



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO**

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL SUPERIOR JERARQUICO
EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A:
CARLOS SANJUAN ROJAS**

ASESOR: DR. RAUL ARMANDO JIMENEZ VAZQUEZ

México, Ciudad Universitaria

Enero, 2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis padres

Emiliano San Juan Soriano y Esperanza Rojas Martínez,
por su infinito amor, apoyo y comprensión.
Este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

A mis hermanos y sobrinos

Arturo, Judith, Luis, Sandra, María Fernanda, Jorge y Paola
por el cariño que siempre me han brindado.

A mis amigos

Oscar Guillen Montiel y Elvia Rafael Fuentes,
quienes me han apoyado en mi formación profesional y
me han brindado el valor de su amistad

INDICE

Introducción.....	5
-------------------	---

Capítulo 1

Concepto de la responsabilidad penal del superior jerárquico en el Derecho Penal Internacional y sus características.

1.1 Concepto de responsabilidad penal.....	8
1.1.2 Concepto de superior jerárquico.....	11
1.1.3 Concepto de responsabilidad penal del superior jerárquico.....	14
1.1.4 Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Internacional.....	18
1.2 La responsabilidad del superior jerárquico y su relación con la eximente de responsabilidad del actuar bajo órdenes.....	22
1.3 La irrelevancia del cargo oficial.....	28
1.4 La posición de superior.....	31
1.4.1 Mando o autoridad y control efectivo.....	31
1.4.2 La competencia legal y posibilidad material de prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes de la comisión de los crímenes.....	33
1.5 El superior militar.....	33
1.6 El superior no militar.....	35
1.7 Formas básicas de intervención punible.....	35
1.7.1 Autoría directa.....	36
1.7.2 Coautoría.....	37
1.7.3 Autoría mediata.....	38
1.7.4 Participación: complicidad, inducción, instigación y encubrimiento.....	40

Capítulo 2

La regulación de la responsabilidad penal del superior jerárquico antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma.

2.1 La Primera Guerra Mundial: el intento de enjuiciamiento al Kaiser Guillermo II de Hohenzollern de Alemania.....	44
---	----

2.2 El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.....	48
2.2.1 El caso del General Tomoyuki Yamashita.....	56
2.2.2 El enjuiciamiento de Adolf Eichmann.....	59
2.3 El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.....	69
2.4 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	73
2.5 La jurisprudencia relevante del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.....	76

Capítulo 3

Regulación de la responsabilidad penal del superior jerárquico en el Estatuto de Roma.

3.1 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	79
3.2 La responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	87
3.3 La responsabilidad de los jefes y otros superiores.....	88

Capítulo 4

La responsabilidad penal del superior jerárquico a la luz de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

4.1 La teoría del dominio del hecho.....	101
4.1.1 Concepto del dominio del hecho.....	103
4.1.2 El dominio de la acción.....	107
4.1.3 El dominio del hecho funcional.....	107
4.1.4 El dominio de la voluntad.....	108
4.1.4.1 El dominio de la voluntad por coacción.....	109
4.1.4.2 El dominio de la voluntad por error.....	109
4.1.4.3 El dominio de la voluntad de inimputables.....	110
4.5 El dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.....	111
4.5.1 La existencia de un aparato organizado de poder.....	113
4.5.2 Poder de mando del hombre de detrás.....	116
4.5.3 La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico.....	117

4.5.4 Fungibilidad del ejecutor.....	121
4.5.5 La elevada disposición del ejecutor a la realización del hecho ilícito.....	122
4.6 Las posturas disidentes: coautoría e inducción.....	124
4.7 Casos relevantes.....	127
4.7.1 Caso argentino.....	127
4.7.2 Caso chileno.....	132
4.7.3 Caso peruano.....	135
4.8 Nuestra postura respecto de la imputación del hecho punible al superior jerárquico a título de autor mediato mediante el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder en el contexto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.....	138
4.9 Compatibilidad de la responsabilidad del superior jerárquico con el principio garantista de la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional.....	142
Conclusiones.....	144
Bibliografía.....	147
Diccionarios.....	149
Códigos, estatutos y convenciones internacionales.....	149
Decisiones judiciales.....	151
Hemerografía.....	152

Introducción.

Los crímenes cometidos por aquellas personas que ostentan el poder público, tienen una singular gravedad, en virtud de que se valen del aparato estatal subordinado a ellos para perpetrar su actividad delictiva en forma masiva y atroz, con graves violaciones a los derechos humanos, que agravan no sólo a las víctimas primarias de los delitos sino a la humanidad en su conjunto, por lo que constituyen crímenes castigados por el Derecho Penal Internacional.

La estructura jerárquica del Estado, como aparato organizado de poder, origina que los “altos mandos” aparentemente no participen en la comisión de los delitos realizados por sus subordinados, lo que trae como consecuencia impunidad para los superiores jerárquicos de los autores materiales.

Pero no solamente en las estructuras organizadas de poder estatales se refleja este fenómeno delictivo. Determinadas organizaciones no estatales –grupos guerrilleros, crimen organizado- operan en grandes grupos integrados por cientos de miles de hombres, con capacidad organizativa para desplegar sus actividades delictivas en forma sistemática.

En este contexto, y en el entendido de que los altos mandos de una estructura organizada de poder –estatal o no estatal- se valen de la organización para cometer delitos, sin que éstos se “ensucien” las manos, puesto que su actuación se colma con dar la orden a un número elevado de ejecutores, quienes acataran y ejecutaran dichas órdenes. De ahí, que las tradicionales formas de imputación de los hechos punibles a los autores y partícipes han sido insuficientes ante estas otras formas de criminalidad.

La teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, ideada por Claus Roxin, ha sido el modelo de imputación penal más eficaz para endilgar responsabilidad penal al superior jerárquico del aparato de poder que ordena la comisión del delito.

Por tanto, es necesario determinar con toda precisión los alcances de la responsabilidad penal de los superiores jerárquicos en la comisión de un crimen realizado por la persona que tiene a su mando, los criterios que permitan imputar la comisión del ilícito a título de autor mediato, y su regulación en el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, con la finalidad de que tales actos no queden impunes.

Asimismo, dilucidar si la responsabilidad del superior jerárquico, en hechos punibles cometidos por las personas a su mando, es compatible con el principio de responsabilidad penal individual consagrado en el “Estatuto de Roma”, al tenor de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

En esta tesitura se desarrollara el presente trabajo en cuatro capítulos.

En el primer capítulo, se desarrollará el concepto de responsabilidad penal del superior jerárquico en el ámbito internacional, así como las características fundamentales de dicha figura jurídica, se explicaran las formas básicas de intervención personal en el hecho punible, a efecto de sentar las bases jurídicas para el desarrollo y sustentación de la teoría mediata en virtud de aparatos de poder.

El segundo capítulo, relativo a la regulación de la responsabilidad penal del superior jerárquico antes de la entrada en vigor del “Estatuto de Roma”, se analizaran los antecedentes más relevantes que han construido la actual responsabilidad del superior jerárquico. Desde el intento de enjuiciamiento del Kaiser Guillermo II de Hohenzoller al término de la Primera Guerra Mundial; el enjuiciamiento de las élites nazis por el Tribunal de Nuremberg; el debut de la doctrina de la responsabilidad del superior por omisión en el caso Yamashita; el enjuiciamiento de Adolf Eichmann, que sirvió de punto de partida para desarrollar la autoría mediata por organización, esto es, la responsabilidad del superior por actos positivos; y, finalmente, se abordaran las regulaciones de la

responsabilidad penal del superior en los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda.

En el tercer capítulo se analiza la actual regulación de la responsabilidad del superior jerárquico en el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, por lo que se realiza una sucinta explicación de los Principios Generales del Derecho Penal regulados en el “Estatuto”, para después realizar el análisis dogmático de la figura jurídica del superior en el actual Derecho Penal Internacional.

Finalmente, el cuarto capítulo abordara la responsabilidad penal del superior jerárquico a la luz de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados. Se desarrollara el elemento rector de dicha teoría: el dominio del hecho. Se analizaran los elementos fundantes para afirmar la responsabilidad penal del “autor de escritorio”; la jurisprudencia latinoamericana que ha aplicado esta teoría, para concluir con nuestra postura sobre la pertinencia de utilizar la teoría del dominio por organización para atribuir responsabilidad penal al superior jerárquico por los delitos cometidos a través de la organización en el contexto del “Estatuto de Roma”.

CAPITULO 1.

Concepto de la responsabilidad penal del superior jerárquico en el Derecho Penal Internacional y sus características.

1.1 Concepto de responsabilidad penal.

La palabra responsabilidad proviene del verbo latino *respondere*, compuesto del prefijo *re-*, intensidad, repetición y del verbo *spondeo*, que significa obligarse a su vez, responder a una obligación contraída solemnemente; con el sufijo *-dad*, indica cualidad. En sentido general es la obligación de responder de un daño ante la justicia y responder por las consecuencias civiles, penales, disciplinarias, etc., de ese daño.¹

La responsabilidad, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, es la *“cualidad de responsable. II 2. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal... II 4. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.”*²

La voz responsabilidad en el lenguaje ordinario tiene diversas acepciones según el contexto en el que se utilice, ya sea para designar una obligación derivada de un cargo o una relación –“El padre de familia es *responsable* de sus hijos”-; o bien, como factor causal –“La lluvia fue *responsable* de que llegara tarde”-.

En el ámbito jurídico, la responsabilidad *“... es una obligación consecuencia del incumplimiento de algo”*³, éste algo puede ser, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato –en materia civil-, el incumplimiento de las obligaciones

¹ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Etimología Jurídica*, 5ª ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, pág. 415.

² *Diccionario de la Lengua Española*, T. 9 (quiscudo – tamborete), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001, pág. 1330.

³ *Diccionario Jurídico El Derecho*, 2ª ed., Grupo Editorial El Derecho y Quantor, España, 2009, pág. 1233.

constitucionales del servidor público que redunde en el perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho –en materia administrativa-, etcétera; incumplimientos que tienen aparejadas sus respectivas consecuencias jurídicas.

No obstante, cuando se le añade el adjetivo “penal”, la palabra responsabilidad adquiere una connotación singular que se refiere al merecimiento de una pena como consecuencia jurídica de la comisión de un delito. Esto en virtud de que conforme a su etimología, la palabra penal proviene del latín *poenae*, que significa castigo, pena, castigo impuesto por la autoridad legítima al que ha cometido un delito o una falta, acompañado del sufijo *-al*, relativo a o correspondiente a.⁴

El Diccionario de la Lengua Española define a la palabra penal como “... *perteneciente o relativo a la pena, o que la incluye*”⁵, asimismo, se define a la pena como el “... *castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.*”⁶

Ahora bien, la responsabilidad penal es definida como “... *la condición en la que incurre un individuo como resultado de la comisión de una infracción penal, caracterizada por constituir el presupuesto para el ejercicio de la potestad punitiva en sus facetas judicial y ejecutiva... la responsabilidad penal surge en el momento de la comisión de la infracción penal, de forma que la eventual sentencia condenatoria tiene efectos meramente declarativos de la responsabilidad penal ya existente.*”⁷

⁴ Cfr. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *Etimología Jurídica*, op. cit., pág. 381.

⁵ *Diccionario de la Lengua Española*, T. 8 (p – quisco), 22^a ed., Real Academia Española, España, 2001, pág. 1167.

⁶ *Idem.*

⁷ *Diccionario Jurídico El Derecho*, op. cit., pág. 1239.

Asimismo, es definida como el “... *deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión, típica, antijurídica y culpable.*”⁸

El jurista alemán Claus Roxin al referirse a la responsabilidad sostiene que “... *la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como ‘responsable’ una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho Penal, a una pena.*”⁹

Las características de la responsabilidad penal, de conformidad con las definiciones apuntadas, son:

- Condición de una persona que ha cometido un injusto penal.
- Emerge al momento de la comisión del injusto.
- Presupuesto del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.
- Tiene como consecuencia la eventual imposición de una pena.

En este orden de ideas podemos decir que la responsabilidad penal es la cualidad en que incurre una persona al momento de la comisión de un injusto penal, y que trae como consecuencia jurídica la contingente imposición de una pena. Esto es, al momento de cometerse una conducta típicamente antijurídica –injusto penal-, el Estado actualiza el ejercicio de su potestad punitiva, para atribuir ese hecho al sujeto que realizó la acción u omisión típica y antijurídica, para en su caso, imponer una pena. En este sentido, la responsabilidad penal es una característica de la culpabilidad para reprochar a un sujeto su conducta típica y antijurídica, y hacerle acreedor de una pena, impuesta mediante

⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano (P – Z), 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009, pág. 3372.

⁹ ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, T. I, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, 1ª ed., Editorial Civitas, España, 1997, pág. 791.

sentencia condenatoria que tendrá efectos meramente declarativos de la responsabilidad penal ya existente.

1.1.2 Concepto de superior jerárquico.

La palabra superior, de acuerdo con la segunda acepción del Diccionario de la Lengua Española, se refiere a una persona “... *que tiene a otras a su cargo.*”¹⁰

El Diccionario para Juristas define a superior como la “... *persona que gobierna, manda o dirige una comunidad o congregación.*”¹¹

En el ordenamiento jurídico mexicano, el artículo 434, fracción IV del “Código de Justicia Militar”, puntualiza que por superior se entiende:

*“1º.- Al que ejerza autoridad, mando o jurisdicción por empleo o comisión conferidos por autoridad competente, o por sucesión de mando con arreglo a la Ordenanza o leyes que le sustituyan en asuntos de su autoridad, mando o jurisdicción; y
2º.- al de mayor categoría en los demás casos.”*¹²

Remitiéndonos al multicitado Diccionario de la Lengua Española, nos encontramos que, autoridad es el “... *poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho*”¹³; mando significa la “... *autoridad y poder que tiene el superior sobre sus súbditos*”¹⁴; mientras que jurisdicción alude a “... *autoridad, poder o dominio sobre otro.*”¹⁵

¹⁰ Diccionario de la Lengua Española, T. 9 (quiscudo – tamborete), op. cit., pág. 1433.

¹¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, T. II (J – Z), 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 1492.

¹² “Código de Justicia Militar”, publicado en el D. O. F. 31 de agosto de 1933, en Instituto de Investigaciones Jurídicas - Info Jus, en info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/3.htm (Consultado el 25 de septiembre del 2011).

¹³ Diccionario de la Lengua Española, T. 2 (apelado – canjura), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001, pág. 171.

¹⁴ Diccionario de la Lengua Española, T. 7 (luma – ozonósfera), 22ª edición, Real Academia Española, España, 2001, pág. 971.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española, T. 6 (grimoso – lulú), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001, pág. 901.

Al respecto, Eduardo Calderón Susín, explica que “... *autoridad, mando y jurisdicción son conceptos que se superponen; que, en todo caso, el primero de ellos abarca a los otros dos; que para el concepto de superior es cardinal la idea de mando, y finalmente, que subyace como pieza clave el deber de la obediencia del subordinado o inferior. Con estas premisas el legislador describe dos categorías de superior, según lo sea por el empleo jerárquico más elevado o por el cargo o función desempeñado.*”¹⁶

En este sentido, las características de una persona que tiene la cualidad de ser superior, son las siguientes:

- Ejerce autoridad, que incluye el mando y la jurisdicción.
- Se tiene por el empleo *jerárquico* más elevado, o bien, por el cargo, o función desempeñado.
- Con arreglo a la ley.
- Existe una relación bilateral entre al superior y el subordinado, mando-obediencia.

Si bien el término superior se emplea generalmente en las normas de Derecho Militar, dichas características no son privativas de la disciplina castrense, en virtud de que en todas aquellas organizaciones que tengan un sistema piramidal en cuya cúspide se encuentre un “jefe” –superior-, que ejerza autoridad sobre los restantes estructuras integrantes de dicha pirámide, habrá relaciones de subordinación entre sus miembros, esto es, relaciones entre un superior y sus subordinados, piénsese en la administración pública de un Estado, en las sociedades mercantiles, e inclusive, en las organizaciones delictivas, como lo es la delincuencia organizada.

¹⁶ BLECUA FRAGA, Ramón, et al., Comentarios al Código Penal Militar, 1ª ed., Editorial Civitas, España, 1988, pág. 274.

Sin embargo, la superposición que tenga una persona respecto de otra, aun no dice mucho en cuanto al “grado” de autoridad que tiene sobre esa persona, es decir, *jerárquicamente* que tan superior es. En este sentido, se debe de complementar a la acepción superior con la palabra jerárquico.

La palabra jerárquico, es definida por el Diccionario de la Lengua Española como “... *perteneciente o relativo a la jerarquía*”¹⁷, y jerarquía, a su vez, como “... *gradación de personas, valores o dignidades.*”¹⁸

Guillermo J. Fierro al tratar el tema de la jerarquía administrativa, explica que en la jerarquía existen líneas y grados. La línea jerárquica está formada por una sucesión de órganos en sentido vertical, en tanto que el grado jerárquico es la situación de cada uno de los órganos en la línea jerárquica de subordinación. Esa ordenación jerárquica muestra una doble faz, esto es, aquella distribución escalonada de competencias y otra que es la relación jerárquica personal. La primera presupone que algunos órganos de grado superior tienen potestades y atribuciones de las cuales carecen los de grado inferior, la segunda se concibe como una relación personal obligatoria que se establece entre los titulares de dos cargos jerárquicamente ordenados, en cuanto a tales, que tiene como contenido una relación de subordinación del inferior frente a la voluntad del superior, es decir, una potestad de mando del superior, que tiene por objeto la determinación de la conducta del inferior y frente a cuya potestad existe un correlativo deber de obediencia por parte del inferior.¹⁹

En este contexto, la jerarquía implica la situación de una persona en cuanto al lugar que ocupa en una determinada estructura organizada, así como la relación personal que guarda frente a su superior –mando-, o en su caso, inferior –obediencia-.

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española, T. 6, op. cit., pág. 892.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Cfr. FIERRO, Guillermo J., La Obediencia Debida en el Ámbito Penal y Militar, 2ª ed., Ediciones de Palma, Argentina, 1984, págs. 28 y 30.

Con las aseveraciones apuntadas podemos decir que superior jerárquico es aquella persona que ejerce autoridad sobre sus subordinados, en virtud de la posición jerárquica que ocupa en una determinada estructura organizacional, y que conlleva la determinación de la conducta del inferior jerárquico, con la correlativa obediencia por parte de éste.

1.1.3 Concepto de responsabilidad penal del superior jerárquico.

Con lo aseverado en los apartados anteriores, podemos decir que la responsabilidad penal del superior jerárquico es la cualidad en que incurre una persona que ejerce autoridad sobre sus subordinados, en virtud de la posición jerárquica que ocupa en una determinada estructura organizacional, al momento de la comisión de un injusto penal, y que trae como consecuencia jurídica la contingente imposición de una pena.

En el ámbito del derecho penal internacional la responsabilidad del superior²⁰ surge “... *por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en la eventualidad de que cometan delitos. De esta forma el superior es responsable, tanto por su propia falta al tomar parte como por las conductas penales de otros.*”²¹

En este sentido, la responsabilidad penal del superior, surge en el momento de la comisión de un injusto penal de omisión, es decir, al momento de que el superior incumple con su obligación de supervisar a sus subordinados, y las eventuales conductas delictivas de éstos.

²⁰ También llamada *responsabilidad de mando, responsabilidad del comandante*, siendo el término *responsabilidad del superior* un concepto más genérico que incluye, tanto al superior militar como al no militar. De ahí, que los Estatutos de los tribunales internacionales, la jurisprudencia internacional y la doctrina, utilizan el término *responsabilidad del superior*, omitiendo la palabra “jerárquico”, en virtud de que obvian ésta característica dentro del concepto genérico.

²¹ AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, s. n. e., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002, pág. 403.

Es menester apuntar que aun cuando la responsabilidad penal del superior, en estricto sentido, se caracteriza por su naturaleza de tipo omisivo – responsabilidad indirecta-, los superiores pueden resultar responsables directos de crímenes internacionales cuando ordenan a sus subordinados su comisión – responsabilidad directa-²², por lo que es aplicable para éste último supuesto los criterios de imputación de responsabilidad penal de la autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas, la cual se analizara *infra* –capítulo 4.5-.

Las características de la responsabilidad del superior se desprenden de diversos instrumentos jurídicos internacionales, entre los que podemos mencionar los siguientes:

El “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”²³, que en sus artículos 86 y 87, señala:

“Artículo 86. Omisiones. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera

²² Cfr. PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo, “La Responsabilidad del Superior ‘Sensu Stricto’ por Crímenes de Guerra en el Derecho Internacional Contemporáneo”, en International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 10: 153-198, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 155, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/05-JuanPerez_001.pdf (consultada el 10 de octubre del 2011).

²³ “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, D. O. F. 21 de abril de 1983, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, s. n. e., Universidad de Deusto, España, 2000, pág. 395.

concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.”

“Artículo 87. Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

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

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

Asimismo, el “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en su artículo 7, punto 3, preceptúa:

“Artículo 7...

3. El hecho de que cualquiera de los actos mencionados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal a su superior si éste sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido y no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron.”²⁴

En similares términos, el artículo 6, punto 3, del “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, prescribe:

“Artículo 6...

3. El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no libera a su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores.”²⁵

Las características contenidas en las disposiciones citadas, se concretan en el artículo 28 del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, el cual se abordara con mayor detenimiento *infra* –capítulo 3.3-, no obstante, podemos enunciar las características generales de la responsabilidad del superior, a saber:

²⁴ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999, pág. 418.

²⁵ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, 1ª ed., Oxford University Press, México, 2008, pág. 2.

- La existencia de una relación bilateral entre al superior y el subordinado, mando-obediencia.
- Incumplimiento de un deber de actuar.
- La posición de garante del superior para impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados.
- La conducta delictiva cometida por un subordinado, no exime de la responsabilidad penal a sus superiores.
- El superior debe saber, tener razones para saber o poseer información que le permitiera concluir que el subordinado se aprestaba a cometer o había cometido una conducta delictiva.
- El superior incumple con la obligación de impedir, reprimir, y/o denunciar a las autoridades competentes la comisión de las conductas delictivas de sus subordinados, tomando las medidas necesarias y razonables para impedir que dichos actos no sean cometidos, o castigar a los autores.

En este sentido, podemos afirmar que la responsabilidad del superior, en sentido amplio, comprende tanto las conductas positivas –ordenar la comisión de un delito-, como las conductas omisivas –incumplimiento de su deber de vigilancia-, encuadrables en las hipótesis normativas de los tipos penales internacionales. Por tanto, la responsabilidad penal del superior, en estricto sentido, se refiere a ésta segunda acepción, esto es, a las omisiones de adoptar las medidas necesarias a fin de impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados bajo su mando y/o autoridad.

1.1.4 Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Internacional.

La responsabilidad penal internacional “... *consiste en el deber derivado de la comisión de un crimen internacional.*”²⁶

Para nosotros, la responsabilidad penal internacional es la cualidad en que incurre una persona al momento de la comisión de un injusto penal de carácter

²⁶ DONDÉ MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 49.

internacional, y que trae como consecuencia jurídica la contingente imposición de una pena.

Esta responsabilidad penal internacional, se imputa a personas físicas, en lo individual, en virtud de que “... *los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas; y la única manera de cumplir con las disposiciones del Derecho Internacional es castigando a los individuos que han cometido tales crímenes*”²⁷, en términos de la paradigmática Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. De esta forma el individuo es penalmente responsable cuando transgrede las normas o costumbres internacionales de las cuales es destinatario, es decir, cuando comete un injusto penal internacional.

Sin embargo, para llegar a tal aseveración, fue imprescindible romper con el viejo paradigma, en virtud del cual se sostenía que “... *en la sociedad internacional, el individuo aislado es impotente ante las fuerzas colectivas, estatales o no, que la dominan. Sólo en la medida en que esté integrado en los grupos actuantes, Estados, organizaciones no-gubernamentales, o grupos de presión, alcanzará alguna significación real.*”²⁸

Este viejo paradigma en virtud del cual sólo los Estados son sujetos de Derecho Internacional, implicaba un obstáculo para el *enjuiciamiento y castigo para los principales criminales de guerra* del eje europeo, el cual fue superado, en gran medida, por la impetuosa participación de los representantes de los Estados Unidos, Francia, Inglaterra, y la Unión Soviética, con el establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.²⁹

²⁷ CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, s. n. e., Tirant Lo Blanch, España, 2007, pág. 22.

²⁸ TRUYOL Y SERRA, Antonio, La Sociedad Internacional, 2ª ed., Alianza Editorial, España, 1993, pág. 183.

²⁹ Véase, el “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, adoptado el 8 de agosto del año 1945, en virtud del cual se regula la estructura orgánica y competencial del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, t II “Filosofía y Ley Penal”, 2ª ed., Editorial Losada, Argentina, 1950, págs. 1246 y ss.

En este tenor, el “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg” constituye el fundamento jurídico en virtud del cual se imputa responsabilidad penal internacional individual, que *reconoce* el derecho consuetudinario penal internacional.

Así, el artículo 6 del “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, reconoce la responsabilidad individual de una persona en el ámbito internacional en los siguientes términos:

*“Artículo 6. El Tribunal establecido por el Acuerdo mencionado en el Artículo 1 para juzgar y castigar a los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje, tendrá competencia para juzgar y castigar a las personas que actuando en favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación...”*³⁰

En forma semejante, el Principio I de los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y la sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg” formulados por la Comisión de Derecho Internacional –también llamados “Principios de Nuremberg”-, expresa:

*“Principio I. Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeto a sanción.”*³¹

³⁰ “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, adoptado el 8 de agosto de 1945, en JIMENÉZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, op. cit., pág. 1248.

³¹ “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Nuremberg”, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, en Anexo VI (CD Rom) en FERNANDES, Jean Marcel, La Corte Penal Internacional. “Soberanía versus justicia universal”, s. n. e., Editorial Ubijus, México, 2008, pág. 25.

Por su parte, el “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en su artículo 7, punto 1, señala:

“Artículo 7.

*1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.”*³²

En forma similar, el artículo 6, punto 1, del “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, menciona:

“Artículo 6.

*1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.”*³³

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, bajo el título de *Responsabilidad penal individual*, precisa en su artículo 25, punto 2, que:

“Artículo 25...

³² “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., págs. 417 y 418.

³³ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 2.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.”³⁴

En suma, podemos afirmar que la responsabilidad penal individual en el ámbito del Derecho Internacional se encuentra reconocida ampliamente en los instrumentos jurídicos internacionales, y por consiguiente, hoy por hoy, no se pone en duda su existencia. No obstante, surgen otras interrogantes derivadas de ello, tales como la problemática en la imputación de las conductas delictivas a los superiores jerárquicos, objeto del presente trabajo.

1.2 La responsabilidad del superior jerárquico y su relación con la eximente de responsabilidad del actuar bajo órdenes.

La eximente de responsabilidad penal del actuar bajo órdenes –también conocida como obediencia debida-, ha sido la objeción mas recurrida por los procesados por crímenes de derecho penal internacional. Sin embargo, tal y como afirma el maestro Kai Ambos “... *el Derecho internacional penal vigente no reconoce que el alegato del ‘actuar bajo órdenes’, en el caso de crímenes graves, sea suficiente para otorgar una exención de pena, sino solamente para una atenuación.*”³⁵

Dicha afirmación es reconocida desde el establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que en el artículo 8 de su “Estatuto”, señala puntualmente que:

“Artículo 8. El hecho de que el acusado hubiera actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico no liberará al acusado de responsabilidad, pero ese hecho podrá

³⁴ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

³⁵ AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 382.

considerarse para la atenuación de la pena, si el Tribunal determina que la justicia así lo requiere.”³⁶

El Principio IV de los “Principios de Nuremberg”, expresa:

“Principio IV. El hecho de que una persona haya actuado en cumplimiento de una orden de su Gobierno o de un superior jerárquico no le exime de responsabilidad conforme al derecho internacional, si efectivamente ha tenido la posibilidad moral de opción.”³⁷

El “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en su artículo 7, punto 4, señala:

“Artículo 7...

