior es una forma de responsabilidad indirecta debido a que el superior no es tenido como responsable por los delitos en los que él haya participado directamente (planificar, dar órdenes, asistir, etc)

sino que es juzgado por los crímenes realizados por sus subalternos, siendo así responsable no por los crímenes *per se* cometidos por sus subalternos sino por su falla en prevenir y sancionar la comisión de los mismos.[615] La doctrina de la responsabilidad del superior implica que el superior sea penalmente responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados. El estudio realizado por el Comité Internacional de Cruz Roja (ICRC siglas en inglés) sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario ha indicado que:

> *"Commanders an others superiors are criminally responsible for war crimes committed by their subordinates if they knew, or had reason to know, that the subordinates were about to commit or were committing such crimes and did not take all necessary and reasonable measures in their power to prevent their commission, or if such crimes had been committed, to punish the persons responsible".*[616]

Esta investigación de la Cruz Roja afirma: *"state practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non- international armed conflicts"*.

La responsabilidad del superior es una forma de responsabilidad por omisión, establecida de esta manera de acuerdo al derecho consuetudinario internacional; el superior es responsable por fallar en prevenir o en castigar los crímenes cometidos por sus subordinados, esta situación es un caso opuesto a los crímenes que haya efectivamente cometido, planificado, ordenado, instigado o apoyado. La responsabilidad penal por omisión se

[615] Värk, René." *Superior Responsibility".* Journal of the Estonian National Defence College. Vol 15, año 2012, 143-161.
[616] Jean-marie Henckaerts y Louise Doswald-Beck (editores). *Customary International Humanitarian Law* (20056). ICRC Study. Vol I: Rules, p 558.

configura cuando existe una obligación positiva de actuar y el superior no lo hace.

Los términos de 'comandante' o 'superior' han sido utilizados indistintamente como formas para determinar la responsabilidad, pero han sido usados también para distinguir entre superiores militares, comandantes o superiores civiles; salvo que se aclare que el término es usado indistintamente para los dos supuestos. El término de 'responsabilidad del superior' da mayor precisión en cuanto a su origen y su finalidad, siendo usado en la última década por su neutralidad en su designación, abarcando tanto a civiles como a militares. El concepto apunta en su primera aplicación a los comandantes militares o superiores, quienes actúan con una autoridad muy parecida a la que posee un comandante militar. Se ha indicado que como esta doctrina tiene sus orígenes durante los desarrollos de los juicios de la II Guerra Mundial, ha hecho que se afirme que es una "doctrina nacida en pecado".[617]

No se puede dejar de lado que, la mayoría de los conceptos de la responsabilidad del superior y del cumplimiento de órdenes estaban enmarcados a comienzos del siglo como parte de las leyes de la guerra. Se ha señalado que no debe ser motivo de sorpresa los hechos ocurridos y las violaciones al derecho realizados por todos los beligerantes durante la II Guerra Mundial, debido a que olvidaron la norma del artículo 22 de la IV Convención de La Haya, según el cual *"los beligerantes no tienen un derecho ilimitado de adoptar los medios para dañar al enemigo*". Consecuentemente, estas acciones dejaron en un estatus caótico a las leyes de la guerra, entre ellas uno de los puntos abandonados fue el de alegar como eximente el cumplimiento de las órdenes de los superiores; por otra parte, se abandonó

[617] Schabas, William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press. Oxford, 2010, p 455.

el concepto de la responsabilidad de un comandante militar por la conducta de las fuerzas armadas bajo su mando.[618]

Igualmente, se ha señalado que desde la I Guerra Mundial quedó comprobado *'la insuficiencia de las leyes de guerra*' por lo que se necesitaba su revisión. No obstante, Kunz sostiene que hubo una gran negligencia por parte de la comunidad internacional, destacando que desde el año 1920, la práctica de los Estados no se enfocó en regular las leyes de la guerra, resultando que el movimiento a favor de su codificación cesó y las convenciones y declaraciones de La Haya fueron completamente abandonadas, toda vez que los Estados contratantes no ejercieron las actividades asumidas. La misma negligencia fue notada por la Sociedad de las Naciones, debido a que el Comité de Juristas, mediante la resolución de fecha 23 de julio de 1920, recomendó la revisión de la guerra y la celebración de una nueva Conferencia de la Haya en la materia, pero la Sociedad de Naciones no acató la recomendación. Igualmente, en el año 1922, el Comité presentó un informe y dos borradores de proyecto de convenciones para regular la guerra aérea y el control de la radio pero los Estados las ignoraron. Inclusive, el autor va más allá, indicando que a nivel académico y en los trabajos de instituciones reconocidas el tema fue dejado de lado; resultando, finalmente que la II Guerra Mundial dejó las leyes internacionales en un estatus caótico.[619]

El concepto de la responsabilidad del superior fue posteriormente revisado por el Protocolo Adicional I a las Convenciones de Ginebra. Subsiguientemente, la figura fue reconocida en los Estatutos de los

[618] Kunz, Josef. *La Problemática Actual de las Leyes de la Guerra*. Cuadernos de la Cátedra "Dr. James Brown Scott", Universidad de Valladolid. Valladolid, 1955, p 33-34.
[619] Kunz, Josep..*Obra citada*, p 37-39.

tribunales *ad hoc* de Yugoslavia, Ruanda y Sierra Leona. Igualmente, no se puede dejar de lado los casos presentados por la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental (conocida también como UNTAET por sus siglas en inglés), la cual realizó tres acusaciones que son consideradas de gran importancia, a saber: la acusación de *Dili Rally*[620], el acusado fue sentenciado bajo la figura de la 'responsabilidad el superior' y/o 'responsabilidad penal individual' por ordenar a los militares en una manifestación pública a buscar, y de ser necesario asesinar, a todo aquel que apoyase la independencia del país. Igualmente, se le acusó de dirigir inclusive los ataques de uno de los grupos armados contra poblaciones civiles. En el caso de *Passabe,*[621] dos líderes militares fueron juzgados bajo la figura de la 'responsabilidad del superior' y/o 'responsabilidad penal internacional' en relación a los ataques llevados a cabo por la milicia de Sakunar, en el enclave de Oecussi, en contra de los residentes locales se indicó que el superior dirigió directamente los ataques hacia los lugareños. En el caso de *Liquica Church Massacre,*[622] numerosos líderes militares fueron juzgados bajo la figura de crímenes contra la humanidad, lo que los hizo incurrir tanto en la 'responsabilidad del superior' y/o 'responsabilidad penal internacional'. Se indicó que dichos líderes ordenaron a sus miembros atacar a los miembros de una iglesia y asesinar a todo aquel que tratase de escapar, los acusados se unieron luego a sus subordinados y a las fuerzas TNI, lo que resultó en la trágica muerte de 50 civiles. Sin embargo, el TPIY, en el caso de Blaškic, fue enfático al indicar que la responsabilidad directa y la responsabilidad del superior son distintos niveles de la responsabilidad penal y que no era apropiado juzgar a una persona bajo las dos

[620] CAHTO. Dili Rally Indictment. 18 de febrero de 2002.
[621] CAHTO..Passabe Indictment. 26 de febrero de 2003.
[622] CAHTO. Liquica Church Massacre. Indictment. 03 de diciembre de 2001.

imputaciones. En tal caso, indicó que el acusado debería ser juzgado por la responsabilidad directa y que su posición como superior debía ser considerada como un factor agravante al momento de sentenciar.[623] Además, en el caso de Stakic, consideró que hacer hincapié en la figura de la responsabilidad del superior sería una pérdida de tiempo si el acusado es juzgado como un perpetrador principal.[624]

La Corte Europea de Derechos Humanos, también se ha pronunciado sobre la materia, específicamente en el caso Kanonov v Latvia que "*211. The Court understands individual command responsibility to be a mode of criminal liability for dereliction of a superior's duty to control, rather than one based on vicarious liability for the acts of others. The notion of criminal responsibility for the acts of subordinates is drawn from two long-established customary rules: a combatant, in the first place, must be commanded by a superior and, secondly, must obey the laws and customs of war (see paragraph 200 above)[45]. Individual criminal responsibility for the actions of subordinates was retained in certain trials prior to the Second World War, in codifying instruments and State declarations during and immediately after that war, and it was retained in (national and international) trials of crimes committed during the Second World War. It has since been confirmed as a principle of customary international law and is a standard provision in the constitutional documents of international tribunals".*[625]

De acuerdo a Schabas, la figura de la 'responsabilidad del superior' ha generado mucha polémica comenzando desde su uso como un modo de

---

[623] TPIY. The Prosecutor v Tihomir Blaškic, caso nº IT-95-14-A. Sentencia . Sala de Apelaciones. 29 de Julio de 2004, párrafo 91.
[624] TPIY. The Prosecutor v Milomir Stakic, caso nº IT-94-24-T. Sentencia. Sala de Juicios., 31 de Julio de 2003, párrafo 466.
[625] Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Kanonov v Latvia, caso Nº 36376/04. Disponible en: http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98669#{"itemid":["001-98669"

responsabilidad en la figura de la 'unión a empresa criminal'. No obstante, la misma ha sido de especial interés en la resolución del caso Bemba presentado ante la CPI, donde se ha estudiado la importancia de esa doctrina para esta investigación. Hay que tener claro que la figura de la responsabilidad del superior, ha sido descrita como una 'forma *sui generis* de responsabilidad', distinta a los modelos de responsabilidad establecidos en el artículo 25 del Estatuto de Roma, previamente discutidos en los capítulos anteriores.[626]

En relación a la CPI, la responsabilidad del superior es considerada como un principio del derecho internacional penal, en conjunto con los principios de la responsabilidad individual, las defensas y los principios generales en estricto sentido como *nullum crimen sine lege*, y *nulla poena sine lege.* Sin embargo, el doctrinario Cassese no consideraba la 'responsabilidad del superior' como un principio general del derecho penal necesariamente restringido al Estatuto de Roma, debido a que el principio general fue establecido en el artículo 86.1 del Primer Protocolo adicional a las Convenciones de Ginebra.

Por otra parte, tal como se señaló *ut supra,* diversas tendencias señalan que la responsabilidad del superior, tiene sus raíces en el derecho militar de algunas jurisdicciones; sin embargo, en este sentido el concepto se tuvo que mejorar con una serie de características, siendo al inicio reconocido como un 'principio' aplicado a la organización militar, aunque no era considerado como un concepto del derecho penal clásico. Sin embargo, de acuerdo a los doctrinarios de la materia, realmente el concepto de 'responsabilidad del superior' -tal como se conoce en la actualidad- es una "creación original del derecho internacional penal", por lo que, quien suscribe considera dicha

[626] Schabas William. *Obra citada*, p 457.

postura como correcta, debido a que la responsabilidad del superior en aquellas jurisdicciones donde era reconocida, la misma no tenía un trato separado, resultando que los trabajos posteriores a la II Guerra Mundial fueron los que comenzaron a desarrollar a profundidad esta doctrina.

Posteriormente, la doctrina siguió su evolución jurisprudencial y su codificación en el derecho internacional, por lo que no resulta atrevido decir que el mismo seguirá siendo influenciado por la jurisprudencia a ser emanada por la jurisdicción internacional.

Ahora bien, el concepto se convierte realmente relevante en cuanto a su aplicación a civiles toda vez que -considerando el Derecho Humanitario Internacional- los civiles poseen otra condición durante los conflictos, debido a que en principio, un civil no participa en los actos relacionados a la guerra, no es un 'combatiente', resultando que en la realidad de los conflictos, tanto nacionales como internacionales, los civiles pueden tener un papel que contribuye durante un enfrentamiento o guerra. El tema relacionado a quien puede ser considerado como civil durante un conflicto ha sido ampliamente discutido, por lo que, esto ha traído sobre la mesa la diferenciación de la responsabilidad del superior militar de la responsabilidad del superior civil.

En este sentido, a razón del concepto de la responsabilidad del superior, la realidad de que los actos y las omisiones de un civil podrían ser idénticos o similares a aquellos de autoridad sobre una tropa, ha creado muchas preguntas en relación a su aplicabilidad. De acuerdo a algunos autores, la responsabilidad del superior civil es en muchos casos más limitada, debido a su naturaleza en comparación a la organización imperante en una organización militar y la sociedad civil y de los diferentes roles que

usualmente son realizados por un superior militar y un superior civil durante un conflicto armado, tanto a nivel nacional o internacional.[627]

Es oportuno resaltar que durante las negociaciones del Estatuto de Roma, algunas delegaciones abogaban por un criterio estándar para ambos tipos de superiores, pero la delegación de Estados Unidos indicó que la mayor diferencia entre ambos grupos de superiores, civiles y militares, descansaba en la naturaleza y el alcance de la autoridad debido a que en el mundo civil, no existen las sanciones comparables a las impuestas por los superiores militares. Se tiene así que la negligencia de un superior militar se encuentra justificada bajo la premisa de que un superior militar está a cargo de "fuerzas letales", mientras que el superior civil sólo estaba a cargo de la "burocracia".[628] Igualmente, la delegación indicó que un superior civil solo debería ser responsable por los actos de sus subordinados *"en el trabajo y no por lo actos que estos cometan fueran de sus puestos de trabajo debido a que actúan en su capacidad individual, mientras que un superior militar era responsable de las fuerzas bajo su comando todo el tiempo*".[629]

A continuación, pasaremos a discutir sobre los diferentes tipos de responsabilidad.

14.3. Tipos de responsabilidad

Las responsabilidades que se pueden establecer en los sistemas de gobiernos tienen diferentes caras, las mismas se pueden configurar desde los casos de violaciones masivas a derechos humanos, conflictos internos e internacionales, hasta las responsabilidades por las políticas públicas

[627] Nybondas, Maria L. *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*. T.M.C. Asser Press. La Haya, 2010, p 5-6.
[628] Karsten, Nora. *Artículo citado*, p 989.
[629] UN Doc.A/CONF.183/C.1/SR.1, 16 de junio de 1998, párrafo. 68.

establecidas. En nuestro ámbito de investigación, es importante establecer desde donde puede surgir la responsabilidad de los líderes o superiores del gobierno, quienes bien pueden planificar a nivel político la comisión de crímenes internacionales hasta llegar y perfeccionar sus acciones dentro de una 'maquinaria ejecutora' de las acciones.

14.3.1. Responsabilidad de los miembros del gobierno

"Ministerial responsibility means two utterly different things. It means in ordinary parlance the responsibility of Ministers to Parliament, or, the liability of ministers to lose their offices if they cannot retain the confidence of the House of Commons. This is a matter depending on the Conventions of the constitution with which law has no direct concern. It means, when used in its strict sense, the legal responsibility if every Minister for every act of the Crown in which he takes part".[630]

En este tipo de responsabilidad, el autor Dicey hace mención a la responsabilidad de los ministros y de los miembros del gobierno, así como a las responsabilidades de ellos. Por lo que, considerando ambos aspectos, nos estaríamos refiriendo a la responsabilidad que se ha denominado como el "*principio de responsabilidad del gobierno ante el parlamento"*, siendo este el principio en el que reposa la mayoría de las democracias parlamentarias, este se encarga de regular la relación entre el gobierno y el parlamento, como uno entre el poder ejecutivo y el poder soberano otorgado por las personas a esa Asamblea. El último controla y el primero está sujeto a un sistema de responsabilidad ministerial.[631]

[630] Dicey. A. V. *Introduction the Study of the Law of the Constitutions.* London (1885/1959), p 325.
[631] Van Sliedregt, E. *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*. T.M.C. Asser Press, 2003, p 203.

En el caso venezolano, aunque no se tiene una democracia parlamentaria, encontramos que el artículo 139 de la Constitución establece: *"El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación de esta Constitución o de la ley".* Por su parte, el artículo 141, indica *"La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*". De esta forma, se configura una responsabilidad en el ejercicio de la función pública que abarca a todos los funcionarios públicos, comenzando desde los máximos superiores.

14.3.2. Responsabilidad del Gabinete

Esta es otra de las modalidades de responsabilidad, la cual resulta ser un "asunto del colectivo de un gobierno", donde cada miembro del Gabinete es responsable por una decisión, tomada en Consejo de Ministros, incluso cuando alguno de los ministros haya presentado oposición a la misma; algunas Constituciones presentan esta figura, como es el caso de las Constituciones en Francia,[632] India[633] e Israel,[634] donde se entiende de esta

[632] Artículo 49 de la Constitution de 1958 fait partie du Titre V : "Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement".
"Le Premier ministre, après délibération du conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale. L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure. Une telle motion n'est recevable que si elle est signée par un dixième au moins des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut avoir lieu que quarante-huit heures après son dépôt. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité des membres composant l'Assemblée. Sauf dans le cas prévu à l'alinéa ci-dessous, un député ne peut être signataire de plus de trois motions de censure au cours d'une même session ordinaire et de plus d'une au cours d'une même session extraordinaire. Le Premier ministre peut, après délibération du conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale. Dans ce cas, ce projet est considéré comme adopté, sauf si une motion de censure, déposée dans les vingt-quatre heures qui suivent, est votée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent. Le Premier ministre peut, en outre, recourir à cette procédure pour un autre projet ou une proposition de loi par session. Le Premier ministre a la faculté de demander au Sénat l'approbation d'une déclaration de politique générale". Ver discusión más a fondo por parte de Nantois Christophe. "La solidarité gouvernementale sous la Ve République : se soumettre, se démettre ou disparaître". Revista Jus Politicum. Disponible en: http://juspoliticum.com/La-solidarite-gouvernementale-sous.html

manera la responsabilidad de los ministros. Lo mismo ocurre en los países que han adoptado el sistema inglés parlamentario, en los cuales si el parlamento indica no tener razones suficientes para confiar en algún miembro, el Primer Ministro tiene que decidir si todo el Gabinete es removido bajo la figura del 'principio de la solidaridad ministerial' y 'responsabilidad colectiva', o si la renuncia del Ministro o miembros del Gabinete es suficiente para satisfacer el conflicto entre los parlamentos y el Gabinete.[635] En el caso venezolano, el artículo 57 de la Ley Orgánica de la Administración Central establece la "*Responsabilidad solidaria de los miembros del Consejo de Ministros. El Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y los ministros o ministras serán solidariamente responsables con el Presidente o Presidenta de la República de las decisiones adoptadas en las reuniones del Consejo de Ministros a que hubieren concurrido, salvo que hayan hecho constar su voto adverso o negativo".*

[633] Artículo 75 (3), establece que el Consejo de Ministros será colectivamente responsable ante la Lok Sabha . Esto significa que el Gobierno debe mantener una mayoría en el Lok Sabha , como condición de su supervivencia. El Objeto de la responsabilidad es abarcar a todo el cuerpo de personas que obstentan un cargo público como Ministros, "vicariously responsible for such acts of the others as are referable to their collective violation so that, even if an individual may not be personally responsible for it, yet, he will be deemed to share the responsibility with those who may have actually committed some wrong.". State of Karnataka v. Union of India, AIR 1978 SC 68: (1977) 4 SCC 608: (1978) 2 SCR 1. Disponible en http://indiankanoon.org/doc/184521/

[634] En Israel se tiene la práctica de apoyar la posición pertinente a asumir que u pequeño grupo de Ministros son quienes toman las medidas centrales del gobierno, (the secutiry Cabinet) pero estas decisiones son percibidas como tomadas por el grupo en conjunto de todos los Ministros, y las mismas están sujetas al principio de la responsabilidad del Gabinete, así que mientras todos los Ministros son responsables de las resoluciones del Gabinete cada Ministro posee también la responsabilidad inherente a su cargo. El Ministro es Responsable por los hechos tanto buenos como malos ejercidos por el directamente y posee una responsabilidad ministerial exhaustiva por todo lo que ocurre en el ministerio en general, incluso así el ministro haya tenido una conducta intachable, todo esto se desprende de la Constitución, la cual señala en la sección 4 de las leyes básica "Each Minister is responsable to the Prime Minister for the field of responsibility with which that minister has been charged". Es necesario destacar que el Estado de Israel no posee una Constitución escrita sino que más bien debido a la Harari Decision (החלטת הררי) de fecha 13 de junio de 1950, adoptada durante la Constitución Israeli de la Asamblea, el Estado optó por promulgar varias "Basic Laws de Isarel", las cuales regulan los asuntos del gobierno y de derechos humanos. En este sentido fue el Presidente de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak quien indicó que las "Basic Laws" fuesen considerados como la Constitución del Estado. Disponible en: The Knesset in the Government System: http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_hoka.htm (revisado en abril 2015) y Revisar: Navot, Suzie "The Constitution of Israel", Hart Publishing; 1 edition, Diciembre 2014, Capítulo V.

[635] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 204.

Sin embargo, a pesar de dicha norma, posteriormente no se hace ninguna referencia -en nuestro ordenamiento jurídico- a como debe ser establecida y juzgada esa "responsabilidad solidaria".

14.3.3. Responsabilidad Individual

En algunos países se ha indicado que la responsabilidad ministerial, en el sentido de la responsabilidad individual, abarca tres supuestos a saber: financiera, penal y responsabilidad política. Se ha indicado que la responsabilidad financiera es aquella que condena cuando el ministro se excede de su presupuesto y causa un daño a los que pagan impuestos. La responsabilidad penal del ministro está relacionada a ciertos crímenes, tales como traición, apropiación indebida, extorsión, corrupción y abuso de autoridad sobre los particulares. La responsabilidad política no está basada en un crimen penal o civil, sino más bien, que la misma se fundamenta en la relación entre el parlamento y el gobierno; así como de las convenciones que han sido emanadas para asegurar dicha relación.[636] En el caso venezolano, la Carta Magna ha establecido en el artículo 222 la responsabilidad política: "…*En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al Poder Ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad".*

La responsabilidad política en Venezuela es ejercida en el marco del Control Parlamentario de la Asamblea Nacional. En este sentido, el artículo 223 de la Constitución establece que los funcionarios públicos están obligados a comparecer ante las diferentes Comisiones de la Asamblea Nacional para rendir cuentas, brindar toda la documentación pertinente e información

[636] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 204.

solicitada. Se ha indicado que el aspecto más relevante del Control Parlamentario subyace en el ejercicio de la Responsabilidad Política, el cual implica una sanción *per se*, que puede poseer efectos directos ej. Moción de censura con remoción o indirectos, a través de la solicitud a los órganos del Estado para que apliquen las sanciones pertinentes al caso.[637]

Al realizar derecho comparado, se tiene por ejemplo, en Holanda, que la responsabilidad política se traduce en una acusación penal que puede variar. El artículo 42. 2 de la Constitución, establece que "*the King is immune the ministers are responsible"*, y el artículo 68 de esa Constitución establece al ministro la obligación de informar al parlamento. El Parlamento puede sancionar a un ministro por no haber informado debidamente a los parlamentarios y decidir sobre la confidencialidad o no del funcionario, obligándole a renunciar ante el Rey. La responsabilidad de los ministros también es originada por los actos llevados a cabo por sus subalternos, esto con base al artículo 44.1 de la Constitución holandesa, dicha provisión al darle vastos poderes al ministro también lo hace responsable por cada situación que ocurra e inclusive por aquellos de los que no tenía conocimiento. Tiene especial importancia la normativa holandesa debido a que la misma dibujó sus trazos durante la tragedia en Srebrenica, puesto que en abril del 2002 un reporte del "Instituto de Holanda para la Documentación de Guerra", 7 años luego de ocurridos los hechos, hizo posible la remoción de todo el Gabinete holandés y de la renuncia de la cabeza de las fuerzas armadas de Holanda, todo esto a pesar de que los hechos ocurrieron bajo la administración de otro Gabinete. El Gabinete removido fue confrontado por las fallas de sus predecesores y fue obligado a asumir las consecuencias

[637] Bonnemaison, María A. "*El Control del Poder Público en el ámbito constitucional*". Cuadernos para el Debate. Centro de Estudios Políticos y Administrativos Serie: No 1 y No 2. Valencia, 2007, p 195. Disponible en: http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/cuad1y2/1-2-25.pdf

políticas de las destituciones. Todo esto fue debido a que no se realizaron los juicios penales de altos oficiales militares y de superiores civiles, de la antigua gestión, luego del cambio gubernamental, posterior a la situación vivida en Srebrenica.[638]

Por otra parte, se puede citar el modelo francés sustentado en el artículo 20 de la Constitución francesa de 1958, donde se estableció la responsabilidad colectiva ministerial ante el Parlamento. En el año 1993, la Constitución francesa fue cambiada para otorgar responsabilidad penal a los miembros –por individual- del gobierno; indicando en el artículo 68.1, que dichos funcionarios son responsables penalmente por los actos que ejecutan en el ejercicio de sus funciones.[639]

Ahora bien, estos ejemplos nos enseña primero que cualquier tipo de responsabilidad de superiores está basada en un deber, el cual es esencialmente la justificación para atribuir la responsabilidad a una persona por los crímenes cometidos por otro; segundo, la responsabilidad del superior -como una responsabilidad penal- debe descansar sobre sus tres elementos constitutivos, estos se pueden ver reflejados en el TPIY, donde la responsabilidad ministerial individual está a la par de la responsabilidad del Gabinete como la responsabilidad del superior estaría al mismo nivel de la

[638] Van Sliedregt, E. Obra citada, p 205.
[639] Un caso reconocido en esta materia, fue el llamado "*sang contaminé*" que data del año 1985 y estuvo relacionado a un caso de contaminación de pacientes con hemofilia y que fueron contaminados con sangre que tenía el virus del VIH, lo cual trajo consecuencias adminsitrativas y penales, la primera de ellas en contra del Estado y las últimas a tres miembros del gobierno. El caso comenzó por petición de las víctimas en el año de 1993 ante el 'Conseil d'État', resultando que la conducta negligente de los funcionarios fueron cargadas al Estado, debido a que falló en su deber de promulgar las respectivas regulaciones en el tratamiento de transfusiones de sangre a pesar de que había un amplio estudio médico que indicaba la necesidad de realizar este tipo de regulaciones para impedir la contaminación con el virus de VIH. Por otra parte, la responsabilidad penal fue abierta en contra de tres ministros, y después de 5 años de batalla jurídica un sólo Ministro fue hayado Culpable, debido a que en solo en dos casos se pudo comprobar el link entre su negligencia y los hechos de contaminación de la sangre. La Corte indicó que a pesar de que Hervé no había sido informado, en relación a la gravedad del asunto, por sus subordinados y/o asesores, era su obligación de promover las regulaciones de la materia y debía asegurar un alto estándar para estos temas. Lo que se podría resumir en la frase "debía haber sabido".

unión a empresa criminal. Tal como se ha visto en la jurisprudencia del TPIY, los líderes políticos fueron juzgados bajo la figura de unión a empresa criminal en vez de usar la figura de la responsabilidad del superior. Los involucrados pueden ser responsabilizados por los crímenes planificados a un nivel político pero llevados a cabo por una 'maquinaria ejecutiva', lo cual es un tipo de responsabilidad diferente a la denominada responsabilidad de superiores, donde la persona es responsable por los crímenes cometidos por sus subordinados bajo su control efectivo.[640]

En el contexto de los tribunales *ad hod,* el TPIR practicó los 'juicios conjuntos', en donde por ejemplo, los ministros del Gabinete eran juzgados en 'conjunto' por un número de cargos, incluidos entre ellos, conspiración para cometer el delito de genocidio y 'responsabilidad del superior' por no haberlos detenido; esto hace necesario destacar que sería un error comparar/equiparar el concepto de la responsabilidad de superiores -en el contexto de los juicios conjuntos de los miembros de un Gabinete- debido a que podría ser tenido como responsabilidad política, tal como sucedió en el caso de Hirota; por lo que, se deben establecer las garantías en el uso de la responsabilidad del superior, en especial cuando se aplica a líderes políticos, debido a que el mismo puede ser expandido más allá de la responsabilidad penal individual.[641]

Igualmente, es necesario indicar que cuando el concepto de la responsabilidad del superior es entendido como una responsabilidad política, la misma hace énfasis en el elemento funcional. La función de una persona como ministro o miembro del Gabinete es más importante que su conocimiento de las ofensas y de la disposición que tenía para regular,

[640] Van Sliedregt, E. *Obra citada,* p 208.
[641] Ibidem, p 208 - 209.

prevenir o reprender dichas acciones. El caso de Srebrenica indica como la responsabilidad política es completamente diferente a la responsabilidad penal y, por lo tanto, deben ser separadas.

14.3.4. La responsabilidad establecida en los Manuales Militares

En el caso de los militares, no es inusual encontrar que los actos de los subordinados sean imputados a sus superiores. Se tiene así que el *"United States Articles of War"*, promulgado el 30 de junio de 1775, estableció en su artículo XII:

> "*Every Officer commanding (…) shall keep good order, and to the utmost of his power, redress all such abuses or disorders which may be committed by any Officer or Soldier under his command; if upon complaint made to him of Officers or Soldiers beating or otherwise ill-treating any person, (…) he, the said commander, who shall refuse or omit to see Justice done to this offender or offenders (…), be punished, as ordered by General Court- Martial, in such a manner as if he himself had committed the crimes or disorders complained of ".* [642]

Otra normativa que establece la responsabilidad de superiores es el "Field-Manual 27-10 (FM 27-10)" del Manual de la Armada Estadounidense:

> *"the commander is (…) responsible if he has actual knowledge or should have knowledge, through reports received by him or through other means, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the*

[642] University of Yale. Yale Law School. "*Journals of the Continental Congress - Articles of War, June 30, 1775*". The Avalon Project. Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.asp

necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or to punish violatos thereof ". [643]

El Manual no tiene un efecto obligatorio sobre las tropas armadas ya que su misión es dar una 'guía de autoridad' sobre la materia. En este sentido, el Departamento de la Armada ha considerado que el estándar "*should have known*" es muy amplio. En relación al rango del Comandante, el material de entrenamiento de la Armada hace énfasis en las obligaciones de cada uno de aquellos que conforman la cadena de mando, considerando los diferentes grados de responsabilidad de esa cadena.[644]

El Manual Británico Militar utiliza las mismas palabras que las utilizadas en el FM 27-10, agregando una pequeña variación al final: "*and he failed to take the necessary and reasonable steps to insure compliace with the law of war or to punish violators thereof".* El *UK International Criminal Court Act 2001* incorporó el artículo 28 del Estatuto de Roma en su artículo 65.[645]

En Francia, el artículo 4 de la Ordenanza Francesa del 28 de agosto de 1944, reconoce el principio de la responsabilidad del superior, aunque no otorga una norma específica en la materia:

"Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieures hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices

[643] U. S. Deparment of Army. Law of Land Warfare Field Manual 27-10 (1956) . Sección 501. Disponible en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/law_warfare-1956.pdf
[644] Ambos, Kai. *Superior Responsibility*, en obra de The Rome Statute of the Internacionational Criminal Court: A commentary. Volume I, p 842.
[645] The National Archives. *International Criminal Court Act 2001*. "Paragrafo 4: (4)A person responsible under this section for an offence is regarded as aiding, abetting, counselling or procuring the commission of the offence". Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents

dans la mesure oú ils ont organisé ou toleré les assignements criminels de leurs subordonnés".[646]

En la jurisdicción alemana, el Código Penal Militar establece en el artículo 41 la responsabilidad del superior, en la norma se especifica que el máximo líder es penalizado por fallar en supervisar o en delegar apropiadamente la inspección de sus subordinados. La provisión establece dicha figura como un crimen de omisión, siendo el elemento mental para que se configure este crimen: la falla en supervisar a los subalternos y la creación de graves consecuencias, resultando que el daño grave no hubiera ocurrido si el superior hubiese actuado. En relación al elemento mental, se requiere al menos una negligencia grotesca. Además, en esta jurisdicción, se puede encontrar el Código de Crímenes en contra del Derecho Internacional, en el cual se implementó, en dos formas, el artículo 28 del Estatuto de Roma, a saber: 1) el superior quien intencionalmente omite prevenir la comisión de un crimen internacional cometido por sus subordinados, lo que resulta en que el superior debe ser condenado como un perpetrador directo (artículo 1, sección 4). 2) La falla de supervisar apropiadamente al subordinado y/o reportar los crímenes será considerado como una forma de complicidad otorgándosele una pena más benigna que la anterior (artículo 1, sección 13 y 14).[647]

El Código de Crímenes en contra del Derecho Internacional, implementa el artículo 28 del Estatuto de Roma, de dos maneras: la primera de ella, un superior que '*intencionalmente omite'* prevenir la comisión de los crímenes por parte de sus subordinados, deberá ser juzgado como un autor directo o principal, mereciendo la misma pena que el subordinado que cometió el

[646] UNWCC. Law report of Trial of War Criminals Vol IV. London 1948, p 87.
[647] Ambos, Kai. *Obra Citada*, p 843.

crimen (artículo 1. 4 (1)); mientras que la falla de supervisar apropiadamente al subordinado y/o de reportar los crímenes cometidos es considerado como 'cómplice', figura que merece una pena más atenuada. Los artículos no hacen diferenciación entre civiles y militares, ni realiza una diferencia en relación al elemento subjetivo, como está establecido en el artículo 28 (b) (i).[648]

14.4. Naturaleza del concepto de la responsabilidad del superior.

Tal como se ha observado, la responsabilidad del superior puede ser generada de forma participatoria o por complicidad, lo cual puede ser deducido de los precitados artículos. El problema surge cuando debe ser tomada de una forma u otra, considerando los hallazgos hechos por el TPIY y por la CPI. En el proceso de verificación se puede constatar lo siguiente: 1) la 'responsabilidad superior activa', la cual es igual a un modo de complicidad activa debido a que el superior ordena la comisión de los crímenes, 2) 'la responsabilidad superior subjetiva' que califica como complicidad por omisión, y 3) 'la responsabilidad superior pasiva', siendo esta última una modalidad *sui generis* de participación criminal.

14.4.1. Responsabilidad del superior activa y pasiva

Tal como se ha indicado, anteriormente, es normal imputar la conducta de un subordinado a su superior cuando la relación está basada en la disciplina y en la obediencia. En este sentido, cuando se equipara la responsabilidad del superior con la participación, se establece un modo particular de participación, a saber: a) 'ordenar', así fue como se estableció la responsabilidad del superior en los juicios de Núremberg; esta forma de responsabilidad puede ser vista como una modalidad 'activa' de

[648] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 213.

participación, haciendo una distinción clara con la b) responsabilidad del superior 'pasiva', siendo ésta última la falta de acción ante determinados hechos, estando ambos conceptos relacionados entre sí, y pareciesen girar en torno a los mismos supuestos: un superior no actúa y esto va acompañado de su orden de actuar. Por lo tanto, en estos casos no se puede atribuir al superior la responsabilidad pasiva, si en tales situaciones no puede ser atribuida una orden del superior, resulta que la misma aptitud atañe una acción pasiva, lo que vendría a ser una forma subsidiaria de responsabilidad penal.[649]

'Ordenar crímenes' y '*fallar en su prevención'* son conceptualmente diferentes, a pesar de que tanto la responsabilidad activa y pasiva pueden ser las dos caras de una misma moneda, es por ello que en las legislaciones nacionales e internacionales se ha optado por separar una de la otra, tal como se puede ver en los Estatutos de los tribunales *ad hoc*.[650] El Estatuto de la CPI también ofrece conceptos diferentes, refiriéndose a la responsabilidad activa del superior, en el artículo 25 (3) (b) y a la responsabilidad del superior pasiva en el artículo 28, lo cual pone de manifiesto que la responsabilidad del superior debe ser entendida desde esas dos perspectivas, lo cual genera dos tipos diferentes de responsabilidad, mientras que en el primero se requiere una acción positiva, el segundo es una falla en el actuar.

14.4.2. Complicidad por Omisión

En los tribunales *ad hoc*, la 'responsabilidad del superior pasiva' puede configurarse como complicidad por omisión (*aiding & abetting*) y la

[649] *Ibidem.*

[650] Ver artículo 6/7 de ambos Estatutos en donde ordenar un crimen es penalizado como una responsabilidad individual bajo el paragrafo (1) y la falla de actuar como un superior está regulado para el paragrafo (.3)

responsabilidad del superior. El caso Vasiljevic, estableció que "*aiding and abetting is a form of responsibility which generally warrants lower sentences than responsibility as a coperpetrator*".[651] Doctrinariamente, se han desarrollado dos tipos de complicidad por omisión: la primera está al mismo nivel a la responsabilidad del superior y la segunda coincide con la responsabilidad del superior. En el último supuesto, se ha indicado que la responsabilidad del superior fue subsumido bajo el artículo 7 (1) del Estatuto del TPIY como complicidad, lo cual quedó reflejado en los casos de *Krnojelac* y *Krstić*. Al momento de dictar la sentencia, pueden surgir las diferencias entre el establecimiento de la responsabilidad del superior y complicidad por omisión.[652]

14.4.3. Responsabilidad del superior

Se ha indicado que la redacción de los artículos 6/7 (3) de los tribunales *ad hoc* resulta curiosa, puesto que la responsabilidad de superiores ha sido tenida como una 'responsabilidad imputada'. Sin embargo, esto podría ser erróneo, ya que bajo las nuevas concepciones de responsabilidad del superior el mismo es penalmente responsable por su falta de actuar apropiadamente. Por lo tanto, en vez de usar una responsabilidad imputada, se debe referir a la responsabilidad del superior como una responsabilidad derivada. La responsabilidad deviene de la unión entre los actos de sus subordinados, debido a que el crimen hecho por el subalterno no es un elemento para juzgarlo penalmente sino que esto más bien es la referencia que determina la falla del superior en controlar a sus subalternos. No obstante, penalizar la responsabilidad del superior, como una forma de participación, podría ser un factor para enmascarar la función principal del

[651] TPIY. Caso Vasiljevic, Sala de Apelaciones, párrafo 182.
[652] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 218-219.

superior que es su falla en el deber de actuar, debido a que la misma es una forma directa de responsabilidad por su falla de tomar acciones.[653]

Se tiene así el caso de Sefer Halilović,[654] quién fuese un General de la Armada de la República Bosnia y Herzegovina durante la guerra bosnia, él fue acusado sobre las premisas de la responsabilidad del superior bajo el artículo 7 (3) del Estatuto del TPIY. Se le imputó haber sido responsable de las masacres que ocurrieron en la vila Gradovica y Uzdol en septiembre del año 1993. La Sala indicó: "*command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus "for the acts of his subordinates" as generally referred to in the jurisprudence of the Tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed".* [655]

De esta forma, el TPIY consagró que la 'responsabilidad del superior' es una responsabilidad por omisión.

---

[653] Ibidem.
[654] Sefer Halilović fue adsuelto en el año 2005 de las acusaciones presentadas en el tribunal, hoy en día es un político en Bosnia y Herzegovina.
[655] TPIY. The Prosecutor v Sefer Halilović. Sentencia, Sala de Juicios case nº IT-01-48-I. 16 de noviembre de 2002.párrafo 54.

Tal como se ha visto, con los otros tipos de responsabilidad, se puede observar que las mismas guardan como similitud la importancia del aspecto del 'deber'. Por lo que, de acuerdo a algunos, se demuestra que los superiores en el alto gobierno podrían ser mejor juzgados bajo la figura de la *unión a empresa criminal*, u otro tipo de complicidad en conspiración, en vez de utilizar la figura de la responsabilidad del superior. De las disposiciones vistas, se destaca que el concepto de la responsabilidad del superior ha estado direccionado desde una forma activa en la comisión de un crimen de participación/complicidad hasta una forma de negligencia. No obstante, se destaca que los países que han implementado el Estatuto de Roma, lo han hecho indicando que el mismo es un crimen de omisión, lo que permite señalar que el artículo 28, su forma final ha sido identificada como un verdadero crimen de omisión.[656]

14.4.3.1. El Concepto de la Responsabilidad de Superiores

El concepto de la 'responsabilidad del superior' hace posible que éste sea responsable penalmente por haber fallado en la prevención de la comisión de un crimen realizado por sus subordinados. El superior es castigado por su falta de control y supervisión, por lo tanto, termina siendo responsable por su propio fallo de intervenir, así como por los crímenes cometidos por sus subalternos. Consecuentemente, el concepto pareciese crear por una parte una 'responsabilidad directa' y por otra una 'responsabilidad indirecta'. Además, dicho concepto posee un doble carácter. De acuerdo a Ambos, la figura establece un delito de omisión (echtes Unterlassungsdelikt) y una ofensa que crea un peligro (Gefährdungsdelikt).[657]

[656] Van Sliedregt, E. *Obra citada*, p 222.
[657] Ambos, Kai. *Superior Responsibility, obra citada, p* 823 - 872.

Las mencionadas consideraciones teóricas toman particular importancia si se revisan los problemas de evidencia para argumentar un caso de estos, como por ejemplo, debe ser probado que el superior estaba en posición de jefatura y control los cuales le hubiesen permitido prevenir el crimen cometido por sus subordinados. Segundo, el superior 'debe haber sabido' de estos crímenes o al menos haber ignorado deliberadamente la comisión de los mismos. Sin embargo, tal como se ha discutido previamente, el segundo requisito ha causado gran controversia.

No obstante, uno de los dilemas que se pueden enfrentar -en el juzgamiento de crímenes atroces- es la dificultad de unir las acciones del superior con los crímenes cometidos por sus subordinados. El Estatuto de Roma solicita una 'prueba de culpa' más allá de toda duda razonable. El TPIY señaló que *"the Tribunal has particularly valid grounds for exercising its jurisdiction over persons who, through their position of political or military authority, are able to order the commission of crimes falling within its competence rationed material or who knowingly refrain from preventing or punishing the perpetrators of such crimes".*[658]

Schabas ha indicado que existen dos posibles soluciones para juzgar a los superiores cuando falte una evidencia directa y contundente que indique que el superior ordenó los crímenes o que a sabiendas de la perpetración del crimen prefirió ignorar la eventual comisión. La primera solución ofrecida por el autor, es la creación de una presunción de que los superiores habían ordenado la comisión de los crímenes por sus subordinados, dejando que sea el superior que conteste las acusaciones mediante el establecimiento de que tales órdenes no fueron dadas. No obstante, hace la aclaratoria de que

[658] TPIY. The Prosecutor v Milan Martic. (IT-95-11), Rule 61 Decision, 06 de marzo de 1996, párrafo 21.

esta propuesta, a pesar de que facilita el trabajo del Fiscal, podría ir en contra de la 'presunción de inocencia'. Además, en términos del Estatuto de Roma, el artículo 67 excluye la posibilidad de que la carga de la prueba sea desplazada sobre el acusado.[659]

La otra solución ofrecida por el autor es juzgar al superior no por ordenar el crimen en sí mismo, sino por haber sido negligente en su prevención, siendo que esta segunda solución posee sus precedentes y está consagrado en el artículo 28 del Estatuto de Roma. Es en este aspecto, se tiene que para ser responsable penalmente, un superior militar 'debe saber' o 'debiera haber sabido', mientras que un superior civil debía 'haber sabido' o 'conscientemente desechó información que claramente indicaba' que los subordinados estaban cometiendo o estaban por cometer un crimen. El superior militar puede ser juzgado por negligencia (debiera haber sabido), pero la responsabilidad de un civil es más difícil de probar debido a que se debe comprobar que el civil tenia conocimiento real o constructivo de que el crimen se estaba cometiendo.[660]

En los juicios de Tokio fue donde se estableció el deber de supervisar y controlar al personal tanto civil como militar. En esa época, fue cuando los abusos cometidos en contra de los prisioneros de guerra fueron atribuidos tanto a superiores civiles como militares. La responsabilidad del superior fue ampliamente extendida a los miembros civiles del gobierno, estableciendo una especia de responsabilidad colectiva. Se indicó *"a cabinet member by reign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill- treatment, but elects to remain in the cabinet thereby*

[659] Schabas, William. *An Introduction to The International Criminal Court*. Tercera edición.Cambridge University Press. Cambridge. 2009, p 220.
[660] Ibidem, p 221.

continuing to participate in its collective responsibility…() he willingly assumes responsibility for any ill- treatment in the future".[661] No fue hasta el período posterior a la II Guerra Mundial que el concepto fue claramente establecido como una responsabilidad penal, evolucionando hasta lo que encontramos tipificado en el Estatuto de Roma. Tal como se ha indicado, el caso Čelebići, fue la primera decisión en considerar a profundidad el concepto de la responsabilidad del superior. De ese caso, se desprenden tres elementos que deben ser considerados antes de indicar que alguien es responsable como superior, a saber:

1. Se requiere la existencia de una relación entre superior y subordinado.

2. Que el superior sepa o haya tenido razones para saber que el subordinado podía cometer un crimen, o que había cometido el crimen (excluyendo el supuesto de la negligencia).