4. El hecho de que el inculpado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por un gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá considerarse circunstancia atenuante si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.”³⁸

El artículo 6, punto 4, del “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, preceptúa:

“Artículo 6...

³⁶ “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, adoptado el 8 de agosto de 1945, en JIMENÉZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, op. cit., pág. 1249.

³⁷ “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Nuremberg”, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, en Anexo VI (CD Rom) en FERNANDES, Jean Marcel, La Corte Penal Internacional. “Soberanía versus justicia universal”, op. cit., pág. 25.

³⁸ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 418.

4. El hecho de que un acusado haya actuado en ejecución de una orden de un gobierno o de un superior no le exonera de su responsabilidad penal, pero puede ser considerado como un motivo de disminución de la pena si el Tribunal Internacional para Ruanda lo estima conforme a la justicia.”³⁹

Los preceptos mencionados afirman tajantemente que las conductas delictivas de los autores de crímenes de derecho penal internacional no son susceptibles de *justificarse* bajo la eximente de responsabilidad de actuar bajo órdenes, esto es, el hecho de que un subordinado realice una conducta penalmente relevante en cumplimiento de una orden de su superior jerárquico, no excluye la antijuridicidad de su actuar. En todo caso, puede constituir una atenuación punitiva, a discreción del tribunal de conocimiento.

La eximente de responsabilidad penal del actuar bajo órdenes en ningún caso puede constituir una *causa de justificación* amparada por el ordenamiento jurídico internacional, puesto que “... *la comisión de graves crímenes internacionales nunca puede ser justificada mediante una ponderación de intereses o bienes, sino sólo exculpada sobre la base de la compasión y comprensión de las debilidades humanas del autor, esto es, desde el punto de vista trascendental de la inexigibilidad normativa de la conducta.*”⁴⁰

Actualmente, el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” continúa con la afirmación de que el actuar bajo órdenes no exime de responsabilidad penal a quien comete un crimen de derecho penal internacional –como causa de justificación-, sin embargo, reconoce a la obediencia debida como una circunstancia eximente de responsabilidad –causa de exculpación-, así en opinión de Kai Ambos “... *un autor que se encuentra integrado a una estructura*

³⁹ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 2.

⁴⁰ AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. “Bases para una elaboración dogmática”, trad. por Ezequiel Malarino, s. n. e., Editorial Temis, Colombia, 2006, pág. 494.

jerárquica de mando y comete crímenes internacionales ‘en cumplimiento de una orden’ no lo podrá ayudar la orden en sí, sino solamente otras ‘defences’, especialmente un error (relevante) sobre la antijuridicidad de la orden o una exclusión de la punibilidad fundada en un estado de necesidad por coacción. El hecho de que un subordinado obedezca una orden penalmente antijurídica no constituye per se una defence, sino que representa simplemente sólo una circunstancia que conduce a que la conducta sea analizada bajo otra defence.”⁴¹

Esto es, para el autor citado, el actuar bajo órdenes no constituye por sí misma una causa de justificación –analizada en la categoría delictiva de la antijuridicidad-, sino que la sitúa como una causa de exculpación –analizada a nivel de culpabilidad- fundamentándola en un error de prohibición, o bien, en un estado de necesidad exculpante –estado de necesidad por coacción-. Confusión surgida principalmente por “... *la tendencia general existente en derecho penal internacional de no conceder especial importancia a la diferenciación entre justificación y exculpación.*”⁴²

De esta forma el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” regula el error de prohibición como una eximente de responsabilidad en su artículo 33, que prescribe lo siguiente:

“Artículo 33.

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

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

⁴¹ AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. “Bases para una elaboración dogmática”, op. cit., pág. 461.

⁴² Ibidem, pág. 470.

b) No supiera que la orden era ilícita; y

c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.

2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.”⁴³

Al tenor del precepto citado, la persona que haya actuado delictivamente bajo órdenes de un superior será eximido de responsabilidad penal, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) estuviere obligado a obedecer las órdenes emitidas, en virtud de la relación jerárquica existente entre el emisor de la orden –superior-, y el subordinado con su correlativo deber de obediencia, siempre y cuando se encuentre establecido por la ley; b) no supiera que la orden era ilícita, lo que caracteriza al error de prohibición, en virtud del cual el subordinado cree actuar lícitamente; y c) que la *orden no sea manifiestamente ilícita*. En este sentido, quien actúa cumplimentando una orden de su superior jerárquico, dentro de los límites señalados en este precepto lo hará *exculpablemente*, y por consiguiente, al amparo de un error de prohibición, en virtud del cual el autor cree que actúa lícitamente. No obstante, hay crímenes que por su gravedad y crueldad, no pueden escudarse al amparo de esta causa de exculpación, tal es el caso del crimen de genocidio y de los crímenes de lesa humanidad, los cuales normativamente son consideradas manifiestamente ilícitas.

Por su parte, el estado de necesidad por coacción –estado de necesidad exculpante-, encuentra su fundamento en el artículo 31, inciso d), del multicitado “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, que a la letra expresa:

“Artículo 31.

⁴³ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 451.

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 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...”⁴⁴

Por consiguiente, para actualizar el estado de necesidad por coacción como eximente de responsabilidad penal, se requiere que la voluntad del autor de un crimen internacional haya sido coaccionada por las órdenes de su superior a través de: a) una amenaza inminente de muerte o lesiones corporales graves para él u otra persona, y b) su actuar sea necesario y razonable para evitar la amenaza; siempre que el autor no tuviere la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar. El estado de necesidad por coacción tiene su razón de ser en la circunstancia de que en determinadas situaciones “... el Derecho no puede exigir comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere, por ejemplo, realizar un hecho prohibido por la ley penal, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física.”⁴⁵

En este orden de ideas, se pone de manifiesto que la eximente de responsabilidad de actuar bajo órdenes, no puede ser alegada como una causa de justificación, que excluya la antijuridicidad del actuar del subordinado, ya que

⁴⁴ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., págs. 449 y 450.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, et al., Derecho Penal. Parte General, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, España, 2010, pág. 387.

la lesividad de los crímenes internacionales no da lugar a que una conducta típica y antijurídica, encuentre justificante alguna para su autor en el derecho penal internacional, so pena de perder su validez y legitimidad.

El actuar bajo órdenes constituye una causa de exculpación, fundada en un error de prohibición o en un estado de necesidad por coacción, que recae en el elemento de la culpabilidad, es decir, el injusto penal internacional subsiste, pero no es reprochable al autor debido a que falta un elemento de la culpabilidad como lo es: el conocimiento de la antijuridicidad en el caso del error de prohibición, y la exigibilidad de un comportamiento distinto, por cuanto hace al estado de necesidad por coacción.

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” en forma genérica las denomina circunstancias eximentes de responsabilidad penal, sin entrar en discusión sobre causas de justificación o exculpación, distinción que adquiere suma importancia, debido a que cada circunstancia eximente de responsabilidad recae sobre un determinado y propio elemento del delito.

1.3 La irrelevancia del cargo oficial.

Un principio capital del derecho penal internacional es el concerniente a la irrelevancia del cargo oficial del autor de un crimen internacional, el cual se encuentra reconocido y aceptado desde los juicios de Nuremberg hasta nuestros días.

En virtud de este principio el hecho de que una persona que ha cometido un delito de carácter internacional en su carácter de jefe de Estado o miembro del gobierno, no le eximirá de su responsabilidad penal, ni se requerirá de un procedimiento especial para proceder penalmente en su contra, en otras palabras, este principio niega la inmunidad que gozan los jefes de Estado o algunos miembros del gobierno.

De esta manera, el artículo 7 del “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg” precisa que:

“Artículo 7. La posición oficial de los acusados, sea como jefes de Estado o como funcionarios de responsabilidad en dependencias gubernamentales, no será considerada como excusa eximente para librarles de responsabilidad o para mitigar el castigo.”⁴⁶

El Principio III de los “Principios de Nuremberg”, señala:

“Principio III. El hecho de que la persona que haya cometido un acto que constituya delito de derecho internacional haya actuado como Jefe de Estado o como autoridad del Estado, no la exime de responsabilidad conforme al derecho internacional.”⁴⁷

El “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, en su artículo 7, punto 2, afirma:

“Artículo 7...

2. El cargo oficial que desempeñe el inculcado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.”⁴⁸

El artículo 6, punto 2, del “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, sostiene:

⁴⁶ “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, adoptado el 8 de agosto de 1945, en JIMENÉZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, op. cit., pág. 1249.

⁴⁷ “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Nuremberg”, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, en Anexo VI (CD Rom) en FERNANDES, Jean Marcel, La Corte Penal Internacional. “Soberanía versus justicia universal”, op. cit., pág. 25.

⁴⁸ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 418.

“Artículo 6...

2. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.”⁴⁹

Por último, el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en su artículo 27, reconoce este principio en los siguientes términos:

“Artículo 27.

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

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve al cargo oficial de una persona, con arreglo al derecho interno o al derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella.”⁵⁰

Los crímenes de derecho penal internacional generalmente son cometidos por personas que detentan el poder político de un país determinado, es decir, ocupan un cargo oficial, y se valen de los medios que el propio Estado, como aparato organizado de poder, les provee para cometer sistemáticamente dichos crímenes, en agravio de los derechos humanos de los ciudadanos. Por consiguiente, el cargo oficial no es óbice para que se investigue y procese a un

⁴⁹ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 2.

⁵⁰ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., págs. 448.

inculpado de un crimen internacional en aras de procurar que estos crímenes no queden impunes.

Asimismo, la irrelevancia del cargo oficial en la comisión de un crimen internacional, ante todo, constituye un principio de igualdad ante la ley, que no distingue a las personas por el empleo o cargo que ocupe, sus mandatos van dirigidos a todos sin excepción.

1.4 La posición de superior.

La posición de superior que deviene de una determinada estructura organizacional, implica una relación bilateral entre el superior y un subordinado, la cual conlleva en una necesaria relación mando-obediencia.

Sin embargo, la relación superior-subordinado no necesariamente acarrea una ilimitada responsabilidad penal para cualquier superior que se encuentre en la cadena de mando. La posición de superior que le hace acreedor de una responsabilidad penal atenderá a la situación del superior en cuanto al lugar que ocupa en una determinada estructura organizada, así como la relación personal que guarda frente a su superior –mando-, o en su caso, inferior –obediencia-. De esta forma, “... *el requerimiento mínimo de la responsabilidad de mando es que el superior respectivo tenga mando.*”⁵¹

1.4.1 Mando o autoridad y control efectivo.

Según el Diccionario de la Lengua Española, autoridad es el “... *poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho*”⁵², y mando es la “... *autoridad y poder que tiene el superior sobre sus súbditos.*”⁵³

Por su parte, Kai Ambos señala que “... *mientras el mando se refiere a un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para*

⁵¹ AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 452.

⁵² Diccionario de la Lengua Española, T. 2, op. cit., pág. 171.

⁵³ Diccionario de la Lengua Española, T. 7, op. cit., pág. 971

dominar y controlar, la 'autoridad' parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y/o Derecho a ejercitar poderes, Derecho a mandar, etcétera. Ambos términos implican control: 'mando' explícitamente como poder para controlar, 'autoridad', implícitamente como Derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad normalmente controla sus 'fuerzas' o sus subordinados y tiene capacidad para expedir órdenes."⁵⁴

En este sentido, mando significa el poder *de facto* para ordenar, mientras que autoridad se refiere al poder *de iure* para emitir el mandato. En todo caso, la diferencia práctica en ambos conceptos, se refiere a que mientras que el término *mando* se utiliza para denominar a las órdenes de los *superiores militares*, el término *autoridad* se refiere a los *superiores no militares*. En definitiva, "... *lo decisivo en ambos casos es que el superior controle de modo 'efectivo' a sus subordinados, sea esto en razón de su poder de mando o de su autoridad; especialmente la capacidad de emitir e imponer órdenes representa un indicio importante de la existencia de tal mando o autoridad.*"⁵⁵

Por cuanto hace al control efectivo que el superior debe de tener respecto de sus subordinados, este dependerá de la relación mando-obediencia, en el caso concreto. Esto es, el superior dentro de la estructura organizacional debe de encontrarse facultado –*de iure y/o de facto*- para emitir órdenes vinculantes para determinar la voluntad de sus subordinados, y que se correspondan a las funciones que desempeña. Así, por ejemplo, un militar de alto rango carecerá de control efectivo respecto de un policía ministerial, si aquél le ordena a éste la detención de una persona, esto en virtud de que sus funciones son diametralmente distintas, así como la falta de una relación jerárquica.

⁵⁴ AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, op. cit., págs. 454 y 455.

⁵⁵ AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. "Bases para una elaboración dogmática", op. cit., pág. 305.

1.4.2 La competencia legal y posibilidad material de prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes de la comisión de los crímenes.

El control efectivo sobre los subordinados que tiene el superior jerárquico en una determinada estructura organizacional le faculta legal y materialmente para prevenir, reprimir o poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de un crimen internacional. Cada uno de los supuestos mencionados dependerá del caso concreto.

De esta forma, si un crimen todavía no ha sido cometido, esto es, se proponía a cometerlo, el superior está obligado a intervenir, por ejemplo mediante la impartición de órdenes apropiadas; si el crimen ya se cometió el superior puede reaccionar únicamente con medidas represivas. Si los subordinados ejecutan los crímenes, el superior está todavía en capacidad de prevenir la continuación de la comisión y de reprimir los crímenes ya cometidos.⁵⁶

La facultad de prevenir y reprimir los crímenes internacionales de los subordinados, generalmente se encuentra reservado para los superiores militares quienes tienen el poder de imponer medidas disciplinarias; por lo que la posibilidad de poner el asunto –comisión de un crimen- en conocimiento de las autoridades competentes, está destinada para los superiores no militares, o bien, para aquellas personas que carecen del poder disciplinario.

1.5 El superior militar.

Como apuntamos *supra* el superior jerárquico es aquella persona que ejerce autoridad sobre sus subordinados, en virtud de la posición jerárquica que ocupa en una determinada estructura organizacional, y que conlleva una relación mando-obediencia, en virtud de la cual una orden vinculante determina la conducta del inferior jerárquico, con la correlativa obediencia por parte de éste.

⁵⁶ Cfr. AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 463.

Dicho superior adquiere la calidad de militar, de conformidad con el artículo 4 del “Convenio (III) de Ginebra, relativo al trato de los prisioneros de guerra”⁵⁷ cuando:

- Es miembro de las fuerzas armadas de una parte contendiente, así como los miembros de las milicias y de los cuerpos de voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas.
- Miembros de las otras milicias y de los otros cuerpos de voluntarios pertenecientes a una partes contendiente y que actúen fuera o dentro de su propio territorio, aunque este territorio esté ocupado, con tal de que estas milicias o cuerpos organizados, reúnan las siguientes condiciones:
 - Que figure a su cabeza una persona que responda de sus subordinados;
 - Tener un signo distintivo fijo reconocible a distancia;
 - Llevar francamente las armas;
 - Dirigir sus operaciones de conformidad con las leyes y costumbres de la guerra.
- Los miembros de las fuerzas armadas regulares que sigan las instrucciones de un Gobierno o de una autoridad no reconocidos por la Potencia en cuyo poder hayan caído;
- La población de un territorio no ocupado que, al acercarse el enemigo, tome espontáneamente las armas para combatir contra las tropas invasoras, sin haber tenido tiempo para constituirse en fuerzas armadas regulares, si lleva francamente las armas y respeta las leyes y las costumbres de la guerra.

En suma, será considerado militar la persona que pertenezca a las fuerzas armadas de un Gobierno, ya sea legalmente constituido o de facto. La posición de superior con que se encuentra investido el militar depende de la posición

⁵⁷ Cfr. “Convenio (III) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra”, Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949, D. O. F. 23 de junio de 1953, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, op. cit., pág. 282.

jerárquica que ocupa en la estructura organizacional militar, que conlleva una relación mando-obediencia para con sus subordinados.

1.6 El superior no militar.

Por cuanto hace al superior no militar, es decir, una persona civil, éste por exclusión es la persona que no tiene la categoría de militar. Así el artículo 50, punto 1 del “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, señala que:

“1. Es persona civil cualquiera que no pertenezca a una de las categorías de personas a que se refieren el artículo 4, A. 1), 2), 3), y 6), del III Convenio, y el artículo 43 del presente Protocolo. En caso de duda acerca de la condición de una persona, se le considerará como civil.”⁵⁸

El superior civil en virtud de la posición jerárquica que ocupa en una determinada estructura organizacional, por ejemplo, en el gobierno, o una asociación, determina la voluntad de sus subordinados con la emisión de órdenes vinculantes que conducen la voluntad de éstos, no obstante, esta determinación es en menor grado, en virtud de la falta de una facultad disciplinaria característica del ámbito castrense.

1.7 Formas básicas de intervención punible.

Las formas de intervención en el hecho punible se refiere a la intervención personal en un delito, es decir, quién o quiénes y, que aportación realizó o realizaron en la comisión de un hecho típico. La dogmática jurídico-penal distingue entre autoría y participación.

⁵⁸ “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, D. O. F. 21 de abril de 1983, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, op. cit., pág. 378.

El maestro español Francisco Muñoz Conde explica que “... *la distinción entre una y otra forma de intervención en el delito tiene que buscarse con un criterio objetivo-material. Este criterio objetivo-material es el del dominio del hecho. Según este criterio, es autor quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización. Este concepto, con ser ambiguo, es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor.*”⁵⁹

De igual forma, el jurista mexicano Agustín Quintana Olvera explica que “... *la teoría del dominio del hecho consiste en la capacidad de decisión del autor sobre aspectos objetivos del suceso, mientras que los partícipes no poseen esa aptitud sobre las circunstancias en que se desarrolla el hecho; la actuación de éstos está subordinada de manera accesoria a la actividad del autor, en relación al curso de los acontecimientos delictivos.*”⁶⁰

En este orden de ideas, se pone de manifiesto que el partícipe se encuentra subordinado a la realización del hecho típico por parte del autor, quien tiene el dominio del hecho. Sin el autor el partícipe no adquiere relevancia penalmente.

Las formas de autoría a saber, son: autoría directa, coautoría y autoría mediata, por su parte, las formas de participación comprenden: la complicidad, inducción, instigación, y el encubrimiento.

1.7.1 Autoría directa.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco et. al., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., págs. 433 y 434.

⁶⁰ QUINTANA OLVERA, Agustín, *Temas de Autoría en Delitos Contra la Salud*, s. n. e., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007, pág. 76.

El autor directo “... es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho típico.”⁶¹

Esta forma de autoría es la más clara, en cuanto a su contenido, en virtud de que quién realiza de propia mano los elementos del tipo penal será considerado autor, puesto que en todo caso tiene el dominio del hecho.

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, se refiere al autor directo, en su artículo 25, punto 3, inciso a), de la siguiente forma:

“Artículo 25...

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.”⁶²

1.7.2 Coautoría.

La coautoría “... es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente.”⁶³

Los criterios para sustentar a la coautoría son la “... división del trabajo entre distintos intervinientes, asignándole a cada uno de ellos una diferente función en el hecho delictivo... -de modo que- los involucrados tienen la característica común de tener el poder de decisión y control sobre los instrumentos del delito.”⁶⁴

⁶¹ MUÑOZ CONDE, Francisco et. al., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 434.

⁶² “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco et. al., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 436.

⁶⁴ QUINTANA OLVERA, Agustín, Temas de Autoría en Delitos Contra la Salud, op. cit., pág. 78.

En esta forma de autoría la realización de los elementos del tipo penal lo realizan varias personas conjuntamente en base a un plan común y la división del trabajo por lo que todos los intervinientes tienen por igual la última palabra y decisión si el delito se comete o no, esto es, cada coautor tiene el dominio del hecho funcional.

El “Estatuto de Roma”, regula a la coautoría, en el artículo 25, punto 3, inciso a), como:

“Artículo 25...

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... con otro.”⁶⁵

1.7.3 Autoría mediata.

La autoría mediata “... es aquella en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza.”⁶⁶

El autor mediato “... controla la voluntad del ejecutor del tipo penal, además de que suele poseer el conjunto de instrumentos necesarios para llevar a cabo un delito, asimismo el poder de decidir el cuándo y el cómo actuar.”⁶⁷

La autoría mediata presupone que la persona que comete el delito puede ser utilizada como un instrumento o herramienta por el autor mediato que actúa

⁶⁵ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco et. al., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 435.

⁶⁷ QUINTANA OLVERA, Agustín, Temas de Autoría en Delitos Contra la Salud, op. cit., pág. 78.

como cerebro u “hombre detrás”. Normalmente se trata de un agente inocente, no responsable del acto delictivo.⁶⁸

En este orden de ideas, el autor mediato instrumentaliza la voluntad de otro – dominio de la voluntad- mediante:

- Coacción.
- Error.
- Valiéndose de inimputables.
- En virtud de estructuras de poder organizadas.

El multicitado “Estatuto de Roma”, se refiere a la autoría mediata, en el artículo 25, punto 3, inciso a) y b), de la forma siguiente:

“Artículo 25...

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 conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.

b) Ordene... la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.”⁶⁹

El maestro Kai Ambos sostiene que el “ordenar” la comisión de un hecho en el sentido del artículo 25 (3)(b) se corresponde más con la categoría de la autoría

⁶⁸ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, trad. por Fernando del Cacho, s. n. e., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, págs. 24 y 25.

⁶⁹ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

mediata que con la de la participación, pues también en este caso existe la estructura de imputación vertical típica de la autoría mediata.⁷⁰

1.7.4 Participación: complicidad, inducción, instigación y encubrimiento.

La complicidad es “... *una contribución a la realización de un delito con actos anteriores o simultáneos a la misma que no pueden, en ningún caso, ser considerados como de autoría.*”⁷¹

El cómplice sólo ayuda o auxilia al autor para la realización del hecho típico, sin embargo, carece de la decisión de si el delito se comete o no.

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, trata a la complicidad, en el artículo 25, punto 3, inciso c), de la forma siguiente:

“Artículo 25...

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien...

*c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice... o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.”*⁷²

La inducción “... *se caracteriza porque el inductor hace surgir en otra persona (inducido) la idea de cometer un delito; pero quien decide y domina la realización del mismo es el inducido, porque, de lo contrario, el inductor sería verdadero autor mediato... Otra prueba de que la realización del acto depende*

⁷⁰ Cfr. AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. “Bases para una elaboración dogmática”, op. cit., pág. 196.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, Francisco et. al., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 445.

⁷² “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

*del autor principal (inducido) es que, si éste no comienza la ejecución del delito (por tanto, no hay ni siquiera acto típico), no puede castigarse al inductor...”*⁷³

El partícipe inductor insta dolosamente al autor a la realización de un hecho típico, sin embargo, su intervención sólo es penalmente relevante, si el inducido realiza la acción típica, por lo menos, en grado de tentativa.

La inducción es regulada por el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en el artículo 25, punto 3, inciso b), de la forma siguiente:

“Artículo 25...

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien...

*b) ... proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.”*⁷⁴

La instigación, por su parte, *“... constituye la actividad desplegada, por el instigador, encaminada a mover el ánimo de aquél sobre quien actúa para determinarlo a ejecutar el hecho delictuoso. No consiste por ello en la simple proposición para delinquir, sino en el convencer, en el mover la voluntad ajena plegándola a la propia del inductor.”*⁷⁵

Aun cuando los términos inducción e instigación se utilicen como sinónimos, dichas categorías son distintas en cuanto al grado de determinación de la voluntad ajena de uno u otro. De esta forma, el grado de determinación de la voluntad ajena del inductor es casi nulo, ya que el inductor solamente hace

⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco et. al., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 443.

⁷⁴ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

⁷⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático), 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003, pág. 605.

surgir en el inducido la idea de cometer un delito, pero quien decide y domina la realización del mismo es éste último. En cambio, el instigador determina en mayor medida la voluntad ajena pues no solo hace la proposición de delinquir, sino realiza todos los actos tendientes a convencer y mover la voluntad del instigado.

El “Estatuto de Roma” regula la instigación –directa y pública-, sólo por lo que hace al delito de genocidio, en los siguientes términos:

“Artículo 25...

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...

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa.”⁷⁶

El encubrimiento es la forma de participación en el delito consistente en el *“... auxilio que se presta al delincuente después de que éste ha realizado su conducta delictiva, cuando dicho auxilio ha sido prometido con anterioridad a la ejecución del delito.”⁷⁷*

El encubridor interviene después de la ejecución de un delito, con conocimiento de dicha situación, con la finalidad de ayudar en cualquier forma a los autores o partícipes de dicho delito, a fin de eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerlo de la acción de la justicia.

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, precisa el encubrimiento, en el artículo 25, punto 3, inciso c), de la forma siguiente:

⁷⁶ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

⁷⁷ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático), op. cit., pág. 422.

“Artículo 25...

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien...

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen...”⁷⁸

⁷⁸ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

CAPITULO 2.

La regulación de la responsabilidad penal del superior jerárquico antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma.

2.1 La Primera Guerra Mundial: el intento de enjuiciamiento al Kaiser Guillermo II de Hohenzollern de Alemania.

Al finalizar la Primera Guerra Mundial las potencias vencedoras⁷⁹ del conflicto armado acordaron enjuiciar al ex Emperador de Alemania Guillermo II de Hohenzollern, imputándole violaciones *contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados*. Los artículos 227 al 229 de la Parte VII del “Tratado de Versalles” de 1919⁸⁰ fueron el fundamento jurídico de dicha acusación, en los siguientes términos:

“Artículo 227 – Las Potencias aliadas y asociadas acusan públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, ex Emperador de Alemania, por ofensa suprema contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados.

Un tribunal especial será establecido para juzgar los acusados (sic), asegurándoles así las garantías esenciales del derecho de defensa. El tribunal será compuesto de cinco jueces, cada uno designado por una de las siguientes potencias: Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Francia, Italia y Japón.

El tribunal será guiado en sus decisiones por los más altos principios de política internacional, con la finalidad de defender las obligaciones solemnes procedentes de los compromisos entre

⁷⁹ Potencias aliadas –Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Cuba, Checoslovaquia, Ecuador, el Estado Serbio-Croata-Esloveno, Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Italia, Japón, Liberia, Nicaragua, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, Siam, y Uruguay-; y potencias asociadas –Argentina, Colombia, Chile, Dinamarca, El Salvador, España, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Persia, Suecia, Suiza y Venezuela-.

⁸⁰ “Tratado de Versalles”, Versalles, Francia, 28 de junio de 1919, en FERNANDES, Jean Marcel, La Corte Penal Internacional. “Soberanía versus justicia universal”, op. cit., págs. 33 y 34.

naciones y la validez de la moral internacional. Será obligación del tribunal determinar las puniciones que se consideran necesarias.

Las Potencias aliadas y asociadas habrán de dirigir una petición al Gobierno de los Países Bajos para que les sea entregado el ex Emperador con el objetivo de juzgarle.”

“Artículo 228 – El Gobierno de Alemania reconoce el derecho de las Potencias aliadas y asociadas a someter a tribunales militares a los acusados de haber cometido actos que violan las leyes y reglas consuetudinarias de la guerra. Esas personas serán, si son consideradas culpables, sentenciadas a penas predeterminadas por la ley. Esa disposición será puesta por encima, sin embargo, de cualquier procedimiento o ejecución por tribunales en Alemania o en territorios de sus aliados.

El Gobierno de Alemania deberá ceder a las Potencias aliadas y asociadas, o a cada uno de ellos conforme requisición, todas las personas acusadas de haber cometido un acto de violación de leyes y costumbres de guerra, las cuales serán identificadas por su nombre o por su puesto, gabinete o tarea que hayan tenido bajo la supervisión de autoridades alemanas.”

“Artículo 229 – Las personas culpables de actos criminales contra nacionales de una de las Potencias aliadas y asociadas serán juzgadas por los tribunales militares de esa Potencia.

Las personas culpables de actos criminales contra nacionales de más de una de las Potencias aliadas y asociadas serán juzgadas por tribunales militares compuestos por miembros de los tribunales militares de las Potencias afectadas.

En todo caso el acusado será autorizado a elegir su propio abogado.”

Sin embargo, el tribunal especial destinado para el enjuiciamiento del ex Emperador germano Guillermo II de Hohenzollern, no llegó a establecerse, debido a que Holanda, país en donde buscó asilo el Káiser, negó la extradición al argumentar “... *la inexistencia en el derecho internacional entonces vigente, de normas que permitieran la incriminación de un jefe de Estado como responsable individual de un ilícito internacional.*”⁸¹

En efecto, el enjuiciamiento de Guillermo II fue un fracaso, principalmente, a la falta de mecanismos jurídico-penales –sustantivos y adjetivos- que permitieran la imputación de un crimen internacional a un individuo en lo particular, cuando transgrede las normas o costumbres internacionales de las cuales es destinatario, independiente de la responsabilidad civil que el Estado pudiera contraer.

De igual forma, el “Tratado de Versalles”, artículos 227 al 229, carecía de normas sustantivas que definieran y precisaran con toda claridad los elementos constitutivos de los injustos penales que se pretendía imputar al ex Emperador alemán –la ofensa suprema contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados-, y no se determinaba claramente la clase de pena que procedía imponer, en contravención con el principio de legalidad imperante en el Derecho Penal.⁸²

No se previeron mecanismos jurídico-penales que aseguraran los derechos de defensa enunciados en el “Tratado de Versalles”, artículos 227. Si bien el artículo 227, del multicitado acuerdo internacional “aseguraba” las garantías esenciales del derecho de defensa, éstas solo se encontraban enunciadas en

⁸¹ ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, trad. por Elena Bossi, 1ª ed., Editorial Edhasa, Argentina, 2007, pág. 37.

⁸² Aun cuando los delitos tengan el carácter de internacionales, y por ende correspondan al Derecho Penal Internacional, éstos deben de respetar los principios fundamentales del Derecho Penal. No debe pasar desapercibido que “... *el Derecho penal internacional es sobre todo Derecho penal. Como tal, debe respetar y garantizar los tratados universales de derechos humanos y los principios fundamentales del Derecho penal reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos*”; véase AMBOS, Kai, Fundamentos de la Imputación en Derecho Internacional Penal, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009, págs. 78 y 79.

forma abstracta, en virtud de que no precisaba estos derechos, y mucho menos, aseguraba su cabal cumplimiento por medio de normas adjetivas. De nada sirve enunciar que se tiene un derecho de defensa sino se establecen los derechos esenciales que lo constituyen, y que permitan el efectivo disfrute de ese derecho.

Por cuanto hace a los otros acusados a que se refiere el “Tratado de Versalles”, –nos explica el maestro Sergio García Ramírez- tampoco funcionó la persecución planteada, en estos casos no se pretendió construir una justicia internacional propiamente, sino remitir el juzgamiento a los tribunales de los vencedores, que para tal efecto reclamarían de Alemania la entrega de cierto número de inculpados. Al cabo de negociaciones azarosas, altos funcionarios alemanes advirtieron que todo el *volk* alemán, sin distinción de clases ni partidos, tiene la convicción de que es imposible entregar a los denominados ‘criminales de guerra’, si a pesar de esto, el gobierno del Reich tratará de cumplir su extradición, hallaría la oposición más poderosa. Ningún oficial alemán querrá intervenir en la detención de un alemán para librarlo a la justicia de la Entente. Por lo que Alemania asumió el enjuiciamiento de los inculpados en Leipzig a partir del 23 de mayo de 1921, cuyos resultados fueron calificados como “tragicomedia”⁸³, pues de 896 personas acusadas, el gobierno alemán sólo reconoció a 45, de las cuales, 12 fueron enjuiciadas y 6 condenadas por el Tribunal de Leipzig.

Aun cuando el establecimiento del tribunal especial para el enjuiciamiento del Káiser Guillermo II de Hohenzollern y de otros acusados no se materializará en la realidad, dicho precedente sentó las bases de lo que posteriormente en Nuremberg y, hasta nuestros días, en el “Estatuto de Roma”, sería uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal Internacional, el principio de la Responsabilidad Penal Individual.

⁸³ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La Corte Penal Internacional, 2ª ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, págs. 26 y 27.

De esta forma, las potencias aliadas y asociadas al acusar públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, por ofensa suprema contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados, reconocen al individuo en lo particular como penalmente responsable de un crimen internacional.

2.2 El Tribunal Militar Internacional de Nuremberg.

Los horrores del Holocausto del que la comunidad internacional fue testigo hizo imprescindible retomar con mayor ahínco la idea de constituir un tribunal penal internacional, que combatiera la impunidad de los autores de esos crímenes cuya gravedad agravian a la humanidad en su conjunto. Resultado de ello el 30 de octubre de 1943, se llevo a cabo la Conferencia de Moscú, entre los gobiernos de China, Estados Unidos de América, Reino Unido y la Unión Soviética en virtud de la cual adoptaron la *Declaración Conjunta de las Cuatro Naciones*, declaración en la que se determinó que los oficiales del ejército alemán y los miembros del partido nazi que hubieran tomado parte en atrocidades, masacres y ejecuciones masivas o fueran responsables de las mismas serían entregados a los países en donde las hubieran cometido – Bélgica, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Grecia, Italia, Noruega, Polonia, la Unión Soviética y Yugoslavia- para que fueran juzgados y castigados según las leyes de esos Estados, por los mismos pueblos a los que habían ultrajado. Por cuanto hace a los criminales alemanes cuyos delitos carecían de localización geográfica particular, serían juzgados por decisión conjunta de los Aliados.⁸⁴

Posteriormente, el 8 de agosto de 1945 se adoptó en Londres el “Acuerdo Relativo al Proceso y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra de las Potencias Europeas del Eje”, y su anexo, el “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, en virtud de los cuales se instauró por vez primera

⁸⁴ Cfr. CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, op. cit., pág. 19.

un tribunal penal internacional que reconoció la responsabilidad penal de los individuos que cometieron crímenes internacionales.⁸⁵

La constitución del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg tuvo como objeto el “... enjuiciamiento y castigo de los principales criminales de guerra de los países europeos del Eje”⁸⁶, artículo 1, con competencia para “... juzgar y castigar a las personas que actuando en favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido alguno de los crímenes que se enumeran a continuación... - crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad-”⁸⁷, artículo 6.

El proceso de Nuremberg fue el resultado de la voluntad conjunta de los países vencedores del conflicto armado de que aquellos crímenes tan abominables no quedaran impunes, al enjuiciar y castigar a los principales actores nazis responsables de aquella catástrofe.

De esta forma, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg inició sus sesiones el día 20 de noviembre de 1945, y concluyó el 1° de octubre de 1946, en donde resultaron doce personas condenadas a la pena de muerte, tres a prisión perpetua, cuatro a penas temporales, entre los 10 y 20 años de prisión, y tres fueron absueltos. Los condenados a las penas capitales, fueron ejecutados el día 16 de octubre de 1946.⁸⁸

⁸⁵ El artículo 6 del “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, es el fundamento jurídico para atribuir responsabilidad penal individual por la comisión de crímenes internacionales, definidos por el propio “Estatuto”, a saber: crímenes contra la paz, crímenes de guerra, y crímenes contra la paz.

⁸⁶ “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, adoptado el 8 de agosto del año 1945, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, t II “Filosofía y Ley Penal”, op. cit., pág. 1247.

⁸⁷ Ibidem, pág. 1248.

⁸⁸ Cfr. FAVAROTTO, Ricardo S., Justicia Penal Internacional, 1ª ed., Editorial Ediar, Argentina, 2009, págs. 32 y 33.

El Tribunal de Nuremberg ha sido objeto de severas críticas en cuanto a la legitimidad de su constitución, funcionamiento y sentencia. Así, el insigne jurista Hans Kelsen, señaló que “... *el castigo de los criminales de guerra –no sólo nazis- debería haber sido un acto de justicia y no la continuación de las hostilidades bajo formas en apariencia judiciales pero en realidad inspiradas por un deseo de venganza... –concluye- ... que el juicio de Nuremberg no debía ser tomado como un antecedente judicial, no podía ser considerado un modelo a seguir.*”⁸⁹

Por su parte, Danilo Zolo, sostiene que “... *el proceso de Nuremberg trastornó la idea de justicia internacional, anulando toda distinción entre ésta, la política y la guerra. Fue una rendición de cuentas, el ajuste de las pendencias, la venganza de los vencedores sobre los vencidos. Fue una parodia de la justicia con un valor simbólico letal.*”⁹⁰

Las principales críticas al Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, las podemos catalogar en dos grupos: el primero concerniente al establecimiento del Tribunal, y el segundo, referente a su funcionamiento y sentencia.

Por cuanto hace al establecimiento del Tribunal de Nuremberg, se ha afirmado que es una justicia de los vencedores contra los vencidos, esto es, las potencias vencedoras por el hecho de vencer en el conflicto armado se invisten *motu proprio* de facultades legislativas –crean instituciones, tipos penales, formalidades procedimentales- y jurisdiccionales –aplican el derecho creado por ellos mismos- para enjuiciar y punir a sus adversarios vencidos. Y aun, cuando los integrantes de las potencias vencedoras hayan cometido crímenes de igual o mayor atrocidad de los que pretende castigar, éstos quedan impunes, rechazando tajantemente el argumento *tuo quoque* invocado por la defensa de los imputados. Razones que comprometieron la autonomía e imparcialidad del

⁸⁹ KELSEN, Hans, “*Peace through Law*”, citado por ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, op. cit., págs. 41 y 42.

⁹⁰ ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, op. cit., pág. 182.

Tribunal, y que perfilaban una sentencia condenatoria sólo de los integrantes de las potencias vencidas. Confirmando la abrumadora conclusión a que llega Danilo Zolo cuando afirma que el “... *ser derrotados y asesinados en una guerra es algo normal, a veces hasta honorable. Pero ser ajusticiados después de haber sido sometidos a la jurisdicción del enemigo es una derrota irreparable, es la degradación extrema de la dignidad y la identidad propias.*”⁹¹

Las críticas más recurridas referentes al funcionamiento y sentencia del proceso de Nuremberg, se refieren a las violaciones de los principios fundamentales del Derecho Penal, tales como: principio de legalidad, irretroactividad de la ley – consecuencia del principio de legalidad-, principio de igualdad ante la ley penal, así como la restricción de los derechos de defensa del imputado.

El principio de legalidad constituye uno de los pilares del Derecho Penal moderno, en virtud del cual se establece que “... *nadie debe ser castigado por una conducta que no sea delictiva en el momento de su comisión, empleando por ello la expresión latina: nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali.*”⁹²

Al tenor del principio de legalidad se concluye que la ley es la única fuente que puede *definir* delitos y *establecer* sus consecuencias jurídicas, y aún más importante, implica la exigencia de que la ley que define los delitos sea anterior a la comisión de éstos, excluyendo la posibilidad de imputar delitos creados *ex post facto*.

⁹¹ ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, op. cit., págs. 182 y 183.

⁹² AMBOS, Kai, Fundamentos de la Imputación en Derecho Internacional Penal, op. cit., pág. 17.

Los signatarios⁹³ del “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, definieron figuras delictivas –crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad- con posterioridad a la perpetración de los delitos, y por tanto, carentes de vigencia en ese momento; al amparo de las cuales se juzgó y castigó a los principales criminales nazis, violentando con ello el principio de legalidad y retroactividad de la ley. Más aun, dicha violación se extendió a las normas procedimentales, las cuales fueron redactadas por los fiscales de cada uno de los signatarios y aprobadas por los jueces del Tribunal, tal y como lo estipulaban los artículos 13 y 14 del “Estatuto de Nuremberg”.

Ante dicha crítica, se afirmó que a los criminales nazis se les juzgó con la costumbre internacional *reconocida* y captada en el “Tratado de Londres” y en el “Estatuto de Nuremberg”. Costumbre internacional reconocida y plasmada en diversos instrumentos jurídicos internacionales anteriores al “Estatuto del Tribunal de Nuremberg”, tales como: las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, en virtud de las cuales se establecían los usos y costumbres de la guerra; el “Tratado de Versalles” de 1919 en virtud del cual se acusaba públicamente a Guillermo II de Hohenzollern, por ofensa suprema contra la moral internacional y la inviolabilidad de los tratados, artículo 227, donde se reconoce su responsabilidad penal por la comisión de un crimen internacional; el “Pacto de París de 1928” –también llamado “Pacto Kellogg-Briand”- en el cual se sentaba el precedente de la “... *prohibición absoluta de la guerra como instrumento de política de los Estados.*”⁹⁴

Las críticas más severas entorno a los juicios de Nuremberg se refieren a la violación del principio de legalidad –pilar fundamental del Derecho Penal-, ya que dicho principio, como explica el maestro Roxin, es un instrumento de protección que brinda el Estado de Derecho al sujeto amenazado por las

⁹³ El Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y el Gobierno de las Repúblicas Socialistas Soviéticas.

⁹⁴ ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, op. cit., pág. 30.

sanciones públicas para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva.⁹⁵

Por lo que hace al principio de igualdad ante la ley penal, que prescribe que todos los individuos, sin distinción alguna, son iguales ante la ley, es transgredido en el proceso de Nuremberg toda vez que “... *los imputados habían sido seleccionados sobre la base de criterios jurídicamente arbitrarios, tales como su rango en las jerarquías políticas, financieras o militares del régimen nazi, o bien haber ocupado ‘una posición estatal elevada’ o ‘posiciones decisivas’ en la preparación de crímenes internacionales.*”⁹⁶

El establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg se creó con el único fin de enjuiciar y condenar a los *principales criminales* de guerra del Eje Europeo cuyos delitos carecían de localización geográfica particular, al tenor de que sólo los principales criminales actuaban sin delimitaciones territoriales. Por su parte, aquellos criminales cuyos delitos tenían localización geográfica conocida serían entregados a los países en donde hubiesen cometido dichos delitos para que fuesen juzgados y castigados según las leyes de esos Estados.

Sin embargo, esta forma en que los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial diseñan las reglas para punir a los vencidos pasan por alto, tal y como apunta Daniel Jonah Goldhagen, que la perpetración del Holocausto fue sobre todo una empresa alemana. Las decisiones, planes, recursos organizativos y la mayoría de sus ejecutores fueron alemanes, prescindiendo de etiquetas a menudo inapropiadas y confundidoras, como ‘nazis’ y ‘miembros de las SS’, y denominarlos como lo que eran, ‘alemanes’, cuyo principal común denominador era el hecho de que todos ellos eran alemanes que perseguían metas políticas nacionales alemanas, en este caso, la matanza genocida de judíos. Los intérpretes de este período –continúa- cometen un grave error al negarse a

⁹⁵ Cfr. ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General, “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, op. cit., pág. 137.

⁹⁶ ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, op. cit., pág. 166.

creer que es posible exterminar a poblaciones enteras por convicción, creer que unas personas ‘corrientes’ no podían en modo alguno aprobar una matanza y no digamos participar en ella. La notoria ausencia de protestas importantes o de una disensión expresada en privado, con respecto al tratamiento y finalmente la matanza genocida de los judíos, no debería considerarse un resultado ni del ‘lavado de cerebro’ de los alemanes por parte de los nazis ni de la incapacidad de aquéllos para expresar su insatisfacción con el régimen o su política, porque los testimonios de ese período no apoyan en modo alguno tales suposiciones.

Los nazis no ‘adoctrinaron’ al pueblo alemán, las diferentes respuestas de los alemanes –aceptar y apoyar el programa eliminador- evidencia con una claridad inequívoca que no se debe considerar al pueblo alemán como peones pasivos o víctimas aterrorizadas de su propio gobierno. Los alemanes eran agentes voluntariosos y tomaban decisiones conscientes de acuerdo con sus valores y creencias preexistentes.⁹⁷

En este orden de ideas, si las potencias vencedoras del conflicto armado verdaderamente hubieran tenido la intención de castigar a los perpetradores del Holocausto, que constituyese un acto de justicia, no sólo debieron de enfocarse al castigo de los “principales” criminales nazis. Era plausible el enjuiciar y sancionar a *todos* los intervinientes de aquella barberie, en la que intervinieron miembros de la sociedad civil alemana, quienes tenían pleno conocimiento de las matanzas sistematizadas, y que simplemente optaron por aceptar, o en el peor de los casos, apoyar activamente aquella política de Estado.

Es evidente que la comisión de *crímenes contra la humanidad*, no sólo fueron perpetrados por los principales criminales nazis que actuaban sin delimitaciones territoriales, sino por el contrario, tal era la organización de la sociedad civil alemana que sus acciones contribuyeron en forma decisiva a la “... *destrucción*

⁹⁷ Cfr. JONAH GOLDHAGEN, Daniel, Los Verdugos Voluntarios de Hitler. “Los Alemanes Corrientes y el Holocausto”, trad. por Jordi Fibla, 5ª ed., Editorial Taurus Pensamiento, España, 2008, págs. 24, 25, 34, 35 y 158.

*masiva de la vida humana*⁹⁸, acciones que se desarrollaron en forma paulatina y cada vez más violenta. Boicot a los negocios, humillaciones públicas, agresiones físicas y verbales, destrucción de las propiedades, saqueos, la exclusión progresiva de los judíos de la sociedad alemana, asesinatos públicos en la calle, son sólo algunos ejemplos de las acciones emprendidas en contra de la población judía. Debido a ello es un error atribuir, únicamente, a las élites nazis la comisión de crímenes internacionales, de los cuales la sociedad civil alemana fue indiferente, y que por tanto, el Tribunal de Nuremberg era competente para sancionar a sus autores y partícipes.

Los derechos de defensa son limitados, se prevé el juicio y condena en ausencia del imputado cuando éste no haya sido hallado o si el Tribunal lo estima conveniente, la negación del derecho de recusación de los miembros del Tribunal, la amplia discrecionalidad de los jueces para la admisión de pruebas, la exclusión del acusado o de su abogado defensor de las sesiones, la sentencia no es recurrible, implícitamente se estableció una presunción de culpabilidad, con lo cual se deduce que el Tribunal de Nuremberg carecía de imparcialidad, y cuyo objetivo primordial fue “... exhibir a los ojos del mundo las ejemplares condenas impuestas a los máximos responsables... de las atroces matanzas del régimen nazi.”⁹⁹

A pesar de las numerosas críticas de las que ha sido objeto el Tribunal de Nuremberg, es un hecho que sus principios y sentencia han constituido las bases dogmáticas del moderno Derecho Penal Internacional, retomadas y sistematizadas en el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

El paradigma fundamental que sentó el precedente de Nuremberg es el principio de responsabilidad penal individual, en cuanto afirma que “... los

⁹⁸ LEFRANC WEEGAN, Federico César, Holocausto y Dignidad. “Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, 1ª ed., Editorial Ubijus, México, 2009, pág. 17.

⁹⁹ FAVAROTTO, Ricardo S., Justicia Penal Internacional, op. cit., pág. 37.

*crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas; y la única manera de cumplir con las disposiciones del Derecho Internacional es castigando a los individuos que han cometido tales crímenes*¹⁰⁰, contribuyendo con ello a que los responsables de aquellos crímenes que ofenden a la humanidad en su conjunto no queden impunes.

El “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg” consagró los principios jurídicos fundamentales del Derecho Penal Internacional, tales como:

- Responsabilidad penal individual, artículo 6.
- Irrelevancia del cargo oficial, artículo 7.
- La obediencia debida como causa de exculpación y no como causa de justificación, artículo 8.
- Derecho de un juicio justo para los acusados, artículo 16.

2.2.1 El caso del General Tomoyuki Yamashita.

La doctrina de la responsabilidad del superior tiene como punto de partida el juicio seguido contra el general del ejército japonés Tomoyuki Yamashita.

Nos reseña el jurista Kai Ambos que *“Yamashita tomó el mando del ejército japonés en las Filipinas el 9 de octubre de 1944. Él transfirió su comando de operaciones a las montañas del Baguio, 125 millas al Norte de Manila, en diciembre de 1944. El 4 de febrero de 1945, las tropas de Estados Unidos alcanzaron la capital, Manila, y el 3 de marzo todas las fuerzas navales japonesas que intentaron defender la ciudad fueron eliminadas. Durante el ataque, las fuerzas japonesas torturaron y asesinaron a miles de ciudadanos civiles (700.000 habitantes). Otras atrocidades fueron cometidas en la provincia de Batangas y en Luzón. Durante la defensa de Manila, el general YAMASHITA estaba en Baguio y, de acuerdo con lo dicho por su abogado defensor, no se*

¹⁰⁰ CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, op. cit., pág. 22.

conocía nada del ataque ya que sus comunicaciones habían sido completamente interrumpidas.”¹⁰¹

De esta forma el 25 de septiembre de 1945, el general Yamashita fue detenido por las fuerzas armadas norteamericanas bajo los cargos de: “omitir ilícitamente y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de los Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas”. Por lo que es condenado a muerte por la Comisión Militar de los Estados Unidos en fecha 7 de diciembre de 1945, sin llegar a una conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y solamente se encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que Yamashita había “incumplido disponer un control efectivo, tal cual lo requerían las circunstancias”. Yamashita apeló dicha sentencia, siendo la Corte Suprema de los Estados Unidos quien resolvió que los crímenes en cuestión constituían violación a las leyes de la guerra, estas violaciones se imputaron al acusado por la doctrina de la responsabilidad del superior en razón de que: “... las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto de prevenir actos concretos... -y- ... puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas... en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados.”¹⁰²

La condena del general Tomoyuki Yamashita suscitó diversas críticas, principalmente la concerniente a los prejuicios raciales que, consecuentemente, le diezmaron de los derechos de defensa más elementales durante el juicio.

¹⁰¹ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, trad. por Fernando del Cacho, op. cit., pág. 120.

¹⁰² Cfr. Ibidem, págs. 121, 122 y 123.

Entre las críticas más significativas se encuentra la del juez Murphy, quien en su oportunidad expuso que: *“No existió un serio intento de acusar o probar que él [YAMASHITA] cometió una violación reconocida en las leyes de la guerra. Él no fue acusado de haber participado personalmente en los actos atroces o de ordenar o condonar su comisión. Ni siquiera el conocimiento de estos crímenes le fue atribuido. Lo que se alegó fue que él, ilícitamente, desatendió y faltó a su obligación como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer los actos atroces. Los anales históricos de la guerra y los principios establecidos por el derecho internacional no disponían del más mínimo precedente para un cargo de tal naturaleza. Esta acusación, en efecto, permitió a la comisión militar conformar el crimen como ellos querían, haciéndolo depender de su desfavorable opinión sobre las obligaciones del apelante y su consecuente descuido, una costumbre que rememora aquéllas practicadas en naciones menos respetadas en años recientes.”*¹⁰³

El juicio incoado en contra de Yamashita es un ejemplo más de la justicia de los vencedores, caracterizada por el enjuiciamiento y punición de los adversarios vencidos, en el que se restringen en gran medida los derechos fundamentales de los imputados, y donde la base del juicio, es una presunción de culpabilidad de los vencidos, tal y como certeramente lo expresaba el juez Murphy en su citada crítica.

No obstante, con este precedente la figura de la responsabilidad del superior adquirió una notable trascendencia en la imputación de hechos delictivos de aquellas personas que debido a su posición en determinadas estructuras de poder, quedaban impunes al no cometer directamente los delitos, y aporta las bases dogmáticas de la moderna doctrina de la responsabilidad del superior. Implícitamente se reconoce que las conductas delictivas cometidas por los subordinados, no eximen de responsabilidad al superior; se establece la

¹⁰³ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 125.

obligación de garante del superior de impedir la comisión de delitos de sus subordinados; y el incumplimiento de su deber de actuar.

2.2.2 El enjuiciamiento de Adolf Eichmann.

Otto Adolf Eichmann el “experto” en la cuestión judía del régimen nazi, desempeñó sus funciones en la Subdirección IV-B-4 de la Oficina Central de Seguridad del Reich –*Reichssicherheitshauptamt* o RSHA- cuya tarea principal era combatir a los elementos hostiles del Estado, judíos.¹⁰⁴

Adolf Eichmann “... recibía e impartía órdenes, ocupando un lugar en la cúpula nazi (sólo) en lo relativo al ‘problema judío’, siendo un funcionario que con denuedo logro suplir su escaso brillo para sobresalir, es decir, un burócrata aplicado y eficiente.”¹⁰⁵

Al término de la guerra Adolf Eichmann fue apresado por soldados norteamericanos y confinado en un campo de concentración destinado a los miembros de las SS, donde, pese a los numerosos interrogatorios a que fue sometido, no se descubrió su identidad. En noviembre de 1945 al iniciar los juicios de Nuremberg, se hace público el nombre de Eichmann como uno de los principales perpetradores de la Solución Final, por lo que escapó del campo de concentración, y fue a Lüneburger Heide, donde permaneció oculto durante cuatro años bajo el nombre de Otto Heninger, como leñador. A principios del año de 1950, logró establecer contacto con una organización clandestina de ex miembros de las SS, pasó a través de Austria a Italia, donde un franciscano plenamente conocedor de su identidad, le dio un pasaporte de refugiado, en el que constaba el nombre de Richard Klement, y le embarcó con rumbo a Buenos Aires, en donde trabajó en los más diversos empleos –agente de ventas, obrero de una lavandería, empleado en una granja de conejos, mecánico, y después, capataz en una fábrica de la Mercedes-Benz-, donde residió durante casi una

¹⁰⁴ Cfr. ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, trad. por Carlos Ribalta, 2ª ed., Editorial Lumen, España, 1999, pág. 110.

¹⁰⁵ FAVAROTTO, Ricardo S., Justicia Penal Internacional, op. cit., pág. 42.

década. El día 11 de mayo de 1960, a las seis y media de la tarde, cuando se dirigía del trabajo a su hogar, fue detenido por tres hombres del Servicio Secreto Israelita, quienes, en menos de un minuto, le metieron en un automóvil previamente dispuesto y le llevaron a una casa alquilada al efecto, situada en un lejano suburbio de Buenos Aires, en donde, permaneció amarrado a una cama, en espera del avión de El-Al, que nueve días después los trasladó a Jerusalén, en donde compareció ante el Tribunal de distrito de Jerusalén el día 11 de abril de 1961, acusado de quince delitos.¹⁰⁶

La fiscalía representada por el fiscal general Gideon Hausner, basó su acusación en los sufrimientos de los judíos, no en los actos de Eichmann, aun cuando la justicia exigía que el procesado fuera acusado, defendido y juzgado, y que todas las interrogantes ajenas a estos fines, fueran mantenidas al margen del procedimiento, a fin de que el objeto del juicio sea la actuación de Eichmann, no los sufrimientos de los judíos.¹⁰⁷

Los principales argumentos aducidos por la acusación son:

- Acusación basada en los sufrimientos de los judíos, no en la actuación concreta de Adolf Eichmann.

El fiscal general Hausner puso de manifiesto en su alegato inicial la intención de representar y ser el portavoz de las víctimas del Holocausto, al aportar pruebas tendientes a acreditar que el acusado era un “monstruo” que desplego conductas delictivas tendientes al exterminio del pueblo judío. Para lo cual presentó pruebas testimoniales de supervivientes del Holocausto con el objeto de evidenciar la magnitud del sufrimiento de las víctimas quienes no perdieron la oportunidad de relatar las atrocidades de las que fueron objeto, con la intención de conmover a los miembros del Tribunal de Jerusalén.

¹⁰⁶ Cfr. ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., págs. 39, 358, 359, 362, 364 y 365.

¹⁰⁷ Cfr. Ibidem, págs. 15 y 16.