3. Que el superior haya fallado en tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o de castigar al perpetrador.

Posteriormente, en el caso de Orić, la Sala de juicios del mismo tribunal, agregó un cuarto elemento, el cual consiste en que:

4) El subordinado cometa un crimen que esté especificado como tal en el derecho internacional.

En relación al primer requisito, se tiene como antecedentes que el TPIY indicó que *"individuals in positions of authority…may incur criminal responsibility…*on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors". La posición de dirección no puede ser determinada por "*reference*

[661] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 830.

to a formar status alone" pero que "the actual possession, or non-possession, or powers of (effective) control over the actions of subordinates". En este sentido, la responsabilidad del superior era extendida a los civiles y superiores no militares, pero se hizo la salvedad de que *"only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates similar to that of military commanders".*[662]

Lo que implica que varias personas podrían –como superiores- ser responsables por un crimen cometido por un subordinado. Sin embargo, la responsabilidad queda excluida si tal control era muy "ausente o muy remota para el superior"[663] o si el superior "no posee la habilidad material de prevenir y castigar la comisión de esas ofensas".[664] Por su parte en el caso de Blaškić, la Corte indicó que la falta de prevención en la comisión de un crimen *ex ante* no puede ser compensada por una pena *ex post*, ejemplo, el superior está obligado a hacer cumplir ambas partes del proceso.[665] Igualmente, cabe destacar que la falta de castigo de los crímenes cometidos puede ser considerada como ayuda o una forma de incentivación la comisión de los mismos de acuerdo a lo establecido en su día por el Estatuto del TPIY, en el artículo 7.1.[666] Finalmente, tal como lo indica Ambos, el caso Aleksovski señala que un civil no necesita tener el mismo poder de sanción que el de un militar, por lo que, en donde este sea el caso, de acuerdo a esa visión la teoría sería inaplicable a un superior civil. No obstante, esta visión cambió con la inclusión del artículo 28.[667]

[662] TPIY. Caso Delalic et al. párrafo 355.
[663] TPIY. Caso Aleksovski, párrafo 106.
[664] TPIY. Caso Delalic et al, párrafo 378.
[665] TPIY. Caso Blaskic, párrafo 336.
[666] TPIY. Caso Blaskic párrafo 337-339. Kordic/Cerkez párrafo 371.
[667] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 830.

Se puede recapitular, de la sección anterior, que el elemento subjetivo de la responsabilidad del superior se configura:

- Tener un conocimiento real de que sus subordinados iban a cometer o estaban a punto de cometer un crimen, o,

- Poseer información de tal naturaleza que colocarían al superior en cuenta del riesgo de la comisión de esas ofensas, indicando la necesidad de investigaciones adicionales para determinar si ellos cometieron o estaban a punto de cometer tales hechos.[668]

Sin embargo, la doctrina a nivel internacional o la jurisprudencia de los tribunales *ad hod*, no han dilucidado dos aspectos de la responsabilidad del superior, a saber: Primero, no ha aclarado la naturaleza de dicho concepto, es decir, si el mismo es un modo de participación o un crimen de forma separada. Segundo, la jurisprudencia del TPIY se ha ido separando de sus primeras sentencias de lo que debía entenderse como responsabilidad del superior; siendo esto el resultado al juzgar a nuevos acusados ante el Tribunal quienes están más alejados de la escena del crimen o de los perpetradores principales, aunque sigue siendo de mayor uso la sentencia de Čelebići.

El concepto de la responsabilidad del superior establecido en el artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es el reflejo de lo avanzado en el tema por el TPIY, específicamente en el caso de Čelebići. Sin embargo, los mismos poseen algunas diferencias, entre ellos la exigencia a un 'enlace causal'. La causalidad juega un rol importante en el contexto de responsabilidad por omisión, por ejemplo, en el caso de Čelebići se indicó

[668] Ambos, Kai. *Obra citada,* p 834.

que no se requiere una prueba que demuestre el 'enlace causal' entre la falta del superior en actuar y el crimen cometido. Por su parte, el artículo 28 estipula que los crímenes cometidos por los subordinados son el resultado de la falla en el ejercicio del control debido sobre ellos, situación que causa eventuales desencuentros. En el caso de *Bemba*, la Sala de Cuestiones Preliminares de la CPI indicó que el 'enlace causal' está limitado al deber de prevenir crímenes en el futuro, por lo que, sería ilógico interpretar lo contrario.

Se tiene así que el artículo 28 es complejo debido a que contiene dos tipos de omisiones. La primera de ellas, la general, que se encuentra establecida en el encabezado enmarcado por un 'enlace causal' y de una forma más específica de omisión en el sub parágrafo (a) (ii) y (b) (ii). No obstante, ambos tipos de omisiones deben ser interpretados en conjunto a lo establecido en el artículo 30 del Estatuto. Por ejemplo, cuando el superior tiene conocimiento de los crímenes y falla en prevenirlo, las dos omisiones coincidirían, por lo que, si este supuesto ocurriese, prevenir o reprimir la comisión de un crimen -a pesar de que el sabía y falla en ejercer el control debidamente-, estaríamos bajo la figura de una modalidad de responsabilidad (por omisión).

Por otra parte, se ha indicado que el primer inciso del artículo 28 gira en torno a la infracción de un deber, mientras que el segundo -de acuerdo el sentido de la ley- versa sobre un juicio adicional de equivalencia, resultando que no basta la violación de un deber debido a que es preciso un juicio adicional de equivalencia, refiriéndose la misma a una "injerencia dolosa". De acuerdo a Arzola, se refleja en el artículo, el incumplimiento de supervisión

del superior, estableciéndose un enlace entre el incumplimiento y los hechos ocurridos.[669]

Ahora bien, uno de los principales aportes del artículo 28 es la creación de dos conceptos de responsabilidad de superiores, resultando en un concepto para militares o personas que actúan como tal (parágrafo a) y un artículo para superiores no militares en el sub parágrafo (b).

Los dos conceptos difieren en el aspecto cognitivo de la responsabilidad del superior, puesto que los dos otorgan el elemento de la intención/conocimiento. Se tiene así que, la negligencia del superior militar se satisface por el estándar del 'debía haber conocido' establecido en el aparte (a) (i); mientras que para los superiores no militares existe una exigencia más estricta 'deliberadamente hubiere hecho caso omiso' lo cual equivaldría la figura de la ceguera deliberada/imprudencia'.[670]

Ahora bien, la pregunta surge en relación a ¿cómo el crimen intencional del subordinado puede ser imputado directamente al superior? en tales casos, Ambos considera que se debe alcanzar un punto de mitigación de la pena, debido a que el superior es menos culpable que en el caso de la conducta intencional. No obstante, aclara que sería más lógico que el superior no sea hallado culpable por la intención de cometer tales crímenes pero esta solución no es totalmente compatible con lo establecido en el artículo 28. En este sentido, acota que el superior no puede ser considerado como un mero cómplice (*aider and abettor*) por la omisión de los crímenes cometidos por

[669] Arzola, Alejandro. *Derecho Supranacional Humanitario y Penal: La Nueva Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma),* Ed. Alejandro Arzola. Caracas, p 400.
[670] Durante las negociaciones, la delegación estadounidense quienes habían redactado el artículo 28 indicaro que "negligence standard was not appropiate un a civilian contect and was basically contrary to the usual principles of criminal law responsbility". UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Sumarry Records of the 1st Meeting of Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.183/C.1/SR.1 (20 November 1998), para 67.

sus subordinados, de acuerdo a lo indicado en el artículo 25. (3) (c); debido a que la complicidad requiere la intención establecida en el artículo 30 y ese superior actúa por negligencia. Por lo tanto, el superior es realmente responsable por su acto de negligencia en la falla de supervisión, resultando el mismo en una responsabilidad amplia.[671]

Cabe destacar que existen dos distinciones marcadas entre la responsabilidad del superior militar y la responsabilidad del superior civil. La primera de ellas, se puede encontrar en el 'elemento material' debido a que es de alguna forma diferente entre ellos. Segundo, el parágrafo adicional (ii) del artículo 28 (b) hace explícito que los crímenes deben estar relacionados a las actividades que estaban bajo el 'control efectivo' y 'control del superior. De acuerdo a lo que indican los artículos 28 (a) y 28 (b), en todo caso, el superior debe tener la autoridad y control efectivo de sus subordinados. Tal como lo sugiere Schabas, no existe una guía uniforme en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, por lo que, pareciese que el artículo sugiere que los superiores militares son responsables por los actos perpetrados por sus subordinados, incluso cuando las acciones no estén bajo su control y responsabilidad efectiva. No obstante, en cualquiera de los dos casos, Schabas indica que el superior podría afirmar que los crímenes más graves no están dentro de su control y responsabilidad defectiva.[672]

Se puede resumir indicando que el artículo 28 (a) está dirigido a los superiores militares y a las personas que actúa efectivamente como un superior militar, mientras que el artículo 28 (b) abarca a los superiores no considerados en el ordinal (a). Los sub parágrafos (a) y (b) chocan entre ellos , debido a que ambos dan la oportunidad de que los superiores, sin

[671] Ambos, Kai. *Obra citada*, p 835.
[672] Schabas, William. *Obra citada*, p 460.

importar si son militares o civiles, sean criminalmente responsables por los crímenes que se encuentran bajo la jurisdicción de la Corte. La aparente repetición de las palabras en los ordinales (a) y (b) es debido a la duplicación que permite que el artículo 28 tenga una naturaleza expansiva, pero a la vez esta separación es un gran avance del artículo. No obstante, dichos ordinales establecen diferentes grados de *mens rea* para los superiores militares y civiles, se tiene así que para los militares se requiere art. 28 (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*"; mientras que a los civiles se indica art. 28 (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"*.

El art. 28 (b) (ii) solicita un requerimiento extra para establecer la responsabilidad de los militares que no tienen carácter militar "*Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo*", este último requerimiento no tiene un equivalente similar en relación a los superiores militares.

14.4.3.2. La responsabilidad del superior en el derecho nacional

En distintas jurisdicciones nacionales se han llevado a cabo varios intentos en la implementación de la figura de la 'responsabilidad de superiores'. En el derecho alemán,[673] la legislación, relacionada a la implementación, contiene tres artículos relacionados a la responsabilidad del superior e identifica su naturaleza y la culpabilidad del mismo. Por lo tanto, un superior que

[673] "Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches", 26 de Junio 2002, Bundesgetzblatt Jahrgang 2002 Teil II, Nr 42, 2254. Disponible en la página web: http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/index.html

intencionalmente omite prevenir la comisión de un crimen merece la misma pena que un subordinado (artículo 1 parágrafo 4.1)[674] y puede ser tenido como cómplice, mientras que la falla en el deber de supervisar al subordinado (artículo 1 parágrafo 13)[675] y el reporte de crímenes (artículo 1 parágrafo 14)[676] son crímenes separados de omisión que conlleva sentencias más indulgentes que la responsabilidad del superior. En Alemania, la omisión general de fallar en supervisar y la tercera contramedida (informar a las autoridades) han sido reconocidas como omisiones separadas.[677]

En el caso Canadiense, el artículo 5 "*Canadian Crimes Against Humanity and War Crimes Act*",[678] es parecido a la ley alemana debido a que separa los hechos anteriores y posteriores al crimen. En este sentido, el artículo tipifica la responsabilidad del superior como un crimen separado (de la negligencia) y lo señala como un delito grave. Por su parte, el artículo 65 de la ley denominada "*United Kindgdom International Criminal Court Act 2001*" incorpora el artículo 28, indicado que "*A person responsible under this section for an offence is regarded as aiding, abetting, counselling or procuring*

674Texto Original: (1) Ein militärischer Befehlshaber oder ziviler Vorgesetzter, der es unterlässt, seinen Untergebenen daran zu hindern, eine Tat nach diesem Gesetz zu begehen, wird wie ein Täter der von dem Untergebenen begangenen Tat bestraft. § 13 Abs. 2 des Strafgesetzbuches findet in diesem Fall keine Anwendung.
(2) Einem militärischen Befehlshaber steht eine Person gleich, die in einer Truppe tatsächliche Befehls- oder Führungsgewalt und Kontrolle ausübt. Einem zivilen Vorgesetzten steht eine Person gleich, die in einer zivilen Organisation oder einem Unternehmen tatsächliche Führungsgewalt und Kontrolle ausübt.

675 Texto Original: (1) Ein militärischer Befehlshaber, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner Befehlsgewalt oder seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, gehörig zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine Tat nach diesem Gesetz begeht, deren Bevorstehen dem Befehlshaber erkennbar war und die er hätte verhindern können.
(2) Ein ziviler Vorgesetzter, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner Anordnungsgewalt oder seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, gehörig zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine Tat nach diesem Gesetz begeht, deren Bevorstehen dem Vorgesetzten ohne weiteres erkennbar war und die er hätte verhindern können.
(3) § 4 Abs. 2 gilt entsprechend.
(4) Die vorsätzliche Verletzung der Aufsichtspflicht wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, die fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

676 Texto Original: (1) Ein militärischer Befehlshaber oder ein ziviler Vorgesetzter, der es unterlässt, eine Tat nach diesem Gesetz, die ein Untergebener begangen hat, unverzüglich der für die Untersuchung oder Verfolgung solcher Taten zuständigen Stelle zur Kenntnis zu bringen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.
(2) § 4 Abs. 2 gilt entsprechend.

677 Van Sliedregt, E. *Individual Criminal Responsibility in International Law. Obra citada*, p 202.

678 Goverment of Canada. Justice Laws Website. Disponible en: http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-45.9/page-2.html#docCont (revisado 14 de junio de 2015)

the commission of the offence".[679] De esta forma, la ley británica convierte la figura de la responsabilidad del superior como accesorio al crimen; se deduce que el concepto no fue fácilmente reconocido como una responsabilidad por complicidad.

En el caso latinoamericano, los países de la región han optado por diferentes modalidades de implementación, en este caso se tiene que Costa Rica ha escogido elaborar una Ley de Remisión. Por otra parte, otros países han elegido la adopción de una legislación relativa a la implementación del Estatuto de Roma, ejemplo: Argentina, Brasil, Uruguay, Panamá. Finalmente, se tiene que otros Estados han optado por la aplicación sistemática del Estatuto, donde se tiene como ejemplo a Colombia y a Perú.[680] No obstante, en la mayoría de estas referencias no encontramos una mención directa a la responsabilidad del superior, hallando únicamente en la Sentencia C-558 del año 2002, de la Corte Constitucional de Colombia, un importante antecedente donde se concluyó que dicha figura si era compatible con su legislación interna, se indicó:

"Por otra parte, el artículo 28 b) del Estatuto, establece un parámetro diferente para medir la responsabilidad penal de superiores por actos de sus subordinados en circunstancias distintas a las consignadas en el literal a). En primer lugar, no se refiere aquí a la responsabilidad de quien ejerce como jefe militar, ya sea de un ejército regular o de una fuerza irregular, ni al ejercicio de mando, autoridad y control sobre "fuerzas". En este segundo caso, el literal b) del artículo 28 establece un parámetro de responsabilidad

[679] Legislation. gov.uk. The National Archives. Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/part/5 (revisado 14 de junio de 2015)
[680] Moya Sánchez, Thairi. "La Implementación Del Estatuto De La Corte Penal Internacional Y La Cooperación Internacional Como Herramientas En La Lucha Contra La Impunidad: Avances Y Desafíos En Latinoamérica" en Obra "Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana". Tirant México. Ciudad de México. 2014.

penal de superiores civiles, por actos de sus subalternos si se dan las siguientes tres condiciones: i) cuando hubiere tenido conocimiento de la comisión o del planeamiento de tales crímenes o hubiere deliberadamente hecho caso omiso de dicha información cuando sea claramente indicativa; ii) tales crímenes guarden relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables para evitarlo, reprimirlo o denunciarlo".[681]

14.4.3.3. La responsabilidad del superior civil y el artículo 28 del Estatuto

Cuando se considera aplicar la responsabilidad del superior civil, con base a lo estudiado anteriormente, es importante destacar que existen dos caminos que deben ser explorados, a saber: 1) la aplicación práctica de la doctrina a un superior civil; 2) existencia de la codificación relacionada a la aplicación de la responsabilidad del superior a civiles que ostentan cargos de influencia, de acuerdo al artículo 28 del Estatuto de Roma.

Uno de los casos emblemáticos en este asunto fue presentado en los juicios post Núremberg: caso *Roechling*, en el cual superiores civiles respondieron penalmente por el mal trato dado por la industria alemana a trabajadores forzados.[682] En el caso Pohl, también fue ampliamente discutida la responsabilidad del superior, en específico de los superiores no militares, en este caso el acusado Mummenthey fue encontrado culpable por el maltrato recibido por los prisioneros realizados por la guardia, sobre los cuales el tenía el control, al respecto la Sala indicó:

---

[681] Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Sala Constitucional. Sentencia nº C-578/02. Disponible en http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6313#1 (revisado el 17 de junio de 2015)

[682] Bishop, William W. "*The Case Against Hermann Roechling and Others."* The American Journal of International Law 43, no. 1, año 1949, páginas 191-193.

> *"Mummenthey was a definite integral and important figure in the whole concentration camp set-up, and, as an SS officer, wieldeed military power of command. If excesses occured in the industries under his control he was in a position not only to know about them, but to do something".*[683]

Pero fue el caso de Čelebići que trató de forma moderna el tema de la aplicación de la doctrina de la responsabilidad a los civiles.[684] El tribunal indicó que el artículo 7.3 no se limitaba únicamente a los superiores militares, sino que los civiles también eran contemplados en esa definición, además, señaló que no existían requisitos o limitaciones diferentes cuando se aplicaba dicho concepto a un superior, desde entonces el tribunal aceptó que el artículo 7.3 aplicaba igualmente tanto a civiles como a militares.

Por otra parte, la jurisprudencia existente tiene sus bases en una norma que abarcaba todos los tipos de superiores, por lo que, no cabía hacer distinción entre los civiles y militares. No obstante, el artículo 28 del Estatuto de Roma detalla explícitamente la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del superior a civiles. Por lo tanto, el Estatuto no tiene que diferenciar si la figura de la responsabilidad del superior aplica a los civiles, aunque la CPI tendrá que establecer primero si ese civil ostenta la posición como un superior. Además, la definición del Estatuto, en el artículo 28, contiene dos elementos diferentes relacionados al conocimiento que depende en el estatus del civil y del superior, por lo que, la Corte tendrá que desarrollas esos elementos.

---

[683] The United States of America vs. Oswald Pohl, et al. "Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law N 10", 1950, Vol V, p 958.
[684] TPIY. Caso Čelebići. Sentencia, 20 de febrero de 2001, párrafos 355-363. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

Ahora bien, surge la pregunta de ¿cómo se identifica a un superior civil? o ¿quién puede ser considerado como un superior civil?, se tiene que una suposición básica es que lo opuesto al superior militar es el superior civil, que son aquellos que a pesar de no tener una responsabilidad directa dentro de un grupo armado organizado por jerarquía, son superiores. No obstante, esto podría ser problemático debido a que el margen entre ambos tipos de superiores es una división muy amplia. De acuerdo a algunos autores, la jurisprudencia producida desde la II Guerra Mundial deja claro que existen superiores militares que no necesariamente están dentro del marco de la descripción del superior y que existen civiles quienes en realidad actúan como si fuesen militares con alta jerarquía. Los tribunales *ad hoc* han evitado una discusión de estos términos indicando que simplemente se requiere el 'control efectivo' de los subordinados, quien quiera que sea el superior y/o el subordinado. Sin embargo, en algunos casos, se ha tenido que prestar atención a la 'relación del superior civil o militar', al momento de evaluar las evidencias de la relación 'superior–subordinado' entre quién es acusado y los perpetradores directos del crimen. El Estatuto de la CPI no reconoce únicamente que la doctrina de la responsabilidad del superior es aplicable a civiles sino que también distingue entre superiores civiles y militares en el artículo 28.

A las preguntas anteriormente desarrolladas, se puede indicar que debe entenderse que lo primero a tener presente es el contexto en el cual se trata de determinar al superior civil, es decir determinar el ambiente en el cual se cometen los crímenes internacionales. Además, hay que verificar si los mismos se dan en el marco de un conflicto armado o en un ambiente donde pudiesen vivirse 'tiempos de paz' pero con hechos de violencia recurrentes. La idea de separar ambas categorías surge del Derecho Humanitario Internacional, el cual divide a las partes en un conflicto armado entre combatientes y no combatientes, siendo estos últimos los civiles.

No obstante, analizando el artículo 28.b, se tiene de acuerdo a Fenrick que los superiores que se enmarcan en dicha categoría "*can include political leaders, business leaders, and senior civil servants".* No obstante, hizo la salvedad de que podrían entrar otros tipos de líderes en dicha clasificación. En atención a este tema, Zhu ha indicado que "*Military leaders are considered to be those who hold absolute control over the formulation of military policy. But a person will be considered a civilian leader when he was a member of the government, army officer or not, who fulfilled his official duty without a direct relation to or control over or by the armed forces".*[685]

En relación a los niveles de autoridad, la normativa existente en la materia no dice nada, siendo que en los casos de los tribunales *ad hoc*, los niveles de autoridad no fueron considerados como elementos determinantes cuando se establece la responsabilidad del superior. También se ha resaltado que la posición de influencia y de autoridad no pueden ser consideradas por si mismas como una prueba de una relación entre un superior y un subordinado. Aunque por otra parte, el control efectivo está estrechamente a la relación con el nivel de autoridad.

Ahora bien, surge la pregunta de si, ¿es posible establecer la responsabilidad de los civiles que poseen bajos rangos jerárquicos? De acuerdo a Zhu *"In reality, the structure of social society is not as rigid as in the military*",[686] siendo esto debido a que en la sociedad civil no existen estructuras tan rígidas como en las estructuras militares, por ejemplo un Comandante General sabría de las implicaciones de sus actos en relación a sus subordinados; mientras que un civil, necesariamente no los conoce. De

[685] Zhu, W. The doctrine of command responsibility as applied to civilian leaders: The ICTR and the Kayishema case", en obra "international Law in the Post-Cold War World, Essays in Memory of Li Haopi, Londres, 2001, p 377.
[686] Ibidem.

esta forma, desde la II Guerra Mundial fueron juzgados aquellos líderes, que planearon o ejecutaron determinadas políticas en relación a la guerra y que el Tribunal Internacional limitó la responsabilidad de tales actos a los miembros del Gabinete.

Los requisitos para establecer dichos elementos son: 1) la responsabilidad del superior tal como se encuentra definida en el derecho internacional penal ha sido mayoritariamente considerada y aplicada en el contexto de crímenes internacionales, ejemplo II Guerra Mundial, Yugoslavia, Ruanda, resultando que el nivel de superioridad de los acusados dependió más en la disposición de los mismos y de los recursos financieros, tanto del mandato de los Tribunales. En este sentido, la CPI tendrá que elegir a quienes llevar al estrado y acusar como responsable considerando este principio; 2) el nivel de autoridad de un superior civil juzgado, y más importante sentenciado como responsable, estará muy relacionado a la problemática de acción versus omisión. En este sentido, es importante destacar que la mayoría de las acusaciones realizadas contra los superiores civiles fueron juzgados bajo el principio de responsabilidad del superior.[687]

Por otra parte, del artículo 28 ordinal (a) del Estatuto de Roma, establece las diferentes categorías de civiles *de jure*. No obstante, a pesar de que son superiores *de jure*, se puede encontrar dentro de esta tres categorías de civiles; destacándose que estas categorías se encuentran conectadas con la posición que ostenta el superior y enfocándose en las actividades realizadas. En este sentido, esta clasificación no se enfoca únicamente en la posición de jerarquía, se pueden distinguir de la norma:

[687] Nybondas, Maria. *Obra citada*, p 74.

1. El superior tiene un cargo típicamente civil pero es *de jure* un comandante militar.

2. El superior que tiene como cargo una posición meramente civil pero es *de facto* un comandante militar.

3. El superior que posee un cargo meramente civil y no ejerce otras obligaciones civiles.[688]

En la primera categoría de civiles, el autor Schmitt ha dado algunos ejemplos de esta categoría:

> *"Civilians often fill de jure positions relative to the armed forces. As an example, by Article II of the US Constitution, the President is the "Commander –in- Chief". Similarly, the Queen of England is the British Commander-in-Chief pursuante to the unwritten Constitution of the United Kingdom, and each of the royals serves as a regimental "Colonel –in- Chief". In fact, British officers swear on oath of allegiance to the Queen, not the State, and it is the Queen who issues their commission".*[689]

Es importante destacar que no todos los civiles con posiciones *de jure* tienen la misma importancia práctica en el ejercicio de funciones militares. Se tiene así, por ejemplo, que mientras la Reina de Inglaterra tiene un rol simbólico de Comandante en Jefe,[690] el Presidente de los Estados Unidos, como de otros Presidentes, llenan *de facto* el rol de Comandante en jefe, en particular

[688] Ibidem.
[689] Schmitt, M. N. Targeting and Humanitarian Law: Current Issues. Israel Yearbook on Human Rights, nº 34, año 2004, páginas 59-104, p 77.
[690] House of Commons of the United Kingdom. "*The Royal Prerogative SN/PC/03861*". Disponible en: http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN03861.pdf.

durante un conflicto armado.[691] En el caso de Venezuela, la función le es dada al Presidente de la República *de iure*, toda vez que la Constitución lo establece en su artículo 236.5, y en el artículo 6 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas.

Durante las discusiones del artículo 28 (b) se manifestó la preocupación de la inclusión del mismo porque permitiría que jefes de estados pudiesen ser juzgados bajo el Estatuto. No obstante, surgía la pregunta de si podrían ser juzgados bajo el artículo 28 (b). Tal como fuese indicado, en los casos donde el jefe de Estado tuviese *de jure* poderes como 'Comandante en Jefe' y que también ejerciera sus poderes, sería responsable por sus atribuciones *de jure* y *de facto* a pesar de que tenga una investidura civil. Por definición, el artículo 28 (b) no puede ser aplicado al jefe de Estado debido a que los comandantes *de facto* deben ser juzgados bajo el artículo 28 (b). Sin embargo, en los países donde el jefe de Estado no le es dado el poder de ser un comandante militar *de jure*, el/ella se mantiene como un superior civil.

Pareciese que la función del artículo 28 (b) no se encuentra del todo complicada. La división y el estándar de separación bajo el artículo 28 (b) no aplica a esta categoría de civiles quienes tienen una autoridad militar *de jure* y quienes también ejercen tal categoría; esto no quiere decir que este tipo de superiores no puedan ser juzgados de acuerdo al ordinal (b).[692]

14.4.3.4. El Artículo 28 y las posiciones de facto

De los primeros casos dados ante los tribunales *ad hoc*, las sentencias han reconocido que el poder *de jure* del acusado sobre sus subordinados no es tampoco necesario para probar la responsabilidad del superior. Debido a que

[691] Ver: artículo II, sección2, cláusula I de la Constitución de los Estados Unidos.
[692] Nybondas, Maria. *Obra citada,* p 75.

donde existe una autoridad *de jure*, pero que durante la época de los crímenes en que el control efectivo era ejercido *de facto* por alguien aparte, el superior *de jure* no tenía responsabilidad bajo la teoría de la responsabilidad del superior. Por otra parte, donde un superior no había sido encargado o no tenía ni siquiera una posición *de jure*, el podría ser criminalmente responsable bajo la teoría de la responsabilidad del superior si esa persona ejerció *de facto* autoridad sobre los subordinados en tiempos de conflicto. En tales casos, el requisito de que el superior sea nombrado *de jure* no es un requisito necesario. De todo esto se desprende que el rol del comandante *de facto* juega un rol fundamental cuando se establece la responsabilidad del superior. Por lo que, el 'control efectivo' es el factor decisivo para demostrar la relación de superior-subordinado.

Se tiene así que el rol de los superiores de facto está fuertemente marcada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, debido a que divide a los superiores en las siguientes categorías: 1) superiores militares, 2) personas que actúan efectivamente como un comandante militar 'civiles' y 3) los superiores que no encuadran en ninguna de las dos categorías anteriores. La segunda categoría sirve para cubrir a los superiores *de facto*, quienes no pueden ser definidos como comandantes militares *de jure*. En otras palabras, la segunda categoría es pertinente para los civiles que ejercen *de facto* los poderes de los comandantes militares.[693]

El autor Fenrick señaló en relación a la categoría de los superiores que actúan efectivamente como un superior militar, que es una categoría muy amplia, la cual podría "*include police officers in command of armed police units, persons responsible for paramilitary units not incoporated into the*

[693] Ibidem, p 76.

armed forces, and persons who have assumed de facto control over the armed forces, armed police units, or paramilitary units".[694] De esta forma, se tiene una lista de personas que podrían actuar efectivamente como comandantes militares.

Por su parte, Schmitt ha identificado a los civiles que ejercen la autoridad en las fuerzas armadas:

"At times, individuals without a de jure position in the chain of command also exercise influence over military operations. For example, Congress must approve all military funding in the United States. This makes Senators and Congressmen, particularly those on committees dealing with the military, enormously influential vis-à-vis defense policy. Or consider individuals tied to a dictator who exercise great influence over particular aspects of a conlict, such as certain member of Saddam Hussein's family or other highly placed members of his tribe from Tikrit". [695]

14.4.3.5. Artículo 28 (b) y los superiores civiles

De la lista de Fenrick, la cual incluye a líderes políticos, líderes de negocios, y funcionarios públicos de alta jerarquía como posibles superiores civiles, demuestra que también cierto número de civiles podrían ser perfectamente calificados como comandantes *de facto* bajo el artículo 28 (a), debido a que algunos no encuadrarían bajo el artículo 28 (b). Sin embargo, cabe resaltar que cuando se considera el requisito de 'autoridad y control efectivo' -el cual es requerido para el superior *de facto* de ambos tipos: civiles y militares- no se marca una diferencia entre las dos categorías. No obstante, surge la

[694] Fenrick, W. J. "Artícule 28" en obra *Commentary on the Rome Statute*. Baden-Baden, Nomos. Londres. 1999, páginas 515-522, p 517-518.
[695] Nybondas, Maria. *Obra citada*, p 77.

duda de si a pesar de la diferenciación entre ambas figuras, la misma sería fácil para usarla en la práctica.

Cabe destacar que la Sala de juicios II de la CPI, estableció en el caso de Bemba que el término de superior militar se refiere a la persona quien formalmente o legalmente ha sido designada para ejercer las funciones de un superior militar denominados como superior *de jure*. Por lo tanto, el concepto aplica sin importar el rango o nivel en la jerarquía militar; así el superior podría ser la persona del más alto nivel en la cadena de mando o "*un simple líder con algunos soldados bajo su comando*".[696] Para la Sala: *" The notion of a military commander under this provision also captures those situations where the superior does not exclusively perform a military function" y esto es la situación " in some countries where a head of state is the commander in chief of the armed forces (de jure commander), and although the person does not carry out a military duty exclusive manner (also a sort of quiasi de facto commander), that person may be responsible for crimes committed by his forces (i.e.members of the armed forces).*[697]

Es en este sentido que para la Sala de Asuntos Preliminares II, la expresión "*a person effectively acting as*" como un superior militar contempla:"*a distinct as well as a broader category of commanders. This category refers to those who are not elected by law to carry out a military commander's role, yet they perform it de facto by exercising effective control over a group of persons through a chain of command".*[698] La sentencia agrega que "*military like commanders"* incluyen al *"superior who have authority and control over regular government forces such as armed police units or irregular forces (non*

[696] CPI. The Prosecutor v Bemba (ICC-01/05 -01/08). Decision Pursuante to Article 61 (7) (a) y(b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo, 15 de junio 2009, párrafo 408.
[697] Ibidem.
[698] Ibidem parágrafo 409.

goverment forces) such as rebel groups, paramilitary units including, inter alia, armed resistance movements and militias that follow a structure of military hierarqchy or a chain of command".[699]

Además, en este caso, la Sala de Asuntos Preliminares II, estableció 5 elementos para verificar si se está en presencia de un superior militar o cuasi militar, bajo el artículo 28 (a), a saber:

a) el sospechoso debe ser o superior militar o una persona actuando efectivamente como tal;

b) El sospechoso debe tener el comando y control efectivo, o autoridad efectiva y control sobre los subordinados que cometieron uno o más de los delitos establecidos en los artículos 6 al 8 del estatuto;

c) el crimen cometido por los subordinados, sea el resultado de la falla del sospechoso de ejercer el control apropiado sobre ellos;

d) el sospechoso bien sabía o debido a las circunstancia de tiempo debía haber sabido que sus subordinados estaban cometiendo o iban a cometer uno o varios de los delitos de los establecidos en el Estatuto y;

e) el sospechoso falló en tomar todas las medidas necesarias y razonables dentro de sus poderes para prevenir o reprimir la comisión de tales crímenes, o falló en someter el asunto a las autoridades competentes para la investigación y sanción.

[699] Idem, parágrafo 410.

En esa oportunidad, la Sala no estableció claramente las diferencias entre el superior militar y el cuasi – superior militar, establecidos en el artículo 28 (a) y los superiores no militares establecidos en el artículo 28 (b).[700]

En el apartado (b), del artículo 28, son definidos otros superiores de forma excepcional, es decir, aquellos que no están contemplados en el artículo 28 (a). Hay que resaltar que el artículo tiene grandes diferencias con la formulación de la responsabilidad del superior establecida por los tribunales *ad hoc*, donde no existía una diferencia de manera radical entre el superior civil y militar.

14.4.3.6. 'Comando efectivo y autoridad' y 'control efectivo'

El artículo 28 del Estatuto requiere que las tropas se encuentren bajo "un control y comando efectivo" proveniente de un militar superior puesto en esa posición *de jure*. En relación a los militares o superiores no militares *de facto*, deben estar en posición de ejercer un "control y autoridad efectiva"; es decir, son dos formas de control diferentes entre ellas. La Sala de Cuestiones Preliminares II de la CPI indicó que no existía una distinción mayor entre las palabras "comando" y "autoridad" en las dos solicitudes presentadas ante esa Sala. Indicó, que esto era aparente del lenguaje de las dos expresiones, las cuales usaban "efectivo" y "control" como un "denominador común". La Sala señaló que además en la historia de las discusiones, algunas delegaciones indicaron que el uso de diferentes terminologías era "innecesario y confuso posiblemente", agregando que *"this suggest that some of the drafter believed that the insertion of this expression did not add or provide a different meaning to the text".*[701]

[700] Karsten, Nora. *Artículo citado,* p 63.
[701] CPI. Caso Bemba, párrafo 412.

Posteriormente, la Sala pasó a debatir en relación a la interpretación que debe ser dada a estas expresiones, entendiendo para ellos sus respectivos significados en el idioma inglés. Schabas indica que existen múltiples factores que pueden permitir determinar la posición de 'autoridad y control efectivo'. Algunas de estas incluye: la posición oficial que ocupa el individuo, el poder de emitir o dar órdenes, la capacidad para asegurarse del cumplimiento de las órdenes, la posición dentro la estructura militar y de las funciones que ejercen, la capacidad para dar órdenes a las fuerzas armadas en el enfrentamiento a hostilidades, y finalmente el poder de promover, reemplazar, remover o acometer actos de disciplina sobre sus subalternos.[702] En este sentido, han surgido dos posiciones en relación al requisito del control sobre lo subordinados que se pudiese ejercer durante la comisión de los crímenes, en este sentido la mayoría de jueces del TPIY y de la Corte Especial para Sierra Leona han indicado que el "*superior must have had effective control over the perpetrator at the time at which the superior is said to have failed to exercise his powers to prevent or to punish*".[703] En este sentido, la Sala de Juicios II de la CPI ha indicado que el sospechoso debe haber tenido el control efectivo "*at least when the crimes were about to be committed" agregando la frase "as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces…",* mientras que de acuerdo a Schabas, el artículo 28 (1) sugiere que el superior estaba en control antes de la comisión de los crímenes.[704]

En relación al control efectivo, el TPIR estableció en el caso *Bahilishema* de que el 'control' exigido es el mismo tanto para superiores militares como civiles, pero esto no implica que el 'control efectivo' será necesariamente

[702] Schabas, William. Obra citada, p 460.
[703] CPI. Caso Bemba, párrafo 418.
[704] Ibidem, p 461.

ejercido por un superior civil o militar de la misma manera, o que será necesariamente establecido bajo las mismas condiciones.[705]

En relación a la causalidad, algunos doctrinarios de la materia han indicado que pareciese haber un componente de esto en el artículo 28. La visión ha sido revisada por la Sala de Cuestiones Preliminares II, en el caso de Bemba, la cual indicó que no se puede decir que un superior falló en "ejercer el control adecuadamente", de acuerdo a lo requerido en el *chapeau* del artículo 28 (a) sin que se haya demostrado que el superior tenía un "control efectivo" de acuerdo a lo requerido en el artículo 28 (a) (ii). La Sala de Cuestiones Preliminares II señaló que existe evidencia de la relación causal en las palabras "como resultado de". Lo que vendría a confirmar que el requisito de causalidad se resume en el deber de prevenir la comisión de futuros crímenes, por lo que dado esto, de acuerdo a Schabas, sería ilógico ver la responsabilidad de reprimir, investigar y juzgar crímenes anteriores por la falta de causalidad entre ellos.[706]

Aunado a lo anterior, de acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares "a *possible way to determine the level of causality would be to apply a "but for test", in the sense that, but for the superior's failure to fulfil his duty to take reasonable and necessary measures to prevent crimes, those crimes would not have been committed by his forces*". De acuerdo a Schabas, la Corte distinguió así entre los actos y la omisión, resaltando en el caso de Bemba que "*it is only necessary to prove that the commander's omission increased the risk of the commission of the crimes charged in order to hold him criminally responsible under article 28 (a) of the Statute*", en otras palabras "

[705] TPIR. The Prosecutor v Bagilishema (ICTR-95-1A-T). Sala de Apelaciones., 3 de julio de 2002, párrafo 52.

[706] Schabas, William. *Obra citada*, p 462.

to find a military commander or a person acting as a military commander responsible for the crimes committed by his forces, the Prosecutor must demonstrate that his failure to exercise his duty to prevent crimes increased the risk that the forces would commit these crimes".[707]

En los anteriores capítulos -de este trabajo de investigación- se discutió el elemento subjetivo que debe configurarse para establecer la responsabilidad penal individual, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 del Estatuto. Ahora bien, en relación al artículo 28, apartado (a) se requiere que el individuo *"knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that his subordinates were committing or about commit" a crime within the jurisdiction of the Court"*. De acuerdo a esto, se destaca que de la primera alternativa se requiere el conocimiento. En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares II indicó que el conocimiento no puede ser presumido, sino que más bien debe ser establecido a través de la evidencia, tal como lo habían realizado los tribunales *ad hoc*, debiéndose considerar:

> *"The number of illegal acts, their scope, whether their occurrence is widespread, the time during which the prohibited acts took place, the type and number of forces involved, the means of available communication, the modus operando of similar acts, the scope and nature of the superior's position and responsbility in the hierarchal structure, the location of the commander at the time and the geographical location of the acts. Actual Knowledge may be algo proven if, "a priori, a military commander" is part of an organised structure with established reporting and monitoring systems".*[708]

[707] CPI. Caso Bemba. Sentencia, párrafo 426.
[708] *Ibidem,* párrafo 70.

De acuerdo a la Sala de Cuestiones Preliminares II, el estándar de "debería haber sabido" (*Should have known*) requiere que el superior "*have merely been negligent in failing to acquire knowledge*" de las conductas ilegales de sus subalternos. Schabas indicó que la visión de la Sala en relación al estándar de "debiera haber sabido" requiere más de un deber activo por parte del superior de tomar las medidas necesarias para asegurar el conocimiento de la conducta de las tropas y para investigar, sin importar la información disponible durante la época en que se cometieron los crímenes. En el caso de superiores civiles, de acuerdo a Schabas, se debe comprobar que el acusado "*either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes",* lo cual claramente requiere más del estándar aplicable a los militares. Esto es debido porque a pesar de que los militares puedan ser acusados incluso por negligencia, en el caso de los civiles no aplicaría dicho criterio. El concepto de "*consciously disregarding information*" devendría en una clase de *recklessnees*. Aunque esto también podría ser una excepción a los requisitos generales asentados en el artículo 30 del Estatuto, este sería el escenario más cercano.[709]

No obstante, en opinión de Guénaël Mettraux, el estándar establecido en el artículo 28 (b) (i) "*consciously disregarding information" "does not diverge, in any significant manner, from the standard of mens rea applicable to all superior under customary international law".*[710]

Igualmente, Schabas indica que el artículo 30 del Estatuto impone que todos los crímenes deben ser cometidos con intención y conocimiento, comenzando con la frase de "*unless otherwise provided*"; lo cual debe tener

[709] Schabas, William. *Obra citada,* p 463.
[710] *Ibidem.*

el efecto de proteger la responsabilidad del superior, en cualquiera de sus formas, desde una *mens rea* como requisito de intención y conocimiento establecido en el artículo 30. Lo señalado no implica que la norma no genere conflicto con otros artículos, debido a que mucho de los crímenes, establecidos en el marco de los crímenes de guerra, poseen elementos de intervención específicos para cada uno de ellos.[711] Igualmente, se considera que ese requisito no tan exigente establecido en el artículo 28 del Estatuto está protegido con la frase de apertura del artículo 30.

Finalmente, entre las obligaciones establecidas al superior, se debe demostrar que el acusado falló en cumplir uno de los tres de sus deberes establecidos en el artículo 28 (a) (ii) o aquellas establecidas en el artículo 28 (b) (iii), a saber, la obligación de prevenir crímenes, el deber reprimirlos y el deber de someter el asunto a las autoridades competentes para su investigación y juzgamiento. Cada una de las tres obligaciones constituye una violación del artículo 28 (a) y por lo tanto genera las bases de acusación penal separada. En este sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares II, en el caso de Bemba, indicó que "*a failure to prevent crimes wich the commander knew or should have known about cannot be cured by fulfilling the duty to repress or submit the matter to the competent authorities".*

En el contexto de superiores militares, el deber de prevenir debe ser logrado considerando una serie de factores, incluyendo: asegurar que las fuerzas del superior están adecuadamente entrenadas en derecho humanitario internacional, tener la entrega de reportes de las acciones militares desarrolladas de acuerdo al derecho internacional, emitir órdenes con la intención de traer las prácticas relevantes de acuerdo a las normas de guerra

[711] *Idem.*

y tomar las medidas disciplinarias para prevenir la comisión de crímenes o detener los crímenes que están ocurriendo , así como juzgando los que ya hayan sido cometidos. El superior debe respetar el deber de castigar, bien sea a través de la imposición de medidas directas o mediante el sometimiento del caso a las autoridades correspondientes.[712] La identificación de las medidas necesarias y razonables se harán considerando las posibilidades materiales del superior, manteniendo siempre presente "*the superior's degree of effective control over his forces at the time his duty arises. This suggests that what constitutes a reasonable and necessary measure will be assessed on the basis of the commander's de jure as well as his de facto ability to take such measures".*[713]

14.4.3.7. Identificación de los superiores civiles

Un superior militar podría se definido como aquel superior asignado a una unidad cuya razón de existencia es actuar o ser desplegados para actuar como partes de un conflicto armado, mientras que un superior no militar pertenece a una entidad que no posee tal finalidad. Tal como se ha visto, el artículo 28 establece dos modalidades de superior, mientras que los tribunales *ad hoc* establecieron un criterio uniforme de responsabilidad del superior, tal como quedó demostrado en el caso Delalić y otros que exigía: 1) la existencia de una relación superior-subordinado, 2) el acusado sabía o tenía razones para saber que el crimen iba a ser cometido o estaba siendo cometido y, 3) el acusado falló en tramar las medidas necesarias y razonables para prevenir o castigar al perpetrador del crimen.