- Sólo un tribunal judío puede hacer justicia a los judíos.
La acusación sostuvo que las actividades de Eichmann se centraron exclusivamente a la destrucción del pueblo judío, de ahí que a éstos les competía juzgar al imputado, por lo que se negó la competencia de un tribunal internacional.
- Se pretendió evidenciar la complicidad de los organismos y funcionarios alemanes en la Solución Final.
El fiscal Gideon Hausner sostuvo que “... *los cómplices de Eichmann no fueron gánsters ni hampones, y prometió que más adelante los descubriremos a todos –médicos y abogados, profesores, banqueros y economistas- integrando aquellos grupos que resolvieron exterminar a los judíos.*”¹⁰⁸
- Eichmann ocupó un puesto clave en la estructura del régimen nazi.
Se afirmó que “... *el cargo de Eichmann equivalía al de las más importante cadena de montaje en toda la operación, debido a que siempre dependía de él y de sus hombres determinar cuántos judíos podían y debían ser transportados desde una zona determinada, y era su oficina –la Subdirección IV-B-4 de la RSHA- la que aprobaba el último destino de las expediciones, aun cuando la correspondiente decisión no la tomaba él.*”¹⁰⁹
- Eichmann hizo cuanto estuvo en sus manos para que la Solución Final fuera definitiva.
En la medida en que la derrota del régimen nazi era inminente algunos miembros de las organizaciones encargadas de la Solución Final comenzaron a pedir su interrupción, por lo que Eichmann se enfrentó con dichos hombres saboteando sus órdenes.
- El acusado actuó consciente y voluntariamente.

¹⁰⁸ ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., pág. 34.

¹⁰⁹ Ibidem, pág. 232.

Adolf Eichmann no sólo había actuado consciente y voluntariamente, sino impulsado por motivos innobles, y con pleno conocimiento de la naturaleza criminal de sus actos, se hallaba en una situación de apreciar la enormidad de sus actos, esto es, era jurídicamente responsable.¹¹⁰

Por su parte, la defensa corrió a cargo del abogado defensor Robert Servatius, quien pese a las limitadas y complicadas restricciones implícitas en todo juicio en el que se enfrenta ante el aparato judicial estatal, debido a una considerable desigualdad procesal entre el acusador y el defensor, basó su defensa en los siguientes argumentos:

- El comportamiento de Eichmann era conforme al ordenamiento jurídico alemán. La defensa se basó en que según el ordenamiento jurídico nazi el imputado no cometió ningún delito, cualquier cosa que Eichmann hiciera la hacía en su condición de ciudadano fiel cumplidor de la ley. Al respecto Hannah Arendt señala que los delitos como el de Eichmann fueron cometidos, y únicamente podían ser cometidos, bajo el imperio de un ordenamiento jurídico criminal y por un Estado criminal.¹¹¹
- Eichmann ejecutó actos de Estado. El abogado defensor Robert Servatius sostuvo que el acusado había llevado a cabo actos de Estado, es decir, *“aquellos que consisten en el ‘ejercicio del poder de soberanía’... y, en consecuencia, se hallan fuera del ámbito del poder judicial, mientras que, contrariamente, todas las órdenes y mandamientos normales se hallan, por lo menos en teoría, bajo la jurisdicción de los órganos de administración de justicia. Si Eichmann hubiera realizado actos de Estado, ninguno de sus superiores, y menos que cualquiera el propio Hitler, hubiera podido ser juzgado por tribunal alguno.”*¹¹²

¹¹⁰ Cfr. ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., págs. 45, 46 y 139.

¹¹¹ Ibidem, págs. 40, 205 y 396.

¹¹² Cfr. Ibidem, pág. 142.

- Eichmann solamente obedeció las órdenes de sus superiores.
Aun cuando la defensa no alegó la concurrencia de órdenes superiores, sino de actos de Estado, Eichmann en sus diversas declaraciones siempre afirmó que fue un ciudadano fiel cumplidor de la ley, y en el Tercer Reich, las órdenes de Hitler tenían fuerza de ley, lo cual significaba que si la orden emanaba directamente del Führer no era preciso que constara por escrito, él cumplía con su deber; no sólo obedecía órdenes, sino que también obedecía la ley, afirmación que reiteraba que su conducta era conforme al ordenamiento jurídico alemán. De igual forma, Eichmann acusó a quienes ostentaban el poder de haber abusado de su obediencia.¹¹³
- Si Eichmann se hubiera negado a obedecer las órdenes de sus superiores, no habría tenido trascendencia para las víctimas, por cuanto la maquinaria estatal hubiera seguido funcionando.
El defensor de Eichmann enfatizó que *“... de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich. Aquí estriba la diferencia con los crímenes individuales. Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor.”*¹¹⁴
- El acusado no fue legalmente detenido y trasladado a Israel.
El abogado defensor Servatius alegó el hecho de que Eichmann fue, al fin y al cabo, raptado y transportado a Israel, acciones que no se condicen con las normas de Derecho Internacional; con el objeto de poner en tela de juicio la competencia del tribunal. Por tal situación el abogado defensor declaró que el

¹¹³ Cfr. ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., págs. 44, 142, 224 y 264.

¹¹⁴ SERVATIUS, “*Verteidigung Adolf Eichmann, Plädoyer (alegato en defensa de Adolf Eichmann)*”, citado por ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, trad. por Joaquín Cuello Contreras, s. n. e., Editorial Marcial Pons, España, 2000, pág. 273.

único problema jurídico penal que en puridad se daba en el juicio de Eichmann era el de dictar sentencia contra los ciudadanos israelitas que le capturaron.¹¹⁵

- El acusado es inocente de las conductas imputadas debido a que los actos que le imputan son asuntos médicos.

El defensor Robert Servatius declaró que Eichmann era inocente de las acusaciones que le imputaban responsabilidad en la recogida de esqueletos, esterilizaciones, muertes por gas, y parecidos asuntos médicos que fueron dispuestos por médicos, era una cuestión de matar, y matar también es un asunto médico.¹¹⁶

- Las declaraciones de los testigos de cargo fueron jurídicamente irrelevantes.

Los testigos presentados por la acusación, en su mayoría fueron supervivientes del Holocausto quienes declararon casi todo lo que quisieron, sin que se les formularan preguntas específicas, cuyas declaraciones iban encaminadas a evidenciar la magnitud del sufrimiento de las víctimas, aun cuando los hechos manifestados por los testigos no guardaban relación alguna con la actuación concreta del imputado, “... *si alguna que otra vez se mencionaba el nombre de Eichmann en dichas declaraciones, ello se hacía en virtud de anteriores referencias verbales, ‘según rumores’, y, en consecuencia, la declaración carecía, en este aspecto, de pertinencia jurídica.*”¹¹⁷

- Se cuestionó la imparcialidad del Tribunal.

Desde el inicio del juicio la defensa impugnó la imparcialidad del Tribunal, en virtud de que “... *ningún judío podía juzgar a los ejecutores de la Solución Final*”¹¹⁸, ya que comprometía la parcialidad de los juzgadores judíos, ser jueces y parte al mismo tiempo.

¹¹⁵ Cfr. ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., págs. 40 y 363.

¹¹⁶ Cfr. Ibidem, pág. 109.

¹¹⁷ Ibidem, pág. 314.

¹¹⁸ Ibidem, pág. 315.

- El principio de presunción de inocencia fue una ficción jurídica en el caso de Eichmann.

El principio de presunción de inocencia en virtud del cual se establece que “... *todos nacemos inocentes y sólo nos convertimos en culpables no por un delito cometido, sino por una sentencia recibida en juicio; no porque hayamos cometido un crimen, sino por haber sido juzgados y sentenciados en un proceso bajo el cargo del mismo*”¹¹⁹, fue flagrantemente violentado por las autoridades de Israel, y más aun, no se le dio la relevancia suficiente por el Tribunal. En el caso de Eichmann, operó una presunción de culpabilidad, “... *si no se le hubiera considerado culpable, culpable sin lugar a dudas razonables, los israelitas jamás se hubieran atrevido, ni hubieran querido, raptarle... la ilegal detención de Eichmann tan sólo podía quedar justificada, y lo quedó a los ojos del mundo, por el hecho de que el resultado del juicio podía preverse con toda seguridad*”.¹²⁰

- Los delitos que se pretendían imputar a Adolf Eichmann habían prescrito.

El doctor Servatius argumentó que se debía absolver a Eichmann toda vez que según los plazos de prescripción vigentes en Argentina, según la cual todos los delitos relacionados en la última guerra habían prescrito el día 7 de mayo de 1960, por lo que no cabía incoar procedimiento penal alguno en contra del acusado.¹²¹

En fecha 11 de diciembre del año de 1961 el Tribunal de Jerusalén dictó sentencia condenatoria en contra de Otto Adolf Eichmann, donde lo declaró penalmente responsable por la comisión de los siguientes delitos:

- 1) Delitos contra el pueblo judío, es decir, delitos contra los judíos, *con ánimo de destruir su pueblo*, de cuatro maneras:

¹¹⁹ ROMERO APIS, José Elías, “*Presunción de Inocencia*”, en *Defensa Penal. La estrategia del procedimiento*, Estrategia Tributaria S. A. de C. V., México, n. 4, junio 2008, pág. 13.

¹²⁰ ARENDT, Hannah, *Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal*, op. cit., págs. 316 y 317.

¹²¹ Cfr. *Ibidem*, págs. 374 y 400.

- a. Ser causa de la muerte de millones de judíos;
 - b. Situar a millones de judíos en circunstancias propicias a conducir a su destrucción física;
 - c. Causarles grave daño corporal y mental;
 - d. Dar órdenes de interrumpir la gestación de las mujeres judías e impedir que dieran a luz en Theresienstadt.
- 2) Delitos contra la humanidad, en el que se englobaban otros delitos como el asesinato cometidos en las personas de judíos y no judíos, siempre y cuando estos delitos no hubieran sido cometidos con el ánimo de destruir un pueblo en su totalidad. Se etiquetó bajo este rubro, todo lo que Eichmann hizo antes de la orden del Führer de llevar a cabo la Solución Final del problema judío.
 - 3) Persecución de judíos por motivos religiosos, raciales y políticos.
 - 4) Expolio de bienes vinculado con el asesinato de judíos.
 - 5) Crímenes de guerra, englobando todos los delitos de los apartados anteriores, ya que la mayoría de los delitos habían sido cometidos durante la guerra,
 - 6) Expulsión de cientos de miles de polacos de sus hogares.
 - 7) Expulsión de catorce mil eslovacos de Yugoslavia.
 - 8) Deportación de miles de gitanos a Auschwitz (aun cuando la sentencia afirmaba que no ha quedado demostrado que el acusado supiera que los gitanos eran enviados a su destrucción).
 - 9) La deportación de noventa y tres niños de Lidice, el pueblo checo cuyos habitantes fueron objeto de general matanza tras el asesinato de Heydrich, sin embargo, Eichmann fue absuelto del asesinato de estos niños.
 - 10) Ser miembro de tres de las cuatro organizaciones que en los juicios de Nuremberg fueron clasificadas como criminales, a saber, las SS, el Servicio de Seguridad o SD, y la Policía Secreta del Estado o Gestapo.

Todos estos delitos comportaban la pena de muerte.¹²²

La sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de distrito de Jerusalén emitió las siguientes consideraciones:

- *“La responsabilidad moral y jurídica de quien entrega a la víctima al ejecutor material del delito es, en nuestra opinión, igual, y en ocasiones mayor, que la responsabilidad de quien da muerte a la víctima.”*¹²³
- *“Los sufrimientos –de los judíos-, a tan grande escala, quedaban ‘fuera de la humana comprensión’, que eran ‘tema para los grandes escritores, los grandes poetas’, y que no podían ser objeto de la justicia de un tribunal, pero que, en cambio, los actos y motivos causantes de tales sufrimientos no estaban más allá de la comprensión ni de la justicia formal.”*¹²⁴
- Existencia de *“... la intrincada organización burocrática de la maquinaria de exterminio de los nazis, a fin de poder comprender plenamente la misión que desempeñaba el acusado.”*¹²⁵
- *“Heydrich había sido investido de la autoridad central en todo lo referente a la Solución Final, sin limitaciones de carácter territorial; en consecuencia, Eichmann, que era su principal representante en este terreno, tenía tanta responsabilidad como el propio Heydrich.”*¹²⁶
- *“Describiendo las actividades del acusado en los términos contenidos en la Sección 23 de nuestro Código Penal, debemos decir que aquéllas –las propias víctimas- eran, principalmente, las propias de la persona que instiga,*

¹²² Cfr. ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., págs. 370, 371 y 372.

¹²³ Ibidem, pág. 319.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Ibidem, pág. 326.

mediante su consejo o asesoramiento, a otros a cometer el acto criminal, o que capacita o ayuda a otros a cometer el acto criminal. Pero, en un delito tan enorme y complicado como el que nos ocupa, en el que participan muchos individuos, situados a distintos niveles, y en actividades de muy diversa naturaleza –planificadores, organizadores y ejecutores, cada cual según su rango-, de poco sirve emplear los conceptos comunes de instigación y consejo en la comisión de un delito. Estos delitos fueron cometidos en masa, no sólo en cuanto se refiere a las víctimas, sino también en lo concerniente al número de quienes perpetraron el delito, y la situación más o menos remota de muchos criminales en relación al que materialmente da muerte a la víctima nada significa, en cuanto a medida de su responsabilidad. Por el contrario, en general, el grado de responsabilidad aumenta a medida que nos alejamos del hombre que sostiene en sus manos el instrumento fatal.”¹²⁷

El día 15 de diciembre de 1961, se dictó el fallo de pena de muerte, tres meses más tarde, el día 22 de marzo de 1962, el Tribunal Supremo de Israel inició el procedimiento de apelación. Concluyó el día 29 de mayo de 1962, el cual confirmó tajantemente la sentencia recurrida.¹²⁸

La sentencia del tribunal de apelación añadió que “... el recurrente no había recibido ‘órdenes superiores’, en manera alguna. El recurrente no tenía superior, y él era quien daba todas las órdenes en cuanto concernía a los asuntos judíos... la idea de la Solución Final jamás hubiera revestido las infernales formas de la piel desgarrada y la carne torturada de los judíos, sino hubiera existido el fanático celo y la insaciable sed de sangre del recurrente y sus cómplices.”¹²⁹

¹²⁷ ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, op. cit., págs. 373 y 374.

¹²⁸ Cfr. Ibidem, págs. 375 y 376.

¹²⁹ Ibidem, pág. 377.

El día 31 de mayo de 1962 se ejecutó la pena de muerte a que fue condenado. Así, Adolf Eichmann fue ahorcado, su cuerpo incinerado y sus cenizas arrojadas al mar Mediterráneo, a las afueras de las aguas jurisdiccionales de Israel.

Es incuestionable que el proceso contra Adolf Eichmann se basó en la venganza y retribución, en el cual las víctimas juzgaron a su verdugo. Que revistió las características de una justicia de los vencedores, en virtud de las flagrantes transgresiones a los derechos fundamentales del imputado, que van desde la ilegal detención, la aplicación retroactiva de la ley, la cuestionable competencia del tribunal israelita para juzgar y castigar al procesado, la presunción de culpabilidad que operó en su contra, la desigualdad jurídica entre el fiscal y defensor para ejercer los derechos probatorios; en fin, el acusado en el juicio fue estigmatizado como un enemigo al que había que derrotar por medio de los mecanismos legales dispuestos por los vencedores.

Por otro lado, el juicio de Eichmann aporta las bases dogmáticas de la incipiente responsabilidad del superior jerárquico –responsabilidad directa-, en cuanto a la intención de castigar como autores, y no como meros partícipes, a las élites de las organizaciones, quienes toman las decisiones de perpetrar los crímenes internacionales, al emitir órdenes a sus subordinados, y aprovechar el aparato organizado de poder que tiene a su disposición, y la fungibilidad del ejecutor. Teoría desarrollada en el año de 1963 por Claus Roxin, con la cual propone una hipótesis de autoría mediata en virtud de estructuras de poder organizadas, distinta a los casos de coacción o error del ejecutor, la cual se analizara *infra* –capítulo 4.5-.

2.3 El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia constituye un modelo de justicia penal internacional fundamentada en las facultades implícitas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, esto es, una justicia unilateral

impuesta por la Organización de Naciones Unidas, que crea tribunales penales internacionales *ad hoc*.¹³⁰

En el año de 1991 se suscitó en el territorio de la ex Yugoslavia un conflicto bélico multiétnico en el que se puso en práctica la política conocida como 'limpieza étnica', con gravísimas violaciones al Derecho Internacional Humanitario. Por lo que el 6 de octubre de 1992, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas mediante la resolución 780 (1992) solicitó al Secretario General de la Organización que estableciera una Comisión de Expertos a efecto de examinar y analizar toda la información disponible, con objeto de presentar al Secretario General las conclusiones a las que llegara sobre la evidencia de graves transgresiones de los "Convenios de Ginebra" y otras graves violaciones del derecho humanitario internacional cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia. En fecha 22 de febrero de 1993, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 808 (1993), en la que una vez que se examinó el informe provisional de la Comisión de Expertos, se determinó que la situación en el territorio de la ex Yugoslavia constituía una amenaza a la paz y a la seguridad internacionales, y resuelto a poner fin a esos crímenes y hacer comparecer ante la justicia a los responsables, se establecería un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. Finalmente, el 25 de mayo de 1993 el Consejo de Seguridad, actuó sobre la base del capítulo VII de la "Carta de las Naciones Unidas", y adoptó la resolución 827 (1993), que establece efectivamente el Tribunal Internacional, y que aprueba el "Estatuto del Tribunal", que había sido elaborado por el Secretario General de la Organización.¹³¹

¹³⁰ Distinta a la justicia de los vencedores que se sustenta en la victoria de una potencia o grupo de potencias en un conflicto armado, tal es el caso de los juicios de Nuremberg.

¹³¹ Cfr. CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, op. cit., págs. 41 y 42.

El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tiene como objeto el “... enjuiciar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991...”¹³², artículo 1, con competencia para “... enjuiciar a las personas que cometan u ordenen la comisión de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949...”¹³³, artículo 2, “... enjuiciar a las personas que violen las leyes o usos de la guerra...”¹³⁴, artículo 3, “... enjuiciar a las personas que cometan los actos de genocidio...”¹³⁵, artículo 4, y “... enjuiciara los presuntos responsables de los crímenes... -asesinato; exterminio; esclavitud; deportación; encarcelamiento; tortura; violación; persecución por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos- cuando hayan sido cometidos contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional...”¹³⁶, artículo 5.

Las dos principales críticas al Tribunal para la ex Yugoslavia, estriban en el hecho de que el capítulo VII de la “Carta de las Naciones Unidas” no autoriza la creación de tribunales internacionales; asimismo, su creación *ex post facto* de los hechos punibles. A estas críticas se ha argumentado los poderes implícitos del Consejo de Seguridad para velar por el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Es indudable, que la creación del Tribunal Internacional Penal para la ex Yugoslavia, constituye un gran paso en la evolución de la justicia penal internacional que superó aquellas “deficiencias” que en su momento se tacharon al Tribunal de Nuremberg, sin embargo, su propia naturaleza de ser un tribunal *ad hoc* le demerita de la legitimidad necesaria para ser un modelo de justicia deseable.

¹³² “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, op. cit., pág. 415.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ibidem*, pág. 416.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ *Ibidem*, pág. 417.

Por otra parte, el “Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia” regula con mayor precisión la responsabilidad penal individual, pues distingue cuatro formas de intervención en el delito: autoría directa –*haya cometido*-, autoría mediata –*haya planeado u ordenado*-, complicidad –*haya ayudado*-, e instigación –*haya instigado*-, en los siguientes términos:

“Artículo 7.

1. La persona que haya planeado, instigado, u ordenado, la comisión de algunos de los crímenes señalados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto, o lo haya cometido o haya ayudado en cualquier otra forma a planearlo, prepararlo o ejecutarlo, será individualmente responsable de ese crimen.”¹³⁷

La irrelevancia del cargo oficial se mantiene en los mismos términos que en el “Estatuto del Tribunal de Nuremberg”, es decir, el cargo oficial que desempeñe el imputado no le eximirá de responsabilidad penal ni atenuará la pena.

Una novedad en el “Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia”, se refiere a la regulación de la responsabilidad penal del superior jerárquico, al afirmar categóricamente que el hecho de que un subordinado cometa un crimen de la competencia del Tribunal, no le eximirá de responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado iba a cometer tales actos o los había cometido, y el superior no adoptó las medidas necesarias y razonables para impedir que se cometieran o castigar a quienes lo perpetraron.

Por lo que hace a la eximente de responsabilidad de actuar bajo órdenes se regula como una causa de exculpación y no como causa de justificación, al

¹³⁷ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., págs. 417 y 418.

afirmar que el hecho de que el imputado haya actuado en cumplimiento de una orden impartida por su gobierno o por un superior no le eximirá de responsabilidad penal, pero podrá ser considerado como una circunstancia atenuante, si el Tribunal Internacional determina que así lo exige la equidad.

2.4 El Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En los meses de abril y junio de 1994, en el territorio de Ruanda se perpetró uno de los mayores genocidios del siglo veinte, en virtud del cual unas 800 000 personas fueron asesinadas. Ruandeses mataron a ruandeses, diezmando con ferocidad a la población tutsi del país, asimismo, atacaron a los hutus moderados. Las incalificables atrocidades fueron cometidas no sólo por la milicia y las fuerzas armadas sino también por la población civil. Todo ello tuvo lugar mientras un contingente de las fuerzas de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz: la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Ruanda se encontraba en el país. Es decir, ante la pasividad de la comunidad internacional que fue incapaz de evitar el genocidio y de ponerle fin. Por ello, el 17 de mayo de 1994, el Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas, actuó en virtud del Capítulo VII de la "Carta", y adoptó la resolución 918 (1994) en la que se declaró que la situación en Ruanda constituía una amenaza a la paz y seguridad en la región, y pidió al Secretario General que presentará un informe sobre la investigación de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda. El 8 de noviembre de 1994, el Consejo de Seguridad adoptó la resolución 955 (1994), en la que se expresaba la profunda preocupación por los informes que indicaban que en Ruanda se había cometido genocidio y otras violaciones sistemáticas y generalizadas del derecho internacional humanitario, y habiendo recibido la petición formulada por el Gobierno de Ruanda, decidió establecer un tribunal internacional para enjuiciar a los responsables del genocidio y otras graves violaciones al derecho internacional humanitario cometidas en Ruanda y en el territorio de Estados

vecinos entre el 1° de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, aprobando el “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”.¹³⁸

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda tiene como objeto el “... juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda, así como a los ciudadanos ruandeses presuntamente responsables por tales actos o violaciones cometidas en el territorio de Estados vecinos...”¹³⁹, artículo 1, con competencia para “... perseguir a las personas que hayan cometido un genocidio...”¹⁴⁰, artículo 2, “... juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes –asesinato; exterminación; reducción a la servidumbre; expulsión; encarcelamiento; tortura; violaciones; persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos; otros actos inhumanos- cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso...”¹⁴¹, artículo 3, y “... perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y al protocolo adicional II a dichas Convenciones del 8 de junio de 1977...”¹⁴², artículo 4.

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda tiene una similar estructura y funcionamientos que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, comparte las críticas con éste respecto a la legitimidad de su constitución y su creación *ex post facto*.

¹³⁸ Cfr. CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, op. cit., págs. 53, 54 y 55.

¹³⁹ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 1.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² Ibidem, pág. 2.

Pero a diferencia del Tribunal para la ex Yugoslavia, el Tribunal para Ruanda demostró la necesidad de un tribunal penal internacional permanente con competencia para juzgar y condenar a los autores y partícipes de crímenes internacionales que las tribunales nacionales no son capaces de juzgar por su cuenta. *“A Ruanda –nos dice Oscar Julián Guerrero Peralta- se le ha de reconocer el valor de aceptar que su justicia no podía ser imparcial frente a un genocidio de semejantes proporciones, habida cuenta del alto grado de politización que habría caracterizado las decisiones con posterioridad al conflicto y que habrían favorecido a la continuación o la reactivación del mismo.”*¹⁴³

La regulación que de la responsabilidad penal individual hace el “Estatuto del Tribunal para Ruanda” distingue cuatro formas de intervención en el delito: autoría directa –*haya cometido*-, autoría mediata –*haya planificado u ordenado*-, complicidad –*haya ayudado y alentado*-, e instigación –*haya incitado*-, en los siguientes términos:

“Artículo 6.

*1. Quienquiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 4 del presente Estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen.”*¹⁴⁴

La irrelevancia del cargo oficial se mantiene en los términos del “Estatuto de Nuremberg”. Se regula la responsabilidad penal del superior jerárquico, en términos similares al Estatuto para la ex Yugoslavia, al referir que el hecho de

¹⁴³ GUERRERO PERALTA, Oscar Julián, *“Justicia penal y paz. Una mirada al largo camino hacia la conformación del derecho penal internacional contemporáneo”*, en AMBOS, Kai, et al., *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, op. cit., pág. 79.

¹⁴⁴ “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, *Derecho Penal Internacional*, op. cit., pág. 2.

que un subordinado cometa un crimen de la competencia del Tribunal, no le eximirá de responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer tales actos o los había cometido, y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dichos actos no fueran cometidos o castigar a los autores.

Por lo que hace a la eximente de responsabilidad de actuar bajo órdenes se regula como una causa de exculpación y no como causa de justificación.

2.5 La jurisprudencia relevante del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

Los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda han contribuido en la consolidación y refinamiento de los principios generales del Derecho Penal que encontrarían, hasta cierto punto, culminación en el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. La aportación más significativa, para efectos del presente trabajo, es la jurisprudencia relativa a la responsabilidad penal individual, principio fundamental del Derecho Penal Internacional, y la responsabilidad del superior.

Por lo que hace al principio de la responsabilidad penal individual la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el caso Tadic, sostuvo que tanto la responsabilidad penal individual como la autoría en el sentido del artículo 7, del “Estatuto del Tribunal Internacional” tienen una base en el derecho internacional consuetudinario, que lo remite a la jurisprudencia de Nuremberg.¹⁴⁵

La responsabilidad del superior ha sido analizada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en los casos Delali, y más recientemente en Aleksovski y Blaskic, donde se aportan los requerimientos para atribuirle responsabilidad al superior de la siguiente manera:

¹⁴⁵ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 97.

- La existencia de una relación entre superior y subordinado.

El Tribunal ha sostenido que los individuos en posición de autoridad pueden incurrir en responsabilidad penal sobre las bases de su propio hecho *de facto* así como *de jure* por su posición como superiores. Esto es, la posición de mando no puede ser determinada únicamente con referencia al *status* formal sino por la posesión efectiva o la falta de poderes de control efectivo sobre las acciones de sus subordinados. Extiende la responsabilidad a los civiles, superiores no militares, pero solamente aquéllos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares.¹⁴⁶

- El conocimiento del superior; o que el superior tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o se había cometido.

En el plano subjetivo el superior debe tener conocimiento efectivo de que sus subordinados cometen o van a cometer crímenes; o bien, poseer información de tal naturaleza que lo ponga en conocimiento del riesgo de que tales delitos se cometan, indica la necesidad de una investigación adicional, para averiguar si las violaciones fueron cometidas o iban a ser cometidas. Requerimientos que no fueron discutibles, el punto que generó controversia es el concerniente a como puede ser probado el conocimiento efectivo. El Tribunal rechazó una presunción de conocimiento, y permitió el establecimiento de dicho conocimiento por medio de evidencias circunstanciales, por tanto, la posición del superior como tal es una presunción certera de que él tenía conocimiento acerca de los delitos de los subordinados.¹⁴⁷

- Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables, para impedir los actos criminales o castigar consecuentemente a quienes los perpetraron.

¹⁴⁶ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., págs. 136, 137 y 138.

¹⁴⁷ Cfr. Ibidem, págs. 137 y 139.