[712] *Ibidem*, p 464.
[713] CPI. Caso Bemba, párrafo 443.

Tal como ha sido demostrado, en los conflictos armados, los actores y los perpetradores potenciales de crímenes internacionales pueden ser diferentes, además de las fuerzas armadas, dependiendo del sitio y del contexto en el cual toma lugar el conflicto. En el contexto del TPIY, la Sala de Juicios señaló en el caso en contra Kordić, que el acusado " *was the political leader of the Bosnian Croats in Central Bosnia with particular authority in the Lasva Valley and although having no formal position in the chain of command he was associated with the military leadership; as such he participated in the HVO take – over of the municipalities and the attacks on Busovaca (…)*".[714] Sin embargo, su posición como comandante militar *de facto* nunca fue establecida, aunque el caso demostró que en los conflictos armados, las funciones tanto civiles como militares de una persona, podrían no estar claramente distinguidas.

El caso Aleksovki también es de particular importancia debido a que no se tuvo que determinar su jerarquía civil o militar, toda vez que la Sala de Apelaciones concluyó que la intención del caso no era necesario determinar si el acusado era un jefe de prisión o si era civil o militar, indicando:

"In the instant appeal, the Appellant contends that, because he was appointed by the Ministry of Justice rather than the Ministry of Defense, he did not have such powers over the guards as a civilian prison wardem whereas the Trial Chamber finds that he was the superior to the gusrads by reason of his powers over them. The Appeals Chamber takes the view that it does not matter whether he was a civilian or miltiary superior, if it can be proved that, within the Kaonik prison, he had the powers to prevent or to punish in terms of Article 7(3). The Appeals Chamber noted that the Trial

[714] TPIY. The Prosecutor v Kordić y Caerkez, sentencia, párrafo 829.

Chamber has indeed found this to be proven, this its finding that the Appellant was a superior within the meaning of Article 7 (3)".[715]

Se tiene así que en aras de determinar quién es el superior civil, de acuerdo al artículo 28 (b) del Estatuto de Roma, se puede hacer referencia a los casos del TPIY, específicamente al caso de Plavšić, quien ha sido el único civil abiertamente sentenciado bajo la doctrina de la responsabilidad del superior. No obstante, la sentencia indicó que "*The Presidency (of which Plavšić was a member, MLN) also had authority over the Bosnian Serb police, To (territorial defence force, MLN) and civilian authorities".*[716]

En la revisión de la acusación, de acuerdo a la *Regla 61 de las Normas de Procedimiento y Evidencia*,[717] en el caso de Karadžic y Mladić, la Sala de Juicios, encontró que Karadžic, como Presidente de la SDS y de la llamada República Serbia de Bosnia y Herzegovina, tuvo acceso a amplios poderes institucionales, haciéndolo la cabeza de la organización política y de las fuerzas armadas en todo el territorio de Bosnia-Serbia en los territorios de Bosnia y Herzegovina. En cuanto a Mladić, la Sala de Juicios indicó que él era el oficial de más alto rango en la armada de la auto-denominada República Serbo-Bosnia, y que él había tenido control total de las tropas. Además, agregó que el poder del acusado se extendió hasta los niveles políticos, ejerciendo de esta forma un rol esencial en las decisiones de la administración serbo-bosnia y quien participada en nombre de esa administración en las negociaciones, teniendo inclusive potestad para firmar diversos acuerdos, los cuales fueron posteriormente implementados por sus

[715] TPIY. The Prosecutor v Zlatko Aleksovski. Sala de Apelaciones, caso nº IT-95-14/1-A, 24 de Marzo de 2000, párrafo 76.
[716] TPIY. The Prosecutor v. Biljana Plavsic. Sentencia, caso nº IT-00-39&40/1, 27 de febrero de 2003, párrafo 14.
[717] TPIY. Rules of Procedure and Evidence. Disponible en: http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev49_en.pdf

tropas. En ambos casos, la Sala de Juicios indicó que los mismos eran perfectamente encuadrables en el artículo 7 (1).

La jurisprudencia del TPIR es más útil cuando se trata de considerar quien podría ser un superior esto en aras de comprender como el artículo 28 (b) del Estatuto de Roma podría ser usado. Uno de estos casos es el de *Jean Kambanda*, quien fuese juzgado y sentenciado culpable bajo lo establecido en el artículo 6 (3) del Estatuto de la TPIR. *Kambanda* fue el Primer Ministro del gobierno interino cuando se daba a lugar los crímenes atribuidos a su responsabilidad. En el ejercicio de esa posición, Kambanda fue acusado de cometer los crímenes de genocidio, conspiración para cometer el crimen de genocidio, incitación pública y directa para cometer el crimen, complicidad en el crimen, asesinato y exterminio como crímenes en contra de la humanidad. El acusado admitió su responsabilidad por los crímenes cometidos por sus subordinados, en todo caso, la Corte no tuvo que comprobar la responsabilidad *de facto* que tenía el acusado, aunque el caso demuestra que el acusado mientras era un líder político, durante el tiempo de las matanzas, además actuó como un jefe superior militar *de jure* o *de facto*. De acuerdo a la división, realizada por Fenrick, los acusados *Kayishema* y *Ruzindana* calificarían como un superior civil en el grupo de funcionarios públicos. *Kayishema* ejerció el cargo de Prefecto en Kibuye, durante la época de las matanzas, siendo hayado culpable de acuerdo al artículo 6 (3) del Estatuto del TPIR. La sentencia se basó en que el acusado tenía "*effective control over the communal police and the gendarmerie, as evidenced by legislative provisions, and the actual control he wielded over all the assailants including the gendares, soldiers, prison wardens, armed civilians and members of the Interahamwe as demonstrated by the identification of*

Kayishema as leading, directing, ordering, instructing, rewarding and transportin them to carry out the attacks".[718]

Las pruebas indicaron que *Kayishema* ejerció "el control real" o *de facto* de los gendarmes, militares y otros grupos organizados; lo cual, de acuerdo al artículo 28 del Estatuto de Roma, sería considerado como un Comandante *de facto* militar. Lo propio ocurrió en el caso de *Alfred Musema*, quien fuese un empresario reconocido en su país, pero que también fue juzgado bajo la figura de responsabilidad del superior. En el caso de *Musema* fueron objeto de revisión los crímenes cometidos en la prefectura de Kibuye, en el contexto de los ataques en contra de los tutsi y hutus civiles del ala moderada. *Musema*, quien fuese director de la Fábrica de té Gisovu, fue hallado culpable bajo los artículo 6 (1) y 6 (3). Cabe destacar que debido a la pobreza reinante en la región, el acusado tenía una remarcada autoridad frente a sus trabajadores y de los dirigentes de la región, quienes dependían de los impuestos pagados por la fábrica a través de sus empleados. La Sala indicó:

> *" The Chamber finds that it has been established beyond reasonable doubt that Musema exercised de jure authority over employees of the Gisovu Tea factory while they were on Tea Factory premises and while they were engaged in their professional duties as employees of the Tea Factory, even if those duties were performed outside factory premises. The Chamber notes that Musema exercised legal and financial control over these employees, particularly through his power to appoint and remove the employees from their position at the Tea factory. The chamber notes that Musema was in a position, by virtue of*

[718] TPIR. The Prosecutor v Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Sentencia. Sala de Apelaciones, caso nº ICTR-95-1-A. 1 de junio de 2001, párrafo 299.

> *these powers, to take reasonable measures, such as removing, or threatening to remove, and individual from his or her position at the Tea Factory if he or she was identified as a perpetratos of crimes punishable under the Statute. The Chamber also finds that, by virtue of these powers, Musema was in a position to take reasonable measures to attempt to prevent or to punish the use of Tea factory Vehicles, Uniforms or other Tea factory property in the commission of such crimes. The Chamber finds that Musema exercised de jure power and the facto control over tea Factory employees and the resources of the Tea factory".*[719]

De esta forma se aprecia, que Musema ejerció un control *de facto* sobre los trabajadores de la empresa, convirtiéndoles así en perpetradores de los crímenes. La Sala de Juicios no comprobó si Musema ejerció tal poder sobre personas externas a la fábrica de té. De esta forma, bajo la figura actual del Estatuto de Roma, hipotéticamente Musema sería responsable de acuerdo al artículo 28.b. y la figura de "otros superiores". No obstante, el caso fue objeto de críticas por Zahar, quien indicó que el razonamiento fue equivocado toda vez que "*not distinguish Musema from any ordinary factory director*" y *"it cannot be that all business managers stand liable to be convicted for international crimes perpetrated by their employees for the reason only that they were linked to them through common place ties of labour".*[720]

De acuerdo a otras opiniones, entre ellas las de Fenrick, un civil podría ser considerado en práctica como responsable si satisface los requisitos de la

[719] TPIR. The Prosecutor v Alfred Musema. Sentencia. Caso nº ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000, párrafo 873.
[720] Zahar, A. Command Responsibility of Civilians Superiors for Genoide. Leiden Journal of International Law, nº 14, año 2001, páginas 591-616, p 600.

doctrina de la responsabilidad del superior pero a su vez, ese superior debe poseer las características de un comandante militar *de facto.*[721] Igualmente, se ha indicado que los superiores civiles usualmente no poseen los mismos poderes punitivos de un militar, a la hora de sancionar a un subalterno. Sin embargo, no se le ha dado peso a este señalamiento ya que se ha indicado que el poder de sanción debe ser interpretado de forma amplia y esta se materializa en la "*posibilidad de transmitir reportes a las autoridades apropiadas y esto se considera suficiente*".[722]

La Sala de Juicios en el caso en contra de *Barayagwiza* se encontró paralizada por el potencial de la responsabilidad de superior enmarcada en los miembros de los partidos políticos, ante lo cual señaló: " *A politicial party is unlike a goverment, military or corporate structure in that its members are not bound through professional affiliation or in an employment capacity to be goberned by the decision making body of the party. Nevertheless, the Chamber considers that to the extent that members of a political party act in accordance with the dictates or instruction can and should be held accountable for their implementation".*[723] De lo cual se desprende, que también los líderes de partidos políticos pueden incurrir en la figura de la responsabilidad del superior como superiores civiles.

De todos estos casos, se tiene claro que pueden surgir discusiones al momento de juzgar a un civil bajo la figura de la responsabilidad del superior, más no es imposible. Se destaca que de los casos traídos a los tribunales *ad hoc*, fue el TPIR quien juzgó más civiles que militares por la comisión de crímenes internacionales, esto se desprende del informe del estatus de

[721] Nybondas, Maria. *Obra Citada*, p 86.
[722] TPIY. Caso Aleksovski (IT-95-14/1-T), Sala de Juicios. 25 de Junio de 1999, párrafo 78.
[723] TPIR. The Prisecutor v Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze. Sentencia, case nº ICTR -99-52-T, 3 de diciembre de 2003, párrafo 976.

detenidos, emanado del TPIR, el cual indicaba que de un total de 74 personas arrestadas para diciembre del año 2008, únicamente 14 de ellas poseían un cargo militar. Sólo algunos eran "semi-militares", quienes poseían posiciones de líderes de las milicias autodenominadas *Interahamwe,* pero la mayoría eran líderes políticos, altos jefes de gobierno, líderes religiosos u hombres de negocios. Finalmente, un pequeño grupo poseía cargos de periodistas, médicos, fiscales o dirigentes juveniles.[724] Entre los casos donde se sentenció a civiles, sobre las bases de la doctrina de la responsabilidad del superior, se tiene el caso de Kambanda,[725] Nahimana, Barayagwiza y Ngeze,[726] Kayishema,[727] Rugambarara[728] y Musema.[729]

Ante el panorama hasta aquí esbozado, cabe preguntarse: ¿existe alguna diferencia entre la responsabilidad del superior civil y el superior militar? En este sentido, se destaca que de acuerdo a lo establecido en los estatutos de los tribunales *ad hoc*, no se encontraron razones para realizar una diferencia entre ambos tipos de superiores y desarrollar elementos separados diferentes para su configuración en los dos grupos. No obstante, durante la época de la toma de sus decisiones los jueces, de esos tribunales, estaban conscientes que el Estatuto de Roma establecía elementos diferentes para los superiores civiles. En el caso de Čelebići, la defensa indicó que existía una diferencia entre el superior civil y militar y que este último tipo de responsabilidad no debía aplicar a los superiores civiles. No obstante, la Sala de Juicios estableció que la aplicación de esta doctrina a los civiles era

[724] ICTR "Detainees –Status on 2 December 2008", disponible en http://69.94.11.53/ENGLISH/factsheets/detainee.htm (revisado 12 diciembre 2015)
[725] TPIR. The Prosecutor v Jean Kambanda.Sentencia, caso nº ICTR-97-23-S, 4 de septiembre de 1998.
[726] TPIR. The Prosecutor v Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, TC Judgment Sumary, caso nº ICTR-99-52-T, 03 de diciembre de 2003.
[727] TPIR. The Prosecutor v Clément Kayishema and Obed Ruzindana. First Amended Indictment, Case nº ICTR –95-1-I.
[728] TPIR. The Prosecutor v Juvénal Rugambarara. Veredicto y sentencia, caso nº ICTR – 00-59 –T, 16 de noviembre 2007.
[729] TPIR. The Prosecutor v Alfred Musema. Veredicto y sentencia, caso nº ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000.

perfectamente posible, así que los tres elementos que debían ser probados, de acuerdo a la Sala, para que el superior fuese responsable era igual en las dos modalidades de superiores. En el mismo caso, la Sala de Apelaciones sostuvo:

> *"civilian superiors undoubtelly bear responsibility for subordinate offences under certain conditions, but whether their responsibility contains identical elements to that of military commanders in not clear in customary law".*[730]

De esta forma, de acuerdo al derecho consuetudinario no existía una diferenciación, por lo que, cabría preguntarse si es justificada la diferencia realizada por el Estatuto. En este sentido, se puede comenzar indicando que existe una distinción fundamental entre ambos tipos de superiores, civiles y militares; debido a que tener el ejercicio del control general debida sobre los subordinados es una función inherente de cualquier superior, y que de su obligación deviene otra, la cual es que de acuerdo a la normativa se tenga conocimiento de cómo manejar situaciones riesgosas.

De esta manera, se destaca que debe existir una diferencia entre los civiles que poseen la responsabilidad del superior durante un conflicto y los civiles que no tengan tal control; el primer supuesto obedece a que la mayoría de civiles no tienen la posibilidad de ejercer ese control sobre subordinados, debido a que su relación es de diferente naturaleza. Por lo que, considerando esta realidad y la posibilidad de que superiores civiles, pudiesen ser imputados bajo la doctrina de la responsabilidad del superior, es entendible que los Estados hayan acordado separar los elementos para configurar la responsabilidad del superior y en particular, aceptar un estándar

[730] TPIY. Caso Celebici, párrafo 240.

de *mens rea* más alto para esos superiores. Los civiles no deberían tener la misma responsabilidad 'de saber' los actos cometidos por otros, como sí es el caso del superior militar quien en la escala de la organización de jerarquía permite al superior tener conocimiento de lo ocurrido. De este modo, revisando el alto nivel de *mens rea* solicitado por el derecho penal, se denota que la diferenciación puede ser encontrada en el argumento de la responsabilidad por omisión que debería ser introducida y manejada con gran cuidado. Las responsabilidades del superior militar tienen sus bases firmes en la tradición del derecho militar, lo que hace más fácil justificar la responsabilidad penal por sus omisiones que las omisiones por el superior civil. Además, en aras de que exista una uniformidad de tener consistencia en la doctrina, se necesita una precaución en casos relativos a la responsabilidad penal por omisión debería de tomar precedente.

En el caso de Kayishema, la Sala de Juicios indicó:

> *"On this issue, the Chamber finds the distinction between military commanders and other superiors emobodied in the Rome Statute an instructive one. In the case of the former it imposes a more active duty upon the superior to inform himself of the activities of his subordinates when he, "knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes". This is juxtaposing with the mens rea element demanded of all other superior who must have, "known, or consciously disregarded information which clearlu indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes.*[731] (…) *The Trial Chamber agrees with this view insofar that it does not demand a prima facie,*

[731] TPIR. Caso Kayishema and Ruzindanda. Sentencia. Sala de Juicios, párrafo 227.

duty upon a non-military commander to be seized of every activity of all persons under his or her control. In light of the objective of Article 6 (3) which is to ascertain the individual criminal responsibility for crimes as serious as genocide, crimes against humanity and violations of Common Article 3 to the Geneva Conventions and Additional Protocol II thereto, the Chamber finds that the Prosecution must prove that the accused in this case either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated or put him on notice that his subordinate had committed, or were about to commit acts in breach or Article 2 to 4 of this Tribunal's Statute".[732]

El TPIY no estableció una diferenciación explicita de los elementos para ambos tipos de superiores. No obstante, el TPIR requirió que el elemento de *mens rea* sea más alto de acuerdo a lo establecido por el art. 28 del Estatuto de Roma. Por lo que, se podría indicar que la idea de establecer un requisito de *mens rea* más alto para los superiores civiles y además una diferenciación entre ambos tipos de superiores es entendida y apoyada por los tribunales internacionales.[733]

Opiniones disidentes del mundo académico han indicado que no debía existir esa diferenciación, en este sentido, Vetter ha indicado que:

"The civilian command responsibility standar codified in article 28 (2) of the ICC Statute reduces the efficacy of the permanent international criminal court. This argument rests on the premise that the new civilian standard is less strict than the ICC military standards and perhaps less strict than the prios law of command responsibility as applied to

[732] Ibidem, párrafo 228.
[733] Nybondas, Maria. *Obra citada*, p 186.

civilians. It also rest on the presumption that individual accountability in the ICC will help deter human rights abuses and that a less strict standard allows a civilian superior to either exercise less diligence in controlling subordinates, or have less fear of being convicted when internationally allowing or encouraging subordinates to commit human rights abuses".[734]

En este sentido, se ha indicado que de acuerdo a la opinión de Vetter, la diferenciación podrá tener diferentes consecuencias, entre ellas: el umbral para comprobar el elemento mental del civil superior será mucho más exigente, lo cual permitiría a algunos civiles ser liberados de las acusación o que el efecto inhibidor de la norma sea menos efectivo en los líderes civiles. Igualmente, la autora Van Sliedregt ha expresado su objeciones a tal diferenciación, en particular al requerimiento de la solicitud de los grados de conocimiento, siendo que su crítica se basa en que la diferencia entre el superior civil y militar descansa en el alcance del deber de saber.[735]

Por otra parte, se ha indicado que entre los elementos para distinguir a un superior militar de un civil, se debe revisar el acercamiento al estatus personal *versus* al acercamiento relacionado a la entidad; debido a que pareciese a primera vista que el titulo militar y el rango podrían ser determinantes como para establecer quién es un superior militar. El TPIY no aceptó la ausencia de un título militar, rango o entrenamiento militar como prueba del estatus civil de una persona. En el caso de Martinovic and Naletilic, la defensa indicó que el acusado Martinovic era un civil o un cuasi militar debido a que el "*no había sido sujeto a un entrenamiento riguroso*

[734] Vetter, G. R: *"Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court*", Yale Journal of International law n° 25, año 2000, páginas 89-141.

[735] Nybondas, Maria. *Obra citada*, p 187.

militar o que ascendió a través de las tareas de jerarquía militar". No obstante, la Sala de Juicios consideró que el acusado tenía una posición de superior en las fuerzas bosnia-croatas, una armada *de facto*, y por lo tanto fue considerando como un superior militar. La Sala actuó bien al indicar que se rechazaba tal argumento, puesto que la ausencia de un título militar o rango no prueba que el sospechoso era simplemente un civil. Por otra parte, el tener dicho título o rango tampoco implica que el sospechoso sea un superior. Por ejemplo, un general retirado que ejerza funciones en una organización civil no hace que sea responsable bajo el artículo 28 (a) a pesar de que tenga un título militar. El artículo 28 (a) no fue redactado para abarcar personas que simplemente posean un título o rango, salvo que sí tengan el comando y control sobre las fuerzas militares; aunque el título o rango no son apropiados para distinguir a un militar de un superior civil, sirve al menos como un indicativo del estatus militar del sospechoso. El estatus del superior militar o civil debe ser de acuerdo a la naturaleza de la unidad, institución u organización donde ese superior se encuentra, esto es importante para establecer el criterio del 'control efectivo'; debido a que este aplica si el mismo tiene sus raíces en una entidad en las cuales el superior y el subordinado permanecen, de allí es importante la posición 'estructural' del superior, esto en concordancia al artículo 28 (a) y (b) en cuanto a su solicitud del control efectivo.[736]

De acá también surge la importancia del 'acercamiento a la entidad' puesto que de esta forma, los jefes de Estado o Ministros de Defensa, cuando actúan como un superior de las Fuerzas Armadas, no son considerados como superiores civiles, sino como superiores militares, así ellos no ostenten

[736] Karsten, Nora. *Artículo citado*, p 993 - 994.

un título o rango militar, esto fue reconocido por la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso de Bemba.[737]

Igualmente, se destaca que los jefes de Estado que confían en grupos paramilitares o en compañías privadas podrían estar sujetos a la responsabilidad del artículo 28 (a) y (b), dependiendo de las calificaciones de tales unidades militares o civiles, de esta forma se aclara que las múltiples funciones de una persona no son un problema si las diferentes unidades, en las cuales se tiene una posición de superior, están planamente identificadas.[738]

Se ha considerado que la solicitud realizada por el artículo 28 (2) (b) podría contener como elemento adicional el "nexo", debido a que requiere que los crímenes estén dentro de la responsabilidad efectiva del superior, lo cual sería un retroceso puesto que lo mismo fue superado en la sentencia de Čelebići.[739]

En este contexto es importante traer a colación el caso de Charles Taylor quién fuese sentenciado a 50 años de prisión por la Corte Especial para Sierra Leona, en fecha 30 de mayo de 2012. La sentencia basó su fundamentación –únicamente- en que el acusado era alguien accesorio al crimen, utilizando el concepto de complicidad y de planificación. El caso se Taylor es de especial importancia puesto que fue la primera vez que un jefe de Estado africano era juzgado y sentenciado en un tribunal internacional.[740] En este caso, la Sala de Juicios identificó cinco factores agravantes: 1)

[737] CPI. Caso de Bemba. Sentencia, párrafo. 522.
[738] Karsten, Nora. *Artículo citado*, p 995.
[739] Langston, Emily. *The Superior responsibility doctrine in international law: Historial continuities, innovation and criminality: Can East Timor's Special Panels bring militia leaders to justice'*. International Criminal Law Review nº 4, año 2014, páginas 141 – 183.
[740] Ambos, Kay y Kjikam Ousman. *Charles Taylor's Criminal Responsibility*. Journal of International Criminal Justice nº 11, año 2013, páginas 789-812.

Taylor, el entonces Presidente de Liberia, causó y prolongó daño y sufrimiento a la gente de Sierra leona, aplicando la extraterritorialidad de sus actos, 2) su posición de Jefe de Estado en Liberia fue considerado como un factor agravante, 3) el abuso de autoridad, debido a que en virtud de esa posición, Taylor gozaba de una posición única para usar su acceso a la maquinaria del estado y a su autoridad pública con la finalidad de ayudar los actos de la RUF y del AFRC, 4) la Sala indicó que Taylor abusó de la confianza dada por sus ciudadanos, siendo esto un factor agravante.[741]

La Sala indicó:

> *"The Trial Chamber notes that as President of Liberia, Mr. Taylor held a position of public trust, with inherent authority, which he abused in aiding and abetting and planning the commission of the crimes for which he has been convicted. As a Head of State, and as a member of the ECOWAS Committee of Five and later the Committee of Six, Mr. Taylor was part of the process relied on by the international community to bring peace to Sierra Leone. But his actions undermined this process, and rather than promote peace, his role in supporting the military operations of the AFRC/RUF in various ways, including through the supply of arms and ammunition, prolonged the conflict. The lives of many more inno- cent civilians in Sierra Leone were lost or destroyed as a direct result of his actions".*[742]

> *"The special status of mr Taylor as a head of State puts him in a different category of offenders for the purpose of sentencing*", en la sentencia se destaca el énfasis realizado en la conducta y no en el

[741] Jon Heller, Kevin. *The Taylor Sentencing Judgment. A Critical Analysis*. Journal of International Criminal Justice. Nº 11, año 2013, páginas 835-855.
[742] CSSL. The Prosecutor v Taylor (SCSL-03-01-T), Sala de Juicios II, 26 de abril de 2012, párrafo 97.

> estatus; lo cual se desprende de la discusión realizada por la Sala en relación al abuso de autoridad y la violación de la confianza dada. De acuerdo al TPIY, se debe condenar es la conducta y no el estatus, este Tribunal indicó que "*what matters is not the position of authority taken alone, but that position coupled with the manner in which the autohority was exercised: abuse of superior position may be considered an aggravating factor.*"[743]

Otro tema que no se puede dejar de lado, es el abuso de autoridad, en el caso de Jokić, la Sala de Apelaciones reconoció el abuso de autoridad como un factor agravante sólo porqué el acusado, aunque no fuese juzgado bajo la responsabilidad del superior, fue el oficial principal perpetrador. Por su parte, en el caso de Babić,[744] la sentencia del acusado fue aumentada por el agravante de abuso de autoridad porque en su posición como Presidente de las SAO de Krajina, firmó una decisión que lo hacía a él un comandante en jefe *de jur*e de las fuerzas armadas de la República Serbia Krajina. Además, en el caso Blagojević, el Fiscal alegó que la pena del acusado debía ser aumentada por su 'abuso de poder' como Coronel de la armada Bosnia-Serbia, la Sala de Juicios desechó está visión puesto que Blagojević había sido sentenciado como colaborador y no como oficial superior:

"[T]he role of Vidoje Blagojevic in relation to the crime for which he has been convicted was not that of a commanding officer issuing orders, but the role of a commander who facilitated the use of Bratunac Brigade personnel and assets under his command. Therefore, the Trial Chamber considers the role of Vidoje Blagojevic¤ in the commission of the crimes to have been a limited one. Accordingly, the Trial Chamber will not take the position of author- ity of,

[743] TPIY. The Prosecutor v Blagojević & Jokić (IT-02-60-A) Sala de Apelaciones, 09 de mayo de 2007, párrafo 324.
[744] TPIY. The Prosecutor v Babić. IT-03-72-S), Sentencia, Sala de Juicios I, 29 de junio de 2004, párrafo 22.

nor abuse of authority by, Vidoje Blagojevic¤ into account as an aggravating circumstance."[745]

Ahora bien, en la actualidad ¿qué se puede vislumbrar en el uso del concepto de la responsabilidad del superior? Ante esta pregunta se puede indicar que la aplicación de la doctrina de la responsabilidad del superior a los civiles, bajo el derecho internacional penal y en particular bajo la codificación realizada en el artículo 28 del estatuto de Roma, ha llevado a la implementación de esta figura en el derecho local, considerando los mismos elementos establecidos en el Estatuto.

Por lo que, la existencia de una normativa en las jurisdicciones locales incrementaría las posibilidades de materializar el juzgamiento de superiores civiles que hayan fallado en la prevención de la perpetración de los crímenes internacionales. Se ha sugerido que la expansión de esta normativa bajo los derechos locales podría incluso cubrir los crímenes no abarcados por el Estatuto de Roma; lo que potencialmente ayudaría a incrementar una visión positiva hacia esta figura debido a que permitiría el juzgamiento de situaciones en los Estados que decidan tomar esta doctrina, incluso en aquellos Estados que no se han enfrentado a crímenes en masas pero que en sus territorios viven personas sospechosas de cometer o que podrían cometer este tipo de crímenes.[746]

[745] TPIY. The Prosecutor v Blagojević & Jokić. Sentencia, párrafo 848.
[746] Ibidem, p 198.

15. La responsabilidad del superior en el marco de grupos insurgentes, guerrillas, entre otros

Una interrogante que no se puede dejar de lado es la responsabilidad penal de aquellos que participan en grupos subversivos. En este sentido, tal como se ha explicado existen dos formas de responsabilidad de superior, la primera de ellas relativa a la responsabilidad directa, que nace de actos positivos, así sea a través de la complicidad o incitación. La segunda forma es la omisión del superior en controlar a sus subordinados, por lo que, se ha indicado que la responsabilidad del superior es básicamente un crimen de omisión. No obstante, en las organizaciones paramilitares se tiene el inconveniente de determinar al superior puesto que las mismas se manejan en ambientes muy hostiles, donde ese superior puede ser cambiado drásticamente.[747]

De acuerdo a las resoluciones del Consejo de Seguridad[748] y a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* existe una responsabilidad de mando atribuible a los líderes pertenecientes a grupos armados de opositores, esto por ordenar la comisión de crímenes internacionales. Tal como se ha indicado anteriormente, en el caso de *Furundzjia*, el TPIY decidió que toda persona que ordene la comisión del crimen de tortura, participa de igual forma en el mismo y por lo tanto es responsable; lo que implicaría que los grupos armados opositores, al igual que los líderes de las fuerzas del Estado, tienen prohibido la comisión de este tipo de crímenes tanto en un conflicto interno como internacional.[749] Dicha afirmación, se puede encontrar en numerosas Resoluciones del Consejo de Seguridad, entre ellas, por ejemplo,

[747] Langston, Emily. *Artículo citado*, p 174.
[748] UN. Security Council. Resolución nº 808, fecha 22 de febrero de 1993. 2) UN. Security Council. Resolución 955, fecha 08 de noviembre de 1994.
[749] Zegveld, Liesbeth. *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press. 2007,p 113.

la Resolución nº 794 (1992) en el caso de Somalia, donde se condenó "*all violations of international humanitarian law occurring in Somalia, including in particular the delibere impeding of the delivery of food and medical supplies essential for the survival of the civilian population, and affirms that those who commit or* ***order*** *the commission of such acts will be held individually responsible in respect of such acts*".

En el marco del Estatuto de Roma esta figura se encuentra perfectamente delimitado en el artículo 25 (3) (b), debido a que muchos de los crímenes establecidos en el Estatuto de Roma, pueden ser cometidos en el marco de un conflicto interno, por lo que los mismos pueden ser realizados por los grupos subversivos armados. De acuerdo a esto, la responsabilidad individual penal -que es de naturaleza general y aplicable a todos los crímenes establecidos en el Estatuto- es aplicable a los líderes de los grupos subversivos.[750]

No obstante, hay que tener presente que el Comandante responsable de las fuerzas irregulares no podría ser igual al de las fuerzas armadas regulares, esto es debido que muchos grupos no podrían usar el sistema piramidal de organización, las cuales utilizan una forma más horizontal en su organización, sin que esto signifique que el grupo no tiene un emisor de órdenes.[751]

15.1. La relación de superior y subordinado en los grupos irregulares armados y sus implicaciones

En este capítulo se han indicado los requisitos que deben de existir para establecer la relación 'superior-subordinado', siendo este criterio

[750] Ibidem, p 114.
[751] Sivakumaran, Sandesh. *Command Responsibility in Irregular Groups*. Journal of International Criminal Justice nº 10, año 2012, páginas 1129-1150.

primeramente aplicado en el contexto de conflictos internos o internacionales, pero que regularmente es más fácil aplicarlo a las fuerzas armadas propiamente organizadas, donde existe claramente una relación de subordinación. En este sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja indicó:

> *"The first duty of a military commander, whatever his rank, is to exercise command. For this purpose the relationship between ranks and responsibilities are, as a general rule, exactly determined within the armed forces, and the authority of each of the different levels of the hierarchy is precisely defined. It is under these conditions that the armed forces can be submitted to a régime of internal discipline(…)This regime is inseparable from the status of armed forces…The disciplinary system must ensure, in particular, compliance with the rules of international law applicable in armed conflict".*[752]

No obstante, comprobar la existencia de una relación 'superior-subordinado' podría ser difícil de aplicar a los líderes de los grupos opositores armados en conflictos internos, en particular cuando esos grupos no están organizados o no funcionan como normalmente lo haría la armada. La autoridad de los diferentes niveles y rangos en estos grupos podrían entonces no ser definidos de forma precisa.[753]

En relación a los superiores civiles, que forman parte al mismo tiempo de un grupo irregular, se indica que no existe una clara distinción entre los dos tipos de superiores, un ejemplo de esto es el caso del partido político *Sinn Fein* (fue un grupo armado que participó en el conflicto de Irlanda del Norte y

[752] J.de Preux. *Commentary Additional Protocols*, Capítulo 1, nº 9, páginas 1017-1018.
[753] Zegveld, Liesbeth. *Obra citada*, p 115.

luego se formalizó como partido), el cual se separó desde que el brazo militar de la organización se convirtió en la Armada de la República Irlandesa (IRA, siglas en inglés), en el año 1969, aunque en práctica el grupo *Sinn Fein* y el *IRA* compartían la misma dirección. Dichas situaciones dificulta la aplicación del elemento mental y objetivo en los diferentes líderes; aunque, algunos grupos armados podrían tener una ala política y otra ala militar perfectamente delimitadas.

En el caso de los tribunales *ad hoc*, tal como se ha indicado, no se realizó una distinción entre los diferentes tipos de líderes. Por su parte, en el Estatuto de Roma, el artículo 25 (3) (b) indica que es responsable toda "persona" que "ordene" la comisión de uno de los crímenes establecidos en el Estatuto, de lo cual se debe razonar que la expresión abarca a ambos tipos de líderes. Por otro lado, el artículo 28 (2) del Estatuto es mucho más específico en esta materia. En este sentido, de acuerdo a Zegveld, no puede quedar ninguna duda de que los líderes de los grupos armados, así no desarrollen funciones militares, están abarcados por la norma. Por otra parte, es importante destacar que el Estatuto de la Corte de Sierra Leona copió la norma de responsabilidad del superior proveniente de los Estatutos de Yugoslavia y Ruanda, por lo que de acuerdo a Zegvel, dicha Corte tendrá jurisdicción sobre superiores civiles que no forman parte del estado.[754]

Hasta hace poco se consideraba que la Convenciones de Ginebra y el Protocolo I eran relevantes para los superiores de las armadas de los Estados que estaban en conflicto. No obstante, ahora los organismos internacionales indican que dicha normativa también es aplicada a los superiores de los grupos armados puesto que son normas del derecho

[754] Zegveld, Liesbeth. *Obra citada,* p 118-119.

consuetudinario,[755] situación que se puede ver reflejada en la sentencia *Aleksovski*, en donde el Juez Rodríguez indicó "*International humanitarian law has, to a large extent, grown beyond its state-centered beginnings…The principle is to prosecute natural persons individually responsible for serious violations of international humanitarian law irrespective of their membership in groups".*[756]

Ahora bien, ¿cómo se comprueba esta relación 'superior-subordinado' en este tipo de casos?

Para ello es necesario revisar la configuración de los mismos tres elementos establecidos para el superior descritos en este capítulo. No obstante, el más problemático para determinar es el tercero de ellos, lo propio fue desarrollado magistralmente por el Tribunal Especial para Sierra Leona, en cuyos casos se tuvo que considerar la responsabilidad del superior en tres organizaciones irregulares, a saber: las Fuerzas Civiles de Defensa (Civil Defense Forces (CDF), el Consejo revolucionarios de las Fuerzas Armadas (the Armed Forces Revolutionary Council AFRC) y el Frente Revolucionario Unido (Revolutionary United Front (RUF), entre los cuales pueden ser descritos como un grupo armado pro-gobierno, una fuerza disidente y un grupo armado que no era parte del Estado, en donde el tribunal tuvo que analizar la relación 'superior-subordinado' y la noción de 'control efectivo' en las fuerzas irregulares.

Cabe hacernos la pregunta ¿cómo se debe determinar el régimen de las sanciones en las fuerzas irregulares?, en este tipo de fuerzas, los castigos suelen ser de cinco categorías, a saber: sanciones disciplinarias,

[755] Íbidem,p 120.
[756] TPIY. Caso Aleksovski, Opinión disidente del Juez Rodrigues párrafo 31.

represiones, advertencias, confiscaciones de armamento, expulsión del grupo, sanciones financieras: incluyendo multas, suspensión de pagos, compensación a víctimas, cercenamiento de movimiento: que va desde detención a arresto domiciliario, sanciones corporales, tales como: ejercicios excesivos a golpizas, y finalmente, sanciones penales: incluyendo la pena de muerte.[757]

En el caso de Ruanda, las RUF usaban los métodos acá comentados, entre estos se tiene además las palizas, reasignación de tareas, detenciones, despliegues y ejercicios inhumanos. Por otra parte, las AFRC castigaban con muerte, a aquellos combatientes que se atreviesen a violar las "esposas" de los otros miembros de la guerrilla. Tal como se desprende es evidente que las fuerzas irregulares tienen sus métodos de sanciones que sin embargo son brutales en su naturaleza.[758] En este sentido, Chemor indica que en el caso de estos grupos, las sanciones adoptadas deben ser necesarias y razonables, lo que suele ser considerado de acuerdo al control ejercido por el superior.[759] El TPIY, en su Sala de Apelaciones indicó:

> *"it cannot be excluded that, in the circumstances of a case, the use o disciplinary measures will be sufficient to discharge a superior of his duty to punish crimes under Article 7 (3) of the Statute. In other words, whether the measures taken were solely of a discilinary nature, criminal, or a combination of both, cannot in itself be determinative of*

[757] Sivakumaran, Sandesh. Artículo citado, p 1130.
[758] Chernor Jalloh, Charles. *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law*. Cambridge University Press. Cambridge. 2013, p 137.
[759] Ibidem.

whether a superior discharged his duty to prevent or punish under Article 7 (3) of the Statute."[760]

El punto importante es que debe de existir un grado de proporcionalidad, en el sentido de que la sanción sea suficiente o adecuada entre el mal cometido y la pena administrada. Sin embargo, en el caso de las fuerzas irregulares puede ser difícil juzgar lo que debe considerarse como "adecuado", toda vez que aquella sanción que podría ser vista como una fuerte sanción, por parte de terceros que observan, la misma acción podría no ser vista de ese modo por los miembros que conforman dicho grupo irregular. De acuerdo al Che Guevara, el castigo tiene características especiales e indicó en su libro "Guerra de guerrillas" que:

"El castigo de dejar diez días en un calabozo a un soldado constituye, en la guerrilla, un descanso formidable; diez días donde hará lo único que no puede dejar de hacer, que es comer, durante los cuales no caminará, no trabajará, no hará las guardias acostumbradas y podrá dormir todo lo que quiera, descansar, leer, etc. De esto se deduce que la privación de la libertad, como único castigo, en las situaciones de la guerrilla, no es aconsejable. la privación de su derecho a ir armado puede provocar una reacción positiva y constituir un verdadero castigo para el individuo".[761]

Consecuentemente, por este tipo de declaraciones, el autor Chernor indica que cuando se va a juzgar sobre lo adecuado de una sanción impuesta en un subalterno, se tienen que revisar los criterios utilizados por el grupo y no los que se creen como castigos desde afuera. Además, en relación a lo

[760] TPIY. Caso Hadzihasanovic. Sala de Apelaciones, 22 de abril de 2008, párrafo 77.
[761] Guevara, Ernesto "Che". *Guerra de Guerrillas*. Proyecto Editorial Che Guevara. Cuba, 1960, p 65.

'adecuado' debería ser juzgado no como algo desproporcionado sino que sea estrictamente proporcional, aunque siempre se debe tener presente que las sanciones administradas por las fuerzas irregulares suelen ser crudas o inclusive bárbaras. En este sentido, es oportuno recalcar que el superior de un grupo irregular probablemente tiene menos control sobre sus tropas que un comandante *de jure* tendría sobre su tropas altamente disciplinadas en el marco de una armada regular.[762]

En el caso de la Corte Especial para Sierra Leona, en relación la responsabilidad del superior en los casos de guerrilla, indicó lo siguiente:

> "*the AFRC faction had a functioning disciplinary system in Bombali District. The Trial Chamber accepts that this system was not advanced in the sense of being properly codified and formally sanctioned by competent authorities. Nevertheless, the Trial Chamber finds that this disciplinary system could have been employed by the Accused Brima. Instead, there is no evidence that the Accused Brima took measures to punish subordinates for the commission of crimes. To the contrary, witnesses testified that on occasion the accused Brima commended offending subordinates".*[763]

Por otra parte, se ha indicado que en este tipo de grupos, existe un denominado 'Cuerpo Judicial'. En este sentido, el superior de una fuerza irregular estaría obligado a referir el caso a un órgano de sanción, en vez de imponer una sanción tomada en una simple reunión grupal. En práctica, como suele ocurrir en casos de los órganos disciplinarios, la gran mayoría de este tipo de grupos poseen algún tipo de corte o tribunal. Lo indicado fue

[762] Sivakumaran, Sandesh. *Artículo citado*, p 1142.
[763] TESL. The Prosecutor v AFRC. Sentencia, párrafo 1739 – 1741.

confirmado por la Corte de Sierra Leona, en el caso de los RUF, donde se indicó:

> *"A few RUF fighters in the bush went on the rampage and as their own way of starting their objection to the planeed elections, they proceeded on a campaign to cut off the hands of innocent villagers as a message that no voting should occur. This was how the amputation of hands started in Sierra Leone by desperate RUF men…. Pa Foday Sankoh, the RUF leader was especially chagrined at the actions taken by these few RUF fighters. Our leader is aware that in war, atrocities occur especially when young sidesafranchised men are revolting against an oppressive system. However, Pa Sankoh immediately set up a special investigative Tribunal. This Tribunal was set up by the RUF War & Peace Council to look into the actions of and subsequently discipline the RUF fighters who performed these amputations. After the tribunal, all those fighters found guilty of this were publicly executed."*[764]

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Especial para Sierra Leona estableció que la responsabilidad del superior opera en las organizaciones de las fuerzas irregulares cómo funcionan en las fuerzas armadas. Sin embargo, en la configuración del tercer elemento para el establecimiento de la responsabilidad del superior, es decir 'el deber de tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir y castigar el crimen de subordinados', no está del todo claro como delimitarla. No obstante, lo remarcable es que la jurisprudencia de este tribunal deja claro que el principio de la

[764] *Ibidem.*

responsabilidad del superior no aplica únicamente para fuerzas regulares sino también para fuerzas armadas irregulares.[765]

En el caso de las AFRC, en contra de Brima, Kamara y Kanu, la Sala de Juicios indicó en relación al "control efectivo" de un superior que:

> *" in a conflict characterised by the participation of irregular armies or rebel groups, the traditional indicia of effective control provided in the jurisprudencie may not be approppriate or useful. As the Trial chamber has observed, the formality of an oganizastion's structure in relevant to, but not determinative of, the question of the effective control of its leaders. The less developed the structure, the more important it becomes to focus on the nature of the superior's authority rather than his for her formal designation..."*[766]

Posteriormente, la Sala de Juicios mencionó una serie de indicios para demostrar el 'control efectivo' a pesar de la falta de una relación formal de poder, el Tribunal indicó:

> " *The Trial Chamber considers that indicia which may be useful to assess the ability of superiors in such irregulars armies to exercise effective control over their subordinates, include that the superior had first entitlement to the profits of war, such as looted property and natural resources; exercised control over the fate of vulnerable persons such as women and children; the superior had indecent access to and/or control of the means to wage war, including arms and ammunition and communications equipment; the superior rewarded*

[765] Chernor Jalloh, Charles. *Obra citada*, p 142-143.
[766] TESL. The Prosecutor v Brima, Kamara and Kau. Sentencia, Sala de Juicios, caso nº SCSL-04-16-T 20 de junio 2007, párrafo 788.

himself or herself with positions of power and influence; the superior had the capacity to intimidate subordinates into compliance and was willing to do so, the superior was protected by personal security guards, loyal to him or her, akin to a modern praetorian guard; the superior fuels or represents the ideology of the movement to which the subordinates adhere: and the superior interacts with external bodies or individuals on behalf of the group."[767]

La Corte además agregó:

"Nonetheless, the key traditional indicia of effective control remain central, although they may be more loosely defined. For example the power of the superior to issue orders is crucial, although these orders may be criminal in nature. Similarly, the superior must be capable of taking disciplinary action, even though the measures taken may be more brutal and arbitrarily utilized".[768]

Se tiene así que la Corte deseaba aplicar la doctrina de la responsabilidad superior a estos grupos irregulares, por lo cual, estudió detalladamente la estructura de esos grupos, la cual está en contra del prototipo ideal establecido de las organizaciones militares.