El superior debe tener un efectivo control sobre sus subordinados, de tal manera que la responsabilidad se excluye si tal control estaba ausente o era demasiado remoto, o si el superior carecía de la capacidad material para impedir y castigar la comisión de los delitos. Se recalcó el hecho de que no impedir la comisión de los crímenes *ex ante* no puede ser compensada por su castigo *ex post*, es decir, el superior está obligado en general a hacer ambas cosas.¹⁴⁸

Por otro lado, la jurisprudencia del “Tribunal Penal Internacional para Ruanda” ha analizado la aplicación de la doctrina de los superiores a los no militares, y afirma que resulta apropiado valorar caso por caso el poder de autoridad efectivamente desarrollado por parte del acusado para determinar si él tenía o no la facultad de tomar todas las medidas necesarias y razonables. En términos generales, la responsabilidad depende del grado de autoridad sobre los subordinados, el cual está basado sobre el control *de jure y/o de facto*, por tanto, la existencia de éste último es decisiva.¹⁴⁹

Las aportaciones de la jurisprudencia de los tribunales internacionales *ad hoc* sin lugar a dudas han aportado importantes elementos de la responsabilidad penal individual y de la responsabilidad del superior que permiten la imputación de los hechos delictivos a sus autores y partícipes, al colmar aquellos vacíos en la ley, los cuales son retomados y confirmados por el “Estatuto de Roma”.

¹⁴⁸ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., págs. 137 y 138.

¹⁴⁹ Cfr. Ibídem, pág. 141, 142 y 143.

CAPITULO 3.

Regulación de la responsabilidad penal del superior jerárquico en el Estatuto de Roma.

3.1 Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

El establecimiento de la Corte Penal Internacional es el resultado de una larga y compleja evolución de la justicia penal internacional que captó y sistematizó aquellos principios generales del Derecho Penal Internacional –que se han perfilado a partir del establecimiento del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg-, y que ha delimitado taxativamente los crímenes competencia de dicha institución, al subsanar aquellas deficiencias jurídicas que adolecían los anteriores modelos de justicia penal internacional: la justicia de los vencedores y la justicia penal internacional *ad hoc*. Ahora nos encontramos ante un modelo de justicia penal internacional pactada multilateralmente con lo que se le imprime de la legitimidad que dicho órgano jurisdiccional requiere para cumplir cabalmente con la función de “... *garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradera.*”¹⁵⁰

Las graves atrocidades y violaciones sistemáticas de los derechos humanos de las que la comunidad internacional fue testigo durante el devenir del siglo XX, hizo imprescindible la implementación de un tribunal penal internacional tendiente a poner fin a la impunidad de aquellos actos criminales que laceran a la humanidad, por lo que la fundación de la Corte Penal Internacional en resumidas cuentas, es la “... *conclusión inequívoca de la voluntad de frenar decididamente la impunidad de graves violaciones de Derechos Humanos.*”¹⁵¹

El Estatuto que dio vida jurídica a la Corte Penal Internacional fue votado y aprobado el 17 de julio del año de 1998 por la Conferencia Diplomática de

¹⁵⁰ Preámbulo del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 430.

¹⁵¹ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 14.

Plenipotenciarios de las Naciones Unidas en la ciudad de Roma con 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones.

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” es un complejo de normas de derecho penal sustantivo, derecho penal adjetivo, derecho ejecutivo penal, e inclusive, normas orgánicas, que rigen la competencia y funcionamiento de su jurisdicción, constante de un preámbulo y 128 artículos estructurados en trece partes.

La Corte Penal Internacional es una institución permanente facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas físicas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional –a saber: crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra, y el crimen de agresión-, con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales, y dotada de personalidad jurídica internacional, cuya finalidad es poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.¹⁵²

Los Principios Generales de Derecho Penal regulados en el “Estatuto de Roma”, comprenden no sólo aquellas categorías jurídicas fundamentales del Derecho Penal Internacional, sino también aquellas reglas de imputación de responsabilidad penal. Estos criterios jurídicos fundamentales tienen como principal objetivo el proporcionar reglas básicas a los Estados Parte sobre el marco legal que aplicará y guiará a la Corte en su actuación, lo que genera la certeza jurídica que requiere un pacto multilateral en el que concurren los modelos de justicia penal de más de 150 países.

¹⁵² *Cfr.* Preámbulo y artículos 1, 4 y 5 del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 429.

Los Principios Generales de Derecho Penal que el “Estatuto de Roma” regula son:

- Cosa Juzgada –*Ne bis in ídem*-, artículo 20 del “Estatuto de Roma”.

En virtud de este principio nadie puede ser procesado por la Corte Penal Internacional o por otro tribunal en razón de conductas constitutivas de crímenes de su competencia por los cuales ya hubiere sido condenado o absuelto por la Corte. Asimismo, se establece que la Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro tribunal respecto de los crímenes de su competencia, con la excepción, de que en el proceso en el otro tribunal se obedeciere al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal, o no se hubiere instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

- Principio de legalidad –*Nullum crimen sine lege*-, artículo 22 y 24 del “Estatuto de Roma”.

El principio de legalidad es el postulado básico del Derecho Penal moderno reconocido en el “Estatuto de Roma” en sus cuatro formas: una persona sólo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión, *lex scripta*, que fuera cometida tras su entrada en vigor, *lex praevia*, que estuviera definida con suficiente claridad, *lex certa*, y que no fuera ampliable por analogía, *lex stricta*.¹⁵³

La afirmación de este principio, afirma William A. Schabas, “... *excluye toda posibilidad de que la Corte pueda ejercer competencia sobre delitos consuetudinarios.*”¹⁵⁴

¹⁵³ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., págs. 17 y 18.

¹⁵⁴ SCHABAS, William A., “*Principios generales del derecho penal*”, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 284.

- Principio de legalidad –*Nulla poena sine lege*-, artículo 23 del “Estatuto de Roma”.

Por lo que hace a la imposición de las penas, el principio de legalidad en el Estatuto es restringido por cuanto afirma que una persona sólo puede ser castigada por una pena que este prevista en el “Estatuto” al tiempo de su comisión, *lex scripta*, que se encuentre establecida tras su entrada en vigor, *lex praevia*, sin embargo, es omiso al definir clara y precisamente que pena se asigna a cada delito, *lex certa* y *lex stricta*.

- Responsabilidad penal individual, artículo 25 del “Estatuto de Roma”.

Principio que establece que el individuo es penalmente responsable por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte, consecuentemente, podrá ser penado de conformidad con el “Estatuto de Roma”. De igual forma, se definen las reglas de imputación de responsabilidad penal, precisando la forma de intervención personal en el delito en: autor directo –cometa ese crimen *por sí solo*-; coautoría –cometa ese crimen *con otro*-; autoría mediata –cometa ese crimen *por conducto de otro*, sea éste o no penalmente responsable; u *ordene* la comisión de ese crimen-; cómplice –*facilitar la comisión* de ese crimen, sea cómplice, o *colabore de algún modo* en la comisión o la tentativa de comisión del crimen-; inductor –*proponga o induzca* la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa-; instigador sólo por lo que hace al crimen de genocidio –haga una *instigación* directa y pública a que se cometa-; y, encubridor –*facilitar la comisión* de ese crimen, sea *encubridor* o *colabore de algún modo* en la comisión o la tentativa de comisión del crimen-.

Aun cuando se establece tajantemente que sólo el individuo es susceptible de someterse a la jurisdicción de la Corte, el propio “Estatuto” no excluye la contingente responsabilidad del Estado conforme al Derecho Internacional, con lo que se combate a la impunidad de las graves violaciones de los derechos humanos en dos niveles distintos. A nivel personal, se investiga, procesa y sanciona a los autores y partícipes de los crímenes internacionales, con base

en el “Estatuto de Roma”. A nivel estatal, se investigan y sancionan las violaciones de los derechos humanos en los que el Estado puede ser responsable directo de las violaciones a los derechos humanos cuando dichas conductas irregulares son realizadas por las personas que encarnan los órganos gubernamentales.¹⁵⁵

- Irrelevancia del cargo oficial –Igualdad ante la ley penal internacional-, artículo 27 del “Estatuto de Roma”.

A la sazón de este principio las disposiciones del “Estatuto de Roma” son aplicables por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. Se afirma que el cargo oficial, sea Jefe de Estado o de gobierno, miembro de gobierno o parlamento, no le exime de responsabilidad penal, ni constituye *per se* motivo para atenuar la pena.

- Responsabilidad de los jefes y otros superiores, artículo 28 del “Estatuto de Roma”.

Una regla de imputación de responsabilidad penal complementaria del principio de responsabilidad individual es la referente a la responsabilidad de los superiores. Esta singular forma de imputación establece, *grosso modo*, la responsabilidad penal del superior –militar o civil- por su falta de control o supervisión de los subordinados a su cargo, es decir, es responsable penalmente cuando incumple con su deber de actuar.

- Imprescriptibilidad, artículo 29 del “Estatuto de Roma”.

¹⁵⁵ Ver caso Bosnia y Herzegovina contra Serbia y Montenegro, en virtud del cual la Corte Internacional de Justicia afirmó que “... cuando los crímenes en contra del derecho internacional, son cometidos por oficiales estatales, es el caso de que el Estado será por sí mismo responsable de tales actos, o por su conducta omisiva para prevenir y castigarlos... el Estado no está exento de su propia responsabilidad por conductas internacionalmente ilícitas para la prosecución y castigo de oficiales estatales que los hayan llevado a cabo.”, en LÓPEZ-BASSOLS, Hermilio, Los Nuevos Desarrollos del Derecho Internacional Público y Casos Prácticos de Derecho Internacional, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008, pág. 558.

Los crímenes del Derecho Penal Internacional son imprescriptibles, y por tanto, se eliminan las limitaciones temporales para que la Corte Penal Internacional ejerza su jurisdicción.

- Intencionalidad, artículo 30 del “Estatuto de Roma”.

Salvo prueba en contrario¹⁵⁶, para que una persona sea penalmente responsable y pueda ser penada por un crimen de la competencia de la Corte, debe actuar con intención y conocimiento de los elementos materiales del crimen, esto es, debe actuar dolosamente. Se establecen los estándares respecto al grado de intención y conocimiento requeridos. De esta forma, una persona en relación con una conducta tiene intención cuando se propone incurrir en ella; en relación con una consecuencia, tiene intención cuando se propone causarla o es consciente de que se producirá en el curso normal de los acontecimientos. Se define el conocimiento como la consciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

- Circunstancias eximentes de responsabilidad, artículo 31 del “Estatuto de Roma”.

Las circunstancias eximentes de responsabilidad penal reguladas en el “Estatuto de Roma” no distingue entre causas de justificación y exculpación, se homogenizan dichas circunstancias en una formula general. Sin embargo, al no distinguir entre justificación y exculpación, se pasa inadvertido que cada circunstancia eximente recae sobre un determinado elementos del delito – causas de justificación en la antijuridicidad, y las causas de exculpación en la culpabilidad-, que un caso concreto arrojará distintas soluciones. Pues, las causas de justificación excluyen la *antijuridicidad* del actuar de la persona que realiza la conducta, es decir, la conducta realizada por el activo no constituye un injusto penal, no es delictiva. Por su parte, en las causas de exculpación, el

¹⁵⁶ La presunción *iuris tantum* de la actuación *dolosa*, admite como prueba en contrario la hipótesis prevista en el artículo 28 del “Estatuto de Roma”, que regula la Responsabilidad de los jefes y otros superiores, pues regula conductas negligentes por parte de los superiores.

injusto penal subsiste, pero no es reprochable al autor debido a que falta un elemento de la *culpabilidad*: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de un comportamiento distinto.

Las causas de exculpación reguladas en el Estatuto son:

- Inimputabilidad –paderiere de una enfermedad, deficiencia mental o estuviere en un estado de intoxicación que le prive de su capacidad para apreciar la ilicitud o naturaleza de su conducta, o de su capacidad para controlar esa conducta a fin de no transgredir la ley-.
- Estado de necesidad exculpante o estado de necesidad por coacción – hubiere incurrido en una conducta que constituya un crimen 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 que se vea compelido a actuar necesariamente y razonablemente para evitar esa amenaza, siempre que no tuviera la intención de causar un daño mayor que el que se proponía evitar-.

La causa de justificación regulada en el Estatuto de Roma, es:

- La legítima defensa –actuar razonablemente en defensa propia o de un tercero-.

Las mencionadas causas eximentes de responsabilidad son enunciativas y no limitativas. La Corte, a su juicio, podrá tener en cuenta otras circunstancias eximentes de responsabilidad penal siempre que se desprenda del derecho aplicable.

- Error de hecho y error de derecho, artículo 32 del “Estatuto de Roma”.

El tratamiento que el “Estatuto de Roma” le da al error en sus dos vertientes – de hecho y de derecho-, en lo esencial tiende a eliminar el elemento de intencionalidad requerido por el crimen, con lo que exime de responsabilidad, por ser atípica la conducta del activo al faltar un elemento subjetivo del tipo penal internacional.

- Órdenes superiores y disposiciones legales, artículo 33 del “Estatuto de Roma”.

La eximente de responsabilidad penal del actuar bajo órdenes no es considerada como causa de justificación que otorgue una exención de pena, sino como una causa de exculpación, que en todo caso admitirá la atenuación de la pena.

El “Estatuto de Roma” admite la exención de responsabilidad penal sólo cuando la persona que haya actuado delictivamente bajo órdenes de un superior: a) estuviere obligado a obedecer las órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) no supiera que la orden era ilícita; y c) que la orden no sea manifiestamente ilícita.

Quien actúa en cumplimiento de una orden de su superior jerárquico, dentro de los límites señalados lo hará exculpablemente, y por consiguiente, al amparo de un error de prohibición, al tenor del cual el autor cree que actúa lícitamente.

Sin embargo, hay crímenes que por su gravedad, no pueden escudarse al amparo de esta causa de exculpación, como es el caso del crimen de genocidio y de los crímenes de lesa humanidad, los cuales tienen la presunción *iuris et de iure* de manifiestamente ilícitas.

La regulación en el “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” de los Principios Generales de Derecho Penal constituye un esfuerzo por consolidar y unificar criterios internacionales para la investigación, persecución,

enjuiciamiento y sanción de los autores y partícipes de la comisión de los crímenes internacionales, acordes a los cánones fundamentales del Derecho Penal moderno.

Finalmente, el 11 de abril del año 2002 se produjo la suscripción del sexagésimo Estado parte que habilitó la entrada en vigencia de la Corte a partir del primero de julio de ese mismo año.¹⁵⁷

3.2 La responsabilidad penal individual en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La responsabilidad penal individual en el ámbito internacional se imputa a personas físicas o naturales. Principio plasmado en la Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg en los siguientes términos: “... *los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas; y la única manera de cumplir con las disposiciones del Derecho Internacional es castigando a los individuos que han cometido tales crímenes.*”¹⁵⁸

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, bajo el epígrafe Responsabilidad penal individual, precisa en su artículo 25, que:

“Artículo 25.

- 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.”*¹⁵⁹

¹⁵⁷ Cfr. FAVAROTTO, Ricardo S., Justicia Penal Internacional, op. cit., pág. 18.

¹⁵⁸ CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, op. cit., pág. 22.

¹⁵⁹ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 447.

La persona física que manifiesta su conducta ya sea en su modalidad de acción u omisión tendiente a lesionar, o por lo menos, poner en peligro bienes jurídicos tutelados es susceptible de atribuirle esa conducta ya calificada como crimen internacional y reprochársela como violatoria de los ideales de paz y armonía sociales. Y aun cuando el sujeto activo se valga de una persona jurídica para perpetrar un crimen internacional, la actuación tangible que parte de la voluntad libre y verdadera para concretar cierto hecho es de la persona física individual.

3.3 La responsabilidad de los jefes y otros superiores.

Bajo el título: Responsabilidad de los Jefes y Otros Superiores, el “Estatuto de Roma” establece la clásica responsabilidad de mando, en virtud de la cual se endilga responsabilidad penal al superior jerárquico de una determinada estructura organizacional por la falta de control apropiado sobre sus subordinados al no impedir o reprimir la comisión de los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional por parte de éstos.

El maestro Kai Ambos sostiene que el superior es responsable por omisión, por no impedir las atrocidades cometidas por sus tropas, y fundamentalmente por perder el control sobre las mismas en el supuesto de ser posible conservar tal control, por lo que la posibilidad de control es la base legal y legítima sobre la que descansa la responsabilidad del superior, y lo que a su vez, justifica su deber de intervención.¹⁶⁰

En este orden de ideas, la responsabilidad penal del superior, surge en el momento de la comisión de un injusto penal de omisión, es decir, en el momento en que el superior incumple con su obligación de supervisar a sus subordinados, y las eventuales conductas delictivas de éstos.

¹⁶⁰ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., págs. 41 y 42.

El superior –militar- tiene una posición de garante de impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados que tenga bajo su mando y control efectivo, lo anterior se desprende de la redacción del artículo 87 del “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”¹⁶¹, que a la letra establece:

“Artículo 87. Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

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

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

¹⁶¹ “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, D. O. F. 21 de abril de 1983, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, op. cit., pág. 395.

Al analizar la redacción del artículo citado, el maestro Ambos explica “... que allí se establece la obligación de los comandantes de prevenir los delitos cometidos por sus subordinados. En este sentido, se puede hablar de una obligación de carácter legal, o positiva de actuar, ya que la ‘obligación de garante’ (Garantenpflicht) está basada sobre una norma de carácter positivo codificada en un Tratado Internacional, el cual además está reconocido como derecho consuetudinario.”¹⁶²

El “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, precisa la responsabilidad del superior en su artículo 28, en los siguientes términos:

“Artículo 28.

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

- 1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:*
 - a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y*
 - b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.*
- 2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será*

¹⁶² AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 174.

penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;*
- b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y*
- c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.”¹⁶³*

En términos generales podemos afirmar que el artículo 28 del “Estatuto” establece la responsabilidad penal por la comisión de delitos de omisión pura o propia, esto es, aquellos delitos en que se castiga la simple infracción de un deber de actuar, sin requerir resultado material alguno. El superior es responsable “... *únicamente por la ausencia de supervisión y control propios de sus subordinados, más no, al menos no ‘directamente’, por los crímenes que ellos cometan. Estos crímenes son ‘directamente’ imputados a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la ausencia de prevención de aquéllos que tengan efectiva ocurrencia; esto significa que el superior no es responsable por una omisión impropia o –para usar un término más adecuado- por una comisión por omisión.*”¹⁶⁴

¹⁶³ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., págs. 448 y 449.

¹⁶⁴ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 170.

El superior omite la realización de un determinado comportamiento exigido por el artículo 28 del “Estatuto” –ejercer un control apropiado sobre sus subordinados-, por lo que basta que se actualice dicha situación, para atribuirle responsabilidad penal por los crímenes cometidos por sus subordinados. La responsabilidad penal del superior se actualiza con el simple incumplimiento del deber de vigilancia que le incumbe en su actuación, lo que conlleva a la consecuente comisión de los crímenes por parte de los subordinados, sin embargo, “... *los crímenes derivados de allí –del incumplimiento por parte del superior de supervisar apropiadamente-, cometidos por los subordinados no son ni un elemento del tipo, ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior. Más bien, estos delitos constituyen el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior.*”¹⁶⁵

El artículo 28 del multicitado “Estatuto de Roma” hace la distinción entre superior militar y civil –no militar- exigiendo distintos criterios subjetivos para cada caso concreto, siendo el conocimiento el elemento subjetivo que el superior debe tener en su actuación.

Así, el superior militar será penalmente responsable cuando hubiere sabido o hubiere debido saber de la comisión de los delitos cometidos por sus subordinados y no haber ejercido un control apropiado, correspondiéndose al criterio de una conducta culposa o negligente.¹⁶⁶

Por su parte, el superior civil será responsable cuando hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que le indicase de la comisión de los delitos cometidos por sus subordinados, correspondiéndole al primer criterio –hubiere tenido conocimiento- una conducta

¹⁶⁵ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 171.

¹⁶⁶ Actúa culposamente –negligentemente- la persona que produce un resultado típico en virtud de la violación de un deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

culposa o negligente, y al segundo criterio –deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información- una conducta dolosa, dolo eventual.¹⁶⁷

Por lo que respecta al *actus reus* de la disposición estatutaria en comento, se establecen cinco elementos objetivos:

- La cualidad específica del sujeto activo: ser superior militar o superior civil –no militar-.

El artículo 28 del “Estatuto” no exige que el superior pertenezca a cierto nivel jerárquico. El requerimiento que el superior debe de tener para ser responsable penalmente es el poder de mando que tenga sobre sus subordinados, no el rango que detente en una determinada estructura organizacional.

Señala el maestro alemán Kai Ambos que “... *el perpetrador o agente del delito es un militar (de facto) o superior no-militar (civil) que tiene ‘fuerzas’ o ‘subordinados’ bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del estatus del sujeto activo dentro de la jerarquía militar; cualquier clase de ‘superior y relación de subordinación’ parece ser suficiente.*”¹⁶⁸

- El mando y/o autoridad, y control efectivo.

Explica el multicitado tratadista Kai Ambos que “... *mientras el mando se refiere a un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para dominar y controlar, la ‘autoridad’ parece tener un significado formal, en el sentido de permisión y/o Derecho a ejercitar poderes, Derecho a mandar, etcétera. Ambos términos implican control: ‘mando’ explícitamente como poder para controlar, ‘autoridad’, implícitamente como Derecho a mandar. Así, un superior con mando y*

¹⁶⁷ Actúa con dolo eventual la persona que al momento de llevar a cabo una conducta se representa el resultado típico como de probable producción, aceptando su eventual realización.

¹⁶⁸ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 167.

autoridad normalmente controla sus 'fuerzas' o sus subordinados y tiene capacidad para expedir órdenes."¹⁶⁹

En este tenor, mando significa el poder *de facto* para ordenar, mientras que autoridad se refiere al poder *de iure* para emitir el mandato. En todo caso, la diferencia práctica en ambos conceptos, se refiere a que mientras que el término *mando* se utiliza para denominar a las órdenes de los *superiores militares*, el término *autoridad* se refiere a los *superiores no militares*.

Aunado a que el superior tenga el mando y/o autoridad debe, además, poseer control efectivo sobre sus subordinados, esto es, la efectiva, concreta y real relación de subordinación del inferior frente a la voluntad del superior. Las órdenes que el superior de una estructura organizacional emita deben determinar la voluntad de los subordinados en la cadena de mando, siempre y cuando tenga relación directa con las funciones que desempeña.

La relación jurídica formal entre el superior y el subordinado resulta un tanto irrelevante, puesto que la fáctica relación de mando-obediencia es la base para determinar el mando o autoridad que posea el superior.

- Los crímenes cometidos por los subordinados deben ser consecuencia del incumplimiento del superior de ejercer un control apropiado.

Si bien los crímenes cometidos por los subordinados no son elemento del tipo, ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior, constituyen el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior. Debe de existir un nexo causal entre el incumplimiento de supervisar adecuadamente y la ocurrencia de los delitos, se debe probar

¹⁶⁹ AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, op. cit., págs. 454 y 455.

“... que los crímenes no hubieran sido cometidos, si el superior hubiera supervisado apropiadamente a los subordinados.”¹⁷⁰

- La omisión del superior de adoptar las medidas necesarias y razonables que estén a su alcance.

El control efectivo sobre los subordinados que tiene el superior jerárquico en la estructura organizacional le faculta legal y materialmente para prevenir, reprimir o poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de un crimen internacional.

El superior debe tomar las medidas que sean necesarias y razonables para impedir o reprimir los crímenes, no obstante, el propio “Estatuto” omite señalar que medidas son las “necesarias” y “razonables” para impedir o reprimir la comisión de crímenes por parte de sus subordinados. En virtud de dicha omisión, debemos inferir, dada la posición de garante del superior derivada del “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, que dichas medidas se encuentran implícitamente en el artículo 87 del Protocolo, a saber: *“... 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 los incumben...”¹⁷¹*, y *“... 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... a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones... y, en caso necesario,*

¹⁷⁰ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 188.

¹⁷¹ “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, D. O. F. 21 de abril de 1983, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, op. cit., pág. 395.

promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones."¹⁷²

En todo caso, se exige que las medidas que tome el superior estén a su alcance, y comprendidas dentro de su mando y control –facultado legalmente y materialmente-.

- Tomar las medidas para prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Las medidas que el superior debe adoptar para prevenir, reprimir o poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes depende del tiempo de la comisión de los delitos.

De esta manera si un crimen todavía no ha sido cometido, esto es, se proponía a cometerlo, el superior está obligado a intervenir, por ejemplo mediante la impartición de órdenes apropiadas; si el crimen ya se cometió el superior puede reaccionar únicamente con medidas represivas. Si los subordinados están cometiendo crímenes, el superior está todavía en capacidad de prevenir la continuación de la comisión y de reprimir los crímenes ya cometidos.¹⁷³

La facultad de prevenir y reprimir los crímenes internacionales de los subordinados, generalmente se encuentra reservado para los superiores militares quienes tienen el poder de imponer medidas disciplinarias; por lo que la posibilidad de poner el asunto –comisión de un crimen- en conocimiento de las autoridades competentes, está destinada para los superiores no militares, o bien, para aquellas personas que carecen del poder disciplinario.

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Cfr. AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 463.*

Por cuanto hace al *mens rea* del superior, se exige como elemento subjetivo el “conocimiento”, entendido como “... *la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos*”¹⁷⁴, en términos del artículo 30 del “Estatuto”.

No obstante, el conocimiento no debe ser presumido, sino se debe de probar mediante pruebas indiciarias o circunstanciales, esto es aquella prueba que parte de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural, a la cual cada indicio -considerado en forma aislada- no podría conducir por sí solo.¹⁷⁵

Los criterios subjetivos exigidos en la disposición estatutaria, son:

- Hubiere sabido.

En virtud de este criterio el superior debe de tener un conocimiento efectivo sobre la comisión de los delitos de sus subordinados, pues tiene la conciencia de la existencia de una circunstancia o la producción de una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos.

Se ha sostenido que el superior “... *debe estar siempre informado acerca de la forma en la cual sus subordinados cumplen sus tareas y tomar las medidas para prevenir la comisión de crímenes.*”¹⁷⁶

¹⁷⁴ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia, 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 449.

¹⁷⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, “*Prueba indiciaria o circunstancial en materia penal. Su eficacia no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural a la cual cada indicio, considerado en forma aislada, no podría conducir por sí solo.*”, Jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Novena Época, Tomo XXVI, Agosto 2007, pág. 1456.

¹⁷⁶ AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 140.

- Debió haber sabido.

Criterio exigido al superior militar, mediante el cual el superior debe poseer información que le permita concluir que los subordinados cometen o están a punto de cometer crímenes, de esta forma, si el superior dispone de información suficiente, pero no la analiza suficientemente y llega por tal razón a una falsa conclusión, el reproche de imprudencia consiste en la falta de minuciosidad; él hubiera debido saber y, por tanto, ha de responder jurídico-penalmente.¹⁷⁷

El superior tiene el deber de estar informado acerca de la forma en que sus subordinados cumplen con sus tareas, por tanto, posee la suficiente información que la permita concluir sobre la posible comisión de los delitos de sus subordinados. No obstante, si el superior ignora dicha información o analiza deficientemente la información que le permita tomar las medidas apropiadas es responsable penalmente por dicha negligencia.

- Deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que le indicase claramente.

Criterio exigido al superior no militar, que requiere establecer que la información indique claramente el riesgo significativo de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer delitos, que la información estaba disponible para el superior y, que el superior, conocedor de la existencia de la información, declinará remitirse a tal información.¹⁷⁸

Aun cuando la responsabilidad del superior regulada en el “Estatuto de Roma” ha hecho el intento de precisar y delimitar las exigencias típicas, objetivas y

¹⁷⁷ Cfr. AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. “Bases para una elaboración dogmática”, op. cit., págs. 330 y 331.

¹⁷⁸ Cfr. AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, op. cit., pág. 209.

subjetivas, para atribuir responsabilidad penal por la omisión de los superiores militares y civiles, adolece de ciertas contradicciones dogmáticas con los propios preceptos del “Estatuto”.

Si bien es cierto, la figura de la responsabilidad del superior regula la responsabilidad por la actuación *negligente* del superior por no actuar, propiciando como consecuencia, la comisión de delitos por parte de sus subordinados. Resulta incongruente que “... *el comportamiento negligente por dejar de ejercer la responsabilidad de mando pueda reconciliarse con un delito que requiera el nivel más alto de intención* –tal es el caso del genocidio-. *Como es obvio, es imposible cometer un crimen doloso por negligencia.*”¹⁷⁹

Es absurdo afirmar que un superior sea responsable por cometer negligentemente un genocidio, que requiere como elemento subjetivo la intención de destruir. Si bien, el subordinado responderá como autor directo del delito que cometió, ¿cómo imputarle responsabilidad al superior del delito que requiere un elemento subjetivo distinto a la imprudencia sin que su actuación devenga atípica? ¿es violatorio del principio de culpabilidad la imputación del hecho al superior, aun cuando no se haya acreditado el elemento subjetivo requerido por el tipo penal?

Por otro lado, no se regula explícitamente la responsabilidad del superior por actos positivos, esto es, cuando el superior que tiene a su disposición un aparato de poder organizado ordena a sus subordinados la comisión de crímenes; ya no es la imputación de un hecho típico por la ausencia de supervisión y control de sus subordinados, sino la imputación de un hecho típico por un acto positivo consistente en dar una orden para cometer un crimen determinado. Dicha forma de intervención del delito ha sido fundamentada en la figura de la autoría mediata, prevista en el artículo 25, punto 3, inciso a), que

¹⁷⁹ SCHABAS, William A., “*Principios generales del derecho penal*”, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, op. cit., pág. 298.

establece la responsabilidad penal del individuo que cometa un crimen por medio de otro, sea éste o no penalmente responsable, lo que consideramos incorrecto, en virtud de que dada la naturaleza y atribuciones que tiene el superior jerárquico dentro de una estructura organizacional altamente jerarquizada el dominio del hecho se ejerce a través del aparato de poder organizado no sobre el ejecutor –instrumento-. Lo que se desarrollará con mayor amplitud en el capítulo 4 del presente trabajo.

CAPITULO 4.

La responsabilidad penal del superior jerárquico a la luz de la teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

4.1 La teoría del dominio del hecho.

Las teorías que se han desarrollado en la dogmática jurídico-penal para delimitar las formas de intervención en el hecho punible han partido de los más diversos conceptos y criterios, que van desde aquellas teorías que consideran autores por igual a todos los que intervienen en el hecho delictivo; a los que buscan criterios diferenciadores entre autores y partícipes, ya sea por su aportación en la producción del resultado, por el aspecto anímico del autor y del partícipe, o por la realización de determinados elementos del tipo penal, entre otros criterios. Siendo, hoy por hoy, el criterio más adecuado para la delimitación de autor y partícipe el dominio del hecho, por ser un concepto abierto que permite complementar su contenido al caso concreto, esto es, no es necesario agotar su regulación en exhaustivos elementos de contenido, los cuales deben de ser imprescindiblemente cumplidos para que se considere autor o partícipe de un delito. El dominio del hecho es un concepto descriptivo, que sirve como criterio orientador a los aplicadores del Derecho para los innumerables casos que se le presenten.

La expresión “dominio del hecho” fue empleada por primera vez por Hegler, quien sin atribuirle el contenido actual, considera el dominio del hecho como elemento de la figura del autor, referido a los requisitos de la culpabilidad jurídico-penal, de esta forma, actúa culpablemente sólo el que tiene en este sentido pleno dominio del hecho, esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido señor del hecho en su concreta manifestación.¹⁸⁰

¹⁸⁰ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 81.

Sin embargo, el mérito de sistematizar y aportar los fundamentos dogmáticos de la teoría del dominio del hecho se debe a Lobe y Welzel, quienes a pesar de partir de aspectos metodológicos diversos llegan a conclusiones similares.

Así, Lange parte de la crítica del *animus auctoris*¹⁸¹ y sostiene que “... lo esencial para la autoría no es... sólo la existencia de una voluntad con el contenido de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se ejecute bajo su dominio; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización... Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos dos elementos subjetivo-objetivos... Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro...”¹⁸²

Por su parte, Welzel a quien se ha considerado el fundador de la teoría del dominio del hecho parte del concepto final de acción, considera autor sólo a quien tiene el dominio final del hecho, quien es señor del hecho, por consiguiente, autor es aquel que, consciente del fin, lo configura en su existencia y forma de ser; inductores y cómplices tienen dominio sobre su participación, pero no sobre el hecho mismo. El dominio del hecho se trata de la simple realidad de que la persona puede poner en práctica la configuración del futuro –de la causalidad- con arreglo a un fin que se señala, no la vaga voluntad del autor; el efectivo dominio del hecho final es lo que constituye el criterio esencial del dominio del hecho.¹⁸³

¹⁸¹ La teoría subjetiva considera la distinción entre autores y partícipes en atención al aspecto subjetivo con que se condujo cada individuo en el hecho punible. Por tanto, si una persona actúa con el *animus auctoris* –ánimo de autor- será considerado autor, independientemente de su contribución material en el hecho, por su parte, si actúa con el *animus soccii* –ánimo de partícipe-, igualmente con independencia de su contribución material en el hecho, se le debe de considerar partícipe.

¹⁸² LOBE, “*Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*”, citado por ROXIN, Claus *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pág. 86.

¹⁸³ Cfr. ROXIN, Claus *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 87 y 88.

El dominio del hecho es el criterio delimitador entre la autoría y la participación, que ha superado todas aquellas posturas puramente objetivas o subjetivas, que en su momento fueron insuficientes para la resolución de los distintos casos que se les presentaron –concretamente, los casos de autoría mediata y coautoría-. Aun cuando el criterio del dominio del hecho sea un tanto ambiguo, hoy por hoy, es el más adecuado para precisar quien actúa en un hecho delictivo como autor y quien como participe. De ello resulta claro que el autor siempre tendrá el dominio del hecho, esto es, “... *decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización*”¹⁸⁴, el participe carece de ese dominio del hecho, y sólo contribuirá accesoriamente a la producción del hecho punible, sin que su participación sea necesaria para su realización.

4.1.1 Concepto del dominio del hecho.

El concepto del dominio del hecho es uno de los tópicos más controvertidos en la doctrina, que en gran parte se debe a la imprecisión de sus elementos de contenido y sus repercusiones en la praxis, lo que ha generado que cada tratadista desarrolle su propio concepto sin miras a una concepción general aplicable para todos los casos, sino que simplemente se conforman con elucubrar ideas por demás abstractas del dominio del hecho; lo que ha generado que las diversas posturas que defienden la teoría del dominio del hecho no hayan llegado a unificar criterios para su construcción, de ahí que se afirme que entre “... *los numerosos defensores de la teoría del dominio del hecho no hayan conseguido definir este concepto de manera suficiente.*”¹⁸⁵

Claus Roxin, el mayor representante de la teoría del dominio del hecho, ha considerado que el concepto del dominio del hecho no consiste en un concepto de autor ontológico, ni tampoco en un criterio formado únicamente por medio de valoración jurídica, sino en el producto de una síntesis poliédrica de modos de considerar ontológicos y teleológicos.¹⁸⁶

¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, et al., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pág. 434.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pág. 147.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pág. 350.

De ahí que se considere insostenible el fundamentar el dominio del hecho en un concepto indeterminado carente de contenido y a merced de la necesaria complementación de las variantes circunstancias del caso en particular, lo que acarrea como consecuencia un amplio margen de arbitrariedad del aplicador del Derecho.

Igualmente indefendible es elaborar la idea del dominio del hecho sobre las bases de un concepto fijado, es decir, un concepto con elementos de contenido determinados los cuales deben de cumplirse a cabalidad para la resolución de un supuesto de hecho concreto. Sin embargo, la aplicación uniforme de un mismo concepto a los diversos supuestos que se presentan en el mundo fáctico, es insuficiente, puesto que violenta al propio concepto que no da más de sí.

Por ello el maestro Roxin sostiene que para encontrar un procedimiento que permita complementar en su contenido el concepto de dominio del hecho que de una parte dé cuenta de los cambiantes fenómenos vitales, y por otra pueda alcanzar una gran medida de determinación, además de permitir una regulación generalizadora de las formas básicas que aparecen una y otra vez en la multiplicidad de los grupos de casos, y que al mismo tiempo ofrezca la posibilidad de valoración justa de los casos concretos que escapan a la normación abstracta, se debe concebir el dominio del hecho como un concepto abierto.¹⁸⁷

De esta forma, el procedimiento a seguir para la elaboración del concepto “abierto” del dominio del hecho debe tener en cuenta dos elementos esenciales: uno descriptivo, y otro regulativo u orientativo.

¹⁸⁷ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 146.

“En lugar de una definición exacta –asevera el profesor Roxin- o de un concepto indeterminado se aporta una descripción... La descripción presenta la ventaja de ajustarse a los cambiantes casos concretos. Cuando, por ejemplo, se dice: tiene dominio del hecho quien hace a), b), c), etc., no se subordinan forzosamente los distintos supuestos de hecho a los mismos elementos sin consideración a su peculiaridad, sino que, por el contrario, la descripción se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes... una descripción así puede ser sensiblemente más próxima a la vida que una meramente abstracta... como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida...”¹⁸⁸

Por cuanto hace al elemento regulativo, nuestro autor multicitado, afirma que *“la descripción, ciertamente, por una parte delimita con precisión los casos típicos en la intervención de varios en el delito, permitiendo así acceder a un enjuiciamiento generalizador, pero, de otro lado, por que, allí donde lo impredecible de las posibles circunstancias veda cualquier solución generalizadora, mediante el empleo de principios regulativos, deja abierto para la valoración judicial ciertos huecos. ‘Regulativo’ se entiende aquí como ‘orientativo’... -en la determinación del concepto de autor- ... el legislador o bien el creador del concepto tiene que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto de la mano del principio regulativo dado.”¹⁸⁹*

Entre los conceptos del dominio del hecho que han seguido el procedimiento descriptivo-regulativo, podemos mencionar los siguientes:

El profesor alemán Claus Roxin indica que *“... un sujeto es autor –tiene el dominio del hecho-:*

- a) Si realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).*

¹⁸⁸ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 146 y 147.

¹⁸⁹ *Ibídem*, pág. 148.

- b) *Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad).*
- c) *Si presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional)."*¹⁹⁰

El jurista mexicano Quintana Olvera considera que "... *quien tiene el dominio de los instrumentos para cometer un delito, tiene el dominio del hecho y, por tanto, se le puede llamar autor...* -el dominio del hecho- ... *consiste en la capacidad de decisión del autor sobre aspectos objetivos del suceso, mientras que los partícipes no poseen esa aptitud sobre las circunstancias en que se desarrolla el hecho...* *El autor tiene el dominio en cuanto a lo que constituye la materia de la prohibición contenida en cada uno de los tipos penales, cuya consumación va estar dominada plenamente por los actos que él realice.*"¹⁹¹

Por su parte, el maestro español Muñoz Conde considera que es autor "... *quien domina finalmente la realización del delito, es decir, quien decide en líneas generales el sí y el cómo de su realización... sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor.*"¹⁹²

Los conceptos del dominio del hecho que la doctrina ha elaborado son de lo más variado, no obstante, cada uno describe los elementos que debe de tener el autor para considerársele *dominador* del hecho, y sentar las directrices necesarias para aplicarlo al caso concreto. En todo caso, quien tiene el dominio del hecho tiene la capacidad de decisión sobre los aspectos objetivos del suceso, esto es, el sí y el cómo de su realización, ya sea, mediante la comisión

¹⁹⁰ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 336.

¹⁹¹ QUINTANA OLVERA, Agustín, Temas de Autoría en Delitos Contra la Salud, op. cit., págs. 75 y 76.

¹⁹² MUÑOZ CONDE, Francisco, et al., Derecho Penal. Parte General, op. cit., pág. 434.

típica personal –dominio de la acción-, al utilizar a otro como mero instrumento para que efectúe la conducta típica, o, a través de un aparato organizado de poder –dominio de la voluntad-, o bien, mediante su realización conjunta – dominio del hecho funcional-.

4.1.2 El dominio de la acción.

Sostiene el profesor Roxin que “... *quien, no coaccionado y sin ser dependiente de modo superior a lo socialmente normal, realiza todos los elementos del tipo de propia mano, es autor. En todos los supuestos imaginables tiene el dominio del hecho.*”¹⁹³

La realización del tipo de propia mano es la expresión por antonomasia del dominio del hecho, puesto que solamente la persona que de manera personal, dolosa y libremente ejecuta la acción típica de propia mano decide el sí y el cómo de su realización, es considerado autor.

Es común que el legislador al describir las conductas punibles en las normas penales se refiera explícitamente al autor directo o de propia mano, verbigracia, “*al que prive de la vida a otro*”.

4.1.3 El dominio del hecho funcional.

La coautoría es la realización conjunta de un delito por varias personas que comparten el dominio del hecho –codominio funcional del hecho-, esto, en virtud del reparto funcional de papeles, asumiendo por igual la responsabilidad de su realización. De ahí que las distintas contribuciones de los coautores deben considerarse como un todo, y el resultado total atribuirse a cada coautor, independientemente de la contribución material de su intervención. El maestro Claus Roxin explica que “... *lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás. Lo que quiere decir que el coautor no tiene por sí solo el dominio total del*

¹⁹³ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 151.

*hecho... sino que el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global.”*¹⁹⁴

Los presupuestos de la coautoría son: la resolución conjunta de cometer el hecho; le ejecución conjunta del hecho –no se requiere, en todo caso, que un coautor “ponga manos a la obra” en sentido externo o ni siquiera que esté presente en el lugar del hecho-; así como la cooperación con división del trabajo mediante participaciones en el hecho vinculadas entre sí.¹⁹⁵

4.1.4 El dominio de la voluntad.

Una de las cuestiones más debatidas en torno a la autoría es la referente a la fundamentación de la imputación de un hecho delictivo a título de autor a una persona que no ha ejecutado la acción típica por sí misma, sino que se sirve de otra persona, generalmente no responsable, para la ejecución del delito. En este caso, la doctrina dominante sostiene que existe autoría mediata.

En la autoría directa el dominio de la acción se fundamenta en la realización de la acción típica de propia mano. En la autoría mediata falta precisamente la acción ejecutiva del sujeto de detrás y el dominio del hecho sólo puede basarse en el poder de la voluntad rectora. De ahí que donde haya de afirmarse el dominio del hecho, hablemos del dominio de la voluntad en el autor. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.¹⁹⁶

El dominio del hecho del hombre de atrás –autor mediato- se fundamenta en que éste controla la voluntad del ejecutor, generalmente no responsable, pues tiene en sus manos la decisión determinante del sí y el cómo de la realización

¹⁹⁴ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 307 y 308.

¹⁹⁵ Cfr. ROXIN, Claus, *Ibidem*, pág.311; asimismo, ROXIN, Claus, “*Dirección de la organización como autoría mediata*”, en ROXIN, Claus, et al., *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal*, s. n. e., Ara Editores, Perú, 2010, págs. 44 y 45.

¹⁹⁶ Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., págs. 166 y 167.

del hecho delictivo, de esta forma el dominio del hecho lo posee únicamente el autor mediato, por lo que el ejecutor es un mero instrumento en manos de aquél.

En cualquier caso, ahí donde el ejecutor tenga la libertad de decidir sobre la comisión del delito, es decir, que sea responsable penalmente, el sujeto de detrás carece del dominio del hecho –dominio de la voluntad-, y a lo más será considerado inductor.

El dominio de la voluntad se manifiesta en cuatro grupos: en virtud de coacción, por error, utilización de inimputables, y en virtud de aparatos de poder organizados.

4.1.4.1 El dominio de la voluntad por coacción.

En virtud de la coacción que el hombre de atrás ejerce sobre el ejecutor domina el hecho, toda vez que *“... el que coacciona domina directamente sólo al coaccionado. Sólo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho.”*¹⁹⁷

Cuando el ejecutor es coaccionado por el autor mediato, actúa típica y antijurídicamente, sin embargo, lo hace inculpablemente puesto que por la coacción de que es objeto no le es exigible una conducta adecuada a la norma. En otras palabras, el autor mediato realiza el hecho punible a través de una persona excluida de responsabilidad, toda vez que actúa sin libertad. De ahí, que el autor mediato domine su voluntad.

4.1.4.2 El dominio de la voluntad por error.

¹⁹⁷ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 167.

El dominio de la voluntad por parte del autor mediato en virtud del error en que se halle el ejecutor consiste en que “... *el autor se sirva de otra persona que realiza el hecho ilícito sin saberlo.*”¹⁹⁸

El ejecutor del hecho delictivo realiza la acción típica, sin embargo, actúa sin dolo, pues desconoce lo ilícito de su proceder, por lo que su actuación es puramente causal, en cambio, el sujeto de atrás domina el hecho puesto que es el “... *único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado.*”¹⁹⁹

El maestro Roxin sostiene que el dominio del hecho del autor de detrás reside en la finalidad del actuar humano –por parte del autor mediato-, de ahí que en los casos de error, el sujeto de detrás sea el único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado, al enlazar los factores causales hacia el acontecer delictivo. El instrumento que sufre error no aparece en el acontecer en su calidad específicamente humana de ser que actúa finalmente, sino que se ve implicado en el plan de hecho determinante como factor condicionante ciego, equiparable a las concausas no humanas.²⁰⁰

4.1.4.3 El dominio de la voluntad de inimputables.

La autoría mediata del hombre de atrás que se vale de inimputables para cometer el evento delictivo se fundamenta en que el ejecutor es inconsciente de la trascendencia penal de lo que hace, por su falta de capacidad de comprender y querer en el ámbito penal.

Esta forma de autoría mediata se fundamenta en que el autor mediato se vale de esa falta de capacidad intelectual y volitiva del ejecutor inimputable, incapaz de oponerse a los designios de aquél, por lo que el hombre de atrás tiene pleno dominio sobre la decisión del ejecutor.

¹⁹⁸ QUINTANA OLVERA, Agustín, Temas de Autoría en Delitos Contra la Salud, op. cit., pág. 118.

¹⁹⁹ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 196.

²⁰⁰ Cfr. Ibidem, págs. 196 y 197.

4.5 El dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder.

En el año de 1963 el jurista alemán Claus Roxin desarrolló una forma de autoría mediata en virtud de la cual el autor mediato domina la voluntad del ejecutor, no por coacción ni por error, sino a través de una estructura organizada de poder, en la cual el ejecutor –plenamente responsable- es una pieza de aquel aparato de poder susceptible de ser intercambiado en cualquier momento. En otras palabras, la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados es desarrollada para endilgar responsabilidad penal a aquella persona –autor mediato- que utilizando una organización subordinada a él, actúa a través de otro –autor directo- plenamente responsable para cometer un delito.

El planteamiento inicial del maestro Roxin consiste en que el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias o estructuras de poder organizadas se caracteriza por que el sujeto de detrás 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. El funcionamiento peculiar del aparato de poder que está a disposición del sujeto de detrás es que despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente”, sin importar la identidad variable del ejecutor. Así, en el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. El sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Aunado a que no es necesario recurrir a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, sin que resulte afectada la ejecución del plan global. De esta forma, el factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos reside en la “fungibilidad del ejecutor”. Asimismo, de la

estructura del dominio de la organización se deduce que éste sólo puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás.²⁰¹

En su primer planteamiento Roxin fundamenta el dominio del hecho por organización en la fungibilidad del ejecutor, y el apartamiento del Derecho del aparato de poder. Sin embargo, la teoría en mención ha sido modificada de su concepción original, y actualmente requiere cuatro factores para basar “... *el dominio del hecho de los hombres de atrás en organizaciones delictivas: el poder de mando de quienes tienen poder para impartir órdenes, el apartamiento del Derecho del aparato de poder que está a su disposición, la fungibilidad del ejecutor inmediato y la alta disposición al hecho del ejecutor.*”²⁰²

El 7 de abril del año 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú condenó al ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, como autor mediato de los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y lesiones graves, al fundamentar su sentencia en la teoría del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado, en virtud de la cual exige como requisitos para fundamentar la autoría por organización los siguientes:

- Presupuesto general:

²⁰¹ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., págs. 270, 272, 276 y 277.

²⁰² ROXIN, Claus, “Apuntes sobre la Sentencia-Fujimori de la Corte Suprema del Perú”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, s. n. e., Ara Editores, Perú, 2010, pág. 94.

- La existencia de un aparato organizado que cuenta con una estructura rígida y jerárquica, misma que presenta dos características, la asignación de roles y el funcionamiento automático del aparato criminal.
- Presupuestos de carácter objetivo:
 - Poder de mando, y
 - La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico.
- Presupuestos de carácter subjetivo.
 - Fungibilidad del ejecutor, y
 - La disponibilidad considerablemente elevada del ejecutor al hecho ilícito.²⁰³

Al tenor de la teoría del dominio de la organización se superan aquellos obstáculos de las tradicionales formas de imputación penal –autoría mediata por coacción o por error- incapaces de atribuir responsabilidad penal a los “altos mandos” que cometen crímenes sistemáticamente a través de aquellas estructuras organizadas de poder que tienen a su disposición, y en virtud de las cuales no realizan los crímenes directamente, pues su actuación se colma con dar la orden de cometerlo. Es una teoría ideada para combatir las modernas formas de criminalidad organizada desde el Estado, también llamada macrocriminalidad.²⁰⁴

4.5.1 La existencia de un aparato organizado de poder.

²⁰³ Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., págs. 149 y 150.

²⁰⁴ “La ‘Macrocriminalidad’ –señala el maestro Kai Ambos- comprende, fundamentalmente, ‘comportamientos conforme al sistema y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva’... ella se diferencia, por tanto, cualitativamente de las conocidas formas ‘normales’ de criminalidad y también de las conocidas formas especiales (terrorismo, criminalidad de estupefacientes, criminalidad económica, etc.) debido a las condiciones políticas de excepción y al rol activo que en ésta desempeña el Estado”, ver AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. “Bases para una elaboración dogmática”, op. cit., pág. 44.

La autoría mediata por dominio de la organización exige como requisito imprescindible la existencia previa de una organización con una estructura rígida y jerárquica. La organización es rígida en cuanto a que la transmisión de órdenes por los autores de escritorio es cumplida casi de modo automático por los distintos ejecutores materiales, y es jerárquica en cuanto a que la asignación de determinados roles dentro de la cadena de mando se cumple de manera estricta. Además, el aparato organizado de poder presenta dos características: la asignación de roles, y el funcionamiento automático de la organización criminal.²⁰⁵

La característica de asignación de roles que el aparato de poder posee refleja, por un lado, una distribución escalonada de facultades en la cadena de mando, y por otra parte, la relación jerárquica personal entre el autor mediato y el ejecutor del delito en la línea jerárquica de subordinación. La distribución de facultades implica que los órganos de grado superior tienen potestades y atribuciones de las cuales carecen los de grado inferior; la relación jerárquica se expresa como una relación personal obligatoria que se establece entre los titulares de dos cargos jerárquicamente ordenados –verticalmente-, que tienen como contenido una relación de subordinación del inferior frente a la voluntad del superior, es decir, una potestad de mando del superior, que tiene por objeto la determinación de la conducta del inferior y frente a cuya potestad existe un correlativo deber de obediencia por parte del inferior.

Por cuanto hace al funcionamiento autónomo de la organización criminal, el maestro Roxin ha sostenido que la organización “... *despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona ‘automáticamente’, sin que importe la persona individual del ejecutor...* -lo que permite al- ... *sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura*

²⁰⁵ Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., págs. 150, 151 y 152.

organizativa... confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor.”²⁰⁶

Consideramos que el funcionamiento automático del aparato es el presupuesto que fundamenta el dominio de la voluntad en virtud de un aparato de poder organizado, toda vez que al autor de escritorio le es irrelevante el cómo y quién cumple con sus órdenes, en todo caso, tiene la seguridad de que son ejecutadas por alguien de alguna u otra manera, y que sus designios van a cumplirse. Por lo que podemos afirmar que el dominio de la voluntad se ejerce a través del aparato de poder organizado, y no sobre la concreta voluntad del ejecutor, tal y como se precisó en la sentencia contra los comandantes de las Juntas Militares argentinas, que en lo esencial refiere:

“Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo. Los sucesos juzgados en esta causa no son el producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes lo ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.) que supone toda operación militar...

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total, pues aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado, por otro que sí lo haría, de lo que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien solo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria.

²⁰⁶ ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., pág. 272.

No se trata aquí del tradicional dominio de la voluntad de la autoría mediata. El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre la voluntad concreta, sino sobre una 'voluntad indeterminada', cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá.

El autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.”²⁰⁷

El aparato de poder organizado puede ser estatal o no estatal. El aparato organizado de poder estatal es aquel en el que los mismos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos. La segunda forma básica de autoría mediata dentro de estos grupos se refiere a hechos que se cometen en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos semejantes, caracterizando a tales formaciones colectivas la organización rígida, independiente del cambio de los miembros concretos, así como una orientación a fines del aparato en su conjunto contraria al ordenamiento jurídico estatal y que vulnere las normas penales positivas, esto es, se crea un “Estado dentro del Estado”.²⁰⁸

4.5.2 Poder de mando del hombre de detrás.

El poder de mando “... es la capacidad del nivel estratégico superior –del hombre de atrás- de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede

²⁰⁷ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Causa N° 13/84, sentencia del 9 de diciembre de 1985; en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, Rama Argentina de la Asociación Americana de Juristas, Argentina, s.a.p., págs. 146 y 147.

²⁰⁸ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, op. cit., págs. 277 y 278.

*ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar.”*²⁰⁹

El poder de mando es un presupuesto fundamental para atribuir responsabilidad penal a un sujeto a título de autor mediato, pues sólo aquel que dentro de una organización con una estructura rígida y jerárquica posee la autoridad necesaria para emitir órdenes vinculantes que determinen la voluntad del subordinado – ejecutor- se le puede considerar autor –mediato- del mismo.

El poder de mando tiene distintos grados, ya sea que se ejerza por los niveles estratégicos superiores, o bien, por los mandos intermedios. De esta forma, “... *quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica tiene un dominio total del aparato, mientras que el que ocupa la posición intermedia sólo tiene posibilidad de impartir órdenes en el sector de la organización que le compete.*”²¹⁰

En la medida en que los mandos intermedios pueden emitir órdenes vinculantes y determinadoras de la voluntad de sus subordinados en la parte de la organización que este bajo su autoridad responderá como autor mediato en la cadena de mando. Si bien es cierto, al grado de responsabilidad de los mandos superiores y de los mandos intermedios puede tener repercusiones en el grado de responsabilidad²¹¹ no afecta la imputación del hecho punible como autores mediatos.

4.5.3 La desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico.

²⁰⁹ CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., pág. 157.

²¹⁰ Ibidem, pág. 159.

²¹¹ Afirma el doctor Iván Meini que “... *en una organización jerárquica, la mayor responsabilidad le cabe a quien se ubica más alto en el escalafón jerárquico*”, ver MEINI, Iván, “El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A. V. 19-2001)”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., pág. 220.

El apartamiento o desvinculación del Derecho del aparato de poder significa que “... *la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional.*”²¹²

En los aparatos de poder estatales, la desvinculación del ordenamiento jurídico puede darse de dos maneras: abandonar el Derecho por completo o gradualmente. En el primer caso, el nivel estratégico superior del aparato de poder decide apartarse por completo del Derecho y crea un sistema normativo totalmente diferente que no se condice con el Derecho Internacional, pues expresa o encubre la comisión de delitos graves. En el segundo supuesto, el nivel superior estratégico del poder estatal se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico, inicialmente sólo para la realización de determinados delitos, luego con actos sistemáticos más frecuentes.²¹³

Por lo que hace a los aparatos de poder no estatales, el apartamiento del Derecho se manifiesta en los fines del aparato en su conjunto contrarios al ordenamiento jurídico estatal, vulnerando las normas penales positivas.²¹⁴

La discusión teórica sobre este requisito oscila entre aquellos que lo consideran como un requisito indispensable –fundante- para considerar la autoría mediata por organización²¹⁵, y aquellos que lo consideran como una característica contingente, pero no necesaria para fundamentar la autoría mediata.