En el caso de RUF, el TESL tuvo que lidiar con un triumbirato, establecido por un *lider, battlefield commander, battle group commander*, a lo que la Sala de Juicios indicó " *we therefore find that the RUF disciplinary system functioned essentially to allow the leadership to maintain control over all the*

[767] Ibidem, párrafo 789.
[768] Ibidem, párrafo. 789.

RUF fighters and impose and maintain order un RUF-held territory. It failed to systematically deter or regularly and effectively punish crimes against civilians or persons hors de combat".[769]

Se llega así a la conclusión de que los líderes de la fuerzas armadas irregulares sólo pueden ser juzgados y sentenciados, usando la doctrina de la responsabilidad del superior, si esas fuerzas demuestran que poseen una cadena de mandos -similar a las organizaciones militares tradicionales- y el acusado efectivamente es parte de esa estructura.

Finalmente, en relación al criterio que debe ser usado para comprobar la responsabilidad en un superior de estos casos, se indica que no existe diferencia entre los criterios de 'control y autoridad', conocimiento, habilidad, prevención y castigo de los crímenes. Igualmente, se indica que a pesar de que las Cortes Internacionales tengan potestad de juzgar determinados jefes de estos grupos armados, también queda abierta la posibilidad de que sean juzgados en sus países de orígenes o por un tercer estado que contemple la posibilidad de la jurisdicción universal.[770]

16. Las órdenes del superior

No se puede terminar este capítulo sin hacer especial mención a las "órdenes del superior" puesto que esta se encuentra estrechamente vinculada con la figura de los superiores.

Los primeros juicios en tener una afinidad genuina al mundo internacional y que tratasen esta problemática fueron aquellos celebrados en respuesta a

[769] TESL. The Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao. Sentencia, caso nº SCSL-04-15- T. 02 de amrzo de 2009, párrafo 706.
[770] Zegveld, Liesbeth. *Obra citada,* p 121-132.

los artículos 228 al 230 del Tratado de Versalles.[771] Los juicios fueron celebrados en las cortes nacionales alemanas, donde se discutió en relación a la emisión de órdenes de los superiores en juicios. En los casos, se resolvía el asunto pertinente a unas eventuales órdenes dadas a los capitanes de los submarinos –en combate-, las órdenes solicitaban el hundimiento de barcos que tenían como misión la función de albergar hospitales. En uno de los casos, conocido como "*the Dover Castle*", la Corte alemana liberó a uno de los acusados al indicar:

> *"It is a military principle that the subordinate is bound to obey the orders of his superiors…. When the execution of a service order involves an offence against the criminal law, the superior giving the order is alone responsible. This is in accordance with the terms of the German Law, (sec) 47, para 1 of the Military Penal Code".*[772]

Posteriormente, el Tribunal indicó:

> *"The firing on the boats was an offence against the law of nations…The rule of international law, which is here involved, is simple and is universally known. No possible applicability… (The*

[771] Tratado de Versalles 1919. "Article 228: The German Government recognises the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.
The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities.
Article 229: Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power. Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned. In every case the accused will be entitled to name his own counsel.
Article 230: The German Government undertakes to furnish all documents and information of every kind, the production of which may be considered necessary to ensure the full knowledge of the incriminating acts, the discovery of offenders and the just appreciation of responsibility."

[772] American Society of International Law. German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl Neumann. The American Journal of International Law, vol.16, nº 4, año 1922, páginas 704-708.

commander's) order does not free the accused from guilt. It is true that according to para.47 of the Military Penal Code, if the execution of an order in the ordinary course of duty involves such a violation the superior giving the order is alone responsible. However, the subordinate obeying such and order is liable to punishment if it was known to him that the order of the superior involved the infringement of civil or military law. This applies on the case of the accused. It is certainly to be urged in favor of the military subordinates, that they are under no obligation to question the order of their superior offices, and they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally known to everybody, including also the accused, to be without any doubt whatever against the law".[773]

De acuerdo a Schabas, este 'examen' es el resultado del derecho consuetudinario internacional y así fue establecido en el artículo 33 (1) del Estatuto de Roma. Se tiene así que hasta que se adoptase el artículo 33 del Estatuto de Roma, aquellos involucrados en el establecimiento de los tribunales penales internacionales se abrigaron con la prohibición de usar como defensa las órdenes del superior[774]. En este sentido, desde la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, se indicó en el artículo 8, que: "*the fact that the defendant acted pursuant to order of his government of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment*".

El Tribunal de Núremberg, indicó en su jurisprudencia que: *"The provision of this Article are in conformity with the law of all nations. That a soldier was ordered to kill or torture in violation of the international law of war has never*

[773] Ibidem.
[774] Schabas, William. *Obra citada, p 507.*

been recognized as a defense to such acts of brutality, though, as the Charter here provides, the order may be urged in mitigation of the punishment".[775] Además, el Principio IV de los "Principios de Núremberg" indicó: *"The fact that a person acted pursuante to order of his Government or of a superior does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him".*

Aunado a lo anterior, se tiene que durante los juicios de Núremberg, muchos acusados alegaron el cumplimiento de órdenes de un superior, a lo cual, el tribunal asentó:

> "*many of these have made a mockery of the soldier's oath of obedience to military orders. When it suits their defense they say that had to obey; when confronted with Hitler's brutal crimes, which are shown to have been within their general knowledge, they say they disobeyed. The truth is they actively participated in all these crimes, or sat silent and acquiescent, witnessing the commission of crimes on a scale larger and more shocking that the world has ever had the misfortune to know. This must be said*". [776]

Los tribunales *ad hoc* –por su parte- usaron una terminología oficial igual a la primera indicada utilizada por Núremberg, aunque la situación fue muy diferente en relación al número de acusados que utilizaron "las órdenes del superior" como una defensa en sus respectivos procedimientos. Hay que destacar que esta es una defensa alegada por subordinados y no por

[775] TIMN. Sentencia. Vol I. 01 de octubre de 1946. Disponible en: http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf
[776] TMN. The accused Organisations: General Staff and High Command, p 83. Disponible en: http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/j-accused-organisations-07.html

superiores o líderes, sobre los cuales se centra más atención en el derecho internacional penal.[777]

El caso Erdemović del TPIY, ha sido el único donde se discutió el tema de las órdenes del superior. En este caso, el acusado estaba totalmente consciente de la ilegalidad de las órdenes e indicó únicamente que el sólo había tratado de desobedecer una orden inescrupulosa. En la Sala de Apelaciones, los jueces Vohrah y McDonald, en su opinión disidente, indicaron que alegar la obediencia debida a una orden emanada de un superior no se consituye *per se* una defensa. Por su parte, el juez Cassese, en su opinión separada, afirmó que *"if the superior order is manifestaly illegal under international law, the subordinate is under a duty to refuse to obey the order*".[778]

16.1. Los elementos de la defensa de la orden del superior.

El artículo 33 del Estatuto de Roma establece tres condiciones para que la misma pueda ser usada como una defensa, a saber:

1) El acusado debe estar bajo una obligación legal de obedecer las órdenes de su gobierno o superior.

2) El acusado no debe saber que la orden es ilegal.

3) La orden no debe ser manifiestamente ilegal.

Se tiene así que la primera condición envuelve la obligación de obedecer una orden. En todo caso, si no existe la obligación de seguir la orden, entonces la defensa es inmediatamente inamisible. Por lo tanto, la orden debe ser

[777] Schabas, William. *Obra citada*, p 509.
[778] Zimmermann, Andreas. "*Superior Orders",* en obra The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Vol I. Oxford, 2002, p 964.

emitida por el gobierno o por un superior de ese subordinado, y en caso de que sea el último supuesto se requiere que la persona sea parte de una cadena de mando.[779] De acuerdo a Schabas, la situación fáctica es más compleja de lo que parece, puesto que un acusado podría creer que está bajo la obligación de obedecer esa orden, pero en términos legales esto no sería el caso.[780] Por ejemplo, en el contexto de una organización militar no habría problemas en determinar la situación; no obstante, en el contexto de los civiles, la obligación de obedecer una orden no aparece tan clara y las posibilidades de cometer un error son más grandes. El artículo 31.1 indica que la orden puede ser emitida tanto por un "militar o civil". De esta manera, la afirmación consagra lo establecido en la sentencia Delalić, es por esto que en el caso de que el superior sea un civil debe ejercer un grado de control similar al de un superior militar. Por otra parte, se puede afirmar que este apartado del artículo 31 guarda especial relación con los artículos 30 y 32 (previamente discutido) del Estatuto.

Igualmente, se debe analizar este tipo de situación con las eximentes de la responsabilidad penal, en este contexto, establecidas en el artículo 31 (1) (d);[781] es decir, que la orden sea cumplida por una amenaza real de muerte o de lesiones graves corporales.

En relación a la segunda condición, el error de hecho o de derecho establecido en el artículo 32 adquiere un tono importante, debido a que el

---

[779] Zimmermann, Andreas. *Obra citada*, p 968.
[780] Schabas, William. *Obra citada*, p 511.
[781] Artículo 31: 1. Sin perjuicio de las demás circunstancias eximentes de responsabilidad penal establecidas en el presente Estatuto, no será penalmente responsable quien, en el momento de incurrir en una conducta: (…) **d)** Hubiere incurrido en una conducta que presuntamente constituya un crimen de la competencia de la Corte como consecuencia de coacción dimanante de una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y en que se vea compelido a actuar necesaria y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. Esa amenaza podrá: i) Haber sido hecha por otras personas; o ii)Estar constituida por otras circunstancias ajenas a su control.

problema que surge es la ilicitud de la orden bajo el Estatuto de Roma, en vez de la ilegalidad de la orden en algunos regímenes legales. De acuerdo a Schabas, este tipo de test sería uno de tipo subjetivo. Indica, además, que se debe considerar si el acusado sabía o no de la ilegalidad de la orden. La tercera condición tiene un carácter objetivo, puesto que indica que la orden debe ser manifiestamente ilegal. En estas circunstancias, ya no se debe debatir si la orden era ilegal, debido a que la pregunta a ser contestada, debe girar en torno a si la orden era manifiestamente ilegal, inclusive para una persona ordinaria; esto de acuerdo a lo indicado por Hersch Lauterpacht.[782]

En materia jurisprudencial, se puede volver a citar el caso de *llandovery Castle Case*, toda vez que la Corte indicó que el hecho de disparar a los botes salvavidas "*was an ofence against the law of nations*", y que "*the killing of chipwrecked people, who have taken refuge in life-boats, is forbidden*".[783] En resumen, se indicaría que si la norma es "sencilla y universalmente conocida", no puede existir ninguna duda de que la orden "fue manifiestamente ilegal".[784]

Se tiene así que el artículo 33.1. (c) es una excepción, aunque pequeña, a la norma general establecida en el artículo 30 del Estatuto. En opinión de Schabas, lo establecido en el artículo 33.1 es una afirmación del artículo 30 del Estatuto, puesto que una persona no debe ser considerada si no tenía la intención o el conocimiento de cometer el crimen (*mens rea*). Por lo tanto, un

[782] Schabas, William. *Obra citada*, p 512.
[783] Además la Corte indicó que: "(…)The fact that his deed is a violation of international law must be well-known to the doer, apart from acts of carelessness, in which careless ignorance is a sufficiente excuse. In examining the question of the existence of this knowledge, the amibuity of many of the rules of international law, as well as the actual circumstances of the case, must be borne un mind, because in war time decisions of great importante have frequently to be made on very insufficiente material. This consideration, however, cannot be applied to the case at present before the court. The rule of international law, whhich is here involved, is simple and is universally known. No possible doubt can exist with regard to the question of its applicability. The court must in this instance affirm Patzig's guil of killink contrary to international law".

[784] Schabas, William. *Obra citada*, p 512.

subordinado que comete un crimen de guerra bajo un error de hecho o de derecho, que crea que sus actos son legales, no puede ser considerado como culpable y no debería ser juzgado en un sistema penal justo. En este sentido, la CPI, en su Sala de Apelaciones, invocó el artículo 33, en su sentencia de "gravedad", debido a que este término es usado en el artículo 17 (1) (d) del Estatuto. De acuerdo a la Sala de Apelaciones, el artículo 33 otorga las bases para sustentar la visión de que el Estatuto no aplica únicamente a los líderes de alto rango". En este sentido el juez Pikis explicó que el artículo 33 "*would be superfluous and in fact contradictory to the Statute if the compass of the jurisdiction of the Court was confined to crimes committed by the top leasership of the State or the organization that plan them*".[785]

En el caso venezolano, el Código Orgánico de Justicia Militar, en su Capítulo II, intitulado "*De las Circunstancias que Eximen, Atenúan o Agravan la Responsabilidad"*, Sección II, "*De las Circunstancias Atenuantes",* establece en el artículo 399, que será considerado como una circunstancia atenuante "*6. Cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, cuando no constituya el caso de obediencia debida, según lo prescrito en el ordinal 1 del artículo 397"*. Por otra parte, el artículo 397, indica que *"está exento de pena: 1. El que obra en cumplimiento de obediencia debida a un superior o en ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo".*

Si se considera lo previamente discutido, haciendo una comparación, se destaca lo desfasada de la normativa con la realidad internacional actual, esto de acuerdo el derecho internacional penal y el derecho internacional

[785] CPI. Situation in the Democratic Republic of the Congo (ICC-01/04), oniìno separada del Juez Georghious M.Pikis, 13 de julio de 2006, párrafo 35.

humanitario. Por lo que, al momento de realizar la implementación del Estatuto de Roma, este tipo de normativas deben ser desechadas puesto que la tendencia y doctrina actual indica claramente, que esto no puede ser tenido como justificante para evadir la responsabilidad penal. A su vez, es necesaria una delimitación exacta, tal como lo indica el Estatuto, en este tipo de tipificaciones. Aunque, la norma constitucional en su artículo 25, establece claramente que las "órdenes del superior" no sirven de excusa para escaparse de la responsabilidad, es importante destacar que el enunciado de la Constitución, permite que tantos civiles como militares sean juzgados por violar o menoscabar los derechos consagrados en la Constitución. Por lo tanto, se considera que es de gran menester que este precepto constitucional sea debidamente desarrollado, tomando en cuenta los tres elementos que deben configurarse para poder usar la orden del superior como un eximente de la responsabilidad penal individual, inclusive en el marco del derecho internacional.

Se ha indicado que existe una normativa relacionada a la emisión y cumplimiento de las órdenes militares, siendo su base el artículo 25 y el artículo 139 de la Constitución. De acuerdo a estas, como se ha discutido previamente, crean la responsabilidad sobre aquel funcionario que a pesar de saber la inconstitucionalidad o ilegalidad de la orden, termina ejecutando la acción.

Por su parte, la vigente Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, establece en su artículo 77, la responsabilidad de mando,[786] el mando accidental en el

[786] Artículo 77: Las unidades o dependencias de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, no podrán permanecer en ninguna circunstancia sin un jefe a quien obedecer y sobre quien recaiga la responsabilidad del mando.

artículo 79,[787] subordinación artículo 80, [788] respeto al derecho internacional humanitario,[789] respeto a los derechos humanos,[790] formación y capacitación[791]

No obstante, la nueva Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana -además de Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales del año 1995 y de la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional del año 2005- en su disposición derogatoria suprimió el resto de disposiciones contenidas en las resoluciones, directivas e instrumentos. La promulgación de esta normativa dejó un gran vacío *puesto que eliminó una serie de normativa* que existía para regular lo pertinente a la 'obligación de mandar', en cuanto a: "ajustado a las leyes y reglamentos" (art.34), "órdenes abusivas" (art.22),[792] "orden de servicio" (art.19),[793] "conocimiento de deberes y

[787] Artículo 79. Corresponderá el mando accidental al militar de mayor graduación y antigüedad que esté prestando servicio en la unidad o dependencia donde ocurra la vacante. En igualdad de grado y mérito, prevalecerá la antigüedad. En este caso se considerara el empleo desempeñado en forma accidental.

[788] Artículo 80. El personal militar en todos los grados o jerarquías estarán subordinados al Oficial que ostente el mando.

[789] Artículo 134. Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, deben conocer, respetar, cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales nacionales y los convenios, tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por el Estado Venezolano, en materia de Derecho Internacional Humanitario.

[790] Articulo 135. Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana deben conocer, respetar, cumplir y hacer cumplir las disposiciones legales nacionales e internacionales relacionadas con los Derechos Humanos en tiempo de paz y en estado de excepción, actuando en el marco de los mismos.

[791] Artículo 136. Los integrantes de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana deben estar formados y capacitados permanente en Derechos Humanos y en Derecho Internacional Humanitario, conforme al principio de progresividad contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

[792] Artículo 22: "Para las Órdenes abusivas, quedara al subalterno después de obedecer, el recurso de queja ante el inmediato de aquel que dio la orden". En opinión de quien suscribe la norma no es perfecta debido a que obliga al subalterno a obedecer y sólo después ejercer un recurso ante el superior de aquel que dio la orden.

[793] Artículo 19 " El militar en servicio activo estará obligado a obedecer las órdenes de sus superiores en todo lo relativo al servicio y a cumplir estrictamente lo prescrito en las leyes y reglamentos de las Fuerzas Armadas Nacionales". Tal como se destaca, existía la orden de respectar únicamente las órdenes en relación "al servicio miltiar".

derechos, ni debilidad ante superiores" (art.43),[794] "norma moral" para el superior (art. 48),[795] "queja de un subalterno hacia su superior (art. 26)".[796]

En relación a la orden de servicio, el Dr. José Rafael Mendoza indicó que "*la orden de servicio debe llenar determinadas condiciones, que son: calidad militar del superior y del titular del derecho correlativo, existencia de una relación de subordinación jurídica entre ambos, orden de servicio emanado del superior y dirigido al otro término de la relación, que tal orden esté dentro del radio de competencia del superior sin exceder pues de dicho ámbito; y que no existen causas que justifiquen el cumplimiento de la orden*". Además, agregó que "*la orden debe limitarse al servicio militar. Es una orden de servicio la que refiere o tengan relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a la institución armada. Las personas revestidas de autoridad militar no tienen un poder omnipotente, sino un radio de atribuciones, y entre estas facultades que derivan directamente del cargo militar que ejerce u dentro del cual puede dar órdenes legítimas, no abusivas ni ilegales".*[797]

Las órdenes pueden ser escritas o verbales, no obstante, las mismas deben ser claras, en este sentido el artículo 33 del Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6, establecía "La ambigüedad debe eliminarse del lenguaje hablado o escrito del militar".

---

[794] Artículo 43. "El militar estará obligado a conocer perfectamente todos sus deberes y derechos y tener el hábito de ellos sin eludirlos ni por debilidad ante los superiores, ni por abuso ante los subalternos."
[795] Artículo 48. "Corresponderá al militar observar y hacer cumplir siempre la norma moral, que le impone el cumplimiento del deber común, bajo forma imparcial, justa, equitativa, sin perjudicar a los subordinados y sin favoritismos de ninguna clase".
[796] Artículo 26. "El militar que tuviere alguna queja de su superior, la pondrá respetuosamente y en términos moderados, por órgano regular, en conocimiento de quien pueda corregirla; pero por ningún motivo, faltará el respeto que debe al superior por quien se considere agraviado, ni murmurará en ninguna ocasión de su conducta".
[797] Mendoza, José Rafael. *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*. Tomo I. Empresa el Cojo C.A. Caracas, 1976.

Por su parte, quien suscribe considera que todo aquel subalterno, a quien no se le haya resuelto una eventual queja, podría invocar el artículo 261 de la Constitución de la República, el cual remite a la Jurisdicción Penal Militar. No obstante, el artículo hace mención al Código Orgánico de Justicia Militar -y dependiendo del caso a los delitos de naturaleza militar- por lo que, se hace imperiosa la necesidad de normar debidamente el régimen que debería de existir en relación a las "órdenes del superior "en suelo nacional. Igualmente, es oportuno destacar que a diferencia de las leyes orgánicas anteriores, la ley vigente en materia militar no consagra este tipo de acciones.

Por otra parte, a la fecha de elaboración de este Capítulo, la Comisión Permanente de Defensa y Seguridad de la Asamblea Nacional presentó el "proyecto de Ley de Disciplina Militar",[798] el cual establece una serie de artículos pertinentes a la disciplina militar. En el artículo 3, se desarrolla conceptualmente el concepto de "disciplina militar",[799] "obediencia" (art. 4),[800] "subordinación" (art. 5).[801]

Aunque estos son conceptos que no son ajenos a las Fuerzas Armadas, también es cierto que los mismos deben ser modificados, estableciendo las excepciones a cada uno de ellos, porque tal como se ha comprobado en esta sección, la obediencia no puede ser absoluta bajo una orden abiertamente

[798] Asamblea Nacional. Comisión Permanente de Defensa y Seguridad de la Asamblea Nacional: "Proyecto de Ley de Disciplina Militar". Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_bc2cdb649a4f836f369cd20a46785be64d4c9c96.pdf

[799] Artículo 3. "Es el estado de acatamiento y obediencia voluntaria que existe dentro de la institución militar y que se manifiesta como el pronto y voluntarioso cumplimiento de todas las órdenes impartidas, el respeto a los valores de la carrera militar y la exacta observancia de las leyes y reglamentos establecidos para los miembros de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana".

[800] Artículo 4. "Es el deber inexcusable que tiene el o la militar cualquiera sea su grado, jerarquía o empleo, de cumplir con exactitud las órdenes que en asuntos del servicio sean dadas por la autoridad facultada".

[801] Artículo 5. "La subordinación es la relación de sujeción que existe entre un o una militar con relación a otro u otra de mayor empleo, grado, jerarquía o antigüedad, facultado para emitir órdenes relacionadas con el servicio y cuyo acatamiento representa la máxima expresión de disciplina dentro de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.
El personal militar en todos los grados y jerarquías está subordinado al o la oficial de comando que ostente el mando, conforme a lo previsto en la presente Ley".

violatoria de las normas de *jus cogens*. No obstante, dicho proyecto de ley consagra en sus artículos 180,[802]181[803] y 182[804], el "derecho a queja" que tienen los subalternos sobre una orden o instrucción impartida por un superior. Cabe acotar que si bien es cierto se nota un "cambio" favorable en estas normas, también es cierto que el Código Orgánico de Justicia Militar no contempla este tipo de normativa.

Tal como se desprende de la vigente "Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Bolivarianas", la misma no cuenta con un sistema realmente eficiente que describa claramente las obligaciones y deberes de los militares en cuanto al régimen de las órdenes de los superiores. Es importante que el oficial militar tenga claramente establecidos cuales son sus deberes y derechos, por lo tanto, el sistema educativo castrense debería de enfocarse en estas áreas tan susceptibles en el derecho militar. Sobre todo esto, es importante la adecuación normativa de acuerdo a las nuevas normativas internacionales en la materia.

17. Comentarios finales:

Se puede concluir de esta exposición que el concepto de 'responsabilidad del superior' es una modalidad de responsabilidad que podría ayudar a dilucidar las situaciones donde es difícil o imposible comprobar que el superior participó en la comisión de los crímenes cometidos por sus

[802] Artículo 180 "La queja es un derecho individual que se concede al o la militar que tuviere alguna objeción sobre una orden o instrucción impartida por un o una superior, que vaya en perjuicio del buen servicio, transgreda las leyes y
reglamentos o atente contra la dignidad y los derechos humanos".
[803] Artículo 181 "El derecho de queja debe ejercerse antes de cumplir la orden o instrucción, en términos respetuosos ante quien impartió la misma y de no recibirse una respuesta satisfactoria el afectado podrá dirigirse ante el o la superior inmediato de quien la emitió, siempre que las circunstancias así lo permitan. Este derecho se interpondrá única y exclusivamente en los supuestos establecidos en el artículo anterior".
[804] Artículo 182 "Es obligación del o la superior atender la queja interpuesta por el afectado, resolverla con toda imparcialidad y de manera oportuna, a objeto de no alterar el normal funcionamiento del servicio".

subalternos. Al mismo tiempo, nos deja claro que el papel del superior es importante ante las violaciones a la normativa internacional, debido a que este fue quién ordenó o no castigó a sus subalternos por la comisión de crímenes internacionales. De esta forma es importante, tener perfectamente delimitada la responsabilidad activa de acuerdo al artículo 25, que abarca inclusive a lo superiores que dan órdenes; así como la responsabilidad del superior, en término de omisión, de acuerdo al artículo 28. La 'responsabilidad del superior' va más allá de la relación entre un subalterno y un superior militar, debido a que abarca a civiles, a representantes y a funcionarios del gobierno en ejercicio de sus funciones -así sean meramente administrativas-, así como a las cabezas de los grupos subversivos. Además, logramos estudiar la relación entre esta figura y las órdenes, así como al abuso de poder. Comprobamos que en nuestra legislación no se encuentra claramente conceptualizada, ni delimitada esta figura; así como otras que necesitan ser debidamente ampliadas ej., la 'responsabilidad solidaria de los ministros'. Por tanto, se considera importante la inclusión de estas figuras en nuestra legislación nacional, contemplando para ello todos los requisitos arriba detallados. No obstante, luego de identificar quienes son los superiores que pueden ser juzgados surge la duda de ¿cómo llevar a cabo el proceso de implementación del Estatuto de Roma en cuanto a las definiciones de los superiores y sus penas?, es por ello que en la próxima sección discutiremos este asunto.

CAPÍTULO VI

Las modalidades de implementación del Estatuto de Roma y el establecimiento de las condenas a los superiores

18. Las modalidades de recepción del derecho internacional en el derecho nacional.

18.1. Introducción

En los capítulos anteriores se tuvo oportunidad de analizar y ahondar en el estudio de ciertas figuras penales a nivel internacional y el impacto que estas podrían tener en la jurisdicción nacional. En esta oportunidad cotejaremos las modalidades de implementación del Estatuto, ubicándonos en las figuras previamente analizadas y en las eventuales posiciones fácticas a las que nos enfrentaremos en la práctica y normativa nacional. En este sentido, es oportuno recordar que el Derecho Constitucional venezolano ha evolucionado hasta incluir mecanismos que garanticen la defensa de la Constitución. No obstante, en el Derecho Contemporáneo Internacional también encontramos grandes avances como, por ejemplo, obligar a los Estados a reconocer las decisiones que se toman en los Tribunales Internacionales y garantizar la protección de los derechos humanos en diferentes constituciones. No obstante, en Venezuela estamos atravesando un momento histórico, en el que se han dejado de lado algunos de los logros alcanzados durante los siglos XIX y XX en materia de adopción del derecho internacional y de protección de los derechos humanos. Se tiene así, por ejemplo, que se han denunciado convenciones internacionales, como la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, o se han emitido sentencias violatorias de los tratados internacionales con carácter vinculante, a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), para desconocer de esta manera las actuaciones de los organismos internacionales. Ahora bien, todos estos escenarios en conexión hacen

inviable pensar que se materialice la implementación del Estatuto de Roma, lo que causa más preocupación considerando los aspectos tratados previamente. En este capítulo nos permitiremos discutir desde las diferentes teorías para poder recibir el derecho internacional en el derecho local hasta la vía más idónea para implementar el Estatuto de Roma en Venezuela.

18.2. La recepción del derecho internacional en el derecho nacional

Dejando de lado todas las alternativas doctrinales que se han creado para subsanar las diferencias entre el derecho nacional y el internacional, Luigi Ferrajoli ha indicado que es fundamental "la superación de las soberanías a través de la refundación del sistema de fuentes y de la dislocación (también) al plano internacional de las instancias tradicionalmente estatales de garantías constitucionales".[805]

Considerando esto traemos a colación que los Estados deben ejecutar de buena fe los compromisos adquiridos, como consecuencia de las obligaciones contraídas a nivel internacional; esto es un efecto del principio *pacta sunt servanda*, que regula las relaciones en el derecho internacional, por lo que la aplicación o eficacia y cumplimiento de las obligaciones queda en manos de los Estados. De esta forma, compartimos lo señalado por Juan Pastor Ridruejo, quien indicó que "la eficacia real (del derecho internacional) depende en muy amplia medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y les den efecto".[806]

Los Estados, al manifestar su consentimiento al momento de aceptar una Convención a nivel internacional, lo realizan en el marco de su derecho

[805] Ferrajoli, Luigi. *Razones Jurídicas del Pacifismo*. Trota. Madrid. 2004, p 106.
[806] Pastor Ridruejo, citado por Novak Talavera, Fabián, en la obra *Derecho internacional público*.1ra.ed Lima. Fondo Editorial del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003. p 539.

constitucional y a través de los órganos que la misma señala como responsables para su realización; posteriormente, el Estado debe cumplir lo pactado y las obligaciones de acuerdo con lo indicado por el tratado internacional. En este sentido se hace necesaria la relación, coordinación, integración, adecuación o sincronía entre el derecho nacional y el derecho internacional, esto surge debido al principio de "coherencia en la actividad jurídica y el comportamiento del Estado en una y otra esfera" de su actividad, ya que los Estados son creadores de la normativa internacional y a través del uso de sus soberanías es como se han hecho válidas sus normas y, a su vez, crean sus ordenamientos jurídicos internos.[807] Por tanto, una eventual excusa para no cumplir las normas, por ejemplo la soberanía, no tendría lógica en el mundo actual. No obstante, dependerá de su sistema constitucional la modalidad de acogida que se le dé al derecho internacional en el derecho local. A continuación, pasaremos a desarrollar las diferentes teorías pertinentes a la materia:

18.2.1. La relación del derecho internacional con el derecho interno

Doctrinariamente, para lograr la integración entre el derecho nacional y el derecho local, se habían propuesto las teorías del monismo y dualismo. No obstante, queremos hacer mención, como un antecedente especial a estas teorías, a la Constitución de los Estados Unidos (1787), en la que se estableció en el artículo VI, segundo inciso, que todos "los tratados celebrados por el país serán considerados como ley suprema del país, por lo cual los jueces tienen el deber de aplicarla, incluso preferentemente sobre la

[807] Aguiar, Asdrúbal. *La Coherencia Funcional entre el Derecho Internacional y el Derecho del Estado*, en obra: *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional, Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*, Tomo I, UCV-UCAB. Caracas, 2007, p 230.

ley nacional".[808] En la era actual se puede encontrar normas similares en las Constituciones de Argentina (artículo 31), de México (artículo 133) y de Venezuela (artículo 23), las cuales se pueden considerar como un resultado claro de lógica jurídica al momento de aplicar un tratado internacional.

Volviendo a las teorías, las discusiones entre el monismo y el dualismo datan del siglo XIX y comienzos del siglo XX. La doctrina del dualismo, defendida por Triepel y Anzilotti, mantenía la separación y autonomía de los sistemas normativos del derecho interno y el derecho internacional, consideraba además las fuentes normativas, los sujetos destinatarios, las garantías y el contenido mismo de las respectivas disposiciones. El caso es contrario por lo afirmado en el monismo o en la versión ecléctica, durante el siglo XX, en el que Hans Kelsen y George Scelle indicaban la existencia de un principio de la unidad o de la coexistencia funcional del sistema internacional y el sistema nacional, respectivamente, o como lo describiese Adolfo Maresca, al hablar del reenvío o remisión que cualquiera de los dos sistemas puede efectuar hacia el otro para resolver las eventuales oposiciones normativas. Comenzamos así con una breve reseña de estas modalidades.

18.2.2. Doctrinas pluralistas-dualistas

Estas doctrinas están especialmente influenciadas por los trabajos de Triepel y Anzilotti, la posición dualista ha influenciado fuertemente la doctrina italiana. En este sentido, para Triepel existe una separación radical entre el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno, debido a que las relaciones que reglamentan ambos derechos son distintas, ya que

[808] Constitución de los Estados Unidos (1787). National Archives. Disponible en: http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html

el derecho internacional regula las relaciones entre los Estados y el derecho interno regula las relaciones entre los particulares de un Estado. Igualmente, otro motivo de separación eran las fuentes de origen de cada uno de los derechos, puesto que el derecho internacional procede de la voluntad común de varios Estados, en tanto que los respectivos derechos internos provenían de la voluntad unilateral del Estado, por lo que las normas del derecho internacional no obligan a los particulares hasta que son transformadas en derecho interno. Además, ambos derechos no se confunden nunca debido a que el valor propio del derecho interno es totalmente independiente de que sea conformado con el derecho internacional.[809]

La doctrina tiene reflejo en la práctica internacional, aunque si bien es cierto que la transformación del derecho sigue siendo necesaria en muchas jurisdicciones, también es cierto que el radicalismo de la misma no se puede sostener en toda su extensión.[810] Entre las críticas realizadas por Rousseau a esta doctrina, se destacan que los argumentos de los dualistas no eran decisivos por que no se debía hablar de una diversidad de fuentes del derecho interno y del derecho internacional ya que se generaba una "confusión entre el origen de la norma y sus factores de expresión". Igualmente criticó el argumento de una aparente división de sujetos.[811]

Aparte de los nexos con los estudios realizados por Triepel, la misma fue acogida por Anzilotti, en el año 1905, en su obra *Il Diritto Internazionale nei giudizi interni*, la cual ha ejercido una gran influencia hasta la fecha. Tal como se ha indicado, Triepel afirmaba la existencia de una separación total entre el derecho nacional y el derecho internacional debido a que las relaciones que

[809] Rousseau Charles. *Derecho Internacional Público*. Publicaciones Ariel. Tercera Edición. Barcelona, 1966, p 09.
[810] Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, S.A, 10ma edición. Madrid, 1996, p 212.
[811] Rousseau Charles. *Obra citada*, p 10-11.

dan forma a ambos ordenamientos jurídicos son totalmente distintas ya que el derecho internacional regula las relaciones entre los Estados y el derecho interno regula las relaciones entre los particulares y el Estado. Otro de los motivos que se argumentaban para la separación eran las fuentes de cada uno, puesto que el derecho internacional proviene de la voluntad de los Estados, en tanto que el derecho interno deviene de la voluntad unilateral del Estado; por lo tanto, las normas del derecho internacional no pueden ser atendidas por los particulares hasta que las mismas no sean transformadas dentro del derecho interno. De acuerdo con Manuel Diez de Velasco, a pesar de que la doctrina tiene en cierto grado un reflejo en la práctica internacional actual, también es cierto que "el fenómeno de la transformación sigue siendo en buena parte necesaria; pero por el radicalismo de la misma, dicha doctrina no puede ser sostenida en toda su extensión".[812]

El dualismo hace un llamado de atención sobre la forma de producción de las normas, indica que las normas internacionales nacen del consenso alcanzado entre los Estados, teniendo como sus destinatarios finales los mismos Estados; en tanto que las normas del derecho interno surgen de la voluntad interna de los Estados, es decir, de su carácter heterónomo o autoritario, siendo sus últimos receptores los particulares. No obstante, la teoría dualista tiene como fundamento primordial la soberanía ya que sus autores vivieron una época diferente a la actual, en la que prevalecía la unión de las soberanías dentro de un régimen internacional amplio, que se encontraban relacionados sin poseer una atadura o sujeción. Por estas razones, hacer de lado una normativa internacional sería inapropiado puesto que el derecho internacional obliga a los Estados en sus relaciones recíprocas y en sus jurisdicciones internas, mientras que las normas del

[812] Diez de Velasco, Manuel. *Obra citada*, p 212.

orden interno, los poderes del Estado, a través de sus órganos, sólo se limitan a cumplir y aplicar las normas provenientes de la propia legislación.[813]

18.2.3. El monisno

La teoría monista no acepta la posición dualista, puesto que rechaza la existencia de dos sistemas jurídicos que sean distintos uno del otro y afirma que en ambos se regula la conducta de los sujetos, a pesar de que en el derecho internacional esa conducta sea atribuida a los Estados. Se afirma inclusive que la normas obligan a los sujetos sin considerar la voluntad de los mismos, ya que ambos ordenamientos jurídicos son uno mismo, por lo que el problema no se plantea en transformar las normas del derecho internacional en derecho nacional sino que más bien la premisa debe ser incorporar el derecho internacional al derecho nacional. Es importante destacar que el derecho internacional es trascendental para determinar la competencia de los tribunales nacionales, así como para determinar la naturaleza de las funciones que se le asignan a algunos funcionarios del Estado, verbigracia, los funcionarios diplomáticos; sin embargo, el derecho internacional necesita de la colaboración del derecho interno para su ejecución, debido a que el primero necesita del último, lo cual se destaca de la constante mención al reenvío que realiza el derecho internacional al derecho interno.[814]

En el monismo se encuentran diversas posiciones, pero en general para los monistas existe una "unidad en el ordenamiento jurídico", esta posición proviene de la Escuela de Viena, liderada por Kelsen. Como se sabe, Kelsen indicaba que la doctrina normativista encontraba que la validez del derecho deviene no en la voluntad sino en una norma superior, es decir la

---

[813] Aguiar Asdrúbal. *Obra Citada*, p 243.
[814] Faúndez Ledesma, Héctor. "*La Sentencia 1.942, Un Monumento al Disparate",* en obra "*Sentencia 1.942 vs. Libertad de Expresión",* Aequitas – Comisión Andina de Juristas. Caracas, 2003, p 197-200.

supremacía de uno sobre otro dependería de determinar en cuál ordenamiento jurídico reposaba la norma superior. Ulteriormente, Kelsen y un grupo de compañeros de la escuela ubicaron el derecho internacional como norma suprema.[815]

Además, cabe destacar que el monismo normativista kelseniano indica que existe unidad e integridad de todo el ordenamiento jurídico, lo que implica que el derecho internacional puede tener aplicación directa en el derecho interno. Esto se debe a que ambos derechos, tanto el nacional como el internacional, se encuentran conectados y compenetrados entre sí, ya que la obligatoriedad y la validez de todas las normas jurídicas siempre dependen o están sujetas a su validación por otras normas de carácter superior o de mayor jerarquía, todo esto dentro de una pirámide de aplicación de la ley o cadena en cuyo vértice se encontraría la 'norma fundamental'. No se puede dejar de lado, el hecho de que Kelsen situó como norma fundamental a la Constitución dentro del derecho local, motivado por las mismas razones que influyeron el pensamiento de Triepel y el dualismo. Sin embargo, la posición de Kelsen cambió luego de los nuevos trabajos realizados por la Escuela de Viena con Verdross, así como por los hechos acaecidos en la II Guerra Mundial y la adopción de la Carta de San Francisco en el año 1945, que terminó situando al derecho internacional como la norma fundamental a ser seguida por el derecho interno, al indicar que la primera es la fuente de validez de todo el sistema subsidiario, lo que incluye por supuesto al derecho interno de los Estados y abraza a todos sus órganos y niveles de competencia. Así, Kelsen defendió el monismo con primacía del derecho internacional basándose en su apreciación del desarrollo que se vivió desde la conocida sociedad internacional de coexistencia entre soberanías

[815] Diez de Velasco Manuel. *Obra citada*, p 212.

paritarias hacia otra de carácter institucional, que reposaba sobre la permeabilidad de las soberanías frente al orden público internacional emergente y de la garantía multilateral de los derechos humanos.[816] A la par, Verdross en la Academia de Derecho Internacional de la Haya, en el año 1927, indicó que los Estados no tienen libertad ilimitada para legislar, puesto que estos conviven en la comunidad internacional y su libertad depende del derecho internacional.

El monismo moderado es otra rama del monismo desarrollada especialmente por Verdross, siendo denominada así por él. Esta corriente, a pesar de reconocer la unidad del derecho internacional, admitía que ambos ordenamientos jurídicos poseían individualidad propia; además, que el derecho internacional no podría por sí mismo derogar las normas del derecho interno que fuesen contrarias al derecho internacional. Por lo tanto, las normas internas serían inexistentes o nulas; sin embargo, podrían engendrar la responsabilidad internacional del Estado cuando estas fuesen contrarias al Derecho Internacional.[817]

Por su parte, en general, Rousseau llegó a criticar el hecho de que la doctrina monista resultaba insuficiente puesto que sólo era válida con relación a los tratados, cuya fuerza obligatoria se apoyaba sobre la Constitución, además de que se encontraba en contradicción con el derecho internacional positivo, ya que "si las obligaciones internacionales se fundamentasen en la Constitución estatal, su validez debería quedar subordinada a la de la Constitución sobre cuya base han sido asumidas, en especial, todo cambio de orden constitucional debería significar la caducidad de los tratados". En consideración del autor, esto no era lo que se observaba

[816] *Ibidem.*
[817] Diez de Velasco, Manuel. *Obra citada*, p 213.

en la práctica internacional. En lo que respecta al monismo con primacía del derecho internacional, Rousseau criticó que suprimía toda distinción entre el derecho internacional y el interno para fundirlos en un derecho universal, así como que el monismo parecía contradecir la verdad histórica porque al convertir el derecho interno en una delegación del derecho internacional se establece una contradicción con los datos históricos, lo cual podría sostenerse únicamente si pudiese probarse la existencia del derecho de gentes desde los inicios de la humanidad. Finalmente, indica que el monismo olvida ciertos elementos formales del derecho positivo, por ejemplo, desconocer que los actos jurídicos internos sólo se pueden modificar a través de procesos análogos a los que hayan sido establecidos para su puesta en vigor.[818]

18.2.4. La doctrina de la coordinación del derecho internacional y de los derechos internos bajo un orden jurídico común

Esta se encuentra dentro del monismo y ha sido defendida por profesores españoles, quienes indican que "la comunidad internacional existe para el bien de los Estados y no tiene otra razón de ser que este bien común, en el que todos los Estados participan. Finalmente este bien común internacional, como quiera que hay otras comunidades sociales, además de la internacional, es subsidiario del bien común de las restantes: lo que la familia pueda hacer con perfección no debe hacerlo el municipio, lo que el municipio pueda hacer bien no lo haga la región, ni lo que ésta el Estado, ni lo que el Estado la Comunidad Internacional, ya que el principio político que postula esta posición orgánica del bien común es la máxima libertad, compatible con el mínimo de autoridad que exija en cada coyuntura histórica el bien común

[818] Rousseau, Charles. *Obra citada*, p 14-15.

de la Comunidad superior". Se agrega, además, que "los Estados crean, mediante usos repetidos con convicción jurídica o por acuerdo de voluntades en los Tratados, el Derecho Internacional positivo sin otros límites que los que exija el bien común internacional". Se destaca el señalamiento de los autores sobre la existencia de límites impuestos por el bien común internacional al propio derecho internacional, de lo que se deduce una subordinación tanto de este derecho como del interno a ese bien común internacional que viene a ser un reflejo de las ideas ius naturalistas.[819]

18.2.5. La coherencia en la actividad jurídica

Por otra parte, se ha llegado a indicar que se hace necesaria la relación, coordinación, integración, adecuación o sincronía entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados, en virtud de lo que se ha denominado como el principio "de la coherencia en la actividad jurídica y el comportamiento del Estado en una y otra esfera" de su actividad, ya que los Estados son los que actúan en el plano internacional. Esto lo realizan haciendo uso de su soberanía y todas reunidas han hecho válidas sus actuaciones y estas a su vez son las creadores de su derecho interno.[820]

Tal como se ha observado, la teoría dualista partía de la base de no considerar que existiese conflictos entre el derecho internacional y el derecho interno, debido a que ambos tenían intereses distintos y a que cuando se materializaba la transformación de la norma internacional en norma interna, ya la norma quedaba integrada y ordenada dentro de la pirámide normativa del derecho local. Por su parte, el monismo mantenía que no podía existir una controversia entre las normas debido a que se

[819] Diez de Velasco, Manuel. *Obra citada,* p 213.
[820] Aguiar Asdrúbal. Obra citada, p 247.

sostenía que existía una unidad de todo el sistema jurídico interno e internacional, existiendo inclusive un orden de jerarquización de las normas para poder resolver una eventual discrepancia, por lo que a la versión monista con primicia del derecho internacional, se le consideró que formaba parte del derecho interno del Estado.