Entre los tratadistas que prescinden de la desvinculación del ordenamiento jurídico del aparato criminal, encontramos al jurista alemán Kai Ambos para quien “... *la desvinculación del Derecho de estos aparatos de poder no tiene*

²¹² CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en *Ibidem*, pág. 164.

²¹³ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori”, en *Ibidem*, pág. 200.

²¹⁴ Cfr. ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*, op. cit., pág. 278.

²¹⁵ Ver *Ibidem*, págs. 276, 277 y 278; asimismo, ROXIN, Claus, “Dirección de la organización como autoría mediata”, en ROXIN, Claus, et al., *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal*, op. cit., págs. 50 y 51.

*porqué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización.”*²¹⁶

El maestro Ambos sostiene dicha aseveración al considerar que si el aparato no está “fuera del ordenamiento jurídico”, sino es en sí mismo el ordenamiento jurídico o parte de él, el dominio del hecho por parte de los hombres de atrás es aún mayor que en el caso del aparato desvinculado del Derecho; de esta forma en los aparatos de poder de organización no estatal si la organización opera como “para-Estado”, es decir, no de modo desvinculado al Derecho, sino que está integrado o como elemento del ordenamiento, por lo que aprovecha los “causes del Derecho” para la satisfacción de sus intereses, el hecho de que entonces ya no estemos ante un aparato desvinculado del Derecho no cambia en nada el efectivo dominio del hecho de los autores por parte de la cúpula dirigente. En cuanto a los aparatos de poder de organización estatal es más común que pueda concurrir la desvinculación al Derecho en determinados casos, ya sea la destrucción de determinados grupos étnicos o de la oposición política no es ordenada por la Ley, sino está basada en una orden o en un plan de acción secreto de la dirección *de facto* del Estado, existe un paralelismo de dos ordenamientos “jurídicos”: el ordenamiento jurídico “normal”, que tiene como cometido luchar contra la criminalidad común, y el ordenamiento “anormal”, que constituye la base normativa del aparato estatal de poder que opera de modo clandestino. Sin embargo, cuando el ordenamiento jurídico en sí mismo es la base del terrorismo de Estado, es decir, en sí mismo es criminal y por ellos no puede hablarse de una desvinculación del Derecho, pero ello no impide el dominio del hecho por los hombres de atrás, que incluso lo facilita pues sólo hay un ordenamiento jurídico, y éste ordena también la realización de “hechos abominables” y ello en la forma o sobre la base de una Ley, por tanto,

²¹⁶ AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, trad. por Manuel Cancio Meliá, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998, págs. 56 y 57.

existe una estructura de instrucción y de mando vertical que no se ve perturbada por dudas jurídicas.²¹⁷

Por su parte, el maestro Iván Meini apunta que “... si de lo que se trata es que la organización opere al margen del sistema que conforman las normas de convivencia propias del Derecho Penal Internacional, todo delito, con independencia de si se ha cometido en el marco de un aparato de poder o si ha sido perpetrado por una sola persona, se opone a dicho concepto de Derecho... La razón no es otra que todo delito y toda infracción, por definición, son comportamientos antijurídicos y, como tales, contrarios al estándar pacífico de convivencia... no se advierte qué beneficios aporta al dominio de la organización el hecho que el aparato actúe desligado del derecho... ¿acaso un delito cometido en un aparato de poder que opera dentro del ordenamiento jurídico no puede ser imputado a quien lo ordena por la tesis del dominio de la organización?”²¹⁸

En efecto, la desvinculación del Derecho del aparato de poder no repercute en el dominio de la organización del hombre de atrás, puesto que dicho aparato de poder puede operar, incluso, de manera “legal” –a guisa de ejemplo, las medidas de reclusión en campos de concentración y esterilización de los asociales, entre otras aberrantes medidas, establecidas por la “Ley sobre Extraños a la Comunidad” en el régimen nazi-, y actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, por lo que el dominio de la organización es mayor que en los desvinculados del Derecho, pues los ejecutores actúan “conforme a Derecho”. A pesar de que el apartamiento del ordenamiento jurídico de la organización sea una característica recurrente, no por ello debe ser considerada un elemento fundante de la teoría de la autoría mediata por

²¹⁷ Cfr. AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, op. cit., págs. 51, 52, 53, 54 y 55.

²¹⁸ MEINI, Ivan, “El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A. V. 19-2001)”, en Ibidem, págs. 221 y 222.

dominio de la organización, en todo caso, dicho presupuesto es un elemento común a todo delito, el ser antijurídico.

4.5.4 Fungibilidad del ejecutor.

La fungibilidad²¹⁹ del autor directo del delito es la “... característica del ejecutor de poder ser intercambiado o sustituido por el nivel estratégico superior en la operativización y realización de su designio delictuoso.”²²⁰

Se puede distinguir entre fungibilidad negativa y positiva. La primera implica que una negación o abstención de la persona interpuesta para realizar los designios delictivos del plan criminal de la organización no impedirá que aquéllos se materialicen, porque el incumplimiento es compensado de manera inmediata por otro ejecutor que toma su lugar. La fungibilidad positiva, por su parte, otorga al nivel estratégico superior la posibilidad de elegir para la comisión del hecho punible, desde el inicio, la mejor opción entre la pluralidad de ejecutores que tiene a su disposición el aparato de poder, es decir, puede elegir a los ejecutores más calificados para el plan delictivo para evitar de esta manera cualquier fracaso de la acción.²²¹

A pesar de que este requisito ha sido objeto de diversas críticas, en cuanto al considerarlo un elemento fundamental de la autoría por organización, en virtud de que en el mundo fáctico no es posible intercambiar sin más ni más a un ejecutor, sin que se vea afectada la realización del delito, ya sea porque el autor directo tenga un alto grado de especialidad, o bien, porque las circunstancias del evento delictivo impidan la sustituibilidad de un ejecutor por otro.²²²

²¹⁹ El término “fungible” hace alusión a lo que se consume por el uso, por lo que es más correcto hablar de “intercambiabilidad” o “sustituibilidad”.

²²⁰ CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., pág. 173.

²²¹ Cfr. AMBOS, Kai, “Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori”, en Ibidem, pág. 83.

²²² Ver críticas en SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Disposición al hecho versus fungibilidad”, en Ibidem, págs. 117 a la 124; asimismo, MEINI, Ivan, “El dominio de la organización de

Sin embargo, dichas críticas pasan por alto que la fungibilidad es la potencialidad de ser intercambiado, no el acto de sustitución, por lo que debe quedar claro que no se trata de un aspecto o circunstancia fáctica del hecho juzgado, sino de un juicio de valoración –hipotético-.²²³ Por lo que es suficiente que el aparato de poder cuente con un número suficiente de ejecutores intercambiables para la realización del delito, sin que sea necesario, para tener por acreditado este requisito, el que efectivamente se dé la sustitución.

La sustituibilidad del ejecutor está estrechamente vinculada con el presupuesto de la preexistencia del aparato de poder organizado, en cuanto al *funcionamiento automático* de dicho aparato, pues como se mencionó con antelación, al autor de escritorio le es irrelevante quién cumple con sus órdenes, pues tiene la seguridad de que son ejecutadas por alguien de alguna u otra manera, y que sus designios van a cumplirse. Puesto que el dominio de la voluntad se ejerce a través del aparato de poder organizado, y no sobre la concreta voluntad del ejecutor.

4.5.5 La elevada disposición del ejecutor a la realización del hecho ilícito.

La elevada disponibilidad al hecho del ejecutor es un factor eminentemente psicológico en virtud del cual el autor material está especialmente motivado por los objetivos de la organización criminal y plenamente identificado con la estructura jerárquica que la misma ostenta. Así, el ejecutor inmediato realiza la conducta antijurídica con una especial motivación y disposición al hecho criminal, puesto que se siente representante del aparato de poder.²²⁴

Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A. V. 19-2001), en *Ibidem*, págs. 225 y 226.

²²³ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, “La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: el caso de Alberto Fujimori Fujimori”, en AMBOS, Kai, et al., *La Autoría Mediata. El Caso Fujimori*, op. cit., págs. 200 y 206.

²²⁴ Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en *Ibidem*, págs. 177 y 178.

La elevada disponibilidad del ejecutor al hecho ilícito se ve aumentada por la pertenencia del autor material al aparato de poder organizado, en la medida que éste le garantice cierta impunidad, la disminución de la inhibición de cometer delitos en colectividad, ascensos, condecoraciones, bonificaciones, e inclusive, la aceptación de sus compañeros.

Al igual que los demás requisitos para fundamentar el dominio del hecho por la organización este requisito ha sido ampliamente discutido. Entre los principales defensores de este requisito como fundamento de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder organizados, se encuentra Schroeder, quien ya desde el año de 1965 inició la discusión entre la fungibilidad y el criterio de la disposición al hecho para fundamentar el dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, al afirmar que *“... la fungibilidad posibilita sólo la provisión de los instrumentos dispuestos al hecho, ella es tan sólo un medio para la obtención del dominio del hecho, pero no su fundamento. También para la realización del hecho a través de la utilización de aparatos organizados, la utilización de la resolución al hecho, de la disposición al hecho por parte del ejecutor, es el elemento esencial, el único ‘constituyente’ que se necesita.”*²²⁵

A similar conclusión llega Iván Meini para quien *“... el dominio de la organización puede ser fundamentado sobre la base del elemento ‘aprovechamiento de la predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas que formen parte de la actividad regular del aparato’.”*²²⁶

El maestro Meini llega a dicha conclusión al analizar cuatro factores. En primer lugar, desde el momento en que el sujeto se incorpora voluntariamente a una organización, su sola pertenencia a ella expresa que se encuentra dispuesto a ejecutar aquellas órdenes que formen parte del accionar regular del aparato. En

²²⁵ SCHROEDER, Friedrich-Christian, *“Disposición al hecho versus fungibilidad”*, en AMBOS, Kai, et al., *La Autoría Mediata. El Caso Fujimori*, op. cit., pág. 118.

²²⁶ MEINI, Ivan, *“El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A. V. 19-2001)”*, en *Ibidem*, págs. 229 y 230.

segundo lugar, esta predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas es sólo frente a las actividades regulares del aparato, pues la pertenencia del sujeto al grupo expresa solo eso. En tercer lugar, la predisposición a ejecutar las órdenes ilícitas que formen parte de la actividad regular del aparato es un dato objetivo, perfectamente constatable en la realidad; la predisposición que aquí interesa se expresa con la pertenencia del sujeto a la organización. Y en cuarto lugar, la autoría mediata por dominio de la organización se construye sobre la instrumentalización que hace el hombre de atrás del subordinado en el contexto de la organización. Esta instrumentalización consiste en el aprovechamiento de su predisposición a ejecutar las actividades que formen parte de las actividades regulares de la organización.²²⁷

Apoyamos el criterio que considera que la elevada disponibilidad al hecho ilícito del ejecutor es un presupuesto fundamental para afirmar la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, puesto que el aparato de poder organizado –estatal o no estatal- “recluta” a personas que tengan una especial motivación y disposición a ejecutar las actividades regulares de la organización, no es la motivación aislada de una persona particular, sino la motivación colectiva tendiente a alcanzar determinados fines previamente definidos por la organización, en esa medida, se complementa el criterio de fungibilidad del ejecutor, pues la negación o abstención de la persona interpuesta para realizar el hecho punible de acuerdo con el plan criminal del aparato de poder no impedirá que éste se materialice, porque el incumplimiento es compensado de manera inmediata por otro ejecutor, con igual o mayor disposición a ejecutar el hecho ilícito, quien tomará su lugar.

4.6 Las posturas disidentes: coautoría e inducción.

²²⁷ Cfr. MEINI, Ivan, “El dominio de la organización de Fujimori. Comentarios a la sentencia de 7 de abril de 2009 (Exp. A. V. 19-2001)”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., págs. 228 y 229.

En el contexto de la criminalidad realizada a través de aparatos de poder organizados se han sostenido posturas que niegan la autoría mediata. La coautoría e inducción son las posiciones más recurrentes.

Así, Günther Jakobs ha negado el dominio por organización, y argumenta a favor de la coautoría. En su opinión, al referirse expresamente al caso Fujimori, sostiene que “... dichos delincuentes no dominaban instrumento alguno en forma de ser humano, sino que trabajaban conjuntamente con personas responsables... no dominaba tampoco sujetos que actuaban de manera irresponsable, esto es, no manipulaba a instrumentos, sino que actuaban conjuntamente con delincuentes responsables, de la misma manera que estos delinquirían de forma conjunta con delincuentes responsables como aquéllos... nos encontramos ante coautores, o, al menos, ante inductores equiparables a los autores.”²²⁸

Aunado a lo anterior, también ha sostenido que no existe un “dominio superior de cualidad propia”, sino que quienes emiten las órdenes y quienes las ejecutan son jurídicamente de igual rango; por lo demás, el ejecutor jurídicamente no actúa de modo automático, sino que se deja corromper por la orden, éste acto es responsable, “lo exactamente opuesto a un funcionamiento automático”. Y agrega que el carácter común de la decisión de realizar el hecho –necesario para la coautoría- queda configurado por la consciencia común de dirigentes y ejecutores de que determinado hecho o varios hechos de las mismas características han de llevarse a cabo de acuerdo con las instrucciones de la dirección.²²⁹

No obstante, los argumentos aducidos a favor de la coautoría no son lo suficientemente convincentes para negar la autoría mediata del hombre de

²²⁸ JAKOBS, Günther, “Sobre la autoría del acusado Alberto Fujimori Fujimori”, en AMBOS, Kai, et al., *La Autoría Mediata. El Caso Fujimori*, op. cit., pág. 106.

²²⁹ Cfr. JAKOBS, Günther, “*Strafrecht AT (Studienausgabe)*”, citado por AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*, op. cit., págs. 26 y 27.

atrás, puesto que no se presenta ninguno de los presupuestos para afirmar la coautoría. No hay una resolución conjunta de cometer el hecho. El cumplimiento de una orden es lo contrario a una resolución conjunta, de común acuerdo entre los coautores. Por otra parte, la coautoría se basa en una “obligación” recíproca y no en una vinculación unilateral sólo por parte del que ha recibido la instrucción. Esto es, no existe una posición de igual rango en la resolución conjunta, lo cual es característico de la coautoría. Ésta tiene una estructura “horizontal”. Allí donde se presentare una clara estructura “vertical”, como ocurre en la jerarquía de los aparatos de poder, solamente puede entrar en consideración una autoría mediata. Por lo que el hecho de que el que imparte las órdenes y el ejecutor, por regla general ni siquiera se conozcan y tampoco vayan a conocerse, hace que una resolución conjunta resulte una mera ficción. Asimismo, falta la ejecución conjunta del hecho, y es que aquél que imparte la orden, no participa para nada en su ejecución, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios. Finalmente, la coautoría consiste en una cooperación con división de trabajo mediante participaciones al hecho vinculadas entre sí, y aquí ya no puede hablarse de esto porque el sujeto que tiene la palanca del poder no se ensucia las manos y quiere que otros hagan el “trabajo”.²³⁰

Por otra parte, hay quienes sostienen posturas a favor de la inducción para resolver los problemas de imputación en virtud de aparatos de poder organizados, al afirmar que el dirigente de la organización –inductor- hace surgir en otra u otras personas –inducido- la idea de cometer un delito.

Sin embargo, dicha afirmación es insostenible puesto que el dominio del hecho, en todo caso, lo tiene el autor directo del delito. El inductor carece de ese dominio del hecho, y por tanto, su actividad únicamente se limita a instar a la realización del hecho delictivo, pero quien decide y domina la realización del

²³⁰ Cfr. ROXIN, Claus, “Dirección de la organización como autoría mediata”, en ROXIN, Claus, et al., *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal*, op. cit., págs. 44 y 45.

mismo es el inducido. En el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es exactamente lo contrario, “... *el sujeto de detrás, que tiene en sus manos la palanca del poder, decide sobre el ‘sí’ del hecho, mientras que el ejecutor inmediato mayormente sólo por casualidad entra dentro de la situación concreta de la acción. Él no puede cambiar nada esencial del curso de acontecimientos delineado de antemano por el aparato, sino en todo caso modificarlo.*”²³¹

4.7 Casos relevantes.

La teoría del dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder no solamente ha sido objeto de discusiones teóricas en las cuales se hace gala de elucubraciones dogmáticas de lo más elaboradas y complejas, sino que ha servido de base y fundamento en la praxis para el procesamiento y punición de las personas que se valen de la organización criminal que tienen a sus disposición para cometer sistemáticamente delitos.

Por lo pronto sólo se hará una sucinta referencia a tres casos latinoamericanos en los cuales se ha tomado como punto de partida para el enjuiciamiento y punición de los autores la teoría del dominio por organización.

4.7.1 Caso argentino.

Desde el año de 1973, Argentina fue objeto del “terrorismo subversivo” de grupos como los “Montoneros” –peronistas- y el Ejército Revolucionario del Pueblo. Para combatir a la subversión, el gobierno constitucional de Isabel Perón abrió paso a la intervención de las fuerzas armadas, para que lo defendieran. Sin embargo, a los pocos meses, el 24 de marzo de 1976, lo derrocaron, y se instalaron en todos los resortes del gobierno, donde concibieron e instrumentaron un plan de operaciones contra la actividad

²³¹ ROXIN, Claus, “*Dirección de la organización como autoría mediata*”, en ROXIN, Claus, et al., *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal*, op. cit., pág. 46.

subversiva y terrorista, basado en métodos y procedimientos manifiestamente ilegales.²³²

De esta forma, tal y como describe en su acusación el fiscal Julio Strassera:

“... si bien resulta inexcusable admitir la necesidad y la legitimidad de la represión de aquellas organizaciones que hacen de la violencia su herramienta de lucha política, a fin de defender lo (sic) valores de la democracia, del mismo modo ha de admitirse que cuando esta represión se traduce en la adopción de los mismos métodos criminales de aquellas organizaciones, renunciando a la eticidad, nos encontramos en presencia de otro terrorismo; el del Estado, que reproduce en sí mismo los males que dice combatir. Los guerrilleros secuestraban, torturaban y mataban. ¿Y qué hizo el Estado para combatirlos? Secuestrar, torturar y matar en una escala infinitamente mayor y, lo que es más grave, al margen del orden jurídico instalado por él mismo, cuyo marco pretendía mostrarnos como excedido por los sediciosos...”

... los acusados ordenaron un sistema de represión en el que secuestraron a miles de personas que fueron robadas, torturadas y asesinadas...

Y la sociedad argentina, que durante años soportó las reivindicaciones de valores de muerte como supuestos medios para obtener mejoras sociales, tuvo que soportar luego otra acción psicológica destinada a politizar los secuestros y la muerte en aras de supuestos valores occidentales y cristianos. Con dos sofismas se pretendía justificar la represión clandestina.

El primero dice: todos los detenidos son subversivos.

²³² Cfr. “Palabras preliminares” y “Decreto 158. (Orden presidencial de procesar a las Juntas Militares)”, en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, op. cit., págs. 10 y 28.

No es que se podía detener subversivos, sino que todos los que ellos detenían eran subversivos, la detención convertía a una persona en subversivo.

Concebido esto, el segundo paso de este método perverso fue considerar que un subversivo es una especie de subhumano, de sanguijuela a quien se le puede torturar, matar.

Como se dijo haciendo referencia el régimen nazi, una vez que se convence a la sociedad de que una minoría o un grupo puede equipararse a una sabandija, el paso que hay que dar para llegar al propósito de exterminarla no es ya demasiado grande...”²³³

La Junta Militar dictatorial da por terminado su régimen de represión con la promulgación del “Documento Final” de fecha 28 de abril del año de 1983, en virtud del cual informan sobre el resultado y las consecuencias de la guerra contra la subversión y el terrorismo. Y señalan expresamente que “únicamente el juicio histórico” podrá determinar con exactitud, a quién corresponde la responsabilidad directa de métodos injustos o muertos inocentes, por lo que “... las Fuerzas Armadas someten ante el pueblo y el juicio de la historia estas decisiones que traducen una actitud que tuvo por meta defender el bien común”.²³⁴ Aparejado a la expedición de una Ley de Autoamnistía, Ley 22.924, a fin de encubrir sus hechos delictivos y evadir la acción de la justicia.

No obstante, el día 13 de diciembre del año de 1983 se dictó el decreto 158, en virtud del cual se ordena procesar a 9 personas integrantes de las Tres Juntas Militares –Ejército, Marina y Fuerzas Aéreas-:

- Teniente General Jorge Rafael Videla;
- Brigadier General Orlando Ramón Agosti;
- Almirante Emilio Eduardo Massera;

²³³ STRASSERA, Julio, “Acusación”, en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, op. cit., págs. 41, 42, 43, y 49.

²³⁴ Cfr. “Documento Final de la Junta Militar Dictatorial”, en Ibidem, pág. 19.

- Teniente General Roberto Eduardo Viola;
- Brigadier General Omar Rubens Graffigna;
- Almirante Armando Lambruschini;
- Teniente General Leopoldo Fortunato Galtieri;
- Brigadier General Basilio Lami Dozo; y,
- Almirante Jorge Isaac Anaya.

Enjuiciamiento que se referirá a los delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y aplicación de tormentos a los detenidos, sin perjuicio de los demás de que resulten autores inmediatos o mediatos, instigadores o cómplices los mencionados oficiales superiores.²³⁵

Finalmente, el 9 de diciembre de 1985 se dicta sentencia por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la causa 13/84, donde se condena a los 9 integrantes de las Tres Juntas Militares, como autores mediatos de los delitos imputados recurriendo a la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, ideada por el profesor alemán Claus Roxin.

La histórica sentencia contra las Juntas Militares Argentinas es un referente necesario, no sólo por el mérito de haber condenado a las élites militares por los crímenes cometidos durante su régimen *de facto*; además, es la primera decisión judicial que aplica la teoría del dominio por organización formulada por Roxin. En este sentido, la sentencia apunta lo siguiente:

“... La forma que asume el dominio del hecho en la autoría mediata es la del ‘dominio de la voluntad’ del ejecutor, a diferencia del dominio de la acción, propio de la autoría directa, y del dominio funcional, que caracteriza a la coautoría. En la autoría mediata el

²³⁵ Cfr. “Decreto 158. (Orden presidencial de procesar a las Juntas Militares)”, en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, op. cit., pág. 31.

autor, pese a no realizar conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios.

En qué caso el autor mediato sigue dominando verdaderamente el hecho, o cuándo esta circunstancia pasa a ser del dominio exclusivo del ejecutor, es algo sumamente discutido...

... se acepta un supuesto en el que puede coexistir la autoría mediata con un ejecutor responsable. Según KLAUS ROXIN (sic)... junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico. Al autor le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total...

... a juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos..."²³⁶

La sentencia contra los militares asume la teoría de Claus Roxin, y requiere como presupuestos para considerar la autoría mediata por organización, los siguientes: 1) la existencia de un aparato de poder organizado; 2) poder de mando de los autores mediatos; 3) la desvinculación del Derecho; y, 4) la fungibilidad del ejecutor. Es acertada la consideración del Tribunal el considerar

²³⁶ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Causa N° 13/84, sentencia del 9 de diciembre de 1985; en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, op. cit., págs. 143, 144, 145 y 146.

que el dominio de la voluntad se ejerce a través del aparato de poder organizado, y no sobre la concreta voluntad del ejecutor, al afirmar que:

“Los procesados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo...”

El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto. El dominio no es entonces sobre la voluntad concreta, sino sobre una ‘voluntad indeterminada’, cualquiera sea el ejecutor, el hecho igual se producirá...

Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran.”²³⁷

4.7.2 Caso chileno.

El homicidio de Orlando Letelier del Solar y de su secretaria Ronnie Moffitt, tuvo lugar en Washington el 21 de septiembre de 1976. Los hechos sucedieron de la siguiente forma: Letelier, otrora embajador de Chile ante la Confederación norteamericana y antiguo ministro de Relaciones Exteriores y de Defensa del gobierno del presidente Salvador Allende Gossens, vivía a la sazón su exilio en Washington, donde se desempeñaba en el Instituto de Estudios Políticos, y paralelamente cumplía importantes actividades en el marco de la oposición internacional contra el régimen que tiranizaba a su país. Su prestigio, seriedad, y poder de convocatoria en el campo de la política le señalaron como sospechoso e indeseable ante los ojos del aparato de inteligencia del gobierno militar, que poco antes de mandarlo a matar le había privado de su nacionalidad. El asesinato, precedido por una compleja trama de espionaje internacional, en todo lo cual tomaron parte miembros de la Dirección de

²³⁷ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Causa N° 13/84, sentencia del 9 de diciembre de 1985; en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, op. cit., págs. 146 y 147.

Inteligencia Nacional como individuos extranjeros de signo fascista; de esta forma, ocurre mientras viajaba en su automóvil en compañía del matrimonio Moffitt, por una bomba instalada en la carrocería del coche y hecha explotar por Townley, quien ejecutó una orden emanada del Director de ese organismo José Manuel Contreras Sepúlveda. Que luego le comunicó a su jefe de operaciones Pedro Octavio Espinoza Bravo.

De esta forma, en el año de 1978, se inició un proceso judicial en manos de la justicia militar, hasta que en 1991 su conocimiento queda radicado en la judicatura ordinaria. Así, el 12 de noviembre de 1993 se dictó sentencia de primera instancia por el ministro instructor de la Corte Suprema, Adolfo Bañados Cuadra, en virtud del cual consideró a José Manuel Contreras Sepúlveda y a Pedro Octavio Espinoza Bravo como coautores mediatos del asesinato de Orlando Letelier²³⁸, en los siguientes términos:

“Homicidio en coautoría mediata consumado en Washington (Estados Unidos de Norteamérica), el 21 de septiembre de 1976, pero con su iter criminis iniciado en Chile.

Michael ‘Townley es uno de los autores materiales y directos del delito de homicidio, conocido ante la justicia norteamericana y condenado por ésta’, crimen ‘dispuesto por el director de la DINA a través del jefe de operaciones’, o sea, ‘el coronel Espinoza’, quien retransmitió a aquél ‘la resolución del Coronel Contreras en el sentido de hacerse cargo de la eliminación de Orlando Letelier, para lo cual el coronel Espinoza adoptó las disposiciones necesarias para materializar el plan, al que se dio comienzo con una especie de espionaje previo...’ En otras palabras, los dos altos oficiales, ‘obrando en mutuo concierto, despacharon a Townley hacia Estados Unidos con la misión de dar muerte a Letelier en cumplimiento de la

²³⁸ Cfr. GUZMÁN, José Luis, “El Caso Chileno”, en AMBOS, Kai, et al., Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Un estudio comparado, s. n. e., Editorial Temis, Colombia, 2008, pág. 77.

última etapa del plan, que comprendió anteriormente una operación de seguimiento y vigilancia del ex ministro’.

‘Para definir con más exactitud si fue una orden, una concertación o un acto de inducción lo que determinó que Townley, obrando como instrumento de la DINA, fuese despachado a Estados Unidos a cumplir el objetivo de matar a Letelier’, hay que tener presente que aquél ‘estaba en una situación de sometimiento a la jefatura de la DINA, por su carácter de agente de facto de ella y circunstancia de que él y su familia vivían al amparo y bajo el control de ese servicio de inteligencia, a lo cual se suma su asimilación psicológica al aparato militar de la DINA y su consiguiente concepto de lealtad hacia ésta’.

‘Esta interrelación humana ha sido estudiada por Claus Roxin en su monografía..., y la caracteriza como el dominio de la voluntad que se produce en un órgano de poder en que existe una estructura jerarquizada, que puede ser de índole militar, política, ideológica, de Estado, etc., en que los jefes emplean el instrumento de poder que aquéllas les confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir, intercambiando a los ejecutores según su conveniencia, lo que en la vida real anula o hace casi imposible toda resistencia u oposición; aquel que imparte la orden es el autor mediato’.