No obstante, la realidad constitucional comparada demuestra que si bien la tendencia doctrinal y la práctica contemporánea pregonan el principio de la primacía del derecho internacional, no quiere decir que los Estados no han dejado de condicionar la efectividad de sus relaciones jurídicas dentro de la comunidad internacional a ciertas exigencias que han sido pautadas, verificándose de esta forma, a criterio del autor Asdrúbal Aguiar, una relación 'funcional' y coherente, lo que ha denominado como 'principio de la coherencia funcional' entre ambos grupos normativos, originando de esta forma diversas soluciones o alternativas. Sin embargo, no se ha llegado a indicar con base en esa supremacía que el derecho internacional pueda declarar la nulidad de las normas internas de los Estados que lo contradigan, por lo que se satisface por ahora el reclamar al Estado cuando su ordenamiento jurídico no ha sido adoptado al derecho internacional o cuando sus órganos no aplican o desaplican la normativa internacional que les obliga su responsabilidad por un hecho internacionalmente ilícito, exigiendo, en consecuencia, reparar los daños causados por la acción u omisión que le sean imputables. Por tanto, de acuerdo con el autor Asdrúbal Aguiar, cuando el Estado aplica dentro de su jurisdicción su propia normativa, en contraposición al derecho internacional, quizás y de acuerdo a su Constitución, estaría procediendo 'legalmente', en tanto que desde la óptica del Derecho Internacional no procedería 'ilegalmente' sino "ilícitamente",

debido a que la norma interna sólo tiene la condición de simple hecho para el Derecho Internacional.[821]

A pesar de que la tesis dualista y monista fueron el resultado necesario de la conciliación histórica y propia de su tiempo, así lo fue la tesis pragmática ecléctica que advirtió la necesidad de promover la primacía del Derecho Internacional. En opinión de Asdrúbal Aguiar, no le parece exagerado indicar que dichas tesis resultan insuficientes para la adecuada comprensión de la realidad internacional actual. Por lo tanto, más allá del Estado y de sus constantes cambios y movimientos a nivel internacional, es realmente el hombre quien se ha convertido como fin y sujeto del orden, por el reclamo del respeto a su dignidad y la diversificación de las formas sociales subsidiarias que este crea y recrea, como ser único, lo que se traduciría en el principio *pro homine et libertatis*. En este sentido, la coherencia funcional debe reconocer ciertos datos objetivos, a saber:

"1. La norma internacional nace de un acto concursal de voluntades soberanas, tanto como la norma nacional deriva de un acto de soberanía, de donde, siendo el Estado autor y descriptor de ambos repartos de conducta, su comportamiento ha de ser congruente en una y otra esfera de la actividad normativa.

2. La insuficiencia institucional del orden internacional contemporáneo impone su desdoblamiento funcional a manos del Estado, vale decir, el reenvío necesario de las normas de aquél hacia las normas del Derecho Interno para que las primeras puedan realizarse cabalmente.

[821] Aguiar, Asdrúbal. *Obra citada*, p 259.

3. Dado el papel funcional y estratégico del orden del Estado para los fines internacionales, el orden internacional ha de operar con relación al mismo según el criterio de la subsidiariedad, y cuando se le sobrepone por razones atinentes al orden público internacional debe preservarlo de los riesgos de vaciamiento.

4. La validez e imperio del orden público internacional reclama de su delimitación estricta y de su realización por el Estado conforme a los medios de que éste dispone.

5. El Estado, en su labor exegética y operacional para la integración, relación, coordinación o sincronía entre las normas internacionales e interna ha de guiarse por la regla de la buena fe (*pacta sunt servanda*), mediante un traslado de conceptos desde el orden internacional hacia el orden interno en el que medie la sana crítica y con vistas al objeto de las normas relacionadas.

6. En todo caso, ante situaciones de duda provocadas por la relación necesaria entre las normas internacionales y los predicados del Derecho Interno, como de la eventual oposición –tratándose de la protección y garantía supranacional de los Derechos Humanos–. Entre derechos que merecen igual tuición, de manera razonada el juez nacional ha de apelar al método del *balancing test* [822] (test ponderativo), optando por la solución que menos afecte el núcleo pétreo de ambos derechos en oposición aparente, en hipótesis concretas, atendiendo a las justas exigencias del bien común en

[822] Toller, Fernando. *Interpretación Constitucional*. México: Editorial Porrúa. 2005, p 1028. El método afirma que no hay derechos absolutos en sí y que entre los derechos no hay prioridades absolutas. Existen tres tipos de *balancing* o ponderación, el *balancing test* también denominado *balancing estricto o ad-hoc balancing,* el *balancing amplio* y el *definitional balancing.*

una sociedad democrática y con vistas, por encima de todo, al principio fundacional *pro homine et libertatis"*.

18.2.6. Observaciones generales

De lo observado se desprende la propuesta de diferentes modalidades como procedimientos de inserción del Derecho Internacional para su adopción en el derecho local, estas doctrinas son independientes de la posición teórica que haya asumido el Estado, debido a que la adopción del derecho internacional se hace de acuerdo con los dictámenes de la Constitución de cada Estado, por lo que resulta significativo verificar otras vías que permitan que el Derecho Internacional alcance su efectividad o aplicación plena en el derecho local. Cabe destacar que sólo apreciando cada procedimiento particular de la integración internormativa, entre normas nacionales e internacionales, el ejecutor podrá establecer cada uno de los efectos de las normas internacionales integradas, agregándose que la debida o indebida aplicación de la norma por parte del Estado puede devenir en la responsabilidad internacional del Estado por hecho internacionalmente ilícito.[823]

La doctrina italiana ha referido, además, dos tipos de procedimientos para la inserción del derecho internacional en el derecho local, considerando la tesis dualista y monista:

a) La transformación normativa: la misma consiste en que una norma del Derecho Internacional es reformulada como una norma del derecho local siguiendo los mecanismos previstos por el legislador nacional para permitir su posterior aplicación por los órganos del Estado. Al final, el operador no

[823] Aguiar, Asdrúbal. *Obra citada*, p 261.

considera el origen de la norma sino que más bien procede a su aplicación, como lo haría con cualquier otra del sistema normativo.

b) El reenvío o recepción automática: este se materializa cuando el órgano depositario de la potestad normativa nacional, por exigencia o por remisión que hacia él hace el Derecho Internacional o por mandato constitucional, se limita al respeto de la norma internacional de la forma en que fue originariamente creada, proceso que se conoce con el nombre de 'recepción automática' del tratado internacional. En este sentido, el operario deberá recurrir al significado de acuerdo con las pautas fijadas a nivel internacional.

Por otra parte, se tiene el modelo fijado por la práctica constitucional comparada. En este aspecto, Pastor Ruidrejo desdibuja varias fórmulas de inserción o recepción del derecho internacional en el derecho local, a saber:

> "1. La aceptación de la obligatoriedad del Derecho Internacional, sujeta a alguna exigencia formal –expedición de una ley, por ejemplo– del Derecho Interno;
>
> 2. La incorporación automática del Derecho Internacional en el Derecho Interno;
>
> 3. La incorporación automática del aquél junto a la declaratoria de su preeminencia sobre el Derecho Interno del Estado;
>
> 4. La proclamación explícita dentro del Derecho Interno de ciertas reglas o normas de Derecho Internacional."

Sin embargo, cada una de las modalidades *ut supra* indicadas variarán dependiendo de lo que establezca el derecho constitucional de cada país. En relación con los Tratados de Derechos Humanos, se ha indicado que los mismos pertenecen a la categoría de tratados *self executing*; en este sentido, Eduardo Jiménez de Aréchaga ha indicado que los tratados de Derechos

Humanos “tienen en principio carácter ejecutable por sí mismos y por lo tanto pueden ser exigidos en forma directa e inmediata ante los tribunales locales”. Por el contrario, Buerghental opina que depende del derecho interno que un tratado sea autoejecutable y no del derecho internacional:

“En todo caso pueden admitirse normas de un tratado que sean ‘directamente aplicables’-. Estas normas de derecho internacional deben interpretarse en el sentido de que imponen a los Estados la obligación de convertirlas, a través de su derecho interno, en autoejecutables”.

Ahora bien, en el tema que nos compete, el profesor Asdrúbal Aguiar considera que es notable el reenvió o la servidumbre que realiza la Corte Penal Internacional en favor de las jurisdicciones nacionales; en su opinión, la misma da una impresión de 'fragilidad en su fortaleza”. No obstante, aclara que se puede notar la “existencia de un sistema de sanos contrapesos que revierte el carácter complementario”, lo cual queda reflejado en los artículo 1 y 17.1, literales a) y b) del Estatuto.[824]

No obstante, dejando de lado todas las consideraciones doctrinarias, la comunidad internacional ha mostrado interés por el creciente grado de interrelación entre el ámbito internacional y aquellos que se originan en el campo nacional, siendo que los mismos Estados han aceptado, en consenso y a nivel internacional, la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional. Esto ha quedado explicado de forma clara por Cesáreo Gutiérrez Espada, quien indicó:

[824] Aguiar, Asdrúbal. *Obra citada,* p 270.

"1. Los Estados están obligados a introducir en su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos internacionales válidamente contraídos.

2. Los Estados, tal y como lo han aceptado expresamente en el plano internacional, no pueden invocar su legislación interna para hacerla prevalecer postergando la aplicación de una norma jurídica internacional.

3. Los Estados no pueden modificar mediante actos de su Derecho Interno las formas del Derecho Internacional".

De esta forma, cabe recordar lo indicado en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en sus artículos 27 y 46, los cuales prohíben la invocación del derecho interno para deslindarse de las obligaciones internacionales:

Artículo 27 "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46".

Artículo 46 "Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe".

Finalmente, la jurisprudencia internacional emanada por la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, ratificada posteriormente por la Corte

Internacional de Justicia, indica que se debe "recordar el principio fundamental de derecho internacional de la prevalencia de éste sobre el derecho interno".[825] En su día, la Corte Permanente de Justicia Internacional indicó en el caso del intercambio de poblaciones griegas y turcas que:

> *"Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos contraídos (…). Es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado".* [826]

En la Constitución venezolana encontramos una mixtura entre el sistema monista, en materia de derechos humanos, y el sistema dualista, en cuanto a la adopción de los tratados internacionales. Por esta razón, dependerá de la voluntad del legislador bajo qué norma constitucional se hará la implementación del Estatuto de Roma. En la próxima sección se revisarán estos supuestos, además de cuál sería el método idóneo para hacerlo.

19. La implementación del Estatuto de Roma y la protección de la Constitución

19.1. La complementariedad, la cooperación y el deber de implementar el Estatuto de Roma.

[825] CIJ. Opinión Consultiva sobre la Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del Acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la ONU, 1988.
[826] CPIJ. Caso del intercambio de poblaciones griegas y turcas, Serie B, nº 10, p 20. 1925.

La operatividad de la CPI, con relación a la jurisdicción, está básicamente regulada por el principio de complementariedad, el cual busca establecer un balance entre la soberanía del estado y el deber de juzgar a los perpetradores de crímenes internacionales, dejando así la responsabilidad primaria de juzgar a estos perpetradores a las jurisdicciones nacionales. Lo dicho se encuentra especialmente tipificado en el artículo 17 del Estatuto, el mismo también incorpora el principio *ne bis in idem,* mayormente desarrollado en el artículo 20.[827]

El proceso de implementación del Estatuto es de suprema importancia puesto que la operatividad de la CPI descansa sobre la premisa de que los Estados compartirán la carga de investigar, juzgar y adjudicar la gama de los crímenes internacionales mediante los procedimientos penales que se llevan acabo en sus respectivas jurisdicciones. Por esta razón, la Corte coexiste con los diferentes sistemas legales y sólo puede asumir su jurisdicción cuando los Estados no tienen la capacidad o la disposición de investigar o juzgar. De esto deviene la conclusión de que la incorporación de los crímenes y figuras de participación del Estatuto de Roma en la jurisdicción nacional tiene su conexión lógica con la capacidad de dar respuesta de un Estado, en cuanto a investigar y juzgar a nivel local la comisión de estos crímenes, además de que facilitaría las solicitudes de cooperación realizadas por la CPI y constituiría una paso esencial en la lucha contra la impunidad. Se tiene así que de los 121 estados partes del Estatuto, menos de la mitad ha adoptado medidas legislativas que permitan implementar los crímenes y la cooperación con la CPI.[828]

---

[827] Meyer, Frank. "*Complementing Complementarity*", International Criminal Law Review, nº 6, año 2006, p 549-583.
[828] Bekou, Olympia. "*Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level".* Journal of International Criminal Justice, nº 10, año 2012, p 677-678.

Además, es importante señalar de forma clara y contundente que el derecho penal en general no es realmente el adecuado para juzgar ciertas conductas incluidas en el Estatuto de Roma, esto se debe a que en la mayoría de las jurisdicciones no existe una figura equivalente en el derecho penal que sea capaz de captar la esencia de la conducta criminalizada a nivel internacional. Un ejemplo de esto es que uno de los crímenes de lesa humanidad sea juzgado bajo una norma ordinaria del derecho penal, lo mismo se mantiene en los crímenes de guerra, aunque tal vez esta situación no podría dar pie a que la Corte entre en funciones. Aunque algunos han indicado que lo importante es juzgar el crimen cometido bajo la figura penal con que se cuente al momento de sentenciar en jurisdicción nacional. En este sentido, compartimos la opinión de Bekou, quien ha indicado que juzgar un crimen internacional como un crimen ordinario no hace necesariamente al Estado incapaz automáticamente. Lo realmente importante es la calidad del proceso; no obstante, tratar o juzgar los crímenes internacionales como crímenes ordinarios no es apropiado, debido a que los crímenes ordinarios o los juicios no tienen el mismo estigma que los crímenes internacionales y no tendrían el mismo impacto ante la mirada de las víctimas, perpetradores del crimen o en la comunidad internacional, por esto, la legislación debida y adecuada es importante en la normativa nacional.[829]

En el continente europeo se consideró que los Estados en donde regía la doctrina 'dualista' tenían el deber de promulgar una ley de incorporación del Estatuto de Roma en el derecho interno para adoptarlo. Esto ocurrió en los países del *common law*, como fue el caso de Reino Unido, la República de Irlanda y Malta (este último país se caracteriza por su sistema híbrido entre el derecho civil y el derecho consuetudinario). Igualmente, se debe destacar

[829] Bekou, Olympia. *Obra citada*, p 678-679.

que este 'sistema internacional penal' era novedoso y que la mayoría de las constituciones europeas se adoptaron en períodos en los que este tipo de administración de justicia no se había considerado. No obstante, es oportuno recordar que la implementación del Estatuto no sólo depende de consideraciones jurídicas formales sino también de decisiones políticas. Un ejemplo de esta afirmación es la interpretación que se le pueda dar a las disposiciones de la Constitución, considerando además los principios que se adoptaron en el Estatuto de Roma.[830]

El siguiente reto que afrontaron los Estados parte en Europa fue la necesidad de adaptar las legislaciones de sus países para adecuarse a las exigencias y obligaciones que se generaron a raíz del Estatuto de Roma, entre ellas, por ejemplo, la cooperación.

Finalmente, el tercer reto se refirió a la tipificación, en la legislación penal, civil y militar interna, de los crímenes internacionales, así como la adaptación de las leyes de procedimiento penal, civil y de justicia militar, de acuerdo con los estándares del Estatuto de Roma, para permitir la sanción de los eventuales criminales.[831] Aunque el Estatuto no impone el deber de tipificar tales delitos, la CPI es complementaria a la legislación nacional, por lo que es de esperar que sean los tribunales locales los que juzguen la comisión de estos delitos.

En el caso de los países europeos, se actuó a nivel legislativo y se aprovechó el momento para dar conformidad a sus leyes nacionales con base en las obligaciones internacionales contraídas en temas como derecho

[830] Pellandini, Cristina. *La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: La experiencia de los países europeos*, en obra *La Corte Penal Internacional (Ensayos para la Ratificación e Implementación de su Estatuto)*. Universidad Iberoamericana, Secretaria de Relaciones Exteriores México, D.F. 2002, p 152.
[831] Pellandini, Cristina. *Obra citada,* p 153.

internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos. A este proceso se sumaron las reformas de los códigos penales.[832]

En el caso de Alemania, se optó primero por hacer una evaluación de la Constitución; posteriormente, se indicó que el Estado alemán podía ratificar el Tratado de Roma, para ello se realizó una enmienda a la Constitución que prohibía la extradición de nacionales y se contempló la posibilidad de entregar un nacional a la CPI o a un Estado miembro de la comunidad europea.[833] Por su parte, Francia, antes de ratificar el Estatuto, realizó una enmienda a su Constitución. Bélgica, antes de la ratificación del Tratado, también enmendó la Constitución, realizó modificaciones en el ordenamiento jurídico interno y se procedió a insertar una nueva disposición en la Constitución, siguiendo así el modelo francés.[834] En el caso de España, luego de un estudio profundo de la Constitución, se optó por un procedimiento especial establecido en la misma, que permitió transferir a la CPI el ejercicio de ciertas competencias; posteriormente, el Estatuto de Roma se incorporó con fuerza de ley y con rango superior al derecho interno. En Suiza, un grupo de expertos determinó que debido a todos los cambios complejos que se debían hacer en su normativa nacional y del tiempo que tomaría realizarlos, lo mejor era llevar a cabo este procedimiento en dos etapas. Una primera fase en la que se acordó: a) la aprobación de la ratificación del Estatuto, b) la ley de cooperación con la CPI, c) el proyecto de modificación de los códigos penales civiles y militares para incorporar las sanciones de los crímenes contra la administración de justicia de la corte.

[832] Pellandino, Cristina. *Obra citada,* p 154.
[833] *Ibidem*, p 155.
[834] *Ibidem*, p 156.

Posteriormente, los suizos procedieron a realizar un referéndum para aprobar todas estas modificaciones.[835]

En Latinoamérica, Costa Rica optó por la adopción de una *Ley de Remisión*, mientras que países como Argentina, Brasil, Canadá, Ecuador, Bolivia, Uruguay, Panamá, Honduras y Paraguay optaron por la adopción de una legislación interna, a través de una ley o de la modificación de sus respectivos códigos penales. Por último, Colombia y Perú optaron por la adopción sistémica del Estatuto en su legislación.[836] De todos estos países, Argentina, Brasil, Canadá, Perú, Uruguay han implementado en su totalidad el Estatuto de Roma.

En estos ejemplos se destaca que la implementación se puede enfocar desde diferentes perspectivas, por ejemplo: 1) de forma general o 2) de forma particular por falta de una legislación unificada. Ahora bien, ¿por qué surge el tema de la implementación del Estatuto de Roma? Venezuela es parte del Estatuto de Roma pero a la fecha no se ha logrado su implementación, ni siquiera una mínima compaginación entre ese tratado y el derecho local. Por lo tanto, es necesaria la revisión de una serie de conceptos que permitan su posterior implementación.

19.1.1. La complementariedad

El Estatuto no establece una definición de lo que debe entenderse como complementariedad, aunque este es uno de los principales pilares de la corte; no obstante, el artículo 17 otorga una receta para que pueda desarrollarse paulatinamente el principio de complementariedad. Por tanto, la

---

[835] *Ibidem,* p. 160.
[836] Moya Sánchez, Thairi. "*La Implementación Del Estatuto De La Corte Penal Internacional y La Cooperación Internacional Como Herramientas En La Lucha Contra La Impunidad: Avances Y Desafíos En Latinoamérica*" En Obra "*Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana*". Tirant México. Ciudad de México. 2014. p. 160.

palabra *complementaria*, a criterio de Stigen,[837] refleja la idea de que la Corte deberá conocer un caso cuando las jurisdicciones nacionales tengan deficiencias para realizarlo.

La complementariedad tendría como resultado que la CPI llene un eventual vacío dejado por la jurisdicción nacional, haciendo posible que entre las dos jurisdicciones se cree un sistema perfecto de lucha contra la impunidad. Por lo tanto, en palabras de Stigen, en un sistema realmente perfecto, la CPI complementaría a las jurisdicciones nacionales de dos formas: 1) mediante una forma cuantitativa, que permite la adjudicación de los casos en que el estado ha fallado y, 2) de una forma cualitativa, a través de la búsqueda de justicia genuina cuando esta ha sido objeto de interferencia.[838]

De esta forma, según Stigen, en contexto, se puede indicar abiertamente que la CPI complementa las jurisdicciones nacionales y no viceversa, lo cual se desprende claramente al realizar la lectura conjunta del parágrafo 10 del Preámbulo con el artículo 1 del Estatuto; en los mismos no se indica que las dos jurisdicciones se complementarán mutuamente sino que una complementa la otra. De esta forma, la misión de la CPI es llenar el vacío dejado por la inactividad, falta de disposición o capacidad de un Estado, en tanto que las jurisdicciones nacionales no llenarían ningún eventual vacío por deficiencia de la CPI. Además, se puede agregar que de acuerdo con el artículo 20 (2) del Estatuto, se establece que ninguna jurisdicción nacional podrá investigar o sentenciar un caso dirimido ante la CPI.[839]

---

[837] Stinge, Jo, *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions. The Principle of Complementarity,* Leiden, Martinus Nijhoff Publishers. 2008, p185.
[838] *Ibidem*, p 188.
[839] *Idem.*

19.1.2. La complementariedad positiva

A pesar de los esfuerzos realizados para esclarecer el funcionamiento de la complementariedad antes, durante y después del inicio del proceso penal ante la CPI, a través de lo establecido en los artículos 17, 19 y 20, del Estatuto,[840] recientemente, a nivel internacional, en especial a nivel regional (América Latina y África), se ha tratado de implementar el concepto de la 'complementariedad positiva'. Este ocupó una posición importante en el "Plan Estratégico de la Oficina de la Fiscalía para los años 2009-2012",[841] en el cual se estableció que el Fiscal de la Corte debía informar a la "Asamblea de los Estados Partes"[842] de las gestiones realizadas que garanticen la promoción de las jurisdicciones nacionales; indicándose:

> *16. according to the Statute, States have the primary responsibility for preventing and punishment atrocities in their own territories. In this design, intervention by the Office is exceptional –it will only step in when States fail to conduct genuine investigations and prosecutions–. This principle of complementarity has two dimensions;(i) the admissibility test, i.e. how to assess the existence of national proceedings and their genuiness, which is a judicial issue; and (ii) the positive complementarity concept, i.e. a proactive policy of cooperation aimed at promoting national proceedings.*[843]

Siendo posteriormente definida de la siguiente manera:

---

[840] El funcionamiento de la complementariedad se debe leer en conjunto con el texto del Estatuto de Roma y de las Reglas de Procedimiento y Pruebas de la CPI.
[841] CPI. The Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 01 de febrero de 2010, *http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf*
[842] La Asamblea de Estados Partes es el cuerpo administrativo y legislativo de la CPI. Al respecto, el Artículo 112 del Estatuto establece que "cada Estado Parte tendrá un representante en la Asamblea que podrá hacerse acompañar de suplentes y asesores" y cada Estado Parte debe tener un voto. Otros Estados signatarios del presente Estatuto o del Acta Final podrán participar en la Asamblea a título de observadores…*omissis.*
[843] CPI. The Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, artículo citado.

The positive approach to complementarity means that the Office will encourage genuine national proceedings where possible, including in situations countries, relying on its various networks of cooperation, but without involving the Office directly in capacity building or financial or technical assistance.[844]

La misma ha tomado especial relevancia en los países de la región para implementar el estatuto. La complementariedad positiva se distingue de la complementariedad cooperativa, tiene su sustento en el preámbulo y en el artículo 93 (10) del estatuto de Roma y se debe diferenciar de la complementariedad del artículo 17. La Fiscalía ha indicado que "en todas las fases del examen preliminar, y de manera consistente con su política de complementariedad positiva, la Oficina buscará estimular, cuando sea viable, investigaciones y acusaciones nacionales genuinas por parte de los Estados concernidos, y cooperar y proporcionar asistencia a esos Estados en desarrollo del artículo 93 (10)".[845] La complementariedad positiva se utiliza en el caso de Colombia y, en este caso, ha sido verificada a través de la asistencia otorgada para que las autoridades colombianas puedan llevar a cabo su deber de investigar y enjuiciar los delitos que fueron cometidos.[846] En este tipo de cooperación se busca favorecer la jurisdicción local, una política proactiva de cooperación que busca la promoción de juicios en las jurisdicciones nacionales.[847] Se ha señalado que tiene sus orígenes en los

[844] CPI. The Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, documento citado.
[845] Lawyers without borders. *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo "positivo".* Disponible en: http://www.iccnow.org/documents/asf_rapport-espagnol--complementarity_and_colombia.pdf
[846] Olásolo Alonso, Héctor. *El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar*. University for Peace. Disponible en: https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Olasoloformatted.pdf
[847] Tillier, Justine. "*The ICC prosecutor and positive complementarity: strengthening the rule of law?".* International Criminal Law Reviews nº 13, 2013, p 507-591.

tribunales *ad hoc* debido a que los organismos internacionales han asistido a los fiscales locales en sus respectivos trabajos.[848]

19.1.3. Cooperación internacional

Con relación a este punto, se exige en el artículo 88 a los Estados Partes la obligación de adoptar normas en su derecho interno para permitir la aplicación de la cooperación con la Corte.

> Artículo 88. Procedimientos aplicables en el derecho interno
>
> Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte.

Se ha indicado que el artículo contiene una obligación de resultado y no una de conducta, por lo que los estados deben revisar las normas relevantes y pertinentes a la materia para asegurar que podrán satisfacer cualquier solicitud realizada por la Corte. Por esta razón, en el caso de que no puedan dar cumplimiento a una solicitud por un vacío o una incompatibilidad en su sistemas legal nacional, estaríamos frente a una violación del artículo 88 del Estatuto de Roma.[849] En este sentido, es oportuno destacar que la Asamblea General de Estados partes ha indicado que "*the ratification of the Rome Statute must be matched by national implementation of the obligations emanating therefrom, notably through implementing legislation, in particular in the areas of penal law and judicial cooperation with the Court, and in this regard encourage States Parties to the Rome Statute that have not yet done*

[848] Schabas, William. The International Criminal Court, obra citada, p 1024.
[849] *Ibidem*, p 988.

so to adopt such implementing legislation as a priority".[850]

Se tiene así que muchos países debieron cambiar o eliminar de su normativa interna inclusive normas constitucionales, normas que regulaban desde la inmunidad de los jefes de Estado hasta normas que prohibían la entrega de nacionales a la Corte.[851]

Se ha indicado que el sistema de cooperación utilizado por la CPI es una mezcla del modelo vertical y horizontal utilizado por los Tribunales para la ex Yugoslavia y Ruanda. La obligación de cooperar con dichos tribunales es una consecuencia directa, al ser estos órganos subsidiarios del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, plasmándose así la primacía de estos tribunales ante las jurisdicciones nacionales. Esta obligación quedó establecida para los países miembros de la ONU, pero el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia extendió esta función, como un deber, a entidades no reconocidas que ejercieran funciones gubernamentales.[852]

Por su parte, la CPI es una organización intergubernamental independiente y autónoma con personalidad legal internacional y poderes para solicitar la cooperación de los Estados partes. El Estatuto establece taxativamente la obligación de los Estados parte de cooperar completamente, lo cual implica que la CPI no puede solicitar cooperación más allá de lo permitido por el Estatuto. Por lo tanto, la obligación de cooperar requiere que el Estado realice los cambios necesarios en la legislación nacional que permitan esta función.[853] De acuerdo con Cassese, las especificaciones realizadas en

---

[850] CPI. "*Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties.* Resolución nº 7. Para 3. ICC/ASP/2/

[851] Schabas, William. *The International Criminal Court*, obra citada, p 990.

[852] TPIY. Trial Chamber, Karadzic y Mladic Case, 11 de julio de 1996, parágrafo 98. *http://www.icty.org/x/cases/karadzic/trans/en/960711IT.htm*

[853] Cryer, Robert. et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 406

materia de cooperación, a lo largo del Estatuto, han servido para restringir el poder judicial de interpretación en relación con el deber de cooperar y de la misma manera establecer 'salvaguardias' legales para los Estados.[854]

Tal como se ha indicado anteriormente, la complementariedad y la cooperación con la Corte Penal presenta ciertos desafíos al momento de la implementación de las mismas en las legislaciones nacionales. En la próxima sección se hará un breve acercamiento a las iniciativas emprendidas por Latinoamérica para lograr la complementariedad y la cooperación con la CPI.

19.2. La implementación del Estatuto y sus modalidades

Nos gustaría comenzar esta sección trayendo a colación la sentencia de *Ojdanic*, emanada por la Sala de Apelaciones del TPIY, en la que se consideró que es necesario estudiar la legislación nacional "*for the purpose of establishing that the accused could reasonably have known that the offence in question… was prohibited and punishable"*. La legislación nacional, por lo tanto, puede tener el efecto de poner al acusado al tanto de la existencia en el derecho internacional de la sanción de estos crímenes, este podría ser el caso incluso si el derecho nacional no criminaliza explícitamente un crimen de relevancia internacional.[855]

Antes de comenzar a desarrollar este aparte, es necesario recordar que el Estatuto de Roma fue creado como una norma internacional. Este permite establecer las directrices que garanticen el funcionamiento de la Corte, razón por la cual no es de esperar que el Estatuto sea implementado, en toda su extensión, en la legislación local; por lo tanto, el desarrollo del mismo

[854] Cassese, Antonio, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 358.
[855] ECCC. *Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges order on joint criminal enterprise (JCE)*. Pre-trial Chamber, 20 de mayo de 2010, Case File nº: 002/19-09-2007.ECCC/OCIJ.

dependerá del sistema de recepción de los tratados internacionales adoptado por cada país. Sin embargo, como se conoce, cuando el derecho internacional crea obligaciones a los Estados, los mismos no pueden alegar posteriormente objeciones debido al derecho nacional para evitar la aplicación de las obligaciones adquiridas (Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados).

Por consiguiente, no es admisible que un Estado pueda alegar el no cumplimiento de sus obligaciones internacionales justificándose con lo establecido en su legislación nacional; de esta manera, es importante que la normativa nacional permita la aplicación de los tratados internacionales bien sea mediante la aplicación directa de las normas o a través de la implementación legislativa. En el ámbito del Estatuto, el artículo 88 es el que consagra la obligación adquirida por los Estados de implementar las normas necesarias que garanticen la cooperación con la CPI, lo cual cabe resaltar toda vez que es el único artículo que menciona directamente la obligación de adecuar los procedimientos internos en pos de garantizar la cooperación con la Corte.[856] Hay que destacar que el Estado parte tiene el deber de cooperar con la Corte, a pesar de que el primero cuente con el procedimiento interno que permita juzgar a los eventuales responsables de crímenes internacionales.[857]

No obstante, en la práctica, algunos Estados han logrado realizar el proceso de implementación legislativa o han concluido que las normas de cooperación tienen un efecto directo en el sistema doméstico.[858] Tal como lo

[856] Artículo 88. Procedimientos aplicables en el derecho interno. "Los Estados Partes se asegurarán de que en el derecho interno existan procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación especificadas en la presente parte".
[857] Cryer, Robert. *et al., obra citada,* p. 419.
[858] Se sugiere ver los casos de Alemania, modificó el artículo 16 de la Constitución de Boom de 1949, que prohibía la extradición de ciudadanos alemanes para permitir la entrega de los mismos a la CPI. Francia agregó a su

ha expresado Cryer, el Estatuto es un instrumento complejo y su implementación es un reto para los Estados partes. Igualmente, entre las obligaciones derivadas de la cooperación con la Corte destacan temas sensibles, tales como: las inmunidades constitucionales, la obligación de arrestar y entregar sospechosos a la Corte, la realización de observaciones *in situ*, la cadena perpetua, las amnistías o las condonaciones de las penas.[859]

De acuerdo con el profesor Kai Ambos, el Estatuto de Roma no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno, considerándose como única excepción la normativa establecida en el artículo 70, inciso 4, letra 1,[860] relativo a los *Delitos contra la Administración de la Justicia*, el inciso "obliga a los estados parte a extender sus leyes penales". El principio de complementariedad exige que el Estado parte debe tener "la capacidad y la voluntad comprobada" de perseguir y castigar a los criminales que requiera la CPI. Hay que considerar que la voluntad implica una "política criminal o judicial", mientras que la capacidad implica inequívocamente una legislación adecuada para la completa persecución de los crímenes internacionales, por lo que si un Estado no contiene la normativa adecuada, la CPI podría asumir la completa jurisdicción del caso.[861]

Constitución de 1952 el reconocimiento de la jurisdicción de la CPI bajo las condiciones establecidas en el Tratado. Gran Bretaña implementó una ley sobre la CPI de 2001, mediante la cual el Parlamento autorizó su ratificación e incorporó en el ordenamiento legal interno los delitos previstos en el Estatuto, así como procesos de cooperación para la entrega y arresto de personas solicitadas por la Corte. Luxemburgo adicionó a su Constitución una disposición en la que se indica que la normativa constitucional no sería un obstáculo para el cumplimiento de lo establecido en el Estatuto. Portugal, adicionó a su Art.70 la aceptación a la jurisdicción de la CPI y las condiciones de complementariedad, así como las demás estipulaciones previstas en el Estatuto, disponible en la obra: Camargo, Pedro, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Bogota, Leyer, 2004, p. 49 - 50.

[859] Cryer, Robert. *et al. Obra citada,* p *420.*

[860] El artículo 70, inciso 4, letra a establece: "Todo Estado Parte hará extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales".

[861] Ambos, Kai, *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España,* Montevideo, Fundación Konrad-Adenaeuer, 2003, p 25.

Sin embargo, se ha indicado que ante la falta expresa de los delitos previstos en el Estatuto, la comisión de los mismos se podría juzgar bajo las tipificaciones ya establecidas en las jurisdicciones nacionales; no obstante, se puede manifestar, la difícil conexión entre la comisión de los crímenes internacionales y los crímenes establecidos en los respectivos Códigos Penales. En otras palabras, por ejemplo, los crímenes de lesa humanidad se podrían juzgar bajo las figuras del asesinato, lesión, entre otros. A pesar de esto, de acuerdo con Ambos, no estarían presentes los elementos materiales e intelectuales que los conviertan en crímenes internacionales.[862] El autor indicó, con relación a los Estados partes, que estos deben al menos introducir normas que garanticen un régimen de cooperación y de administración de justicia con la CPI; aunque lo más recomendable es una "implementación *total* o *completa"*. Sin embargo, se debe considerar que los modelos a seguir dependerán de las obligaciones que establecen las constituciones de los Estados. Igualmente, de acuerdo con Ambos, en el caso del sistema continental, no se permite una aplicación directa de la normativa penal internacional o la simple modificación de algunas de estas al hacer referencia a un tratado internacional, por "las obligaciones derivadas de los principios *nullum crimen sine lege* (certa) y *nulla poena sine lege".*[863]

En consecuencia, Ambos indicó, en su momento, que las opciones viables para los países latinoamericanos sería seguir el modelo belga, mediante "la adopción literal de los artículos 5 y ss del Estatuto, o una codificación nueva en el código penal o la aprobación de una ley especial". Sin embargo, se sigue a la espera de la modalidad a ser adoptada en la implementación del Estatuto por alguno de los Estados latinoamericanos, aunque Ambos

[862] *Ibidem,* p 26.
[863] *Idem.*

vislumbró que se optaría por modificaciones al Código Penal.[864] Igualmente, el autor consideró que se podrían encontrar algunos problemas particulares, que se debían considerar en el momento de la implementación:

1. El Principio de Culpabilidad, el cual ha sido recogido por el derecho internacional penal, así como el principio de la responsabilidad del superior establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma; no obstante, este último tendría una colisión con el referido principio considerando la comisión de los crímenes internacionales por los subordinados sin que mediase el conocimiento positivo o el dolo (eventual) del superior. El Código Penal Internacional alemán, Völkerstrafgesetzbuch, realizó una distinción entre la "responsabilidad del superior como autor de una omisión dolosa de impedir crímenes cometidos por sus subordinados, es decir, de un delito impropio de omisión, y su responsabilidad como mero cómplice por infracción del deber de vigilancia u omisión de la comunicación de un delito (13,14)".[865]

2. El Principio de Legalidad Material (*nullum crimen sine lege*), *lex certa*, el Estatuto contiene una serie de figuras no descritas de una forma detallada la cuales podrían ser incompatibles con este principio. Así, el autor Ambos, indica que un ejemplo de estas figuras son los 'actos inhumanos' establecidos en el artículo 7.1, k, o los daños 'claramente excesivos' relacionados con la ventaja militar (art. 8.2, b, iv).[866]

3. Con relación al tema de la extradición, Ambos se marca como partidario de una "modificación constitucional que permita la

[864] *Idem.*
[865] *Ibidem, p 27.*
[866] *Ibidem, p 28.*

extradición o entrega de sospechosos a la CPI" en las legislaciones en las que esté prohibido.[867]

4. Finalmente, se mencionan especialmente los posibles acuerdos bilaterales entre los Estados Unidos y los Estados parte, establecidos con base en el artículo 98 del Estatuto. En opinión, de Ambos, los mismos no deben impedir la obligación de un Estado parte de cooperar con la CPI (art.86), especialmente en cuanto a la entrega de personas (art.89). En todo caso, "si esta obligación existe antes de un acuerdo bilateral, el acuerdo sería ilegal, pues violaría la obligación del Estado y así iría en contra del objetivo y propósito del Estatuto de Roma".[868]

En este sentido, Amnistía Internacional- Sección Venezuela ya abogaba que como "consecuencia (de la ratificación del Estatuto) de esto es que los Estados firmantes se obligan a reformar internamente sus leyes penales y de procedimiento, a los fines de dar cumplimiento a esta nueva obligación y desarrollar internamente el control, la prevención y la represión de cualquier actuación delictiva en perjuicio de las derechos fundamentales".[869] De esta forma, sin darse cuenta, se decantaban ya por la complementariedad positiva, sin decirlo, indicando a su vez que: "La CPI actuará de forma complementaria de las jurisdicciones nacionales, y sólo será competente luego que se constate que un Estado no puede o no quiere enjuiciar a los responsables de los delitos".[870]

---

[867] *Idem.*
[868] *Ibidem, p 29.*
[869] Fernández, Fernando. "*Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional*", Amnistía Internacional, página 2, disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/21023.pdf (revisado el 09 de julio de 2015)
[870] Fernández, Fernando, *artículo citado,* p 2.

Por su parte, la Comisión Andina de Juristas recomendó, en el año 2001, que para evitar posibles contradicciones con los textos constitucionales, en especial en materia de inmunidad, se establecieran dos vías para subsanar cualquier problema: a) una reforma constitucional, que permitiría "resolver de forma directa el problema" de eventuales incompatibilidades; recomendando inclusive esta acción a todos los países de la región debido a que las Constituciones no contemplan ningún tipo de excepción a la eventual solicitud por parte del Congreso u otra instancia para que las personas que gozan de inmunidad puedan ser juzgadas, o b) establecer soluciones vía interpretación constitucional a las eventuales incompatibilidades entre el Estatuto y las normas constitucionales.[871]

Igualmente, la Comisión Andina publicó en el año 2008 una serie de lineamientos dirigida a los países de la región en pos de lograr la implementación del Estatuto. La Comisión recomendó, entre las modalidades a seguir, los siguientes planteamientos: la ley de remisión, la adopción de una legislación especial relativa al Estatuto y la implementación sistemática del Estatuto.[872]

19.2.1. Ley de remisión

La misma consiste en que el tratado en su totalidad se trae a la legislación nacional mediante la entrada en vigor de una ley que remite al contenido del Estatuto para lograr su aplicación directa, sin necesidad de una reforma particular en la normativa interna del país receptor. No obstante, la modalidad de remisión no permitiría la creación de una base normativa que permita la cooperación con la Corte. Del mismo modo, hay que indicar que

[871] Comisión Andina de Juristas. *La Corte Penal Internacional y los Países Andinos.* ISBN: 9972-637-40-9. Perú, 2001, p 131-132.
[872] Comisión Andina de Juristas. *Lineamientos para la Implementación del Estatuto de Roma,* Biblioteca Nacional, Perú, *2008, http://www.iccnow.org/documents/Lineamientos2%5B1%5D.pdf (revisado el 09 de julio de 2015)*

esta modalidad tiene como aspecto negativo las posibles incongruencias que se suscitarían "entre el Estatuto, la Constitución y la ley penal". Por otra parte, la Comisión destacó como aspecto positivo que de acuerdo con el texto de la remisión se incluirían en el ordenamiento interno los principios y la tipificación de los crímenes internacionales.

19.2.2. Adopción de una legislación relativa al Estatuto de Roma

Mediante esta modalidad, de acuerdo con la Comisión de Juristas, se procede a la elaboración de una ley que permitiría la inclusión del Estatuto en la legislación nacional. La ley contendría "los principios generales, tipificación de los crímenes y las formas de cooperación", sin tener que considerar, necesariamente, el resto de la legislación en derecho penal; por lo tanto, esta tendría como aspecto positivo la incorporación integra del Estatuto en la jurisdicción nacional. No obstante, de acuerdo con la posición asumida por la Comisión de Juristas, esto podría ocasionar inconvenientes con la normativa procesal vigente del país receptor.

19.2.3. Implementación sistemática del Estatuto

Esta modalidad consistiría en una adopción paulatina a nivel constitucional, normativo y procesal penal. El aspecto negativo de esta modalidad, tal como lo estimó la Comisión, sería que probablemente los legisladores podrían perder el interés y se necesitaría un proceso largo para su concreción final. Sin embargo, se eliminaría cualquier tipo de incongruencia entre el Tratado y la normativa interna.

Ahora bien, luego de estudiados estos temas, pasaremos a discutir la situación que se vive en Venezuela y cuál sería la vía más idónea para implementar estos cambios.

19.2.4. De la implementación de las penas establecidas en el Estatuto de Roma y la Responsabilidad del Superior

Cabe destacar que el Estatuto de Roma cuenta con un sistema de penas, que si bien no están pre-establecidas para cada delito, las mismas deben ser impuestas siguiendo lo establecido en el artículo 78 del mismo. En este sentido, se debe determinar a través de las "Reglas de Procedimiento y Prueba" de la CPI, la gravedad del crimen y las circunstancias personales del acusado. Por lo tanto, se pudiese pensar que dependiendo de la modalidad de implementación del Estatuto utilizada se podrían utilizar estos documentos como guía de referencias. En el caso de los superiores, la regla 145. 2. b. ii) establece como un agravante "El abuso de poder o del cargo oficial".[873]

20. La soberanía entendida en Venezuela y el derecho internacional como limitantes para la implementación del Estatuto de Roma

El concepto de soberanía ha estado marcado por una variedad de teorías, las cuales han tratado de aclarar su alcance tanto en el ordenamiento interno de los países como en el plano internacional. El concepto de soberanía ayudó a la elaboración de una noción moderna de Estado. No obstante, este puede crear fricciones con la adopción y aplicación del derecho internacional en suelo nacional cuando el mismo se utiliza de forma errada; aunque no es nuestro tema de investigación, expresaremos unas breves ideas sobre el tema, las cuales no pretenden ser un ensayo profundo del concepto. Comenzamos indicando que tres poderes han combatido el concepto de soberanía y de estado en el transcurso de la historia: primero, la iglesia, que quería poner al estado a su servicio; inmediatamente después, el imperio

[873] CPI. Reglas de Procedimiento y Pruebas. 2002. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-SPA.pdf

romano, que no quiso conceder a los estados particulares más valor que al de las provincias; finalmente, los grandes feudos, que se sentían poderes independientes del Estado, pero el logro de esto pasaba primero por la liberación del poder de la iglesia. De la lucha entre el 'Estado' con estos 3 movimientos nació la idea de la soberanía, como consecuencia directa de estas constantes luchas.

Ahora, ¿qué se entiende por soberanía? Se puede conceptualizar como aquel "poder absoluto y perpetuo del Estado, que no admite superiores en lo externo ni en lo interno, es un concepto que se integra o forma en la historia a raíz de las luchas emprendidas en la Edad Media por la realeza francesa para establecer su independencia externa respecto del imperio y del papado, así como su superioridad interna frente a los señores feudales".[874]

No obstante, en la historia se ha ido desarrollando una serie de doctrinas acerca de lo que se debe conocer como soberanía. La soberanía ha sido aspectada desde dos ángulos, que son: *la soberanía externa,* que consiste en la independencia de otros estados, y *la soberanía interna,* que se basa en la autoridad sobre los integrantes de un Estado.

Uno de los primeros en hablar acerca de la soberanía fue Juan Bodino. Su obra, *Los seis libros de la República*, se podría considerar como un tratado sobre la soberanía toda vez que al desarrollar el concepto de estado engloba en el mismo el de soberanía: "El estado es un recto gobierno de varias agrupaciones y de lo que les es común, con potestad soberana". De acuerdo con algunos autores, la palabra soberano debe entenderse como equivalente de supremo. Bodino fue quien dio una forma teórica al concepto de

[874] Sánchez Falcón, Enrique. *Derecho Constitucional. Universidad central de Venezuela*. Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas. Escuela de Derecho. Caracas, 1996, p 150.

soberanía y Estado. Además, consideró que la soberanía se mostraba en: 1) la fuerza, cohesión y unión de una República, 2) hacer y formular las leyes que rijan la conducta de los hombres en el Estado, 3) leyes que permitan: declarar la guerra y la paz, cobrar impuestos, anular costumbres, hacer justicia, acuñar moneda.[875] De acuerdo con Bodino, 'soberano' es el que hace las leyes y no se sujeta a ninguna ley humana, figura que recae en el rey, por lo que la soberanía reside en el monarca. Del mismo modo, Bodino estableció la necesidad de las leyes para la conducción del Estado; la figura del monarca -de acuerdo con él- es la de un gobernante que se guía por una conducta ética y sigue los dictados de Dios, que es su legitimador. Por su parte, el concepto de Estado lo describió como "el recto gobierno de varias familias y de lo que es común, con potestad soberana", y el concepto de soberanía como la "potencia absoluta y perpetua de una república, merced a la cual se asegura la unidad de ésta y se mantiene su existencia como cuerpo político independiente".

Juan Jacobo Rousseau también conceptualizó lo que debería entenderse por soberanía. Rousseau reconoció que la soberanía residía en el pueblo y no en el rey –a diferencia de Bodino–. El mencionado señalamiento hace que Rousseau considere que todos los poderes están en el pueblo; esto lo dejó asentado en su obra *El Contrato Social,* en el año 1785, en la que indicaba: "supongo a los hombres llegados al punto en que los obstáculos que impiden su consagración en el estado natural, supera las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en él. Entonces, este estado primitivo no puede subsistir y el género humano perecería si no cambiaba su manera de ser".

[875] Disponible en Pág. Web http://www.unidad094.upn.mx/revista/39/indepsob.html

Para Rousseau "el origen del poder y el estado se encuentra en una unión de los integrantes del grupo que enajenan su persona y su voluntad para integrar una voluntad superior, y cada persona posee un doble carácter en el Estado, es ciudadano porque participa en la integración de la voluntad soberana y es súbdito por cuanto se encuentra sometido al poder y leyes del Estado".[876]

En cuanto a la teoría de Rousseau, se puede decir que la soberanía, lo mismo que la sociedad y el Estado, nace de un contrato, mediante el cual cada individuo entrega parte de su voluntad para formar una voluntad general soberana. Con la revolución francesa también se llegó a desarrollar otro concepto de soberanía, en el que quedó establecido que la soberanía no pertenecía a ningún grupo de personas sino a la nación. Esto trajo un cambio radical al concepto de soberanía, quedando este establecido en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), artículo 3: "El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane de ella expresamente".

Con el nacimiento de la doctrina comunista surgió otro concepto de 'soberanía', que definieron con el nombre de 'soberanía proletaria'. No obstante, en este concepto se tiende a confundir la noción de pueblo con la de la clase social más numerosa, que es asimismo la clase explotada, el proletariado. Para que la explotación desaparezca es necesario que la burguesía sea eliminada, puesto que no se puede considerar como parte del pueblo.[877] Este concepto de soberanía estaba consagrado en la Constitución

[876] Sánchez Falcón, Enrique. *Obra citada*, p 150.
[877] Sánchez Falcón, Enrique. *Obra citada*, p 151.

de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, “Art. 3. Todo el poder pertenece en la URSS a los trabajadores de la ciudad y del campo, representados por los Soviets de diputados de los trabajadores.”

También se ha hablado de la soberanía atribuida al Estado. Dicho concepto de soberanía permite prácticamente el totalitarismo del poder, al elevar al Estado como único soberano, haciendo esto posible que los nacionales se transformen en herramientas del Estado para lograr los fines de este último. El concepto puede desembocar en una tiranía, tal cual como ocurriera en los hechos de la Segunda Guerra Mundial, cuando dicho concepto fue utilizado para asesinar millones de personas.

De las teorías explicadas anteriormente, se puede traer a consideración las siguientes características de la soberanía: 1) es un poder *ilimitado* puesto que como ilimitado no acepta poder superior al de él; 2) es un poder *jurídico*, puesto que constituye un atributo de derecho y no es posible considerarlo, como lo han hecho algunos, como un poder *de facto*, autónomo ya que establece su propio régimen y organización; 3) por último, es un poder *originario,* puesto que no deriva de otro poder sino que de él emanan los otros poderes que posee el Estado.

Se tiene que indicar que las tesis revisadas posen un elemento característico y es que la soberanía es vista desde el punto de vista interno sin consideración al derecho internacional. Esto se podría deber a que los teóricos que propusieron dichas teorías no estaban del todo interesados en las relaciones con otros países. No obstante, en la era actual, el concepto de soberanía ha sido utilizado –en especial por regímenes autoritarios– constantemente para no aceptar o reconocer los dictámenes del ordenamiento jurídico internacional. Por lo tanto, surge la necesidad de una reconciliación entre el concepto de soberanía y el derecho internacional y para esto hay que considerar los hechos que se viven en la actualidad. A los

efectos, la mayoría de los países que hacen vida en la comunidad han superado la mencionada disyuntiva, quedando solo algunos países en el orbe que no aceptan todavía la evolución de este concepto.

Del mismo modo, hay que señalar que el concepto estricto de soberanía, tal como se dio a conocer en sus inicios, hace que los países que la asumen entren en conflicto cuando inician su convivencia con otros países y con los organismos internacionales. En la actualidad, el concepto tradicional de soberanía encuentra limitaciones por estructuras políticas internacionales, *inter alia,* la ONU, la OEA, OTAN; a su vez, como límites impuestos por realidades políticas. En este marco, hay que hacer especial referencia a los derechos humanos, los cuales también han servido como limitante al concepto de soberanía, así como el concepto del aspecto constitucional negativo, puesto que el derecho de un Estado termina donde empieza el de otro Estado, y, por último, la autodeterminación de los pueblos. Desde nuestro punto de vista y considerando los aspectos anteriores, la soberanía en la actualidad es la capacidad de un estado de establecer y renovar el derecho, tanto interno como externo, obligándose a su vez a operar acorde a esas normas, sin olvidar las limitaciones explicadas anteriormente. Ahora bien, ¿cómo influye este concepto al momento de aplicar el derecho internacional en territorio nacional?

20.1. La soberanía, el derecho internacional y las sentencias venezolanas

El concepto de soberanía y el entendimiento del derecho internacional tienen un gran impacto en la aplicación del Estatuto de Roma, por ello repasaremos algunas nociones básicas. Ahora bien, ¿por qué es importante hacer este estudio? La respuesta se debe a que más allá de que se

implementase el Estatuto, si la Corte quisiese entrar en funciones por algún hecho ocurrido en la jurisdicción local o porque se solicite la entrega de un nacional,[878] la 'soberanía' se podría usar como un arma para evitar estos supuestos. El concepto de soberanía ha tenido una visión llamativa en la jurisdicción venezolana, marcándose una diferencia entre las sentencias emanadas con base en la Constitución de 1961 y 1999, esto ha diferenciado claramente cómo ambos tribunales veían la aplicación del Derecho Internacional en la jurisdicción nacional, siendo que el Tribunal Supremo de Justicia en uso de las facultades otorgadas por la Constitución al querer proteger la 'soberanía nacional', ergo la Constitución, ha terminado desestabilizando el Estado de Derecho Constitucional.

Anteriormente, la Corte Suprema de Justicia estableció, en sentencia de fecha 29-4-65, que:

"En efecto, Venezuela en su condición de Estado Soberano organizado sobre un régimen de derecho, forma parte de la comunidad jurídica internacional, y como tal se encuentra sometida a los principios y normas que presidan la vida de interrelación entre los diversos Estados, como expresamente lo reconoce el preámbulo de la vigente constitución, al indicar entre los altos propósitos del Estado venezolano el de 'cooperar con las demás naciones y de modo especial, con las repúblicas hermanas del continente, en los fines de la comunidad internacional, sobre la base del recíproco respeto de las soberanías, la autodeterminación de los pueblos, la

[878] La figura de la 'entrega' de un acusado a la Corte se podría considerar por algunos como 'extradición', la cual se encuentra regulada y prohibida por el artículo 69. Se ha indicado que ambas figuras requieren una solicitud formal que se envía al Estado requerido, se requiere un proceso de revisión en el caso de la extradición. En el caso de la entrega, se maneja la posibilidad de una detención anticipada por motivos de urgencia, se manejan principios comunes por ejemplo, principio de la legalidad, la especialidad y la no violación del *non bis in idem.* En la extradición, la rendición es hacia un Estado, en la entrega, es de un Estado a la Corte Penal Internacional Es por esto que se ha concluido que la entrega parece ser una adaptación de la extradición a las nuevas necesidades. Pabón Reverendo, Javier Darío. La entrega en el contexto de la Corte Penal Internacional ¿hacia un nuevo concepto de extradición? Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, 2008, p 245.

garantía universal de los derechos individuales y sociales de las persona humana, y el repudio de la guerra, de la conquista y del predominio económico como instrumentos de política internacional'. También en la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* suscrita y ratificada por Venezuela, se expresa en su artículo 5 que los Estados Americanos reafirman, entre otros, el principio de que 'el derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas', y el principio de que 'el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad de las obligaciones emanadas de los tratados u de otras fuentes del derecho internacional'. Entre esas relaciones interestatales ocupan lugar eminente los tratados internacionales o pactos bilaterales o multilaterales *que los Estados celebran en ejercicio de su soberanía para regular materias de índole diversa* (subrayado nuestro). En el cumplimiento de los tratados están comprometidos la buena fe, la responsabilidad y el honor de las altas partes contratantes, y por tanto, los Estados que los han celebrado, deben acatarlos para ser fieles a los compromisos contraídos, salvo que sean atentatorios contra derechos esenciales del Estado como el derecho a su existencia o el derecho a desarrollarse dentro del orden establecido en la comunidad de naciones, pues nadie está obligado a su propia destrucción.(…) Ningún estado ostenta poder jurídico para hacer prevalecer el imperio de sus propias leyes sobre las de otro, y como quiera que no exista un tercer poder o norma supra-estatal con autoridad incontestable sobre los miembros de la comunidad internacional, es preciso concluir que los órganos jurisdiccionales de los Estados vinculados por un tratado internacional no pueden anularlo total o parcialmente por sí y ante sí, unilateralmente aduciendo razones de orden jurídico interno".[879]

[879] Sánchez, Falcón. *Obra citada*, p 151.

La sentencia anterior marcó el inicio de un reconocimiento más profundo del derecho internacional y de las sentencias internacionales en suelo patrio, dándole el merecimiento correspondiente al tema. No obstante, más de treinta años después y luego de diferentes estragos y avances a nivel internacional, nos encontramos con la nueva visión adoptada por el TSJ, con sentencias que han marcado un hito negativo en la historia legislativa venezolana puesto que en ellas se llegaron a establecer una serie de máximas que contradicen cinco siglos de tradición en el Derecho Internacional, nos referimos exactamente a las sentencias n. º 1.942 y 1.939/08 del Tribunal Supremo de Justicia**.**

Con relación a la sentencia n. º 1942, se puede indicar que la misma trató una serie de puntos que se pueden dividir en desacato, soberanía, censura previa, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresión política y libertad de expresión. La sentencia indicó, en cuanto a la soberanía, que "mientras existan estados soberanos, las sentencias de la justicia supranacional o transnacional, para ser ejecutadas dentro del estado, tendrán que adaptarse a su Constitución. Pretender en el país lo contrario *sería que Venezuela renunciara a la soberanía*". (Subrayado nuestro)

En nuestra opinión, se puede afirmar que la sentencia invocó como argumento el concepto de soberanía existente en el siglo XVI. La rivalidad que muestra la sentencia entre soberanía y derecho internacional es inexistente puesto que Venezuela ha ratificado de forma voluntaria los tratados internacionales -tal como lo indicara la sentencia del año 1965, y contribuyó además al desarrollo de ellos. Cabe destacar que entre los señalamientos de la sentencia llama especialmente la atención la afirmación de que "las sentencias de la justicia supranacional o transnacional, para ser ejecutadas dentro del estado, *tendrán que adaptarse a su Constitución*", predominando así una visión dualista en la recepción del derecho internacional.

Esto se puede ver claramente en el caso *La Última Tentación de Cristo*, en el cual se manifestó el principio de la responsabilidad internacional del Estado chileno por todos los actos cometidos, *inter alia,* así como en sus sentencias y el no sometimiento de todo el ordenamiento jurídico -incluida la Constitución- a la Convención Americana de Derechos Humanos.[880] La Corte Interamericana estableció:

> "72. Esta Corte entiende que *la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa* en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial". (Subrayado nuestro)

Al respecto, el Estado chileno se vio en la necesidad de enmendar inclusive su propia constitución porque una de sus normas iba en contra del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[881]

---

[880] Ayala Corao. Carlos. *La sentencia 1.942 vs la protección internacional de los derechos humanos.* Cuadernos Electrónicos N°1, p 65.

[881] Corte IDH. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de Noviembre de 2003 " (…) 8.El segundo informe del Estado de 16 de enero de 2002, mediante el cual hizo referencia a los trámites realizados con el propósito de reformar la Constitución Chilena para consagrar el derecho a la libre creación artística y eliminar las censura cinematográfica, y señaló que "desplegar[ía] todas aquellas gestiones pertinentes, sin que éstas signifi[caran] intervención en las actuaciones de otro Poder del Estado como lo es el Legislativo[,] garantizando la debida independencia que deb[ía] existir entre ambos, a fin de instar[,] mediante los mecanismos legales y constitucionales para que el Proyecto de Calificación Cinematográfica se convi[rtiera] en ley a la brevedad posible […]".

Por otra parte, aunque la sentencia N.º 1.939/08 hace remisiones a la sentencia N.º 1942 y a la N.º 1309/2001, tiene dos elementos que causan un gran desequilibrio en la jurisprudencia constitucional de este país; el primero, la sentencia llegó al extremo de solicitar *"(…)2) Con fundamento en el principio de colaboración de poderes (artículo 136 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se solicita al Ejecutivo Nacional proceda a denunciar este Tratado o Convención, ante la evidente usurpación de funciones en que ha incurrido la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, con el fallo objeto de la presente decisión"*, superponiendo una norma, si se quiere ordinaria, a los principios *erga omnes*[882] y de carácter *ius cogens.*[883]

Por otra parte, el uso incongruente del préstamo constitucional[884] queda plasmado en esta sentencia de una forma totalmente escalofriante, al citar como base para decidir la decisión adoptada por parte de la Sala Plena del Consejo Supremo de Justicia Militar de Perú con relación al caso Castillo Petruzzi y otros para no acatar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Sala Constitucional cita textualmente el argumento esgrimido por el Consejo Supremo, indicando que el poder judicial "*es*

[882] En este aspecto, la Corte Internacional de Justicia hace mención por primera vez a estas figuras en su célebre obíter dictum, Barcelona Traction, (Bélgica vs. España) año 1970.
[883] El *Ius cogens* o Derecho imperativo viene descrito en el artículo 53 de la CV69, tratado internacional que codifica por primera vez esta noción. La CV69 se refiere al *Ius cogens* desde la perspectiva de la relación entre el Estado y la norma misma, destacándose una característica específica de este Derecho, su carácter inderogable. En palabras de Casado Raigón: "Ante todo (…) las normas de *ius cogens*, al igual que en los ordenamientos internos, suponen un límite a la autonomía de la voluntad; como se ha señalado, constituyen, sin duda alguna, el más fuerte límite que el medio colectivo en que los Estados viven y desenvuelven su actividad impone al relativismo del Derecho internacional, al voluntarismo y subjetivismo de los Estados soberanos". De ahí que el *Ius cogens* no pueda ser derogado salvo por normas que tengan el mismo carácter, reconocidas como tales por la comunidad internacional en su conjunto, y de ahí que no se admita en el caso del Derecho internacional imperativo el argumento de la objeción persistente para sustraerse a la aplicación de la norma.
[884] "El préstamo constitucional viene en distintas formas, dependiendo de los elementos históricos, culturales, sociales e ideológicos de cada sociedad. Los jueces suelen utilizar decisiones de otros tribunales extranjeros cuando resuelven un caso sometido a su consideración, para lo cual deben apreciar qué provisiones tomaron en consideración los constituyentes de esas sociedades, para diseñar la correspondiente institución" ver: Arrieta, Raúl. El Préstamo Constitucional. Material libre circulado en la materia. La Protección a la Constitución.

autónomo y en el ejercicio de sus funciones sus miembros no dependen de ninguna autoridad administrativa, lo que demuestra un clamoroso desconocimiento de la Legislación Peruana en la materia"; que "*pretenden desconocer la Constitución Política del Perú y sujetarla a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la interpretación que los jueces de dicha Corte efectúan ad-libitum en esa sentencia*"; que el fallo cuestionado, dictado por el Tribunal Supremo Militar Especial, adquirió la fuerza de la cosa juzgada, "*no pudiendo por lo tanto ser materia de un nuevo juzgamiento por constituir una infracción al precepto constitucional"; que "en el hipotético caso que la sentencia dictada por la Corte Interamericana fuera ejecutada en los términos y condiciones que contiene, existiría un imposible jurídico para darle cumplimiento bajo las exigencias impuestas por dicha jurisdicción supranacional*", pues "*sería requisito ineludible que previamente fuera modificada la Constitución" y que "la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema, pondría en grave riesgo la seguridad interna de la República*". De más está señalar, que la Sala manifestó *un gran desconocimiento* de las consecuencias que este tipo de sentencias trajo a Perú, a nivel nacional e internacional, y de la historia que vivía este país en ese momento, descontextualizando una vez más la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A este tenor, es oportuno recordar lo vivido por Sudáfrica en el año 1993, momento de la adopción de su Constitución, la cual incluyó un capítulo en el que se consagró el respeto a los derechos humanos. Los abogados sudafricanos contaban con limitaciones en la aplicación de dicha normativa toda vez que carecían de experiencia en la materia, razón por la cual utilizaron el préstamo constitucional para la elaboración de las normas, así como por ejemplo, para lograr una interpretación acorde en dicha materia. En la Sección 35 (1) de la Constitución de transición se estableció: "Al interpretar las provisiones de este capítulo, una Corte de derecho… deberá, cuando sea

procedente, considerar la aplicación del Derecho Internacional Público para la protección de los derechos humanos comprendidos en este capítulo y, deberá afianzarse en el precedente comparable de tribunales extranjeros".[885] Si bien es cierto que dicha norma quedó establecida en la Constitución también es cierto que al comienzo el derecho sudafricano tuvo sus traspiés en la aplicación de dicha normativa; no obstante, la misma ha evolucionado desde el caso *S V. Makwanyane* hasta la actualidad, evolución que ha permitido que la Corte alcance su propia jurisprudencia sin dejar de lado el derecho comparado constitucional, haciendo uso del préstamo constitucional.[886] El citado ejemplo nos recuerda cómo algunos países han ido superando la dicotomía entre el derecho interno y el derecho internacional, perfeccionado inclusive su interpretación constitucional mediante el préstamo constitucional.

El 'préstamo constitucional' es una figura que ha permitido fortalecer la interpretación constitucional para plasmarla en las sentencias. No obstante, el TSJ ha usado esta fórmula de una manera errada toda vez que hace citas fuera de contexto, llegando a copiar párrafos enteros sin que esto implique necesariamente una interpretación acorde con lo citado y sin ni siquiera alcanzar una interpretación propia y crítica de los casos que se le plantean, tal como lo reflejó en el caso de la sentencia N. º 1939. Al respecto, para esa fecha, Hans Kelsen partiendo de la base de que la soberanía era absoluta, estableció el derecho interno como la base de todo el ordenamiento jurídico, toda vez que las obligaciones internacionales eran el producto de la manifestación de voluntad de un Estado, que concurre con otros, en uso de esa soberanía de que gozan y en base a ésta, establece las normas de

[885] Arrieta, Raúl. *El Préstamo Constitucional*. Material libre circulado en la materia. Cátedra "La Protección a la Constitución", p 8.
[886] Ibidem.

convivencia a nivel internacional. Kelsen, sostiene este criterio hasta la II Guerra Mundial, cuando reformula nuevamente su posición dándole preeminencia al derecho internacional, considerando que ningún Estado puede usar su soberanía para ir en contra de otro Estado y que nadie puede usar su libertad en detrimento de un tercero. Por lo tanto, Hans Kelsen cambió la visión indicando que en la cúspide del sistema jurídico se situaba el derecho internacional y subyacentemente el orden jurídico nacional. En este particular, Bobbio llegó a indicar, con relación a Kelsen: "(…), es un pensador demócrata y pacifista, la remisión a la norma fundamental es probablemente una manera para sustraer al ordenamiento jurídico del arbitrio del poder político, para afirmar la primacía del derecho y de los derechos de libertad respecto de la razón de Estado. Todo ello sin olvidar que en el plano internacional el derecho para Kelsen está ligado a un valor fundamental, como es el de la paz. Y es seguramente por esto, en nombre de una explícita ideología pacifista y antiimperialista, por lo que afirma la 'supremacía del derecho internacional' respecto de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados nacionales. Para Kelsen, como por otra parte para Thomas Hobbes, el derecho es el instrumento para introducir relaciones pacíficas entre los hombres y entre los Estados. Para Hobbes, la ley natural fundamental, la 'norma fundamental' es -se puede decir- *pax querenda est*. Siempre me ha impresionado esta coincidencia entre Hobbes y Kelsen. Probablemente no sea casualidad que yo, después de haber estudiado a Kelsen, haya dedicado muchas energías al estudio del pensamiento político de Hobbes. Para ambos la paz es el bien fundamental que sólo puede ser garantizado por el derecho. *Peace through Law* se titula precisamente un célebre ensayo de Kelsen...".[887] (Subrayado nuestro)

[887] Bobbio Norbert y Zolo Danilo, "*Hans Kelsen, la teoría del derecho y el derecho internacional Un dialogo de*

Igualmente, Bobbio consideró que el 'hallazgo' de Kelsen era 'extraordinario', comentando exactamente: "la idea de la primacía del derecho internacional es un 'hallazgo' en el sentido de que se ha tratado aquí también de una propuesta muy original. Entonces el campo del derecho internacional estaba dominado por la teoría dualista, es decir, por la idea de que había dos realidades normativas, entre ellas profundamente diversas, representadas por los ordenamientos estatales, de una parte, y, de la otra, por el derecho internacional, del que se solía poner en tela de juicio la plena juridicidad. Estaba también, aunque fuera minoritaria, una doctrina monista que negaba *tout court* la existencia de un ordenamiento jurídico internacional y no reconocía otro derecho que el de los Estados soberanos. Kelsen da literalmente la vuelta al planteamiento tradicional y propone un monismo que hace del derecho internacional el único ordenamiento jurídico 'objetivo' auténtico, del que los ordenamientos estatales no serían más que una parte, y una parte subordinada y además, en perspectiva, destinada a disolverse junto a la soberanía de los Estados. Se trata de una propuesta en mi opinión extraordinaria, porque es la única que puede encaminar al derecho internacional hacia el cumplimiento de su función esencial, que es, por así decir, la de organizar la paz. Estoy convencido, como sabes, que hasta que se siga dando la primacía no del derecho internacional sino de los ordenamientos jurídicos de los estados individuales, la paz no podrá nunca asegurarse de una manera estable". (Subrayado nuestro)

Del mismo modo, Kelsen, en su obra *Das Problem der souveranitat,* ataca fuertemente la idea de la soberanía absoluta de los Estados así como la idea de Estado nacional, todo esto en nombre de la concepción (de origen

---

Norberto Bobbio y Danilo Zolo" Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global. Disponible en http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/wlgo/bobbio.htm#* (accesado el 25 de septiembre de 2015)

teológico) de la unidad del género humano como civitas máxima. Llega inclusive a predecir la extinción de los Estados y el nacimiento de un *Estado mundial o universal; así como el nacimiento de un ordenamiento jurídico planetario capaz de garantizar la paz mediante el uso de una fuerza internacional legítima".*[888]

Ante esta evolución, consecuencia lógica de los hechos ocurridos en el holocausto, encontramos tres temas centrales a ser tratados por la comunidad internacional, los cuales quedaron estipulados en la Carta de las Naciones Unidas para establecer el orden público internacional, el cual estaría por encima de cualquier voluntad soberana. Los principios a saber son: 1) prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales; 2) el uso necesario de la resolución pacífica de los conflictos y 3) el respeto a los derechos humanos condicionando estos las instituciones de los estados. Se debe recordar que hasta aquel momento era lícito que un Estado declarara la guerra a otro Estado, como producto de un acto de soberanía; afortunadamente, y luego de mucho trabajo, esta visión del concepto de soberanía cambió. Del mismo modo, hay que recordar que los temas de derecho internacional se encontraban divididos principalmente en dos temas: el derecho internacional en tiempos de paz y el derecho internacional de la guerra, por los cambios vividos producto de la II Guerra Mundial se fijó un límite a la soberanía. Por tanto, la soberanía se vería limitada por los tres ejes anteriores y el Estado que violara dicho orden debería responder ante la comunidad internacional.

No obstante, si bien es cierto que la humanidad y la historia universal han probado que la disyuntiva entre derecho internacional, derecho interno y

[888] Ibidem.

derechos humanos fue superada en esa fecha, el Tribunal Supremo de Venezuela, a través de su Sala Constitucional, sucumbe una y otra vez en un debate jurídico superado y sin cabida en el mundo actual. Al respecto, como se indicó anteriormente, compartimos lo indicado por el profesor Asdrúbal Aguiar en su *teoría de la coherencia funcional*,[889] mediante la cual, de acuerdo con sus palabras, ningún Estado puede negarse al cumplimiento de las obligaciones que asume libremente toda vez que no ha sido objeto de coacción ni sometido para asumir tal obligación; por lo que todo Estado que asume un compromiso internacional lo ha hecho con base y en uso de su soberanía, situación que se refleja aún más cuando los acuerdos internacionales son sometidos a la voluntad parlamentaria, en la que igualmente concurre la voluntad presidencial, teniendo como resultado final la expresión de aprobación de la normativa para posteriormente otorgar el consentimiento final. Por tanto, es incorrecto decir que la normativa internacional no se puede cumplir toda vez que dichas obligaciones fueron asumidas haciendo uso de ese derecho interno; es decir, no se puede utilizar el derecho interno como excusa para no cumplir el derecho internacional. Además, lo mismo es posición sostenida tanto a nivel internacional como regional, se podría citar, por ejemplo, lo que ha sostenido la Corte Interamericana en diversas sentencias y esto es que la Convención de San José y sus obligaciones surgió por la concurrencia plural de las voluntades de los Estados de la región.

Del mismo modo, el Tribunal Supremo de Justicia, en sus análisis del derecho internacional y de la 'soberanía' han dejado de lado el artículo 27 de

[889] Asdrúbal Aguiar (viva voce) sostuvo dicha afirmación durante la celebración de la Jornada de Derecho Penal Internacional y la Justicia Internacional, celebrada en el Auditorio Hermano Lanz de la Universidad Católica Andrés Bello, 28 de febrero de 2011, Caracas.

la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.[890] Al respecto, cabe recordar una vez más a Chile, país que realizó una reforma constitucional para cumplir con una sentencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la República de Portugal, tuvo que modificar su Constitución para garantizar la aplicación del Estatuto de Roma en su país. Igualmente, el TSJ ignoró completamente el artículo 26 que establece el principio de *Pacta sunt servanda*;

> *"Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"*

Del mismo modo, la Sala Constitucional ha dejado de lado el principio aplicable en el ámbito de los derechos humanos y este es el *pro homine pro libertatis,* el cual establece que se debe aplicar aquella norma que exprese mejor el núcleo pétreo de cada derecho; por lo que, por ejemplo, si la norma es más favorable en el ordenamiento jurídico interno, la misma se aplicará con preferencia al establecido en el acuerdo internacional o viceversa.

Ante este panorama, es preciso que los operadores de la ley mantengan una coherencia jurídica en sus actos y no regresen en el camino ya andado, discutiendo, innecesariamente, la aplicación o no de las obligaciones que se asumieron voluntariamente –en ejercicio de su soberanía– sosteniendo que el derecho interno impide la aplicación de la norma. En este sentido, es oportuno recordar lo indicado por la Cámara de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en fecha 02 de octubre de 1995, la cual indicó en el caso de Tadić que:

---

[890] Artículo 27: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 46."

"Ce serait parodie du droit et une trahison du besoin universal de justice que le concept de souveraineté de l'Etat puisse être soulevé avec succès à l'encontre des droits de l'homme".[891]

Ahora bien, en atención a nuestro tema y a pesar de las Ns.º 1.942/03, 1.541/08 y 1.939/08 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cabe destacar que la Sala, en nota de prensa de fecha del 15 de junio de 2009, indicó que Venezuela era inmune ante cualquier decisión o Tribunal Internacional. Esto demuestra de forma abierta la postura del Tribunal con relación al derecho internacional, la nota indicó:

"1.- Es falso que con base a las mismas, se afirme que el Poder Judicial venezolano no tiene potestad soberana para decidir las controversias sobre contratos de interés público suscritos por la República o someta las controversias derivadas de los mismos a los tribunales extranjeros, por el contrario, las mencionadas sentencias reiteran que el Estado es absolutamente soberano, por lo que no puede someterse a tribunales extranjeros en tanto no exista una manifestación válida, expresa e inequívoca para dirimir sus conflictos en órganos jurisdiccionales extranjeros. (Subrayado nuestro)

(…)

3.- Las sentencias reiteran, que en el caso de arbitrajes de inversión o la aprobación de cualquier otro mecanismo que suponga el sometimiento a una jurisdicción internacional -vgr. Corte Penal Internacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunales subregionales como el Tribunal Andino, centros de arbitraje, conciliaciones, entre otros-, su validez y

---

[891] TPIY. Prosecutor v Duško Tadić. Decisión. 02 de octubre de 1995, páragrafo 58. Disponible en http://www.icty.org/case/tadic/4

eficacia requiere, no solo de la manifestación de voluntad del Presidente de la República, sino además de una ley aprobatoria del tratado por parte de la Asamblea Nacional. (Subrayado nuestro)

4.- Al reafirmarse en los términos expuestos el principio de soberanía y autodeterminación de la República en las sentencias antes mencionadas, es posible que el Estado Venezolano de acuerdo a las normas aplicables, pueda denunciar o modificar los convenios suscritos -antes de 1999- con otras naciones en los cuales se sometió la resolución de controversias a órganos internacionales. Muestra de ello, es la sentencia N.° 1.939/08, en la cual la Sala Constitucional exhortó al Ejecutivo Nacional para que denunciara a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que sometió a la República a la jurisdicción de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ante la evidente usurpación de funciones en que incurrió la misma. (Subrayado nuestro)

(…)

8.- Las sentencias reiteraron las consideraciones formuladas en la sentencia N.º 1.942/03, respecto a la ejecución de las decisiones de órganos judiciales internacionales, según la cual: "(…) como principio general, la preeminencia de la soberanía que sólo puede ser derogada por vía de excepción en casos singulares y precisos (…) las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos (…). En caso de menoscabo de la Constitución, es posible sostener que, aun en esta hipótesis, no hay lugar a responsabilidad internacional por la inejecución del fallo, por cuanto éste atenta contra uno de los principios existenciales del orden internacional, como es el debido respeto a la soberanía estatal. El respeto al derecho interno de cada país y el agotamiento de la jurisdicción interna, son valores

constantes para que proceda la decisión de esos órganos jurisdiccionales supranacionales, transnacionales o internacionales (…). El respeto al derecho interno se convierte así en un requisito previo, que sirve de dique de contención a que se dicten fallos que desconozcan, al menos, las normas constitucionales de los suscritores de los Convenios o Tratados. Planteado así, ni los fallos, laudos, dictámenes u otros actos de igual entidad, podrán ejecutarse penal o civilmente en el país, si son violatorios de la Constitución, por lo que por esta vía (la sentencia) no podrían proyectarse en el país, normas contenidas en Tratados, Convenios o Pactos sobre Derechos Humanos que colidiesen con la Constitución o sus principios rectores (…)". (Sentencia de la Sala Constitucional N.º 1.942/03). (Subrayado nuestro)

9.- Conforme a lo anterior, se reafirmó que toda decisión o laudo internacional, puede ser objeto de control constitucional, si se pretende ejecutar en Venezuela, tal y como lo asentó la Sala Constitucional en el fallo N.º 1.939/08, en el caso: "Corte Interamericana de Derechos Humanos vs. Jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo", y en la decisión N.º 1.541/08, que a su vez ratifica la sentencia Nº 1.942/03".[892] *(Subrayado nuestro)*

En lo concerniente al punto n.º 4 se indica que el Estado "(…) *pueda denunciar o modificar los convenios suscritos -antes de 1999- con otras naciones (…)"*, la pregunta a realizar sería: ¿qué hecho significativo ocurrió a nivel internacional, en esa fecha, para que ahora la validez y reconocimiento de los tratados en materia de derechos humanos no sean reconocidos y se marque un antes y un después de esa fecha? La pregunta surge toda vez

[892] Tribunal Supremo de Justicia. *Se consolida la inmunidad de Venezuela frente a tribunales extranjeros*, nota de prensa, fecha 15 de junio de 2009. Disponible en:http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=6941

que se ha venido expresando que los organismos en materia de protección de los derechos humanos han evolucionado desde el año de 1945 como consecuencia de innumerables luchas que han dejado grandes marcas en la historia universal; por eso, nos permitimos preguntar: ¿cuál es el interés del TSJ al pretender marcar un antes y un después de ese año (1999)?, ¿cuál es el nuevo orden judicial que pretenden plantear?, o esto obedece a pretender aislar al Estado venezolano del entorno internacional.

Con relación al punto n.° 9, la Sala indicó que las sentencias extranjeras están sujetas al control constitucional, para proteger la Constitución, olvidando que la Constitución indica claramente, en el artículo 336, numerales 5, 6, 7, 9 y 10, los casos en que operaría el control constitucional y esto sería en los siguientes supuestos: control de la constitucionalidad de los tratados suscritos por la República antes de su ratificación; control de la constitucionalidad de los decretos de estado de excepción, control de la constitucionalidad por omisión, control de colisión de leyes, revisión de sentencias sobre constitucionalidad; aclarando que estas sentencias sean las dictadas por los tribunales de la República, no haciendo mención a las sentencias internacionales. Por tanto, aplicando una interpretación *strictu sensus*, la Sala Constitucional no goza con la prerrogativa de aplicar el Control Constitucional sobre las sentencias extranjeras, más cuando estas son dictadas por un órgano de protección de los Derechos Humanos.

Aunque, todo esto se desarrolló en una nota de comunicación del TSJ, en fecha 10 de septiembre de 2015, la Sala Constitucional reafirmó su posición al indicar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Marcel Granier y otros, “atenta contra el derecho

irrenunciable del Pueblo venezolano a la autodeterminación, a la soberanía y a la preeminencia de los derechos humanos".[893]

Con relación a la soberanía, el TSJ afirmó que "*en el mismo sentido, debe señalarse que uno de los principios fundamentales que en los actuales momentos del período histórico, rige y debe regir en cualquier Estado en la comunidad internacional, y que además ha caracterizado a la política exterior venezolana a partir del año 1999, lo constituye el principio de la soberanía de los Estados, siendo este uno de los más trascendentales principios a nivel internacional, y base clave de las relaciones que se suscitan entre cada una de las Naciones en el orden mundial, y que sin duda alguna, debe comportar un parámetro de respeto del orden interno de los Estados".*[894]

Además indicó que en la sentencia, de fecha 10 de abril de 2015, "el principio de no injerencia de terceros en los asuntos internos de los Estados se vincula a las nociones de autodeterminación y soberanía, ya que solamente el derecho internacional puede limitar la autodeterminación de los pueblos y la libertad de acción del Estado".[895]

Ante estos pronunciamiento y a pesar de que no hay una norma constitucional que establezca el control constitucional sobre una sentencia extranjera, cabe destacar que el numeral 23 del mismo artículo 5 se establece "Conocer de las controversias que pudieren suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos

---

[893] TSJ. Sala Constitucional, Caso Granier y otros, exp n°. 15-0992, 10 de septiembre de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/septiembre/181181-1175-10915-2015-15-0992.HTML

[894] TSJ. Sala Constitucional, Interpretación Constitucional del Art. 335, exp n° 15- 0142. Sentencia n.° 100, 20 de febrero de 2015, disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/174494-100-20215-2015-15-0142.HTML

[895] TSJ. Sala Constitucional, Recurso para la protección de la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, exp n° 15-0312. Sentencia n° 443, 10 de abril de 2015. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/176230-443-10415-2015-15-0312.HTML

Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Venezolano". Dicho numeral podría ser objeto de diferentes interpretaciones; no obstante, a criterio, de quien diserta, la norma es clara al señalar que "(…) La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado Venezolano (…)".La norma podría verse desde dos ópticas dependiendo de quien la interprete: la primera de ellas, ¿puede una sentencia, por su propia naturaleza, emanada de un tribunal internacional, ir en contra de los principios de justicia internacionalmente reconocidos? Esto, considerando que son las mismas sentencias internacionales las que han ido despejando el camino para establecer dichos principios, siendo inclusive fuente de derecho internacional público de acuerdo con lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La segunda perspectiva de interpretación, suponiendo que se haga mención a las sentencias emanadas por un tribunal nacional, ¿están siendo las mismas, casos, sentencias Ns. º 1942/2003 y 1939/2008, interpretadas de acuerdo con los principios de justicia internacionalmente reconocidos? Y, peor aún, ¿está el TSJ indicando en su *pseudodoctrina* reiterativa que las sentencias no sean de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano?

Del mismo modo, el numeral 42 establece que el Tribunal Supremo de Justicia tendrá como competencia: "Declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades jurisdiccionales extranjeras, de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales o en la ley". Ahora bien, ante esta competencia con la que cuenta el TSJ queremos realizar las siguientes

consideraciones: los tratados de Derechos Humanos establecen una parte sustantiva y otra adjetiva,[896] en la cual se establecen las posibles sanciones que se le podrían asignar a un Estado por desconocer y no defender las normas de carácter *ius cogens,* el Estado venezolano –en uso de esa soberanía para recurrir a la esfera internacional– ratificó tanto la parte sustantiva como adjetiva del Tratado Internacional por lo que parece irrisorio que se pretenda señalar –tal como se realizó en el caso 1942/2003– que solo se podría reconocer la parte sustantiva y no la adjetiva, olvidando o no considerando el relator el procedimiento de ratificación de los tratados, en especial los tratados de derechos humanos. Igualmente, el relator de la sentencia dejó de lado la imposición de la normativa que regula el funcionamiento del mismo Tribunal y establece claramente -y sin lugar a dudas- la declaratoria de la fuerza ejecutoria de una sentencia de acuerdo con lo que se estableció en el tratado o en la ley que regule la materia. La reflexión o pregunta sería ¿en qué parte, en este caso, del Convenio de San José se estableció que la parte adjetiva del mismo sería inaplicable por ir en contra de los procedimientos locales de los países firmantes?, o ¿en qué parte se estableció que el principio de soberanía estaría por encima de las normas de *ius cogens?*

Ante este panorama, es importante recordar que de acuerdo con el artículo 4 de los *Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*, se establece que los actos provenientes del poder judicial pueden desencadenar la responsabilidad internacional del Estado. Además, en cuanto a la normativa interna, el Código Penal establece de

[896] Al respecto, la sentencia 1943/2003 del TSJ estableció "Resulta así que es la Sala Constitucional quien determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados en los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela. Esta competencia de la Sala Constitucional en la materia, que emana de la Carta Fundamental, no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en Tratados ni en otros textos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el país (…)".

forma muy clara, en el artículo 154, que: "incurren en pena de arresto… 3.- Los venezolanos o extranjeros que violen las Convenciones o Tratados celebrados por la República, de un modo que comprometa la responsabilidad de ésta". Por lo tanto, todo juez o funcionario público que en ejercicio de sus funciones viole el cumplimiento de los tratados internacionales **debe ser** sometido a un proceso penal.

De lo planteado se destaca que desde esta perspectiva resulta prácticamente imposible la aplicación del Estatuto de Roma y la entrada en funciones de la CPI. En la próxima sección pasaremos a revisar la situación del Estatuto de Roma y la situación en Venezuela.

21. La adopción del Estatuto de Roma y la situación en Venezuela

Venezuela fue el primer país de América Latina y el número 11 del mundo que ratificó el Estatuto de Roma, al consignar la firma ante la ONU el día 7 de junio del año 2000, su publicación final fue en la Gaceta Oficial, N. º 37.098, de fecha 13 de diciembre del año 2000;[897] sin embargo, a la fecha no se ha hecho nada al respecto en relación con estos temas. En este sentido, Grammer resaltó, en su momento, la velocidad con que los países latinoamericanos habían ingresado al sistema de la CPI, teniendo como excepción el caso europeo, "no encontrándose parangón en la historia de la comunidad internacional".[898] Ahora bien, surge la pregunta: ¿Cuál norma constitucional es la más idónea para desarrollar la implementación del Estatuto?

[897] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nº 37.098, de fecha 13 de diciembre del año 2000, disponible en http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/diciembre/131200/131200-37098-01.html , (revisado el 09 de julio de 2015)

[898] Aldoney Ramírez, Rodrigo. *La Implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacion*al, en obra colectiva, "*Temas Actuales del Derecho Penal Internacional, Contribuciones de América Latina, Alemania y España"*, Konrad –Adenauer-Stiftung, Alemania, 2005, p 209.

Se tiene que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en el año 1999,[899] consagra una serie de normativas, lo que se consideró un gran avance en materia constitucional; entre ellas están la creación de una Sala Constitucional, el recurso de interpretación y el control constitucional, así como traer al bloque constitucional los tratados internacionales. No obstante, el propio devenir histórico y desarrollo jurisprudencial han demostrado que la inserción de esas figuras ha sido objeto de una aplicación y desarrollo equivocado por parte del Tribunal Supremo de Justicia. En este aspecto, comenzaremos nuestra disertación con el artículo 19:

Artículo 19:

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen".

La Sala Constitucional ha indicado que la "disposición arriba citada obliga, de manera inexcusable, al Estado venezolano, a través de los órganos del Poder Público, a garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos que tiene toda persona. En efecto, el constituyente, siguiendo las principales tendencias del derecho foráneo, reconoció en el Texto Fundamental el deber que tiene el Estado en la observancia de tales derechos para el desarrollo integral y efectivo de la dignidad humana. En tal sentido, el Tribunal

[899] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860.