‘Este es un estado de cosas perfectamente asimilable al de Townley, inserto como estaba en la estructura jerarquizada y militar de la DINA, en términos que si legalmente no podía ser compelido a acatar esa orden, en la práctica el influjo, la autoridad y el ascendiente del Director, a través de la orden transmitida por el coronel Espinoza, debió gravitar sin contrapeso en el ánimo del agente de facto como para poder afirmar que se encuentra en la situación de quien es forzado irremediabilmente a cometer un determinado acto.

*‘En consecuencia, los procesados son responsables del delito de homicidio en calidad de coautores en razón de lo que preceptúa el artículo 15, número 2°, del Código Penal, cuando define entre los autores de un delito, a los que fuerzan a otro a cometerlo’...*²³⁹

La sentencia de la Corte Suprema de Chile hace una combinación de dos formas de autoría mediata; al tenor de la cual trata de conciliar la situaciones de forzar a otro a cometer un crimen –autoría mediata por coacción-, y de cometerlo a través de un aparato organizado de poder en el cual los ejecutores directos del delito son plenamente responsables –autoría mediata por organización-. Finalmente, se calificó como coautores en virtud de lo preceptuado por el Código Penal chileno –Artículo 15, número 2, en el que se define como autores de un delito a los que fuerzan a otro a cometerlo. Por lo que, si bien es cierto, el ministro instructor de la Corte Suprema decide calificar la intervención de los procesados Contreras y Espinoza como coautores mediatos, reconoce la idoneidad de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder de Claus Roxin, pero que, a falta de una previsión expresa en la legislación chilena no asume esta forma de intervención.

4.7.3 Caso peruano.

El ingeniero Alberto Fujimori Fujimori ostento el cargo de Presidente de la República del Perú desde el 1 de julio del año de 1990 hasta el 19 de noviembre del año 2000, momento en el cual renunció a ese cargo, vía fax, desde la ciudad de Tokio, Japón. En total, Fujimori tuvo a su cargo la conducción del país durante aproximadamente 10 años y 3 meses. Tiempo en el cual tuvo que hacer frente a la inestabilidad política producto del accionar de grupos terroristas, como el Partido Comunista Peruano Sendero Luminoso y el

²³⁹ CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de primera instancia dictada por el ministro instructor de la Corte Suprema, señor Adolfo Bañados Cuadra, el 12 de noviembre de 1993, en AMBOS, Kai, et al., Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Un estudio comparado, op. cit., págs. 74 y 75.

Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, y a una aguda crisis económica. En ese contexto, se produjeron los hechos materia del proceso penal seguido contra Alberto Fujimori por crímenes de lesa humanidad. Así, el ex presidente Fujimori fue condenado por dos casos. El primero denominado caso “Barrios Altos”, en el cual el día 3 de noviembre del año 1991, aproximadamente a las 22:30 horas, efectivos pertenecientes al Destacamento Colina, con el rostro cubierto con pasamontañas y utilizando armamento de guerra con silenciadores, irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta número 840, Barrios Altos, Lima, donde se llevaba a cabo una actividad social: “pollada”. Luego de acusar a los asistentes de terroristas, los obligaron a arrojar el piso para luego dispararles. Posteriormente, huyeron del lugar en dos camionetas de uso oficial, que tenían luces y sirenas policiales, y que contaban con placas de rodaje. Como consecuencia de estos hechos fallecieron quince personas y nueve resultaron con lesiones graves.

El mismo Destacamento Colina fue el autor directo de otro de los casos materia del proceso penal llamado “La Cantuta”. Esta vez, el día 18 de julio del año 1992, este grupo ingreso a la Universidad “Enrique Guzmán y Valle” –conocida como La Cantuta-, a bordo de dos camionetas pick up, organizados en varios subgrupos, todos ellos encapuchados y con armas de fuego con silenciadores. Se dirigieron a la residencia de los estudiantes, los sacaron de sus dormitorios y los llamaron en base a una lista, en virtud de la cual separaron del grupo a nueve estudiantes. Luego de la operación procedieron a llevarse a los intervenidos en las camionetas, y cuando se encontraban en el kilómetro 1.5 de la autopista Ramiro Prialé, detuvieron los autos y bajaron a los detenidos, fue en ese lugar donde los privaron de la vida y enterraron.²⁴⁰

En atención a los hechos referidos, el día 7 de abril del año 2009 la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú condenó al

²⁴⁰ Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, “Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal”, en AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, op. cit., págs. 143 y 144.

ex presidente Alberto Fujimori, como autor mediato de los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y lesiones graves, al fundamentar su sentencia en la teoría del dominio de la voluntad en un aparato de poder organizado, tal y como se señala a continuación:

“El Tribunal Penal Especial estimó que, al haberse acreditado la materialidad de los delitos incriminados y la responsabilidad penal del imputado Alberto Fujimori Fujimori..., condenándolo como autor mediato de la comisión de los delitos de: Homicidio calificado – asesinato, bajo la circunstancia agravante de alevosía... Lesiones graves... Del mismo modo, el Tribunal de Instancia consideró que los mencionados delitos de homicidio calificado y lesiones graves constituyen crímenes contra la Humanidad, según el Derecho Internacional Penal.

Asimismo, condenó a Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato del delito de Secuestro agravado, bajo la circunstancia agravante de trato cruel...

En el presente caso el Supremo Tribunal... considera que evaluando los hechos materia de imputación, la fundamentación jurídica que se deba aplicar es la de autoría mediata por organización, en especial, la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.”²⁴¹

La sentencia dictada en contra del ex presidente Alberto Fujimori ha tenido una singular importancia. Desde un aspecto histórico, se pone de manifiesto que en un Estado de Derecho no se va a permitir que las graves violaciones de derechos humanos queden impunes, más aun, cuando dichas violaciones son

²⁴¹ SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Exp. N° A. V. 19-2001, sentencia del 7 de abril de 2009, págs. 20, 21, y 39; en <http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/43.pdf> (consultada el 20 de septiembre del 2012).

cometidas por aquellas personas que ostentan el poder estatal, y se valen de él para delinquir.

Por su parte, desde un aspecto jurídico, la sentencia ha aportado, no sólo un modelo a seguir para la actividad jurisdiccional, sino que ha desarrollado y precisado todos y cada uno de los presupuestos que fundamentan el dominio de la voluntad por medio de un aparato organizado de poder. De esta forma, precisa de cinco requisitos para afirmar la autoría mediata por organización: como *presupuesto general*, 1) la existencia previa de una organización de estructura rígida y jerárquica, con características de asignación de roles y automaticidad del aparato; a *nivel objetivo* se requiere, 2) un poder de mando y 3) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; y, a *nivel subjetivo*, 4) la fungibilidad del ejecutor, se distingue entre fungibilidad positiva y negativa, y 5) la elevada disposición del ejecutor al hecho.

4.8 Nuestra postura respecto de la imputación del hecho punible al superior jerárquico a título de autor mediato mediante el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder en el contexto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Una vez que se han analizado los fundamentos de la teoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, podemos afirmar que el autor mediato por dominio de la organización es aquel que domina un aparato de poder organizado jerárquicamente ordenando la comisión de delitos, los cuales van a ser ejecutados “automáticamente” por un número elevado de ejecutores intercambiables con una elevada disposición al hecho delictivo, por lo que el hombre de atrás tiene plena seguridad de que sus designios van a cumplirse.

Ahora bien, surge la cuestión referente a si la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es aplicable para atribuir responsabilidad penal a un superior jerárquico en el contexto del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en el entendido de que existe una

norma estatutaria que regula expresamente la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”. O bien, si es conciliable con las formas de autoría genéricas, específicamente, con la autoría mediata.

La responsabilidad del superior regulada en el artículo 28 del “Estatuto de Roma” es de tipo omisiva, esto es, surge en el momento en que el superior incumple con su obligación de supervisar a sus subordinados; incumplimiento que trae como consecuencia las conductas delictivas de los subordinados. En otras palabras, el superior –militar o civil- omite la realización de un determinado comportamiento exigido por el artículo en mención –ejercer un control apropiado sobre sus subordinados- por lo que basta que se actualice dicha situación, para atribuirle responsabilidad penal por los crímenes cometidos por sus subordinados.

Para ello, se exigen distintos criterios subjetivos para cada caso concreto. Al superior militar se le exige una conducta negligente –hubiere sabido o hubiere debido saber-. Por su parte, al superior civil le es exigido dos criterios subjetivos distintos dependiendo del conocimiento que posea sobre los hechos, de esta forma, si el superior civil hubiere tenido conocimiento, le será exigida una conducta negligente. En caso de que el superior civil deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información, le será requerida una conducta dolosa, dolo eventual.

Aun cuando el “Estatuto de Roma” ha precisado y delimitado las exigencias típicas de la figura jurídica del superior jerárquico, ha sido omiso en regular expresamente la responsabilidad del superior por actos positivos, esto es, cuando el superior que ejerce dominio sobre un aparato de poder organizado ordena a sus subordinados la comisión de crímenes. Ya no es la imputación de un hecho típico por la ausencia de supervisión y control de sus subordinados, sino la inculpación de un hecho típico por un acto positivo consistente en dar

una orden para cometer un crimen determinado. En este sentido, el artículo 28 del “Estatuto” resulta insuficiente para resolver este caso concreto.

No obstante, esta forma de intervención en el delito ha sido fundamentada en la figura de la autoría mediata, prevista en el artículo 25, punto 3, inciso a), del “Estatuto de Roma” que establece la responsabilidad penal del individuo que cometa un crimen por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable.²⁴²

Criterio que consideramos incorrecto, puesto que dada la naturaleza y complejidad de los crímenes de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, generalmente, son cometidos por estructuras organizadas jerárquicamente – tales como el Estado u organizaciones delictivas- dirigidas por uno o varios superiores jerárquicos, quienes tienen el dominio sobre la organización, no sobre un ejecutor determinado, ese “otro”, al que hace alusión la disposición estatutaria, al que ni siquiera conoce.

En los casos tradicionales de autoría mediata el dominio del hecho se asume a través del dominio de la voluntad del ejecutor, por ello aun cuando el autor mediato, no realice la conducta típica, mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón –error, coacción, en la utilización de inimputables-, se encuentra sometida a sus designios, lo que lo convierte en un mero instrumento en manos del hombre de atrás. A estos casos, se refiere el criterio “cometa un crimen por conducto de otro, no penalmente responsable”.

²⁴² Ver el caso de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui, en virtud del cual la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional confirma la acusación por crímenes de guerra y lesa humanidad a título de coautores y *autores mediatos*, con base en el artículo 25-3-a del “Estatuto de Roma”, en LONDOÑO ROMANOWSKY, María Ximena, et al., *“El caso de Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui: Un aporte significativo a la creación de reglas jurídicas aplicables a futuros fallos de la Corte Penal Internacional”*, en PRIETO SANJUÁN, Rafael A., *Corte Penal Internacional. SalvaGuardas y revisión del Estatuto de Roma*, s. n. e., Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2009, págs. 41-63.

Una hipótesis muy distinta es aquella en la cual el autor mediato que domina un aparato de poder organizado ordena la comisión de delitos, los cuales serán ejecutados por hombres intercambiables con una elevada disposición al hecho ilícito, y que por tanto, son plenamente responsables. En este supuesto no es dable afirmar que el ejecutor es un mero instrumento, porque quien obra de forma plenamente responsable no es un instrumento. En todo caso, “... *el instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo –aparato de poder organizado- que maneja discrecionalmente, sistema que está integrado por hombres fungibles en función del fin propuesto.*”²⁴³

De ahí que el criterio “cometa un crimen por conducto de otro, sea penalmente responsable”, es insuficiente para atribuir responsabilidad al autor mediato por dominio de la organización. La expresión “por conducto de otro”²⁴⁴, en principio, no abarca un aparato de poder organizado.

La autoría mediata por organización exige ciertos elementos fundamentales para afirmarla, tales como: la existencia de una organización jerárquica, poder de mando del autor de escritorio, fungibilidad y elevada disponibilidad al hecho ilícito del ejecutor. Los cuales no son mencionados en el artículo 25, punto 3, inciso a) del “Estatuto”.

En este contexto, y bajo la premisa de que el superior jerárquico de una estructura organizada de poder –estatal o no estatal- se vale de la organización a su disposición para cometer delitos de forma sistemática, sin que él se “ensucie” las manos, pues su actuación se colma con dar la orden a un número considerablemente grande de ejecutores sustituibles, quienes acataran y ejecutarán dichas órdenes. Por tanto, las tradicionales formas de autoría

²⁴³ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Causa N° 13/84, sentencia del 9 de diciembre de 1985; en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, op. cit., pág. 147.

²⁴⁴ La voz *otro* es definida como: “*Dicho de una persona o de una cosa: Distinta de aquella de que se habla*”, en Diccionario de la Lengua Española, T. 7 op. cit., pág. 1113.

mediata resultan obsoletas para resolver los problemas de imputación de esta forma de criminalidad. Por lo que solamente una regulación que delimite los requerimientos mínimos de la autoría mediata en virtud de aparatos de poder se podrá hacer frente a los autores mediatos de dichos crímenes.

Por lo expuesto, opinamos que con base en el artículo 121 del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” que regula el procedimiento de “enmiendas”, adicionar al artículo 25, punto 3, inciso a), el criterio “... cometa ese crimen... por medio de un aparato de poder jerárquicamente organizado”, supuesto que contempla, los casos de autoría mediata por dominio de la organización, por ende corresponde a la actividad jurisprudencial determinar con precisión los elementos fundamentales -reconocidos en la doctrina y en las jurisprudencias nacionales-.

4.9 Compatibilidad de la responsabilidad del superior jerárquico con el principio garantista de la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional.

Las conductas delictivas desplegadas por los superiores jerárquicos de una estructura organizacional deben endilgarse a sus autores o partícipes con apego a los principios fundamentales del Derecho Penal. De esta forma, el principio de legalidad y culpabilidad, son de aplicación imprescindible para tal cometido.

Por tanto, en la imputación de un hecho delictivo, ya sea por su actuación positiva –ordenar- u omisiva –incumplir su deber de actuar-, el *individuo* con la cualidad de superior jerárquico en una determinada organización responderá del hecho si la conducta delictiva estuviese prevista en el “Estatuto” al tiempo de su comisión, cometida tras su entrada en vigor, y que dicha conducta delictiva estuviere descrita con la suficiente claridad y precisión en cuanto a los elementos del tipo delictivo –principio de legalidad-. Asimismo, el superior

jerárquico solamente será penado, si su conducta ha sido realizada culpablemente –principio de culpabilidad-.

Aunado a dicha aseveración, se hace notar que el principio que antecede al de legalidad y culpabilidad es el que establece la responsabilidad penal individual. De ahí que solamente el individuo es penalmente responsable de la comisión de delitos.

Esta afirmación, de entrada pudiese considerarse superflua, puesto que independientemente de las modernas teorías que se han ideado para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídico-colectivas, es inobjetable el hecho de que sólo la persona física individual es susceptible del reproche penal.

En el ámbito internacional fue tardío el reconocimiento de la responsabilidad penal del individuo. No obstante, encontró su culminación en la Sentencia del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, en la cual se sostuvo que “... *los crímenes contra el Derecho Internacional son cometidos por hombres y no por entidades abstractas; y la única manera de cumplir con las disposiciones del Derecho Internacional es castigando a los individuos que han cometido tales crímenes.*”²⁴⁵

En esta línea de argumentación, la persona física que teniendo la cualidad de superior jerárquico en una estructura organizada es responsable penalmente de la comisión de delitos, cuando su actuación positiva u omisiva es perfectamente encuadrable en las hipótesis normativas de los tipos penales internacionales. De esta forma, la imputación del hecho delictivo se hace sobre la base de una conducta desplegada, ya sea en su modalidad de acción u omisión, cuyo punto de partida es la voluntad libre y verdadera para concretar cierto hecho; y no sobre una imputación objetiva que le hace responsable por el simple hecho de

²⁴⁵ CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, op. cit., pág. 22.

ocupar aquella posición de superior jerárquico. En todo caso, la posición de la persona física constituye una cualificación requerida por el tipo penal, más no su fundamentación.

Conclusiones.

PRIMERA. La responsabilidad penal del superior jerárquico en el Derecho Penal Internacional es la hipótesis en que incurre una persona que ejerce autoridad sobre sus subordinados, en virtud de la posición jerárquica que ocupa en una determinada estructura organizacional al momento de la comisión de un injusto penal internacional, y que trae como consecuencia jurídica la contingente imposición de una pena.

SEGUNDA. La responsabilidad del superior, en sentido amplio, comprende tanto las conductas positivas –ordenar la comisión de un delito-, como las conductas omisivas –incumplimiento de su deber de vigilancia-, encuadrables en las hipótesis normativas de los tipos penales internacionales. La responsabilidad penal del superior es, en estricto sentido, la concerniente a ésta segunda acepción.

TERCERA. Los antecedentes inmediatos de la doctrina de la responsabilidad penal del superior en sus dos vertientes, por actos omisivos y positivos, son los juicios seguidos contra Tomoyuki Yamashita y Adolf Eichmann, respectivamente.

CUARTA. La responsabilidad del superior jerárquico regulada en el artículo 28 del “Estatuto de Roma” es de tipo omisiva, esto es, surge en el momento en que el superior –militar o civil- incumple con su obligación de ejercer un control apropiado sobre sus subordinados, por lo que basta dicho incumplimiento para atribuirle responsabilidad penal por los crímenes cometidos por sus subordinados.

QUINTA. La responsabilidad del superior jerárquico regulada en el artículo 28 del “Estatuto de Roma” no comprende la responsabilidad penal por actos positivos del superior, esto es, la imputación del hecho punible en el supuesto en que el superior jerárquico ordena a sus subordinados la comisión de

crímenes. En este sentido, el artículo 28 del “Estatuto” resulta insuficiente para resolver este caso concreto.

SEXTA. La teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder ha demostrado ser, hoy por hoy, la más adecuada para combatir la macrocriminalidad. Puesto que supera aquellos obstáculos de las tradicionales formas de imputación penal –autoría mediata por coacción o por error-incapaces de atribuir responsabilidad penal a los altos mandos que cometen crímenes sistemáticamente a través de la organización que tienen a su disposición.

SÉPTIMA. Actualmente se ha pretendido fundamentar el dominio por organización en el artículo 25, punto 3, inciso a) del “Estatuto de Roma”, que establece la responsabilidad penal del individuo que comete un crimen por conducto de “otro”, sea éste o no penalmente responsable. Lo cual es incorrecto en virtud de la propia naturaleza y complejidad de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, que generalmente, son cometidos por estructuras organizadas dirigidas por uno o varios superiores jerárquicos.

OCTAVA. El criterio de cometer un crimen por conducto de “otro”, es insuficiente para atribuir responsabilidad al autor mediato por dominio de la organización, puesto que dicha expresión no abarca un aparato de poder organizado.

NOVENA. Con base en el artículo 121 del “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, proponemos adicionar al artículo 25, punto 3, inciso a), un criterio que contemple los casos de autoría mediata por dominio de la organización, de esta forma la disposición estatutaria tendría la siguiente regulación:

Artículo 25. Responsabilidad Penal Individual.

[...]

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, por conducto de otro, o, *por medio de un aparato de poder jerárquicamente organizado.*

[...]

DÉCIMA. La responsabilidad del superior jerárquico en el contexto del “Estatuto de Roma” es perfectamente compatible con el principio garantista de la responsabilidad penal individual, en virtud de que es la persona física que tiene la cualidad de superior jerárquico en una maquinaria de poder es responsable penalmente de la comisión de delitos, cuando su actuación positiva u omisiva es encuadrable en las hipótesis normativas de los tipos penales internacionales. En este sentido, lo decisivo para la imputación del hecho delictivo al superior jerárquico es su conducta desplegada, ya sea en su modalidad de acción u omisión, y no sobre una imputación objetiva que le hace responsable por el simple hecho de ocupar aquella posición de superior jerárquico.

Bibliografía.

I. Obras.

- AMBOS, Kai, Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, trad. por Manuel Cancio Meliá, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1998.
- AMBOS, Kai, Fundamentos de la Imputación en Derecho Internacional Penal, 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.
- AMBOS, Kai, La Parte General del Derecho Penal Internacional. “Bases para una elaboración dogmática”, trad. por Ezequiel Malarino, s. n. e., Editorial Temis, Colombia, 2006.
- AMBOS, Kai, Nuevo Derecho Penal Internacional, s. n. e., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2002.
- AMBOS, Kai, Temas del Derecho Penal Internacional, trad. por Fernando del Cacho, s. n. e., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.
- AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- AMBOS, Kai, et al., Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Un estudio comparado, s. n. e., Editorial Temis, Colombia, 2008.
- AMBOS, Kai, et al., La Autoría Mediata. El Caso Fujimori, s. n. e., Ara Editores, Perú, 2010.
- ARENDT, Hannah, Eichmann en Jerusalén. Un estudio sobre la banalidad del mal, trad. por Carlos Ribalta, 2ª ed., Editorial Lumen, España, 1999.
- BLECUA FRAGA, Ramón, et al., Comentarios al Código Penal Militar, 1ª ed., Editorial Civitas, España, 1988.
- CASTILLO DAUDÍ, Mireya, et al., Responsabilidad Penal del Individuo ante los Tribunales Internacionales, s. n. e., Tirant Lo Blanch, España, 2007.
- DONDÉ MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, 1ª ed., Oxford University Press, México, 2008.

- FAVAROTTO, Ricardo S., Justicia Penal Internacional, 1ª ed., Editorial Ediar, Argentina, 2009.
- FIERRO, Guillermo J., La Obediencia Debida en el Ámbito Penal y Militar, 2ª ed., Ediciones de Palma, Argentina, 1984.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La Corte Penal Internacional, 2ª ed., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004.
- JONAH GOLDHAGEN, Daniel, Los Verdugos Voluntarios de Hitler. “Los Alemanes Corrientes y el Holocausto”, trad. por Jordi Fibla, 5ª ed., Editorial Taurus Pensamiento, España, 2008.
- LEFRANC WEEGAN, Federico César, Holocausto y Dignidad. “Significado y fin de la invocación a la dignidad humana en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, 1ª ed., Editorial Ubijus, México, 2009.
- LÓPEZ-BASSOLS, Hermilio, Los Nuevos Desarrollos del Derecho Internacional Público y Casos Prácticos de Derecho Internacional, 3ª ed., Editorial Porrúa, México, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, et al., Derecho Penal. Parte General, 8ª ed., Tirant Lo Blanch, España, 2010.
- PRIETO SANJUÁN, Rafael A., Corte Penal Internacional. Salvaguardas y revisión del Estatuto de Roma, s. n. e., Grupo Editorial Ibáñez, Colombia, 2009.
- QUINTANA OLVERA, Agustín, Temas de Autoría en Delitos Contra la Salud, s. n. e., Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2007.
- ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, trad. por Joaquín Cuello Contreras, s. n. e., Editorial Marcial Pons, España, 2000.
- ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, T. I, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, 1ª ed., Editorial Civitas, España, 1997.
- ROXIN, Claus, et al., Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, s. n. e., Ara Editores, Perú, 2010.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, Etimología Jurídica, 5ª ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio, La Sociedad Internacional, 2ª ed., Alianza Editorial, España, 1993.
- ZOLO, Danilo, La Justicia de los Vencedores. De Nuremberg a Bagdad, trad. por Elena Bossi, 1ª ed., Editorial Edhasa, Argentina, 2007.
- Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, Rama Argentina de la Asociación Americana de Juristas, Argentina, s.a.p.

II. Diccionarios.

- Diccionario de la Lengua Española, T. 2 (apelado – canjura), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001.
- Diccionario de la Lengua Española, T. 6 (grimoso – lulú), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001.
- Diccionario de la Lengua Española, T. 7 (luma – ozonósfera), 22ª edición, Real Academia Española, España, 2001.
- Diccionario de la Lengua Española, T. 8 (p – quisco), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001.
- Diccionario de la Lengua Española, T. 9 (quiscudo – tamborete), 22ª ed., Real Academia Española, España, 2001.
- Diccionario Jurídico El Derecho, 2ª ed., Grupo Editorial El Derecho y Quantor, España, 2009.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, (P – Z), 1ª ed., Editorial Porrúa, México, 2009.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, T. II (J – Z), 2ª ed., Editorial Porrúa, México, 2003.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal (Analítico-Sistemático), 3ª edición, Editorial Porrúa, México, 2003.

III. Códigos, estatutos y convenciones internacionales.

- “Código de Justicia Militar”, publicado en el D. O. F. 31 de agosto de 1933, en Instituto de Investigaciones Jurídicas - Info Jus, en info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/3.htm (Consultado el 25 de septiembre del 2011).
- “Convenio (III) de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra”, Ginebra, Suiza, 12 de agosto de 1949, D. O. F. 23 de junio de 1953, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, s. n. e., Universidad de Deusto, España, 2000.
- “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Roma, Italia 17 de julio de 1998, D. O. F. 31 de diciembre de 2005, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- “Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg”, adoptado el 8 de agosto del año 1945, en JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, t II “Filosofía y Ley Penal”, 2ª ed., Editorial Losada, Argentina, 1950.
- “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia”, aprobado en la resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 25 de mayo de 1993, en AMBOS, Kai, et al., El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- “Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda”, aprobado en la resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, 8 de noviembre de 1994, en CD anexo en DONDE MATUTE, Javier, Derecho Penal Internacional, 1ª ed., Oxford University Press, México, 2008.
- “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por la sentencia del Tribunal de Nuremberg”, aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950, en Anexo VI (CD Rom) en FERNANDES,

Jean Marcel, La Corte Penal Internacional. “Soberanía versus justicia universal”, s. n. e., Editorial Ubijus, México, 2008.

- “Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949, Relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)”, Ginebra, Suiza, 8 de junio de 1977, D. O. F. 21 de abril de 1983, en ORAÁ ORAÁ, Jaime, et al., Textos Básicos de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, s. n. e., Universidad de Deusto, España, 2000.
- “Tratado de Versalles”, Versalles, Francia, 28 de junio de 1919, en FERNANDES, Jean Marcel, La Corte Penal Internacional. “Soberanía versus justicia universal”, s. n. e., Editorial Ubijus, México, 2008.

IV. Decisiones judiciales.

- CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL DE LA CAPITAL FEDERAL, Causa N° 13/84, sentencia del 9 de diciembre de 1985; en Argentina. Juicios a los Militares. Documentos Secretos. Decretos-Leyes. Jurisprudencia, Rama Argentina de la Asociación Americana de Juristas, Argentina, s.a.p.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de primera instancia dictada por el ministro instructor de la Corte Suprema, señor Adolfo Bañados Cuadra, el 12 de noviembre de 1993, en AMBOS, Kai, et al., Imputación de Crímenes de los Subordinados al Dirigente. Un estudio comparado, Editorial Temis, Colombia, 2008.
- SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Exp. N° A. V. 19-2001, sentencia del 7 de abril de 2009, págs. 20, 21, y 39; en <http://www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/43.pdf> (consultada el 20 de septiembre del 2012).
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, *“Prueba indiciaria o circunstancial en materia penal. Su eficacia no parte de pruebas plenas aisladas, sino de datos unívocos, concurrentes y convergentes, de cuya*

articulación, concatenación y engarce, se obtiene objetivamente una verdad formal, a través de una conclusión natural a la cual cada indicio, considerado en forma aislada, no podría conducir por sí solo.”; Jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVI, Agosto 2007.

V. Hemerografía.

- PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, Juan Pablo, “*La Responsabilidad del Superior ‘Sensu Stricto’ por Crímenes de Guerra en el Derecho Internacional Contemporáneo*”, en International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional, n. 10: 153-198, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 155, http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/05-JuanPerez_001.pdf (consultada el 10 de octubre del 2011).
- ROMERO APIS, José Elías, “*Presunción de Inocencia*”, en Defensa Penal. La estrategia del procedimiento, Estrategia Tributaria S. A. de C. V., México, n. 4, junio 2008.