Constitucional español indicó: (…) de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista pretensión subjetiva por parte del ciudadano".[900]

Por su parte, el artículo 23 de la Constitución contiene la disposición que rige la coordinación entre el derecho constitucional con relación a los tratados de derechos humanos y las normas internacionales pertinentes a la materia:

> "*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público".*

Finalmente, el artículo 31 contiene la norma que establece el derecho que tienen las personas de concurrir a una jurisdicción internacional y al mismo tiempo establece la relación entre los tribunales nacionales e internacionales. En este sentido, con la consagración del artículo 23, los tratados internacionales, en materia de derechos humanos, entraron a ser formalmente parte del bloque constitucional de la República. A la par, el preámbulo de la Constitución indica que se reconocen como fuentes de la protección de los derechos humanos los tratados internacionales suscritos y

[900] TSJ. Sala Constitucional. Caso Dora Margarita Pérez Hernández. exp n° 00- 31 de mayo de 2001. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/899-310501-00-3309.HTM

ratificados por la República y las leyes que la desarrollen. Ahora bien, con todo este desarrollo constitucional ¿se puede afirmar que existe una supremacía de las normas del derecho internacional público sobre las normas nacionales? El artículo 23 indica que las normas constitucionales están por encima de los tratados internacionales, siempre y cuando sean más favorables.[901] En este aparte el TSJ ha indicado que las "diversas convenciones internacionales que son leyes vigentes en el país, con jerarquía constitucional, -lo son- conforme a lo previsto en el artículo 23 de la vigente Constitución (…), por lo que en consecuencia estas normas poseen 'rango constitucional'".[902] Según esto cabría la pregunta, ¿cuándo se puede considerar una norma como más favorable? El autor Modollel indica, ante esta hipótesis, que el juez debe decidir utilizando la norma pertinente al caso, debe evaluarse primero la norma constitucional y, posteriormente, deberá revisar la norma en el marco internacional, considerando aquella que sea *pro homine*; finalmente, señala que el artículo 31 establece que los tribunales nacionales deben adoptar las medidas necesarias, en el marco del ordenamiento jurídico interno, para darle cumplimiento a las decisiones de los tribunales internacionales.[903]

Por su parte, Carlos Ayala Corao indica que las consecuencias de la constitucionalización de los Tratados de Derechos Humanos, en conjunto

---

[901] Realizando derecho comparado en la región, se destaca que en Costa Rica, la jurisprudencia de la Sala Constitucional estableció que el artículo 48 de la Constitución Política reconoce una jerarquía superior a los tratados internacionales sobre los preceptos constitucionales, siempre que sean más favorables, (Aldoney Ramírez, Rodrigo, "La Implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho penal internacional"), en este punto debemos hacer la salvedad de que la Sala indica de carácter superior y en ningún momento se indica que los mismos tienen el mismo rango o que pueden ser sujetos a su interpretación. Igualmente, se puede encontrar el caso en que el Código Penal hace remisión a los tratados internacionales, artículos 374, 378 y 379, haciendo mención este último al Estatuto de Roma.

[902] TSJ. Sala Constitucional. Caso Elías Santana. exp. nº 00-2760. 12 de junio de 2001. Disponible en: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1013-120601-00-2760%20.HTM.

[903] Modollel González, Juan Luis. "*Valor de los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos Suscritos por Venezuela en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*", en la obra "*Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional"*, Tomo III, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2013, p 448.

con el principio del mayor favor o *pro homine*, son: 1) la preferencia de los tratados sobre Derechos Humanos -más favorables contenidas en los tratados- sobre las normas constitucionales; 2), la incorporación de los tratados sobre Derechos Humanos quedan incorporados al 'bloque constitucional'. Por lo tanto, las normas sobre Derechos Humanos, que derivan de los tratados internacionales, se tendrían como normas constitucionales propias y no tendrían únicamente jerarquía como tales. De acuerdo con este mismo autor, la incorporación de esos tratados al bloque constitucional hace que los mismos sean rígidos, ya que "una vez incorporado un tratado relativo a Derechos Humanos (…) el mismo sólo podrá ser denunciado -en los casos en que proceda conforme al derecho internacional- siguiéndose para ello los procedimientos de enmienda o reforma constitucional".

En opinión del profesor Asdrúbal Aguiar, en el artículo 23 de la Constitución se establece la línea monista, el procedimiento de reenvío o de recepción automática. Agrega que si bien es cierto que los tratados de Derechos Humanos están por encima del resto del ordenamiento jurídico interno, la afirmación de que sus normas, al ser ubicadas como de rango constitucional, asumen la naturaleza de normas de derecho interno, podría impulsar a los órganos del poder público a desarrollar criterios conservadores o restrictivos de sus contenidos. En este sentido, es importante recordar, una vez más, el criterio de la progresividad interpretativa propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que además se suma a lo establecido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en sus artículo 31 y 32, en los cuales se expresa que las normas del derecho internacional no están atadas a la textualidad o literalidad interpretativa que domina, por ejemplo, en el derecho interno o nacional.

En el período de debates de la Asamblea Constituyente se llegó a indicar la importancia de ese hecho, en el contexto de la progresividad de los derechos

humanos, por lo que se consideró que debía dársele rango constitucional a los Tratados sobre Derechos Humanos. Por esta razón, se indicó que la jerarquía de los instrumentos internacionales venía dada por la determinación que realice la Constitución, de manera que es la Carta Magna la que establece el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del derecho estatal. Eduardo Jiménez de Arechaga indicó que el derecho constitucional es el encargado natural de resolver un eventual conflicto de leyes entre el derecho internacional y el derecho nacional. Igualmente, se indica que lo mismo ocurre con las decisiones que adopte cada Estado, en atención a su posición monista o dualista, sobre el derecho internacional. De esta forma, se tiene que las Constituciones suelen otorgarle 4 categorías a los instrumentos legales, a saber: supraconstitucional, constitucional, supra legal y legal.[904]

Igualmente, se ha indicado que era realmente importante que la Constitución reflejase la obligación del Estado venezolano de investigar y sancionar legalmente los delitos en contra los derechos humanos, cometidos por sus funcionarios o particulares, y que contasen con la tolerancia o el consentimiento de las autoridades; posición que toma más fuerza considerando que en la región latinoamericana se ha presentado una tendencia fuertemente marcada hacia la impunidad. La misma se ha caracterizado por que los procesos se han extendido tanto en el tiempo que han llegado alcanzar la prescripción de acuerdo con la ley interna. Cabe destacar que la impunidad se ha dado también cuando diversos países han

[904] Brewer-Carias, Allan. *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)* (*09 septiembre-17 octubre 1999*). Tomo II. Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, p 88-89.

dictado leyes en las que se han otorgado beneficios como el indulto y la amnistía.[905]

Desde comienzos del siglo XX se ha planteado como un defecto, entre los deberes de los soberanos, la creencia de que las constituciones con su normativa son eficaces durante los conflictos de gran envergadura. En este sentido, Pillet argumenta que el Estado es una abstracción, que no tiene ni voluntad ni libertad, ni conocimiento entre el bien y el mal, y "que cuando se cree que cambiando la forma del Estado y el agrupamiento de los poderes en el interior de esta enorme máquina se llegará al bien, uno se engaña enormemente". Agrega que "son los gobernantes y no el gobierno, quienes poseen en sus personas vidas, todo lo que es necesario a quien quiere proceder y es de su acción que se pueden esperar resultados". Esto se debe a que los gobernantes son quienes poseen la libertad, la voluntad, el conocimiento del bien y el mal y "fatalmente el bien del Estado se encuentra ligado a su probidad, a su habilidad, a su conciencia, a su celo", por lo que una Constitución como ley, no es nada por ella misma. Finaliza con la siguiente pregunta y respuesta: ¿Qué importa un sabio balance de los poderes si los hombres que los poseen están sujetos a intereses particulares y a qué servirán los derechos solemnemente garantidos, si la persona no tiene un juez íntegro ante quién acudir?. Su respuesta es que resulta evidente que el valor de las instituciones dependerá cabalmente de la disciplina, conciencia y principios de los hombres que la manejan.[906]

Ahora bien, cabe preguntarse, ¿el artículo 23 de la Constitución es el más idóneo para garantizar la aplicación del Estatuto de Roma? ¿Se puede

[905] *Ibidem,* p 106.
[906] Pillet, Al. *La Guerra y el Derecho (Guerra de 1914-18),* Lineria y Casa Editora de Jesus Menendez, Buenos Aires, 1926, p 235-236.

aplicar directamente el Estatuto de Roma en nuestro ordenamiento jurídico nacional?

La respuesta es sencillamente **no.**

En este sentido, partimos primeramente trayendo a colación el artículo 154, que indica:

> "Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional".

Luego de haber revisado previamente el marco constitucional, se puede indicar que a pesar de que el Estatuto de Roma no se puede considerar un tratado de derechos humanos (aun cuando estos últimos son transversales a cualquier tipo de proceso), la aplicación del Estatuto no se haría de forma directa por todos los tecnicismos que se ameritan. Se ha comentado *viva voce* que a pesar de todo lo anterior, el artículo 154 (en concordancia con los arts. 187, 217) de la Constitución pareciese ser la vía idónea para aplicarlo puesto que además se necesitaría la Ley correspondiente para ejecutarlo. Aunque pareciera que el artículo 23 de la Constitución es el más idóneo para traer dicha normativa a la jurisdicción nacional, puesto que este se encuentra en el Título III "De los Derechos Humanos y Garantías y los Deberes#, Capítulo I, el cual establece: 1) las disposiciones constitucionales que regulan el uso de las órdenes de superiores (art. 25), 2) reclamar aquellos derechos inherentes a la persona que no figuren expresamente en la Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (art. 27), 3) obligación de investigar los delitos realizados por las autoridades

y la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y violaciones de DDHH, así como 4) la exclusión de beneficios a los acusados de cometer estos crímenes (art.29), obligación de indemnizar a las víctimas (art. 30), 5) el derecho de las víctimas de recurrir a los organismos internacionales, y 6) el deber de dar cumplimiento a las decisiones emanadas por organismos internacionales (art. 31). Tal como se vio, la aprobación del Estatuto siguió el proceso establecido en el artículo 154[907] de la Constitución de la República[908] por cuanto el mismo necesitaba la aprobación como cualquier otro tratado. No obstante, esto plantea la discusión: ¿se puede aplicar directamente como los tratados sobre derechos humanos? Siguiendo el principio de la complementariedad positiva, volvemos a indicar que esa aplicación directa sería inviable, esto como consecuencias de las obligaciones adquiridas a través del Estatuto de Roma. A continuación, luego de discutir sobre estos temas, pasaremos a revisar las modalidades de implementación mencionadas anteriormente para adaptarlas al caso venezolano.

21.1. De la idoneidad de la vía de la interpretación constitucional para facilitar la aplicación del Estatuto de Roma y evitar posibles contradicciones con normas constitucionales

En el uso del poder interpretativo otorgado por la Constitución, mediante el artículo 335, a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), ha permitido que la Sala haga uso y abuso de su potestad de interpretar las

[907] Artículo 154: "Los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el Presidente o Presidenta de la República, a excepción de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, aplicar principios expresamente reconocidos por ella, ejecutar actos ordinarios en las relaciones internacionales o ejercer facultades que la ley atribuya expresamente al Ejecutivo Nacional".
[908] Ver Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Gaceta Oficial N° 37.098 de fecha 13 de diciembre de 2000 y Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.507 de esta misma fecha.

normas de la Constitución[909] (esto se discutirá más adelante). En este sentido, el autor Modollel ha indicado que se pueden dividir las actuaciones del TSJ en dos renglones: primero, desde una perspectiva de fondo vinculada para decidir en caso de una eventual contradicción entre el texto constitucional y el tratado internacional; segundo, desde una perspectiva de carácter formal.

Se comienza así esta disertación considerando los problemas de fondo que se podrían encontrar al momento de implementar el Estatuto:

1) La Sala Constitucional del TSJ ha indicado que esta es la máxima Sala para realizar la interpretación de los convenios internacionales y que además no aceptaría una eventual intromisión por parte de un órgano internacional. De esta forma, en la sentencia N. º 386, del 17 de mayo de 2002, la Sala rechazó la 'injerencia' de los organismos internacionales, sin ni siquiera revisar si el Estado había cometido una violación de derechos humanos.[910]

Igualmente, en la sentencia del 22 de septiembre de 2000, número 1077, la Sala indicó que era la única que podía interpretar, además con carácter vinculante, el sentido de una norma de derechos humanos que pudiese interferir con una norma constitucional, por ser la primera de rango constitucional, agregando que inclusive la Sala podía determinar la vigencia

[909] En la Sentencia 1939 de la Sala Constitucional, se llegó a expresar claramente "Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango 'supraconstitucional', por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 eiusdem y el fallo número 1077/2000 de esta Sala".

[910] La Sala "…considera inaceptable la instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos en el sentido de solicitar la adopción de medidas que implican una crasa intromisión en las funciones de los órganos jurisdiccionales del país, como la suspensión del procedimiento judicial en contra de los accionantes, medidas que sólo pueden tomar los jueces en ejercicio de su competencia e independencia jurisdiccional, según lo disponen la Carta Fundamental y las leyes de la República Bolivariana de Venezuela, aparte lo previsto en el artículo 46, aparte b) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica)…".

de las normas provenientes de organismos 'multiestatales' en el ordenamiento interno. Además, puso especial énfasis con relación a que la Sala es la única que posee competencia para "establecer los mecanismos procesales que permitan el cumplimiento de las decisiones de los órganos internacionales previstos en el artículo 31 de la vigente Constitución, mientras se promulgan las leyes relativas al amparo internacional de los derechos humanos".

Posteriormente, en la sentencia N. º 1013, del 12 de junio de 2001, la Sala indicó que las convenciones internacionales, que sean leyes venezolanas, tienen rango constitucional. Esta sentencia fue objeto de muchas críticas y propició que la Sala Plena las condenara y alcanzara un acuerdo, de fecha 25 de julio de 2001, en el cual se afirmó que las decisiones del TSJ "no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre". Dicha afirmación es contraria a lo ya indicado en el artículo 33 de la Constitución de Venezuela, que permite recurrir a instancias internacionales, fue doblemente tergiversado considerando que el mismo precepto establece que el Estado garantizará que sean implementadas las decisiones internacionales.

Del mismo modo, en la sentencia N. º 1942, de fecha 15 de julio de 2003, la Sala indicó que únicamente ella "determina cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno; al igual que cuáles derechos humanos no contemplados de los citados instrumentos internacionales tienen vigencia en Venezuela". De esta forma deja inhabilitados a los tribunales ordinarios para aplicar tal normativa,

ya que "un tribunal de inferior jerarquía no tendría competencia para decidir que una norma internacional tiene preponderancia sobre una norma constitucional", contradiciendo una vez más la norma de la Constitución.[911]

Al respecto, se podría señalar que el problema fundamental subyace en el hecho de que la Sala Constitucional ha vuelto a una discusión superada con relación a la conexión entre el derecho nacional y el derecho internacional, en este caso, para negar la implementación de las sentencias emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual, *vis a vis*, afecta la implementación del Estatuto de Roma. La Sala Constitucional ha causado este problema en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 335, abusando en la interpretación y alcance de las normas constitucionales, al concluir que inclusive la interpretación de ciertos derechos o convenciones se realizarán con base en su criterio. El mencionado artículo de la Constitución señala:

Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República. (Subrayado nuestro)

En esta nota no hay que dejar de mencionar que con el surgimiento de la Sala Constitucional todas las demás Salas del TSJ quedan sujetas a la interpretación de lo que indique la Sala Constitucional. Así se deja de lado la figura que existía en la Constitución de 1961, en la que la Corte en Pleno era

[911] Modollel, Juan. *Obra citada,* p 454.

quien tomaba la última decisión, en tanto que en la actual Constitución no se habla de "Corte en Pleno" sino de 'Sala en Pleno'. Al no haberse hecho claramente esa diferenciación entre Corte en Pleno y Sala en Pleno, se ha llegado a sostener que la Sala Constitucional está incluso por encima de la Sala en Pleno, haciendo de la Sala Constitucional una 'supersala'.

Por otra parte, la Constitución consagra un Título denominado *De La Protección De Esta Constitución,* en el que se establecen dos capítulos: el primero de ellos, *De la garantía de la Constitución*, instituye la vigencia de la Constitución. En el mismo se obliga: la colaboración en el restablecimiento de la misma, la obligatoriedad judicial de asegurar la integridad de la Constitución, el control difuso de la constitucionalidad, el control concentrado de las leyes, la interpretación de la Constitución y las atribuciones de la Sala Constitucional. El segundo capítulo trata lo relativo a los estados de excepción.

Con relación al elemento formal, la Sala Constitucional también ha indicado cómo debe solucionarse un eventual problema entre la norma de la Constitución y las normas de las convenciones internacionales. En este sentido, la Sala de Casación Penal resolvió que:

"son aplicables en lo que a la substanciabilidad se refiere y no respecto a lo procesal o adjetivo, porque sería renunciar a la soberanía. Tales tratados, forman parte del sistema constitucional venezolano por voluntad de la Constitución; pero en caso de que haya una antinomia o colisión con el dispositivo de la Constitución, deberá sin ningún género de duda, privar la Constitución."

De esta forma, las normas de carácter procesal establecidas en las convenciones de derechos humanos no prevalecerán por encima de la Constitución, las mismas quedan 'desaplicadas' por el concepto usado de soberanía.

En otro caso, en la sentencia n.° 1309, de fecha 19 de julio de 2001, se estableció que debe prevalecer el proyecto político de la Constitución sobre cualquier norma internacional, incluyendo en esta última la normativa de derechos humanos. En este sentido, la Sala Constitucional en la sentencia 1942, del 15 de julio de 2003, afirmó que la aplicación de un tratado en derechos humanos se haría "…siempre que éstos (sic) cuerpos normativos no colidan con principios constitucionales sobre Derechos Humanos, o atenten contra los Principios Fundamentales de la Constitución…", entendiéndose una vez más que no puede existir ninguna norma por encima de la Constitución. Además de estas sentencias, la Sala Constitucional en sentencia n. º 1265, de fecha 05 de agosto de 2008, indicó que en caso de contradicción entre un tratado internacional y la Constitución, la prevalencia del primero "no es absoluta ni automática. En efecto, el artículo 23 constitucional exige para la aplicación preferente del tratado, pacto o convención relativos a derechos humanos, que estos contengan normas más favorables a las de la Constitución". Igualmente, la sentencia se planteó la siguiente pregunta "… ¿qué valores debe tener presente el Tribunal para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más 'favorable' que la normativa constitucional interna?...". En esta oportunidad sólo se podría indicar que lógicamente sería una norma *pro homine*; no obstante, la Sala se contestó a sí misma indicando que debe prelar "la necesidad de asegurar la supremacía constitucional y el análisis técnico en consonancia con el proyecto político de la Constitución". Finalmente, la sentencia n. º 1939 de la Sala Constitucional, de fecha 18 de diciembre de 2008, indicó que en caso de que exista una contradicción entre una norma de derecho internacional y una norma constitucional, "…deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (…) sobre los intereses particulares".

De todo esto se desprende que una eventual reinterpretación de los artículos de la Constitución, vía jurisprudencial, para evitar posibles contradicciones con el texto del Estatuto de Roma, en especial en materia de inmunidad, tal como lo ha sugerido la Comisión Andina de Juristas,[912] no sería posible –ni la vía más idónea puesto que tal interpretación puede estar sujeta a los vicios de quien está en el poder– debido a la objeción actual y constante de la Sala Constitucional en sus sentencias vinculadas con el derecho internacional. Además, quien suscribe considera que dicha opinión sería necesaria para aclarar el alcance del antejuicio de mérito, cuando el mismo sea dado por la comisión de crímenes internacionales de aquellos que ocupan las altas esferas del poder. A todo lo anterior se suma el hecho de cómo debe interpretarse la figura de la extradición versus la figura de la entrega, esta última establecida en el Estatuto de Roma.

21.2. De la Implementación mediante una ley de remisión

De las opciones propuestas por la Comisión Andina de Juristas se tiene la ley de remisión. Tal como se ha indicado, la ley de remisión implica traer a la legislación nacional una ley que remite al contenido de un Tratado, este ejemplo se puede encontrar en Costa Rica, donde se implementó el Estatuto de Roma bajo esta modalidad. No obstante, en Venezuela no se encuentran antecedentes de este tipo de implementación de tratados; además, la adopción de ciertos tratados internacionales, bajo esta modalidad, implicaría muchos desafíos o dejarían muchas lagunas en su interpretación. En el caso del Estatuto de Roma, no permitiría implementar la normativa necesaria para garantizar la cooperación con la Corte: aunado a ello, se mantendrían las incongruencias entre el Estatuto, la Constitución y las leyes penales del país.

---

[912] Comisión Andina de Juristas. *La Corte Penal Internacional y los Países Andinos.* ISBN: 9972-637-40-9. Perú, 2001, p 128.

21.3. De la adopción sistemática del Estatuto de Roma

Esta sería la vía más idónea puesto que se solventarían todos los campos posibles en la implementación del Estatuto; no obstante, tomaría tiempo para ver los resultados finales, pero los mismos serían más satisfactorios puesto que toda la normativa tendría armonía.

21.4. De la enmienda o reforma de la Constitución

Esta sería otra alternativa para la implementación del Estatuto, puesto que la misma permitiría cambiar de raíz algunos problemas prácticos, tales como limitar el antejuicio de mérito ante la acusación de altos funcionarios por la comisión de crímenes internacionales; las inmunidades, la extradición. Esto completaría una llave perfecta de enjuiciamiento de los crímenes internacionales que se pudiesen cometer en el territorio nacional.

21.5. De la adopción de una legislación interna única pertinente al Estatuto de Roma

Tal como se explicó anteriormente, esta modalidad permitiría la implementación del Estatuto a través de una ley que permita el establecimiento en territorio nacional. No obstante, la misma podría crear ciertos enfrentamientos con los procesos penales existentes, por lo que se necesitaría la armonización imperiosa entre el Código Penal, Código Procesal Penal y Código Orgánico de Justicia Militar por las situaciones establecidas en los capítulos anteriores.

No obstante, de las figuras señaladas, consideramos que lo ideal para la implementación del Estatuto de Roma sería seguir el ejemplo de la legislación alemana, donde se aprobó el Código Penal de Crímenes Contra el Derecho Internacional, este tipificó los crímenes internacionales, penas, autorías y participación en los mismos. Uno de los principales objetivos de

este Código era asegurar que Alemania siempre pudiera juzgar los delitos regulados por el Estatuto de Roma, siempre teniendo en cuenta el principio de complementariedad y de la competencia que posee la Corte para juzgar.[913]

Algunos de los vacíos legales que llevaron a los alemanes a tomar estas medidas se explican a continuación.

Los crímenes en el Estatuto de Roma, aunque se consideran como parte del derecho consuetudinario, no se podían aplicar directamente en el sistema alemán debido a que el derecho consuetudinario se encontraba por debajo del derecho constitucional de acuerdo a la normativa alemana, por ello se exigió el respeto al 'principio de legalidad' que debe imperar en todo sistema jurídico. A esto se suma el hecho de que los crímenes individuales no poseen de forma específica las penalidades para cada uno de ellos, el artículo 77 del Estatuto sólo contiene una lista de penas a ser impuestas, en tanto que el artículo 78 del Estatuto está enfocado en la determinación de las sentencias en general, pero no hacen referencia a los crímenes individuales. Además, indicaron que, como se puede apreciar en el artículo 5, las definiciones de los crímenes estaban diseñadas como simples reglas de jurisdicción ya que no estaban dirigidas a los potenciales perpetradores de los crímenes: sin embargo, sí dejaba claro que la CPI extendía su jurisdicción a los crímenes indicados en el Estatuto. Por estas razones indicaban que el Estatuto no se podía aplicar directamente en suelo alemán; para dar cabida y efecto al contenido del Estatuto de Roma y, en especial, para poder introducir las figuras de los crímenes internacionales se tuvo que transformar la ley nacional.

---

[913] Satzger, Helmut. "*German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Abalysis of the New German Code of Crimes against International Law*". International Criminal Law Review, nº 2, año 2002, p 261- 282.

Además, consideraron que el derecho penal alemán no había sido capaz de tener una adecuada pena y cohesión de los crímenes del Estatuto, a pesar de que el derecho penal alemán podría contener en gran medida figuras que pudiesen abarcar estos crímenes. Los alemanes indicaron que, en comparación con el Estatuto de Roma, el derecho penal alemán poseía una serie de lagunas, lo que hacía imperiosa la necesidad de alinear el derecho penal alemán al Estatuto de Roma, en especial con relación al tema de la complementariedad. Aunado a esto, consideraron -oportunamente- que a pesar de la existencia de ciertas figuras que permitirían juzgar ciertos crímenes, los mismos no tenían el mismo contenido 'dañoso' inherente a estos tipos de crímenes. Un ejemplo es que a pesar de que muchos de los 'crímenes contra la humanidad' están amparados bajo el derecho penal alemán, la particular dimensión del crimen contra la humanidad y su enlace entre la conducta criminal y el carácter sistemático y extendido de un ataque a una población civil no estaba contemplado en el derecho penal ordinario de los alemanes; lo mismo aplicaba para los crímenes de guerra y de genocidio. Además, a esto se sumaban las reglas de aplicación del derecho penal.[914] En relación con las técnicas utilizadas para la implementación del Estatuto, se estudiaron dos: la primera de ellas fue mediante la inclusión de toda la normativa en el Código Penal existente; la segunda, la creación de un nuevo Código. No obstante, se decantaron por la elección de esta última. En la parte general del Código se establecieron, de forma clara, los problemas relativos a los elementos subjetivos y objetivos de los crímenes, autoría y participación, más la consideración del principio de legalidad.[915]

[914] Satzger,Helmut. *Artículo citado,* p 264-266.
[915] *Ibidem,* p 270- 279.

Por tanto, consideramos esta opción cómo la más idónea para la implementación del Estatuto. Además, sería importante establecer reformas a la Constitución Nacional que permitan aclarar ciertas normas que podrían ser motivo de controversias. No obstante, a esto se sumaría la necesidad de actualizar los Códigos antes mencionados.

22. Comentarios finales

A manera de ideas generales, se podría indicar que a pesar de la existencia de las diversas modalidades de recepción del derecho internacional en el derecho nacional, lo importante es que el Estado, posteriormente, no haga mal uso del concepto de soberanía o que se acobije bajo interpretaciones políticas para evadir sus responsabilidades. Se tiene así que la Sala Constitucional, haciendo un uso excesivo o indiscriminado de la atribución dada por el artículo 336 (interpretación de la Constitución) y de la revisión constitucional, ha infringido principios y valores establecidos por la comunidad internacional. Igualmente, habría que reflexionar si ante este panorama la normativa y desarrollo jurisprudencial relacionado con el Estatuto de Roma tendría aceptación en la jurisprudencia del 'máximo' tribunal del país y en la legislación local. Por esta razón, quien suscribe, en sus propias palabras, resumiría la posición del TSJ señalando que este tribunal ha colocado, lamentablemente, una vez más en la historia de la humanidad**,** *el derecho al servicio de la política*.

Asimismo, queda tan sólo sugerir que la implementación del Estatuto de Roma se realice a través de un Código que permita tipificar de manera precisa el Estatuto de Roma en suelo nacional, aunado al hecho de la enmienda constitucional y la sincronización que debe existir en el ordenamiento jurídico para garantizar así la lucha contra la impunidad. Aunque no es materia de nuestro tema de investigación, se destaca también la necesidad de ahondar en el estudio de la figura de la extradición

establecida en la Constitución y de la figura de la "entrega" de un acusado a la CPI.

"Lo que más temo es el poder con impunidad.

Le temo al abuso de poder y al poder de abusar"

Isabel Allende

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo de investigación: "La Figura de la atribución de la responsabilidad establecida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y su compatibilidad con la Constitución de Venezuela" se han estudiado diversos escenarios que pueden surgir al momento de atribuir la responsabilidad penal internacional a los perpetradores de los crímenes internacionales.

En este sentido, de acuerdo a lo observado, esta investigación ha sido de tipo "racional-realista" debido a que se utilizó el cruce entre la epistemología y la ontología, siendo racional en su soporte epistemológico y realista en su parte ontológica, debido a que en la misma se sustentó una la exposición detallada de la teorías que han originado y sostenido la figura de la atribución de la responsabilidad internacional penal de los particulares. Al respecto, se realizó una observación y confrontación rigurosa con la realidad legal de nuestro país, hasta llegar a "falsar" [916] o refutar teorías tradicionales y exaltar aquellas que en ningún caso puedan ser "falsadas".

Por su parte, la estrategia metodológica utilizada "hipotético-deductivo" permitió un estudio profundo y detallado de los fundamentos y teorías del derecho internacional penal, pasaremos a detallar los hallazgos realizados de acuerdo a los objetivos generales planteados en nuestro trabajo de investigación.

---

[916] Es importante destacar el significado del concepto de falsacionismos, el cual "como concepción filosófica de la ciencia, data del año 1935 con la circulación de la obra *La lógica de la investigación científica* del filósofo K. Popper. La importancia de esta concepción metodológica está dada en que ha sido fundamental en el campo de la filosofía de las ciencias sociales y de la economía, específicamente. Este autor confronta el método inductivo y ampliamente cuestiona cualquier método que sea partidario de aplicar parámetros de comprobación empírica de las teorías". De Berríos, Omaira G. Briceño de Gómez, María Ysabel, Enfoque Epistemológico, Visión Gerencial, SSN 1317-8822 • Año 8 • Edición Especial • Pg:47-54. Disponible en http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31329/1/articulo4.pdf

Primero: de acuerdo a lo previamente estudiado se ha comprado que la responsabilidad internacional del Estado puede ser generada tanto por actos de sus funcionarios hasta por los actos legislativos, judiciales, administrativos y *ultra vires* realizados por los funcionarios del Estado, así como por causa de guerra civil, revolución, insurrección y violencia callejera. Ahora bien, los actos de los particulares no pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado, salvo que este último lo haya decidido así, estableciendo este supuesto en un tratado internacional. En cuanto a los trabajos adelantados por la Comisión de Derecho Internacional, se puede indicar que los mismos han marcado un gran adelanto en este tema. En cuanto al tema jurisprudencial, se han presentado distintas visiones sobre este tema, no obstante, ha sido criterio en nuestra región que la responsabilidad internacional del Estado puede ser generada por actos de particulares, es desde esta situación donde se puede indicar que la responsabilidad internacional del particular y la del estado pueden coexistir.

Segundo: La responsabilidad penal internacional del particular se encuentra establecida en el artículo 25 del Estatuto de Roma. En cuanto a este tipo de responsabilidad, toma especial importancia los delitos cometidos por los superiores o líderes. Se ha demostrado que esta responsabilidad puede ser establecida de dos formas, a saber: de manera directa o de manera indirecta. Tenemos así que la responsabilidad directa surge debido a la participación directa del perpetrador en la comisión del crímen; por su parte, la responsabilidad indirecta nace porque el sujeto no actúo en la materialización del crimen pero no hizo nada para impedirla. La doctrina de la responsabilidad del superior, propiamente dicha, surge como una forma de responsabilidad indirecta, mejor conocido como omisión, debido a que el superior no evitó la comisión del crimen por parte de sus subalternos. De acuerdo a la evolución histórica de este concepto, el mismo es aplicado tanto a civiles, militares y fuerzas paramilitares. Tal como se observó, la figura ha

ido tomando auge en el derecho consuetudinario internacional, siendo codificada en diferentes tratados internacionales. De acuerdo a lo visto, se destaca como en la Sociedad de las Naciones desde el año 1921 se iniciaron las discusiones para implementar una corte internacional con carácter penal, pero no fue hasta los juicios de Núremberg y Tokio cuando se comenzó a juzgar a los máximos responsables de los crímenes cometidos en masa ejecutados por los líderes nazis. En los juicios se analizó y juzgó desde la participación de los acusados en mítines políticos hasta la omisión por no imponer sanciones a los subalternos que hubiesen cometiesen crímenes internacionales. Posteriormente, fueron los Tribunales del TPIY y del TPIR, los cuales desarrollaron aún más los elementos que debe contener la tipificación de la "responsabilidad del superior"... De todos estos temas, se ha comprobado que la figura de la atribución de la responsabilidad en el marco del derecho internacional no ha sido algo meramente casual; sino que más bien la figura ha evolucionado para juzgar los máximos criminales de la historia.

A la par de los conceptos logrados, tenemos claro que al momento de establecer la responsabilidad del superior se debe buscar establecer los siguientes criterios:

1. La existencia de una relación entre un superior y un subordinado (aspecto funcional).

2. El superior sabía o tenía razones para saber que la infracción se iba a realizar o había sido cometida (aspecto cognitivo).

3. El superior falló en tomar todas las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal para y castigar al perpetrador (aspecto operacional).

Todo esto quedó establecido en el artículo 28 del Estatuto de Roma, donde se establecen además los tipos de superiores (*de iure* o *de facto*). Aunado a este hecho, queda dilucidado que la figura de la responsabilidad será aplicada tanto a los superiores *de iure* como a los superiores *de facto*; entre los superiores de *iure* tenemos en algunos casos desde el Presidente de la República hasta todo aquel funcionario civil o militar que ejerce funciones en cargos que impliquen de una u otra forma el uso de fuerzas de seguridad o de orden. Las cadenas paralelas de mando también se encuentran supeditadas a este control. A la par, se ha dejado claro la diferencia entre 'comando efectivo y control' y 'autoridad efectiva y control'. Igualmente, se destaca que puede existir la concurrencia y la fusión de la responsabilidad individual y la del superior, donde se ha indicado que al ejercer un cargo de superioridad sería un factor agravante al momento de imponer la pena.

Tercero: en el proceso de comprobar la responsabilidad en aquellos que han cometido crímenes internacionales, en especial a los máximos superiores, requiere el establecimiento detallado de técnicas que permitan determinar el elemento subjetivo (mens rea) y del elemento objetivo (actus reus). Tenemos así que para el establecimiento de ellas se deben encontrar debidamente claras las figuras del dolo, en sus diversas modalidades, dolo directo, dolo de segundo grado y dolo eventual. Así como los grados de culpa que existen en el marco del derecho internacional penal. En el contexto venezolano tenemos que los mismos se encuentran establecidos de manera general en el Código Penal, artículo 61, sin que exista una clara definición de ciertos conceptos, por lo que se ha querido establecer -vía jurisprudencial- la figura del dolo eventual, siendo esto un error puesto que se violarían desde los principios más elementales del derecho penal hasta el derecho internacional de los derechos humanos, todo esto en cuanto a sus dictámenes que indican las modalidades de establecer figuras penales. En este sentido, tenemos entre los hallazgos en nuestra legislación no existe una normativa solida en cuanto

a los elementos necesarios para configurar la responsabilidad propiamente dicha del superior civil o militar. En el caso del Código Orgánico de Justicia Militar nos causa una mayor preocupación puesto que su contenido es bastante precario en la materia. La importancia de la aclaratoria de estas figuras, subyace en que la pena a ser aplicada a un eventual acusado de cometer crímenes de grandes magnitudes podría ser inferior a pesar de la verdadera intención oculta del perpetrador.

Cuarto: Aunado a lo anterior, si bien es cierto la importancia de la aclaratoria de los grados de dolo y de culpa, también es importante la figura del establecimiento en los grados de participación, tal como se ha observado históricamente se optó por la 'teoría de la criminalidad colectiva', en los tiempos de los juicios en contra de los nazis y, a la 'teoría de la unión a empresa criminal' en el caso de los tribunales ad hoc. No obstante, la práctica contemporánea nos ha indicado que la figura más sofisticada es doctrina del "dominio del hecho en aparatos de poder", puesto que a través de esta figura se garantiza juzgar a los máximos responsables. De adoptarse esta modalidad, no se tendrían que utilizar las figuras tradicionales del derecho penal las cuales se limitan únicamente a juzgar con mayor fuerza a aquel quien llevó a cabo una orden o ejecutó una acción y no a aquel que ordenó ó ideo el crimen. Además, es oportuno recordar que estos últimos tienen menos carga de pena que aquellos quienes efectivamente ejercieron la acción. Otro punto importante es que el artículo 25 (3) (a) establece los tipos de autoría, siendo significativa la figura del autor mediato, puesto que a través de ésta se pueden amparar los máximos responsables, debido a que existe una especial relación entre las 'órdenes' y este tipo de autor. Posteriormente, tenemos que el artículo 25 en sus ordinales b) c) y d), establece los grados de participación en la comisión de un crimen internacional. De acuerdo a lo estudiado y comprobado se puede afirmar que en el caso venezolano estas figuras o no se encuentran establecidas o las

mismas se encuentran establecidas para situaciones muy limitadas (ver: artículos 179 y 204 del CP y art. 65 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del cuerpo de Policía Nacional).

Quinto: En el contexto de conflictos internos e internacionales, se podrían indicar que se pueden configurar varios tipos responsabilidad. No obstante, se ha dejado claro que han sido los 'líderes' quienes por sus ansias de poder y control, de una u otra forma han condenado a millones a la muerte. Se comprobó que el concepto de "responsabilidad del superior" no es aplicable únicamente a militares sino también a los superiores civiles. En este sentido, se verificó que en el plano internacional se encuentra regulada la figura del 'abuso de autoridad' y de cómo debe ser reconocido un superior civil en el marco de un conflicto interno o internacional. Aunado a lo anterior, cabe destacar que en relación a los grupos subversivos se debe aplicar en su totalidad la normativa pertinente a superiores.

En el caso venezolano, se encontró que ni en el Código Penal, ni en el Código Orgánico de Justicia Militar, ni en la vigente "Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Bolivarianas" se encuentra regulada "la responsabilidad del superior", esto de acuerdo a cómo debe ser entendida este concepto en el derecho internacional moderno. Además, cabe destacar que tampoco se encuentra regulado claramente el sistema de órdenes, en cuanto a su contenido ni a los elementos que deben de existir para que el subalterno se pueda defender ante el incumplimiento de una orden emitida por el superior.

Sexto: las modalidades de recepción del derecho internacional en el derecho interno han causado grandes debates. No obstante, en el marco de la "complementariedad positiva" y del "sistema de cooperación" surge la obligatoriedad por parte del Estado de garantizar estas dos últimas a plenitud. La complementariedad positiva impone al Estado el deber de juzgar a todo aquel que cometa los crímenes internacionales, puesto que la CPI es

complementaria a la jurisdicción nacional. En este sentido, se indica que tratar o juzgar los crímenes internacionales como crímenes ordinarios no es apropiado, debido a que los crímenes ordinarios o los juicios ordinarios no tienen el mismo estigma que los crímenes internacionales y no tendrían el mismo impacto ante la mirada de las víctimas, perpetradores del crimen o en la comunidad internacional, es por todo esto que la legislación debida es importante en la normativa nacional. Ahora bien, nuestra Constitución conserva un sistema mixto en cuanto a la recepción del derecho internacional. Primero, la Constitución establece en su artículo 23 un sistema monista -en cuanto a los tratados de derechos humanos-, mientras que el artículo 154 es de carácter dualista. No obstante, se considera que en el contexto del Estatuto de Roma se hace necesaria una implementación, vía ley. En este sentido, se sugiere seguir el modelo alemán. Por lo tanto, no puede ser una ley que se encargue únicamente de tipificar los delitos, sino que más bien, se detallen claramente las responsabilidades de los autores de los crímenes; así como todo el procedimiento de cooperación con la Corte. En este sentido, es importante además modernizar tanto el Código Penal, Código Orgánico de Enjuiciamiento Militar, así como todas las leyes pertinentes a las fuerzas de seguridad para permitir además el enjuiciamiento en casos específicos de violaciones a los derechos humanos. Se indica esto último puesto que la modernización de los grados de autoría, de participación, así como el establecimiento claro de los tipos de dolo y de la culpa son imperiosas para juzgar debidamente este tipo de crímenes.

Por todo lo antes expuesto, se observa que es de vital importancia realizar una implementación integral del Estatuto, garantizando de esta forma el cumplimiento de la obligación internacional adquirida por el Estado venezolano. No obstante, para ello, la misma debe ser realizada observando los vacíos que se encuentran en otras leyes o códigos de nuestro ordenamiento jurídico. Decir que el Estatuto de Roma puede ser

sencillamente adoptado bajo una simple ley sería cometer un gran error y demostrar la falta de conocimiento y pericia en la materia. En este sentido, podemos observar la experiencia de los sistemas europeos e incluso de nuestra región, donde se han cuidado los pequeños detalles en el ordenamiento jurídico (pasando desde una enmienda a la Constitución hasta adoptar un nuevo código) por lo que para no dejar un margen de error o de interpretaciones malsanas es importante dilucidas a profundidad estos temas.

Nuestra intención primordial ha sido aportar la discusión pertinente a la materia de la responsabilidad penal internacional al ordenamiento jurídico nacional, para ello hemos estudiado los tipos de responsabilidad y otras instituciones penales establecidos en el Estatuto de Roma. De todo esto se desprende la necesidad de realizar ajustes en nuestra legislación nacional, así como la necesaria modernización de determinadas figuras que nos permitan cumplir nuestros compromisos internacionales pero en especial garantizar a lo interno en la lucha contra la impunidad ante este tipo de crímenes.

BIBLIOGRAFÍA

I. Bibliografía especializada sobre Derecho Internacional Penal

A.N. Trainin: *Hitler's Responsibility under International Law,* London. 1949.

Alli Turrillas, Juan-Cruz: *La Profesión Militar: Análisis Jurídico tras la ley 17/1999 del 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas,* Ministerio de Administraciones Públicas, INAP. España. 2000.

Ambos, Kai y otros: "*La Implementación del Estatuto de Roma en el derecho interno y otras cuestiones fundamentales de derecho internacional penal"*, en obra colectiva, *Temas Actuales del Derecho Penal Internacional, Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Konrad –Adenauer-Stiftung, Alemania, 2005.

Ambos, Kai y otros: *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Tomo III, Konrad Adenauer Stiftung. Bogotá, 2013.

Ambos, Kai: *Estudios de Derecho Penal Internacional*. UCAB. Caracas, 2005.

Andrés Domínguez, Ana Cristina: *Derecho Penal Internacional*, Tirant Monografías. Valencia, 2006.

Arteaga Sánchez, Alberto, Ayala Corao, Carlos, Chavero Rafael. Faúndez Héctor: *"Sentencia 1.942 vs Libertad de Expresión"*, Editorial Aequitas - Comisión Andina de Juristas. Caracas, 2003.

Arteaga Sánchez, Alberto: *Derecho Penal Venezolano*, Undécima edición. Ediciones Liber. Caracas, 2009.

Arteaga Sánchez, Alberto: *La Culpabilidad en la Teoría General del Hecho Punible*, Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1992.

Arzola, Alejandro: *Derecho Supranacional Humanitario y Penal: La Nueva Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)*, 1 edición. Ed. Alejandro Arzola, Caracas, 2002.

Ashworth Andrew & Horder Jeremy: *Principles of Criminal Law*. Oxford University Press. Oxford, 2013.

Aust, Anthony: *Handbook of International Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2002.

Barker, Craig: *Immunity Ratione Personae and Jus Cogens Norms-Approach with Caution*. Conference Paper ILA (British Branch) Spring Conference. Abril 2002.

Brewer-Carías Allan: *Las Constituciones de Venezuela*. Tomo II, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

Brewer-Carias, Allan: *Reflexiones sobre el Constitucionalismo en América*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2001.

Brewer-Carias, Allan: *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente) Tomo II (09 septiembre-17 octubre 1999)*. Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

Brownlie, Ian: *Principles of Public International Law*. 7 edición, Oxford University Press. Oxford, 2012.

Camargo, Pedro Pablo: *Manual de Derecho Penal Internacional*. Leyer Editorial. Bogotá, 2004.

Campana Ríos, Jorge: *Inmunidad parlamentaria, acceso a la justicia y protección del derecho al honor*. Pensamiento Constitucional Año XIV N° 14 / ISSN 1027-6769.

Carbonell, Miguel: "*Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo*" en la obra *Neoconstitucionalismo* (s). Editorial Trotta. Cuarta Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. DF, 2009.

Casal, Jesús María; Arismendi A, Alfredo; Carrilo, Carlos Luis (coord.): *Tendencias Actuales del Derecho Constitucional. Homenaje a Jesús María Casal Montbrun*. UCV-UCAB. Caracas, 2007.

Cassese, Antonio: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary,* Oxford University Press. Oxford, 2002.

Cassese, Antonio: *International Criminal Law*, Oxford University Press. Oxford, 2003.

Chernor Jalloh, Charles: *The Sierra Leone Special Court and Its Legacy: The Impact for Africa and International Criminal Law.* Cambridge University Press. Cambridge, 2013.

Comisión Andina de Juristas: *La Corte Penal Internacional y los Países Andinos*, ISBN: 9972-637-40-9. Perú, 2001.

Crowe, David: *War Crimes, Genocide, and Justice: A Global History*. Palgrave Macmillan. Nueva York, 2014.

Cryer, Robert: *Prosecuting International Crimes*. Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University. Cambridge, 2008.

Cryer Robert y otros: *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*. Cambridge University. Cambridge, 2007.

De Crouville, Olivier: *Droit International Pénal*. Editions A. Perdone, Paris 2002.

Delgado, Francisco: *Introducción al Análisis Jurídico*. UCV. Caracas, 2005.

Denza, E: *Diplomatic Law. A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, Clarendon Press. Oxford, 1998.

Diario de Debates de los Senadores del Congreso de la República de Venezuela. 7 de Septiembre de 1960.

Diena Julio, *Derecho Internacional Público*. Casa Editorial Bosch. Barcelona, 1948.

Diez de Velasco, Manuel: *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Editorial Tecnos, S.A, 10ma edición. Madrid, 1996.

Dinstein, Yoram: *Non-International Armed Conflicts in International Law*. Cambridge University Press. Cambridge, 2015.

Eser, Albin: *Individual Criminal Responsability in The Rome Statute of The International Criminal Court,* Oxford University Press. Oxford, 2002.

Fenrick, W. J: *Article 28* en obra "Commentary on the Rome Statute". Baden-Baden, Nomos. Londres, 1999.

Ferrajoli, Luigi: *Razones Jurídicas del Pacifismo*. Trota. Madrid. 2004.

Friedman, Leon*: The Law of War. A documentary History, vol I y II*, Random House. New York, 1972.

Gil Fortoul, José: *Historia Constitucional de Venezuela*. Caracas, 1930.

Govea & Bernardoni: *Las Respuestas del Supremo T.S.J sobre la Constitución Venezolana de 1999*. Colección Manuales Micromega, Editorial La Semana Jurídica, C.A. Caracas. 2002.

Granadillo Colmenares, Nancy Carolina: *Sentencias Vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 2000 – 2007*. Ediciones Paredes. Caracas, 2009.

Guerra Iñiguez, Daniel: *Derecho Internacional Público I*. Tipografía Velázquez, Caracas, 1960.

Guesalaga, Alejandro: *Estudio de las Leyes de la Guerra*, Librerias de Féliz Lajouane, y de Jacobo Peuser, Berlin- Buenos Aires, 1896.

Guevara, Ernesto "Che": *Guerra de Guerrillas*. Proyecto Editorial Che Guevara. Cuba, 1960.

Hans Kelsen: *Peace Through Law*. The Lawbook Exchange, LTD, Clark. New Jersey, 2008.

Harris, DJ: *Cases and Materials on International Law.* Sixth Edition. Thomson-Sweet & Maxwell. Londres, 2004.

Herencia, Carrasco, Salvador Martín: "*La Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina"*, Comisión Andina de Juristas, ISBN: 9972-637-88-3. Perú, 2005.

Hernández Osorio, Alfredo: *Derecho Penal Militar Venezolano*, Librería Europa Costa Verde. Maracaibo, 2005.

Hernández, Jorge Alberto: *La Participación en los Delitos*, en obra *La Coautoría & La Legitima Defensa*, Editora Jurídica de Colombia. Bogotá, 1993.

Ollarves Irazábal, Jesús: *Ius Cogens en el Derecho Internacional Contemporáneo"*, UCV. Caracas, 2005.

Jiménes de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho Penal Tomo II, Filosofía y Ley*, 2 edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1950.

Joachim Leu, Hans; Toro Jiménez, Fermín: *Derecho Internacional Público*. UCV, Caracas, 1992.

Joachin Hirsch, Hans Joachim, Cerezo Mir, José & Donna, Edgardo Alberto: "*La Codelincuencia en Organizaciones Criminales de Estructura Jerarquizada"* en obra "*Hans Welzel en el Pensamiento Penal de la Modernidad*", Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2005.

Kenny, A: *Freewill & Responsibility*. Routledge & Kegan Paul Ltd. Londres, 2011.

Kunz, Josef: *La Problemática Actual de las Leyes de la Guerra*. Cuadernos de la Cátedra "Dr. James Brown Scott", Universidad de Valladolid. Valladolid, 1955.

Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*. XIII edición. UCV. Caracas, 2010.

Mariño, Fernando: *Derecho Internacional Público*, Parte general. Editorial Trotta. Madrid, 2005.

Martínez Viademonte, José Agustín: "*Los criminales de guerra ante el Derecho Penal y la Política Internacional*", en la obra *Delincuencia Política Internacional* (Aula Penal), Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1953.

Mendoza, José Rafael: *Curso de Derecho Penal Militar Venezolano*. Tomo I. Empresa el Cojo C.A. Caracas, 1976.

Modolell González, Juan Luis: *Derecho Penal Teoría del Delito*. UCAB. Caracas, 2015.

Monsalve Cansado, Ezequiel: *Enjuiciamiento del Presidente de la República y de los Altos Funcionarios*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1993.

Moya Sánchez, Thairi. "*La Implementación Del Estatuto De La Corte Penal Internacional y La Cooperación Internacional Como Herramientas En La Lucha Contra La Impunidad: Avances Y Desafíos En Latinoamérica*" en Obra *Derecho Internacional en la Práctica Latinoamericana*. Tirant México. Ciudad de México. 2014.

Navot, Suzie: *The Constitution of Israel*. Hart Publishing; 1 edition, Diciembre 2014.

Nybondas, Maria L: *Command Responsibility and its Applicability to Civilian Superiors*. T.M.C. Asser Press. La Haya, 2010.

Olasolo Alonso, Héctor: *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011.

Olasolo, Hector: *Introducción al Derecho Internacional Penal*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.

Olásolo, Héctor: *Developments in the Distinction between Principal and Accesorial Liability in Light of the First case law of the International Criminal Cour*t, en *The Emerging Practice of the International Criminal Court*. Carsten Sthn & Göran Sluiter (eds), Martinus Nijhoff Publishers. Leiden, 2009.

Pabón Reverendo, Javier Darío: *La entrega en el contexto de la Corte Penal Internacional ¿hacia un nuevo concepto de extradición?* Universidad del Rosario. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, 2008.

Parks, W.H: "*Command Responsability for War Crimes*", Revista Modern Law Review, Nº 62, pg 1-104, Londres, John Wiley & Sons, 1973.

Pellandini, Cristina: *La ratificación e implementación del Estatuto de Roma: La experiencia de los países europeos*, en obra: *La Corte Penal Internacional (Ensayos para la Ratificación e Implementación de su Estatuto)*. Universidad Iberoamericana, Secretaria de Relaciones Exteriores México. D.F, 2002.

Pillet, Al: *La Guerra y el Derecho (Guerra de 1914-18)*, Lineria y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, 1926.

Pilloud et al: *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 august 1949.* Nikhoff, Dordrecht, 1987.

Remiro Brotóns, Antonio: *Derecho Internacional*, Mc Graw Hill. Madrid, 1997.

Rodríguez Carrión, Alejandro: *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 4º edición, editorial Tecnos. Madrid, 2006.

Rousseau, Charles: *Derecho Internacional Público*. Publicaciones Ariel. Tercera Edición. Barcelona, 1966.

Schabas, William: *An Introduction to The International Criminal Court*. Tercera edición.Cambridge University Press. Cambridge, 2009.

Shabas William: *Genocide in International Law: The crimes of crimes*, Cambridge University Press. Cambridge, 2000.

Schabas William. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. Oxford University Press. Oxford, 2010.

Scott, Craig: *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation,* Hart Publishing. Toronto, 2001.

Shaw, Malcolm: *International Law.* 5 edición. Cambridge University press. Cambridge, 2003.

Simbeye, Yitiha: *Immunity and International Criminal Law*. Ashgate. Inglaterra, 2004.

Smith J.C & Hogan: *Criminal Law,* Butterworths. London-Edinburg-Dublin,1996.

Sorensen, Max: *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económica. México, 1973.

Sosa Chacín, Jorge. *Teoría General de la Ley Penal*. Segunda edición corrediga. Ediciones Liber, Caracas 2000.

Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Coucil Law Nº 10, Vol III. Nuremberg, Washington (1949-53) (TWC).

Toller, Fernando: *Interpretación Constitucional*. Editorial Porrúa. México, 2005.

UCAB: *Primeras Jornadas Latinoamérica de Derecho Internacional*, Facultad de Derecho. Caracas, 1979.

Van den Herik, Larissa y Stahn Carsten: *The Diversification & Fragmentation of International Criminal Law*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden-Boston, 2012.

Van Sliedregt, Elies: *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian law*. T.M.C. Asser Press. La Haya, 2003.

Van Sliedregt, Elies: *Individual Criminal Responsibility in International Law.* Oxford University Press. *Oxford, 2011*.

Williams, G.:, *Textbook of Criminal Law*, Sweet & Maxwell. Londres, 1983.

Zegveld, Liesbeth: *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law.* Cambridge Studies in International and Comparative Law. Cambridge University Press. Cambridge, 2007.

Udoka, Ndidiawaka: *Head of State Immunity in International Law*. Trabajo de Tesis Doctoral. London School of Economics. Londres, 2011.

Zimmermann, Andreas: "*Superior Orders*", en obra "*The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary. Vol I".* Oxford, 2002.

Zhu, W: *The doctrine of command responsibility as applied to civilian leaders: The ICTR and the Kayishema case*", en obra "*International Law in the Post-Cold War World, Essays in Memory of Li Haopi*, Londres, 2001.

II. Revistas

II.1. Articulos revistas especializadas en Derecho Internacional

Aksenova, Marina: "*The Modes of Liability at the ICC: The Labels that don't always stick"*. International Criminal Law Review, nº 15, Brill Nijhoff, 2015, páginas 629 – 664.

Ambos, Kay y Kjikam Ousman: "*Charles Taylor's Criminal Responsibility"*. Journal of International Criminal Justice nº 11, año 2013, páginas 789-812.

American Society of International Law. "*German War Trials: Judgment in Case of Commander Karl Neumann"*. The American Journal of International Law, vol.16, nº 4, año 1922, páginas 704-708.

Bekou, Olympia: "*Crimes at Crossroads. Incorporating International Crimes at the National Level". Journal of International Criminal Justice*, nº 10, año 2012, páginas 677-691.

Bishop, William W. "*The Case Against Hermann Roechling and Others."* The American Journal of International Law, nº 43, año 1949, páginas 191-193.

Bilsky, Leora: "*The Eichmann Trial, towards a jurisprudence of eyewitness tertimony of atrocities*". Journal of International Criminal Justice nº 12, año 2014, páginas 27-57.

Campana Ríos, Jorge. "Inmunidad parlamentaria, acceso a la justicia y protección del derecho al honor". Pensamiento Constitucional, año XIV, nº 14. ISSN 1027-6769, páginas 296 – 318.

Cassese, Antonio: "*The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia"*. The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4 EJIL 2007, páginas 649-668.

Dinstein, Yorein: "*Diplomatic Immunity from Jurisdiction Ratione Materiae"*, International & Comparative Law Quarterly (ICLQ), 1966, páginas 76 - 81.

Dire Tladi: "*The ICC Decisions on Chad and Malawi on Cooperation, Immunitie, and Article 98".* Revista International Criminal Justice. Nº 11, 2013, páginas 199-209.

Estupiñan Silva, Rosmerlin: "*Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales*". Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XII, 2012, pp. 133-173, México, D. F., ISSN 1870-4654.

Goy, Barbara: "*Individual Criminal Responsibility before the International Criminal Court A comparison with the Ad Hoc Tribunals"*. International Criminal Law Review, nº 12, año 2012, Martinus Nijhoff Publishers, páginas 1-70.

Jon Heller, Kevin: "*The Taylor Sentencing Judgment. A Critical Analysis"*. Journal of International Criminal Justice. Nº 11, año 2013, páginas 835-855.

Karsten, Nora: "*Distinguising Military and Non-military Superiors. Reflections on the Bemba Case at the ICC"*. Journal of International Criminal Justice, nº 7, año 2009, páginas 983 – 1004.

Kelsen, Hans: "*Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punisment of war criminals*". California Law Review, nº 5, año 1943. California, páginas 31 - 532.

Kemp, Susan: "*Guatemala Prosecutes former President Ríos Montt*. *New Perspectives on Genocide and Domestic Criminal Justice".* Journal of International Criminal Justice Nº 12, año 2014.

Langston, Emily: "*The Superior responsibility doctrine in international law: Historial continuities, innovation and criminality: Can East Timor's Special Panels bring militia leaders to justice"*. International Criminal Law Review nº 4, año 2014. páginas 141 – 183.

Lippman M.R: "*The Development and Scope of the Superior Orders Defense*", revista Leiden Journal of International Law (LJIL), Nº 13, año 2001, páginas 139-170.

Marsh, Luke & Ramsden Michael: "*Joint Criminal Exterprise: Cambodia's Reply to Tadić".* International Criminal Law Reviews nº 11, Martinus Nijhoff Publishers, año 2011, páginas 137-154.

Meyer, Frank: "*Complementing Complementarity*", International Criminal Law Review, nº 6, año 2006, páginas 549-583.

Muñoz-Conde, Francisco y Olásolo Héctor: "*The Application of the Notion of Indirect Perpetration through Organized Structures of Power en Matin Maerica and Spain*". International Criminal Justice nº 9, año 2011, páginas 113 -135.

Olásolo Héctor: "*El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata*". Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional. ISSN 1692-1682, año 2009, páginas 71-122.

Roht- Arriaza, Nohemi: "*After Amnesties are gone: Latin American National Courts and the New Contours of the Fight Against Humanity",* Human Rights Quarterly, Volume 37, Number 2, año 2015.

Satzger,Helmut: "*German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law".* International Criminal Law Review, nº 2, año 2002, páginas 261-282.

Sivakumaran, Sandesh: "*Command Responsibility in Irregular Groups"*. Journal of International Criminal Justice nº 10, año 2012, páginas 1129-1150.

Schmitt, M. N: "*Targeting and Humanitarian Law: Current Issues*". Israel Yearbook on Human Rights, nº 34, año 2004, páginas 59-104.

Sunga,L.S, *"The Celebici Case: A Comment on the Main Legal Issue's in the ICTY's Trial Chamber Judgement*", Leiden Journal of International Law, Nº13, Leiden, Cambridge University Press, año 2000. páginas 122-160.

Tillier, Justine: "*The ICC The Prosecutor and positive complementarity: strengthening the rule of law?"*. International Criminal Law Reviews nº 13, año 2013, páginas 507-591.

Värk, René: "*Superior Responsibility"*. Journal of the Estonian National Defence College. Vol 15, año 2012, páginas. 143-161.

Vetter, G. R: *"Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court*", Yale Journal of International law n° 25, año 2000, páginas 89-141.

W.H.Parks: "*Command Responsibility for War Crimes"*. Military Law Review, Vol 62. Año 1973.

Watts, Arthur: "*The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers".* Recueil des Cours n| 247, año 1994, páginas 9-1306.

Weigend, Thomas: *"Perpetration through and organization, the unexpected career of a German Legal Concept*". Journal of International Criminal Justice nº 9, Oxford Unviersity Press, año 2011, páginas 91-111.

Zappala, J: "*Do Heads of States in Office Enjoy Immunity from the Jurisdiction for International Crimes*? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation". European Journal of International Law, n° 12, año 2001, páginas 595-630.

Zahar, A: "*Command Responsibility of Civilians Superiors for Genoide".* Leiden Journal of International Law, nº 14, año 2001, páginas 591-616.

II.2. Revistas jurídicas en línea

Bolaños Mireya: *"Política Criminal y Reforma Penal*". Ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho Penal y Criminología "Doctor Alejandro Angulo Fontiveros". Tribunal Supremo de Justicia. República Bolivariana de Venezuela. Noviembre, 2005. Disponible en http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/31745/1/politicacriminal_reformapenal.pdf

Bonnemaison, María A: "*El Control del Poder Público en el ámbito constitucional"*. Cuadernos para el Debate. Centro de Estudios Políticos y Administrativos Serie: No 1 y No 2 Valencia, 2007. Disponible en: http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/cuad1y2/1-2-25.pdf

Crawford, James: "*Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos"*. United Nations Audiovisual Library of International Law. Organización de Naciones Unidas, 2009. Disponible en: www.un.org/law/avl

Elewa, Mohamed: "*The Mental Element in the Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary from a Comparative Criminal Law Perspective".* Criminal Law Forum, nº 19, p 473-518, Noviembre de 2008. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/225475480_The_Mental_Element_In_The_Rome_Statute_Of_The_International_Criminal_Court_A_Commentary_From_A_Comparative_Criminal_Law_Perspective

Fernández, Fernando: "*Esquema de la Investigación y el Procedimiento ante la Corte Penal Internacional"*, Amnistía Internacional. Disponible en http://www.corteidh.or.cr/tablas/21023.pdf

Rodríguez Morales, Alejandro: "*El denominado "Derecho penal del enemigo": descripción de una realidad, ¿aceptable?"*. Disponible en https://cienciaspenales.files.wordpress.com/2009/08/dpenemigo.pdf

Gil Rendón, Raymundo: "*El Neoconstitucionalismo y los Derechos Fundamentale"s*. Revista Quid Iures nº 12. Universidad Nacional Autónoma de México, Disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf

Lawyers without borders: *"El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo 'positivo'".* Disponible en: http://www.iccnow.org/documents/asf_rapport-espagnol--complementarity_and_colombia.pdf

Medina Ardila, Felipe: "*La responsabilidad Internacional del Estado por Actos de Particulares: Análisis Jurisprudencial Interamericano"*. Universidad de los Andes. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26724.pdf

Nantois, Christophe: "*La solidarité gouvernementale sous la Ve République : se soumettre, se démettre ou disparaître*". Revista Jus Politicum. Disponible en: http://juspoliticum.com/La-solidarite-gouvernementale-sous.html

Olasolo Alonso, Héctor: "*El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la Fase de Examen preliminar".* University for Peace. Disponible en: https://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/Olasoloformatted.pdf

Olasolo, Héctor: "*El Derecho Internacional Penal Ante El Fenómeno De La Criminalidad Organizada En La Sociedad Global"*. Social Science Research Network, 06 Septiembre 2015. Disponible en: http://ssrn.com/abstract=2753955 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2753955

Pérez Johnston, Raúl: "*Hugo Grocio, padre accidental del derecho internacional*", disponible http://www.diplomaticosescritores.org/obras/HugoGrociopadreaccidentalderechointernacional.doc

Rodríguez, Alejandro: "*Una propuesta venezolana de implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacion".* Disponible en https://cienciaspenales.files.wordpress.com/2009/08/una_propuesta_venezolana.pdf

Ulises Leal, Octavio: "*Hacia una Redimensión de la Justicia Militar en Venezuela"*. Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado. Universidad de Carabobo, 1997. Disponible en: http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/56/56-5.pdf

University of Yale: *"Journals of the Continental Congress - Articles of War, June 30, 1775"* Yale Law School. The Avalon Project. Disponible en http://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.asp

Vitkauskaite-Meurice, Dalia: "*The Concept of Enforced Disappearances in International Law"*. Jurisprudence. Mykolas Romeris University, 2010. ISSN 2029–2058. Disponible en: https://www.mruni.eu/upload/iblock/934/9Vitkauskaite_Meurice.pdf

III. Decisiones Judiciales

III.1. Por países

III.1.1. Colombia

Corte Constitucional de Colombia. Principio de Unidad de Materia, exp n° D-8486 29 de febrero de 2012. Disponible en:

http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-133-12.htm

Corte Constitucional de Colombia. Revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el ESTATUTO DE ROMA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998). Sala Plena de la Sala Constitucional. SENTENCIA C-578/02. 30 de julio de 2002. Disponible en http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6313#1

III.1.2. Irak

Alto Tribunal Penal Iraquí (ATPI). Al Dujail Lawsuit, case n 1/9 Firts/2005. Sala de Juicios, 03 de noviembre de 2006. Disponible en: http://www.asser.nl/upload/documents/3272012_3403305-11-2006%20-%C2%A0Iraqi%20High%20Tribunal%20Judgement%C2%A0Saddam%20Hussein.pdf

III.1.3. India:

State of Karnataka v. Union of India, AIR 1978 SC 68: (1977) 4 SCC 608: (1978) 2 SCR 1. Disponible en: http://indiankanoon.org/doc/184521/

III.1.4. Israel:

District Court of Jerusalem. Attorney General v. Adolf Eichmann. Caso nº 40/61. 11 de diciembre de 1961. Israel. Disponible en:

http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf

III.1.5. Estados Unidos de Norteamérica

The United States of America v Otto Ohlenfort et al,. Nuremeberg Military Tribunals under Control Council Law nº 10, Case nº 9, United States Goverment Printing Office, Washington, vol iv, 369 . 373. 10 de abril de 1948. Disponible en: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf

The United States of America vs. Oswald Pohl, et al. "Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law N 10", 1947, Vol V. Disponible en: http://werle.rewi.hu-berlin.de/POHL-Case.pdf

The United States of America V Manuel Antonio Noriega. Sentencia United States District Judge. Caso nº 88-70-CR. 1990. Disponible en: https://www.icrc.org/casebook/doc/case-study/united-states-noriega-case-study.htm

III.1.6. Venezuela:

Corte Suprema de Justicia de Venezuela

Corte Suprema de Justicia. Corte Plena. Caso Carlos Andrés Pérez. Sentencia del 20 de mayo de 1993, Revista de la Facultad de Derecho, N° 48. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1993.

Tribunal Supremo de Justicia (TSJ)

TSJ. Sala Constitucional. Caso Elías Santana. exp. nº 00-2760. 12 de junio de 2001.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Dora Margarita Pérez Hernández. exp n° 00-31 de mayo de 2001.

TSJ. Sala Constitucional, Caso Granier y otros, exp n°. 15-0992, 10 de septiembre de 2015.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Edgar Humberto Ortíz Ruiz, n° 1.256. 11 de junio de 2002.

TSJ. Sala Constitucional, Interpretación Constitucional del Art. 335, exp n° 15- 0142. Sentencia n.° 100, 20 de febrero de 2015.

TSJ. Sala Constitucional, Recurso para la protección de la integridad de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, exp n° 15-0312. Sentencia n° 443, 10 de abril de 2015.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Carlos Eduardo Giménez Colmenárez, exp 08-1016. Sentencia n° 1.684. 04 de noviembre de 2008.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Tulio Alberto Álvarez, exp n°02-1015. Sentencia n° 1.331. 20 de junio de 2002.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Julián Isaías Rodríguez Días, exp n° 04-3227. Sentencia n° 233. 11 de marzo de 2005.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Exssel Alí Betancourt Orozco. Sentencia n° 934. 09 de mayo de 2006.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Carlos Alberto González Marcial, exp n° 00-2167. 09 de febrero de 2001.

TSJ. Sala Constitucional. Caso María Cristina Vispo, exp n° 10-0681. Sentencia n° 490. 11 de abril de 2011.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Víctor Antonio Alezones Rivero, exp n° 07-1273. Sentencia n° 410. 14 de marzo de 2008.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Oswaldo José Domínguez Florido, exp nº 03-0568. Sentencia nº 102. 11 de febrero de 2004.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Ministerio Público, exp nº 12-0279. Sentencia nº 1.713. 14 de diciembre de 2012.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Fiscal Segundo Ministerio Público del estado Portuguesa, exp nº 01-1695. Sentencia nº 885. 08 de mayo de 2002.

TSJ. Sala Constitucional. Caso Silverio González Plaza, exp nº 05-0891. Sentencia nº 2.072. 29 de julio de 2005.

III.2. Tribunales Internacionales

III.2.1. Corte Internacional de Justicia:

CIJ. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica v España). 24 de julio de 1964.

CIJ. Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Caso Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro). 26 de febrero de 2007.

CIJ. Caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos v Irán). 24 de mayo de 1980.

CIJ. Consecuencias legales para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (África del Sudoeste) pese a la Resolución 276(1970) del Consejo de Seguridad. Opinión Consultiva. 21 de junio de 1971.

CIJ. Sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nuclearas Opinión Consultiva. 19 de julio de 1996.

CIJ. Orden de arresto. Caso Yerodia. (República Democrática del Congo vr Reino de Bélgica,) 11 de abril de 2000.

CIJ. *Reservas a la Convenciòn para la prevenciòn y la sanciòn del delito de genocidio.* Opinión Consultiva, 28 de mayo de 1951.

CIJ. En cuanto a las cuestiones relativas a la obligación de enjuiciar o extraditar (Bélgica vs. Senegal) 20 de julio de 2012.

CIJ. Asunto con respecto a las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania vs. Italia), 03 de febrero de 2012.

CPIJ. Caso del intercambio de poblaciones griegas y turcas, Serie B, nº 10, p 20. 1925.

III.2.2. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)

TPIY. The Prosecutor v Tihomir Blaškić, caso nº IT-95-14-T, Sentencia, Marzo 2000. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/blaskic/tjug/en/bla-tj000303e.pdf

TPIY. The Prosecutor v Tihomir Blaškić, caso nº IT-95-14-T, Apelación, julio 2004. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/en/040730_Blaki_summary_en.pdf

TPIY. The Prosecutor v Zlatko Aleksovski, caso n° IT-95-14/1-A. Sentencia de Apelaciones, 24 de Marzo de 2000. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf

TPIY. The Prosecutor v. Biljana Plavšić, caso nº IT-00-39&40/1, Sala de Juicios, 27 de febrero de 2003. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/plavsic/tjug/en/pla-tj030227e.pdf

TPIY. The Prosecutor v . Delalić y otros, caso n° IT-96-21-T, Sala de Juicios, 16 de noviembre de 1998. Disponible en http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/981116_judg_en.pdf

TPIY. The Prosecutor v Hadžihasanović & Kubura, caso n° IT-01-47-PT, Sala de Juicios, Sentencia, 15 de marzo de 2006. Disponible en: http://www.icty.org/case/hadzihasanovic_kubura/4

TPIY. The Prosecutor v Dario Kordić y Mario Cerkez, caso n° IT-95-14/2. Sentencia, 26 de febrero de 2001. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf

TPIY. The Prosecutor v Babić, caso n° IT-03-72-S, Sentencia, Sala de Juicios I, 29 de junio de 2004. Disponible en: http://www.icty.org/en/press/judgement-

case-The Prosecutor-v-milan-babic-milan-babic-sentenced-13-years-imprisonment

TPIY. The Prosecutor v Blagojević & Jokić, caso n° IT-02-60-A, Sala de Apelaciones, 09 de mayo de 2007. Disponible en: http://www.icty.org/case/blagojevic_jokic/4

TPIY. The Prosecutor v Milan Martić, caso n° IT-95-11, Rule 61 Decisión, 06 de marzo de 1996. Disponible en: http://www.icty.org/case/martic/4

TPIY. The Prosecutor v Dragan Nikolić. caso n°. IT-94-2-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 de octubre de 1995. Disponible en: http://www.icty.org/en/press/judgement-case-The Prosecutor-v-dragan-nikolic

TPIY. The Prosecutor v. Furundžija, caso n° IT-95–17/1-T, Sentencia, 10 de diciembre de 1998. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/en/fur-tj981210e.pdf

TPIY. The Prosecutor v. Karadžić and Mladić, caso nº IT-95-5-R61, IT 95-18-R61. Review of Indictment Pursuant to Rule 61, 11 de julio de 1996. Disponible en: http://www.icty.org/x/cases/mladic/related/en/rev-ii960716-e.pdf

TPIY. The Prosecutor v Kayishema and Ruzindana, caso n° ICTR-95-1-T .Sentencia, 21 de mayo de 1999. Disponible en: http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html

TPIY. The Prosecutor v Zlatko Aleksovski Judgement, caso n° IT-95-14/1-T, Sala de Juicios, 25 de junio de 1999. Disponible en http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/tjug/en/ale-tj990625e.pdf

TPIY. The Prosecutor v Duško Tadić, caso nº IT-94- 1. Decisión. 11 de noviembre de 1999. Disponible en http://www.icty.org/case/tadic/4

III.2.3. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR)

TPIR. "Detainees –Status on 2 December 2008", disponible en http://69.94.11.53/ENGLISH/factsheets/detainee.htm

TPIR. The Prosecutor v Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze. Juicio y Sentencia, caso nº ICTR -99-52-T, 3 de diciembre de 2003. Disponible en: https://repositories.lib.utexas.edu/handle/2152/5622

TPIR. The Prosecutor v Alfred Musema. Veredicto y Sentencia, caso nº ICTR-96-13-T, 27 de enero de 2000. Disponible en: https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/MUSEMA_ICTR-96-13/MUSEMA_ICTR-96-13-A.html

TPIR. The Prosecutor v Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Sentencia en Apelaciones, caso n° ICTR-95-1-A. 1 de junio de 2001. Disponible en: http://www.refworld.org/docid/48abd5760.html

TPIR. The Prosecutor v Clément Kayishema and Obed Ruzindana. First Amended Indictment, caso nº ICTR – 95-1-I. Disponible en: https://www.legal-tools.org/en/browse/record/c826cc/

TPIR. The Prosecutor v Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze, TC Judgment Sumarry, caso n° ICTR-99-52-T, 03 de diciembre de 2003. Disponible en: http://www.un.org/en/preventgenocide/rwanda/pdf/NAHIMANA%20ET%20AL%20-%20APPEALS%20JUDGEMENT.pdf

TPIR, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu. Caso No. ICTR-96-4-T, Sala de Juicios, 01 de septiembre de 1998. Disponible en: https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/AKAYESU_ICTR-96-4/Judgment_ICTR-96-4-T.html

TPIR. The Prosecutor v Juvénal Rugambarara. Veredicto y Sentencia, Caso nº ICTR – 00-59 –T, 16 de noviembre 2007. Disponible en:

https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/RUGAMBARARA_ICTR-00-59/RUGAMBARARA_ICTR-00-59-T.pdf

TPIR. The Prosecutor v Simba. caso nº ICTR-01-76-T, Veredicto, Sala de Juicios, 13 de diciembre de 2005. Disponible en: http://www.refworld.org/docid/48abd57a0.html

TPIR. The Prosecutor v Bagilishema, caso n° ICTR-95-1A-T, Sala de Apelaciones, 3 de julio de 2002. Disponible en: https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/BAGILISHEMA_ICTR-95-1A/BAGILISHEMA_ICTR-95-1A-T.htm

TPIR. The Prosecutor v Jean Kambanda, caso nº ICTR-97-23-S, Veredicto y sentencia, 4 de septiembre de 1998. Disponible en: https://www1.umn.edu/humanrts/instree/ICTR/KAMBANDA_ICTR-97-23/KAMBANDA_ICTR-97-23-S.html

III.2.4. Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL)

TESL. The Prosecutor v Taylor (SCSL-03-01-T), Trial Chamber II, 26 de abril de 2012.

TESL. The Prosecutor v Sesay, Kallon and Gbao, Sentencia, Sala de Juicios, caso n°. SCSL-04-15- T, 02 de marzo de 2009.

TESL. The Prosecutor v Brima, Kamara and Kau. Sentencia, Sala de Juicios, caso nº SCSL-04-16-T 20 de junio 2007.

III.2.5. Tribunal Especial para el genocidio camboyano (TEGS)

TEGC. Decision on the Appeals against the Co-Investigative Judges order on joint criminal enterprise (JCE), caso n° 002/19-09-2007.ECCC/OCIJ, Sala de Cuestiones Preliminares, 20 de mayo de 2010.

III.2.6. Corte Ad hoc para Timor Oriental (CAHTO)

CAHTO. The Prosecutor v Jose Cardoso Ferreira, caso nº 4c/2001, Sala de Juicios, 05 de abril de 2003. Disponible en: http://genderjurisprudence.org/documents/spscet/SPSC,_East_Timor_-_Judgmts,_Indmts_&_Docs/Cardoso,_Jose/2003-04-05,_Cardoso,_J-Jdgmt_1.pdf

CAHTO. The Prosecutor v Guterres y otros (Dili Rally), Acusación. 18 de febrero de 2002. Disponible en: http://www.laohamutuk.org/Justice/99/carr/indictmentDili17Apr99.pdf

CAHTO. Liquica Church Massacre. Report. 03 de diciembre de 2001. Disponible en: http://timor-leste.gov.tl

III.2.7. Corte Penal Internacional (CPI)

CPI. The Prosecutor v Bemba. Decision Pursuante to Article 61 (7) (a) y (b) of the Rome Statute on the Charges of the The Prosecutor Against Jean Pierre Bemba Gombo, 15 de junio de 2009.

CPI. The Prosecutor vs Bashir. Decision on the Prosecution's application for a warrant of arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, Sala de Cuestiones Preliminares I, ICC.02/95-01/09-3, 04 de marzo de 2009.

CPI. The Prosecutor vs. Gaddafi et al, Decision on the "The Prosecutor's application pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi", Situation in the Lybian Arab Jamahiriya, ICC-01/11-12, de 27 de junio de 2011.

CPI. Situation in the Democratic Republic of the Congo, ICC-01/04, Sala de Juicios, 13 de julio de 2006.

CPI. The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-803, Décision sur la confirmation des charges, (Lubanga Décision sur la confirmation des charges), 29 de enero de 2007.

CPI. The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo (ICC-01/04-01/06-803-tEN) Decision on the Confirmation of charges, Pre Trial Chamber I, 29 de enero de 2007.

CPI.The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-/01/07-717, Decision on the confirmation of charges, Pre Trial Chamber I, 02 de octubre de 2008.

CPI.The Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (ICC-01/04-/01/07-717, Decision on the confirmation of charges, sentence, 07 de marzo de 2014.

III.2.8. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Corte. I.D.H, Caso Albán Cornejo y otros. Sentencia 22 de noviembre de 2007, Serie C Nº 171.

Corte I.D.H, Caso Almonacid Arellano y otros. Sentencia 26 de septiembre de 2006. Serie C Nº 154.

Corte I.D.H, Caso Castillo Petruzzi y Otros. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C Nº 52.

Corte I.D.H, Caso de la Cruz Flores vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C Nº 115.

Corte I.D.H, Caso Yvon Neptune vs Haití. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 06 de mayo de 2008. Serie C Nº 180.

Corte I.D.H, Masacre de Mapiripán v Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 15 de septiembre de 2005. Serie C Nº 134.

III.2.9. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH. Caso Kononov v Latvia. Caso Nº 36376/04. Sentencia, 24 de julio de 2008.

III.2.10. Tribunal Especial para el Líbano

TEL. About the Tribunal. Disponible en: **http://www.un.org/apps/news/infocus/lebanon/tribunal/**

III.2.11. War Crimes Tribunal Courthouse

WCT. United States v Toyoda. Tokyo-Japan, 06 de septiembre de 1949, (Toyoda Case) p 4998-5091.

III.2.12. Tribunal Militar de Núremberg

TMN. Sentencia. Vol I. 01 de octubre de 1946. Disponible en: http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf
TMN. The accused Organisations: General Staff and High Command, p 83. Disponible en: http://www.nizkor.org/hweb/imt/tgmwc/judgment/j-accused-organisations-07.html

IV. Organización de las Naciones Unidas

ONU. Promoción y protección de los Derechos Humanos, impunidad' (Informe de Diane Orentlicher) nº E/CN.4/2005/102. Comisión de Derechos Humanos. 2005. Disponible en: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/onu/lesahumanidad/2005-Principios-actualizados-lucha-contra-impunidad.pdf

ONU. Acuerdo para el enjuiciamiento y el castigo de los principales criminales de guerra del Eje europeo. (Acuerdo de Londres) 8 de agosto de

1945, nº 82 U.N.T.S 279, anexo, art. 7. 1951, Disponible en: http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp

ONU. Draft code of crimes against the peace and security of mankind (Part II)- including the draft statute for an international criminal court. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l459.pdf3

ONU. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind 1996. Disponible en: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1996.pdf

ONU. ENFORCED OR INVOLUNTARY DISAPPEARANCES. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_en.pdf

ONU. Información General. Disponible en:

http://www.un.org/es/sections/about-un/overview/index.html

ONU. International Law Commission. Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, 1991.

ONU. Roman Anatolevich Kolodkin, Relator Especial, Second report on immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction. International Law Commission. Sixty-second session. Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2010. Asamblea General. A/CN.4/631.

ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Desapariciones forzadas o involuntarias*. Folleto informativo No 6/Rev.3. Disponible en:

http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf

ONU. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Working group on Report of the Secretary General Pursuant to Security Council Resolution 808. UN. Doc.S/25704.

ONU. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Sumarry Records of the 1st Meeting of Committee of the Whole, UN Doc A/CONF.183/C.1/SR.1 (20 November 1998)

ONU. Report of the Secretary General Pursuant to Security Council Resolution 808. UN. Doc.S/25704.

Resoluciones ONU

ONU. Asamblea General. Resolución nº 95 (I), 11 de diciembre de 1946.

ONU. Security Council. Resolución nº 955, fecha 08 de noviembre de 1994.

ONU. Security Council. Resolución nº 808, fecha 22 de febrero de 1993.

ONU. United Nations Reports of International Arbitral Awards. Gustave Caire (France) v. United Mexican States. Arbitral Award. 13 de Junio de 1929. Volumen 5. Disponible en: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/540_Caire.pdf

ONU. Proyecto de la Comisión para los Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas .Law report of Trial of War Criminals Vol IV. London 1948.

ONU. Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad. Comisión de Derecho Internacional, 1996.

ONU. Responsabilidad Internacional del Estado. Asamblea General, A/Res/56/83. 12 de diciembre de 2001.

ONU. Borrador sobre la inmunidad de jurisdicción y propiedades de los Estados. Comisión de Derecho Internacional, 1991.

ONU. Asamblea General. A/CN.4/631, 10 de junio de 2010.

V. Corte Penal Internacional

CPI. “Strengthening the International Criminal Court and the Assembly of States Parties” Res 7. Para 3. ICC/ASP/2/.

CPI. "*The Office of the The Prosecutor, The Prosecutorial Strategy 2009-2012",* 01 de febrero de 2010.

CPI. Reglas de Procedimiento y Pruebas. 2002. Disponible en: https://asp.icccpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/RulesOfProcedureEvidence-SPA.pdf

CPI. Elementos de los Crímenes. 2002. Disponible en: https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-SPA.pdf

VI. Leyes

VI.1. Leyes venezolanas

Asamblea Nacional. Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; Gaceta Oficial N° 37.098, de fecha 13 de diciembre de 2000 y Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.507 de esta misma fecha.

Asamblea Nacional. Comisión Permanente de Defensa y Seguridad de la Asamblea Nacional: "Proyecto de Ley de Disciplina Militar". Disponible en: http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_bc2cdb649a4f836f369cd20a46785be64d4c9c96.pdf

Asamblea Nacional. Ley del Estatuto de la Función Pública, Gaceta Oficial No. 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002.

Asamblea Nacional. Ley Orgánica de la Administración Central. Gaceta Oficial nº 36850 del 14 de diciembre de 1999.

Asamblea Nacional. Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional. Gaceta Oficial n° 5.880 Extraordinario de fecha 9 de abril de 2008. Reforma: Gaceta Oficial n° 5.940 Extraordinaria del 7 de diciembre de 2009.

Asamblea Nacional. Informe de la Comisión Mixta para el estudio de los Códigos Penal Código Orgánico de Justicia Militar y Orgánico Procesal Penal los Crímenes Previstos en el Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional y La Reforma Penal y Militar en Venezuela. Una propuesta legislativa. Caracas, 25 Julio, 2002.

Asamblea Nacional. Reglamento de la Asamblea Nacional. Promulgado el 07 de septiembre de 2005.

Código Penal de Venezuela. Gaceta Oficial n° 39.818 del 12 diciembre de 2011.

Código Procesal Penal de Venezuela. Gaceta Oficial n° 6.078 extraordinario del 15 de junio de 2012.

Código Orgánico de Justicia Militar. Gaceta Oficial n° 5263, extraordinario del 17 de septiembre de 1998.

Congreso Nacional de la República de Venezuela. Diario de Debates de los Senadores. 07 de Septiembre de 1960, Caracas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela Publicada en Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, N° 36.860.

Ley Aprobatoria del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Gaceta Oficial N° 37.098 de fecha 13 de diciembre de 2000 y Gaceta Oficial Extraordinario N° 5.507 de esta misma fecha.

VI.2. Leyes por países

Alemania. Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches", Bundesgetzblatt Jahrgang 2002 Teil II, Nr 42, 2254. 26 de Junio 2002. Disponible en la página web: http://www.gesetze-im-internet.de/vstgb/index.html

Colombia. Senado de la República de Colombia. Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 50 de 2012. Disponible en: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=22&p_numero=50&p_consec=35595

Estados Unidos de Norteamérica. Deparment of Army. Law of Land Warfare Field Manual 27-10. Sección 501. 1956. Disponible en: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/law_warfare-1956.pdf

Israel. Constitución de Israel. The Knesset in the Government System: http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_hoka.htm

Israel. Ministerio de Relaciones Exteriores de Israel. Report of the Commission of Inquiry into the Events at the Refugee Camps in Beirut (7 February 1983). Disponible en

http://www.mfa.gov.il/mfa/foreignpolicy/mfadocuments/yearbook6/pages/104%20report%20of%20the%20commission%20of%20inquiry%20into%20the%20e.aspx

Reino Unido. Legislation UK. The UK State Immunity Act 1978. The National Archives. Disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/part/5

Reino Unido. Legislación UK. International Criminal Court Act 2001. The National Archives. Disponible en

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/17/contents

Venezuela. Ministerio Público. "Doctrina del Ministerio Público 2010". Dirección General de Apoyo Jurídico. Caracas. Disponible en: http://www.mp.gob.ve/doctrina/Other/imagemenu_acta/PDF%20doctrinas%202010/Penal%20Sustantivo/Desaparición%20Forzada%20de%20Personas.pdf

VII. Convenciones o Acuerdos Internacionales

Base General del Comandante Superior de las Fuerzas Aliadas. Chapter of the International Military Tribunal for the Far East. 19 de enero de 1946, enmienda del 26 de abril de 1946.

Carta de las Naciones Unidas. Organización de las Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.

Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio. 09 de diciembre de 1948.

Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas. 14 de diciembre de 1973.

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. 10 de diciembre de 1984.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Organización de Estados Americanos. 12 de septiembre de 1985.

Tratado de Versalles. 28 de junio de 1919.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Organización de Estados Americanos. 09 de junio de 1994.

Convención sobre Misiones Especiales de la ONU, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. 8 de diciembre de 1969.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. 17 de julio de 1998.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. 08 de agosto de 1945.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. Resolución Consejo de Seguridad, 25 de mayo de 1993.

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Consejo de Seguridad, 08 de noviembre de 1994.

Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, Consejo de Seguridad, Res nº 1315, 14 de agosto de 2002.

Declaración Universal de Derechos Humanos. ONU. 10 de diciembre de 1948.

VIII. Documentos de ONG

Lawyers without borders. *El principio de complementariedad en el Estatuto de Roma y la situación colombiana: más allá de lo "positivo".* Disponible en: http://www.iccnow.org/documents/asf_rapport-espagnol--complementarity_and_colombia.pdf